



**Wrocławskie Studia
Erazmiańskie**



**Studia Erasiana
Wratislaviensia**

WOLNOŚĆ, RÓWNOŚĆ I WŁASNOŚĆ W PRAWIE I POLITYCE
LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY IN LAW AND POLITICS



Redakcja:

Mirosław Sadowski
Aleksandra Spychalska
Katarzyna Sadowa

WOLNOŚĆ, RÓWNOŚĆ I WŁASNOŚĆ
W PRAWIE I POLITYCE

LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY
IN LAW AND POLITICS

REDAKTOR NACZELNY / EDITOR-IN-CHIEF

Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Mirosław Sadowski

RADA NAUKOWA / PROGRAMME BOARD

Prof. dr hab. Andrzej Antoszewski (Wrocław)

Prof. nadzw. UMCS dr hab. Arkadiusz Bereza (Lublin)

Prof. dr Christopher J. Berry (Glasgow)

Dr Giovanni Bianco (Bari)

Prof. dr hab. Krystyna Chojnicka (Kraków)

Prof. dr hab. Lech Dubel (Lublin)

Prof. dr hab. Bogusław Fiedor (Wrocław)

Prof. UWŕ dr hab. Włodzimierz Gromski (Wrocław)

Prof. dr Knud Haakonssen (Boston, Uppsala, Sussex)

Prof. dr Shinsuke Hosoda (Kyoto)

Prof. dr W. Julian Korab-Karpowicz (Praga)

Prof. dr hab. Witold Kwaśnicki (Wrocław)

Prof. dr hab. Marek Maciejewski (Wrocław)

Dr Rafał Mańko (University of Amsterdam)

Prof. Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (University of Westminster)

Prof. dr dr h.c. Richard Pipes (Cambridge, Massachusetts)

Doc. dr Jānis Pleps (University of Latvia)

Hon.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Gert Pöttering, MdEP (Niemcy)

Doc. dr Olesia Radyszewska (Narodowy Uniwersytet imienia Tarasa Szewczenki, Kijów)

Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Mirosław Sadowski (Wrocław)

Prof. dr dr h.c. Quentin Skinner (London)

Dr Maria Sobolewska (Manchester)

Dr hab. Rafał Stankiewicz (Warszawa)

Dr hab. Monika Urbaniak (Uniwersytet Medyczny Poznań)

WROCLAWSKIE STUDIA ERAZMIANSKIE
STUDIA ERASMIANA WRATISLAVIENSIA

Zeszyt X

WOLNOŚĆ, RÓWNOŚĆ I WŁASNOŚĆ
W PRAWIE I POLITYCE

LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY
IN LAW AND POLITICS

Redaktor Naczelny:

Mirosław Sadowski

I Zastępca Redaktora Naczelnego:

Aleksandra Spsychalska

II Zastępca Redaktora Naczelnego i Sekretarz Redakcji:

Katarzyna Sadowa

Wrocław 2016

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Lista stałych recenzentów / Permanently-appointed reviewers:

Prof. dr hab. Włodzimierz Bernacki, UJ
Prof. dr Laura Carballo Piñeiro, Hiszpania
Prof. nadzw. UŁ dr hab. Maciej Chmieliński, UŁ
Prof. nadzw. UJ dr hab. Anna Citkowska-Kimla, UJ
Prof. nadzw. UJ dr hab. Piotr Kimla, UJ
Prof. William Koprowski, Ph. D., J. D., USA
Prof. nadzw. UR dr hab. Artur Łuszczynski
Prof. nadzw. UG dr hab. Anna Machnikowska, UG
Prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ, UWŕ
Prof. Pavelas Raviševičius, Litwa
Prof. nadzw. UJ dr hab. Arkady Rzegocki, UJ
Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Janusz Sawicki, UWŕ
Prof. nadzw. UŁ dr hab. Tomasz Tulejski, UŁ
Dr Krzysztof Urbaniak

Korekta:

Anastazja Dąbrowska

Streszczenia i abstrakty w języku angielskim:

Marzena Lewandowski

Projekt okładki:

Aleksandra Snitsaruk

DTP i layout:

Aleksandra Snitsaruk

Na okładce wykorzystano reprodukcję obrazu Quentina Massysa „Portrait of Erasmus of Rotterdam”

Druk:

Beta-druk | www.betadruk.pl

© Copyright by Pracownia Badań Praw Orientalnych, Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego & Authors, Wrocław 2016

ISSN 2080-332X

ISBN 978-83-65158-08-6

Publikacja ukazuje się dzięki współpracy wydawniczej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz Wydawnictwa Beta-Druk

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	11
CZĘŚĆ I Artykuły Articles	
DANIEL BOGACZ Menschenrechte in den Zeiten der Globalisierung Human Rights in the Age of Globalization	15 15
MARCIN SALA-SZCZYPIŃSKI Freedom of speech for a legal counsel Wolność słowa radcy prawnego	45 45
OLGIERD GÓRECKI Granice wolności jednostki – problemy metodologiczne i klasyfikacja pojęcia The Boundaries of Individual Liberty: Methodological Issues and Classification of the Term	61 61
BEATA PAXFORD Transfer of ownership in Islamic banking – as in Murabaha and Diminishing Musharakah types of contract Przeniesienie własności w bankowości islamskiej na przykładzie instytucji Murabahy i Zmniejszającej się Muszaraki	79 79
EMIL SUNIL GEORGE A Novel Perspective On Cultural And Natural Heritage; Innovative Alterations To The Existing System And Thoughtful Addendums For Future Nowe spojrzenie na Dziedzictwo Kulturowe i Naturalne: innowacyjne zmiany w istniejącym systemie ochrony oraz przemyslenia na przyszłość	91 91
ALEKSANDER CIEŚLIŃSKI Orzecznicze poszerzanie granic równouprawnienia – przypadek praw społecznych migrujących obywateli unii europejskiej	111

Expanding the Limits of Equal Treatment by Judicial Decisions: The Case of Social Rights of Migrating Citizens of the European Union	111
RAFAŁ STANKIEWICZ	
Równość dostępu do opieki zdrowotnej w regulacjach unijnych	145
Equal Access to Health Care in the European Union	145
RAFAŁ MAŃKO	
Idee wolności, równości i własności w prawie prywatnym (ze szczególnym uwzględnieniem umów o dostarczanie treści cyfrowych konsumentom)	167
Concepts of Liberty, Equality and Property in Private Law (with Particular Emphasis on Contracts for the Supply of Digital Content to Consumers)	167
IWONA SIERPOWSKA	
Wolność, godność i prawo do samostanowienia a udzielanie świadczeń z pomocy społecznej	201
Freedom, Dignity and the Right to Self-determination and Social Welfare Provision	201
TOMASZ MERING	
Równość i solidarność w niespokojnych czasach. Reformy państwa dobrobytu w okresie światowego kryzysu finansowego i gospodarczego	223
Equality and Social Solidarity in Turbulent Times: Welfare State Reforms During Financial and Economic Crisis	223
JOANNA HELIOS, WIOLETTA JEDLECKA	
Równość i wolność w polskim systemie edukacyjnym. Zagadnienia wybrane	243
Equality and Freedom in the Polish Educational System: Selected Issues	243
JOANNA HELIOS, WIOLETTA JEDLECKA	
O równości w relacji terapeutycznej ze stanowiska etyki	273
On Equality in Therapeutic Relationships from the Position of Ethics	273
KAJA BORZEMSKA	
Europejskie poświadczenie spadkowe jako podstawa wpisu do polskiej księgi wieczystej	297
The European Certificate of Succession as a basis for registration in the Polish land and mortgage register	297
OLEŚIA RADYSZEWSKA	
Prawo cudzoziemców do samorządu lokalnego Ukrainy w warunkach euro-integracji	311
The Right of Foreigners to Participate in Local Government in Ukraine in the Conditions of European Integration	311

MAŁGORZATA ŁUSZCZYŃSKA

- Wolność jako istotny element doskonałości człowieka. Rozważania w pięćdziesięciolecie zamknięcia obrad II Soboru Watykańskiego 325
Liberty as an Important Element of Human Perfection: Reflections on the 50th Anniversary of the Conclusion of the Second Vatican Council 325

PAWEŁ SYDOR

- „Niewola, Nierówność, Wyzysk”. Idealy „Wielkiej” Rewolucji Francuskiej w ujęciu Karola Marksa i Fryderyka Engelsa 343
“Slavery, Inequality, Exploitation”: The Ideals of the “Great” French Revolution as viewed by Karl Marx and Friedrich Engels 343

AGNIESZKA CZARNECKA

- Życie w lesie, czyli o wolności Henry’ego Davida Thoreau 363
Life in the Woods: Henry David Thoreau on Freedom 363

ANNA ADAMSKA-GALLANT

- Wolność, równość i własność w Kodeksie Dukagjiniego 385
Liberty, Equality and Property in the Code of Leke Dukagjini 385

PAWEŁ JAGIEŁŁO

- Apostazja od katolicyzmu w prawie kanonicznym i w prawie polskim 401
Apostasy from catholicism in canonic law and polish law 401

RAFAŁ MAJEWSKI

- Przestępstwa skierowane przeciwko interesom wierzycieli w kontekście ochrony obrotu gospodarczego 417
Offences against Creditors’ Interests in the Context of Protecting Economic Activity 417

JANUSZ SAWICKI

- Ochrona spoczynku nocnego w kodeksie wykroczeń jako akceptowane ograniczenie wolności 443
The Protection of Night Rest in the Code of Petty Offences as an Acceptable Limitation of Liberty 443

RADOSŁAW ANTONÓW

- Problem prostytucji i handlu żywym towarem w Europie na przełomie XIX i XX wieku. Przegląd literatury niemieckiej i austriackiej 467
The Problem of Prostitution and Human Trafficking in Europe at the Turn of the Nineteenth Century 467

MATEUSZ BUŻOWICZ

- Ewolucja prawa własności w Polsce Ludowej w latach 1944–1956 485
 The Evolution of Property Rights in the Polish People's Republic during the years 1944–1956 485

ANDRZEJ LICHWA

- Kościół katolicki w województwie wrocławskim w latach 1945–1949, w raportach milicji i władz lokalnych 505
 The Catholic Church in Wrocławskie Province during 1945–1949 in the Reports of Citizens' Militia and Local Authorities 505

ALEKSANDER KILISZKIEWICZ

- Prawne aspekty własności muzułmańskiej w prawie polskim 525
 Legal Aspects of Muslim Property in Polish Law 525

DAVIDE ARTICO

- Libertà, uguaglianza e proprietà nella narrativa di Rafael Sabatini 537
 Liberty, Equality and Property Rights in Rafael Sabatini's Fiction 537

Część II Artykuły recenzyjne | Review Articles**DARIUSZ SZPOPER**

- Czy na pewno *finis coronat opus*? Refleksje wokół krakowskiego „Słownika Historii Doktryn Politycznych” 559
 Does *Finis Coronat Opus* Hold True? Reflections on the Krakow “Dictionary of the History of Political Doctrines” 559

Część III Artykuły sprawozdawcze | Report Articles**ALEKSANDRA SPYCHALSKA**

- Sprawozdanie z 5th Global Conference on Genocide, 26–30 czerwca 2016 Jerozolima 569
 Report from the 5th Global Conference on Genocide, June 26–30, 2016, Jerusalem 569

AGNIESZKA KURIATA

- „Workshop. Human rights – contemporary threats and challenges”. Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji naukowej, Wrocław 2016 577
 “Workshop: Human Rights – Contemporary Threats and Challenges”: A report from an international academic conference, Wrocław 2016 577

BARBARA JELONEK

- Ogasawara-ryū 2016 – historyczna wizyta przedstawiciela Rodu Ogasawara w Polsce 587
- Ogasawara-ryū 2016: Historical Visit of an Ogasawara Family Member to Poland 587

KATARZYNA SADOWA

- Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji „International Relations and Human Rights”, Tallinn 11–13 marca 2016 r. 597
- Report from the conference “International Relations and Human Rights”, March 11–13, 2016, Tallinn 597

WPROWADZENIE

Prezentowany X tom *Wrocławskich Studiów Erazmiańskich* – nosi tytuł *Wolność, równość i własność w prawie i polityce*. Publikacja zawiera dwadzieścia sześć artykułów problemowych, jeden artykuł recenzyjny i cztery artykuły sprawozdawcze. Przedstawiana Czytelnikom problematyka dotyczy postrzegania kategorii niezwykle istotnych w życiu każdego człowieka. Oddawany do Państwa rąk tom przedstawia bardzo szeroką panoramę analizowanego zagadnienia i dlatego mamy nadzieję, że zainteresuje liczne grono czytelników. Opublikowane teksty dotyczą praw człowieka w dobie globalizacji, wolności wypowiedzi pełnomocnika procesowego na przykładzie radcy prawnego, dziedzictwa kulturowego, granic wolności człowieka, przeniesienia własności w bankowości islamskiej i szeregu innych zagadnień.

Artykuł recenzyjny analizuje krakowski *Słownik historii doktryn politycznych*, zaś artykuły sprawozdawcze prezentują działalność Pracowni Badań Praw Orientalnych na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

Zarówno Redaktorzy, jak i Autorzy żywią nadzieję, że prezentowana publikacja wywoła duże zainteresowanie i dyskusje wśród Czytelników.

Mirosław Sadowski

Część I

ARTYKUŁY

ARTICLES

Daniel Bogacz
(Wrocław)

MENSCHENRECHTE IN DEN ZEITEN DER GLOBALISIERUNG

ABSTRACT

HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF GLOBALIZATION

The core question of this article, around which the narrative is centered, concerns current issues connected with fulfilling international human rights guarantees – in particular the right to life and the related right to food. Despite numerous initiatives undertaken by the highly developed countries of the wealthy so-called Global North to aid the impoverished societies of the so-called Global South, the widespread phenomena of hunger and underdevelopment have not been significantly reduced. Deep socioeconomic divisions among respective states and regions lead to exploitation in the area of international relations, which has continued unabated since the beginning of the early modern period. This is evident especially in the context of economic relations on the example of the international coffee trade. Even if, through their social and economic systems, highly developed countries manage to successfully pursue a policy of social diversity management towards achieving the goals of economic growth, reducing drastic social disparities, satisfying social justice, and respecting the fundamental rights of the individual – in the realities of the global free market deep social disparities among contracting parties facilitate exploitative practices, result in unequal trade, and perpetuate colonial relationships between highly developed and developing nations. By the same token, the global free market resembles the pre-social-contract state of nature in which unfettered freedom denotes arbitrariness – unacceptable in highly developed economies – leading to commonplace human rights violations. In the above-mentioned situation some form of intervention designed to create a level playing field on the global market appears necessary in order to ensure the protection of socially weak parties against abuses by stronger market players. Only fulfilling this condition will pave

the way for an effective policy of economic development and the general application of the principle of fair trade.

KEYWORDS: human rights, social justice, right to food, globalization, underdevelopment, development policy, fair trade, coffee business, development aid, imperialism theory, social diversity

SCHLÜSSELWÖRTER: Menschenrechte, soziale Gerechtigkeit, Recht auf Nahrung, Globalisierung, Unterentwicklung, Entwicklungspolitik, *Fairtrade*, Kaffeegeschäft, Entwicklungshilfe, Imperialismustheorie, soziale Vielfalt

Einleitung

In der heutigen, sich dynamisch entwickelnden Welt sind wir Zeugen von umwälzenden Prozessen, deren Ausgang nicht vorauszusehen ist. Einerseits könnte man unter den gewaltigen Veränderungen, die sich im Leben der modernen- und sich modernisierenden Gesellschaften vollziehen, auf manche Ansätze hinweisen, mit denen sich unsere wachsende Hoffnung auf eine bessere Zukunft verbindet. Andererseits stellt uns der allgemeine Fortschritt vor Gefahren, welche man mit ernsthaften Sorgen betrachten sollte. Gerade im Zeitalter der fortschreitenden Globalisierung stellt sich erneut die grundsätzliche Frage: Ob eine „unsichtbare Hand des Marktes“ wirklich imstande sei, die individuellen und kollektiven Egoismen in eine Harmonie zu bringen, in der jeder Mensch seinen menschenwürdigen Platz findet?

Die platonische Formel einer universellen Gerechtigkeit: *suum cuique tribuere* (jedem das Seine geben) scheint heutzutage von besonderer Bedeutung zu sein. Dabei handelt es sich nicht so sehr um das aus dieser Formel hinaus interpretierte Prinzip der Proportion, das sich nach einer natürlichen und gesellschaftlich bedingten Ungleichheit der Menschen richtet, welche im Hinblick auf beobachtende Unterschiede bezüglich der individuellen Leistungen, Verdienste, Begabungen und Bedürfnisse zu begründen wäre. Vielmehr sollte sich unsere heutige Aufmerksamkeit auf das, aus derselben Formel Platons folgende Prinzip der ebenso natürlichen Gleichheit aller Menschen als Menschen richten. Wenn man von dieser natürlichen Gleichheit aller menschlicher Lebewesen ausgeht, kann die platonische Gerechtigkeitsformel so verstanden werden, dass jedem Menschen das gegeben werden soll, was ihm als Menschen zusteht¹, bzw. keinem Menschen

¹ Vgl. H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1985, S. 195–196.

darf weggenommen werden, was das Seine ist. Daher würde eine universelle Gerechtigkeit ein Minimum an unveränderlichen und unveräußerlichen Rechten fordern, die allen Lebewesen mit menschlichem Antlitz gleich zukommen und so den inhaltlichen Rahmen des *bonum commune* darstellen würden². Wenn man jedoch von dem ebenso gut begründeten Gegenprinzip von einer natürlichen Ungleichheit der Menschen ausgeht, fordert dieselbe Gerechtigkeit zugleich, dass die Verteilung der materiellen und nichtmateriellen Güter den zwischenmenschlichen Ungleichheiten gerecht wird. Es ist ein ewiges Dilemma, um das sich seit Platon (427–347 v. Chr.) die abendländische Diskussion über soziale Gerechtigkeit dreht.

Solange die sozialen Unterschiede durch die in ihrer Zeit allgemein anerkannten antiken und feudalen Rechtsordnungen legitimiert wurden, war eine auf ein Minimum von allen Menschen zukommenden Rechten orientierte Gleichheit (Rechtsgleichheit) als Bestandteil einer sozialen Gerechtigkeit nur im philosophischen bzw. religiösen Sinne zu betrachten. In der damaligen sozialen Wirklichkeit stützte sich hingegen der Gedanke von einer sozialen Gerechtigkeit auf ein absolut herrschendes Prinzip der Ungleichheit, das schon bei Geburt jedes Menschen Anwendung fand. Selbst Aristoteles (384–322 v. Chr.), der die bis heute geläufigen Begriffe der ausgleichenden und austeilenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa und iustitia distributiva*) herausgearbeitet hatte, versuchte die Sklaverei als Folge der natürlichen Ungleichheit der Menschen zu begründen³. Auf ähnliche Art und Weise argumentierte man in der Zeit des Mittelalters und der frühen Neuzeit für eine Ständegesellschaft, in der jedem Menschen von Geburt an ein bestimmter Platz in einer hierarchisch aufgebauten Gemeinschaft zugewiesen wurde⁴. Nach John Locke (1632–1704), Jean Jacques Rousseau (1712–1778) und Immanuel Kant (1724–1804) war es jedoch nicht mehr möglich, Gerechtigkeit nur im Lichte der natürlichen Ungleichheit der Menschen zu betrachten⁵. Die alten stoischen Ideen von einer angeborenen

2 Siehe: W. Naucke, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Frankfurt/M. 1982, S. 32–36.

3 Aristoteles, *Polityka*, übersetzt von Ludwik Piotrowicz, Warszawa 2006, s. 28–33. Siehe auch: K. Rode, *Geschichte der europäischen Rechtsphilosophie*, Düsseldorf 1974, S. 34–40.

4 Siehe: J. Le Goff, *Das Hochmittelalter*, in: *Weltbild Weltgeschichte*, Bd. 11, Augsburg 2000, S. 203–219.

5 Zur Lockeschen Theorie der vorstaatlichen, gleichen Menschenrechte auf Leben, Freiheit und Eigentum siehe: Derselbe, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*. Hg. Walter Euchner, Frankfurt/M. 1977. Zur Konzeption Rousseaus der natürlichen Freiheit und Gleichheit aller Menschen siehe: Derselbe, *Umowa społeczna*,

Fähigkeit jedes Menschen zur Freiheit und von gleicher Vernunftfähigkeit aller menschlichen Lebewesen⁶ wurden in Form von unveräußerlichen Menschenrechten in den Verfassungen moderner Staaten festgeschrieben. Daher messen wir heute den Fortschritt der Modernisierungsprozesse mit dem Maßstab der Verwirklichung der sog. Menschenrechtsstandards, die für jeden Menschen eine Garantie für gleiches Recht auf Leben, Freiheit der Privatsphäre und gleiche Würde bedeuten.

Mit der Einführung der Garantien für egalitäre Menschenrechte verband sich auch das Prinzip der bürgerlichen Gleichheit vor dem Gesetz. Erst aufgrund dieses Prinzips konnte es zu einer gewaltigen Umwandlung der alten Ständegesellschaft in eine moderne Massengesellschaft kommen, und dies geschah tatsächlich im Laufe des 19. Jahrhunderts vor Allem in den Ländern Europas und Nordamerikas. Die Masse der bürgerlichen Gemeinschaft blieb jedoch nur im rechtlichen Sinne egalitär. In der sozialen Realität zeigten sich dagegen noch stärkere Differenzen als bisher. Im Kontext einer bürgerlichen Gleichberechtigung kam paradoxerweise die Ungleichheit der Menschen stärker zum Ausdruck, als es in den bisherigen Schranken der wenigen Stände der Fall war, zu denen der Adelstand, die Geistlichkeit, das Stadtbürgertum und der Bauernstand zählten. Im Laufe der industriellen und der nachfolgenden digitalen Revolution entfalten die bürgerlichen Gesellschaften eine früher nicht da gewesene Vielfalt (*Diversity*) in sich. Die bisher mehr oder weniger homogenen Stände spalteten sich, wie in einer Kettenreaktion, in frei agierende Individuen auf. Das Konzept der bürgerlichen Freiheit, das in den amerikanischen und französischen Deklarationen der Menschen- und Bürgerrechte am Ende des 18. Jh. erstmals in einer normativen Gestalt herausgearbeitet wurde, bezog sich vor allem auf die Absicherung jedes einzelnen Mitglieds einer stattlichen Gemeinschaft gegen einen möglichen Missbrauch der, in dieser Gemeinschaft herrschenden Staatsmacht. Daher entwickelten sich – heute schon klassische – Verfassungsmerkmale eines materiellen und formellen Rechtsstaates⁷, der sich im Laufe der Zeit zu einem demokratischen und sozial gerechten Rechtsstaat entwickeln sollte.

Poznań 1920; Über die Idee der Freiheit und der Menschenwürde bei Kant siehe: Derselbe, *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, in: *Metaphysik der Sitten*, in: *Kants Werke*, Bd. IV, Berlin 1914.

6 H. Coing, *a.a.O.*, S. 22.

7 Über den Unterschied zwischen den materiellen und formellen Freiheitsgarantien des Einzelnen in einem Rechtsstaat, dessen Idee sich in der politischen Philosophie

Die Freiheit verstanden die klassischen Denker des liberalen Bürgertums in erster Linie im negativen Sinne – als eine Freiheit der Privatsphäre jedes einzelnen Mitglieds der *civil Society* von den willkürlichen also unrechtmäßigen Eingriffen von außen⁸. Im Grunde genommen, ging es hier nicht nur um bestimmte Absicherungen gegen Missbräuche der staatlichen Gewalt, sondern auch um den Schutz gegenüber den anderen Mitgliedern dieser bürgerlichen Gemeinschaft. In der autonomen Privatsphäre des Einzelnen konnte man verschiedene, spezielle Freiheitsbereiche finden, die in den Katalogen der Menschen- und Bürgerrechte ihre speziellen, normativen Garantien gefunden haben sollten⁹. Neben den verschiedenen Formen einer persönlichen Freiheit¹⁰, sollten die freien

des Liberalismus entwickelte, siehe: M. Piazolo, *Der Rechtsstaat*, München 1999, S. 11–22; F.-W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main 1991, s. 143–169, (*Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*). Mehr dazu und zu weiterführenden Literaturhinweisen siehe auch: D. Bogacz, *Wolność i porządek prawa w świetle myśli politycznej niemieckich liberalów*, in: E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz (red.), *Prawne aspekty wolności. Zbiór studiów*, Toruń 2008, S. 62–84.

- 8 Über den Unterschied zwischen der „negativen“ Freiheit von etwas und der „positiven“ Freiheit zu etwas siehe: B. Constant, *O wolności starożytnych i nowożytnych. Mowa wygłoszona w Athènè Royal*, „Arka“ nr 42, s. 74–75; vgl. I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, in: Derselbe, *Cztery eseje o wolności*, übersetzt von. D. Grinberg, Warszawa 1994, S. 178–233.
- 9 Der erste Katalog der sog. Grundrechte befand sich in einer Deklaration, die am 12 Juni 1776 vom Konvent des nordamerikanischen Staates Virginia beschlossen wurde. Zwei Jahre später, am 26 August 1789 wurde die erste französische *Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte* verkündet. In den Jahren nach dem II Weltkrieg haben ähnliche Deklarationen eine Form von Akten des internationalen Rechts angenommen. Einen besonderen Platz unter ihnen nehmen: *Allgemeine Deklaration der Menschenrechte*, die von der Generalversammlung der Organisation der Vereinten Nationen (UNO) am 10 Dezember 1948 beschlossen wurde, sowie zwei *Internationale Pakten der Menschenrechte* vom 16 Dezember 1966. Einer von ihnen reguliert wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte. Der zweite dagegen befasst sich mit bürgerlichen und politischen Rechten. In Bezug auf Europa eine besondere Stellung nehmen: die *Europäische Konvention der Menschenrechte* vom 4 November 1950 sowie die *Schlussakte der Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa*, die in Helsinki am 1 August 1975 beschlossen wurde.
- 10 Eine breit gefasste persönliche Freiheit bedeutet hier nicht nur Unantastbarkeit der Person also den Schutz vom direkten körperlichen Angriff vom Außen. Sie beinhaltet auch die Bewegungsfreiheit, die Freiheit des Gewissens (d.h. Religionsfreiheit bzw. konfessionelle Freiheit), die Berufsfreiheit, wirtschaftliche Freiheit,

Individuen in Besonderen den Schutz ihres Eigentums und ihrer wirtschaftlicher Tätigkeit genießen, welche sich unter den Bedingungen eines freien Marktes entfalten sollten. In einer, aufgrund der egalitären Grundrechten, neu geordneten Massengesellschaft, gewannen also neue Kriterien einer sozialen Vielfalt an Bedeutung: Besitz, Bildung, Begabung, Konfession, Weltanschauung, Alter, Geschlecht, kulturelle Herkunft. In einer wohlgeordneten Gemeinschaft muss diese Vielfalt gemanagt werden, um die möglichen Spannungen zu vermeiden und den allgemeinen Wohlstand zu sichern.

Üblicherweise findet der Begriff *Managing Diversity* im Bereich der Betriebs- und Volkswirtschaft Anwendung. Das ist insofern sinnvoll, als es eben in den Betrieben und den staatlich organisierten Gesellschaften Machtinstrumente gibt, die einer Verwaltung der sozialen Vielfalt Effizienz verschaffen. Wenn jedoch *Managing Diversity* außer bloßer wirtschaftlicher Gewinnsteigerung auch zu mehr Gerechtigkeit führen soll, dann scheint es angebracht zu sein, diesen neuen Begriff auf die Weltwirtschaft auszudehnen. Es zeigt sich nämlich allzu häufig, dass der Markt allein keine gerechten Verhältnisse in der Welt schaffen kann, eher scheint es sogar umgekehrt zu sein. Bei wirtschaftlicher Ungleichheit der Handelspartner, führt üblicherweise die auf die Weltmärkte bezogene, so genannte Handelsfreiheit, zur fortschreitenden Ausbeutung der Schwächeren, die eine gewaltige Mehrheit auf diesen Märkten ausmachen. Daher müsste man der Behauptung zustimmen, dass, während Menschenrechte in den geschlossenen staatlichen und betrieblichen Wirtschaftsräumen der entwickelten Länder einen, mehr oder weniger, ausreichenden Schutz finden, bleibt die internationale Ebene weiterhin im wilden „Naturzustand“, in dem auch die hoch zivilisierten Gesellschaften nach dem „Recht des Stärkeren“ handeln. Anscheinend hat sich auf diesem Gebiet seit Thomas Hobbes (1588–1679) und John Locke nicht viel geändert¹¹. So kommt es zu einer moralisch fragwürdigen Situation, in der die modernen Länder des sog. reichen Nordens ihre hohen sozialen Standards auf Kosten der im sog. armen Süden lebenden Menschen

Gedanken- und Äußerungsfreiheit, die sich in der Pressefreiheit und in der Freiheit der Lehre und Wissenschaft manifestiert. Nicht zuletzt wird die persönliche Freiheit auch die Wahlfreiheit des Ehegatten bedeuten. Dazu kommen die formellen Absicherungen dieser Freiheit in einem Straf- bzw. einem Verwaltungsverfahren.

¹¹ T. Hobbes, *Lewiatan*, übersetzt von Czesław Znamierowski, Warszawa 1954, s. 113; J. Locke, *a.a.O.*

sichern, deren das weggenommen wird, was ihnen als Menschen zusteht. Kauf einer Ware zu einem Preis, der unter dem Niveau der Produktionskosten steht, ist ja Diebstahl auch dann, wenn er aufgrund des Angebot-Nachfrage-Verhältnisses als gerechtfertigt erscheint¹². Es geht hier jedoch nicht darum, dass man sofort überall auf der Welt dieselben sozialen Standards sichert, sondern nur um Nichtverletzung eines bestimmten Minimums von Menschenrechten. Es kann nicht sein, dass man auf der nationalstaatlichen Ebene imstande sei, zivilisiert zu handeln, auf den Weltmärkten dagegen erlaubt man sich Praktiken, die nicht mit einem sozialen-, sondern eben mit einem vorstaatlichen Naturzustand in Verbindung gebracht werden müssten.

Keine Volkswirtschaft kann jedoch heutzutage als ein wirklich geschlossener Raum betrachtet werden. Soziale Vielfalt entsteht u.a. dadurch, dass die modernen, staatlich organisierten Gemeinschaften, „offene Gesellschaften“ sind¹³. Besonders auf der wirtschaftlichen Ebene sind diese Gesellschaften mit der ganzen Welt verflochten. Insofern tragen sie Verantwortung nicht nur für sich allein und nicht nur für die Gegenwart. Daher sollte im Rahmen dieser Verantwortung vor allem das Problem einer weltweiten Unterentwicklung bearbeitet werden. Immer noch fallen über zweidrittel der 193 Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen (UNO) unter die Kategorie der sog. Entwicklungsländer¹⁴, wobei die Bezeichnung: „Entwicklungsland“ häufig nur als politisch korrektes, von der Realität jedoch weit entferntes Wort benutzt wird. In Wirklichkeit handelt es sich um unterentwickelte Länder, wo Armut etwas ganz anderes bedeutet, als in einem schon entwickelten Land. 800 Millionen chronisch hungernder Menschen und eine weitere Milliarde von ihnen, die an „verstecktem Hunger“ leiden, weil ihr tägliches Essen zu wenig lebenswichtige Nährstoffe enthält oder zu einseitig ist, dazu etwa 24 Tausend täglich an Hunger Sterbender – das sind nur einige der dunklen Zahlen, mit denen wir vom Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung konfrontiert werden¹⁵. Wenn man sich noch vorstellt, dass rund 2,6 Milliarden Menschen also fast die Hälfte

12 Über den gerechten Preis vgl. H. Landreth, David C. Colander, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2005, S. 53.

13 Vgl. K.R. Popper, *Spoleczeństwo otwarte i jego wrogowie*, Bd. 1 u. 2, Warszawa 1993.

14 M. Piazolo, *a.a.O.*, S. 29.

15 Siehe: Online im Internet: Web-app: Hunger, <https://www.bmz.de/webapps/hunger/index.html#/de> [03.08.2016].

der Bevölkerung der Entwicklungsländer keinen Zugang zu Spültoiletten und anderen hygienischen Formen der Sanitärversorgung haben und etwa 67 Millionen Kindern im Grundschulalter keine Möglichkeit haben, eine Schule zu besuchen, dann wird es sich, im Vergleich mit den 360 Milliarden US-Dollar, welche die wenigen hoch entwickelten Länder jährlich nur zum Schutz ihrer Agrarmärkte ausgeben, ein erschreckendes Bild der weltweiten *Diversity* zeigen¹⁶.

Auf die Frage: Wer eigentlich für die wirtschaftliche Misere der Entwicklungsländer verantwortlich sei?, bekommen wir aber allzu häufig ausweichende Antworten. Meistens möchte man es so sehen, dass diese Missstände strukturell bedingt wären, was heißt, dass die Ursachen der Armut selbst in den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Strukturen der Armutsländer liegen sollten¹⁷. Dies scheint nur zum Teil eine richtige Antwort zu sein. Es gibt nämlich genug Beweise dafür, dass wir in der Vergangenheit einen maßgeblichen Beitrag zur Unterentwicklung vieler Länder geleistet haben und weiterhin leisten. Daher scheinen die Entschädigungsforderungen einiger Entwicklungsländer nicht unbegründet zu sein¹⁸. In Berücksichtigung dessen, möchten wir im Folgenden nicht nur die inneren, sondern auch die äußeren Bedingungen der Unterentwicklung behandeln, um eine Proporz zwischen der Ausbeutung und dem selbstverschuldeten Fiasko abzuwägen und daraus Schlüsse für die gegenwärtige Entwicklungspolitik zu ziehen.

In den drei folgenden Kapiteln wird der Entstehungsprozess der Unterentwicklung anhand dreier Erklärungsansätze erläutert. Der empirische Erklärungsansatz aus historischer Sicht liefert Fakten des Raubs und der gezielten Ausbeutung, die Europa und Nordamerika den übrigen Kontinenten gegenüber begangen haben. Hier zeigt sich aber auch, dass Europa und Nordamerika einen ganz anderen Weg gegangen sind als die übrige Welt; dass eine beschleunigte Entwicklung der abendländischen Zivilisation nicht durch eine Ausbeutung der übrigen Welt zustande kam, sondern umgekehrt die Ausbeutung erst auf der Grundlage des zivilisatorischen Vorsprungs möglich war. Der Erklärungsansatz aus wirtschaftstheoretischer Sicht zeigt folglich, wie das in Europa geborene

¹⁶ Siehe: *Prices paid to growers in exporting countries*, online im Internet: <http://www.ico.org/historical/1990%20onwards/PDF/3a-prices-growers.pdf> [26.09.2016].

¹⁷ Ebenda.

¹⁸ H. Elsenhans, *Nord-Süd-Beziehungen. Geschichte, Politik, Wirtschaft*, Stuttgart 1984.

kapitalistische Wirtschaftssystem die Unterentwicklung in der Welt erzeugt. In einem Erklärungsansatz aus struktureller Sicht lernen wir dagegen Schemen der machtpolitischen Unterordnung auf der internationalen Ebene kennen. Abschließend werden die äußeren Ursachen der Unterentwicklung am Beispiel der menschenrechtsverletzenden Praktiken im weltweiten Kaffee-Handel analysiert, und die sog. Entwicklungspolitik am Beispiel einer *Fairtrade*-Initiative kritisch dargestellt.

Empirischer Erklärungsansatz aus historischer Sicht

Die Ursachen für die gegenwärtige wirtschaftliche Unterentwicklung der Länder des sog. armen Südens (Afrika, Asien und Mittelsüdamerika) im Vergleich mit den Ländern des sog. reichen Nordens (Westeuropa, Nordamerika, Japan) scheinen sehr verschiedenartig zu sein. Daher müsste eine konsequente Suche nach diesen Ursachen durch ein komplexes Untersuchungsfeld laufen, das nur auf dem Wege einer interdisziplinären Forschung erkundet werden kann. Neben den Wirtschaftswissenschaften erweisen sich hier verschiedene Disziplinen der Sozial-, Kultur-, Rechts-, Politik- und Geschichtswissenschaften als besonders hilfreich. Aus geschichtswissenschaftlichem Blickwinkel betrachtet Hartmut Elsenhans das Phänomen der weltweiten Unterentwicklung. In einem Aufsatz über die Nord-Süd-Beziehungen gibt uns dieser Autor einen Überblick von den wichtigsten historischen Fakten, die den seit dem 16. Jh. dauernden Prozess der Unterentwicklung der Länder des Südens beträchtlich beeinflussen konnten¹⁹. Bei der Darstellung dieser Fakten ergeben sich auch weitere Fragen. So wird hier u.a. danach gefragt, inwiefern Gründe für die Unterentwicklung in der Ausbeutungspolitik des Nordens gegenüber dem Süden liegen, bzw. wie weit diese Unterentwicklung im Zusammenhang mit der Eingliederung der heutigen Entwicklungsländer in das kapitalistische Weltsystem steht. Zugleich gibt uns dieser Erklärungsansatz Argumente dafür, dass die Voraussetzungen der Unterentwicklung auch in den inneren sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Strukturen der unterentwickelten Länder stecken, ebenso wie die Ursachen der beschleunigten wirtschaftlichen Entwicklung der Völker

¹⁹ Ebenda. Die Ausführungen des ersten Kapitels stützen sich zum großen Teil auf diese Arbeit von H. Elsenhans.

Europas, Nordamerikas und Japans zum großen Teil in deren inneren Verwandlungsprozessen wurzeln. Elsenhans selbst meidet eine eindeutige Stellungnahme zugunsten der einen oder anderen Interpretation. Er versucht lediglich, Argumente vorzustellen, die grundsätzlich verschiedene Positionen begründen. So streitet er nicht ab, dass der Prozess der Eingliederung der Länder des Südens in das kapitalistische Weltsystem zur wirtschaftlichen Schwächung dieser Länder beigetragen hat, da die Mechanismen der kapitalistischen Wirtschaft hier nicht sinnvoll ausgenutzt werden konnten. Sowohl dies als auch die daraus resultierende und sich vergrößernde zivilisatorische (organisatorische und technische) Überlegenheit des christlichen Abendlandes ermöglichte den europäischen Ländern die Ausbeutung des Südens, die als eine der Ursachen der Unterentwicklung betrachtet wird.

Elsenhans zählt einzelne Etappen der Eingliederung der Länder des Südens in das kapitalistische Weltsystem auf. Der Beginn dieses Prozesses war mit dem Übergang vom Mittelalter in die frühe Neuzeit verbunden. Die geographischen Entdeckungen des 15. und 16. Jh. mündeten in der politischen und wirtschaftlichen Eroberung Mittel- und Südamerikas durch Spanien und Portugal. Gleichzeitig mit der Plünderung der südamerikanischen Kultur- und Bodenschätze begann auch der Raub menschlicher Arbeitskraft in Afrika. Merkwürdigerweise hat auch die katholische Kirche schon Ende des 15. Jh. die Sklaverei in den außereuropäischen Ländern gerechtfertigt. Aus dieser Position zogen sich die Päpste erst im Jahre 1888 zurück²⁰. Merkwürdig war diese Haltung der Kirche deswegen, weil sie aufgrund der christlichen Anthropologie, die alle Menschen als Ebenbild Gottes definiert, nicht zu verstehen war²¹. Dies war jedoch weder der erste noch der letzte Widerspruch zwischen kirchlicher Lehre und tatsächlicher Kirchenpolitik. In derselben Zeit, auf der Schwelle zwischen Mittelalter und Neuzeit, kam es zur Übernahme der asiatischen Seehandelswege durch die europäischen

²⁰ K. Rode, *a.a.O.*, S. 83.

²¹ Über *Imago-Dei-Lehre* von Gregor von Nyssa siehe: Ebenda, S. 60; über den christlichen Ursprung des Art. 1 der französischen Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789 siehe: K. Löwith, *Od Hegla do Nietschego. Rewolucyjny przelom w mysli XIX wieku*, Warszawa 2001, S. 294 und G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, München 1927; über evangelische Ursprünge der heutigen Demokratien siehe: J. Maritain, *Christentum und Demokratie*, Augsburg 1949, S. 48 ff.

Handelsgesellschaften, was langfristig zur konsequenten Diskriminierung der gewerblichen Produkte führen sollte, die aus der sog. dritten Welt auf den europäischen Markt kamen. Im weiteren Verlauf entwickelten sich neue Formen der Ausbeutung, wie etwa in der kolonialen Politik der wenigen imperialen Mächte. So sollte die koloniale Aufteilung Asiens und Afrikas u.a. eine Spezialisierung der Dritten Welt auf die Produktion billiger Rohstoffe zu Folge haben. Die letzte Station dieser Geschichte sei schließlich die gegenwärtige Tätigkeit der Weltkonzerne, die sich die Länder des armen Südens anhand einer monopolistischen Verfügung über fortgeschrittene Technologien unterordnen. Alle diese Etappen waren mit direkter Ausbeutung, ungleicher Spezialisierung, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Deformation der „dritten“ zugunsten der „ersten“ Welt verbunden. Daher kommen die gegenwärtigen Forderungen einiger Entwicklungsländer nach Entschädigung und entsprechender Umverteilung des Welteinkommens.

In seinen weiteren Überlegungen kommt Elsenhans zu der Erkenntnis, dass, obschon die Ausbeutung des Südens als eine der Ursachen seiner Unterentwicklung anzusehen wäre, dann war diese Ausbeutung doch keine Bedingung für das Wirtschaftswachstum in Westeuropa. Vielmehr waren hier die inneren Verhältnisse dafür verantwortlich, die sich seit dem Mittelalter herausgebildet hatten. Darunter ist das Phänomen der fortschreitenden Säkularisierung des öffentlichen Lebens zu nennen, die zur Trennung der Kirche vom Staat führte und eine rechtliche Sicherung der Autonomie der privaten Sphäre ermöglichte²². Weiterhin führte die Krise des Christentums zu einer Reformationsbewegung, die auch einen unternehmerischen Geist (eine kapitalistische Mentalität) mit sich brachte, wie es schon Max Weber zutreffend festgestellt hatte²³. Die Veränderungen in England des 16. Jh. seien hier wegweisend für Kontinentaleuropa. Die Armengesetze wirkten positiv auf die Entwicklung des Massenkonsums, was wiederum eine Intensivierung der Produktivität bewirkte. Ebenso sollten die Einfriedungen ein wichtiger Schritt in die kapitalistische Agrarwirtschaft ausmachen. Dies alles wurde mit

22 Zum Prozess der Säkularisierung der europäischen Staaten siehe: F.-W. Böckenförde, *a.a.O.*, S. 92–115, siehe auch: W. Theimer, *Geschichte der politischen Ideen*, Bern 1955, S. 59–76; H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1966, S. 32 ff.; H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Frankfurt am Main 1970, S. 293 ff.

23 M. Weber, *Etyka protestancka a duch kapitalizmu*, Warszawa 2010, S. 16, 25–30.

einem entscheidenden Faktor verbunden, nämlich mit der Rezeption des altrömischen Instituts des Eigentums (*proprietas*). Die frühneuzeitliche Geschichte Europas wird als eine Geschichte des Kampfes um das Privateigentum bezeichnet²⁴. Er endete mit dem Sieg des liberalen Bürgertums in der französischen Revolution (1789–1799). Erst das Privateigentum – verstanden nach dem römischen Muster als absolute Herrschaft über eine Sache mit der Ausschließung Dritter²⁵ – lieferte die Grundlage, auf der sich das kapitalistische System und die wirtschaftliche (später auch politische) Freiheit der Bürger entwickeln konnte.

Demgegenüber blieben die Länder des Südens auch in der neuzeitlichen Epoche auf einem Niveau der sog. tributären Produktionsweise, die keine Anreize für eine Intensivierung eigener Wirtschaft erzeugen konnte²⁶. Die Orientierung der Wirtschaft auf die Bedürfnisse der herrschenden Beamtenschicht hat hier schließlich hemmend auf die Entwicklung des privaten Gewerbesektors gewirkt. Es konnte sich keine Massengüterproduktion entwickeln, da es keinen Massenabsatzmarkt gab. Die Dominanz der zentralisierten Staatsklasse machte die Verbesserung des Lebensstandards der Massen nicht möglich. Und dies alles hing wiederum mit den fehlenden Garantien des Privateigentums zusammen. Schon im 16. Jh. betonte der französische Staatsphilosoph Jean Bodin (1530–1596), dass der wesentliche Unterschied zwischen einer königlichen Monarchie europäischen Stiles und einer patrimonialen Monarchie orientalischen Stiles darauf beruht, dass die erste das Eigentum ihrer Untertanen schützt, die zweite dagegen als alleiniger Eigentümer des ganzen Landes auftritt²⁷. Das Fehlen einer Kultur des Privateigentums scheint noch heute ein Hindernis in der wirtschaftlichen Entwicklung (und der darauswachsenden kapitalistischen Produktionsweise) vieler Länder zu sein. Da wo es keine Grundbücher gibt, wo Menschen nicht

24 K. Grzybowski, *Historia doktryn politycznych i prawnych. Od państwa niewolniczego do rewolucji burżuazyjnych*, Warszawa 1968, S. 252.

25 K. Kolańczyk, *Prawo Rzymskie*, Warszawa 1976, S. 283.

26 Über Mechanismen der tributären Wirtschaftsweise siehe: H. Elsenhans, *Aufstieg und Niedergang des kapitalistischen Weltsystems. Eine politische Ökonomie der Moderne*, S. 6–11, online im Internet: <http://www.qucosa.de/fileadmin/data/qucosa/documents/15122/1else08poli-1.pdf> [10.03.2017].

27 J. Bodin, *Sechs Bücher über den Staat*, Buch I–III, München 1981; Z. Izdebski, *Poglądy Jana Bodinusa na państwo i prawo*, [w:] J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczpospolitej*, Warszawa 1958.

über Dokumente verfügen, die ihre Eigentumsrechte bestätigen, kann sich z.B. kein normales Kreditwesen entwickeln. Die Reichtümer Südamerikas bzw. Afrikas können nicht so einfach kapitalisiert werden wie die Reichtümer Europas bzw. Nordamerikas.

Erklärungsansatz aus wirtschaftstheoretischer Sicht

Im Rahmen des Erklärungsansatzes aus wirtschaftstheoretischer Sicht versucht man, die Entwicklung der internationalen Handelsbeziehungen so zu interpretieren, dass man in ihnen die Mechanismen einer Blockierung der wirtschaftlichen Entwicklung des armen Südens findet. Dabei zeigen sich, laut Samir Amin und Christian Palloix, solche Phänomene wie ungleicher Austausch in den Beziehungen zwischen „Zentrum“ und „Peripherie“, fortbestehende Unterschiede zwischen den sozio-ökonomischen Formationen sowie fortdauernde ursprüngliche Akkumulation auf der Weltebene²⁸. Die hier erwähnten Autoren werfen sowohl den klassischen Theorien von Adam Smith (1723–1790) und David Ricardo (1772–1823) als auch den neoklassischen Ansätzen vor, dass sie den Weltkapitalismus als eine in sich einheitliche und überall gleiche Produktionsweise betrachten. Es bestehen aber gravierende Unterschiede zwischen dem Kapitalismus des Zentrums (hoch entwickelte Länder) und dem Kapitalismus der Peripherie (unterentwickelte Länder). In diesen beiden sozio-ökonomischen Formationen – wie Amin sie nennt – ist zwar heutzutage die kapitalistische Produktionsweise vorherrschend. Wenn sie jedoch im Zentrum, aufgrund der Erweiterung der inneren Märkte, zur ausschließlichen Produktionsweise tendiert, scheint sie in der Peripherie, in der die Ausdehnung des Kapitalismus nicht auf den inneren, sondern auf den äußeren Markt gründet, diese Tendenz nicht zu haben. Daraus entwickeln sich spezifische Handelsbeziehungen zwischen dem Zentrum und der Peripherie, die zu einem Abhängigkeitsverhältnis und zur Blockierung der wirtschaftlichen Entwicklung der Peripherie führen. Dieser Effekt kommt aufgrund des ungleichen Austausches zustande. Nach Ricardo entsteht der ungleiche Austausch aufgrund unterschiedlicher

²⁸ S. Amin, Ch. Palloix, *Neuere Beiträge zur Imperialismustheorie*, Bd. 1, München 1971. Die weiteren Ausführungen des zweiten Kapitels stützen sich auf diese Abhandlung.

Produktivität in zwei miteinander handelnden Ländern²⁹. Produktivitätsunterschiede führen üblicherweise zu Lohnunterschieden. Die Arbeitskraft kann also in einem Land mit schwacher Produktivität billiger sein als in einem anderen Land, in dem die Produktivität stärker ist. So kann man mit Yevgeni Preobraschenski (1886–1937) den ungleichen Austausch als Austausch einer geringen Quantität von Arbeit (die in einem Land geleistet wird) gegen ein höheres Arbeitsquantum bezeichnen (das in anderem Land geleistet werden muss, um die aus dem Ausland kommenden Waren zu bezahlen, die mit der geringeren Quantität von Arbeit hergestellt worden sind).

In Bezug auf die gegenwärtigen Handelsbeziehungen zwischen den Ländern des hoch entwickelten Zentrums und der schwach entwickelten Peripherie, trifft jedoch das Argument der ungleichen Produktivität, und den aus ihr resultierenden ungleichen Löhnen, nicht ganz zu. Wie Amin nachweist, kommen 75% des Exports der Länder der dritten Welt aus ultramodernen kapitalistischen Betrieben, deren Produktivität die gleiche wie in vergleichbaren Sektoren (Erdöl, Bergbau, moderne Plantagen) des Zentrums ist. Trotzdem werden die Löhne in den Ländern der Peripherie – auch in deren modernen kapitalistischen Sektoren – durch bewusste Wirtschaftspolitik des dortigen Kapitals auf sehr niedrigem Niveau gehalten. Trotz gleicher Produktivität haben wir also Lohnunterschiede, die zu ungleichem Austausch führen. Auf diese Weise kommt es zum Werttransfer von der Peripherie zum Zentrum. Die Höhe dieses Werttransfers soll zweifach die Höhe der Entwicklungshilfe übersteigen, die die Länder des Zentrums an die der Peripherie leisten (*sic!*).

Eine blockierende Wirkung solcher Erscheinung auf die Entwicklungsmöglichkeiten der Armutsländer scheint offensichtlich zu sein, zumal die Exporte dieser Länder in das hoch entwickelte Zentrum 20% ihres Bruttoinlandsproduktes ausmachen. Wir haben es hier mit einer Form der Ausbeutung zu tun, die – durch besagten ungleichen Austausch verschleiert –, nichts anderes als eine fortbestehende ursprüngliche Akkumulation zugunsten des kapitalistischen Zentrums sei. Karl Marx (1818–1883) sollte in seiner kritischen Analyse des industriellen

²⁹ Als Beispiel bespricht Ricardo Handelsbeziehungen zwischen Portugal und England wo Wein und Leinen als Tauschwaren mit unterschiedlicher Produktivität hergestellt werden. Derselbe, *Zasady ekonomii politycznej i opodatowania*, Warszawa 1957.

Kapitalismus dieses Phänomen nicht gesehen haben. Für ihn gehörte die ursprüngliche Akkumulation zur Vorgeschichte des Kapitalismus. Um die Mitte des 19. Jh. herum schien aber auch das Lohnniveau der Industriearbeiter überall sehr niedrig zu sein. Erst zu Anfang des 20. Jh. hat Rosa Luxemburg (1870–1919) das Fortbestehen der ursprünglichen Akkumulation zugunsten der hoch entwickelten Länder auf der Ebene des Welthandels konstatiert. Hier handelte es sich um die jüngste Geschichte des Weltkapitalismus, der sich seit dem Ende des 19. Jh. in seiner imperialen Phase befand. Dieses Stadium wurde allerdings nach einer langjährigen Entwicklung erreicht.

Amin unterteilt den Entwicklungsprozess des Kapitalismus in drei Perioden:

- 1) Die merkantile Periode – auch Epoche des Kaufmannkapitalismus genannt – sollte sich in der Zeit von den großen Entdeckungen des 15. u. 16. Jh. bis zum Auftreten der Industriellen Revolution im 18. Jh. abspielen;
- 2) Die klassische bzw. die Entfaltungsperiode des Industriekapitalismus fiel auf das Zeitalter der industriellen Revolution des 18. u. des 19. Jh.;
- 3) Die seit dem Ende des 19. Jh. andauernde imperialistische Periode des Monopolkapitalismus, wie ihn Vladimir Lenin (1870–1924) beschrieben hat³⁰.

In allen diesen drei Perioden haben sich unterschiedliche Formen der Beziehungen zwischen dem „vollkapitalistischen“ Zentrum und der „halbkapitalistischen“ Peripherie entwickelt, welche auf die Unterentwicklung der Peripherie wirkten.

Ad. 1/ In der merkantilen Periode spielten die Handelsbeziehungen für die Entwicklung des Kapitalismus in Westeuropa eine entscheidende Rolle. Wer den Handel mit Luxuswaren aus dem Orient, der Neuen Welt und Afrika beherrschte, kumulierte die größten beweglichen Vermögen, die später in Industriebetriebe investiert werden konnten. Diese Waren (u. a. Gewürze, Zucker, Seide, Tuchwaren) besorgten sich westeuropäische (spanische, portugiesische, seit dem 17. Jh. vor allem englische und holländische) Kaufleute entweder durch den normalen Handelsaustausch oder durch Raub und Plünderung der Überseeländer.

³⁰ W.I. Lenin, *Imperializm jako najwyższe stadium kapitalizmu. Szkic popularny*, Gdańsk 2000.

Hier begann schon die Ausbeutung der Peripherie, zuerst auf ziemlich primitive Art und Weise. Im Laufe der Zeit wurde die Plünderung der verarbeiteten Gold- und Silberschätze Mittelsüdamerikas und Indiens durch Ausbeutung der Erze in Minen ersetzt, die zu enormen Opfern an Menschenleben führte.

Ad. 2/ In der klassischen Periode des Industriekapitalismus, die mit dem Aufbau des Kolonialen Herrschaftssystems zusammenhing, errichtete der Kapitalismus des Zentrums in den Ländern der (vor allem amerikanischen) Peripherie riesige Zucker- und Baumwollplantagen, deren Produktion jedoch auf archaischer Sklavenarbeit basierte. Dies führte zur Entwicklung des Sklavenhandels, den auch die Länder unterstützten, die in ihren eigenen Verfassungen allmählich Garantien der Menschenrechte einführten. In dieser Periode entstand die internationale Arbeitsteilung zwischen sog. Industrie- und Agrarländern. Das Zentrum importierte aus der Peripherie überwiegend landwirtschaftliche Produkte, für welche es industrielle Fertigwaren lieferte. Eine Zurückwerfung großer Lebensbereiche der Peripherieländer in eine Sklavenwirtschaft im Dienste des kapitalistischen Zentrums ist hier unverkennbar. **Ad. 3/** In der imperialistischen Periode kommt es schließlich zum Export des Kapitals, das – vom Zentrum kommend – in den Ländern der Peripherie investiert wird. Aufgrund dieser Investitionen entsteht Leichtindustrie, die zum Teil den inneren Bedarf an industriellen Fertigwaren in der Peripherie deckt und deshalb als eine „Importsubstitution“ bezeichnet wird. Jetzt importiert das Zentrum von der Peripherie neben Agrarprodukten auch industrielle Rohstoffe. Selbst liefert es dagegen Technologien, Hi-Tech-Waren und Investitionskapital. Die Ausbeutung der Peripherie verläuft hier weiterhin aufgrund des ungleichen Austausches, wie es oben beschrieben wurde.

Das Fazit, das Amin aus seinen Überlegungen zieht, lautet: Egal, in welche Richtung die weitere Entwicklung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen verläuft, wird sich die Kluft zwischen den Ländern des Zentrums und denen der Peripherie vergrößern. Der innere Entwicklungsprozess, der im Zentrum läuft, wird nämlich immer eine größere Beschleunigung haben, als der parallele Prozess in der Peripherie. Aufgrund der bisherigen Entwicklung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen scheinen die Länder der Peripherie, zur Unterentwicklung verdammt zu sein. Dies gilt allerdings nur im Vergleich mit den Ländern des Zentrums. Der Begriff der Unterentwicklung ist ja relativ.

Erklärungsansatz aus struktureller Sicht

Mit dem Problem der imperialen Herrschaftsverhältnisse zwischen dem sog. Zentrum und der Peripherie beschäftigt sich auch Johan Galtung³¹ und Karl Dietrich Bracher³². Erst mit dem Auftreten dieser Herrschaftsverhältnisse in der Sphäre der internationalen Beziehungen, sollen wir mit „wahrhafter Weltpolitik“ zu tun haben, wie es Karl Dietrich Bracher in seiner *Krise Europas...* (1993), zu erklären versucht. Die Welt wird hier als ein Ganzes betrachtet, in dem jedes wichtige, lokale, politische bzw. wirtschaftliche Ereignis weltweite Folgen haben kann. Die weltumfassende Struktur internationaler Beziehungen als ein Gefüge imperialer Herrschaftsverhältnisse wird jedoch von Bracher und Galtung viel breiter verstanden als in der „klassisch-marxistischen“ Interpretation Lenins³³. Für unsere Untersuchung ist es insofern wichtig, als es die Leninistische These in Frage stellt, dass der Imperialismus die höchste (also möglicherweise die letzte) Entwicklungsstufe des (Monopol-) Kapitalismus sei.

Nach Bracher reicht die Geschichte des Imperialismus bis in die Antike hinein. Der Begriff selbst sei inhaltlich polemisch. Einerseits ist er nämlich auf alle Bestrebungen bezogen, die durch Expansion auf eine erhebliche Erweiterung des Herrschaftsgebiets in politischer oder ökonomischer Hinsicht abzielen. Andererseits kann es Rechtfertigungen imperialer Politik geben, die auf positive Funktionen einer Großreichsbildung hinweisen. So wies man beispielsweise in der Zeit des makedonischen bzw. des römischen Imperiums auf die Erhaltung von Ordnung und Frieden, Sicherheit und Gleichheit bzw. auf die großflächigen zivilisatorischen Entwicklungen hin. Eine Kritik am modernen, sich seit dem Ende des 19. Jh. entwickelnden Imperialismus kann nach Bracher in drei großen Zusammenhängen gefasst werden:

- 1) Der Imperialismus ist die Gegenmacht zum nationalen und demokratischen Selbstbestimmungsrecht der Völker;
- 2) Nach der Leninistischen Definition sei er die letzte Stufe und äußerste Konsequenz des zu bekämpfenden Kapitalismus;

31 J. Galtung, in: D. Senghaas (Hg.), *Imperialismus und strukturelle Gewalt. Analysen über abhängige Reproduktion*, Frankfurt/M. 1972. Die Ausführungen des dritten Kapitels stützen sich zum großen Teil auf diese Abhandlung.

32 K.D. Bracher, *Die Krise Europas. Seit 1917*, Frankfurt/M.-Berlin 1993.

33 W.I. Lenin, *a.a.O.*

- 3) Im Rahmen der antikolonialistischen Bewegung gilt er als Ursache aller Unterdrückung, Abhängigkeit und Unterentwicklung der nichteuropäischen Völker. Diese drei Versionen der Kritik am Imperialismus enthalten (in jeweils anderer Mischung) politische, ökonomische und ideologische Erklärungen.

Es zeigt sich also, wie komplex dieses Phänomen ist und wie interdisziplinär hier die Forschung vorgehen müsste. Zugleich wird ebenfalls sichtbar, dass der Begriff Diversity Anwendung auf der globalen Ebene findet.

Auch Galtung sieht das Problem des modernen Imperialismus ähnlich wie Bracher. Auch er stellt sich der eindimensionalen Sichtweise Lenins entgegen, weil sie nur die ökonomische „Basis“ in Betracht nimmt, die Sphären des „Überbaues“ dagegen, wie Politik, Kultur, Kommunikation oder Militärwesen, außer Acht lässt. Um die, sich in der Welt zeigenden Ungleichheiten deutlicher und klarer zu sehen, müsste diese Welt – nach Galtungs Meinung – mit ihrer Geschichte, Kultur usw. als ein Ganzes betrachtet werden. Das komplexe System der komplizierten imperialen Herrschaftsverhältnisse sei „struktureller“ geworden. In dieser Struktur wurzelt auch die Beständigkeit der Ungleichheiten. Im Hinblick auf die strukturelle Vielschichtigkeit, unterscheidet Galtung fünf Typen des Imperialismus, welche sich nach der Art des Austausches zwischen dem sog. Zentrum und der Peripherie richten:

- 1) Der ökonomische Imperialismus, der sich dadurch auszeichnet, dass die „Peripherienation“ den größten Teil ihres Handels mit ihrer „Zentralnation“ abwickelt. Sie kann nur wenige Güter exportieren, deren Sortiment von den Bedürfnissen der Zentralnation abhängt. Die Peripherienation bietet hier vor allem Rohstoffe und Märkte. Dafür bekommt sie von der Zentralnation Industrieprodukte und Produktionsmittel. Die Ausbeutung besteht hier (wie Amin es schon erklärt hat) vor allem im ungleichen Austausch. Zusätzlich kommt es hier aber auch zum sog. *Spin-off-Effekt*, der darin besteht, dass die rohstoffverarbeitende Industrienation zusätzliche Anstöße zur noch weitergehenden Entwicklung bekommt (Entwicklung der Wissenschaft, engere Verflechtung des Binnenmarktes usw.), welche in der Peripherienation ausbleiben;
- 2) Der politische Imperialismus soll sich dadurch auszeichnen, dass die Metropole in den die Peripherie betreffenden politischen Fragen zur letzten Entscheidungsinstanz wird. Die Peripherie scheint hier vollkommen den Entscheidungen der Metropole untergeordnet zu sein;

- 3) Der militärische Imperialismus beruht auf der technologischen und sozialen Überlegenheit der Metropole gegenüber der Peripherie. Die Metropole kann eine moderne Armee aufbauen, die von einer entsprechenden sozialen Struktur ihrer Gesellschaft getragen werden kann. Auch in diesem Bereich kommt es zu einer gewissen Arbeitsteilung zwischen der Zentral- und der Peripherienation, wenn die Metropole die Ausrüstung, die Leitungs- und Schulungskräfte liefert, die Peripherie dagegen einfache Soldaten;
- 4) Der kommunikative Imperialismus stützt sich auf der Tatsache, dass die größten Nachrichtenmedien durch die Zentralnationen kontrolliert werden. So werden die Ereignisse, welche in der Peripherie stattfinden, von den Medienkonzernen der Metropole zu Nachrichten verarbeitet. Die Peripherie bekommt so eine den Interessen der Metropole entsprechende Berichterstattung;
- 5) Schließlich, beruht der kulturelle Imperialismus hauptsächlich auf dem Bildungsmonopol der Metropole, welche gemäß eigener Bildungspolitik die geltenden Lehrinhalte bestimmt, die dann die Peripherienation zu lernen hat.

In allen diesen fünf Typen des Imperialismus sind Mechanismen einer Unterordnung verankert, die sicherlich auch ein Grund für die Unterentwicklung der Peripherienationen waren und immer noch sind.

Galtung teilt auch die Geschichte des Imperialismus in drei Zeitabschnitte. Als Kriterien dieser Periodisierung werden hier konkrete Methoden angesehen, mit denen das Zentrum der Metropole eigene Interessen mit den Interessen des Zentrums der Peripherie zu harmonisieren versucht. Eine gewisse Übereinstimmung zwischen den Interessen des Zentrums der Metropole und den Interessen des Zentrums der Peripherie sei nämlich eine Voraussetzung für das Bestehen von imperialen Herrschaftsverhältnissen. Demnach unterscheidet Galtung:

- 1) Die Phase des Kolonialismus, die in das 19. Jh. zurückreicht und in der Nachkriegszeit des 20. Jh. endet. Die Methode der erwähnten Interessenharmonisierung (zwischen dem Zentrum der Metropole und dem Zentrum der Peripherie) war hier die Okkupation des Gebiets der Peripherie durch das Zentrum der Metropole. Daher war hier das Zentrum der Peripherie identisch mit dem Personenkreis aus dem Zentrum der Metropole;
- 2) In der gegenwärtigen Phase des Neokolonialismus findet die Interaktion zwischen dem Zentrum der Metropole und dem Zentrum

der Peripherie über das Medium internationaler Organisationen statt. Den Fünf (oben genannten) Typen des Imperialismus entsprechend, werden es: Für den ökonomischen Imperialismus – staatliche und private multinationale Kapitalgesellschaften; für den politischen Imperialismus – unterschiedliche internationale Organisationen von Staaten wie UNO; für den militärischen Imperialismus – militärische Bündnisse wie NATO; für den kommunikativen Imperialismus – Schiff- und Luftfahrtgesellschaften sowie Presse- und Nachrichtenagenturen usw.; für den kulturellen Imperialismus – nichtstaatliche internationale Organisationen;

- 3) Die noch bevorstehende Phase bezeichnet Galtung als Neo-Neo-Kolonialismus, in dem die Interaktion zwischen dem Zentrum der Metropole und dem Zentrum der Peripherie über bloße internationale Kommunikation (anhand moderner Kommunikationsmittel) stattfinden wird.

Das Verstehen der strukturellen Gegebenheiten, die für das Wesen der in der heutigen Welt fortdauernden und sich „verfeinernden“ imperialistischen Herrschaftsverhältnissen als entscheidend erscheinen, soll uns bei der Suche nach Problemlösungen helfen, welche in der uns umgebenden und von Konflikten erfüllten Wirklichkeit immer wieder dringlich benötigt werden. Dabei sollte man aber nicht vergessen, wie es Galtung betont, dass man wirklich gute Konfliktlösungsverfahren nur bis zu gewissem Grade anwenden sollte. Es wäre doch ein Missverständnis, daran zu glauben, dass alle Konflikte aus der Welt wegzuschaffen seien. Ziemlich häufig und auch bis zu gewissem Grade werden ja diese Konflikte als eine Antriebskraft aller Entwicklung angesehen.

Gerechtigkeit und die Realität des Weltmarktes.

Der internationale Kaffeehandel und die *Fairtrade*-(Geschäfts)-Idee

In der neoliberalen Theorie von Friedrich August von Hayek (1899–1992) gibt es auf dem Markt für so etwas wie Gerechtigkeit keinen Platz³⁴. Frei-

³⁴ F.A. von Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen 1971, S. 292–297. Siehe auch: J.N. Shklar, *Über Ungerechtigkeit. Erklärungen zu einem moralischen Gefühl*,

heit steht hier an allererster Stelle und die „unsichtbare Hand des Marktes“ hat immer Recht. Wie jedoch in den vorherigen Kapiteln zu sehen war, ist Freiheit auf dem internationalen Markt nur ein Wunsch, der für die Mehrheit der Handelnden unrealisierbar bleibt. Ein echter Liberaler sollte aber nicht nur eigene Freiheit verteidigen, sondern auch die Freiheit der Anderen nicht verletzen. Gerade in den Bedingungen des Weltmarktes scheint diese Regel, problematisch zu sein. Wenn wirtschaftliche Stärke auch über politische Bedeutung entscheidet, verwandelt sich eine Macht über den Sachen in eine Macht über den Menschen. Freie Marktwirtschaft mündet in den politischen und sozialen Zwängen. Nicht die Illusion von der Gerechtigkeit stellt hier das größte Problem dar. Schon die Grundregeln des Marktes wie Vertragsfreiheit und Gleichheit der Handelspartner als Rechtssubjekte bleiben eine Fiktion. Gerechtigkeit fordert hier kein „demoralisierendes Beschenken“ der sozial Schwachen und „Untüchtigen“. Sie verlangt lediglich, dass der Starke den Schwachen nicht beraubt, nicht skrupellos ausbeutet, sondern ihm einen *fairen* Preis für gekaufte Ware zahlt. Es geht um einen Preis, der angemessen sein sollte, was heißt, dass er zumindest die Produktionskosten, darunter die Kosten der Reproduktion der menschlichen Arbeitskraft deckt.

Wie widersprüchlich und gnadenlos der „freie“ Markt sein kann, zeigt sich am Beispiel des internationalen Kaffee-Handels. Nach Erdöl soll Kaffee der meist gehandelte Rohstoff auf dem Weltmarkt sein. Seine jährliche Produktion beträgt rund 8,5 Millionen Tonnen. Etwa 70% dieser Produktion werden von Kleinbauern hergestellt, die zum großen Teil in Lateinamerika leben. Auf 5 Millionen kaffeeproduzierenden Farmen finden mehr als 25 Millionen Menschen Arbeit. Zusammen mit ihren Familienangehörigen bilden sie eine Menge von rund 100 Millionen Menschen, die vom Kaffeeanbau abhängen³⁵. Nach Schätzungen der *International Coffee Organisation* (ICO) sollen weltweit 125 Millionen Menschen von der Kaffeindustrie leben. Dies würde bedeuten, dass gegenüber den rund 100 Millionen vom Kaffeeanbau Abhängigen nur 25 Millionen von Verarbeitung und Vertrieb dieses Rohstoffes leben. Das

Frankfurt/M. 1997, S. 95–99; W. Merkel, *Soziale Gerechtigkeit und die drei Welten des Wohlfahrtskapitalismus*, in: „Berliner Journal für Soziologie“ 2/2002.

35 International Coffee Organisation – Key Documents, online im Internet: <http://www.ico.org/keydocs-e.asp> [03.09.2016]; siehe auch: H. Gmür, *Agrarprodukt Kaffee. Berg-und-Tal-Fahrt einer aromatischen Bohne*, online im Internet: <http://www.nzz.ch/kaffee-rohstoff-1.17165430> [04.09.2016].

ergibt ein 4:1 Verhältnis. Im Jahre 2011 haben die über 50 Produzentenländer rund 100 Millionen Kaffeebeutel mit jeweils 60 Kg grünen Kaffeebohnen exportiert³⁶. Diese rund 6 Millionen Tonnen unverarbeiteten Kaffee wurden für rund 20 Milliarden US Dollar verkauft. Der gesamte Wert des Kaffeemarktes wird dagegen auf jährlich bis 100 Milliarden US Dollar geschätzt³⁷. Das ergibt ein Verhältnis von 1:5. Viermal weniger Menschen, als die Menge der vom Kaffeeanbau Abhängigen, erzielen also das Fünffache vom Kaffee-Ankaufpreis. Wenn man dazu die Struktur des Kaffeehandels in Betracht zieht, wo zwischen den Kaffeebauern und den Weiterverarbeitungsbetrieben noch etliche Zwischenhändler agieren, dann wird die Information nicht überraschend sein, dass auf die Bauern nur 7–10% des Detailhandelspreises entfallen. Dabei sollte man auch bedenken, dass im Jahre 2012 gut 50% des Geschäfts mit geröstetem und gemahlenem Kaffee von nur fünf Großabnehmern (Nestlé, Procter & Gamble, Kraft Foods, Sarah Lee und Tschibo) beherrscht wurde³⁸. Man kann sich also nur vorstellen, wie hoch die Gewinne der (verhältnismäßig) wenigen Aktionäre dieser Konzerne sein können.

Die sog. Kaffeekrise vertieft sich schon seit einigen Jahren. Ein starker Preisverfall der Kaffeebohnen wurde durch ein unkontrolliertes Wachstum des Angebotes bewirkt. Dieses Wachstum wiederum hatte vielfältige Gründe, nicht zuletzt politischer Natur. Das in den sechziger, siebziger und achtziger Jahren funktionierende Exportquotensystem wurde von den USA nur bis zum Zusammenbruch der Kommunistischen Bestrebungen in Lateinamerika unterstützt. Solange die kommunistische Bedrohung da war, lag die soziale Situation der Kaffeebauern den Weltmächten am Herzen. Man unterstützte ihre Marktinteressen, um sie von den kommunistischen Organisationen fern zu halten. Nach dem Zerfall des kommunistischen Weltsystems setzte man aber in Washington auf den „freien“ Handel, in dem Millionen von atomisierten Kleinbauern der Macht der Konzerne ausgeliefert wurden³⁹. Gleichzeitig blieben jedoch

36 Bis heute ist die Exportquote auf 111 Millionen Beutel bei globaler Kaffeeproduktion von 143,3 Millionen Beutel und globalem Kaffeekonsum von 152,2 Millionen Beutel gestiegen. Siehe: *The State of the Global Coffee Trade*, online im Internet: http://www.ico.org/monthly_coffee_trade_stats.asp [05.09.2016].

37 H. Gmür, *a.a.O.* [04.09.2016].

38 Ebenda.

39 *Viele, aber nur wenige valable Vorschläge. Wege aus der Kaffeekrise*, online im Internet: <http://www.nzz.ch/article8J7YT-1.441299> [27.09.2016].

die Märkte der entwickelten Länder weitgehend geschlossen für Alternativprodukte, wie etwa Erdnüsse bzw. Sesam, welche einen Teil der Kaffeeproduktion ersetzen könnten. Dies wird einerseits durch Agrarsubventionen, andererseits durch entsprechende Zollbarrieren erreicht. Nicht selten treffen wir heute Zollbarrieren gegen verarbeitete Agrarprodukte, auch gegen veredelten Kaffeebohnen und Pulverkaffee⁴⁰. So werden die zahlreichen Kaffeeproduzenten zur unnatürlichen Abhängigkeit vom Kaffeeanbau gezwungen, da sie weder den Kaffee weiter verarbeiten noch andere Agrarprodukte auf dem „freien“ Weltmarkt verkaufen dürfen.

Aber sowohl eine protektionistische Subventionspolitik als auch eine merkantile Zollpolitik stehen ja im Widerspruch zum freien Handel. Es kann in solchen Bedingungen überhaupt keine Rede von einem freien Handel sein, auch nicht von einer „Objektivität“ der Weltmarktpreise. Der Marktpreis für ein Kilo unverarbeiteten Kaffeebohnen von der Sorte Arabica Brasil liegt heutzutage bei rund 2,5 US-Dollar⁴¹. Dies reicht nicht einmal für die Deckung der Produktionskosten. Wo sind dann die Garantien der Menschenrechte geblieben, vor allem des Rechts aufs Leben und auf Nahrung⁴²? Merkwürdig erscheint dabei, dass die marktwirtschaftlichen Mechanismen so leicht durch bewusste Preissteuerung ersetzt werden können, wie das Beispiel der Steuerung der Erdölpreise zeigt. Sind hier die Kaffeebauern selbst schuldig, nur weil sie sich bis heute nicht den wirtschaftlichen Machtverhältnissen entsprechend organisiert haben? Und wenn es so wäre, dann wäre auch die neoliberale Konzeption des „freien“ Marktes erst recht als Illusion zu bezeichnen. Wo würden wir noch einen freien Markt finden, wenn freie Individuen sich zwangsläufig organisieren müssten, um wirtschaftlich zu überleben?

Während die heutigen Kaffeeproduzenten in den Entwicklungsländern ums Überleben kämpfen, leben die wohlhabenden Kaffeekonsumenten

40 A. Kohler, *Hilfe dank Direkthandel. Damit Kaffee ihr Lebensunterhalt bleiben kann*, online im Internet: <http://www.nzz.ch/panorama/alltagsgeschichten/damit-kaffee-ihr-lebensunterhalt-bleiben-kann-1.18448347#kommentare> [05.09.2016].

41 *Prices paid to growers...*, a.a.O. [05.09.2016].

42 Siehe: *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, online im Internet: URL: <http://www.un.org/depts/german/menschenrechte/aemr.pdf> [27.09.2016]; siehe auch: *Resolution 63/187 der Generalversammlung der UNO vom 18. Dezember 2008 vom Recht auf Nahrung*, online im Internet: <http://docplayer.org/2577885-Resolution-63-187-dagegen-vereinigten-staaten-von-amerika-enthaltungen-keine.html> [27.09.2016].

zum großen Teil in den EU-Ländern, den USA und Japan⁴³. Nach den Angaben aus einem Info-Blatt einer *Fairtrade*-Initiative reichen nur 10 Kaffeeconsumenten, die bereit wären, einen „*fair*“ Preis für ihren Kaffeegenuss zu zahlen, um einer Bauernfamilie im Süden menschenwürdige Lebensbedingungen zu sichern. Dabei vergessen wir nicht, dass eine durchschnittliche Bauernfamilie im Süden wesentlich mehr Kaffee produziert als nur für 10 Endabnehmer. Ebenso nicht zu bestreiten ist die Tatsache, dass die dramatische Verschlechterung der materiellen Lebensbedingungen der Kaffeeproduzenten keine gravierenden Auswirkungen auf jene Länder hat, in denen ein Großteil der weltweiten Kaffeeproduktion konsumiert wird. Trotz der für Millionen von Menschen lebensbedrohlichen, sich seit dem Anfang der neunziger Jahre hinziehenden Kaffeekrise entstehen immer wieder zahlreiche neue *coffee shops*. Der Kaffee ist in. Es bilden sich sogar neue, auf den Kaffeekonsum gerichtete Modetrends usw. In einer für die südamerikanischen Kaffeebauern schlimmen Zeit der Not kann die europäische und nordamerikanische Kaffeindustrie wachsende Umsatzraten verzeichnen. Angesichts dieser, in sich selbst merkwürdigen Situation wundert es erst recht, dass man den Appell zur *Fairness* und zum sozialen Verantwortungsbewusstsein nicht an die mit dem Kaffeegeschäft gut prosperierenden Industrie- und Handelsfirmen richtet, sondern an die Kaffeeconsumenten. Im Endeffekt reduziert sich also die *Fairtrade*-Idee auf eine außerordentliche und freiwillige Hilfeleistung oder anders gesagt – auf einen Almosen. Dabei sollte man jedoch nicht vergessen, dass von den über 100 Tonnen nach Deutschland importierten Kaffeebohnen nur etwa 10% als *Fairtrade*-Kaffee abgesetzt werden⁴⁴.

Die aus den bisherigen nicht *fair* Ankaufspreisen resultierende Not der vom Kaffeeanbau abhängigen Menschen wird also möglicherweise weiterhin bestehen und sich vielleicht sogar verschärfen. Zur Abmilderung der Härte, mit der die Vertreter der Kaffeindustrie ihre Verhandlungen führen, wird das gute Gewissen der Kaffeeconsumenten in Anspruch genommen. Eines der Werbeslogans der *Fairtrade*-Aktion drückt es direkt aus: „Sie können mit gutem Gewissen genießen“. Daraus ergibt sich: „Wenn der Preisaufschlag auf ein Kaffeegetränk nicht beglichen wird, bleibt das

43 *Imports by selected importing countries*, online im Internet: <http://www.ico.org/historical/1990%20onwards/PDF/2b-imports.pdf> [27.09.2016].

44 *Statistiken zum Thema Kaffee und Kaffeekonsum*, online im Internet: <https://de.statista.com/themen/171/kaffee/> [27.09.2016].

Gewissen schlecht“. Es klingt etwas nach einer ziemlich aggressiven Geschäftsstrategie. Wer weiß, vielleicht ist das *Fairtrade*-Konzept nur eine ausgeklügelte Geschäftsidee, die nicht nur den Kaffeebauern zugutekommt. Auf jeden Fall ist es merkwürdig, dass die Notleidenden Kaffeebauern noch eine Mitgliedschaft bei einem *Fairtrade*-Label zahlen müssen⁴⁵.

Es ist weiterhin im Allgemeinen zu vermerken, dass aus der Sicht der durch *Fairtrade* angesprochenen Kaffeekonsumenten, der Handel mit dem Gewissen als eine ziemlich absurde Idee erscheinen müsste. Über unseres Gewissen können wir nämlich keine derartige Kontrolle gewinnen, wie sie hier versprochen wird. Keine Spende und keine andere Hilfeleistung bekommt einen moralischen Wert, wenn sie bewusst in Erwartung irgendeines Gewinns geleistet wird. Nach Kant können moralische Handlungen nur aus Pflicht unternommen werden, nicht aus Neigung. Das menschliche Gewissen – der innere Gerichtshof jedes Einzelnen – ist unbestechlich. Ein Geschäft mit dem Gewissen wäre demnach Missbrauch. Dazu kommt noch die Bemerkung, dass diese konkrete Konzeption eines *fairen* Handels mit dem echten Handel eigentlich nicht viel zu tun hat. Keiner von den hier auftretenden Kaffeehändlern gibt nämlich von eigenem Gewinn etwas ab. Das Projekt wird ausschließlich aus Spenden finanziert. Insofern vermittelt man unter dem Schild eines *fairen* Handels eine eigentlich karitative Aktion, die als eine unter vielen Entwicklungshilfeaktionen betrachtet werden sollte.

Aufgrund des als *Fairtrade* genannten Marketingkonzeptes werden allerdings beträchtliche Geldsummen gesammelt. Das geschieht in manchen Kaffeebars durch Zahlung eines Aufpreises auf Kaffeegetränke. Auf diesem Wege eingenommenes Geld wird ferner bei zahlreichen Transaktionen des *Kaffeeankaufs* für die Finanzierung *fairer* Ankaufspreise verwendet. Diese wiederum werden im Durchschnitt auf dem Niveau des zweifachen Weltmarktpreises gehalten⁴⁶. Verglichen mit dem Ausmaß der durch die Kaffeekrise verursachten Schäden erscheint jedoch *Fairtrade* als sprichwörtlicher Tropfen auf einen heißen Stein. Der Marktanteil von *Fairtrade*-Kaffee hegt beispielsweise in der Bundesrepublik Deutschland bei etwa 10%⁴⁷. Laut der „Neuen Züricher Zeitung“ vom 23. November 2002 leistet der

45 A. Kohler, *a.a.O.* [05.09.2016].

46 *Kaffee aus nachhaltigem Anbau*, online im Internet: <http://www.starbucks.ch/responsibility/sourcing/coffee> [27.09.2016].

47 *Statistiken zum Thema Kaffee...*, *a.a.O.* [03.10.2016].

faire Handel zur Lösung der Krise am Kaffee-Weltmarkt „bestenfalls einen marginalen Beitrag“⁴⁸. Immerhin gelang es bis heute den *fair* handelnden Organisationen, wie *Starbucks Coffee Company* aus der Schweiz, Max Havelaar aus Holland bzw. *European Fairtrade Association* (EFTA) direkte und nachhaltige Hilfe an etwa 100.000 Kaffee Kleinbauern zu leisten. Indirekt profitieren vom *fairen* Handel eine halbe Million Menschen. Im Rahmen dieser Hilfeleistungen bekommen ausgewählte Kaffeebauern neben garantierten Mindestpreisen für ihre Erzeugnisse auch Extra-Prämien für soziale und ökologische Entwicklung. In diesem Rahmen werden die Prämien für Wasserversorgung, medizinische Grundversorgung, Aufbau eines Schulsystems und ähnliche Projekte verwendet.

Nach der neoliberalen Doktrin wären die Armen für ihre Armut zum größten Teil selbst verantwortlich. Strukturelle Bedingtheiten bzw. die „unsichtbare Hand des Marktes“ können jedoch keine ausreichende Erklärung der weltweiten Armut liefern. Eine schwache innere Struktur der Entwicklungsländer ist nämlich auch von außen, von den entwickelten Industrieländern bedingt, wenn nicht sogar erzwungen, und die „unsichtbare Hand“ wird häufig durch organisierte, kollektive Interessen gelenkt. Daher ist eine weltweite Entwicklungshilfe ein Maßstab, an dem die Länder des Nordens ihre Treue zu den eigenen Verfassungsprinzipien belegen können. Es geht hier um Prinzipien der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und darin vor allem der Menschenrechte, die in der menschlichen Würde wurzeln sollen⁴⁹. Wir können nicht Forderungen an Andere stellen, die wir selber den Anderen gegenüber nicht erfüllen wollen. Jede Form der Ausbeutung verletzt die menschliche Würde, da die ausgebeuteten Menschen als bloße Objekte, nicht als Subjekte behandelt werden. Der Markt kennt keine Gerechtigkeit, aber die auf dem Markt handelnden Menschen schon. Darum geht es bei der Gerechtigkeit – um zwischenmenschliche Beziehungen, um das gegenseitige Verhalten und nicht um blinde Marktregeln. Nichts verdanken wir uns alleine. Immer sind wir den Anderen etwas schuldig⁵⁰. Entwicklungspolitik soll nicht nur als ein Zeichen des guten Willens, sondern auch als ein

⁴⁸ *Viele, aber nur wenigen...*, a.a.O. [03.10.2016].

⁴⁹ Siehe: Art. 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. *Grundgesetz...*, München 2003, S. 15; Vgl. Art. 30 der polnischen Verfassung vom 02. April 1997. *Konstytucja RP i inne teksty prawne*, Warszawa 1999, S. 6.

⁵⁰ Vgl. L. Duguit, *Kierunki rozwoju prawa cywilnego od początku XIX w.*, Warszawa 1938, S. 20–22; E. Mounier, *Vom kapitalistischen Eigentumsbegriff zum Eigentum des Menschen*, Luzern 1936, S. 27.

Zeichen des Verantwortungsbewusstseins aufgefasst werden. Damit diese Entwicklungshilfe ihren eigentlichen Sinn bekommen könnte, müsste jedoch zuerst mit der Ausbeutung der Armen Schluss gemacht werden. Solange die verschleierte Werttransfers von der unterentwickelten Peripherie in das reiche Zentrum doppelt und die Agrarsubventionen siebenmal so groß werden wie die gesamten materiellen Leistungen der weltweiten Entwicklungshilfe, bleibt der Begriff „Entwicklungshilfe“ eine Täuschung. Ein *fairer* Preis soll nicht ein Stichwort einer Wohltätigkeitsaktion sein. *Faire* Preise soll man immer zahlen, nicht nur am Sonntag beim Kauf eines *Coffee of the day*. Ein nicht *fairer* Preis wäre einfach ungerecht, zumindest im Sinne der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls (1921–2002)⁵¹.

Fairness und Gerechtigkeit scheinen nämlich, eins zu sein. Dies betrifft alle Ebenen menschlichen Handelns, auch die Wirtschaft. Soziale Ungleichheit ist hier zugelassen, wenn nicht sogar willkommen. Allerdings nur dann, wenn sie den größtmöglichen Vorteil für die Schwächsten mit sich bringt⁵², nicht aber, wenn sie täglich 24.000 Menschen in den Hungertod treibt. Unter anderem daher wurde auf dem Römer Welternährungsgipfel vom Juni 2002 das Recht auf Nahrung als Menschenrecht proklamiert⁵³. Man hoffte, die Zahl der 800 Millionen Hungernen bis zum Jahr 2015 zu halbieren. Auch wenn wir heutzutage von diesem Ziel noch weit entfernt bleiben, wurde zumindest eine Rettungsaktion in den Lauf gesetzt. Es sollte zwar für solche Aktionen nie zu spät sein. Angesichts der Opfer der weltweiten Unterentwicklung, deren Gesamtzahl jedes Jahr um weitere Millionen der menschlichen Lebewesen wächst, wäre es doch zu bedauern, dass wir so spät dazu kommen, was Platon schon etwa fünfhundert Jahre vor Christus dachte. Das ganze Recht soll in erster Linie auf Befriedigung der lebensnotwendigen Bedürfnisse (Nahrung, Kleidung, Wohnung) ausgerichtet werden. Erst danach sei es angebracht, nach einer rechtlich abgesicherten Befriedigung von den nicht lebensnotwendigen (üppigen) Bedürfnissen zu streben⁵⁴.

51 J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 1998.

52 Ebenda, S. 32.

53 *Resolution 63/187. Dagegen: Vereinigte Staaten von Amerika. Enthaltungen: Keine*, online im Internet: <http://docplayer.org/2577885-Resolution-63-187-dagegen-vereinigte-staaten-von-amerika-enthaltungen-keine.html> [03.10.2016]; Siehe auch: T. Guggenbühl, C. Golay, *Menschliche Entwicklung und Menschenrechte*, „Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik“ 27(1), Genf 2008, S. 143–168.

54 Siehe: W. Naucke, *a.a.O.*, S. 32–36; Plato, *Der Staat*, Hamburg 1979, S. 69, 333 ff.

Literatur

- Amin S., Palloix Ch., *Neuere Beiträge zur Imperialismustheorie*, Bd. 1, München 1971.
- Arystoteles, *Polityka*, übersetzt von Ludwik Piotrowicz, Warszawa 2006.
- Berlin I., *Dwie koncepcje wolności*, in: *idem*, *Cztery eseje o wolności*, übersetzt von D. Grinberg, Warszawa 1994.
- Böckenförde F.-W., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main 1991.
- Bodin J., *Sechs Bücher über den Staat*, Buch I–III, München 1981.
- Bogacz D., *Wolność i porządek prawa w świetle myśli politycznej niemieckich liberatów*, in: Cała-Wacinkiewicz E., Wacinkiewicz D. (Hg.), *Prawne aspekty wolności. Zbiór studiów*, Toruń 2008.
- Bracher K.D., *Die Krise Europas. Seit 1917*, Frankfurt/M.-Berlin 1993.
- Coing H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1985.
- Constant B., *O wolności starożytnych i nowożytnych. Mowa wygłoszona w Athènes Royal*, „Arka“ nr 42.
- Duguit L., *Kierunki rozwoju prawa cywilnego od początku XIX w.*, Warszawa 1938.
- Elsenhans H., *Nord-Süd-Beziehungen. Geschichte, Politik, Wirtschaft*, Stuttgart 1984.
- Galtung J., in: D. Senghaas (Hg.), *Imperialismus und strukturelle Gewalt. Analysen über abhängige Reproduktion*, Frankfurt/M. 1972.
- Grzybowski K., *Historia doktryn politycznych i prawnych. Od państwa niewolniczego do rewolucji burżuazyjnych*, Warszawa 1968.
- Guggenbühl T., Golay C., *Menschliche Entwicklung und Menschenrechte*, „Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik“ 27(1), Genf 2008.
- von Hayek F.A., *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen 1971.
- Hobbes T., *Lewiatan*, übersetzt von C. Znamierowski, Warszawa 1954.
- Izdebski Z., *Poglądy Jana Bodinusa na państwo i prawo*, w: J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczpospolitej*, Warszawa 1958.
- Jellinek G., *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, München 1927.
- Kant I., *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, in: *Metaphysik der Sitten*, in: *Kants Werke*, Bd. IV, Berlin 1914.
- Kolańczyk K., *Prawo Rzymskie*, Warszawa 1976.
- Krüger H., *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1966.
- Landreth H., Colander D.C., *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2005.

- Le Goff J., *Das Hochmittelalter*, in: *Weltbild Weltgeschichte*, Bd. 11, Augsburg 2000.
- Lenin W.I., *Imperializm jako najwyższe stadium kapitalizmu. Szkic popularny*, Gdańsk 2000
- Locke J., *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Euchner W. (Hg.), Frankfurt/M. 1977.
- Löwith K., *Od Hegla do Nietschego. Rewolucyjny przelom w myśli XIX wieku*, Warszawa 2001.
- Maritain J., *Christentum und Demokratie*, Augsburg 1949.
- Merkel W., *Soziale Gerechtigkeit und die drei Welten des Wohlfahrtskapitalismus*, „Berliner Journal für Soziologie“ 2/2002.
- Mounier E., *Vom kapitalistischen Eigentumsbegriff zum Eigentum des Menschen*, Luzern 1936.
- Naucke W., *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Frankfurt/M. 1982.
- Piazolo M., *Der Rechtsstaat*, München 1999.
- Platon, *Der Staat*, Hamburg 1979.
- Popper K.R., *Spółeczeństwo otwarte i jego wrogowie*, Bd. 1 u. 2, Warszawa 1993.
- Rawls J., *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 1998.
- Ricardo D., *Zasady ekonomii politycznej i opodatkowania*, Warszawa 1957.
- Rode K., *Geschichte der europäischen Rechtsphilosophie*, Düsseldorf 1974.
- Rousseau J.J., *Umowa społeczna*, Poznań 1920.
- Quaritsch H., *Staat und Souveränität*, Frankfurt am Main 1970.
- Shklar J.N., *Über Ungerechtigkeit. Erklärungen zu einem moralischen Gefühl*, Frankfurt/M. 1997.
- Theimer W., *Geschichte der politischen Ideen*, Bern 1955.
- Weber M., *Etyka protestancka a duch kapitalizmu*, Warszawa 2010.

Marcin Sala-Szczypiński

(Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)

FREEDOM OF SPEECH FOR A LEGAL COUNSEL

ABSTRACT

WOLNOŚĆ SŁOWA RADCY PRAWNEGO

Wolność słowa radcy prawnego jest gwarancją swobody wykonywania jego zawodu. Wolność słowa bezpośrednio determinuje wolność zawodu, co wynika z faktu iż podstawowym narzędziem pracy radcy prawnego jest słowo mówione i pisane. Zagadnienie granic wolności słowa i odpowiedzialności za jej naruszenie jest wciąż aktualne ze względu na zmieniające się standardy oceny wypowiedzi w życiu powszechnym. Granice podziałów wytyczone przez ustawodawcę pozwalają nam wyróżnić wolność słowa radcy prawnego *sensu largo* oraz *sensu stricto*. Wolność słowa radcy prawnego *sensu largo* – będąca po prostu przejawem powszechnej wolności wypowiedzi, odróżniana jest kryterium wyłącznie podmiotowym – poprzez fakt, iż korzysta z niej radca. Przedmiotem naszego zainteresowania jest jednak wolność słowa *sensu stricto*, której zakres wyznaczony jest przede wszystkim przez art. 11 ustawy o radcach prawnych¹ (dla pełnej rekonstrukcji tego pojęcia należy odwołać się również do art. 2 w związku z art. 4 i 6 u.r.p.).

Gwarancją wolności słowa radcy prawnego *sensu stricto* jest immunitet wprowadzony w art. 11 u.r.p., który skutkuje wyłączeniem określonych osób spod orzecznictwa sądów. Przedmiotem artykułu jest analiza granic wolności słowa radcy prawnego, konsekwencji ich przekroczenia przejawiających się w odpowiedzialności dyscyplinarnej, karnej i cywilnej oraz charakteru immunitetu radcowskiego.

¹ „Art. 11.1. Radca prawny przy wykonywaniu czynności zawodowych korzysta z wolności słowa i pisma w granicach określonych przepisami prawa i rzeczową potrzebą. 2. Nadużycie wolności, o której mowa w ust. 1, stanowiące ściąganą z oskarżenia prywatnego zniewagę lub zniesławienie strony lub jej pełnomocnika, świadka, biegłego albo tłumacza podlega wyłącznie odpowiedzialności dyscyplinarnej”.

KEYWORDS: freedom of speech, immunity, violation of personal goods, disciplinary and civil responsibility

SŁOWA KLUCZOWE: wolność słowa, swoboda wykonywania zawodu radcy prawnego, immunitet

1. Introduction

Freedom of speech guarantees a legal counsel the freedom to perform his/her profession. Freedom of speech directly determines the freedom of this profession due to the fact that one of the basic tools of a legal counsel is the written and spoken word. The issue of limits on the freedom of speech and the responsibility for its breach is still open because the standards of judging speech in everyday life continue to change. One may wonder if the continuous vulgarization of speech affects in any way the question of the freedom of speech of a legal counsel. However, when talking about freedom of speech the subject of the discourse needs to be well defined. Different criteria to define the scope of this notion may be applied, but at the very beginning we need to reject a very tempting criterion which differentiates speech “in a gown” from speech “not in a gown”, in a courtroom and outside it as the limits specified by the legislator are different and allow us to define freedom of speech of a legal counsel *sensu largo* and *sensu stricto*. For the freedom of speech of a legal counsel *sensu largo* – being just a manifestation of common freedom of speech, the only differentiating criteria is the speaking subject for the fact that it is enjoyed by a legal counsel. However, even in this case the responsibility of a legal counsel (in both its scope and nature) will be a bit different from common ones due to the regulations regarding, for example, the protection of the dignity of this profession. Freedom of speech in its widest sense results directly from Article 54 section 1 of the Polish Constitution and is also guaranteed under Article 10 section 1 EKPCz of Nov 4th, 1950². Freedom of speech covers the right to hold opinions and information, to share and receive them. Substantially, freedom of speech covers all areas. This freedom is considered to be a foundation of a democratic society in which its citizens share their ideas and opinions about issues of common interest.

² Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

However, we are here interested in the concept of freedom of speech *sensu stricto*, whose scope is specified above all in Article 11 of the Act on Legal Counsels (for a complete reconstruction of this notion we also need to refer to Article 2 in connection with Articles 4 and 6, which define the notions of the performance of the profession, legal assistance and professional activities³). In this provision both: the subjective limits (a message of a legal counsel directed to a party, its attorney, a witness, an expert or an interpreter) and the substantial limits (a message formulated during the performance of professional activities which has the features of an insult or defamation). The freedom of speech and writing, also covering the right to criticize the courts and executive authorities is the basis of the independence of the profession of a legal counsel. The difference between common freedom of speech and the freedom of speech of a legal counsel *sensu stricto* is emphasized in the Polish jurisdiction – “the freedom of speech referred to in Article 11 section 1 of the Act on Legal Counsels may not be identified with the constitutional freedom of speech guaranteed to everybody as a personal freedom under Article 54 of the Polish Constitution because a legal counsel, when drawing up a pleading in determined proceedings on behalf of a principal does not execute his/her own personal freedom but performs his/her professional activity. The provisions of Article 11 section 1 of the Act on Legal Counsels are supposed to protect the freedom and reliability of the profession of a legal counsel which has a special meaning for the interpretation of the limits of this freedom under this provision³⁴”.

The freedom of speech of a legal counsel *sensu stricto* is guaranteed with immunity, introduced in Article 11 of the Act on Legal Counsels, whose effect is that certain specified persons are excluded from court jurisdiction. The immunity has a substantial and legal character as it annuls the penalization of a crime and impedes process of going to trial⁵. The following characteristics of this immunity may be pointed out⁶. It is a partial immunity because it only covers certain specific crimes. It is absolute, because it may not be annulled by any authority (it creates an

3 Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 24 maja 2012 r., sygn. akt V CSK 255/11.

4 Wyrok SN z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt SDI 24/12, Lex.

5 Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 109.

6 Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 22/05.

irrevocable obstacle against the enforcement of criminal responsibility) and permanent (it also protects the person after the termination of the function with which their immunity is connected). The immunity refers to professional activity as long as during its performance the legal counsel performed an act which have the features of a crime of insult or defamation (Article 212 and Article 216 of the Criminal Code) against the subjects referred to in Article 11 section 2 of the Act (i.e. a party, its attorney, a witness, an expert or an interpreter). Apart from that, within subjective and substantial limits, a legal counsel may bear penal responsibility under the general provisions. The immunity does not discharge them from civil responsibility for the violation of personal goods but, as we will prove hereinafter, it affects the evaluation of the unlawfulness of the breach.

A strict connection between freedom of speech and the performance of professional activity which outlines the limits of this freedom has also been emphasized in a different ruling of the Supreme Court – “The freedom of speech and writing of a legal counsel – covered with a substantial immunity which means that insulting or defamatory content may be prosecuted only under the regime of disciplinary proceedings – refers to all activities included in the legal assistance carried out in the course of court proceedings as well as out of them. At the same time it refers only to activities carried out when providing legal assistance. Whereas it does not cover the relationships of a legal counsel (as well as a trainee legal counsel – Article 33 section 5 of the Act on Legal Counsels) with the media, public opinion, etc., even if the statement made in the media or in public refers to issues connected with the performance of the profession of the legal counsel or with legal assistance provided by a determined legal counsel.⁷

The subject of the following part of this discourse will be issues connected with freedom of speech in the meaning defined in Article 11 of the Act on Legal Counsels and the responsibility for its breach. Considered the immunity, only disciplinary and civil responsibility will be taken into account in this context. (In this case the breach of the limits of freedom of speech will be a violation of personal goods).

7 Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 21 listopada 2008 r., sygn. akt SDI 27/08.

2. Disciplinary responsibility

A legal counsel for the abuse of this freedom i.e. for a violation in speech or in writing – during the performance of their professional activities – of the provisions of law or substantial need bears – under Article 64 section 1 point 1 of the Act – a disciplinary responsibility. This does not exclude the possibility of holding a legal counsel liable under a different kind of responsibility – in particular under the provisions of civil or criminal law, as long as the act has the features referred to therein. This principle is limited only if a legal counsel is liable for an act of the abuse of the freedom under discussion carried out on a private prosecution, which is an insult or defamation to a party, their attorney, a witness, an expert or an interpreter, as in such a case – under Article 11 section 2 of the Act – a legal counsel may not be held liable under criminal responsibility and a legal counsel is only subject to disciplinary responsibility (of course, he or she may also bear civil responsibility). The obligation under Article 11 section 1 of the Act has also been specified *expressis verbis* in Article 38 section 1 of the Legal Counsels Code of Ethics, hereinafter referred to as the “LCCE” or the “Code”⁸. In accordance with this provision of the LCCE, “A legal counsel when executing his or her right to the freedom of speech and writing during the performance of their profession may not breach the limits specified in the provisions of law and substantial need”. It also needs to be pointed out that in the LCCE some aspects of the obligation under discussion have been specified in a more detailed manner. In particular, Article 38 section 2 of the Code states that a legal counsel in their professional speech may not threaten with criminal or disciplinary proceedings. The Code also set certain obligations in relation to the courts, authorities and certain persons. In case of a breach of the above-mentioned principles of professional ethics, a legal counsel (or a trainee legal counsel) bears a disciplinary responsibility under Article 64 section 1 point 2 of the Act.

When analyzing the obligation under Article 11 section 1 of the Act and referred to in Article 38 section 1 LCCE one needs to take into consideration the fact that on the one hand this is a consequence of the

⁸ Kodeks Etyki Radcy Prawnego uchwalony przez Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych w dniu 22 listopada 2014 r., stanowi załącznik do uchwały Nr 3/2014.

special character and function of the profession of the legal counsel and the nature (purposes) of legal assistance provided by legal counsels and on the other hand it is a guarantee of the proper performance of that profession and the accomplishment of the purposes of legal assistance. Considering the above, when judging whether this obligation has been breached in a given context, it is necessary to take into account the nature of this profession as a profession of public trust which manifests itself in entrusting legal counsels with vital functions within the judicial system (as specified in the preamble to the LCCE, “a legal counsel in his or her special quality serves the interest of justice as well the subjects which entrusted them with the enforcement of their claims and the protection of their freedom and rights”)⁹. Moreover, we need take into account the purposes of legal assistance provided by legal counsels (Article 2 of the Act), the obligation to perform professional activities “in accordance with the law, honestly, knowingly and with due accuracy” (Article 3 section 2 of the Act), the obligation to uphold the dignity of the profession during the performance of professional activities and the obligation to remain independent.

The abuse of the freedom of speech and writing of a legal counsel involves exceeding the limits of this freedom set forth – under Article 11 section 1 of the Act – in the provisions of law and by substantial need. The breach of even one of these features during the performance of the profession means the abuse of the freedom under discussion, which is a disciplinary offence.

To decide whether a piece of speech or writing by a legal counsel formulated in the course of the provision of legal assistance is compliant with the provisions of law should basically not be problematic. It is different though, for the principle of substantiality. This feature is not very precisely defined, a fact which needs to be examined – considering the nature and the circumstances of the case, including the requests and arguments of the person litigating with the legal counsel’s client that need to be refuted¹⁰. When analyzing this feature, we need to bear in mind above all the purpose of the legal assistance provided by a legal counsel which – under Article 2 of the Act – is the legal protection of the client’s

⁹ See: wyroki TK z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. akt K 30/06, z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt K 4/08, i z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt K 3/10, Lex.

¹⁰ See: wyrok SN z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt SDI 24/12.

interest. In each case, in order to evaluate if the acts by a legal counsel were substantial it needs to be determined if it was necessary to guarantee the protection under discussion in the given case as “it is the protection of the principal’s interest to specify [...] the scope of the statements and accusations put forward in the given case”¹¹. This means that the same statement made by a legal counsel may be considered in one case not exceeding the limits of the freedom of speech and writing whereas in a different case it may be seen as an abuse of this freedom. For example, if when executing the representation in proceedings at civil law, a legal counsel in a pleading outlines the negative features of the character of the person litigating with the legal counsel’s client, in a case for the payment of debts it will not be (in most cases) justified with the need to protect the client’s legal interest and as such will breach the requirement of substantiality, whereas in some other cases (in particular in family cases) it may be seen as substantially grounded.

However, it needs to be pointed out that even if it is necessary for a legal counsel to quote certain circumstances to secure the client’s interest, due to the high ethical standards binding a legal counsel as a person performing a profession of public interest, he or she also has certain obligations regarding the form and content of speech and writing. As duly pointed out by the Supreme Court in the judgment of April 20th, 2006, case no. IV CSK 2/06, Lex: “the form of the speech may not be drastic, it should be characterized with moderateness and discretion”, and “an opinion about a person should be expressed in connection with grounded statements and proofs, it may not be groundless with no proof in the case files”. Moreover, even if a legal counsel is not obliged to verify the statements provided by the client and does not bear responsibility for their credibility or for “the evaluation of proofs by the court”¹², they should consider whether the credibility of the client’s statements is not obviously dubious. Consequently, for the evaluation of a legal counsel’s activity when quoting little probable circumstances it is not indifferent if they “use a phrase introducing a reference to a statement, view or position of the party which they represent”¹³ (i.e. they expressly specify their

11 Wyrok SN z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt V CSK 255/11, Lex.

12 See: wyroki SN z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt V CSK 255/11, Lex, z dnia 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 2/06, Lex.

13 See: wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 2/06, Lex.

source which – in our view – may imply for example the use of a phrase such as “The claimant states”, “According to the claimant”, “Based on the information provided by the claimant I conclude that”), “outline the reasoning based on which they are defined”, and even “the use of the subjunctive without being excessively categorical in the statements and accusations put forward” as in such situation a legal counsel should act “with caution”¹⁴. However, it needs to be emphasized that a legal counsel bears responsibility for the provision of factual circumstances, if “they acted with an awareness of their noncompliance with the truth”¹⁵.

To sum up, it needs to be stated that even though in order to guarantee to a legal counsel the ability to duly perform their profession, the legislator reserved for the benefit of legal counsels a wide range of freedom of speech and writing during the provision of legal assistance (as well as a substantial immunity covering some cases of the abuse of this freedom), it needs to be expected from the persons performing this profession, which is a profession of public trust, that they be responsible for what they say or write, that they choose their words in speech and writing properly, that they show due respect to the employees of the judicial system and other authorities, other attorneys-at-law and other persons referred to in Article 30 LCCE, and that they do not show a disrespectful attitude to other persons with whom the legal counsel has contact as part of their professional activity, including using a tactful and without prejudice attitude to the party litigating with their client (Article 27 section 3 LCCE). Obviously, many fundamental professional activities of a legal counsel are connected with the necessity to argue with the statements of the courts or other authorities, persons litigating with the legal counsel’s client, their attorneys, with the findings provided by experts, etc., or even to criticize these statements or findings. This is the essence of these professional activities. Undoubtedly, the dispute under discussion is also carried out in the special conditions of the courtroom, among which the stress connected with the necessity of a quick reaction by a legal counsel, including, not so rarely, to statements on the part of the participants of the legal proceedings which are offensive or surprising for other reasons. It also needs to be pointed out that clients expect full commitment from their legal counsel. These circumstances (taken into account by the

¹⁴ See: wyrok SN z dnia 23 kwietnia 1993 r., sygn. akt I PAN 3/93.

¹⁵ See: wyrok SN z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt V CSK 255/11, Lex.

legislator when constituting the immunity of a legal counsel), however, do not justify the breach by a legal counsel of the principles of ethics of the legal counsels. A legal counsel when performing their professional activities to assure the legal protection of their client's interest, including when participating in the dispute under discussion, should focus on substantial issues and not show their negative emotions by getting involved in personal arguments whose only purpose is to undermine or insult another person. The proper provision of legal assistance should not involve showing such emotions but the commitment of a legal counsel should be manifested in their firm and substantially grounded actions.

Article 11 section 2 of the Act sets forth the exclusion of penal responsibility of a legal counsel for the abuse of freedom of speech and writing during the performance of their professional activities which involves an insult or defamation against the persons referred to therein, prosecuted on private prosecution (immunity of a legal counsel). In such case, a legal counsel may only be punished with disciplinary penalties. This means that even though the immunity under discussion protects them from criminal responsibility, "it does not mean a total discharge from responsibility for or acquiescence in unlawful or unethical acts", and the disciplinary responsibility which affects the legal status of legal counsels is indeed connected with the high ethical standards which bind them.

The immunity under discussion is the basis of the independence of legal counsels when performing their profession.

The immunity of a legal counsel is a substantial immunity, as its effect is the exclusion of criminal responsibility for the deed referred to in Article 11 section 2 of the Act (and, consequently, it impedes the ability to proceed with criminal proceeding). Like any substantial immunity, its character is absolute – there is no procedure that would make it possible to "annul" it by any authority. The immunity is also permanent as it protects a legal counsel even after they cease to perform in the profession and partial as it only covers a determined, limited range of crimes¹⁶.

Because the provision of Article 11 section 2 of the Act is of a special nature, it needs to be interpreted strictly. The immunity will not apply, if a legal counsel commits an act of insult or defamation during the performance of activities which are not their professional activities or if the abuse of freedom of speech or writing is a crime different from insult or defamation

¹⁶ See: wyrok TK z dnia 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 22/05, Lex.

prosecuted on private prosecution. In such cases, a legal counsel may be held liable not only under disciplinary but also criminal responsibility.

3. Civil responsibility

Exceeding the limits of freedom of speech may lead to a violation of personal goods (dignity or privacy) and consequently, to responsibility under civil law. As emphasized in the judgment of the Constitutional Tribunal¹⁷ referred to above, the protection of personal dignity with the means under civil law is at least as important as the protection under criminal law.

The provision of protection to personal goods is conditioned with the existence of a positive feature (the fact of the existence of a given good and its violation) and a negative feature (no circumstances excluding the unlawfulness of the breach). The Civil Code does not provide for a definition of a personal good. The views of the representatives of the doctrine specifying the essence of personal goods were balanced for years between subjectivist and objectivist approaches. From the subjectivist perspective, represented by S. Grzybowski, personal goods are “individual values of the world of feelings, of the condition of the psychical life of a human”¹⁸, whereas according to the second approach, represented by A. Szpunar, “they are immaterial values connected with the human personality commonly recognized in a given society”¹⁹. The objectivist interpretations of personal goods currently prevailing in doctrinal views assume the independence of the definition of a personal good and its violation from the subjective sensations of an individual. They require, however, the petrification of a value and they condition the provision of legal protection either on the statutory recognition of a personal value (the existence of a legal provision being the basis of the norm protecting the given value) or on the social recognition of the personal value (the dissemination in society of legal and moral views which unambiguously approve of the value)²⁰.

¹⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 22/05.

¹⁸ S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 15 i n.

¹⁹ A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 106.

²⁰ See: B. Gawlik, *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1985, z. 41, s. 125.

It needs to be pointed out that the choice of one of the above-mentioned approaches is not only of primary importance for the definition of a personal good, but it also secondarily affects the evaluation of the fact that a good was violated. When adopting a subjectivist perspective, as an inevitable consequence we would also accept the risk of a significant subjectification of the evaluation of the fact and the degree of the violation of a personal good. A person excessively sensitive about their honor could say that their personal good was violated in trivial situations that would be viewed as meaningless by objective observers. This could lead to the escalation of claims and impede or even make impossible a fair discussion and argumentation, in particular in an atmosphere of judicial controversy. On the other hand, people who, due to their mental condition are not able to make a rational evaluation of the events they participate in could be deprived of protection. This is a vital argument for the benefit of the objective interpretation; it also makes possible a predictable evaluation of behaviors. This does not mean, however, that an objectivist approach is a remedy for all the disadvantages of the subjectivist approach. This means that if we condition the provision of legal protection on a normative recognition of a personal value (with a binding legal provision), we will have a quite unambiguous criterion of evaluation, but we will lose its flexibility and social adequacy. If we, on the other hand, base it on a social recognition of a personal value, we keep the above-mentioned flexibility and social adequacy but we will have to specify on what basis we recognize that a given good and the scope of its protection are socially approved. These are the courts and the doctrine of law, which are obliged to identify new personal goods, define their content and outline the limits of their protection. However, it needs to be specified in this context that “the court does not create new personal goods but rather names them and tries to cover them with protection in compliance with social expectations”²¹. Expert opinions or statistical research or surveys will be of little help, but they cannot be excluded – let us remember, however, that they only allow us to know what percentage of society shares a given approach or opinion about the existence of the personal good and the scope of its protection but do not determine if the given good really exists and to what extent it is protected. In the end, the burden of such a decision will be borne by the court adjudicating in a specified case.

²¹ See: J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009, s. 25.

The concept of human dignity covers an internal aspect (personal dignity connected with one's self-esteem) and an external aspect (a good image connected with the opinion of other people). In this context, we are interested mainly in the good image. It may be offended by the formulation of different defaming statements which are traditionally divided into opinion statements and statements regarding facts. The unlawfulness of a statement regarding facts – contrary to what one might think – does not at all depend only on the mentioned facts being true or false: the intentions of the speaker are also of key importance. The evaluation of the intentions is due to the court and it depends on the circumstances.

“Acting in their role as an attorney in proceedings, a legal counsel is usually “sentenced to” knowledge only about the facts about which they learn from their principal. So they present these facts in the proceedings and they are not obliged to verify if the facts are true. Therefore, they may not bear responsibility for their truthfulness, unless their opponent in the proceedings proves that the attorney acted with the awareness of their untruthfulness (cf. judgments of the Supreme Court of July 19th, 1978, I CR 254/78 OSNC 1979, no. 6, item. 21 and of October 19th, 1989, II CR 419/89, of April 20th, 2006, IV CSK 2/06, OSNC 2007 no. 2, item. 30).”²² The Supreme Court also gave a similar opinion in a different case, pointing out that an attorney in litigation may not thoughtlessly quote the statements of the represented party: “An advocate is not obliged to verify the facts and statements provided by the party and does not bear the responsibility for their truthfulness but they should consider if they are not obviously doubtful in terms of their compliance with the reality.”²³

The evaluation of the unlawfulness of an opinion statement depends on its form – a statement will be unlawful if it contains phrases and expressions commonly viewed as offensive, defaming, rude or if the statement, apparently acceptable in terms of its form, contains contents based on which it is possible to state that their author had *animus iniurandi*, the intention to offend. The freedom to criticize and express one's opinions and views is indeed limited by the rights of the criticized person. This thesis is illustrated by a judgment of the Supreme Court,²⁴ under which:

²² Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 24 maja 2012 r., V CSK 255/11.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 2/06.

²⁴ Orzeczenie SN z 19 września 1968 r., sygn. akt II CR 291/68, OSN 1968, poz. 200.

“criticism is a practice socially useful and advisable, if it is practiced in the social interest, if its purpose is not to mock another person and if it is characterized with due diligence and factuality” (the case regarded a press release and not a statement by a legal counsel but this thesis may *per analogiam* be also applied to statements by an attorney in court proceedings).

The identification of a positive feature will look exactly the same in the case of the universal protection of personal goods as in the case of protection against the abuse of freedom of speech by a legal counsel. But the differences are identified with respect to the negative feature. Under Article 24 of the Civil Code, the protection of personal goods is due only against unlawful acts²⁵, which is why it is so important to specify a catalogue of circumstances excluding unlawfulness. Although the doctrine is not unanimous, we may say under general principles that in the catalogue of circumstances excluding the unlawfulness of an offence to personal goods there are the following:

- 1) acting within the legal order,
- 2) execution of a subjective right,
- 3) consent of the aggrieved party although this is doubted if acting in defense of a grounded social interest may be a feature excluding the lawfulness of the offence²⁶.

In the case of the violation of a personal good by the statement of a legal counsel in the case regulated in Article 11 of the Act on Legal Counsels, of fundamental importance is acting within the legal order (i.e. within the limits set forth in the provisions of the law and by a substantial need), which at the same time will include acting in the social interest (this interest will be a due solution of the controversy). Under the provisions regarding the protection of the dignity of the profession, it is disputable whether the “principle of clean hands” may be applied (under which a party which violates personal goods may not claim the protection of them).

An analogous attitude was expressed by the Supreme Court when analyzing Article 8 section 1 of the act Law on the Bar when it stated that this provision “is a kind of an “indicator” of unlawfulness, as it is the basis for the qualification of the behavior of the advocate who,

25 See: S. Dmowski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2001, s. 86.

26 See: M. Pazdan, [w:] M. Safjan (ed.), *System prawa cywilnego. Vol. I: Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, chapter XVI: *Dobra osobiste i ich ochrona*, s. 1161.

during the performance of their profession, violated someone else's personal good qualifying it as an unlawful or lawful act (within the limits set forth by the provisions of law)²⁷. The essential elements referred to in the above-mentioned judgment which let us determine if a statement by an attorney in proceedings was justified by the substantial protection of the client's interest are: the nature of the case, its circumstances, among which are the claims and arguments of the counterparty which need to be refuted. As we mentioned before, the form of the statement may not be drastic, and it should be characterized with moderateness and discretion. An opinion about a person should be expressed in connection with grounded statements and proofs; it may not be groundless, with no proof in the case files.

The criterion of substantial need was of key importance for the hearing of a case for protection of personal goods which was pending before the court of appeal in Krakow. The claimant requested that the court recognize the violation of his good name by his wife's attorney, who in the appeal against the ruling in the case for eviction used the following phrase: "degenerate threats of rape and murder". In this case the court passed a judgment unfavorable for the party represented by him due to the lack of its mandate in proceedings. In the opinion of the court adjudicating in the case for the protection of personal goods, because the action was dismissed for reasons different from the evaluation of the party's behavior, there were no reasons why the evaluation of these behaviors should be exposed to such a degree, which resulted in the recognition of the validity of the action for the protection of personal goods.²⁸ According to the court, the use of the incriminating phrase "degenerate" was an opinion attribute not justified by the need to protect the principal's rights. Therefore, the court did not at all evaluate the validity or adequacy of this opinion statement or its compliance with a possible social evaluation of the claimant's (who was charged with maltreatment, beating of his wife, attempted rape and theft to her prejudice) behavior.

The above considerations allow us to conclude that the freedom of speech of a legal counsel is manifested above all in the existence of the

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 2/06.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 lipca 1997 r., I ACa 328/97, B. Gawlik (ed.), *Dobra osobiste. Zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie*, Kraków 1999, s. 263.

immunity of that legal counsel, which protects them in specified situations against criminal responsibility. However, the existence of the disciplinary responsibility (not valid for other subjects) and the responsibility under civil law (where the criteria of evaluation in the case of the violation of a personal good by a legal counsel are stricter than for other subjects) implies that a legal counsel should be very careful and reserved when enjoying this freedom.

Bibliography

- Barta J., Markiewicz R., *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009.
- Dmowski S., [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2001.
- Gawlik B., *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1985, z. 41.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003.
- Grzybowski S., *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957.
- Pazdan M., [w:] M. Safjan (ed.), *System prawa cywilnego*, Vol. I: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.
- Szpunar A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.

Olgierd Górecki
(Uniwersytet Łódzki)

GRANICE WOLNOŚCI JEDNOSTKI – PROBLEMY METODOLOGICZNE I KLASYFIKACJA POJĘCIA

ABSTRACT

THE BOUNDARIES OF INDIVIDUAL LIBERTY: METHODOLOGICAL ISSUES AND CLASSIFICATION OF THE TERM

The term “liberty” is one of the key categories used by researchers on political thought. Its characteristic feature is that despite being intuitively commonly understood, it is difficult to define in a way that is acceptable to all. This article aims to present various positions concerning the scope of human liberty by explicating the methodological issues that arise in the course of analyzing the term “liberty.” To that end, it opens with a discussion of restrictions on external and internal liberty. Next, it voices doubts about whether liberty should be perceived as an actual fact or rather a state of mind. It then progresses to take on the types of relations that constrain the boundaries of liberty, and notes the problems associated with characterizing human liberty in political and legal doctrines that offer a variable normative status of the individual. The latter part of the article presents an innovative classification of individual liberty’s boundaries. The intention behind its drafting is to provide the broadest possible coverage of all potential factors restricting human liberty.

KEYWORDS: freedom, boundaries of liberty, positive and negative liberty, inner liberty, classification of liberty

SŁOWA KLUCZOWE: wolność, granice wolności, wolność pozytywna i negatywna, wolność wewnętrzna, klasyfikacja wolności

Gdyby ludzie przypominali mrówki, wolność nie wzbudzałaby niczyjego zainteresowania. Jeśli podobnie jak mrówki ludzkie jednostki byłyby takie same, wzajemnie zastępowalne, pozbawione konkretnych cech

określających ich własną osobowość, to kto miałby się troszczyć o to, czy byłyby wolne, czy też nie? Kto w rzeczywistości miałby zajmować się sprawami ich życia i śmierci? Wspaniałość ludzkiego gatunku polega na unikalności każdej jednostki, na fakcie, iż każda osoba, chociaż na wiele sposobów podobna do innych, posiada całkowicie zindywidualizowaną własną osobowość [...] Każdy człowiek musi korzystać z wolności, posiadać przestrzeń niezbędną dla kształtowania własnych decyzji, poddawania ich próbom i realizowania, aby mógł mieć miejsce jakikolwiek rozwój jego własnej osobowości. Krótko mówiąc, musi być on wolny po to, aby mógł być w pełni kimś ludzkim¹.

Każdy badacz doktryn polityczno-prawnych przeprowadzając analizę naukową, posługuje się pewnymi fundamentalnymi kategoriami, których zastosowanie pozwala uporządkować treść przedmiotu badania. Do tych najważniejszych kategorii zaliczamy jednostkę, społeczeństwo, państwo oraz prawo. Istnieje jednak wiele dodatkowych pojęć, które również okazują się wielce przydatne do usystematyzowania refleksji polityczno-prawnej. Niewątpliwie, jednym z nich jest pojęcie wolności. Specyfika tej kategorii polega na tym, że o ile jest ona intuicyjnie powszechnie rozumiała, to trudno przedstawić jedną jej definicję, która byłaby akceptowalna dla każdego². Jak zauważył Isaiah Berlin – jeden z najwybitniejszych

- 1 M.N. Rothbard, *Egalitaryzm jako bunt przeciw ludzkiej naturze*, Warszawa 2009, s. 312.
- 2 Szerzej o kategorii wolności w myśli politycznej w polskiej literaturze przedmiotu: I. Barwicka-Tylek, *Wolność*, [w:] K. Chojnicka, M. Jaskólski (red.), *Słownik historii doktryn politycznych*, t. VI, Warszawa 2015, s. 495–502; I. Barwicka-Tylek, *Portrety wolności. Studium z historii idei i postmodernizmu „stosowanego”*, Warszawa 2009; J. Biernat, P. Biernat (red.), *Granice wolności w starożytnej myśli greckiej*, Kraków 2013; Z.J. Czarnecki (red.), *Studia nad ideą wolności*, Lublin 1995; M. Drużkowski, K. Sokół (red.), *Antynomie wolności*, Warszawa 1966; N. Grimaldi, *Dylematy wolności*, Kraków 2007; J.M. Guéhenno, *Przyszłość wolności*, Kraków 2001; A. Hrebendy, W. Kaute (red.), *Człowiek, jego wolność i prawa a polityka*, Katowice 2002; M. Jankowska, M. Ryś (red.), *W trosce o wewnętrzną wolność osoby*, Warszawa 2008; J. Kloczkowski (red.), *Wolność i jej granice. Polskie dylematy*, Kraków 2007; J. Kłos, *Wolność, indywidualizm, postęp. Liberalizm konserwatywny wobec nowoczesności*, Lublin 2007; E. Kozarska, P. Sadowski, A. Szymański (red.), *Idea wolności w ujęciu historycznym i prawnym. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2010; M.A. Krąpiec, *Ludzka wolność i jej granice*, Lublin 2008; M. Kopciuch (red.), *Współczesne i historyczne konteksty wolności*, Lublin 2013; Ch. Kukathas, *Wolność*, [w:] R.E. Goodin, F. Pettit (red.), *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, Warszawa 2002, s. 682–698;

badaczy koncepcji wolności – istnieje ponad dwieście różnych znaczeń tego pojęcia³. W mojej opinii, idea wolności jest jedną z najważniejszych kategorii naukowych, gdyż służy ona właściwemu zrozumieniu relacji zachodzących pomiędzy pozostałymi kategoriami badawczymi. Przykładowo, odwołując się do wolności jednostki można lepiej zrozumieć znacznie faktycznych relacji istniejących pomiędzy ludźmi w ramach danej wspólnoty; czy też sięgając do normatywnie określonej w konstytucji wolności człowieka, można interpretować, na jakich wartościach aksjologicznych i politycznych oparty jest ustrój konkretnego państwa⁴. Metaforycznie więc rzecz ujmując, pojęcie wolności dla badacza doktryn polityczno-prawnych odgrywa taką samą rolę, jak dla chemika tlen w trakcie przeprowadzania eksperymentu spalania.

Aby jednak móc poddać analizie kategorię wolności należy wpiery dokonać jej sprecyzowania, co jak już zauważyłem wcześniej nie jest kwestią prostą. Dlatego proponuję, żeby posłużyć się najwłaściwszą miarą wolności, jaką są jej granice⁵. Na uzasadnienie tego poglądu przywołam

R. Legutko, *Traktat o wolności*, Gdańsk 2007; R. Legutko, *Wolność*, [w:] R. Szlachta (red.), *Słownik społeczny*, Kraków 2004, s. 1574–1582; B. Misztal, M. Przychoźdeń (red.), *Aktualność wolności. Wybór tekstów*, Warszawa 2005; P. Orlik, *Wolność. Szkice i studia*, Poznań 2007; Z. Rau, *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, Warszawa 2008; H. Rosnerowa, *Dylematy pojęcia wolności. Próba wprowadzenia analitycznego*, Warszawa 1993; M. Reut (red.), *Dylematy wolności*, Wrocław 2001; Q. Skinner, *Wolność przed liberalizmem*, Toruń 2013; B. Szlachta, *Wolność*, [w:] J. Bartyzel, B. Szlachta, A. Wielomski (red.), *Encyklopedia polityczna*, t. I, Radom 2007, s. 447–450; M. Szulakiewicz, Z. Karpus (red.), *Wolność w epoce poszukiwań*, Toruń 2007; M. Szyszkowska, A. Rossmanith (red.), *Nieprzeciętność. Dylemat wolności*, Warszawa 2013; K.M. Wieczorek (red.), *Wolność. Aporie filozoficzne*, Siemianowice Śląskie 2015.

³ I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, Warszawa 1991, s. 113.

⁴ Por. O. Górecki, *Wolność człowieka – doktrynalna analiza pojęcia normatywnego zawartego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, [w:] K. Skotnicki, K. Skłodowski, A. Michałak (red.), *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Polskie i zagraniczne rozwiązania ustrojowe*, Łódź 2016, s. 117–140.

⁵ Zagadnieniem granic wolności zajmowali się w polskiej literaturze przedmiotu także: K. Fazan, *Przestrzenie i granice wolności*, [w:] J. Biernat, P. Biernat (red.), *op. cit.*, s. 9–17; T. Gadacz, *Granice wolności*, [w:] M. Szulakiewicz, Z. Karpus (red.), *op. cit.*, s. 29–43; J. Lipiec, *Granice wolności*, [w:] Z.J. Czarnecki (red.), *op. cit.*, s. 11–36; M. Przychoźdeń, *Wolność neutralna aksjologicznie*, [w:] J. Miklaszewska, J. Szczepański (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989. Teoria, historia, praktyka*, Kraków 2011, s. 283–298; M. Reut, *Wolność i ograniczoność*, [w:] M. Reut, *op. cit.*, s. 71–88; P. Rotengruber, *Niewidzialne okowy. Wolność i jej społeczne ograniczenia*,

postrzeżenie, że wspólna cechą wszelkich koncepcji wolności występujących w odmiennych doktrynach polityczno-prawnych jest to, że nigdzie owa wolność nie jest nieograniczona. Zatem wspólnym mianownikiem, jakiegokolwiek ujęcia kategorii wolności jest to, że posiada ona swoje granice. Oba te terminy są więc ze sobą skorelowane⁶.

Celem niniejszego artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: co można nazwać granicą wolności człowieka? – czyli innymi słowy – co należy uznać za przeszkodę lub ingerencję w wolność jednostki? Odnalezienie jednoznacznej brzmiącej odpowiedzi, która cieszyłaby się dodatkowo walorem uniwersalności wydaje się być równie trudne, jak poszukiwania *lapis philosophorum* przez żyjących w przeszłości alchemików. Dlatego prowadzony wywód będzie zmierzał do celu wyróżnienia i opisania, jak największej liczby czynników wpływających na zakres wolności człowieka. Aby tego dokonać wpiery omówię zagadnienie ograniczeń wolności zewnętrznych i wewnętrznych. Później poddam pod wątpliwość, czy wolność powinna być postrzegana jako stan faktyczny, czy raczej jako stan psychiczny. W dalszej części wywodu skupię się na kwestii, jakich relacji dotyczą granice wolności oraz zwrócę uwagę na problemy związane ze scharakteryzowaniem wolności człowieka w doktrynach polityczno-prawnych przedstawiających zmienny status normatywny jednostki. Finalnie, po omówieniu wszystkich wymienionych problemów metodologicznych, zaprezentuję klasyfikację granic wolności człowieka zawierającą, jak najszersze ujęcie wszelkich możliwych czynników ograniczających jednostkę.

1. Ograniczenia zewnętrzne i wewnętrzne

W celu przedstawienia tego zagadnienia rozpocznę wywód od przywołania przykładu zaczerpniętego ze Stanfordzkiej Encyklopedii Filozofii⁷. Wyobraźmy sobie kierowcę, który jadąc samochodem przez miasto dojechał do rozwidlenia dróg. Skręcił w lewo, chociaż nikt nie zmuszał go

[w:] P. Orlik, *op. cit.*, s. 19–31. Autorzy wymienionych artykułów doszli jednak do odmiennych wniosków, które nie stanowią obszaru badań zawartego w niniejszym wywodzie, więc nie zostaną szczegółowo przedstawione.

6 H. Rosnerowa, *op. cit.*, s. 10, 13.

7 I. Carter, *Positive and Negative Liberty*, <http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/> [dostęp: 22 października 2016].

do wyboru tej drogi. Następnie dotarł do kolejnego skrzyżowania, na którym skręcił w prawo. Należy jednak podkreślić, że nikt nie zabronił mu pojechać w lewo lub prosto. Nie było także na jego drodze żadnych objazdów, ani blokad policyjnych. Tak więc wydaje się, że kierowca był w dokonywanych przez siebie wyborach całkowicie wolny. Zarysowany obraz sytuacji może jednak ulec radykalnie zmianie oceny, jeśli weźmiemy pod uwagę, że powodem, dla którego kierujący pojazdem skręcił najpierw w lewo, a następnie w prawo było to, iż jest on uzależniony od nikotyny i zdesperowany swym nałogiem próbował jak najszybciej dostać się do sklepu z tytoniem, tuż przed jego zamknięciem. Kierowca zamiast cieszyć się swobodą prowadzenia, odczuwał raczej, że kieruje nim nieprzewycięzalna chęć zapalenia papierosa, nakazująca obranie określonej trasy. W celu ubarwienia prezentowanej sytuacji dodajmy jeszcze, że prowadzący pojazd doskonale zdawał sobie sprawę z tego, że skręcając w stronę sklepu prawdopodobnie spóźni się na pociąg, którym miał pojechać na ważne, zawodowe spotkanie. Jak widać zatem uzależnienie od palenia nie tylko zagraża zdrowiu palacza w perspektywie dłuższego trwania nałogu, ale w omawianym przypadku stoi także w konflikcie z osiągnięciem bezpośrednio ważnego dla człowieka celu.

Przywołany przykład ukazuje dwa przeciwstawne sposoby myślenia o wolności. Z jednej strony, można ją postrzegać jako brak przeszkód zewnętrznych. Z drugiej strony, można myśleć o wolności w kontekście wewnętrznej kontroli podejmowanych decyzji. Upraszczając, wolność z perspektywy negatywnej sprowadza się do swobody wyboru drogi, która niczym nie jest zablokowana, podczas gdy wolność pozytywna sprowadzałaby się do wyboru takiej drogi, która jest dla kierowcy najwłaściwsza z punktu widzenia jego racjonalnych motywacji. Dlatego wolność negatywna jest bliższa perspektywie indywidualistycznej i liberalnej, zaś wolność pozytywna przemawia do myślicieli związanych z orientacją republikańską zakorzeniająca człowieka w określonej wspólnocie (wolność nie ogranicza się jedynie do zadowolenia z posiadani nienaruszalnej sfery przez innych, ale dodatkowo zakłada obowiązywanie pewnych warunków, które gwarantują istnienie takiej sfery nieingerencji). Zaprezentowany przykład odnosi się oczywiście to rozróżnienia wolności autorstwa Isaiaha Berlina⁸. Wolność pozytywna w jej nowożytnym ujęciu sprowadza

⁸ I. Berlin, *Four Essays of Liberty*, Oxford 1969, s. 118–172. J. Zdybel, *Isaiah Berlin – wolność jako sposobność działania*, [w:] Z. Czarnecki (red.), *Studia nad idea wolności*,

się do pytania: „Kto mną rządzi”? Tymczasem istota wolności negatywnej wyraża się w poszukiwaniu odpowiedzi na zapytanie: „W jakim stopniu inne podmioty ingerują w moje wybory”? Pragnę podkreślić, że pomimo znaczących podobieństw nie można sprowadzać wolności pozytywnej do wolności wewnętrznej, jak i wolności negatywnej do wolności zewnętrznej¹⁰.

Charles Taylor w artykule zatytułowanym *Whats wrong with negative liberty*, rozwinął koncepcję Berlina nadając jej następującą interpretację – wolność negatywna to „pojęcie szansy”¹¹. Wynika z tego, że człowiek wolny to taki, który dysponuje różnorodnymi możliwościami zachowania bez względu na to czy jakąkolwiek zrealizuje. Natomiast wolność pozytywna łączy się dla Taylora z „pojęciem realizacji”¹². Stąd też jednostka jest wówczas wolna, gdy skutecznie decyduje o kształcie własnego życia. Tak rozumianą wolność negatywną ograniczają tylko zewnętrzne bariery (np. zakazy prawne, fizyczne bariery), gdy tymczasem wolność pozytywna może być ograniczona także przez wewnętrzne czynniki, takie jak ludzie, motywacje, czy samokontrola. Jak zauważył jednak Chandran Kukathas, wolność negatywna może być także ograniczona wewnętrznie poprzez manipulację lub indoktrynację, chociaż nie dostrzegł on, że ten rodzaj barier wewnętrznych różni się tym od opisanych przez Taylora, że wynikają one *de facto* z zewnętrznego i świadomego zachowania wobec jednostki, mającego na celu wprowadzenie człowieka w błąd, a przez to ograniczenie mu swobody dokonywanych wyborów¹³.

Podobny problem poruszył John Christman w artykule *Liberalism and individual positive freedom*, opisując kobiecą afirmację pozycji społecznej w islamie. Jeśli kobieta zgadza się na taki swój status, bo została zindoktrynowana, to jego zdaniem naruszono jej wolność pozytywną; jeśli natomiast jej akceptacja wynika z racjonalnego wyboru polegającego

Lublin 1995, s. 197–206; J. Zdybel, *Między wolnością a powinnością. Filozofia polityczna Isaiaha Berlina i Alasdaira MacIntyre’a*, Lublin 2005, s. 217–239.

9 W. Kwaśnicki, *Historia myśli liberalnej*, Warszawa 2000, s. 223; całość koncepcji w: I. Berlin, *Four...*, s. 118–172; B. Polanowska-Sygułska, *Filozofia wolności Isaiaha Berlina*, Kraków 1998, s. 36.

10 J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton 1980, s. 5–6.

11 Ch. Taylor, *Whats wrong with negative liberty*, [w:] A. Ryan (red.), *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford 1979, s. 175–193.

12 *Ibidem*, s. 180.

13 Ch. Kukathas, *op. cit.*, s. 685–686.

na świadomym odrzuceniu możliwych alternatywnych archetypów pozycji społecznej, to wówczas nie ma naruszenia wolności pozytywnej¹⁴. Jak argumentował Christman, w przypadku wolności pozytywnej nie jest istotna treść pragnień człowieka, ale sposób, w jaki one powstają. Czy zatem klasyfikując pojęcie wolności jednostki należałoby ograniczyć się jedynie do granic wolności zewnętrznych, czy także powinno się zwrócić uwagę na bariery wewnętrzne? Odpowiedź na to pytanie odnajdziemy jednak w dalszej części wywodu, gdyż na jego treść mają wpływ także i inne czynniki, które zostaną omówione później.

2. Wolność pojmowana jako stan faktyczny lub psychiczny

Przeprowadzona analiza pozwala na postawienie pytanie: Czy wolność to stan faktyczny, czy może stan psychiczny? Hillel Steiner udzielił na nie odpowiedzi, że: jednostka nie jest wolna tylko wówczas gdy działania innego człowieka uniemożliwiają jej podjęcie dowolnego działania¹⁵. Z takiego założenia wynika, że zakazy prawne nie ograniczają niczyjej wolności, albowiem to człowiek samodzielnie decyduje, czy chce dokonać działania sankcjonowanego, za co zostanie ukarany. Ograniczeniem wolności jest dopiero umieszczenie go w więzieniu. Prowadzi to do istotnego spostrzeżenia, że wolność jest stanem faktycznym, a nie psychicznym.

Kontr-rozumowanie byłoby następujące – istnieją psychiczne granice wolności, które są wewnętrzne i subiektywne, ponieważ wprawdzie człowiek może świadomie zdecydować się na popełnienie przestępstwa, to jednak dysponuje on pewnością, że w konsekwencji zostanie skazany na więzienie, a przez to racjonalność podpowiada mu, że jego wolność fizyczna jest ograniczona psychicznie o możliwość dokonania takiego postępowania, które będzie skutkowało trafieniem do zakładu penitencjarnego. Celowo nie podnoszę dodatkowych komplikacji tego wariantu, jakimi są po pierwsze – nastawienie psychiczne przestępcy związane z nadzieją na ominięcie kary przewidzianej za popełnienie czynu zakazanego; po drugie – założenie o racjonalnym postępowaniu człowieka,

¹⁴ J. Christman, *Liberalism and individual positive freedom*, „Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy”, vol. 101, nr 2, January 1991, Chicago 1991, s. 343–359.

¹⁵ H. Steiner, *Individual liberty*, [w:] D. Miller (red.), *Liberty*, Oxford 1979, s. 175–194.

gdyż istnieją całe grupy zachowań ludzkich zachodzących na pograniczu lub poza granicą świadomości (jak choćby zachowania afektywne lub patologiczne). Steiner nie zgodziłby się jednak z takim rozumowaniem, ponieważ postrzegał on wolność wyłącznie za fakt fizyczny całkowicie niezależny od pragnień człowieka.

3. Jakich relacji dotyczą granice wolności człowieka?

Kolejną wątpliwość przy określaniu granic wolności wzbudza pytanie: jakich relacji dotyczą ograniczenia? Friedrich August von Hayek w rozprawie zatytułowanej *Konstytucja wolności* wyraził pogląd, że pojęcie wolność odnosi się wyłącznie do związków zachodzących pomiędzy ludźmi, z czego wynika, iż jedynym naruszeniem wolności jest przymus, stosowany przez innych ludzi. Wynika z tego, że prawo nie ogranicza wolności człowieka, albowiem jak Hayek argumentował: „[...] gdy jesteśmy posłuszni prawom, w sensie ogólnych abstrakcyjnych zasad ustanawianych niezależnie od ich konkretnego zastosowania do nas, nie podlegamy woli innego człowieka, jesteśmy więc wolni”¹⁶. Zatem działanie oparte na prawie, nawet jeśli pogarsza czyjś los lub wymusza zmianę zachowania, nie ogranicza ludzkiej wolności, ponieważ nie jest ono przymusem czynionym przez innego człowieka¹⁷. Akceptacja powyższej koncepcji radykalnie ogranicza spektrum sytuacji, kiedy można mówić o naruszeniu ludzkiej wolności – przykładowo, gdyby przyznać jej rację, wówczas żaden z proletariuszy opisanych przez Marksa i Engelsa nie miałby prawa czuć, iż jego wolność została naruszona klasą burżuazji sprawującej władzę w kapitalistycznym państwie.

Przywołana koncepcja nasuwa zatem wątpliwości odnośnie tego, jakich relacji dotyczą granice wolności człowieka? Czy tylko tych zachodzących pomiędzy jednostkami? Czy także tych dotyczących stosunków pomiędzy człowiekiem a społeczeństwem lub jego konkretnymi grupami? A jak ocenić relacje jednostka – państwo oraz społeczeństwo – państwo? W końcu pojawia się też istotna wątpliwość, czy przyjmując perspektywę ograniczeń wewnętrznych człowieka, można mówić o granicach wolności jednostki nie wynikających z relacji, jakie łączą ją z innymi podmiotami,

¹⁶ F.A. Hayek, *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006, s. 160.

¹⁷ Ch. Kukathas, *op. cit.*, s. 690.

ale takich, które pochodzą z samej natury człowieka? Przykładem tego może być wolność ograniczona wolą Boga, wolność ograniczona prawem natury lub wolność ograniczona determinizmem biologicznym. Ale czy wymienione ograniczenia wewnętrzne są w ogóle ograniczeniami wolności, skoro są niezależne od człowieka? David Miller zauważył, że w przywołanym kontekście, najistotniejsza staje się kwestia, czy można kogoś obarczyć odpowiedzialnością – jeśli tak, to wówczas możemy uznać taką przeszkodę za ograniczenie wolności¹⁸. Dotyczy to jednak wyłącznie ograniczeń zewnętrznych. Wówczas przykładowo, ograniczeniem wolności jest sytuacja, w której jakiś człowiek zakazuje mi spacerować po publicznym parku. Z drugiej jednak strony, gdyby nagle potężna burza uniemożliwiła mi kontynuowanie mojej przechadzki, wówczas mogę, co najwyżej powiedzieć, że nie jestem w stanie podróżować, ale nie określe już tej sytuacji mianem ograniczenia mojej wolności do podróżowania.

Można jednak dostrzec i takie specyficzne czynniki, które ewidentnie wpływają na ograniczenie wolności, ale nie zaliczają się do kategorii relacji społecznych *sensu stricto*, jak np.: bezrobocie i ubóstwo. Myśliciele bliżsi wolności negatywnej stwierdzą niczym Hayek, że czynniki te nie ograniczają wolności człowieka, bo nie ma w nich żadnego przymusu. Ich przeciwnicy, socjaliści i egalitaryści wprowadzają natomiast do dyskursu pojęcie niezamierzonych przeszkód stojących na drodze realizacji wolności, ponieważ ubóstwo jest dla nich empirycznie i nierozzerwalnie związane ze stawianiem fizycznych barier dla ludzi, których dotyka. Przywołany przykład dowodzi, że zawężenie spektrum rozważań poświęconych granicom wolności człowieka, tylko do takich relacji, w których można kogoś obarczyć odpowiedzialnością za rzeczony naruszenie stanowi zbyt nie uproszczenie analizowanej problematyki.

4. Wolność w doktrynach przedstawiających zmienny status normatywny jednostki

Kolejnym ważnym problemem jest scharakteryzowanie wolności człowieka w doktrynach polityczno-prawnych przedstawiających zmienny status normatywny jednostki. Dotyczy to zatem doktryn zawierających

¹⁸ D. Miller, *Constrains of Freedom*, „Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy”, vol. 94, nr 1, October 1983, Chicago 1983, s. 72.

opis rozwoju społeczno-ekonomicznego oraz polityczno-prawnego odwołujących się chociażby do kontraktualizmu, ewolucjonizmu jak i rewolucjonizmu. W takich doktrynach jak np.: Hobbesa, Locke'a, Marksa, czy Spencera, należy najpierw skupić się na określeniu niezmiennej wizji natury ludzkiej, ponieważ zmianie ulega granica wolności zewnętrznej wyrażająca relacje istniejące pomiędzy jednostką a państwem. Prowadzi to do wniosku, że gdyby ograniczyć opis wolności człowieka jedynie do jej zewnętrznych granic, to wówczas nie można by sprowadzić takich doktryn do określonego modelu klasyfikacji, gdyż jedyną wspólną dla całej doktryny granicą wolności jest granica wolności wewnętrznej człowieka. Rozwiązaniem tego dylematu jest w mojej opinii, zastosowanie modelu dualnego, w którym wolność jednostki ograniczona jest dwoma czynnikami: pierwszy z nich dotyczy natury człowieka ma więc charakter wewnętrzny, pierwotny i naturalny; drugi czynnik wynika z zewnętrznej, wtórnej i konwencjonalnej organizacji życia społecznego.

5. Freedom czy liberty?

Problematykę analizy pojęcia wolności i jego granic dodatkowo komplikują kwestie natury lingwistyczno-translatorskiej. W języku angielskim, który bez wątpienia zdominował płaszczyznę dyskursu naukowego, występują dwa różne znaczeniowo pojęcia „liberty” oraz „freedom”. Tymczasem w językach pochodzenia łacińskiego i germańskiego pojawia się zaledwie jeden odpowiadający temu termin (*Liberte, Freiheit*). W uproszczeniu, „liberty” oznacza prawo i możliwość wierzania, działania i wyrażania siebie w taki sposób, jaki jednostka samodzielnie wybierze. „Liberty” oznacza, zatem brak ograniczeń oraz swobodę dokonywania wyborów i ponoszenia za nie odpowiedzialności (łączy wolność pozytywną i negatywną). Natomiast termin „freedom” oznacza władzę decydowania o swoich działaniach, stan bycia wolnym związany z posiadaniem swobód/uprawnień politycznych, społecznych i obywatelskich, dlatego jest synonimem niezależności i wyzwolenia; wiąże się także z określeniem „free will”, oznaczającym wolną wolą. „Liberty” używa się w relacjach jednostka – państwo, „freedom” zaś do opisu jednostka – jednostka. Etymologicznie pojęcie „Liberty” pochodzi od łacińskiego „libertatem” oznaczającego „warunek bycia wolnym”; określenie „freedom” wywodzi się od angielskiego „freedom”, czyli „stan wolnej woli”.

6. Klasyfikacja granic wolności człowieka

Konkludując, dotychczasowy wywód należy zauważyć, że przedstawiona wieloznaczność pojęcia wolności prowadzi do powstania poważnych metodologicznych problemów, w próbach odnalezienia odpowiedzi na pytanie: co można nazwać granicą wolności człowieka? Dodatkowe komplikacje wynikają z faktu, że kategoria wolności w doktrynach polityczno-prawnych jest postrzegana zarówno empirycznie jak i normatywnie. Jak widać omawiana problematyka charakteryzuje się także interdyscyplinarnością, gdyż odnosi się zarówno do opisów, wniosków i postulatów z zakresu filozofii politycznej, politologii, socjologii, prawa, ekonomii oraz psychologii.

Biorąc pod uwagę powyższe, uważam że analizując problematykę wolności człowieka należy skupić się na kwestiach opisowych pozwalających określić, czym wolność jednostki jest faktycznie ograniczona. Dlatego o ile to możliwe należy pomocniczo posługiwać się dodatkowym uzupełniającym kryterium służącym opisowi czynników ograniczających wolność jednostki, jakim jest charakter jej ograniczenia, który może być: po pierwsze, pierwotny lub wtórny wobec jednostki; po drugie, naturalny lub konwencjonalny; po trzecie, faktyczny lub normatywny; po czwarte, fizyczny lub psychiczny; po piąte, zgodny z wolą jednostki lub może być jej narzucony; po szóste, nieprzekraczalny lub przekraczalny; oraz po siódme, uniwersalny lub może posiadający odmienne natężenie w stosunku do różnych ludzi (tzw. gradualistyczne pojęcie wolności).

Na podstawie przeprowadzonego wywodu proponuję, aby przyjąć jak najszerszą definicję granicy wolności, według której jest nią czynnik ograniczający możliwości podejmowania przez człowieka określonych wyborów jak i działań. Podmiotem wolności jest poszczególne osoba, zaś przedmiotem klasyfikacji są granice wolności jednostki. Ponadto, uważam że analiza ograniczeń wolności powinna być oparta na dualnym opisie pozwalającym na rozróżnienie granic wolności wewnętrznych (zwanym „blokadami”) oraz granic wolności zewnętrznych (zwanym „barierami”).

Wewnętrzne granice wolności należy wpięrow podzielić na pierwotne oraz wtórne wobec człowieka. Blokady pierwotne są niezależne od woli jednostki, a ich istnienie nie wynika z działalności innych ludzi. Ponadto, determinują one każdego człowieka (z nielicznymi wyjątkami tych o charakterze gradualistycznym) od momentu narodzin, aż do jego śmierci. Ze względu na charakter ograniczenia można je podzielić na teoretyczne

oraz faktyczne. Pierwsze z wymienionych to granice wolności opisane przez autorów operujących kategoriami prawa natury¹⁹. Drugie natomiast należy zróżnicować, ze względu na to, czy mają one charakter fizyczny, czy psychiczny. Stąd też do faktycznych blokad fizycznych trzeba zaliczyć determinizmy biologiczne wynikające z fizjologii człowieka, jak i choroby dziedziczne oraz niepełnosprawności. Wymieniona grupa ograniczeń jest o tyle specyficzna, że może ona dotyczyć każdego człowieka, ale w rzeczywistości dotyka jedynie nielicznych i to z odmiennym natężeniem w stosunku do różnych ludzi. Do faktycznych blokad psychicznych należy natomiast zaliczyć pierwotne wobec jednostki procesy zachodzące na progu lub poniżej świadomości człowieka, takie jak zachowania instynktowne oraz afektywne²⁰.

Natomiast wśród blokad wtórnych można wyróżnić naturalne i konwencjonalne. Te pierwsze wynikają z nabytych chorób oraz ich konsekwencji, jak i w szczególności z uzależnień. Tymczasem do wtórnych blokad o charakterze konwencjonalnym, zaliczam po pierwsze – ograniczenia wyrażające światopogląd i sumienie człowieka, jakimi są przykładowo normatywne systemy aksjologiczne lub religijne, po drugie – zachowania innych ludzi dążące do podporządkowania człowieka poprzez manipulację lub kłamstwo, oraz po trzecie – wtórne wobec jednostki procesy zachodzące na progu lub poniżej świadomości człowieka, takie jak zachowania rutynowe i nawykowe.

Zewnętrzne granice wolności człowieka można wstępnie podzielić na ograniczenia o charakterze fizycznym oraz społecznym. W pierwszej z wymienionych grup znajdują się wszelkie bariery fizyczne oraz zdarzenia niewynikające z działania człowieka. Natomiast druga z kategorii jest wewnętrznie podzielona, na takie ograniczenia wolności, które pochodzą, albo z relacji społecznych, albo ze stanu faktycznego. Kategoria społecznych barier wynikających z relacji społecznych składa się aż z trzech

19 Szerzej na temat koncepcji prawa natury: J. Hervada, *Historia prawa naturalnego*, Kraków 2013; R. Tokarczyk, *Klasyki praw natury*, Lublin 2009; M. Zmierczak (red.), *Prawo natury w doktrynach polityczno-prawnych Europy*, Poznań 2006.

20 Jedną z inspiracji wymienionej klasyfikacji jest behawioralne ujęcie polityki, szerzej: O. Górecki, *Metodologia głównych orientacji badawczych teorii polityki w analizie doktryn polityczno-prawnych*, [w:] I. Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewski (red.), *Myslenie o polityce i prawie. Przedmiot, metoda, praktyka*, Warszawa 2015, s. 250–253; A. Laska, J. Nocoń, *Teoria polityki. Wprowadzenie*, Warszawa 2010, s. 96.

odmiennych typów, zależne od tego, jaki podmiot wpływa na wolność jednostki – są to więc ograniczenia wynikające z relacji: po pierwsze – pomiędzy samymi jednostkami (charakterystyczne dla ideologii liberalnej), po drugie – pomiędzy jednostką a społeczeństwem lub grupami społecznymi (opisywane przez komunitarian oraz teoretyków multikulturalizmu), oraz po trzecie – pomiędzy jednostką a państwem (podnoszone szczególnie przez anarchistów jak i libertarian). Natomiast pod określeniem stanu faktycznego wpływającego na zakres wolność człowieka rozumiem, takie ograniczenia, które wynikają z ubóstwa lub bezrobocia i przedstawiane są przez przedstawicieli myśli lewicowej²¹.

W celu klarowniejszej prezentacji omówionej problematyki załączam poniżej usystematyzowany konspekt przedstawionej klasyfikacji.

Granice wolności:

I. Wewnętrzne (blokady)

A. Pierwotne

- 1) Teoretyczne – opisane przez autorów operujących kategoriami prawa natury
- 2) Faktyczne
 - a) Fizyczne – determinizmy biologiczne wynikające z fizjologii człowieka, choroby dziedziczne oraz niepełnosprawności
 - b) Psychiczne – procesy zachodzące na progu lub poniżej świadomości człowieka, takie jak zachowania instynktowne oraz afektywne

B. Wtórne

- 1) Naturalne – wynikające z przebytych chorób oraz ich konsekwencji, jak i z uzależnień
- 2) Konwencjonalne
 - a) Wyrażające światopogląd i sumienie człowieka, jakimi są przykładowo normatywne systemy aksjologiczne lub religijne
 - b) Zachowania innych ludzi dążące do podporządkowania człowieka poprzez manipulację lub kłamstwo
 - c) Wtórne wobec jednostki procesy zachodzące na progu lub poniżej świadomości człowieka, takie jak zachowania rutynowe i nawykowe

²¹ M. Łuczewski, *Koncepcja wolności w myśli socjalistów z przełomu XIX i XX wieku*, [w:] J. Kloczkowski, *op. cit.*, s. 105–120.

II. Zewnętrzne (bariery)

- A. Fizyczne – bariery fizyczne oraz zdarzenia niewynikające z działania człowieka
- B. Społeczne
 - 1) Relacje społeczne
 - a) Pomiędzy jednostkami
 - b) Pomiędzy jednostką a społeczeństwem lub grupami społecznymi
 - c) Pomiędzy jednostką a państwem
 - 2) Stan faktyczny – ograniczenia wynikające z ubóstwa i bezrobocia

Konkluzje

Celem niniejszego artykułu było przybliżenie różnorodnych stanowisk dotyczących zakresu wolności człowieka. Aby tego dokonać postawiłem we wstępie ogólne pytanie, dotyczące tego, co można nazwać granicą wolności jednostki. Z pełną świadomością czytelnik został jednak poprowadzony przez metaforyczny gąszcz dodatkowych i uzupełniających wątpliwości. Pozwoliło to w ostatniej części wywodu na zaprezentowanie nowatorskiej klasyfikacji granic wolności, która może posłużyć jako przydatny instrument badawczy podczas przeprowadzania analizy konkretnych doktryn polityczno-prawnych. Intencją dokonania klasyfikacji było, jak najszerze ujęcie wszelkich możliwych czynników ograniczających wolność człowieka. Oczywiście nie występują one wszystkie w każdej myśli politycznej, ale ukazują przekrojowe spektrum zagadnień składających się na różnorodne próby ujęcia omawianej problematyki.

Bibliografia

- Barwicka-Tylek I., *Wolność*, [w:] Chojnicka K., Jaskólski M. (red.), *Słownik historii doktryn politycznych*, t. VI, Warszawa 2015.
- Barwicka-Tylek I., *Portrety wolności. Studium z historii idei i postmodernizmu „stosowanego”*, Warszawa 2009.
- Berlin I., *Dwie koncepcje wolności*, Warszawa 1991.
- Berlin I., *Four Essays of Liberty*, Oxford 1969.

- Biernat J., Biernat P. (red.), *Granice wolności w starożytnej myśli greckiej*, Kraków 2013.
- Carter I., *Positive and Negative Liberty*, <http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/> [dostęp: 22 października 2016].
- Christman J., *Liberalism and individual positive freedom*, „Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy”, vol. 101, nr 2, January 1991, Chicago 1991.
- Czarnecki Z.J. (red.), *Studia nad ideą wolności*, Lublin 1995.
- Drużkowski M., Sokół K. (red.), *Antynomie wolności*, Warszawa 1966.
- Fazan K., *Przestrzenie i granice wolności*, [w:] Biernat J., Biernat P. (red.) *Granice wolności w starożytnej myśli greckiej*, Kraków 2013.
- Feinberg J., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton 1980.
- Gadacz T., *Granice wolności*, [w:] Szulakiewicz M., Karpus Z. (red.) *Wolność w epoce poszukiwań*, Toruń 2007.
- Górecki O., *Metodologia głównych orientacji badawczych teorii polityki w analizie doktryn polityczno-prawnych*, [w:] Barwicka-Tylek I., Czarnecka A., Jaskólski M., Malczewski J. (red.), *Myślenie o polityce i prawie. Przedmiot, metoda, praktyka*, Warszawa 2015.
- Górecki O., *Wolność człowieka – doktrynalna analiza pojęcia normatywnego zawartego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, [w:] Skotnicki K., Składowski K., Michalak A. (red.), *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Polskie i zagraniczne rozwiązania ustrojowe*, Łódź 2016.
- Guéhenno J.M., *Przyszłość wolności*, Kraków 2001.
- Grimaldi N., *Dylematy wolności*, Kraków 2007.
- Hayek F.A., *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006.
- Hervada J., *Historia prawa naturalnego*, Kraków 2013.
- A. Hrebendy, W. Kaute (red.), *Człowiek, jego wolność i prawa a polityka*, Katowice 2002.
- Jankowska M., Ryś M. (red.), *W trosce o wewnętrzną wolność osoby*, Warszawa 2008.
- Kloczkowski J. (red.), *Wolność i jej granice. Polskie dylematy*, Kraków 2007.
- Kłós J., *Wolność, indywidualizm, postęp. Liberalizm konserwatywny wobec nowoczesności*, Lublin 2007.
- Kopciuch M. (red.), *Współczesne i historyczne konteksty wolności*, Lublin 2013.
- Kozerska E., Sadowski P., Szymański A. (red.), *Idea wolności w ujęciu historycznym i prawnym. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2010.

- Krąpiec M.A., *Ludzka wolność i jej granice*, Lublin 2008.
- Kukathas Ch., *Wolność*, [w:] Goodin R.E., Pettit F. (red.), *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, Warszawa 2002.
- Kwaśnicki W., *Historia myśli liberalnej*, Warszawa 2000.
- Laska A., Nocoń J., *Teoria polityki. Wprowadzenie*, Warszawa 2010.
- Legutko R., *Traktat o wolności*, Gdańsk 2007.
- Legutko R., *Wolność*, [w:] Szlachta R. (red.), *Słownik społeczny*, Kraków 2004.
- Lipiec J., *Granice wolności*, [w:], Czarnecki Z.J. (red.), *Studia nad ideą wolności*, Lublin 1995.
- Łuczewski M., *Koncepcja wolności w myśli socjalistów z przełomu XIX i XX wieku*, [w:] Kloczkowski J. (red.), *Wolność i jej granice. Polskie dylematy*, Kraków 2007.
- Miller D., *Constraints of Freedom*, „Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy”, vol. 94, nr 1, October 1983, Chicago 1983.
- Orlik P., *Wolność. Szkice i studia*, Poznań 2007.
- Polanowska-Sygulska B., *Filozofia wolności Isaiaha Berlina*, Kraków 1998.
- Przychodzeń M., *Wolność neutralna aksjologicznie*, [w:] Miklaszewska J., Szczepański J. (red.), *Filozofia polityczna po roku 1989. Teoria, historia, praktyka*, Kraków 2011.
- Rau Z., *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, Warszawa 2008.
- Reut M. (red.), *Dylematy wolności*, Wrocław 2001.
- Reut M., *Wolność i ograniczoność*, [w:] Reut M. (red.), *Dylematy wolności*, Wrocław 2001.
- Rosnerowa H., *Dylematy pojęcia wolności. Próba wprowadzenia analitycznego*, Warszawa 1993.
- Rotengruber P., *Niewidzialne okowy. Wolność i jej społeczne ograniczenia*, [w:] Orlik P., *Wolność. Szkice i studia*, Poznań 2007.
- Rothbard M.R., *Egalitaryzm jako bunt przeciw ludzkiej naturze*, Warszawa 2009.
- Skinner Q., *Wolność przed liberalizmem*, Toruń 2013.
- Steiner H., *Individual liberty*, [w:] Miller D. (red.), *Liberty*, Oxford 1979.
- Szlachta B., *Wolność*, [w:] Bartyzel J., Szlachta B., Wielomski A. (red.), *Encyklopedia polityczna*, t. I, Radom 2007.
- Szulakiewicz M., Karpus Z. (red.), *Wolność w epoce poszukiwań*, Toruń 2007.

- Szyszkowska M., Rossmanith A. (red.), *Nieprzeciętność. Dylemat wolności*, Warszawa 2013.
- Taylor Ch., *Whats wrong with negative liberty*, [w:] Ryan A. (red.), *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford 1979.
- Tokarczyk R., *Klasyki praw natury*, Lublin 2009.
- Wieczorek K.M. (red.), *Wolność. Aporie filozoficzne*, Siemianowice Śląskie 2015.
- Zdybel J., *Isaiiah Berlin – wolność jako sposobność działania*, [w:] Czarnacki Z. (red.), *Studia nad idea wolności*, Lublin 1995.
- Zdybel J., *Między wolnością a powinnością. Filozofia polityczna Isaiaha Berlina i Alasdaira MacIntyre'a*, Lublin 2005.
- Zmierczak M. (red.), *Prawo natury w doktrynach polityczno-prawnych Europy*, Poznań 2006.

Beata Paxford
(Warszawa)

TRANSFER OF OWNERSHIP IN ISLAMIC BANKING – AS IN MURABAHA AND DIMINISHING MUSHARAKAH TYPES OF CONTRACT

ABSTRACT

PRZENIESIENIE WŁASNOŚCI W BANKOWOŚCI ISLAMSKIEJ NA PRZYKŁADZIE INSTYTUCJI MURABAHY I ZMNIEJSZAJĄCEJ SIĘ MUSZARAKI

Celem niniejszej publikacji jest analiza przeniesienia własności zgodnie z zasadami prawa islamskiego na przykładzie instytucji bankowości islamskiej – Murabaha i Zmniejszającej się Muszaraki. Autorka zdecydowała się na analizę sposobu oraz momentu przejścia własności w ww. umowach. Aby ułatwić czytelnikowi zrozumienie zagadnienia, autorka zdecydowała się przyjrzeć kwestii przeniesienia własności w prawie islamskim na przykładzie nieruchomości; biorąc pod uwagę popularność Murabaha i Zmniejszającej się Muszaraki w finansowaniu zakupu nieruchomości. Autorka przyjrzała się różnym zastosowaniom Murabaha i Zmniejszającej się Muszaraki w finansowaniu zakupu nieruchomości i starała się zbadać czy te transakcje są zawsze zgodne z prawem islamskim. Ponadto, autorka dokonała porównań ofert finansowania zakupu nieruchomości opartych na instytucjach Murabaha i Zmniejszającej się Muszaraki proponowanych przez banki islamskie.

KEYWORDS: ownership, Murabaha, Diminishing Musharaka, transfer, Islamic banking, bai', shirka, property

SŁOWA KLUCZOWE: własność, Murabaha, Zmniejszająca się Muszaraka, przeniesienie, bankowość islamska, bai', shirka, majątek

The article is devoted to the legal aspects of ownership and its transfer in Islamic banking. The author has chosen two types of contract – Muarabah (the so-called sale at the spot) and Diminishing Musharakah – to describe how the ownership is transferred in compliance with sharia. The choice was made based on the house financing schemes that Islamic banks offer to their clients. Since in house financing scheme the subject of the contract is ultimately the transfer of ownership of the real estate, it would be of interest for a reader to learn how the ownership of the real estate is transferred in Islamic banking. The other interesting issue that the author wishes to explore is that Murabah and Diminishing Musharakah are two different contracts stemming from a separate root.

The issue of ownership

In Islam the ownership *per se* falls into three categories:

- Public property/common goods
- State property
- Private property

However, one must be aware that as Allah created all the things including the sky, water, animals, etc. These are generally his property that men can use and benefit from. One has to remember that while analysing the question of property in Islam. Likewise, some scholars¹ provide the understanding of wealth similar to the one of property. Wealth is therefore also considered to be created by Allah and hence is his property. Whatever a man gains is done thanks to Allah.

As we read in the Quʾran: “He it is who created for you all that is on Earth.”² As wealth here would be a wider term than property one can say that property derives from wealth and from Allah. What is more, Islamic law does not distinguish the theory of property law³. The property law in practice is based on the Quʾran as a primary source of sharia, legal opinions (*fatwas*), jurisprudence, contracts and likewise.

1 Muhammad Imran Ashraf Usmani, *Meezanbank's guide to Islamic banking*, Darul Ishaat, Karachi, Pakistan 2002, p. 17.

2 *The Koran*, translated by J.M. Rodwell, Phoenix 1994, sura 2; 20: 7.

3 Richard A. Debs *Islamic law and civil code – the law of property in Egypt*, Columbia University Press 2010, p. 30.

As mentioned above, in Islam there are three categories of property.

Public property/common good covers the pieces of universe that is created by Allah and belongs to all the mankind. Hence the access to these areas cannot be lawfully limited. These include: sky, oceans, rivers etc.

The state property refers to the things that are also created by Allah but are used for the benefit of the people (e.g. mines). This type of property includes man-made things like buildings, roads and other public facilities that generally belong to the state but serve common interest.

Private property can be defined as a right of a man to possess a thing, enjoy it and derive benefits from it with the exclusion of other persons⁴. However, one must remember that in Islam private property is not absolute and is (in western understanding) limited. As we previously stated all property belongs to Allah. And therefore in theory private property can be compared to the institution of perpetual usufruct where the usufractor enjoys the possession of the thing, can derive benefits from the thing but is limited in time and is not the owner of the things. Islam does not prohibit or criticize the notion of private property as such, but rather puts emphasis on the religious aspect of it. The private property shall be “used” in compliance with sharia. And hence, transfer of the property must observe the rules of sharia as well.

It implies refraining from unlawful practises (like e.g. *riba*⁵, derivatives contracts) and trading in *haram* goods (e.g. pork, weapons). The contract the subject of which is any of the forbidden things will be considered void by the virtue of law and therefore invalid. Similarly, where the *haram* practice is involved it will be also considered invalid. Apart from the above-mentioned restrictions, the transfer of ownership should observe the general rules of contracts of Islam. That means that both

4 Some scholars when writing about different categories of property in Islam also mention waqf (Aini Aryani, *Ownership in Islamic Perspective*, <http://ainiaryani.blogspot.com/2008/06/ownership-in-islamic-perspective.html> [accessed: 29 October 2016]; Richard A. Debs, *Islamic law...*, *op. cit.*, p. 31; Cem Nizamoglu, *The Institution of Waqf as a Solution to the Economic Crisis*, <http://www.muslimheritage.com/article/institution-waqf-solution-economic-crisis> [accessed: 29 October 2016]). The waqf, for the aim of this article, can be defined as being an owner of a possessor of thing and preserving it for the public benefit/charitable purpose. It includes depriving oneself from the private property to transfer it to others (“Awqaf is a voluntary act of charity”, as stated here: *What is Awqaf?*, “Awqaf {Endowments}” 2015, Vol. XCIII, No. 311, <https://prezi.com/sulo9cg67lta/awqaf-endowments/> [accessed: 29 October 2016]).

5 Riba – prohibited interest.

parties to a contract should be sane at the time of entering into a contract, both should be mature (adult, but a day-to-day sale when a minor buys something from a shop is allowed), capable of entering into contracts and understand the purpose of the transaction. The contract should be unconditional. The subject of contract (that includes the transfer of ownership) should exist at the time of entering into a contract, should be of value and should be specified and usable. It cannot be *haram* (e.g. pork) and can be owned (that excludes common goods like rivers etc.).

One must emphasize here that in case of transfer of ownership, the party that transfers it must be the owner of it, and must possess the thing so that the possession⁶ can be transferred accordingly along with the ownership.

How the ownership is transferred – bai' sale

As we will look into one of the most popular contracts in Islamic banking – Murabaha (also called Bai Murabaha), we will look at the contract of sale (bai') that Murabaha derives from.

In bai' the purpose of a contract is a sale of a thing and thus transfer of ownership and possession. *Essentialia negotii* of a valid bai' include the following elements:

- Subject matter (Mube'e)
- Price (Thaman)
- Delivery (Qabza)

Some scholars⁷ claim that the contract *per se* (Aqd) is required for a valid sale. But in the author's opinion, the sale is in itself a contract, so should not be regarded as *the essentialia negotii* of a sale contract. Unless, as a contract we understand the basic principles of contracting in compliance with sharia.

As mentioned above, the subject of sale cannot be prohibited by sharia. Must be in the ownership and possession of a seller. Must be usable, of value. Can be freely transferred (the sale of it is not prohibited and it

⁶ Muhammad Imran Ashraf Usmani (*Meezanbank's guide...*, *op. cit.*, p. 79) mentions the institution of constructive possession, where the owner does not literally possess the thing but has the legal titles to it, has control over it and bears all the risk connected therewith.

⁷ Muhammad Imran Ashraf Usmani, *Meezanbank's guide...*, *op. cit.*, p. 73.

can be owned). The subject matter must exist at the time of contracting and should be clearly specified in a contract (whether written or oral).

Likewise, the price has to be specified and certain (cannot be changed throughout a sale).

The seller must possess the subject matter of sale and must deliver the thing to the buyer. However, one should not take the above mentioned literally. In the case of real estate, such delivery would not be physically possible (one cannot take a building, pack it in its pocket and bring it to the buyer). In such a case, delivery would imply transferring all the documents and things (like keys, codes etc.) required to effectively transfer the possession of the real estate. We must remember that in European law generally a contract of sale is a so-called consensual contract. It means that physical delivery of the subject matter is not required for a sale contract to be valid. A representation of will of the parties is what matters along with observing the *essentialia negotii* of the sale (that also include the subject matter and the price).

The result of the bai' is the transfer of the ownership of the subject matter from the seller to the buyer, the delivery of possession to the buyer and payment of the price (on the spot) by the buyer to the seller.

Muarabaha

As mentioned above, Murabaha is a type of sale contract (bai'). In Murabaha, the seller sells the thing at a price to the buyer and the buyer know the profits the seller gets from the sale⁸. This means that the seller discloses the amount of profit for him that is included in the price of the thing⁹. Murabaha to be valid must observe the main principles of bai' contract (see: above). It is not permitted in Murabaha to apply rollovers, buy backs or sale without transfer of possession.

In Murabaha¹⁰ as practised in Islamic banking, the prospective buyer addresses an Islamic finance institution indicating that he wishes to buy

⁸ Maulana Ejaz Ahmad Samadani, *Islamic banking & murabaha*, Darul Ishaat, Karachi, Pakistan 2008, p. 14 defines murabaha as „a sale of a thing on cost plus profit basis”.

⁹ Contrary to the different type of a sale contract – Bai' Musawamah, where the seller does not disclose the profit to the buyer.”.

¹⁰ A reversed murabaha known as Tawarruq is also used as a way of financing the purchase of goods – for more see: B. Paxford, *Tawarruq – on the road to liquidity*, “Business Islamica” 2012, No. 03.

a certain thing (e.g. flat). The institution buys a flat (in its name and on its own behalf or appoints a client as its agent where he buys the thing on behalf of the institution) and then sells it to the client for cost of the purchase plus the institution's profit. The elements of the price are disclosed to the client.

At present, Murabaha transaction consists of several contracts that include master Murabaha contract (that works like a frame agreement), agency contract (where the client as an agent on behalf of the bank – *wakalah*), sale contract (where the thing is sold to the client and the price and modes of payment determined). Generally, Murabaha implies a spot payment, but in the case of a sale of real estate and likewise, the payment will usually be deferred.

When the client acting as an agent of the Islamic finance institution purchases the thing, it should become the ownership of the institution (not of the agent) but can remain in possession of the client (but in constructive possession of the institution – see: footnote no. 5). Upon taking the possession of the thing, the client addresses the institution to purchase the thing from it. In this period of time (between taking the possession of the thing and entering into the sale Murabaha contract) the client cannot resell the thing or consume it¹¹.

When the Murabaha contract is entered into the institution sells the thing to the client and the client becomes the owner of the thing and bears all risks connected therewith. The price he owes to the institution is treated similarly to a loan¹². What is interesting is that the purchase and spot on resale of the thing by the institution is not recorded in its books¹³.

In practice, the title to the thing often goes straight from the first owner of the thing to the client (omitting the institution). It is done in order to avoid paying double taxes connected with the sale of things and to avoid the risks as implied in certain banking acts. And it renders the transaction not fully compliant with a proper Murabaha's purpose.

The client is obligated to pay back the price (either on the spot or on deferred terms in instalments). As mentioned above the price can be treated similar to a loan (*quard*). The institution to secure the payment of the price will usually ask the client to provide the hypothecation/mortgage

11 Maulana Ejaz Ahmad Samadani, *Islamic banking...*, *op. cit.*, p. 37.

12 *Ibid.*, p. 42.

13 Hussain Kureshi, Mohsin Hayat, *Contracts and deals in Islamic finance*, Wiley, 2015.

(in case of the real estate), pledge or likewise. The default in payment does not usually result in penalty. As the price is settled and certain (and cannot be changed throughout the transaction), the institution cannot charge the client any additional payments (it would result in the change of the price and would not be permissible). The client that is in delay should be obligated to pay the fixed amount to the special charity fund created for this purpose by the institution. The money paid to the fund is not property of the institution and can only be used for charitable purposes in compliance with sharia. Likewise, the institution is not obligated to grant a discount to the client when he pays the price before due time. Such discount would also influence the price settled in the Murabaha contract. However, the institution can take a decision and grant such discount to the client upon its own discretion and such discount should be separate from Murabaha contract.

The transfer of ownership through shirka

Contrary to Murabaha, shirka is not a sale contract, but a contract similar to articles of association. The purpose of shirka is to work together in a company/venture to obtain a common goal. All parties thereto are generally obligated to provide contributions to shirka's capital. The capital becomes the common property of the shirka and the parties to the contract (called the partners) are authorised to sell and to dispose of the property of shirka. Usually, all partners are authorised to represent shirka and take legal actions on behalf of the venture. However, it is possible that some partners cede their rights to represent the shirka and that only selected partners will represent the shirka and will in fact act as its managers.

There are a few types of shirka like e.g. shirkat – ul – milk, shirkat – ul – Ain, or shirkat – ul – aqd. The main difference between these types of contract is related to the title of ownership of the common property and the question whether the parties voluntarily enter into a contract (by entering into a contract or by becoming the heirs of the deceased owner of the estate).

The most common shirkas are musharakah and mudarabah. For the purpose hereof, we will describe briefly the Musharakah. Musharakah is also known as shirka – ul – Amwal. The parties known as partners enter into a mutual contract where they create a partnership. The partners

contribute their property to the capital of the partnership. Their aim is to obtain profit from the work of the partnership. The goods purchased by the partnership become the ownership of the shirka and therefore its partners. The partners all bear the risks connected with the venture. They share the profit as well as loss. The loss is divided in accordance with the profit ratio¹⁴. Therefore, any stipulation in musharakah's contract that a partner can be released from taking part in losses should be deemed void. Moreover, the profit ratio should be connected with the investment ratio¹⁵.

In Musharakah, a partner can represent and can manage the partnership. It is also possible to exclude (upon the partner's consent) some partners from the representation and management of the partnership. Nevertheless, such decision may result in a diminished profit for such a partner. As he/she does not bear the risk, he/she shall not participate in the profit more than the ratio of its investment in the partnership. One must remember that Islam rewards those who take the risk. Therefore, these partners who represent and manage the partnership should obtain higher ratio of the profit.

The Musharakah contract cannot stipulate the fixed amount of the profits for the partners; it should be done in percentage in compliance with the investment ratio.

The capital of Musharakah is divided into shares. Hence, if a partner wishes to leave the venture, it should sell its shares. The shares should be sold to the remaining partners. The price for the shares sold should be agreed among the partners.

Diminishing Musharakah

This kind of Musharakah is based on a share in joint property. It means that partners do not enter into a Musharakah contract to work as a standard partnership and trade goods. The purpose of Diminishing Musharakah is joint ownership of a thing by parties, where one of the parties gradually sells its shares to the other so that in the end the other party becomes a sole owner of the thing and the sole shareholder of the partnership.

¹⁴ Muhammad Imran Ashraf Usmani, *Meezanbank's guide...*, *op. cit.*, p. 94).

¹⁵ *Musharakah*, <https://cief.wordpress.com/2006/03/12/musharakah> [accessed: 29 October 2016].

Murabaha and Diminishing Musharakah in house financing scheme

He, who sold the house and for the amount received did not buy another one shall not receive God's blessing¹⁶.

Both Murabaha and Musharakah are used in purchasing the house with the help of Islamic banks. For the purpose of this article, the author looked into the house financing schemes offered by various Islamic banks. For instance, Britain – based Al Rayan Bank offers for its client to purchase real estate through Diminishing Musharakah and Ijarah (leasing)¹⁷. The client pays monthly instalments (that comprises acquisition payment and rental payment). When the client pays all acquisition payments, the ownership of real estate is transferred to him. Dubai Islamic bank¹⁸ offers purchase of real estate with the Murabaha mode¹⁹. For the corporate client the bank also offers Murabaha mode²⁰ for purchase of land and buildings, client can also use Diminishing Musharakah mode to finance the purchase of the real estate²¹. In such way, a corporate client and a bank form a partnership. Partnership purchases the real estate and becomes its owner. Then the client gradually purchases the shares in the partnership from the bank in order to become the sole owner of the property. One must bear in mind though, that finally the partnership with the client as a sole shareholder of it will be the owner of the property not the client as such.

¹⁶ Mahomet, *O małżeństwie, kupcach i dobrych wychowaniu. Wybór hadisów*, transl. by Jolanta Kozłowska, Wydawnictwo Akademickie Dialog, Warszawa 1999, p. 63, translated into English by the author.

¹⁷ *Home Purchase Plan*, <http://www.alrayanbank.co.uk/home-finance/home-purchase-plan/> [accessed: 29 October 2016].

¹⁸ *Al Islami Home Finance For UAE Nationals*, <http://www.dib.ae/personal-banking/finance/al-islami-home-finance/al-islami-home-finance-for-uae-nationals/overview> [accessed: 29 October 2016].

¹⁹ Similarly, the Saudi Arabia – based Riyad bank provides the house finance through murabaha.

²⁰ *Murabaha on Buildings*, <http://www.dib.ae/corporate-banking/real-estate/murabaha-on-buildings/overview> [accessed: 29 October 2016].

²¹ *Diminishing Musharika*, <http://www.dib.ae/corporate-banking/real-estate/diminishing-musharika/overview> [accessed: 29 October 2016].

Summary

The key to understanding legal issues in Islamic banking is to be aware of the religion entwined with business and observing the principles of Islam. As mentioned at the beginning of article, the theory of property law in Islam has not been codified or defined as such. As the main source of all property is divine the most crucial and primary sources of law are to be found in the Qu'ran. One must remember that property here cannot and should not be construed in the western understanding of it. Even private property is not absolute and limited. However, it is permitted and practiced to transfer the ownership as in other legal systems. The main aspects of such transactions are that they observe the sharia. Hence, the limitations to the transfer. As stipulated herein for transfer of the property the instruments of Murabaha and Diminishing Musharakah are applied. One of them transfers the property on the grounds of sale, the other on the grounds of a partnership. In both of them the final goal is the transfer of the ownership of the property to a client/buyer. The difference between the Islamic banking instruments and the western ones is, apart from the sharia issue, a level of complication of the transaction. As mentioned herein, both in Murabaha and Diminishing Musharakah several agreements must be entered into. That can hinder the popularity of these instruments as well as unfriendly tax systems (that for instance, do not provide the release from double taxation of the double sale transactions). However, one must bear in mind that that the purpose of these transaction is to purchase a commodity in compliance with sharia and for the general benefit for the society.

Bibliography

- Debs R.A., *Islamic law and civil code – the law of property in Egypt*, Columbia University Press 2010.
- The Koran*, translated by J.M. Rodwell, Phoenix 1994.
- Kureshi H., Hayat M., *Contracts and deals in Islamic finance*, Wiley 2015.
- Mahomet, *O małżeństwie, kupcach i dobrych wychowaniu. Wybór hadisów*, transl. by Kozłowska J., Wydawnictwo Akademickie Dialog, Warszawa 1999.
- Paxford B., *Tawarruq – on the road to liquidity*, “Business Islamica” 2012, No. 03.

- Samadani M.E.A., *Islamic banking & murabaha*, Darul Ishaat, Karachi, Pakistan 2008.
- Usmani M., *Meezanbank's guide to Islamic banking*, Darul Ishaat, Karachi, Pakistan 2002.

Internet sources

- Al Islami Home Finance For UAE Nationals*, <http://www.dib.ae/personal-banking/finance/al-islami-home-finance/al-islami-home-finance-for-uae-nationals/overview> [accessed: 29 October 2016].
- Aryani A., *Ownership in Islamic Perspective*, <http://ainiaryani.blogspot.com/2008/06/ownership-in-islamic-perspective.html> [accessed: 29 October 2016].
- Diminishing Musharika*, <http://www.dib.ae/corporate-banking/real-estate/diminishing-musharika/overview> [accessed: 29 October 2016].
- Home Purchase Plan*, <http://www.alrayanbank.co.uk/home-finance/home-purchase-plan> [accessed: 29 October 2016].
- Murabaha on Buildings*, <http://www.dib.ae/corporate-banking/real-estate/murabaha-on-buildings/overview> [accessed: 29 October 2016].
- Musharakah*, <https://cief.wordpress.com/2006/03/12/musharakah> [accessed: 29 October 2016].
- Nizamoglu C., *The Institution of Waqf as a Solution to the Economic Crisis*, <http://www.muslimheritage.com/article/institution-waqf-solution-economic-crisis> [accessed: 29 October 2016].
- What is Awqaf?*, "Awqaf {Endowments}" 2015, Vol. XCIII, No. 311, <https://prezi.com/sulo9cg67lta/awqaf-endowments/> [accessed: 29 October 2016].

Emil Sunil George

(Symbiosis Law School, Pune Maharashtra, India)

A NOVEL PERSPECTIVE ON CULTURAL AND NATURAL HERITAGE; INNOVATIVE ALTERATIONS TO THE EXISTING SYSTEM AND THOUGHTFUL ADDENDUMS FOR FUTURE

ABSTRACT

NOWE SPOJRZENIE NA DZIEDZICTWO KULTUROWE I NATURALNE: INNOWACYJNE ZMIANY W ISTNIEJĄCYM SYSTEMIE OCHRONY ORAZ PRZEMYŚLENIA NA PRZYSZŁOŚĆ

Kulturę można uznać za zbiorowy, kolektywny wynik tendencyjnego „zaprogramowania” umysłu, z jego wzorami i założeniami, takimi jak język, tradycja, i działania. Różnice w tym zaprogramowaniu dały początek różnym wyjątkowym kulturom. Dziedzictwo jest czymś przekazywanym z pokolenia na pokolenie, przebijającym się przez upływający czas, przewyciężając przeszkodę dezaktualizacji. Co ciekawe, wciąż jednak brakuje definicji dziedzictwa kulturowego i naturalnego, która w pełni obejmowałaby materialne i niematerialne dziedzictwo oraz ich wpływ na społeczeństwo.

Celem artykułu jest zbadanie „szarej strefy” prawa ochrony dziedzictwa kulturowego i naturalnego, powstałej między Konwencjami UNESCO z 1972 i z 2003, a rzeczywistymi niebezpieczeństwami grożącymi szeroko pojętemu Dziedzictwu, poprzez przeanalizowanie raportów środowiskowych i prawnych, prac ekspertów oraz aktów prawnych wybranych państw, a także przedstawienie sugestii zmian w międzynarodowym prawie ochrony dziedzictwa kulturowego i naturalnego. Do proponowanych zmian należą zmiana przepisów prawnych, zwiększenie subsydiarności w ochronie Dziedzictwa, monitorowanie turystyki w miejscach uznawanych za należące do Dziedzictwa, a także otwarcie na digitalizację Dziedzictwa najbardziej zagrożonego zniszczeniem.

KEYWORDS: culture, heritage, tangible, intangible, UNESCO conventions, cause of threat, judicial intervention, community stakeholders, technological advancements

SŁOWA KLUCZOWE: kultura, dziedzictwo kulturowe, dziedzictwo naturalne, dziedzictwo materialne, dziedzictwo niematerialne, konwencje UNESCO, nowe technologie

Culture

Overlooking the calm waves, embracing the soothing breeze, the Gate Way of India, a monument to commemorate the visit of His Majesty King George Five and Queen Mary's arrival in India, is a majestic icon at the tip of Appollo Bunder in South Mumbai, India. This monument witnessed the symbolic departure of the last British troops from an Independent India in 1948, as well as the Mumbai terror attacks in 2008 that took more than hundreds of lives in the famous Taj Hotel opposite to the monument. Constructed in 1924, it is not a very old structure when compared to other monuments or sites in India that date back to thousands of years.

Over the years, a way of conduct or life has developed around this Gateway, making it an attraction for the tourists that come here from around the Globe as well as the people in Mumbai, to whom this monument has become part of their identity. Mr. Rajesh Parekh, aged 52, has been a professional photographer who has been earning a living for more than two decades, through clicking photographs for the tourists who visit the Gateway.

Asking him about the **Culture** that sustains around the Gateway, Rajesh told that the day starts pretty early, around 7 am, with the local patrons coming there for a morning walk that culminates in different gatherings of a cluster of people having their morning talks over a tea from the local vendors. There will be scores of tourists who visit the Gateway, upon whom many like Rajesh has been thriving upon for years. The proliferation of the number of Selfies (and the smartphone) is a threat to these photographers. The bustling boulevard towards the Gateway is filled with Paan (Tobacco) vendors, Snack sellers, and people who sell souvenirs. It is a regular thing to see the street musicians commencing their performance close to the sunset evening when the sky is a canvas painted vividly with shades of orange.

What is Culture?

An analyzed disintegration of the entire happenings of a day at the Gateway will provide an insight as to what can be seen as Culture. Is it just the tangible aspects or are there elements of culture that cannot be seen but still felt? The age-old tea vendors in their bicycles, the souvenir shacks, the snack shops with indigenous delicacies are all a part of the **tangible elements** of the culture that exist around Gateway, whereas the morning talks or evening gatherings, the old rhythmic Bollywood beats in the air from the street musicians, the innumerable number of selfies taken by people of all age groups are also a part of the Culture that exist around the Gateway, the **intangible elements**.

For the residents, the morning talk is not complete without the tea, for Mr. Rajesh Parekh the evening vibrancy of the Gateway will be incomplete with the absence of the street musicians and the awe struck tourists and their constant bargaining with the various shop owners. He said that the area around Gateway is not just a work place for him but it is a feeling that cannot be put into discernable words or sentences. The emotional attachment of Rajesh, as well as many others like him towards the Gateway, also constitutes a part of the intangible element. The line of distinction of the tangible and intangible elements is blurred by the subtle and prominent interconnection between these elements, which altogether gives meaning and sense to the multifaceted phenomenon called **Culture**.

Culture is a collective programming of mind with its preconceived pattern with elements, such as language, traditions, articles and practices. These elements can be broadly put into tangible and intangible elements. The interaction of these elements form a pattern that is unique, and this pattern is deeply embedded in the psyche of the people around, hence collectively programmed.

For a better understanding, it is to be kept in mind that there is no finite limit to include what all can fall within the parameter of culture. It is open for alterations that slowly creep in, reflecting the change of times. Selfies were not a part of the culture that persisted from time all along, but something that can be seen as an addendum to the existing pattern and its elements.

The activities around the Gateway as described, the commercial and the non-commercial ones, have been in existence for close to a hundred

years, this continuation of ‘a way of conduct’ of any activity, of any type can be linked to what is being passed on from predecessor to successor. This line of thought introduces us to **Heritage**.

Quick understanding of heritage

Keris (now commonly called Kris) is a spiritually valued, hand crafted weapon indigenous to Indonesia. It is an asymmetrical dagger made with different layers of metals, crafted with utmost attention to detail, forming the *Pamor* (design variants) of the blade and the sheath of the dagger is made of wooden base or even ivory. It is made by an *Empu* (traditional blade smith), who is a well-respected craftsman in the society for his knowledge in solidification of Alloys for the dagger. The Keris is known to be made as early as the 14th Century, though the production of Keris has gone down significantly in the recent decades. It is considered as one of the most important heirlooms (Pusaka) for the Indonesian people, passed on from one generation of the family to the next.

The story of the dagger, mainly made in the island of Jawa in Indonesia, conveys the story of an article which has an attached value of tradition and culture intrinsically weaved to the beliefs and customs of the native people. Here, the dagger is passed on from the forefathers to their offspring as a part of the family asset. In the case of an *Empu*, he not only passes the Dagger but also the skillset of making an artful Keris for the future generations.

This is a perfect example of **Heritage**; something that is passed on from one generation to another generation, cutting through the passage of time to persevere the obstacle of obsolescence. It can be an object or even a skill set, which implies that tangible and intangible things can be passed on under the ambit of Heritage.

Natural and cultural heritage

The Salisbury Plain in Wiltshire, Southern England is a host to one of the significant icons of pre-historic period, the Stonehenge. Built in a span of more than thousand years starting from 3000 B.C, the three-phase construction of the Stonehenge is an architectural brilliance of neo-lithic

men, which is still not deciphered properly with regard to techniques of construction. The Stone monument is made with local sand stones called Sarsen, which form the huge 20 feet slabs that weigh more than 45 tones crowned by Lintels and the well-arranged Blue stones (brought all the way from Wales), is inside a large circular ditch dug, enclosing a bank that is surrounded by 56 holes called Aubrey holes that were ancient burial holes.

The mid-summer sunrise and the mid-winter sun set is aligned in consonance with the principal axis of the Stonehenge monument. The enormity of the wide spread landscape, which is home to a wide variety of flora and fauna, provides a silver lining of hope to understand more about the ceremonial and cultural practices of men in neo-lithic age in England and other European territories. The nature adds to the beauty and magnificence of the whole place with sprawling green fields of more than 2000 acres mainly under the care and preservation of the National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty, which is a conservation Trust in England.

According to article 1 of the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage by the UNESCO in 1972, defines 'Cultural Heritage' as

Monuments: architectural works, works of monumental sculpture and painting, elements or structures of an archaeological nature, inscriptions, cave dwellings and combinations of features, which are of outstanding universal value from the point of view of history, art or science;

Groups of buildings: groups of separate or connected buildings which, because of their architecture, their homogeneity or their place in the landscape, are of outstanding universal value from the point of view of history, art or science;

Sites: works of man or the combined works of nature and man, and areas including archaeological sites which are of outstanding universal value from the historical, aesthetic, ethnological or anthropological point of view.

Article 2 of the same convention defines 'Natural Heritage' as

Natural features consisting of physical and biological formations or groups of such formations, which are of outstanding universal value from the aesthetic or scientific point of view;

Geological and physiographical formations and precisely delineated areas which constitute the habitat of threatened species of animals and plants of outstanding universal value from the point of view of science or conservation;

Natural sites or precisely delineated natural areas of outstanding universal value from the point of view of science, conservation or natural beauty.

Stonehenge is a delightful harmony of both the Natural and Cultural Heritage definitions. The attributes of Nature and the man-made stone marvel together constitutes the mesmerizing scenery of the Stonehenge in the surrounding Landscape. As mentioned in the third paragraph of Article 1 and first of Article 2, this is a combined effort or work of men and nature, with archeological and aesthetic importance. In specific scenarios, such as that of Stonehenge, it is difficult to draw a line of distinction to clearly demarcate the 'Natural Heritage' and 'Cultural Heritage' since the contributions of nature and man is heavily intertwined and the amalgamation of both results in 'areas' or 'places' that are outputs from the combination of man-made and natural elements.

UNESCO Conventions of 1972 and 2003

The protection of the natural and cultural heritage in the wake of realization due to the aftermath of World War 2 led the League of Nations to take a concrete effort for the conservation and protection of heritage. The United Nations took over this responsibility and included it in its agenda. The Government of Netherlands took initiative to organize 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, a convention that had broad principles which were later included in 1972 UNESCO convention. The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization's General Conference Meeting in Paris, 1972 adopted the Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage.

After recognizing a dire need for protection of the Intangible Cultural Heritage due to the process of globalization and social transformation, along with other forces that lead to deterioration, disappearance and destruction of intangible cultural heritage, the 2003 Convention was

drafted. The concern over this area was partly addressed in the UNESCO Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore in 1989 and in the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity in 2001. The Convention for the Safeguarding of The Intangible Cultural Heritage was adopted in 2003, Paris; during the General Conference of The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

Structure of Conventions

The 1972 as well as 2003 Conventions share a lot of similarity in the way they have been drafted, though 2003 Convention can be seen as an addendum to the existing measures taken by the United Nations to protect all aspects of cultural heritage, including the Intangible ones. Both the conventions provide definitions for the subject matter like ‘Natural’, ‘Cultural’ and ‘Intangible Cultural Heritage’. Definitions of the first two are mentioned earlier; the ‘Intangible Cultural Heritage’ is defined in Article 2 (1) of the 2003 Conventions as follows:

The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity.

As given in Article 2 (2) of the 2003 convention, it includes the following:

1. Oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage;
2. Performing Arts;
3. Social practices, rituals and festive events;
4. Knowledge and practices concerning nature and the universe;
5. Traditional craftsmanship

One of the main targets for the State Parties (members to the convention) of these conventions are to identify, protect and conserve the natural, cultural and intangible heritages around the world as enumerated in Article 4 and Article 12 (1) of the 1972 and 2003 Conventions respectively. After the identification of these specific heritages that face imminent threat of destruction or defacement, the State Parties with the support of UNESCO should set up the infrastructure base for scientific, technical, aesthetical and legal research and studies for achieving the objectives set out in the conventions, as given in Article 5 and Article 13 of 1972 and 2003 conventions respectively.

In both the conventions, there are provisions for formation of an official 'Committee' that is constituted by the member parties on the basis of equitable representation. It is this Committee that decide the criteria and manner of selection for: places in the case of Natural and Cultural Heritage List under the 1972 Convention provided under Article 11 and Intangible Heritage in the case of the 2003 convention, provided under Article 16 and 17.

A 'World Heritage Fund' and 'Intangible Cultural Heritage Fund' were formed on the basis of Articles 15 and 25 of the 1972 and 2003 conventions respectively. These are mainly formed by the contributions of the State Parties along with other wide options of raising the funds. International Co-operation and assistance are also available for the members of the convention.

Impact in the Current Scenario

The World Heritage list has 1052 properties as of 2016, with a selection of sites from 165 State Parties. There is a huge disparity in the constitution of the World Heritage List with close to 10 Countries with more than 30 sites, each and more than 30 countries with one site each. The influence of international Politics in this growing disparity is an indicator to the fact that, being in the World Heritage site is becoming more of a Tag Value. The lax evaluation policy for acceptance of nominations is resulting in an ever-burgeoning Heritage List.¹

1 World Heritage List, UNESCO, <http://whc.unesco.org/en/list/> [accessed: 26 August 2016].

The motive was to include those sites that are in imminent threat of destruction or defacement, and to provide financial, technical, legal and scientific resources. Is it possible to have an effective resurrection of these sites? Taking into consideration the huge number in the Heritage List, the next question is regarding the adequacy of the Resources available.

There is an annual budget of 4 Million US Dollars with the World Heritage Fund for supporting the International Assistance requested since 1978, of which 2040 have been accepted, with an average of 100 requests being accepted from the period of 1995–2005.² International Assistance under the World Heritage Convention is granted to the States Parties to the World Heritage Convention, in order to help them protect the World Cultural or Natural Heritage located on their territories and inscribed on the World Heritage List, the List of World Heritage in Danger or on their Tentative List. There is a glaring insufficiency of funds in relation to the accepted projects again marking a question about achieving the very objective of forming the List.

Causes of threat to natural, cultural and intangible heritage

The struggle to preserve culture is real and this threat of depleting culture can be channeled into two main reasons. **Firstly**, loss of culture and heritage because of man's own doings, and **secondly** due to factors that are out of man's control. The scope and nature of manmade reasons is extremely wide, so for the purpose of better understanding and analysis, the two broad heads of threats to preservation of the rich culture and heritage under manmade reasons are: 1) Loss due to general evolution and advancement of technology and change in the cultural paradigm 2) Loss due to human activities in conflict zones, war zones or any intentional activities done by man that pose a threat to cultural heritage. So, to sum up, the threats towards preservation of heritage are:

A) Manmade causes

- 1) General evolution and advancement of technology and change in the cultural paradigm.

² World Heritage Fund, UNESCO, <http://whc.unesco.org/en/intassistance/> [accessed: 26 August 2016].

- 2) Human activities in conflict zones, war zones or any intentional activities done by man that pose a threat to cultural heritage.
- B) Natural wear and tear due to passage of time and natural forces of nature.

A1: General evolution and advancement of technology and change in the cultural paradigm

There will always be a constant conflict between preservation of culture and development and urbanization. **The Taj Mahal**, in Agra is one of the 7 wonders in the world. The Taj Mahal is a huge mausoleum built between 1631 and 1648 by Emperor Shah Jahan for his beloved wife at her demise, in the Mughal architectural style, combining elements of Turkish, Indian, Persian, and Islamic design. This tomb is a sign of love and an integral part of the Indian culture, in a way that India is often identified with the Taj around the world.

Agra being a growing city located a prime location in north India is surrounded by several factories, refineries and *karkhanas* that emit several pollutants like Sulphur Dioxide and Ferric Chloride in the air that pollute the air. These factories are of great economic importance. Further, owing to the river Yamuna flowing where the monument of love is located, more factories are made in the surrounding of the Taj Trapezium Zone (TTZ; 50 km radius around Taj Mahal). The emission of pollutants started causing the white marble of the Taj to corrode and turn yellow with growing black spots, but the problem was fairly dealt with the Apex Indian court in 1996, which banned and shut down these factories or imposed heavy fines on them. The expected result was that the pollution would significantly reduce and the de-colorization and yellowing would finally stop. This general conception and bubble was burst again recently in 2015 after realizing the air pollution level had not budged even after all the fines and bans. Further study showed that this time the air pollution was not caused by the factories but by the petrol and diesel cars instead. While sulphur and nitrogen emissions in Agra may be under control, the level of PM10 (Particle pollution) is still more than double the prescribed limit. This may be because of rising number of vehicles. According to the regional transport authority data, the number of vehicles (two wheelers, cars, buses and heavy vehicles) in Agra district has nearly tripled from about 326,000 in 2002 to over 915,000 this year. Add to this the few thousand trucks that pass through the city every day via the National Highway-2, the tourist buses

and cars that bring in 20,000-odd visitors to Taj Mahal and the vehicular emissions would work out much higher. NEERI'S 2013 report mentions that over 48,000 diesel generators also contribute to the city's pollution.³ As a resort to this issue the Apex court passed an order to allow only CNG based commercial vehicles to drive in the TTZ.

Now, the point to note here is that rise of vehicles or factories that cause pollution will always exist. Development and evolution causing a hindrance to preservation of heritage is inevitable because in practicality public good and development in any developing nation will have an upper hand over preservation of culture. This is the first threat to preservation to cultural and national heritage. The fact that Agra is a growing city and vehicles in the city will grow in number is something that is a part of "general evolution and advancement of technology," which takes an upper hand over the preservation of the monument.

A2: Human activities in conflict zones, war zones or any intentional activities done by man that pose a threat to cultural heritage

The destruction and bombing of **Bamiyan Buddhas** showed us how cultural heritage can be destroyed due to conflict and war like situations. These Buddhas were built in the 6th century before Islam had traveled to the central Afghanistan region. The two Buddhas of Bamiyan were famous for their beauty, craftsmanship and of course, size. The taller of the two Buddhas stood at more than 170 feet high, with the second statue at nearly 115 feet. They were once the world's largest standing Buddhas.⁴ The extremist group, the Taliban, had tried to destroy the two statues with anti-aircraft and tank fire but when they failed they brought a lorry load of dynamite from Kabul. Other "moveable statues" – including more than a dozen smaller Buddha statues in the Kabul Museum – had also been destroyed. This is a clear act of intentionally destroying culture and heritage. But a success story of a great attempt to restore this piece of culture is the fact that these statues are now 3D light projected. Yes, though it does not

3 Aruna P. Sharma, Sunita Narain, Jyotsna Singh, *A Daunting Journey*, 15 May 2016, <http://www.downtoearth.org.in/coverage/daunting-journey-49613> [accessed: 26 August 2016].

4 Steven Davy, *They were destroyed by the Taliban. But now the giant Buddha statues of Bamiyan have returned with 3-D light projection*, 11 June 2015, <http://www.pri.org/stories/2015-06-11/they-were-destroyed-taliban-now-giant-buddha-statues-bamiyan-have-returned-3-d> [accessed: 26 August 2016].

replace the original monument to its fullest it is definitely a great and probably the closest try preserve the culture. Another example would be in the sad situation in Syria where **all the six UNESCO Heritage sites** in Syria have been majorly damaged or destroyed due to the Civil war.⁵ ISIS carried out cultural cleansing in Palmyra with the destruction of the Triumphal Arch and other monuments in Syria, making it yet another example of how the culture of is being stripped off by violence.

The examples given above are mainly activities carried out by extremist groups and terrorists, but it is not just them who pose a threat to preserving the culture. Simple acts of normal tourists also over the time damage our culture. This can be seen in simple acts like tourists engraving their names on the monuments. A recent example of this would be when a young boy visited the **5,000-year-old famous** carving at the Norwegian historical site on the island of Tro off Nordland, northern Norway.⁶ The site provided the earliest evidence of skiing by Stone Age man. The young boy in “good faith” scratched along the lines of the carving using a sharp object, intending to make them clearer for other visitors. The archeologists believe that the damage to the carving is irreversible.

An interesting take is how these activities may make preserving culture difficult, but also create new culture as in the case of the graffiti overdose on the walls and building in Rome. This is nothing but the new culture of a new age but at the expense of the other. It is interesting to consider this aspect of cultural preservation. These examples in addition to many more can explain how man himself by his own activities makes preservation of culture and heritage a difficult task

B: Natural wear and tear due to passage of time and natural forces of nature

Natural wear and tear over time is inevitable. And preservation of our culture against time is just something that is difficult and impossible to

5 Emma Henderson, *Syria's six Unesco World Heritage Sites all damaged or destroyed during civil war*, 16 March 2016, <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/syrias-six-unesco-world-heritage-sites-all-damaged-or-destroyed-during-civil-war-a6934026.html> [accessed: 26 August 2016].

6 *Norway youth 'improves' 5,000-year-old skier carving*, 29 July 2016, <http://www.thelocal.no/20160729/youth-vandalises-norwegian-rock-carving> [accessed: 26 August 2016].

a certain extent. Nothing is built to last forever. Nothing can be in the same state as it is today 100 years from today. Society is dynamic and so is culture. Today's culture come from the past and tomorrow's culture will come from today. A very good example as to how it is very difficult to preserve our culture, both tangible and intangible, from the evils of time is **restoration of the various painting of Leonardo Da Vinci** in the famous French museum of Louvre. Restoration of the paintings such as "Saint John the Baptist (1513)" or, "The Virgin and Child with Saint Anne (1503)" has been criticized because they have adversely affected the paintings such that they have started to look different from the way they are intended to look like.⁷ What does this mean? The best of techniques have been used to maintain and preserve these painting, but these tangible heritages are being altered. Hence making the race against time extremely difficult.

Furthermore, a striking example we see in front of our eyes is that of **The Colosseum in Rome, Italy**. The monument was built from 70 to 80 AD. This magnificent architectural marvel is facing the test of time and how is that? A very simple but extremely difficult problem to tackle is arising here. Every time it snows and the snow settles on the monument, the water of this snow on melting enters the *nooks and crannies* of the monument, which subsequently thaws and becomes ice when temperature falls again. This is causing weak building to become weaker and so lose its strength.

These are all examples of how time is washing away and taking a toll on the tangible cultural and heritage aspects. The intangible aspects like rituals in marriages or religious chants and traditional songs are also being forgotten and lost slowly as time passes and the lifestyle of people change. It is important to preserve these and fight against the time and odds as these are deeply rooted in the identity of people who belong to these cultures.

Inspirations from around the globe

With the apparent existence of numerous statutory authorities or bodies supported by International conventions as mentioned and discussed

⁷ Inti Landauro, *Louvre to Restore Da Vinci's 'St. John the Baptist'*, "Wall Street Journal", 13 January 2016, <http://www.wsj.com/articles/louvre-to-restore-da-vincis-st-john-the-baptist-1452726060> [accessed: 26 August 2016].

earlier, along with National legislations and national level authorities, there has been a wide implementation of a plan on how the 'Ideal' scenario should be. But, are these safeguards effective or enough in preservation and conservation of natural and cultural heritage?

There is a need to understand that culture and the elements that constitute culture are constantly affected by its surroundings making Culture a phenomenon that is 'ever changing'. In such a situation, it is important to have a constant re-evaluation of how to 'conserve' or 'protect'. When environmental factors influence the elements of Cultural Constitution, it is imperative to understand and acknowledge the need of change in the strategies or techniques implemented.

Judicial intervention

Judicial intervention is and will always be a major catalyst in supporting any kind of positive social movements. The social movement can very well be about protection of Culture. The recent truck attack by Islamic State in the French town of Nice that killed more than eighty people as well as the slaying of a Catholic priest in Normandy again claimed to be by the same militant group, both in the month of June 2016, resulted or fastened 'Burkini Ban.' The Burkini is swimwear that is made for the Muslim women, as an alternative to wear the traditional swim wear, Bikinis. The Burkini covers all parts of the body and is having a design similar to Burqa. It was banned by close to twenty city Mayors in France citing that it is against the Secular ideologies of France.⁸

All the advocates against this Ban were aggravated with the recent images of French Police officials asking a woman to take off her Burkini, at a beach near Nice. The activists against the ban feel that the order by the Mayor is against religious freedom of the Muslim people.

At this juncture, it is important to understand how the 'Burqa' is an integral part of the Muslim Culture and how 'Islamophobia' is playing a major role in developing prejudice against the clothing tradition that is against the Muslim Culture. The Burqa is a part of the culture and the Burkini is a clothing line that developed from Burqa. A ban on the

⁸ *France burkini: Highest court suspends ban*, 26 August 2016, BBC World News, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-37198479> [accessed: 26 August 2016].

Burkini is in fact a symbolic ban on a specific aspect of culture, of people who believe in Islam.

The Conseil d'État (Council of States), the country's highest administrative court ruled against the ban on Burkinis and upheld the religious freedom at the same time protecting a part of Muslim culture by judicially intervening and passing a verdict that stops sprouting of a social stigma against Muslims in general. Other countries can take inspiration from forward judgments like these and evaluate their own legal framework with respect to the same and its impact.

Local community stake holders

Any specific tangible or intangible aspects of a particular Culture is given the highest reverence by the Community in which the specific culture formed its shape and base roots. Local Stakeholders, in this context, are people who are interested in the well-being of the Natural, Cultural or Intangible heritage in and around their vicinity concerned.

There is a general tendency to overlook the potential of a mobilized contribution by the stakeholders in the community when legislative measures are drafted for the protection and conservation of Natural, Cultural or Intangible heritage. The significant role played by professionals like Archeologists, scientists, financial managers and other technicians are definitely valuable, but again the potential of tapping a community with a united mind needs to be understood. The government should take measures to integrate the ideas and opinions of these stakeholders as well.

As it is rightly said that man and culture are inseparable and considered being two sides of the same kind. Man creates a way of life based on beliefs, traditions, values and norms which forms the part of intangible culture. Intangible culture represents the diverse attitudes portrayed by varied communities residing in a particular nation. In fact, intangible culture is the soul of tangible culture. To preserve and promote the sentimental values attached with it in the form of festivals, processions, rituals or music and dance is equally important.

Each community has developed its own ways of life in a specific or a unique manner through a process of interacting with the external environment. Formation of such a manner in the eventuality of a culture provides the communities with a sense of continuity with the previous

generations. An example of preservation of a dance form in Nepal which had lost its cultural significance due to various reasons helps us get an insight into role of local communities.

The Newar community residing in the Pokhara, a central seat of Western Development region of Nepal, have retained many traditional festivals, among them is Bhairav (essentially means 'a vigorous and dangerous form,' also one of the incarnations of Lord Shiva performing a furious dance known as 'Tandava nritya' to protect the mankind from disasters or natural hazards) Dance. It is a costly and a complicated dance form as it requires as many as sixty people to complete the act. It is believed that the traditional songs of Bhairav Dance are preserved from the time of Ranjit Malla, the last king of Bhaktapur of Medieval Nepal. The said dance form is on the verge of extinction mainly due to lack of financial resources and the influence of modern lifestyles over the younger generations. To keep the traditional dance form alive, two main objectives were framed for the project to be implemented by the government along with the major involvement of a local community trust known as 'Bhairab Guthi' led by an influential member of the Newar Community. The first being; providing financial assistance to the artists in a manner which allows to earn income out of it. And the second one said about including and exposing the young generation to a traditional dance form.

The Ministry of Federal Affairs, Constituent Assembly, Parliamentary Affairs and Culture of the Government of Nepal first initiated an interaction program with the members of 'Bhairav Guthi' in Pokhara.⁹ The official authorities discussed the different opinions put forward and after being satisfied with the same, initiated a financial support by depositing amount in the name of 'Bhairav Guthi'. A workshop was also started on yearly basis to shed light upon the age-old traditions amongst the interested people and to attempt an increment in awareness. On the other hand, the duty of community trust is to use the financial support aptly in the organization of the events showcasing the dance form. This includes all the expenses for proper execution of the event. In this manner 'Bhairav Guthi' plays an observational role and maintains efficient execution for the continuity of the tradition. This way the government and a local

⁹ Manju Singh Bhandari, *Preserving Intangible Cultural Heritage – A case study from Nepal*, http://www.irci.jp/assets/files/ParticipantsReports/Nepal_Report.PDF [accessed: 26 August 2016].

community came together for the perpetuation of a dance form which was an intangible aspect of culture in the given area.

With the financial support of the government and the sincere work done by the community trust the continuity of the dance form is secured. The revival of the dance form has also had a socio-economic impact in the town of Pokhara. The Newar Community realized the positive economic implication of urbanization due to increased income generated. Participation by the local community encouraged the local people to appreciate and value the remarkable legacy of the past. Such initiative by the government increases the awareness about the importance of preserving intangible cultural heritage.

Incorporation of technological advancements on a periodic basis

The constant evaluation of technologies that can effectively and efficiently protect and conserve the heritage should be carried out in a global scale, so that the best scientific methods are implemented. Hunting for the best method and technique to protect heritage requires a very critical scan of available options from around the world.

The State Parties to the 1972 and 2003 Conventions can make arrangements within the framework of the boundary set by UNESCO to search for advanced technologies available in fellow members to the Convention, and request for 'International Assistance' through implementation of the foreign technology for required Domestic heritage protection. The essence of this process is, Time. It is about how frequent a 'Scan for better Methods' are conducted on a global scale.

Mr. Ben Kacyra, the CEO and Co-founder of Cyra Technologies (an American company based in San Francisco Bay Area) is the head of Project CyArk. The main object behind this global project is Digitized Heritage Preservation. Ben found an incredible method to tackle the issue of preservation of Natural and Cultural Heritage which was first of its kind.

He has made a device that is a 3-D Laser scanning system which can scan a monument with the laser beams and record accurate data about the x, y, z co-ordinates in the monument. This collection of points are later converted and recorded into a 3-D Visualization program. Millions of co-ordinate points can be collected through these devices with very high accuracy and very high resolution in matter of seconds. This can help in

creation of digitally stored data which can be further used for 3-D printed models with precision in relation to proportion of measurements.¹⁰

The journal of the American Institute of Architects¹¹ dated March 2nd 2015, explained about the “Scottish 10”, an initiative of CyArk in association with the national heritage entity Historic Scotland and the Glasgow School of Art’s Digital Design Studio. It was funded by the Scottish Government. It covered five World Heritage Sites in Scotland and five in the rest of the world. The ten sites include Mount Rushmore in U.S.A, Rani Ki Vav in India, Sydney Opera House in Australia and St. Kilda site in Scotland to name a few.

The group has covered dozens of sites under the 3-D Scanning program and made the information available in the public platform for Conservators, Researchers and Educationalists. Official website of CyArk¹² directly provides the 3-D Scanned images of some of its projects for any person to access.

Here CyArk set an example of a stand-out method of digitized preservation, whereas the Scottish Government set an example of how all National Governments should take initiative to identify and use such innovative methods from around the world. The scanned data obtained by CyArk from the Kasubi Royal Tombs in Uganda, turned out to be of immense help for reconstruction activities of the site, subsequent to a fire disaster due to a political scuffle in the region.¹³ An example from Uganda is the ultimate evidence of the true value of the digitally preserved data, anticipating the discussed set of causes of damage or destruction to Heritage sites.

Conclusion is the perennial upgradation

The inevitable passage of time and all the peripheral developments related to this, gifts us the ‘ever changing’ culture. Whether the change is for the good

10 Ben Kacyra, *Ancient wonders captured in 3D*, TED Global 2011, http://www.ted.com/talks/ben_kacyra_ancient_wonders_captured_in_3d#t-515201 [accessed: 26 August 2016].

11 Alison Gregor, *CyArk is Bringing Historical Architecture Back to Life in Digital*, 2 March 2015, http://www.architectmagazine.com/technology/cyark-is-bringing-historical-architecture-back-to-life-in-digital_o [accessed: 26 August 2016].

12 *CyArk Projects*, <http://www.cyark.org/projects/> [accessed: 26 August 2016].

13 *Tombs of Bugnada Kings at Kasubi*, UNESCO, <http://whc.unesco.org/en/list/1022> [accessed: 26 August 2016].

or bad is a question to be answered in respect to the context. Racial discrimination was also a part of the 'Culture', though not fondly remembered or cherished, so the criterion for deciding whether to protect a culture or discourage it, must depend upon the role played by the culture in the society.

'What to protect' is a question to be answered after understanding what culture is and what its constituents and further impact in the society constitute. 'How to protect' is an even harder question. Evaluating the man-made and natural causes of threat, helps us understand that, even though broadly put, the threats have always been the same, the kinds of ways in which they emerge under the broad classification of Man-Made and Natural causes are innumerable. This holds true especially for the former cause. Sometimes the problem remains the same, but the solutions should change.

The problems remaining the same, the ways in which these problems take shape differ. There is no intention to undermine the value or work that has been done by the international covenants or national legislations or machinery to find a solution to the problem of heritage preservation and conservation. That being said, it is humbly pointed out that, these are simply not enough.

To cope with the problem, the standards of innovation and open mindedness to brilliant ideas should elevate. It can be the simplest idea that change the ball game, but for this the pre-condition is to **look** for those ideas and **keep looking** for them. It is a never-ending quest since the problem is also never ending, villain being Time and Man himself.

The examples of inspirations provided are not exemplary or completely novel, but what is special about Judicial Intervention, Local Community Stake Holders and Incorporation of Technological advancements is that, the scenarios explained are torch bearers of redefining a system within it, with gravity to the first to examples. It is the novelty in the exercise of the available tool rather than the novelty of the tool that is being focused. Hence, perineal upgradation of existing solution system, is the permanent solution to the problem.

Bibliography

Bhandari M., *Preserving Intangible Cultural Heritage – A case study from Nepal*, http://www.irci.jp/assets/files/ParticipantsReports/Nepal_Report.PDF [accessed: 26 August 2016].

- Davy S., *They were destroyed by the Taliban. But now the giant Buddha statues of Bamiyan have returned with 3-D light projection*, <http://www.pri.org/stories/2015-06-11/they-were-destroyed-taliban-now-giant-buddha-statues-bamiyan-have-returned-3-d> [accessed: 26 August 2016].
- France burkini: Highest court suspends ban*, BBC World News, 26 August 2016, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-37198479> [accessed: 26 August 2016].
- Gregor A., *CyArk is Bringing Historical Architecture Back to Life in Digital*, http://www.architectmagazine.com/technology/cyark-is-bringing-historical-architecture-back-to-life-in-digital_o [accessed: 26 August 2016].
- Henderson E., *Syria's six Unesco World Heritage Sites all damaged or destroyed during civil war*, <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/syrias-six-unesco-world-heritage-sites-all-damaged-or-destroyed-during-civil-war-a6934026.html> [accessed: 26 August 2016].
- Kacyra B., *Ancient wonders captured in 3D*, TED Global 2011, http://www.ted.com/talks/ben_kacyra_ancient_wonders_captured_in_3d#t-515201 [accessed: 26 August 2016].
- Landauro I., *Louvre to Restore Da Vinci's 'St. John the Baptist'*, Wall Street Journal, <http://www.wsj.com/articles/louvre-to-restore-da-vincis-st-john-the-baptist-1452726060> [accessed: 26 August 2016].
- Norway youth 'improves' 5,000-year-old skier carving*, 29 July 2016, <http://www.thelocal.no/20160729/youth-vandalises-norwegian-rock-carving> [accessed: 26 August 2016].
- Sharma P.A., Narain S., Singh J., *A Daunting Journey*, <http://www.downtoearth.org.in/coverage/daunting-journey-49613> [accessed: 26 August 2016].
- The Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972.
- The Convention for the Safeguarding of The Intangible Cultural Heritage, 2003.
- Tombs of Bugnada Kings at Kasubi*, UNESCO, <http://whc.unesco.org/en/list/1022> [accessed: 26 August 2016].

Aleksander Cieśliński
(Uniwersytet Wrocławski)

ORZECZNICZE POSZERZANIE GRANIC RÓWNOUPRAWNIENIA — PRZYPADEK PRAW SOCJALNYCH MIGRUJĄCYCH OBYWATELI UNII EUROPEJSKIEJ

ABSTRACT

EXPANDING THE LIMITS OF EQUAL TREATMENT BY JUDICIAL DECISIONS: THE CASE OF SOCIAL RIGHTS OF MIGRATING CITIZENS OF THE EUROPEAN UNION

The idea behind this paper is to analyze the development of the European Court of Justice/Court of Justice of the European Union case law on the access to social rights by non-economic migrants in the host Member State. Without a doubt, this topic is particularly interesting and serves as a perfect example of providing subjective rights almost exclusively by way of a teleological interpretation of the principle of non-discrimination on the grounds of nationality rather than by statutory law. As one of the hallmarks of the EU legal system, which, nonetheless, is quite unusual for Polish lawyers, it deserves more serious consideration. To that end, first the idea of equal social treatment and the means of protecting the interests of national social systems are analyzed. The major emphasis, however, is put on describing the way the Court of Justice has managed to expand the limits of non-discrimination in specific rulings. Even if nowadays this development has become partly blocked, the very process appears to hold a more universal significance.

KEYWORDS: citizenship of the European Union, social rights, freedom of migration, non-discrimination, equality

SŁOWA KLUCZOWE: obywatelstwo Unii Europejskiej, prawa socjalne, swoboda przepływu, niedyskryminacja, równouprawnienie

1. Idea równouprawnienia socjalnego

Zasada równości wobec prawa stanowi niewątpliwie jeden z fundamentów unijnego systemu prawnego, co znajduje odzwierciedlenie na wielu poziomach normatywnych – funkcjonuje ona bowiem zarówno jako wartość i zasada, ale dzięki szczególnym normom prawa pierwotnego i wtórnego zapewnia rzeczywiste instrumenty ochrony prawnej jednostek. W tym ostatnim kontekście kluczowe znaczeni dogrywa obowiązywanie konkretnych zakazów dyskryminacji, dla których pośrednią bądź bezpośrednią podstawą są postanowienia Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Pozwala to wyodrębnić właściwie dwa obszary ochronne – z jednej strony klasyczny równościowy przypominający gwarancje spotykane w ustawodawstwach krajowych, a z drugiej charakterystyczny wyłącznie dla tego systemu prawnego, powiązany szczególnie z unijnym obywatelstwem i swobodami rynku wewnętrznego.

W tym pierwszym przypadku art. 19 TfUE przewiduje zakaz dyskryminacji ze względu na szereg obecnie już klasycznych kryteriów, takich jak płeć, pochodzenie rasowe i etniczne, religię i światopogląd, ale też niepełnosprawność, wiek czy orientację seksualną. Jednakże jego praktyczne zastosowanie okazuje się ograniczone, gdyż stanowi dopiero upoważnienie dla Rady do ustanawiania aktów prawnych w tym zakresie, co doprowadziło zresztą do stworzenia całego systemu regulacyjnego. Dzięki temu Unia Europejska może w większym lub mniejszym stopniu promować politykę równościową opartą nie tylko na podziale na dyskryminację pośrednią i bezpośrednią, lecz także chociażby tzw. dyskryminację ze względu na więź, jak również na konstrukcjach ciężaru dowodu, wiktyimizacji, szykan i molestowania.

Natomiast przewidziany w art. 18 TfUE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zachowuje swoją unijną specyfikę nie tylko ze względu na swoją bezpośrednią skuteczność, a więc możliwość dochodzenia wprost na tej podstawie ochrony sądowej oraz opieranie się na bardziej tradycyjnym modelu równości formalnej. Przepis ten okazał się jednym z podstawowych gwarantów skuteczności realizacji praw podmiotowych gwarantowanych jednostkom przez prawo unijne. Funkcjonuje bowiem jako szczególnego rodzaju a zarazem kluczowe kryterium kontroli tzw. środków krajowych tj. działań zwłaszcza innych państw członkowskich o charakterze ograniczającym czy reglamentującym przywileje obywatelskie. Brzmienie tego artykułu – *w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które*

one przewidują – wskazuje na jasno wyznaczony obszar obowiązywania, który nie obejmuje automatycznie każdego przejawu aktywności jednostek i państw w Unii Europejskiej. W tym kontekście nie chodzi jedynie o naturalnie spotykane wyjątki, w ramach których władze krajowe mogą stosować preferencje dla własnych obywateli czy też gorsze traktowanie obywateli innych państw członkowskich, jak zdarza się chociażby w zatrudnieniu w administracji publicznej przewidzianym w art. 45 TFUE. Przede wszystkim natomiast równouprawnienia z miejscowymi tzw. przynależnymi dochodzić można jedynie tam, gdzie udaje się stwierdzić istnienie tzw. zakresu oddziaływania prawa unijnego, czego ustalenie stanowi wyzwanie interpretacyjne i napotyka wiele trudności.

Co interesujące sfera świadczeń socjalnych czy też ujmując szerzej obszar przynależny temu, co w krajach europejskich objęło państwo dobrobytu, w nieznacznym stopniu poddane zostało ingerencji unijnego prawodawcy. Z natury rzeczy bowiem władze krajowe starały się wystrzegać przed otwarciem swoich systemów socjalnych na cudzoziemców, co w przypadku migrantów unijnych wymagało oczywiście pewnych ustępstw wynikających z uzyskania niedyskryminującego dostępu do miejscowego rynku, ale nadal o charakterze ograniczonym. Ich prawa zgodnie z pierwotnymi założeniami miały raczej koncentrować się na świadczeniach z krajowego systemu ubezpieczenia społecznego państwa przyjmującego, ale pod warunkiem objęcia jego zakresem, a więc głównie wykonywania aktywności ekonomicznej oraz wypracowania warunków na takiej samej zasadzie jak miejscowi obywatele. W podobny sposób zaczęto gwarantować opiekę zdrowotną. Dodatkowo przede wszystkim pracownicy otrzymali prawo do tzw. korzyści socjalnych, a więc nawet świadczeń nieskładkowych, takich jak słynne „becikowe”, ale to właśnie dlatego że swoją aktywnością niejako dokładają się do zasobności miejscowych społeczeństw i tym samym nie powinni być traktowani gorzej.

Z zasady natomiast osoby nienależące do kategorii migrantów ekonomicznych jeszcze w Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej nie miały prawa liczyć na świadczenia socjalne w innych państwach i jakiegokolwiek zrównywanie w przywilejach z własnymi obywatelami. Tradycyjnie bowiem uważano, że odpowiedzialność zwłaszcza za ich los i obowiązek otoczenia pomocą czy roztoczenia opieki społecznej powinien spoczywać na barkach macierzystego kraju i społeczeństwa. Stąd też właśnie, jako sfera nieobjęta zakresem regulacji prawa wspólnotowego miała wymykać się oddziaływaniu zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność

państwową – w przeciwieństwie do systemu rynku wewnętrznego i jego swobód, gdzie właśnie usankcjonowano dostęp do powyższych świadczeń.

Te w miarę klarowne podziały uległy jednak erozji w związku z wprowadzeniem obywatelstwa Unii Europejskiej. Formalnie obok wspomnianych powyżej istniejących dotąd praw ekonomicznych obywatele państw członkowskich uzyskali jedynie pewne niezbyt szerokie prawa polityczne, jak np. głosowania w wyborach samorządowych w państwie przyjmującym. Do tego doszedł natomiast właściwie najważniejszy artykuł 21 obecnego Traktatu o funkcjonowaniu UE TFUE zapewniający prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium Państw Członkowskich, chociaż z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych nie tylko w Traktatach, lecz także środkach przyjętych w celu ich wykonania, a więc prawie wtórnym. To właśnie usankcjonowało możliwość osiedlania się na całym obszarze Unii przez wszystkich jej obywateli, po raz pierwszy właściwie włącznie z tymi, którzy nie parają się żadną aktywnością ekonomiczną. Jednak nawet na tej raczej skromnej z perspektywy omawianych zagadnień podstawie prawnej, odczytanej zwłaszcza literalnie, trudno było sobie wyobrazić możliwość skutecznego kształtowania roszczeń w zakresie świadczeń socjalnych dla każdego z nich. Jak się natomiast okazało, przede wszystkim dzięki dorobkowi orzeczniczemu Trybunału Sprawiedliwości (pierwotnie w ramach ETS, obecnie TSUE) zasada równouprawnienia zdołała dosięgnąć swoim oddziaływaniem również tę sferę.

Zagadnienia te wydają się niezwykle interesujące także ze względów dalece wykraczających poza sferę świadczeń społecznych. Okazują się nawet godne uwagi pomimo, że w ostatnich latach ów aktywizm sędziowski w omawianym zakresie uległ istotnemu poskromieniu ze względu na zagrożenie, za jakie w dyskursie publicznym uważa się obecnie tzw. turystykę socjalną¹. Nie podważa to bowiem wartości samej analizy ogólniejszych mechanizmów, które swoją moc sprawczą zawdzięczają właśnie specyficznemu rozumianej zasadzie równości, a wydają się na tyle uniwersalne aby być nadal z powodzeniem stosowane przez Trybunał Sprawiedliwości także w wielu innych dziedzinach. Stanowi to zarazem najlepszą egemplifikację modelu swoistego orzeczniczego generowania praw podmiotowych nie w pełni znajdujących podstawę w przepisach prawa stanowionego. Stał się on niewątpliwie „znakiem firmowym” dorobku tej instytucji przesadzając

1 Zob. A. Cieśliński, *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec zjawiska „turystyki socjalnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, nr 107.

zarazem o ogólniejszej wyjątkowości systemu wspólnotowego, a następnie unijnego i jego porządku prawnego. Na tym tle można więc także rozważać jaki wpływ na sytuację jednostek może mieć interakcja pomiędzy prawem rozumianym jako właśnie zbiór przepisów a ekstensywnym orzecznictwem.

W omawianym kontekście zaczęło to powodować uzyskiwanie dostępu do innych niż macierzysty systemów socjalnych przez obywateli unijnych będących właśnie migrantami nieekonomicznymi, którzy tym samym nie mogli współtworzyć produktu krajowego ani zapewniać swojego wkładu w budowę dobrobytu państw przyjmujących, co dotąd uzasadniało obejmowanie opieką socjalną. Wiodącą ideą był swoiście rozumiany zakaz wprowadzania ograniczeń w swobodnym przemieszczaniu – przede wszystkim w rozumieniu z art. 21 – z równoczesnym założeniem, że wystarczy z tego korzystać, aby zostać objętym zakresem zastosowania Traktatów czy też zakresem przedmiotowym prawa wspólnotowego/unijnego. To natomiast, jak już wskazano, aktywuje ochronę artykułu 18 TfUE, zgodnie z którym nie można być traktowanym gorzej ze względu na przynależność państwową niż obywatele państwa przyjmującego w związku z całą aktywnością mieszczącą się w tym zakresie. Opierając się na takim powiązaniu obu postanowień traktatowych albo nawet szerzej zakazu dyskryminacji z przebywaniem w innym państwie członkowskim orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dowiodło, że równouprawnienie musi rozciągać się także na świadczenia socjalne dla obywateli unijnych migrujących tam, co okazało się szczególnie znaczące dla osób pozbawionych pracy czy studentów².

Nie jest to zresztą jedyny obszar, gdzie dzięki rozwojowi orzecznictwa nawiązanie do korzystania ze swobody przepływu doprowadziło do takiego rozwijającego się równouprawnienia obywateli innych państw członkowskich, chociaż pierwotnie kiedy wprowadzano obywatelstwo UE wcale nie wydawało się to oczywiste. Analogicznie, mechanizm ten pozwalał dotykać nawet tych dziedzin, które podlegały kompetencji państw członkowskich o ile tylko, nawet pośrednio wykazywały związek z sytuacją osób przemieszczających się, a zwłaszcza ich adaptacją do życia poza krajem macierzystym³.

² D. Guimarães, *The Right of Free Movement and the Access To Social Protection in the EU: The Economical Dimension. Notes on the Case Elisabeta Dano v Jobcenter Leipzig, C-333/13*, „UNIO – EU Law Journal” 2015, Vol. 1, No. 1, s. 111.

³ Zob. R. Geiger, D.-Erasmus Khan, M. Kotzur (red.), *European Union Treaties. Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*, C.H. Beck, Hart 2015, s. 253.

Jak wiadomo znalazł on zastosowanie chociażby dla uzyskania prawa do posługiwania się swoim językiem ojczystym w postępowaniu karnym⁴ czy też nadania dzieciom nazwisk zgodnie z inną tradycją niż obowiązująca w państwie przyjmującym⁵. Samo wykorzystanie go także w sferze świadczeń socjalnych nie jest więc aż tak zaskakujące, ale z pewnością właśnie tu okazało się najbardziej kontrowersyjne i wywołało najdalej idące konsekwencje. Zostało to spowodowane także nader szerokim widzeniem zakresu uprawnień, które należało zapewnić migrującym obywatelom UE – w imię swojskie pojętej solidarności, jaką powinny okazywać im państwa⁶.

W tym świetle państwom bardzo trudno przychodzi bronić się przed roszczeniami będącymi konsekwencją tego mechanizmu, które zaczęły wykazywać tendencję rozwojową daleko poza brzmieniem legislacji unijnej, stopniowo odchodząc także od ewentualnych ograniczeń. Jego oddziaływanie nie ograniczało się jedynie do ustanawiania ogólnych gwarancji objęcia ochroną socjalną. Pozwalało natomiast na prawdziwą ekspansję indywidualnych żądań obywateli innych państw członkowskich w tej dziedzinie skutkujących konkretnymi uprawnieniami, które cechują się znaczną skutecznością w realizacji. Warto więc prześledzić rozwój orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie⁷.

2. Znaczenie ogólne orzeczeń w sprawie Sala oraz Grzelczyk

Te dwa, relatywnie wczesne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości traktować należy jako symboliczne. To one potwierdziły, że wprowadzenie obywatelstwa unijnego spowodowało usankcjonowanie daleko idącego

4 Horst Otto Bickel und Ulrich Franz, Sprawa C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563.

5 Carlos Garcia Avello przeciwko państwu belgijskiemu, Sprawa C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.

6 D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law. Text and Materials*, 2nd edition, Cambridge University Press 2011, s. 453; D. Schiek, *Perspectives on social citizenship in the EU – from status positivus to status socialis activus via two forms of transnational solidarity*, „CETLS Online Paper Series” 2150, vol. 4, s. 1–2, 12; F. Goudappel, *The Effects of EU Citizenship. Economic, Social and Political Rights in a Time of Constitutional Change*, Asser Press 2010, s. 24.

7 N. Foster, *EU Law Directions*, 2nd edition, Oxford University Press 2010, s. 333.

zakazu dyskryminacji, który powinien być on interpretowany szeroko wpływając na wszelkie sytuacje obywateli UE znajdujące się w zakresie prawa unijnego, włączywszy w to także sfery podlegające kompetencji władz krajowych. Rozstrzygnięcia te w sposób modelowy pokazują, w jaki sposób mogą oni zakresem tym zostać objęci, dzięki czemu też w konsekwencji korzystają z równouprawnienia z miejscowymi. Co istotne dzięki przełamaniu paradygmatu ekonomicznego, który pierwotnie był niezbędny dla zastosowania tego zakazu i ograniczał jego ochronę w zasadzie do osób zatrudnionych i samozatrudnionych, została ona rozciągnięta na wszystkich migrantów unijnych, bez względu na charakter ich pobytu w innym państwie członkowskim. Opierając się bezpośrednio na postanowieniach traktatowych zaczęto zarazem wywodzić prawa o znacznie szerszym, ciężarze gatunkowym – obywateli, a nie te, które przysługują tzw. czynnikom produkcji. W takim ujęciu w naturalny sposób wymiar socjalny musiał z biegiem czasu odgrywać coraz większą rolę i stąd tak chętnie zaczęto domagać się świadczeń społecznych⁸.

Stroną w sprawie Martinez Sala⁹ była obywatelka hiszpańska rezydująca w Niemczech, która straciła tam pracę, jej pozwolenie bytowe wygasło i objęta była postępowaniem o wydanie nowego, kiedy to władze miejscowe wystawiały jej stosowne zaświadczenia potwierdzające wystąpienie o przedłużenie. Jednakże właśnie ze względu na jego brak odmówiono jej przyznania zasiłku wychowawczego, który z zasady przyznawany był automatycznie osobom spełniającym pewne obiektywne kryteria w oderwaniu od jakiegokolwiek indywidualnej i uznaniowej oceny ich osobistych potrzeb oraz który miał na celu wyrównanie kosztów utrzymania rodziny”.

Starając się ustalić czy wnioskodawczyni może zostać objęta ochroną zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową na tym dosyć początkowym etapie rozwoju orzecznictwa Trybunał wyodrębnił na te potrzeby i potraktował odrębnie zakres podmiotowy i przedmiotowy zastosowania ówczesnego prawa wspólnotowego. Stąd ówczesnie badano osobno, czy znalazła się w nim zarówno zainteresowana osoba

⁸ A.F. Tatham, *EC Law in Practice: A Case-Study Approach*, HVG-ORAC, Budapest 2006, s. 326; H. Verschuere, *Preventing “Benefit Tourism” In The EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities Offered by the ECJ in Dano?*, „Common Market Law Review” 2015, 52, s. 365, 370.

⁹ María Martínez Sala przeciwko Freistaat Bayern, Sprawa C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217.

jak i konkretne świadczenie, którego się domagała. Jednak, jak pokaże już kolejne orzeczenie, z biegiem czasu wystarczające okazało się właściwie samo przemieszczanie się przez obywatela Unii Europejskiej i w tym zaczął się konsumować się cały niezbędny zakres aktywujący ochronę zakazu dyskryminacji. Tutaj sporny zasilek został uznany za mieszczący się w zakresie prawa wspólnotowego, gdyż był przewidywany zarówno przez ówczesnie obowiązujące rozporządzenie 1408/71 dotyczące koordynacji krajowych systemów ubezpieczenia społecznego, jak rozporządzenie 1612/68 regulujące swobodę przepływu pracowników. Trudno było temu oczywiście przeczyć tylko, że sama sytuacja zainteresowanej, jako osoby nieubezpieczonej i niepracującej znajdowała się poza zakresami regulacji obu tych aktów, a więc do niej one się nie stosowały. Trybunałowi natomiast wystarczyło, aby ten dochodzony zasilek w jakiegokolwiek sytuacji mógł w ogóle podlegać praw wspólnotowemu, aby dzięki temu był generalnie zaliczany do jego zakresu także na potrzeby spraw tego rodzaju mimo, że regulujące go akty tego nie obejmują.

Przyjmując powyższy tok rozumowania pozostało jeszcze ustalić czy sama zainteresowana mieściła się w zakresie podmiotowym. Jednak w tym względzie odwołanie się do ówczesnego odpowiednika art. 21 TfUE gwarantującego swobodę przemieszczania oraz badanie czy może się ona na przepis ten powołać okazało się zbędne. Miało to istotne znaczenie, gdyż jak wiadomo zawierał on zastrzeżenie podporządkowania się ograniczeniom i warunkom wynikających już ówczesnie z prawa wtórnego, których Martinez Sala mogła nie spełniać. Tu jednak wynikało to z kwalifikacji, iż chociaż odmówiono jej wydania samej karty pobytu to jednak była uprawniona do przebywania na terytorium Niemiec zgodnie z prawem tego państwa i tym samym jako obywatelka UE zamieszkująca tam legalnie zakresem tym musi być objęta. Uznanie, że wystarczające może być spełnienie liberalniejszych wymogów państwa przyjmującego w odniesieniu do zgodności pobytu z prawem, bez konieczności wykazania, iż odpowiada on ściśle warunkom określonym w prawie wtórnym, było przez Trybunał wykorzystywane także w późniejszych rozstrzygnięciach dotyczących równouprawnienia socjalnego.

W następstwie powyższego samo uruchomienie ochrony przed dyskryminacją nie było już wyzwaniem dowodząc, iż jeżeli powyższe wymogi zostały spełnione to właściwie państwo przyjmujące nie może odmówić migrującym obywatelom unijnym tych świadczeń, które przyznaje własnym obywatelom. O ile nie pozostawiało wątpliwości, że dla

uzyskania przedmiotowego zasiłku w sprawie Sala wymagano posiadania miejsca zamieszkania w Niemczech, to w przypadku cudzoziemców dodatkowo niezbędne było jeszcze faktyczne posiadanie dokumentu pobytowego, czego oczywiście nie wymagano od Niemców. Jak się okazało nie mogło zostać to zastąpione przedłożeniem zaświadczenia, jakie posiadała wnioskodawczyni, nawet jeżeli potwierdzałoby ono zgodność pobytu z prawem. Zresztą z okoliczności można było wnosić, że opóźnienie w otrzymaniu dokumentu leżało po stronie władz administracyjnych. Stwierdzenie tak daleko idącego formalizmu tylko ułatwiło Trybunałowi uznanie braku równego traktowania. Generalnie natomiast to pierwsze znaczące orzeczenie stanowiło zapowiedź stosowania bardzo ekstensywnego rozumienia zakazu dyskryminacji w zakresie świadczeń socjalnych, pomimo oczywiście braku aktywności ekonomicznej zainteresowanych, co było bardzo niekorzystne dla państwa przyjmującego¹⁰.

Wydany trzy lata później wyrok w sprawie Grzelczyk¹¹ dotyczył osoby studiującej w innym państwie członkowskim, która przez kilka lat była zdolna do samodzielnego utrzymania się, ale na początku ostatniego roku studiów wymagając wsparcia finansowego wystąpiła o wypłatę specjalnego zasiłku *minimex* służącego zapewnieniu minimalnych środków egzystencji. Generalnie było to przeznaczone dla obywateli belgijskich, ale ze względu na zasady rynku wewnętrznego zostało wcześniej rozciągnięte na wspólnotowych migrantów ekonomicznych i jako takie mogło być kwalifikowane jako korzyść socjalna w rozumieniu swobody przepływu pracowników. Jednakże nie dopuszczano, aby mogli z tego korzystać zwłaszcza studenci z innych państw członkowskich, a więc naturalnie wnioski ów spotkał się z odmową.

Jak już zapowiadano, to właśnie w tej sprawie Trybunałowi jeszcze łatwej przyszło uznanie, że zainteresowany i sytuacja, w jakiej się znalazł powinny być uznawane za mieszczące się w zakresie prawa unijnego, dając tym samym asumpt do zapewnienia ochrony wynikającej z zakazu dyskryminacji. To, co okazało się kluczową determinantą był sam status obywatela UE, który został przez Trybunał określony jako fundamentalny (podstawowy) – jest to bardzo znane stwierdzenie, które powtarzano

¹⁰ J. Steiner, L. Woods, *EU Law*, 10th edition, Oxford University Press 2009, s. 547; D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *op. cit.*, s. 455.

¹¹ Rudy Grzelczyk przeciwko Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Sprawa C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458.

następnie wielokrotnie w wielu orzeczeniach. Tutaj stanowiło ono punkt wyjścia dla konstatacji, iż właśnie na tej podstawie obywatel jednego państwa członkowskiego, który znajduje się w takiej samej sytuacji powinien korzystać z takiego samego traktowania wobec prawa, bez względu na przynależność państwową, z zastrzeżeniem oczywiście wyraźnie przewidzianych wyjątków¹².

Trybunał, co prawda, w dalszych rozważaniach potwierdził wcześniejsze orzecznictwo, zgodnie z którym powołanie się na powyższy zakaz możliwe jest we wszystkich sytuacjach, które w ów zakres wchodzi, ale okazało się właśnie, iż jest on widziany nader funkcjonalnie. W tej sprawie przecież chodziło o domaganie się konkretnego świadczenia socjalnego, wykluczonego przez prawo krajowe, przyznania którego zainteresowanemu nie gwarantował także żaden przepis prawa unijnego, interpretowanego dotąd zresztą jako wykluczające przyznanie go studentom. Ale właśnie w tym kontekście Trybunał uznał jednak, że do tych sytuacji należą już takie, które wiążą się po prostu z korzystaniem z podstawowych swobód traktatowych oraz prawa do przemieszczania i przebywania na podstawie obecnego art. 21 TfUE. W tym przypadku ze względu na to, iż wnioskodawca uzyskał prawo pobytu zgodnie z prawem wspólnotowym jako student to stał się uprawniony do traktowania jako obywatel unijny, w tym właśnie równouprawnienia w zakresie świadczeń socjalnych¹³.

Orzeczenie w sprawie Sala mogło więc jeszcze sugerować, że zakres świadczeń, jakie mogą przysługiwać migrantom nieekonomicznym nie jest nieograniczony, gdyż dochodzony zasiłek znalazł się jednak w zakresie prawa wspólnotowego dlatego, że przysługiwał on już pracownikom na podstawie prawa wtórnego. Tutaj natomiast stał on się niejako swoistym akcesoryjnym uprawnieniem związanym z realizacją podstawowego prawa obywatela UE, a więc swobody przepływu osób. W ten sposób zaprezentowano bardzo ewidentny przejaw modelu rozumowania prowadzący do znacznego rozciągnięcia ochrony socjalnej na wszystkich tych obywateli, bez względu na ich ekonomiczny status i formalnie już tego tytułu, że się po prostu przemieszczali. Należy podkreślić wyraźnie, że stało się to wbrew jakimkolwiek dowodom na istnienie woli ustawodawcy

¹² H. Verschueren, *op. cit.*, s. 371.

¹³ J. Fairhurst, *Law of the European Union*, 9th ed., Pearson Education Limited 2012, s. 322.

do przyznania określonego świadczenia, bez podstawy w aktach prawa wtórnego i jedynie w oparciu o ekspensywnie interpretowane postanowienia traktatowe. To daleko idące otwarcie krajowych systemów socjalnych wydaje się jeszcze bardziej uderzające, jeżeli uwzględni się, że obowiązki państwa przyjmującego w analizowanej sferze zostały przez Trybunał wzmocnione ogólnym nakazem wykazania się wobec osób korzystających z tego fundamentalnego statusu pewnym stopniem solidarności finansowej¹⁴.

W sprawie Grzelczyk naruszenie zakazu dyskryminacji zdaniem Trybunału wynikało ze stosowania wobec obywateli unijnych warunku, który nie obowiązywał Belgów, a więc przynależność do grupy pracowników i ew. innych osób przewidzianych w regulacji rozporządzenia 1612/68. Wyraźnie zostało wskazane, że student obywatelstwa belgijskiego, nienależący do tych kategorii, który znalazłby się w okolicznościach identycznych jak wnioskodawca, spełniałby warunki niezbędne do przyznania *minimexu*, a więc kwestia różnicy obywatelstwa stanowi jedyną przeszkodę w jego przyznaniu. Nawet jeżeli cokolwiek podobnie, jak w sprawie Sala formalna poprawność tego rozumowania nie musi budzić wątpliwości to trudno nie uwzględniać jego szerszego kontekstu. Nie należy bowiem zapominać, że pierwotnie należało się ono wyłącznie obywatelom belgijskim, jako finansowany z budżetu państwa wyraz solidaryzmu społecznego.

Natomiast wprowadzenie różnicowania, w którym obywatele innych państw członkowskich mają w ogóle tytuł do świadczenia pod powyższym warunkiem, czego nie muszą wykazywać miejscowi, zostało niejako narzucone przez system wspólnotowy w następstwie uchwalenia wspomnianego rozporządzenia. Tym samym więc najpierw system ten narzucił objęcie ochroną jednej kategorii, która przynajmniej współuczestniczyła w wypracowaniu dochodu narodowego, aby następnie uczynić to podstawą dla żądania jej rozciągnięcia na wszystkich pozostałych w imię poszanowania zasady równouprawnienia. W ten sposób właśnie zaczęła ona być interpretowana jako podstawa do żądania zapewnienia każdemu obywatelowi Unii Europejskiej właściwie pełnej ochrony socjalnej, o ile oczywiście nie zachodzą wyraźnie przewidziane wyjątki i ograniczenia, które jednak zaczęto poddawać wykładni zawężającej. Jak się okazało

¹⁴ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, 3rd ed., OUP 2010, s. 445; A.F. Tatham, *op. cit.*, s. 327.

także studenci nie mieli być z niej wyłączeni mimo, że z zasady nie mogą być kojarzeni z migracją ekonomiczną i owym bezpośrednim wkładem w dobrobyt przyjmującego społeczeństwa. Oczywiście w przypadku tej grupy można zakładać jego potencjalne pojawienie się w przyszłości, ale jak pokażą dalsze rozważania, ten model rozumowania zaczął rozciągać się także na osoby dalekie nawet od takiej aktywności intelektualnej.

3. Metody ochrony krajowych systemów socjalnych

Odnosząc się natomiast do wspomnianych ewentualnych wyjątków i ograniczeń w korzystaniu z równouprawnienia w państwie przyjmującym należy przypomnieć, że tego rodzaju przesłanki zostały rzeczywiście wypracowane w prawie wtórnym i wypełnione dodatkową treścią w orzecznictwie. Na poziomie przepisów obecnie są one skodyfikowane w kluczowej dla swobody przemieszczania Dyrektywie 2004/38¹⁵, która w odniesieniu do migrantów nieekonomicznych, zastąpiła dyrektywy uchwalone jeszcze na początku lat 90-tych. Przyjęte tam rozwiązania można traktować jako warunki korzystania z ochrony socjalnej, choć częściowo warunkują one raczej legalny pobyt w państwie przyjmującym.

Kluczowe znaczenie w tym kontekście odgrywa natomiast wymaganie, aby obywatel Unii nieaktywny ekonomicznie, nie stał się w okresie pierwszych trzech miesięcy pobytu obciążeniem nieracjonalnym, a następnie po prostu obciążeniem dla systemu pomocy społecznej. Właśnie tego konsekwencją stał się konkretny obowiązek posiadania po upływie tego wstępnego okresu minimalnych środków utrzymania oraz ubezpieczenia zdrowotnego, o ile nie chodzi o czasową kontynuację poszukiwania pracy. Pojawia się także kluczowy dla ubiegania się o świadczenia socjalne obowiązek wykazania się rzeczywistymi związkami z rynkiem pracy państwa lub określonym stopniem integracji ze społeczeństwem państwa przyjmującego. Wymaga to jednak całościowej oceny uwzględniającej indywidualną sytuację zainteresowanego, a więc chociażby takie

15 Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz.U. L 158 z 30 kwietnia 2004, s. 77–123.

kryteria jak okres pobytu, sytuacja rodzinna, ale także motywacja i intencje.

Równocześnie na podstawie wyraźnych postanowień Dyrektywy wprowadzono odstępstwo od zasady równego traktowania migrujących z powodów pozaekonomicznych obywateli UE w postaci wykluczenia pomocy socjalnej w pierwszych trzech miesiącach pobytu, względnie dłużej w trakcie wspomnianej kontumacji poszukiwania pracy. Co interesujące, ograniczenia w odniesieniu do bezrobotnych dotyczą jedynie tych nowoprzybyłych, gdyż pojęcie pracy w państwie przyjmującym i jej kontynuowanie przez co najmniej rok implikuje właściwie bezterminowe zachowanie statusu pracownika i wszystkich związanych z tym przywilejów socjalnych (w przypadku stażu krótszego status ten przysługuje przez pierwsze sześć miesięcy). Natomiast wskazane odstępstwo jest najdalej idące w przypadku osób studiujących, czyli np. takich jak Grzelczyk. Przed nabyciem prawa stałego pobytu, co wymaga z zasady okresu pięcioletniego, mają oni nie być bowiem uprawnieni do uzyskania pomocy celem pokrycia kosztów utrzymania w czasie studiów, włącznie z kształceniem zawodowym, w postaci stypendiów lub pożyczek studenckich.

Celem, powyższych rozwiązań było pogodzenie praw osób nieaktywnych ekonomicznie z interesami państwa przyjmującego szczególnie w zakresie stabilności finansów ich systemów socjalnych. Potwierdzają one dopuszczalność pewnego różnicowania obywateli UE właśnie ze względu na to, czy mają swój wkład do dobrobytu społeczeństw państwa przyjmującego i mogą stać się dla niego obciążeniem oraz na ile mogą być traktowani jako ich zintegrowani członkowie. Należy pamiętać, że zgodnie z zasadami ogólnymi jakiegokolwiek różnicowanie uznaje się w porządku unijnym za dopuszczalne o ile jest to usprawiedliwione i oparte na obiektywnych przesłankach. Natomiast Trybunał co do zasady akceptuje takie ograniczenia, uznając iż finansowy i społeczny realizm czyni je nieuniknionymi¹⁶.

Słusznie zarazem podkreśla się, że ponieważ same sformułowania Dyrektywy w omawianym zakresie można rozumieć wieloznacznie, to musiało dostarczać to podstaw dla otwartej wykładni przez Trybunał, na którą

¹⁶ A. Dashwood et al. (red.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 6th ed., Hart Publishing 2011, s. 466; S. Lerche, N.M. Nordenlund, *Access to social benefits in the EU*, <http://rudar.ruc.dk/handle/1800/19356> [accessed: 20 August 2015], s. 22–24; H. Verschueren, *op. cit.*, s. 365.

wpływ obywatelstwa i gwarancji traktatowych okazał się bardzo dostrzegalny. Stąd też właśnie, dopóki nie zaczęto poważnie traktować zagrożeń związanych z turystyką socjalną, dominująca praktyka orzecznicza nie była zbyt korzystna dla władz krajowych, ograniczając skuteczność wyjątków. W omawianym kontekście to właśnie wydaje się godne szczególnej uwagi wskazując, jak daleko może doprowadzić ekstensywne rozumienie praw obywatelskich dążące do niemalże całkowitej równości¹⁷.

Powyższe wymaga jeszcze rozwinięcia w kolejnej części tego artykułu na tle kolejnych orzeczeń. Jednak już w tym miejscu warto rozważyć z tej perspektywy sam wyrok w sprawie Grzelczyk, zwłaszcza że wyznaczył on pewien standard stosowania i interpretacji prawa, bardzo typowy dla orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, którego znaczenie wykracza daleko poza same świadczenia socjalne. Należy zważyć, że w tej sprawie przeszedł on niejako do porządku nad tym, że wnioskodawca zwracając się o zasiłek z pewnością nie spełniał wymogu posiadania wystarczających środków utrzymania i w zasadzie w ogóle nie powinien był liczyć na wsparcie. Już wtedy bowiem taka idea przyświecała wspólnotowemu prawodawcy w odniesieniu do studentów, choć nie była ona jeszcze wyrażona zbyt kategorycznie. Co prawda Trybunał sam przypomniał, że jednym z warunków przewidzianych wyraźnie przez ówczesną dyrektywę studencką 93/96¹⁸, był rozmiar tych środków dostateczny – umożliwiając uniknięcie stania się przez migranta ciężarem dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa członkowskiego podczas jego pobytu na tym terytorium. Jednakże przepisy te zinterpretował wyjątkowo korzystnie dla wnioskodawcy, ograniczając kompetencje państwa przyjmującego w zakresie kontroli legalności pobytu i odmowy przyznania świadczenia.

Zostało to wywiedzione przede wszystkim z założenia, że nawet jeżeli jego władze uznają brak spełnienia tych warunków i podejmą działania mające na celu cofnięcie zezwolenia na pobyt lub jego nieprzedłużenie, to postępowanie w tym zakresie nie może w żadnym razie stanowić automatycznej konsekwencji zwrócenia się o pomoc społeczną. Co więcej, Trybunał pominął w swoich rozważaniach wyraźne brzmienie artykułu

¹⁷ P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, OUP 2015, s. 853, 860; S. Lerche, N.M. Nordenlund, *op. cit.*, s. 25; A. Dashwood et al. (red.), *op. cit.*, s. 462.

¹⁸ Dyrektywa Rady 93/96/EWG z dnia 29 października 1993 r. w sprawie prawa pobytu dla studentów, Dz.U. L 317 z 18 grudnia 1993, s. 59–60.

1-go powyższej Dyrektywy, gdzie mowa była o stawianiu się ciężarem przez zainteresowanego i odwołał się do łagodniejszego dla wnioskodawcy sformułowania przewidzianego jedynie w jej preambule, który posługiwał się zwrotem *nieuzasadnionym ciężarem*. To właśnie natomiast dało asumpt do stwierdzenia, iż Dyrektywa:

przyznaje pewien stopień solidarności finansowej między obywatelami przyjmującego państwa członkowskiego a obywatelami innych państw członkowskich, zwłaszcza jeżeli trudności, które stały się udziałem beneficjenta prawa pobytu, mają charakter tymczasowy.

Jak już wskazywano, znaczenie owego wymogu solidarności trudno przecenić, gdyż okazał się on właściwie determinantą całego późniejszego orzecznictwa w omawianej dziedzinie, istotnie wpływając na zasady dostępu obywateli UE do opieki socjalnej w Unii Europejskiej oraz stanowiąc ważką przeciwwagę dla jakichkolwiek przywoływanych warunków i ograniczeń.

Równie ekstensywnie potraktowano wyraźny przepis, zgodnie z którym Dyrektywa nie ustanawiała prawa do wypłaty przez państwo przyjmujące stypendiów pokrywających koszty utrzymania na rzecz studentów korzystających z prawa pobytu, co jasno powinno wskazywać niedopuszczalność ubiegania się o pomoc socjalną służącą takim celom. Jednakże okazało się to nie stanowić żadnej przeszkody dla zakwestionowania przez Trybunał odmownego załatwienia wniosku Grzelczyka przez władze belgijskie. Argumentem okazało się dosyć kontrowersyjne stwierdzenie, że: *równocześnie żaden z przepisów tej dyrektywy nie pozbawia jej beneficjentów prawa do świadczeń socjalnych* (pkt 39)¹⁹.

Należy ponadto uwzględnić, jaki wpływ na model orzeczniczy Trybunału wywiera obowiązek respektowania przez państwa zasady proporcjonalności w przypadku stosowania jakichkolwiek ograniczeń praw podmiotowych. Niewątpliwie sfera praw pobytowych obywateli Unii, ze szczególnym uwzględnieniem świadczeń nie jest z tego wyłączona wymagając zwłaszcza dostosowania środków do indywidualnej sytuacji zainteresowanego oraz charakteru dochodzonego świadczenia. Natomiast to właśnie ta zasada pozwala na rozsądne wyważanie pomiędzy realizacją ochrony stabilności krajowych systemów socjalnych a jednak otwartością

¹⁹ A. Dashwood et al. (red.), *op. cit.*, s. 464.

i solidarnością, które jak widać zostały wpisane w samą istotę unijnego obywatelstwa. Ponieważ przenika ona horyzontalnie całe orzecznictwo także w tym zakresie, warto jeszcze na koniec tego punktu, przed przedstawieniem konkretniejszego rozwoju orzecznictwa Trybunału przedstawić dwa charakterystyczne przejawy takiego podejścia²⁰.

Po pierwsze jest to orzeczenie w sprawie Ioannidis²¹, które co prawda dotyczy osoby objętej już swobodą przepływu pracowników, ale dobrze obrazuje szerszy standard postępowania. Dotyczyło ono obywatela Grecji, który po trzech latach studiów w Belgii otrzymał dyplom i zarejestrował się tam jako poszukujący pracy, a następnie wyjechał do Francji celem odbycia stażu zawodowego. Kiedy po powrocie do Belgii wystąpił o zasiłek tymczasowy dla osób oczekujących na podjęcie pracy napotkał odmowę z powodu ukończenia szkoły średniej poza terytorium tego kraju, pomimo że jego świadectwo w tym zakresie zostało uznane za odpowiednik miejscowego świadectwa maturalnego dającego dostęp do studiów wyższych. Trybunał uznał jednak ten warunek za zbyt ogólny i wyłączny, który niesłusznie faworyzuje tylko jedną okoliczność, niekoniecznie reprezentatywną dla rzeczywistego stopnia powiązania osoby ubiegającej się o zasiłek z geograficznie określonym rynkiem pracy. Wyklucza on tym samym wszystkie inne elementy, które mogą być bardziej relewantne i już z tego powodu wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia założonego celu. Jak słusznie zauważył Trybunał osoba, która podjęła studia w danym państwie, nawet po ukończeniu szkoły średniej zagranicą jest w stanie wykazać rzeczywisty związek z jego rynkiem pracy.

Natomiast w orzeczeniu w sprawie Baumbast²² podmiotem był obywatel niemiecki wraz z rodziną, który nie był już aktywny ekonomicznie przebywając na terytorium Wielkiej Brytanii. Tym samym legalność jego pobytu warunkowała, zgodnie z wcześniejszymi wskazaniem, konieczność posiadania m.in. pełnego ubezpieczenia zdrowotnego pokrywającego wszystkie koszty leczenia w systemie publicznym. Niestety to, które posiadał z państwa pochodzenia miało bardziej ograniczony zakres, co władze brytyjskie zakwestionowały, chociaż podnosił, że w ciągu swojego długiego

²⁰ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *op. cit.*, s. 451–456.

²¹ Office national de l'emploi przeciwko Ioannis Ioannidis, Sprawa C-258/04, ECLI:EU:C:2005:559.

²² Baumbast i R przeciwko Secretary of State for the Home Department, Sprawa C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493.

pobytu nigdy nie stał się obciążeniem dla lokalnego systemu socjalnego. Łatwo było więc w tej sprawie uznać, iż podważenie jego prawa pobytu z tego tytułu było bardzo rygorystycznym rozwiązaniem, ale formalnie doszło do naruszenia konkretnych przepisów prawa wtórnego i wyraźnie przewidzianych tam wymogów. Trybunał natomiast przypomniał właśnie, że muszą być one stosowane zgodnie z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego, aby uniknąć nieproporcjonalnej ingerencji w prawa podmiotowe, co w tym przypadku miałyby miejsce. Ten rodzaj podejścia niewątpliwie zdeterminował stosunek orzecznictwa do stosowania gwarancji swobodnego przepływu przez władze krajowe także w zakresie ochrony socjalnej²³.

4. Rozwój równości obywateli w orzecznictwie

Po przedstawieniu istoty zasad traktowania obywateli Unii Europejskiej w sferze socjalnej należy w tej drugiej części artykułu dokonać ich konkretyzacji poprzez przedmiotowo usystematyzowaną analizę uwzględniającą specyfikę sytuacji prawnej różnych grup migrantów. Zważywszy na metodę regulacji przyjętą w Dyrektywie 2004/38 oraz problemy, jakie ujawniły się w konkretnych rozstrzygnięciach Trybunału Sprawiedliwości warto więc wyodrębnić sprawy dotyczące studentów, bezrobotnych poszukujących pracy oraz wreszcie tych osób, które są całkowicie nieaktywne i nie zamierzają integrować się z gospodarką państwa przyjmującego. Zwłaszcza w tym ostatnim przypadku pokusa sięgania po wsparcie socjalne państwa przyjmującego może wydawać się szczególnie groźna dla jego finansów publicznych, a generalnie każda z tych grup reprezentuje cokolwiek odmienne problemy w zderzeniu z obcym systemem.

Należy jednak przypomnieć, że omówione poniżej orzeczenia nie wyczerpują całego dorobku Trybunału Sprawiedliwości, który w ostatnich latach zaczął przyjmować bardziej zachowawcze podejście. Obecnie znacznie większe znaczenie zaczęto przywiązywać do zapobiegania nadużyciom oraz staranniejszego respektowania ograniczeń przewidzianych w prawie wtórnym, czego symbolem stało się orzeczenie w sprawie *Dano*²⁴. Jednakże, jak już wspomniano, celem niniejszego artykułu jest

²³ A.F. Tatham, *op. cit.*, s. 329.

²⁴ Elisabeta Dano i Florin Dano przeciwko Jobcenter Leipzig, Sprawa C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – więcej zob. A. Cieśliński, *op. cit.*

przedstawienie pewnego modelu orzeczniczego poszerzania granic równouprawnienia, który zawsze wydaje się interesującym przedmiotem analizy i zachowuje uniwersalniejszy charakter.

4.1 Sprawy studenckie

Studenci stanowią bardzo ciekawą kategorię podmiotów, która przynajmniej potencjalnie stoi właściwie na pograniczu osób aktywnych i nieaktywnych ekonomicznie. Jest ona oczywiście trudna do bezpośredniego powiązania z rynkiem państwa przyjmującego, jednak z drugiej uważa się, że edukacja na poziomie wyższym w naturalny sposób przyczynia się do podejmowania specjalistycznej aktywności gospodarczej, a więc i ewentualnej adaptacji na tym rynku. Równocześnie, transgraniczna mobilność tej grupy w systemie unijnym jest uważana za pożądaną wpisując się w ogólniejsze cele, co sugerowałoby możliwość wykazywania się większą solidarnością także na poziomie socjalnym. Zresztą jej członkowie sprawiają relatywnie mało problemów systemom socjalnym, co wynika także z ich naturalnej kreatywności²⁵.

Nie jest więc przypadkiem, że to właśnie w kontekście praw studentów Trybunał odwołał się do wymogu owej solidarności, a analizowane już orzeczenie w sprawie Grzelczyk, które ma ogromne znaczenie ogólne, stanowi także symbol spraw studentów dowodząc, jaki wpływ na ich status miało wprowadzenie obywatelstwa UE. Szczególnie interesujące stało się odejście od wcześniejszego dość zachowawczego traktowania tej grupy i możliwości objęcia jej ochroną socjalną. Trybunał sam przypomniał tam wcześniejsze rozstrzygnięcie w sprawie Brown²⁶, zgodnie z którym na ówczesnym etapie rozwoju prawa wspólnotowego pomoc przyznana studentom na utrzymanie i kształcenie wykraczała poza zakres stosowania Traktatu EWG w rozumieniu postanowień antydyskryminacyjnych.

Było ono elementem dość konsekwentnej linii orzeczniczej opartej na założeniu, że mogą oni liczyć jedynie na wsparcie przed dyskryminacją służące pokrywaniu opłat związanych z nauką, takich jak czesne, a już nie wypłacie zasiłków czy stypendiów związanych z takimi kosztami. W tamtej sprawie wnioskodawca został przyjęty na uniwersytet brytyjski,

²⁵ F. Goudappel, *op. cit.*, s. 32, 49; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 877.

²⁶ Steven Malcolm Brown przeciwko The Secretary of State for Scotland, Sprawa 197/86, ECLI:EU:C:1988:323.

a celem zdobycia jakiegoś doświadczenia zawodowego zatrudnił się na okres 8-miu miesięcy. Jednak ponieważ była to praca przeznaczona wyłącznie dla osób, którym zaoferowano miejsce na studiach, uznano że osoba ją wykonująca nie nosi znamion pracownika w rozumieniu przepisów wspólnotowych i tym samym nie może uzyskać dostępu do korzyści socjalnych, które im przysługują.

Jak wiadomo w orzeczeniu w sprawie Grzelczyk nastąpiło odejście od tego stanowiska, a ów status pracowniczy przestał być niezbędny dla skorzystania z ochrony socjalnej, gdyż same świadczenia dla studentów zostały uznane za mieszczące się w zakresie zastosowania Traktatów. Uzasadniono to nie tylko wprowadzeniem do Traktatu o Wspólnocie Europejskiej obywatelstwa UE, lecz także specjalnego tytułu poświęconego w szczególności edukacji i kształceniu zawodowemu. Dodatkowym argumentem stało się uchwalenie przywołanej już dyrektywy 93/96 dotyczącej mobilności studentów, chociaż jak już wspomniano to akurat powinno dostarczać wątpliwości w omawianym kontekście ze względu na zawarte tam wyłączenia. Nie przeszkadzało to jednak Trybunałowi wskazać, iż:

żadne z postanowień tak zmienionego traktatu nie pozwala uznawać, że kiedy studenci będący obywatelami Unii przenoszą się do innego państwa członkowskiego w celu odbycia tam studiów, tracą prawa przyznane na mocy traktatu obywatelom Unii”. Stąd „okoliczność, że obywatel Unii odbywa studia uniwersyteckie w państwie członkowskim innym niż to, którego jest obywatelem, nie może więc, sama w sobie, pozbawić go możliwości powoływania się na zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową²⁷.

Wyzaczyło to model traktowania spraw studentów i przyznawania im świadczeń socjalnych, który znalazł pełne zastosowanie także wtedy, gdy już przyjęto Dyrektywę 2004/38, która w tym zakresie miała na celu doprecyzować a właściwie nawet rozszerzyć zakres włączeń. Jak już wskazano obecnie przed nabyciem prawa stałego pobytu państwo przyjmujące wyraźnie zwolnione zostało z udzielania pomocy dla pokrycia kosztów utrzymania w czasie studiów, włącznie z kształceniem zawodowym, w postaci stypendiów lub pożyczek studenckich, o ile zainteresowany

27 J. Steiner, L. Woods, *op. cit.*, s. 547.

nie jest równocześnie osobą zatrudnioną lub samozatrudnioną. Natomiast praktyka orzecznicza dowiodła, że obywatelskie równouprawnienie istotnie wpływa na stosowanie prawa krajowego oraz sposób interpretacji wyjątków i ograniczeń, z jakich państwo może korzystać na podstawie prawa unijnego – nawet jeżeli może prowadzić to do rozstrzygnięcia niemalże wbrew jego postanowieniom²⁸.

Dobrym tego przykładem jest orzeczenie w sprawie Bidar²⁹ wydane na tle angielskich przepisów gwarantujących pomoc w formie preferencyjnej pożyczki studenckiej służącej pokryciu kosztów utrzymania. Formalnie miała ona przysługiwać także obywatelom innych państw członkowskich, ale pod warunkiem wykazania w szczególności specyficznego rozumianego osiedlenia w Zjednoczonym Królestwie, które nie obejmowało pobytu jedynie w celu odbywania studiów w tym państwie. Dotknęło ono negatywnie obywatela francuskiego, mimo że zdążył on tam nawet przez kilka lat uprzednio uczęszczać do szkoły średniej zanim podjął studia ekonomiczne. W świetle orzeczenia Trybunału okazało się jednak, że nawet jeżeli zainteresowany nie mógł polegać na Dyrektywie jako podstawie swoich roszczeń, to niekoniecznie oznaczało wykluczenie, iż korzyść płynąca z takiej pożyczki nie mogłaby mieścić się w zakresie zastosowania Traktatu na potrzeby realizacji zakazu dyskryminacji.

Tym samym także w tej sprawie zastosowano mechanizm powiązania art. 18 TFUE z art. 21 TFUE, a więc potraktowania owej pomocy, jako służącej realizacji gwarancji swobodnego przemieszczania w ramach Unii i tym samym niemożliwej do wykluczenia obywatelom innych państw członkowskich. Warto zwrócić uwagę na szerszą konsekwencję zawartego tam stwierdzenia, iż brak jest podstawy w Traktacie dla uznania, że studenci unijni udający się do innego państwa aby tam podjąć studia, mieli tracić prawa, jakie akt ten nadaje obywatelom Unii. Wydaje się to bowiem odwróceniem naturalnego porządku w imię idei powszechnego równouprawnienia studentów. Można zaryzykować stwierdzenie, że ich roszczenia socjalne nie potrzebują jakby wyraźnej podstawy prawnej dla ich skutecznego dochodzenia. To raczej odmowa wymaga wskazania konkretnej normy, jaka miałaby je wykluczyć – także dlatego, że prawa te zostały zaliczone do samej istoty unijnych praw obywatelskich.

²⁸ P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 878; S. Lerche, N.M. Nordenlund, *op. cit.*, s. 25.

²⁹ The Queen, na wniosek Dany Bidar przeciwko London Borough of Ealing oraz Secretary of State for Education and Skills, Sprawa C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169.

Generalnie prowadzi to do rezultatów raczej odległych od założeń leżących u podstaw dyrektywy, iż równouprawienie socjalne dla studentów ma nie znajdować właściwie zastosowania przed nabyciem prawa stałego pobytu. Wymowa tego orzeczenia nie tylko wydaje się je przełamywać w formie jakiś drobnych odstępstw od zasady braku ochrony społecznej, lecz także dążyć do niemalże jej powszechnej realizacji bez derogacji³⁰.

Wydawałoby się, że powyższego nie należy rozumieć jako usankcjonowanie rzeczywiście całkowicie nieograniczonego i bezwarunkowego dostępu do systemów socjalnych państw członkowskich, gdyż formalnie pojawiała się dopuszczalność stosowania pewnych wyjątków. Co do zasady zostało to więc ponownie zrównoważone możliwością pewnego różnicowania wnioskodawców w oparciu o przesłanki obiektywne, niezależne od przynależności państwowej oraz stosowane z zachowaniem proporcjonalności. Znaczenie odegrało także powiązanie z kompetencją władz krajowych do zapobiegania nadmiernym obciążeniom dla równowagi finansów publicznych, co uprawnia oczekiwanie wykazania się pewnym stopniem integracji ze społeczeństwem. Jednakże właśnie nawet sposób wykorzystania z tych warunków daje migrującym studentom znaczne możliwości korzystania ze świadczeń już ze względu na ich traktowanie jako wymagające niemalże skrajnie zawężającej wykładni. Okazało się także, że ewentualne wyjątki mogą być wykorzystywane w kontekście konkretnego przypadku i miarkowane obowiązkiem finansowej solidarności z obywatelami innych państw członkowskich³¹.

W tym świetle nie powinno dziwić dlaczego angielskie rozwiązanie oparte na wspomnianym wymogu „osiedlenia” i jeszcze dodatkowo wykazania się uprzednim okresem trzech lat zamieszkania na terytorium Zjednoczonego Królestwa zostało przez Trybunał zakwestionowane w sprawie Bidar. Nawet jeżeli pozwalało to na weryfikację stopnia zintegrowania, to zważywszy na niemożność uzyskania statusu osoby osiedlonej w sposób niewątpliwym pozbawiało studentów unijnych dostępu do pożyczki. W tym konkretnym przypadku trudno byłoby podważać, iż wnioskodawca w sposób rzeczywisty związał się ze społeczeństwem angielskim i to w stopniu zaawansowanym skoro uczęszczał tam wcześniej do szkoły średniej i zamierzał kontynuować naukę na poziomie wyższym.

30 P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 878; J. Fairhurst, *op. cit.*, s. 326.

31 M. Horspool, M. Humphreys, *European Union Law*, Sixth Edition, OUP 2010, s. 438; J. Fairhurst, *op. cit.*, s. 325.

Wyraźnie zostało też podkreślone, że kompetencja kontrolna państwa przyjmującego nie może być utożsamiana z możliwością wymagania od zainteresowanych, aby zwiążali się z samym jego rynkiem pracy. Zdaniem Trybunału:

sforo wiedza zdobyta przez studenta podczas studiów wyższych nie przesądza o przypisaniu go co do zasady do danego geograficznego rynku pracy, sytuacja studenta ubiegającego się o pomoc przeznaczoną na pokrycie kosztów utrzymania nie jest porównywalna z sytuacją wnioskodawcy ubiegającego się o zasiłek dla młodych poszukujących pierwszej pracy bądź zasiłek na poszukiwanie pracy (pkt 58).

W podobnym duchu wydane zostało orzeczenie w sprawie austriackich ulg w korzystaniu z transportu publicznego, które zakwestionowano ze względu na zastrzeżenie wyłącznie na rzecz studentów, których rodzice pobierają austriackie zasiłki rodzinne³². Trybunał potwierdził, że musi to podlegać zastosowaniu art. 18 TfUE, przypominając, iż w świetle dotychczasowego orzecznictwa w zakres zastosowania prawa Unii wchodzić muszą także te elementy dostępu do kształcenia zawodowego, które wiążą się z pomocą na pokrycie kosztów utrzymania chociażby w formie takich ulg. Natomiast ich uzależnienie od powyższego warunku skutkuje gorszym traktowaniem studentów unijnych studiujących w Austrii w stosunku do miejscowych, dla których jest on z pewnością łatwiejszy do spełnienia. Skoro okazało się to niedopuszczalne to tym samym wyraźnie zawężono zastosowanie owego pozbawienia studentów pomocy socjalnej przed nabyciem prawa stałego pobytu przewidzianego w Dyrektywie. Zamiast takiego ogólnego wyłączenia pojawia się raczej bardzo ściśle rozumiane odstępstwo od traktatowej zasady równości, która determinuje jakby sposób stosowania a nawet zakres tego aktu traktowany jedynie jako jej szczególny wyraz. Okazało się ponadto, że rozumienie wymogu wykazania się rzeczywistą więzią nie powinno mieć charakteru zbyt wykluczającego i faworyzującego niesłusznie jedną okoliczność. Zdaniem Trybunału ta zastosowana tej w sprawie niekoniecznie jest reprezentatywna dla rzeczywistego i skutecznego stopnia powiązania osoby ubiegającej się o ulgę z państwem, gdzie wnioskodawca studiuje, jeżeli wyłączono

³² Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii, Sprawa C-75/11, ECLI:EU:C:2012:605.

wszelkie inne relewantne okoliczności. Zresztą nie powinien on być ustalany w sposób jednakowy dla wszystkich świadczeń, bez uwzględnienia konstytutywnych elementów każdego z nich, w szczególności charakteru, prawdziwych celów i skutków, a nie tylko kwalifikacji formalnej³³.

Na tym tle natomiast, jako specyficzne potraktować można trochę wcześniejsze orzeczenie w sprawie Forster³⁴, gdyż dopuszczono tam wprowadzanie przez państwo przyjmujące relatywnie dalej idących ograniczeń socjalnych. W tym postępowaniu Trybunał ocenił odmowę wsparcia finansowego studiów, o które wystąpiła Niemka w Holandii, gdzie dla osób nieaktywnych ekonomicznie wymagano 5-letniej rezydencji, jako potwierdzającej zintegrowanie migrującego studenta z miejscowym społeczeństwem. Co istotne jednak, chociaż w świetle powyższego może cokolwiek zaskakiwać, że Trybunał nie zakwestionował takiego rozwiązania, to zarazem oparł jednak swoje rozstrzygnięcie na gwarancjach traktatowych, uznając dopuszczalność ich ograniczenia w tym konkretnym przypadku. Tym samym ponownie pominął przepisy Dyrektywy i przewidywane tam ograniczenia, uznając, że nie ma w tej sprawie zastosowania, chociaż wyrok wydany na podstawie jej norm szczególnych byłby pewnie analogiczny. Wpisuje się to więc nadal w ów orzeczniczy model realizacji zasady równego traktowania odwołujący się do dominacji tych gwarancji nad prawem wtórnym, przy czym akurat w tym przypadku został on wykorzystany w sposób bardziej przychylny dla ochrony stabilności finansowej systemu socjalnego państwa przyjmującego. W ten sposób rygorystyczne egzekwowanie tych przesłanek zostało uznane za nie przekraczające granic proporcjonalności³⁵.

Uznanie w tym wyroku równouprawnienia za mniej uniwersalne mogło mieć kilka przyczyn począwszy już od realizacji założenia, że warunki korzystania z poszczególnych świadczeń powinny być dostosowane do ich specyfiki. Rzeczywiście również brak wymogu spełnienia powyższego wymogu zintegrowania przez obywateli holenderskich można uważać najczęściej za oczywisty. Sankcjonuje to istnienie specjalnego związku pomiędzy obywatelami a ich krajem macierzystym, który Trybunał byłby gotów uwzględnić jako podstawę różnicowania ich sytuacji w stosunku

33 Por. R. Geiger, D.-Erasmus Khan, M. Kotzur, *op. cit.* s. 255.

34 Jacqueline Förster przeciwko Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Sprawa C-158/07, ECLI:EU:C:2008:630.

35 D. Schiek, *op. cit.*, s. 12; J. Fairhurst, *op. cit.*, s. 326.

do migrantów unijnych. Jak widać nie musi to dotyczyć jedynie sfery bezpieczeństwa i tzw. wysokiej polityki, lecz także właśnie w wymiaru społeczno-gospodarczego. Jednakże podkreśla się zarazem słusznie względy bardziej utylitarne – gdyby obywatele holenderscy podlegali takim samym ograniczeniom co do okresu rezydencji w Holandii powodowałoby to ryzyko, iż w żadnym państwie nie przysługiwałoby im wsparcie. Jako migranci poza krajem macierzystym mogliby nie wypracować jeszcze stopnia integracji upoważniającego do całokształtu pomocy społecznej, a zarazem na jego terytorium przez fakt wyjazdu również traciliby tytuł do świadczeń chociażby w przypadku nagłego powrotu do domu³⁶.

4.2 Ułatwianie dostępu do rynku pracy

Drugą kategorią podmiotów, które tradycyjnie stanowiły wyzwanie w omawianym kontekście stali się poszukujący pracy. Warto jednak pamiętać o kluczowym z perspektywy tej analizy wyróżnieniu osób, które zdążyły podjąć już pracę w państwie przyjmującym, szczególnie na co najmniej rok, aby następnie ją stracić niezależnie od swojej woli. O ile zarejestrują się jako bezrobotni są bowiem traktowane jako zachowujące status pracowniczy z pełnym tego konsekwencjami dla ochrony socjalnej. Natomiast w tym miejscu należy skoncentrować się na bezrobotnych, którzy dopiero przybyli do państwa przyjmującego celem poszukiwania pracy. Z założenia na podstawie wyraźnych przepisów Dyrektywy nie mieli oni korzystać z uprawnień tego rodzaju, choć przysługuje im prawo do pobytu nawet dłużej niż standardowe 3 miesiące, bez konieczności wykazania się posiadaniem środków utrzymania i ubezpieczeniem zdrowotnym. Dlatego właśnie tacy bezrobotni stanowią wyzwanie dla krajowych systemów socjalnych, zwłaszcza że wprowadzenie obywatelstwa unijnego doprowadziło do modyfikacji również ich statusu prawnego³⁷.

Klasycznym już dzisiaj przykładem próby wyważenia potrzeb socjalnych migrujących obywateli i interesów stabilności systemów społecznych państwa przyjmującego stało się orzeczenie w sprawie Collinsa³⁸.

³⁶ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *op. cit.*, s. 459.

³⁷ E.M. Poptcheva, *Freedom of movement and residence of EU citizens. Access to social benefits*, European Parliamentary Research Service 10/06/2014, 140808REV1, s. 13; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 775.

³⁸ Brian Francis Collins przeciwko Secretary of State for Work and Pensions, Sprawa C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172.

Wnioskodawcą był Irlandczyk, dodatkowo z amerykańskim obywatelstwem, o bardzo zróżnicowanych doświadczeniach zawodowych, który po długim pobycie poza Unią powrócił do Wielkiej Brytanii i po miesięcznym pobycie wystąpił o zasiłek dla bezrobotnych. Trybunał Sprawiedliwości nie zakwestionował odmowy uwzględniając oczywisty charakter tego przypadku braku kwalifikacji do statusu pracownika oraz niemożności wykazania się stałym zamieszkaniem w Zjednoczonym Królestwie. Istotniejsze jednak okazały się ogólniejsze konstatacje, które przełamywały dotychczasowy dorobek orzeczniczy symbolizowany przez wyrok w sprawie Lebon³⁹. Był on oparty na założeniu ograniczenia równego traktowania takich bezrobotnych wyłącznie do samego dostępu do zatrudnienia, bez uprawnień w zakresie korzyści socjalnych przysługujących miejscowym obywatelom względnie nawet migrującym pracownikom.

Ten nowszy wyrok wymusza niejako odczytanie na nowo ich sytuacji – przez pryzmat właśnie zasady niedyskryminacji i fundamentalnego charakteru obywatelstwa unijnego. Ma to wykluczać automatyczne pozbawianie ich prawa do świadczeń, zastąpione obecnie ewentualnym miarkowaniem równouprawnienia wyjątkami oraz zindywidualizowaną oceną. Co szczególnie istotne zasiłek, który pierwotnie miał się nie należeć z mocy prawa, teraz powinien być analizowany z perspektywy, czy nie ułatwia jednak dostępu do zatrudnienia na rynku pracy państwa przyjmującego. Oznaczało to poszerzenie ochrony socjalnej bezrobotnych, które było wykorzystywane także w innych przypadkach. Chociaż podstawą w tym zakresie pozostały raczej gwarancje swobody przepływu pracowników, to kluczowe znaczenie odegrał ponownie zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową dający tytuł do zasiłku oraz podporządkowanie prawa wtórnego wymogom obywatelstwa⁴⁰.

Oczywiście nawet w tym świetle odmowna decyzja władz Wielkiej Brytanii wobec Collinsa wydawała się uzasadniona, gdyż trudno byłoby stwierdzić jego rzeczywisty związek z rynkiem pracy państwa przyjmującego, jeżeli powrócił na to terytorium po latach nieobecności. Chociaż kwestionowany wymóg było znacznie łatwiej spełnić obywatelowi Zjednoczonego Królestwa to miał on charakter obiektywny. Natomiast zdaniem Trybunału dałoby się stwierdzić jego istnienie, gdyby wykazano, że

39 Brian Francis Collins przeciwko Secretary of State for Work and Pensions, Sprawa C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172.

40 N. Foster, *op. cit.*, s. 298; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 881.

zainteresowany przynajmniej przez jakiś rozsądny okres czasu poszukiwał realnie pracy, co jest możliwe do zrealizowania także przez cudzoziemca i dochowuje niezbędnych standardów proporcjonalności. Należy oczywiście pamiętać w tym kontekście o wymowie przywołanego już orzeczenia w sprawie Ioannidis, wskazującego na ogólną niezgodność z gwarancjami unijnymi wprowadzania jednego, automatycznie egzekwowanego warunku, który nie zawsze musi być reprezentatywny⁴¹.

Konsekwencje powyższego dorobku ujawniły się w orzeczeniu w sprawie Vatsouras⁴², gdzie Trybunał musiał zmierzyć się z kwalifikacją przyznawanych w Niemczech świadczeń tzw. podstawowego zabezpieczenia dla poszukujących pracy. Chodziło o wnioskodawców, którzy przybyli na terytorium tego państwa wyłącznie w celu poszukiwania pracy i chociaż udawało im się nawet podjąć jakieś zatrudnienie to jednak o charakterze „krótkotrwałym i dorywczym”, a więc ich status pracowników, którzy automatycznie uprawniałby do korzyści socjalnych wydawał się wątpliwy. Stąd trudno było w tej sprawie nie uwzględnić zastosowania wyłączenia pomocy socjalnej przewidzianego w Dyrektywie. Okazało się natomiast, że ponownie znaczenie dominujące odegrały gwarancje traktatowe – w tym przypadku swobody przepływu pracowników i wynikająca z ówczesnego art. 39 ust. 2 (obecnego art. 45 ust. 2) zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

Oczywiście państwo przyjmujące zostało upoważnione do weryfikacji istnienia rzeczywistego związku zainteresowanego z rynkiem jako warunkującego prawo do zasiłku, a więc zwłaszcza badania czy wnioskodawca odpowiednio długo rzeczywiście szukał pracy. Nie mogło to jednak przesłonić samego odejścia od jednoznacznej litery owego wyłączenia, które wydawało się obejmować całą grupę bezrobotnych przybywających na terytorium państwa – dopóki nie wypracują sobie odpowiedniego stażu pracy. W tej nowej interpretacji, jeżeli miało ono zachować jeszcze aktualność, to chyba jako ograniczone do tych, którzy w ogóle nie wydają się wypracowywać jakiegokolwiek integracji. Zresztą zważywszy na sytuację wnioskodawców w tym postępowaniu – przybywających po raz pierwszy i nieszczególnie aktywnych zawodowo – stopień jej zaawansowania

⁴¹ J. Fairhurst, *op. cit.*, s. 329–330.

⁴² Athanasios Vatsouras (C-22/08) i Josif Koupatantze (C-23/08) przeciwko Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, Sprawy połączone C-22/08 oraz C-23/08, ECLI:EU:C:2009:344.

może budzić wątpliwości zarówno co do okresu pobytu jak i ewentualnego wkładu w dobrobyt państwa przyjmującego. Ale tak jak w sprawie Collins zwyciężyło podejście liberalne rozciągając ochronę socjalną na każde rzeczywiste poszukiwanie pracy przez rozsądny okres⁴³.

W konsekwencji migrujący obywatele UE poszukujący pracy mogą mimo wszystko podlegać zakresowi stosowania traktatowych gwarancji swobodnego przepływu, stając się beneficjentami ich ochrony niejako niezależnie od brzmienia Dyrektywy czy też modyfikując sposób jej interpretacji lub ograniczając zakres zastosowania. Tym samym wprowadzenie obywatelstwa UE zdaje się zmieniać zarówno katalog podmiotowy ewentualnych uprawnionych do zasiłków, jak i kwalifikację prawną samych świadczeń. Zasadnicze okazało się, że w imię zasady równouprawnienia nie są one zaliczane już do wykluczonej pomocy socjalnej w ścisłym rozumieniu, lecz raczej traktowane jako ułatwienia dostępu do rynku pracy. Trudno jednak nie zgłaszać wątpliwości co do takiego kwalifikowania zasiłku o charakterze powszechnym, przyznananego wszystkim powyżej pewnego wieku zdolnym do zarobkowania. Doprowadzenie do przekroczenia granic prawa wtórnego powoduje natomiast, że za naruszenie gwarancji unijnych uznana zostanie odmowa przyznania zasiłku osobie zintegrowanej w powyższym rozumieniu i zdolnej do wykonywania działalności zawodowej, nawet jeżeli nie spełnia ona wymogów Dyrektywy⁴⁴.

4.3 Świadczenia dla osób całkowicie nieaktywnych

W przypadku dwóch poprzednich grup beneficjentów pewnym uzasadnieniem dla przyznawania świadczeń mogłyby być przynajmniej ich potencjalny czy też przyszły związek z rynkiem państwa przyjmującego. Jednak rozwój orzecznictwa opartego na gwarancjach obywatelstwa objął także migrantów całkowicie nieaktywnych ekonomicznie, co zapoczątkowało zresztą przywołane już orzeczenie w sprawie Sala. Ponownie zwyciężyło dosyć otwarte podejście do wymogów przewidzianych w Dyrektywie i szerokie traktowanie równouprawnienia obywateli UE także w sferze socjalnej.

⁴³ E.M. Poptcheva, *op. cit.*, s. 15.

⁴⁴ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *op. cit.*, s. 458; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 883.

Jak już wskazywano, rzeczywistość sankcjonuje ona wyraźnie możliwość całkowitej odmowy przyznawania świadczeń przez państwo przyjmujące tylko w okresie trzech pierwszych miesięcy pobytu, ale jednak z równoczesnym zastrzeżeniem niemożności obciążania miejscowych systemów socjalnych. Co prawda w trakcie dłuższego pobytu pojawia się już nakaz równego traktowania, jednak właśnie przeciwważony koniecznością posiadania środków utrzymania i ubezpieczenia zdrowotnego. Zwrócenie się o świadczenie socjalne niejednokrotnie może dowodzić niespełnienia tych wymogów, co w zasadzie powinno podważać samą legalność pobytu, a w konsekwencji zasadność jego uzyskania. Co prawda dyrektywa wyklucza, aby mogło to automatycznie powodować wydalenie zainteresowanego, ale podążanie za logiką tych postanowień wydawałoby się dostarczać podstaw przynajmniej dla odmowy realizacji żądań socjalnych właśnie z powodu tego niespełnienia.

Jednakże wprowadzenie obywatelstwa UE okazało się nie pozostać bez wpływu także na kompetencje krajowych systemów socjalnych w tym zakresie. W punkcie wyjścia trudno nie zadać pytania czy w powyższym przypadku nie trzeba najpierw przeprowadzić odrębnego postępowania celem weryfikacji legalności pobytu, aby odmowę taką zastosować. Ale nawet w świetle dyrektywy nie jest to łatwe i może się odbywać jedynie w szczególnych sytuacjach uzasadnionych wątpliwością, a więc raz uzyskany status legalnego rezydenta staje się trudny do podważenia. Natomiast wtedy osoba nie należąca do dwóch analizowanych powyżej kategorii paradoksalnie mogłaby znaleźć się w sytuacji korzystniejszej od nich pomimo, że wydaje się stanowić największe zagrożenie wykorzystywania systemu socjalnego państwa przyjmującego. Już zgodnie z Dyrektywą nie obejmują jej bowiem owe szczególne dodatkowe ograniczenia równouprawnienia – np. dotyczące uzyskania stałego pobytu przez studenta jako warunku prawa do świadczeń – a jedynie ów ogólny nakaz unikania obciążenia dla tego państwa. Natomiast właśnie w świetle dorobku orzecznictwa traktowany był on raczej wstrzemięźliwie i przez pryzmat obowiązku wykazywania się solidarnością⁴⁵.

Zresztą już w orzeczeniu w sprawie Sala dopuszczalność pobytu w Niemczech nie mogła być zweryfikowana w świetle wymogów dyrektywy i jego legalność wynikała z przestrzegania korzystniejszego w tym przypadku prawa krajowego. Natomiast to wystarczyło, aby wnioskodawczyni

⁴⁵ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *op. cit.*, s. 455.

w imię równouprawnienia uzyskała możliwość domagania się przyznania świadczeń. Ten sposób rozumowania został także odzwierciedlony w wyroku Trojani⁴⁶, gdzie zawarto daleko idące rozstrzygnięcia. Trybunał nie zakwestionował tam, aby uzyskanie prawa do świadczeń zależało od legalnej rezydencji, ale dopuścił równocześnie, iż nie musi ona odpowiadać standardom Dyrektywy, lecz może wynikać z respektowania łatwiejszych do spełnienia wymogów narodowych. Stroną był Francuz żyjący w schronisku Armii Zbawienia w Belgii i wykonujący różne prace w zamian za pobyt i kieszonkowe, a więc osoba, która może stanowić obciążenie dla miejscowego systemu. Znalazło to zresztą potwierdzenie właśnie w zwróceniu się o ten sam zasiłek na pokrycie minimalnych kosztów utrzymania (*minimex*), którego dochodził Grzelczyk, którego odmowę przyznania uzasadniono brakiem statusu Belga względnie unijnego pracownika.

Z pewnością Trojani nie spełniał warunków posiadania środków utrzymania i ubezpieczenia zdrowotnego, a więc nie mógł wywodzić swojego prawa pobytu z prawa unijnego, czego Trybunał nie podważał. Jednakże kluczowe okazało się otrzymane od władz belgijskich pozwolenie pobytowe, które w wyroku potraktowano jako wystarczające i w konwencji równoważne w tym kontekście, a więc także otwierające drogę do niedyskryminacji. Dzięki temu zainteresowany uzyskał prawo do zasiłku pomimo, że gdyby egzekwowano wobec niego warunki przewidziane w Dyrektywie, obciążenie, jakie stanowił wykluczyłoby taką możliwość. Jak widać prawo to zostało jednak oderwane nie tylko od przestrzegania unijnych wymogów legalności pobytu, lecz także środków mających chronić sam system socjalny przed nadmiernie negatywnymi skutkami migracji. Tym samym, ujmując inaczej, właśnie sam tak rozumiany co do zgodności z prawem pobyt, którego nie można było podważyć z perspektywy unijnej, okazał się wystarczający dla skorzystania także w omawianym zakresie z ochrony odczytanej szeroko zasady równouprawnienia⁴⁷.

Powyższy problem powrócił także w orzeczeniu w sprawie Brey⁴⁸ – niemieckiego obywatela, otrzymującego rentę inwalidzką w kraju pochodzenia, który wraz z żoną przeniósł się do Austrii i wystąpił o zasiłek

46 Michel Trojani przeciwko Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), Sprawa C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488.

47 C. Barnard, *op. cit.*, s. 444; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 873.

48 Pensionsversicherungsanstalt przeciwko Peter Brey, Sprawa C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565.

wyrównawczy służące zapewnieniu minimalnego standardu utrzymania. Odmowa przyznania została podyktowana niespełnieniem wymogów legalnego pobytu poprzez założenie, iż wystąpienie o świadczenie jest równoznaczne z brakiem niezbędnych środków utrzymania. Właśnie to automatyczne kwalifikowanie w ten sposób każdego kto złoży wniosek o zasiłek, bez jakiegokolwiek zindywidualizowanego podejścia doprowadziło do wyroku niekorzystnego dla państwa przyjmującego.

Co ciekawe, Trybunał co do zasady przyznał, że państwo może dążyć do zachowania równowagi pomiędzy prawem do świadczeń a ochroną krajowych finansów i nie kwestionował jego kompetencji do uzależnienia sytuacji migranta od spełnienia przewidzianych w dyrektywie warunków legalnego pobytu. Można to uznawać za konsekwencję braku pozwolenia pobytowego, na które mógł jednak powołać się Trojani albo też dostrzegać zapowiedź bardziej rygorystycznego traktowania roszczeń socjalnych, które stało się charakterystyczne dla ostatnich lat. Jednakże w omawianym kontekście istotniejsze jest to, iż równoległe Trybunał nadal oczekiwał przy stosowaniu powyższych wymagań respektowania dorobku odwołującego się do ogólnych celów swobodnego przepływu i solidarności. W tym świetle bowiem oczekiwano ponownie zawężającego rozumienia postanowień prawa wtórnego oraz uwzględnianie zasady proporcjonalności, determinując sposób w jaki należało rozumieć i stosować zasadę równouprawnienia. Zostało tam więc wyraźnie stwierdzone, że margines swobody przyznany państwom członkowskim nie powinien być przez nie wykorzystywany w sposób naruszający skuteczność i cele dyrektywy, a więc w szczególności ułatwienie i wzmocnienie korzystania z podstawowego prawa obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. (pkt 71)⁴⁹.

Natomiast, chociaż wysokość dochodzonego przez wnioskodawcę świadczenia mogła być w Austrii różnicowana w zależności od sytuacji majątkowej zainteresowanego, jej władze uznawały za zasadne odmawiać wsparcia socjalnego właściwie wszystkim migrantom nieekonomicznym już z tego powodu, że o nie wystąpili. Trybunał zakwestionował jednak brak jakiegokolwiek zindywidualizowanego podejścia i nieuwzględnianie osobistej sytuacji wnioskodawcy, zwłaszcza że rozstrzyganie odbywało się bez odnoszenia się do okoliczności mogących mieć wpływ na ewentualne

⁴⁹ S. Mantu, P. Minderhoud, *Solidarity (Still) in the Making or a Bridge too Far?*, „Nijmegen Migration Law Working Papers Series” 2015, No. 01, s. 21.

obciążenie systemu socjalnego państwa przyjmującego. Zdaniem Trybunału należało wziąć pod uwagę dochodzoną wysokość świadczenia, zamierzony okres pobierania lub uprzednią długość pobytu i państwo przyjmujące nie powinno było podejmować decyzji bez przeprowadzenia takiej całościowej oceny zawierającej także skalę owego obciążenia – chociaż z możliwością uwzględnienia ogólnej liczby wszystkich beneficjentów unijnych korzystających z danego rodzaju wsparcia. Spotkało się to jednak z krytyką wynikającą z nałożenia znacznego obciążenia administracyjnego na władze krajowe oraz oczekiwania swoistego reaktywnego podejścia do konkretnych sytuacji, bez możliwości ukonstytuowania reguł natury ogólnej i ustanowienia koherentnego systemu normatywnego⁵⁰.

Co istotne zarazem swoistym pokłosiem sprawy Trojani stała się konieczność respektowania przez państwo przyjmujące konwencji własnego uznania, iż wnioskodawca musiał posiadać wystarczające środki utrzymania dla zakwalifikowania jego pobytu jako legalny, skoro wydano mu dokumenty pobytowe. Natomiast właśnie ta decyzja otwiera drogę do równouprawnienia w zakresie świadczeń, gdyż jak już wspomniano dyrektywa nie nakłada w tym względzie dodatkowych warunków. Wymóg unikania ciężaru dla państwa pojawia się właśnie w przepisach dotyczących pobytu i nie jest już powtórzony w tym drugim kontekście, a więc formalnie nie powinien być egzekwowany jeżeli powyższa decyzja pozostaje w mocy. Trudno byłoby też uznać, że rozumienie tego kryterium jest zróżnicowane w zależności od potrzeby rozstrzygania – czysto pobytowej, kiedy państwo zweryfikowało daną osobę, jako niestwarzającą obciążenia, a następnie socjalnej, gdzie taki sam status majątkowy miałby być oceniany odmiennie. Nie można oczywiście zakładać, że wraz z upływem czasu oddzielającym te dwa wnioski nie mogło dojść do zmian w sytuacji zainteresowanego. Wydaje się, że właśnie przede wszystkim z tego powodu Trybunał nie wykluczył jednak całkowicie, że wystąpienie osoby nieaktywnej ekonomicznie o zasiłek może sugerować brak jej zdolności do samodzielnego utrzymania się i spowodowanie owego ciężaru. Jednak o ile, jego zdaniem dopuszcza się potraktowanie takiego wniosku jako wskazówki w tym zakresie, to fakt ubiegania się świadczenie nie może sam w sobie wystarczyć dla wykazania powyższego, stanowiąc dostateczną podstawę odmowy jego przyznania lub cofnięcia⁵¹.

50 G. Davies, *The process and side-effects of harmonisation of European welfare states*, „Jean Monnet Working Paper” 2006, No. 02, s. 5.

51 H. Verschueren, *op. cit.*, s. 367; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 873.

Bibliografia

- Barnard C., *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, 3rd ed., OUP 2010
- Chalmers D., Davies G., Monti G., *European Union Law. Text and Materials*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2011.
- Cieśliński A., *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec zjawiska „turystyki socjalnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, nr 107.
- Craig P., de Búrca G., *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, OUP 2015.
- Dashwood A. et al. (red.), *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, 6th ed. Hart Publishing 2011.
- Davies G., *The process and side-effects of harmonisation of European welfare states*, „Jean Monnet Working Paper” 2006, No 02.
- Fairhurst J., *Law of the European Union*, 9th ed., Pearson Education Limited 2012.
- Foster N., *EU Law Directions*, 2nd edition, Oxford University Press 2010.
- Geiger R., Erasmus Khan D., Kotzur M. (red.), *European Union Treaties. Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*, C.H. Beck, Hart 2015.
- Goudappel F., *The Effects of EU Citizenship, Economic, Social and Political Rights in a Time of Constitutional Change*, Asser Press 2010.
- Guimarães D., *The Right of Free Movement and the Access To Social Protection in the EU: The Economical Dimension. Notes on the Case Elisabetha Dano v Jobcenter Leipzig, C-333/13*, UNIO – EU Law Journal. Vol. 1, No. 1, July 2015.
- Horspool M., Humphreys M., *European Union Law*, Sixth Edition, OUP 2010.
- Lerche S., N.M. Nordenlund, *Access to social benefits in the EU*, <http://rdar.ruc.dk/handle/1800/19356>, [accessed: 20 August 2015].
- Mantu S., Minderhoud P., *Solidarity (Still) in the Making or a Bridge too Far?*, „Nijmegen Migration Law Working Papers Series” 2015, No. 01.
- Poptcheva E.M., *Freedom of movement and residence of EU citizens. Access to social benefits*, European Parliamentary Research Service 10/06/2014, 140808REV1.
- Schiek D., *Perspectives on social citizenship in the EU – from status positivus to status socialis activus via two forms of transnational solidarity*, „CETLS Online Paper Series” 2015, vol. 4.

Steiner J., Woods L., *EU Law*, 10th edition, Oxford University Press 2009.

Tatham A.F., *EC Law in Practice: A Case-Study Approach*, HVG-ORAC, Budapest 2006.

Verschueren H., *Preventing "Benefit Tourism" In The EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities Offered by the ECJ in Dano?*, „Common Market Law Review” 2015, No. 52.

Rafał Stankiewicz
(Uniwersytet Warszawski)

RÓWNOŚĆ DOSTĘPU DO OPIEKI ZDROWOTNEJ W REGULACJACH UNIJNYCH

ABSTRACT

EQUAL ACCESS TO HEALTH CARE IN THE EUROPEAN UNION

The article aims to present the questions of ensuring equal access to health care, prevention of inequality and discrimination in access to health care under Community law, as well as review the regulations that increasingly affect the shaping of the Health Policy of the Member States by the European Union. The analysis is conducted in the context of both the provisions of the EU treaties and the regulations contained in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as well as laws made by the Community, case law, and programs supporting health policy. The article, therefore, presents the most important documents relating to the fight against inequality and discrimination in this area, which is one of the key areas of the European Union's commitment to health care and public health. Also discussed herein is the issue of the cross-border provision of healthcare services and reimbursement for medical treatment by EU Member States, in the context of health inequalities which may arise in connection with EU nationals' freedom to receive health services abroad within EU territory./

KEYWORDS: equal access to health care, patient mobility, health gaps, solidarity in health care

SŁOWA KLUCZOWE: równość dostępu do opieki medycznej, mobilność pacjentów, luki zdrowotne, solidarność w ochronie zdrowia

1. Wprowadzenie

Problematyka równości dostępu do opieki zdrowotnej dostrzegana jest w większości wysokorozwiniętych państw świata. Nierówność w dostępie

do opieki zdrowotnej może wynikać z szeregu czynników społecznych i ekonomicznych. Przejawia się ona *de facto* w dyskryminacji osób potrzebujących uzyskać adekwatną do zagrożenia zdrowia i życia pomoc medyczną. W literaturze przedmiotu wskazuje się rozmaite czynniki wpływające na pojawianie się dyskryminacji w świadczeniu usług zdrowotnych. Należą do nich między innymi: 1) zasady definiowania uprawnień do świadczeń; 2) zasady opłat i dopłat; 3) zakres koszyka świadczeń gwarantowanych; 4) odległość geograficzną; 5) możliwość wyboru świadczeniodawcy; 6) reguły działania instytucji (listy oczekujących) oraz 7) własne preferencje pacjentów¹. Pojawienie się nierówności zależy również od innych czynników. Autorzy wymieniają wśród nich między innymi: 1) decyzje podejmowane przez rządy w zakresie kształtowania polityki zdrowotnej, które determinują wielkość i dystrybucję zasobów wykorzystywanych w trakcie udzielania świadczeń; 2) usytuowanie szpitali; 3) liczbę studentów medycyny oraz kierunków i liczbę lekarzy rezydentów oraz warunków odbywania specjalizacji i in.²

Należy wskazać w tym miejscu, że kwestie równego dostępu do opieki zdrowotnej są gwarantowane przez regulacje konstytucyjne w prawie krajowym i w pewnym zakresie również wynikają z prawa Unii Europejskiej. Unia Europejska nie posiada obecnie możliwości regulowania kwestii dotyczących sposobu świadczenia usług, finansowania, czy organizacji systemu ochrony zdrowia w poszczególnych państwach członkowskich. Pomimo odrębności w zakresie organizacji i finansowania podmiotów świadczących usługi opieki zdrowotnej, jak i podmiotów zabezpieczenia społecznego, coraz więcej kwestii w obszarze szeroko pojętego zdrowia publicznego staje się przedmiotem regulacji prawnych i orzecznictwa na poziomie unijnym. Gwarantowana przez regulacje traktatowe i „zazdrośnie strzeżona” niezależność państw członkowskich w obszarze ochrony zdrowia nie ma bowiem charakteru absolutnego, zaś wpływ Unii Europejskiej na ich polityki zdrowotne nie jest bez znaczenia.

1 R. Busse, E. van Ginneken, M. Woerz, *Access to health care services within and between countries of the European Union*, [w:] *Cross-border health care in the European Union. Mapping and analyzing practices and policies*, eds. M. Wismar, W. Palm, J. Figueras, K. Ernst, E. van Ginneken, M. Woerz, Brussels 2011, s. 49, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/135994/e94875.pdf [dostęp: 20 maja 2016].

2 Por. w tym zakresie T. van der Grinten, *Ratiog health care*, „Health Policy Monitor” 2003, May, http://hpm.org/en/Surveys/Erasmus_University_Rotterdam_-_Netherlands/01/Rationing_Health_Care.html [dostęp: 20 maja 2016].

W kontekście podjętym w niniejszej publikacji należy wskazać, że prawo unijne odnosi się do problemu nierówności i dyskryminacji w dostępie do opieki medycznej. W Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wspomniano o kwestiach sprawiedliwości, równości oraz zwalczaniu dyskryminacji. Kwestie nierówności i dyskryminacji w dostępie do opieki zdrowotnej znajdują się w obszarze zainteresowania polityki socjalnej państw członkowskich, a obecnie również Unii Europejskiej. W UE podejmowanych jest wiele działań, które uwzględniają społeczno-ekonomiczne determinanty nierówności w zdrowiu. W ten sposób Unia postępuje zgodnie z Traktatem z Lizbony oraz Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej, które zakazują wszelkiej dyskryminacji – ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, religię lub przekonania, rasę lub pochodzenie etniczne czy orientację seksualną. Unijny Komisarz do spraw Zdrowia, Tonio Borg, powiedział: „Naszym priorytetem musi pozostać przeciwdziałanie nierównościom w dziedzinie zdrowia i walka z wszelkimi formami dyskryminacji w całej Europie. Jest to konieczne, aby Europa mogła skutecznie dążyć do spójności społecznej”³.

Unia Europejska w coraz większym stopniu wpływa na kształtowanie polityki zdrowotnej państw członkowskich. Dzięki interakcji z różnymi podmiotami na szczeblu krajowym, ponadnarodowym i międzynarodowym instytucje unijne tworzą swoisty, nietypowy ustrój rządzenia, który wpływa na formułowanie polityki, stanowienie prawa i alokację środków w tej dziedzinie. Można już na początku postawić tezę, że mimo iż Unia Europejska nie posiada wyłącznych kompetencji w zakresie ochrony zdrowia, dysponuje natomiast dosyć szerokimi uprawnieniami w obszarze zdrowia publicznego. Jednym z obszarów zainteresowania Unii Europejskiej pozostaje zwalczanie nierówności i dyskryminacji w dostępie do opieki zdrowotnej. Podstawowe dokumenty w tym zakresie zostaną zaprezentowane poniżej.

2. Traktatowe rozwiązania odnośnie zdrowia publicznego

Ochrona zdrowia ludzkiego nie stanowiła pierwotnie „celu powołania »Europejskiego Eksperymentu«, który rozpoczął swój byt jako unia

³ T. Borg, *Przeciwdziałanie dyskryminacji w dziedzinie zdrowia*, http://ec.europa.eu/health/newsletter/115/focus_newsletter_pl.htm [dostęp: 20 maja 2016].

gospodarcza i handlowa, nie zaś jako unia socjalna. To z kolei jeszcze dzisiaj skutkuje określonymi następstwami. W konsekwencji powyższego ochrona zdrowia ludzkiego nie stanowi dziedziny tradycyjnie uznawanej za wchodzącą w zakres prawa unijnego. W systemie Unii Europejskiej trudno jest mówić o unijnym prawie zdrowia publicznego, czy jednolitym unijnym systemie ochrony zdrowia, ponieważ zagadnienia takie jak polityka dotycząca służby zdrowia oraz systemu ubezpieczeń zdrowotnych należy do kompetencji wyłącznych państw członkowskich, zaś podstawowym miejscem świadczenia opieki zdrowotnej są instytucje krajowe.

W związku z tym, że różnice w tym zakresie pomiędzy poszczególnymi państwami są tak znaczne, można z łatwością zaobserwować znaczną odmienność w zakresie organizacji, świadczeń i przydziału środków przyznawanych na ten cel. Systemy ochrony zdrowia w krajach Unii Europejskiej są zróżnicowane pod względem sposobu organizacji i świadczenia usług zdrowotnych, a także w kwestiach prawnych i finansowych.

Pomimo, że u podstaw poszczególnych systemów państw członkowskich Unii Europejskiej leżą wspólne wartości, takie jak powszechność, dostęp do wysokiej jakości opieki, sprawiedliwość oraz solidarność (solidaryzm) – co powoduje, że przyczyniają się one do spójności społecznej i sprawiedliwości społecznej w Europie – to jednak ich interpretacja zwykle bardzo różni się w praktyce. W poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej występują znaczne nierówności w sektorze zdrowia, zróżnicowany jest także poziom udzielanej opieki zdrowotnej. Podstawowe odmienności wynikają m.in. z bogactwa poszczególnych państw członkowskich UE, różnych doświadczeń historycznych, jak i różnych źródeł finansowania świadczenia tychże usług w tychże państwach. Różnice widoczne są pod względem wysokości wydatków przeznaczanych na ochronę zdrowia oraz świadczoną ich jakość, a co za tym idzie również skuteczność.

Gwarantowana przez regulacje traktatowe i „zazdrośnie strzeżona” niezależność państw członkowskich w obszarze ochrony zdrowia nie ma bowiem charakteru absolutnego, zaś wpływ Unii Europejskiej na ich polityki zdrowotne nie jest bez znaczenia.

Realizacja swobód traktatowych wymuszająca konieczność rozwoju transgranicznych usług zdrowotnych, wzajemnego uznawania kwalifikacji personelu medycznego, czy w końcu również tworzenia regulacji prawnych zapewniających dostęp do relatywnie niedrogich oraz bezpiecznych

produktów leczniczych i wyrobów medycznych, wymusiła wręcz z biegiem lat większe zaangażowanie Wspólnot, a następnie samej Unii Europejskiej w obszar szeroko rozumianego zdrowia publicznego.

Początkowy brak w regulacjach wspólnotowego prawa pierwotnego bezpośrednich odniesień do problematyki zdrowia publicznego, zaowocował ostatecznie (początkowo w Jednolitym Akcie Europejskim) większym zainteresowaniem państw członkowskich w powierzeniu organom unijnym jakiegoś zakresu kompetencji w obszarze ochrony zdrowia. W chwili obecnej regulacje te znajdują się głównie w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Zgodnie z art. 4 TFUE wspólne problemy bezpieczeństwa w zakresie zdrowia publicznego w odniesieniu do zagadnień określonych w tymże traktacie to jeden z obszarów, w których Unia Europejska dzieli kompetencje z państwami członkowskimi. Ochrona i poprawa zdrowia ludzkiego znalazły się również wśród dziedzin przewidzianych dla tzw. kompetencji wspierających, które w tych obszarach wyłączają wprawdzie aktywność ustawodawczą organów Unii Europejskiej. Art. 6 TFUE podkreśla, że Unia ma kompetencje do prowadzenia działań mających na celu wspieranie, koordynowanie lub uzupełnianie działań państw członkowskich. Do dziedzin takich działań o wymiarze europejskim należy m.in. „ochrona i poprawa zdrowia ludzkiego”. Ponadto, zdrowiu publicznemu poświęcony jest tytuł XIV TFUE (art. 168), stwierdzający w zd. 1 ust. 1, że przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań Unii zapewnia się wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego.

Do kwestii dyskryminacji w zakresie świadczenia usług zdrowotnych odniesiono się w szerokim zakresie w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP). Artykuł 21 KPP uznaje prawo do wolności od dyskryminacji, w tym dyskryminacji ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne oraz religię lub przekonania. Z kolei art. 35 KPP gwarantuje każdemu prawo dostępu do profilaktycznej opieki zdrowotnej i prawo do korzystania z leczenia na warunkach ustanowionych w ustawodawstwach i praktykach krajowych. Tak więc prawo Unii Europejskiej zakazuje dyskryminacji z sześciu powodów: płci, wieku, niepełnosprawności, religii lub przekonań, pochodzenia rasowego lub etnicznego oraz orientacji seksualnej. Osoby często padają ofiarą dyskryminacji wynikającej z więcej niż jednej przyczyny; taką dyskryminację nazywa się „dyskryminacją z wielu przyczyn jednocześnie”. działań w tym zakresie podejmują również same państwa członkowskie). Unia aktywnie promuje

i chroni prawa podstawowe wszystkich mieszkańców UE w ramach wielu różnych programów.

3. Podstawowe dokumenty unijne w zakresie zapobiegania nierówności i dyskryminacji w dostępie do opieki zdrowotnej

Wróćmy do początku zaangażowania Wspólnot w kwestie dyskryminacji i nierówności w dostępie do świadczeń zdrowotnych. Wprawdzie już na spotkaniu w Hadze w 1969 r. szefowie państw i rządów podjęli decyzję o umacnianiu współpracy socjalno-politycznej⁴, to jednak dopiero na szczycie w Paryżu w 1972 r. polityka społeczna nabrała pełnego znaczenia⁵. Konsekwencją tego było przygotowanie w 1973 r. przez Komisję specjalnego Programu socjalnego⁶, który ostatecznie został uchwalony przez Radę rok później⁷. Głównymi celami programu było: a) polepszenie jakościowej i ilościowej sytuacji w dziedzinie zatrudnienia; b) polepszenie warunków życia i pracy pracowników; c) wzmocnienie roli pracowników i partnerów socjalnych w rozwiązywaniu problemów zawodowych i socjalnych, a także w podejmowaniu decyzji Wspólnoty w zakresach ekonomicznych i społecznych⁸.

Mimo braku wyraźnych działań przez kolejnych kilkadziesiąt lat, dopiero na początku obecnego stulecia przyjęto tzw. Agendę 2000, w której postulowano wyrównanie różnic dzielących państwa i regiony Unii. Problem ten podjęto również w związku z planowanym (dużym)

4 K. Głąbicka, *Polityka społeczna Wspólnot Europejskich*, Warszawa 1998, s. 42.

5 J. Bernhard, *Die Grundlagen der Sozialpolitik im Vertragsrecht der EG*, [w:] *Sozialpolitik in der EG*, Hrsg. H. Lichtenberg, Baden-Baden 1986, s. 11.

6 Por. Council of Europe, Council resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme (OJ C 13, 10.02.1974, p. 1), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31974Y0212\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31974Y0212(01)&from=EN) [dostęp: 20 maja 2016].

7 H. Berie, *Europäische Sozialpolitik*, [w:] *Soziale Integration in Europa I*, Hrsg. G. Kleinhenz, Berlin 1993, s. 48.

8 M. Demmer, *Europäische Sozialpolitik im Spannungsfeld zwischen institutionellem Wettbewerb und institutioneller Integration*, Köln 1994, s. 11; K. Głąbicka, *Polityka społeczna...*, s. 43; por. także W.C. Włodarczyk, [w:] W.C. Włodarczyk, I. Kowalska, A. Mokrzycka, *Szkice z polityki zdrowotnej Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 37.

rozszerzeniem Unii Europejskiej⁹. Jako uzupełniający dokument przyjęto jednocześnie tzw. agendę społeczną (*social policy agenda*), której zadaniem było służyć jako skuteczny instrument osiągnięcia celów sformułowanych w strategii lizbońskiej¹⁰. Z kolei w rezolucji z dnia 29 czerwca 2000 r. stwierdzono, że zwiększanie się różnic w stanie zdrowia między państwami członkowskimi i wewnątrz nich wymaga podjęcia działań skoordynowanych zarówno przez poszczególne państwa członkowskie, jak i Unię Europejską jako całość¹¹. W powyższym dokumencie doszło do uznania, że postulat równości, sprawiedliwości i przeciwdziałania dyskryminacji obecny już w europejskiej polityce społecznej dotyczy również ochrony zdrowia. Wkrótce potem przyjęto kolejny dokument w tym zakresie¹².

W listopadzie 2007 r. sporządzono następny dokument dotyczący tychże problemów¹³. Wskazano, że agenda społeczna określona w tym komunikacie oparta jest na „możliwościach”, „dostęp” i „solidarności”. „Możliwości” (*opportunities*) oznaczają dobry start w życiu, wykorzystywanie własnego potencjału każdej osoby i możliwie najlepsze wykorzystywanie szans oferowanych przez innowacyjną, otwartą i nowoczesną Europę. Z kolei „dostęp” (*access*) oznacza między innymi nowe i skuteczniejsze sposoby korzystania z opieki zdrowotnej odpowiedniej jakości i społecznej ochrony. Aby móc korzystać z możliwości, potrzeba więc

9 EU Commission, Europe's Agenda 2000: Strengthening and widening the European Union, <http://aei.pitt.edu/15088/> [dostęp: 20 maja 2016].

10 Council of Europe, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic, and Social Committee and the Committee of Regions. Social Policy Agenda, Brussels, 28.06.2000, COM (2000) 379, https://www.ucc.ie/archive/hdsp/Social_Policy_Agenda_com379_en.pdf [dostęp: 20 maja 2016].

11 Council of Europe, Communication resolution of 29 June 2000 on action on health determinants (OJ C 218, 31.07.2000, p. 3) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y0731\(03\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y0731(03)&from=EN) [dostęp: 20 maja 2016].

12 Parlament Europejski, Agenda Społeczna (2006–2010). Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie agendy społecznej na lata 2006–2010 (Dz.Urz. UE C 117 E/256).

13 Komisja Wspólnot Europejskich, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Możliwości, dostęp i solidarność. Ku nowej wizji społecznej Europy XXI wieku, Bruksela, 20 listopada 2007 r., KOM (2007) 726, <http://eur-lex.europa.eu?LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0726:FIN:PL:PDF> [dostęp: 20 maja 2016].

dostępu między innymi do opieki zdrowotnej. I w końcu „solidarność” (*solidarity*) oznacza wspieranie spójności społecznej i zrównoważonego rozwoju społecznego oraz troszczenie się, aby nikt nie był pozostawiony samemu sobie.

Powyższy program uległ dosyć szybko istotnej modyfikacji, bowiem już w lipcu 2008 r. przygotowano dokument o nazwie „Odnowiona agenda społeczna: Możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku”¹⁴. W dokumencie tym wspomniano, że starzenie się społeczeństwa Europy wymaga wprowadzenia rozmaitych rozwiązań w zakresie polityki – od wspierania badań nad tym, jak technologie informacyjne mogą przyczynić się do poprawy zdrowia i dobrego samopoczucia osób starszych, po określenie, jakie reformy systemu opieki zdrowotnej i systemu emerytalnego są konieczne, aby sprostać potrzebom starzejącego się społeczeństwa przy równoczesnym zapewnieniu stabilności finansowania publicznego. Wskazano także, że Unia Europejska powinna ułatwiać powszechny dostęp do opieki zdrowotnej na odpowiednim poziomie. Wzmacnianie praw pacjentów do transgranicznej opieki zdrowotnej stanowi ważny aspekt tej kwestii. Zauważono, że istnieje potrzeba większej przejrzystości w zakresie praw pacjentów. W dokumencie podkreślono również, że konieczne staje się tworzenie ram gwarantujących, że państwa członkowskie zachowają zdolność podejmowania decyzji co do swych krajowych systemów opieki zdrowotnej, przy uwzględnieniu konieczności zapewnienia trwałego finansowania. Konieczne jest także wspieranie mobilności pacjentów i specjalistów przez ułatwianie transgranicznej interoperacyjności elektronicznych rejestrów medycznych bez naruszania zasad ochrony danych osobowych. Unia Europejska wspiera działania państw członkowskich mające na celu zagwarantowanie stabilności finansowej systemów zabezpieczenia społecznego, w tym systemu opieki zdrowotnej, zagwarantowanie odpowiednich rent i emerytur w przyszłości oraz zachowanie jakości i dostępności usług. Komisja i państwa członkowskie analizują również konsekwencje gospodarcze i budżetowe, jakie pociągną za sobą starzenie się społeczeństwa oraz reformy systemu emerytalnego i systemu opieki zdrowotnej.

¹⁴ Komisja Wspólnot Europejskich, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Odnowiona agenda społeczna: Możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku, Bruksela, 2 lipca 2008 r., KOM (2008) 412 wersja ostateczna.

Wskazać należy, że cele unijne w tym względzie są związane z zagwarantowaniem wszystkim dostępu do odpowiedniej opieki zdrowotnej i opieki długoterminowej oraz dopilnowanie, aby potrzeba opieki nie prowadziła do ubóstwa i zależności finansowej¹⁵. Państwa powinny także skutecznie rozwiązywać problemy będące skutkiem nierówności w zakresie dostępu do opieki zdrowotnej oraz przystosowywać tę opiekę do zmieniających się potrzeb i preferencji społeczeństwa¹⁶.

W 2009 r. przyjęto komunikat Komisji o nazwie „Solidarity in health: Reducing health inequalities in the EU”¹⁷. W dokumencie tym stwierdzono, że nierówności zdrowotne są wywoływane odmiennymi warunkami życia, zachowań zdrowotnych, wykształceniem, rodzajem wykonywanej pracy, wysokością zarobków, poziomem opieki zdrowotnej, profilaktyką zdrowotną oraz działaniami w zakresie ochrony zdrowia. Wskazano, że duży wpływ na tworzenie tychże nierówności ma polityka poszczególnych państw. Nierówności w dostępie do edukacji, zatrudnienia oraz opieki zdrowotnej doświadczane w dzieciństwie oraz w młodości, jak również doświadczenia wynikające z przynależności do określonej płci lub rasy mogą w dużym stopniu wpłynąć na stan zdrowia człowieka w ciągu całego jego życia. Narastanie ryzyk powodujących pogorszenie stanu zdrowia może wynikać z ubóstwa oraz innych cech trudnej sytuacji społecznej (np. niepełnosprawności lub określonej przynależności etnicznej). Dokument podkreśla, że na obszarze całej Unii Europejskiej istnieje gradient społeczny w stanie zdrowia¹⁸; osoby

15 P. Zawadzki, *Instytucje międzynarodowe w walce z ubóstwem i wykluczeniem*, [w:] *Polityka publiczna wobec ubóstwa i wykluczenia społecznego*, red. R. Szarfenberg, C. Żołądowski, M. Thiess, Warszawa 2010, s. 65 i n.

16 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Odnowione zobowiązanie na rzecz europejskiego modelu społecznego. Udoskonalenie otwartej metody koordynacji w zakresie ochrony socjalnej i integracji społecznej, KOM (2008) 418, wersja ostateczna, Bruksela 20 lipca 2008 r.

17 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Solidarity in Health: reducing health inequalities in the EU*, Commission of the European Communities, Brussels, 20 October 2009 COM (2009) 567 final, http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/socio_economics/documents/com2009_en.pdf [dostęp: 20 maja 2016].

18 Światowa Organizacja Zdrowia definiuje ten gradient społeczny jako powiązanie nierówności społeczno-gospodarczych z nierównościami w zakresie zdrowia i dostępu do opieki zdrowotnej.

gorzej wykształcone, wykonujące gorszą pracę lub mniej zarabiające, migranci oraz członkowie mniejszości etnicznych, niepełnosprawni czy bezdomni, umierają w młodszym wieku i częściej chorują. Wyłącznie świadoma polityka społeczna może niwelować te problemy. W dokumencie wskazano, że mimo tego, iż problem nierówności w tym zakresie jest wspólny wszystkim państwom Unii Europejskiej, to jednak różne są jego przyczyny w poszczególnych państwach. Zauważono więc konieczność opracowania wspólnego zestawu składników monitorowania nierówności oraz metodyki oceniania sytuacji zdrowotnej w poszczególnych państwach członkowskich. To będzie umożliwiać jedynie pewne identyfikowanie obszarów wymagających interwencji. Zastosowanie najlepszych metod będzie możliwe wyłącznie po identyfikacji tychże obszarów. Dokument podkreśla również, że organy unijne powinny udzielić wsparcia państwom członkowskim w osiągnięciu celów dotyczących problemów tutaj opisanych. Analiza specyficznych sytuacji prowadząca do ustalania priorytetów i pozwalająca na dobór najbardziej odpowiednich narzędzi umożliwiałaby skuteczniejsze i efektywniejsze prowadzenie interwencji dostosowanej do potrzeb i zaistniałej sytuacji. Trudny proces zmniejszania różnic zdrowotnych powinien dzięki temu stać się łatwiejszy. Podkreślono, że pomocne byłoby skonstruowanie takiego modelu ogólnego rozwoju społecznego i gospodarczego, który prowadziłby do intensyfikacji wzrostu gospodarczego, ale równocześnie do wzmocnienia solidarności i spójności społecznej, a w konsekwencji do poprawy stanu zdrowia.

Podsumowując zawarte w tymże dokumencie tezy, zwraca on szczególną uwagę na: 1) dążenie do zmniejszania różnic zdrowotnych jako część ogólnego rozwoju społecznego i gospodarczego; 2) ulepszanie danych i poprawa podstaw wiedzy (w tym mechanizmów służących pomiarowi, monitorowaniu, ocenie i sprawozdawczości); 3) budowanie zaangażowania społecznego na rzecz zmniejszania nierówności zdrowotnych; 4) wychodzenie naprzeciw potrzebom najsłabszych obywateli oraz 5) rozwój wkładu polityki UE w działania na rzecz zmniejszania nierówności zdrowotnych.

Dalsze dokumenty podjęto już w czerwcu 2010 r. Wówczas to wydano dokument odnoszący się do wykorzystywania idei HiAP w celu zmniejszania nierówności zdrowotnych¹⁹. W dokumencie odniesiono się

¹⁹ Council conclusions on Equity and Health in All Policies: Solidarity in Health 3019th Employment, Social Policy, health and Consumer Affairs, Council meeting Brussels, 8 June 2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lssa/114994.pdf [dostęp: 20 maja 2016].

do prawnych podstaw zobowiązań unijnych w sprawach równości, które *de facto* wynikają z art. 168 TFUE (zdrowie publiczne) oraz art. 9 TFUE (ochrona zatrudnienia, ochrona socjalna, walka z wykluczeniem społecznym, ochrona ludzkiego zdrowia). Ponownie wskazano na najważniejsze przyczyny prowadzące do pogarszania się stanu zdrowia ludzi, tj. złej sytuacji społecznej i ekonomicznej, podkreślając jednocześnie istnienie gradientu pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi. Zauważono także, że pogorszenie stanu zdrowia dotyczy takich grup, jak bezrobotni, bezdomni, osoby uzyskujące niskie dochody, osoby z problemami zdrowia psychicznego, niepełnosprawni. Wskazano jednoznacznie na znaczny stan zdrowia populacji i migrantów oraz mniejszości etnicznych (zwłaszcza Romów²⁰). Dokument obrazuje, że ich zły stan zdrowia wynika z wielu przesłanek. Do pierwszej grupy należy zaliczyć przesłanki strukturalne, w tym uwarunkowania społeczno-ekonomiczne i polityczne, warunki sprawowania rządów, sytuację makroekonomiczną, cechy polityki społecznej i zdrowotnej, społeczne normy oraz wartości, świat wartości, jak również otoczenie kulturowe. Do drugiej grupy przesłanek zaliczono takie czynniki, jak niski poziom dochodów, ograniczona edukacja, gorsze warunki budownictwa mieszkaniowego oraz niższy poziom dobrobytu w porównaniu z większością ludności. To niekorzystne położenie jest wzmacniane takimi zjawiskami, jak społeczna dyskryminacja, stygmatyzacja i odrzucenie, nierówny, krzywdzący dostęp do opieki zdrowotnej i innych usług społecznych. Wskazano również wyraźnie, że rozwój dzieci i młodzieży jest zasadniczo kształtowany przez społeczne i ekonomiczne warunki, w jakich żyją ich rodzice. Istotny jest tutaj wpływ bezpośredniego otoczenia, w jakim się wychowują. Powyższe czynniki kreują warunki, które mają zasadniczy wpływ na powstawanie i trwanie społecznego gradientu w zakresie zdrowia społeczności dorosłych. Co więcej, zauważa się również znaczenie wzajemnego oddziaływania wymienionych czynników wzmacniających istniejące problemy. Podkreślono, że gorszy stan zdrowia jest najbardziej wyrazisty w grupach osób wykluczonych, jednakże bywa również postrzegany poprzez nachylenie profilu zdrowotnego w przekroju całego społeczeństwa. Podkreśla się tutaj także konieczność podejmowania interwencji

20 O problemie niskiego poziomu zdrowotności Romów i aktywności Unii Europejskiej w tym zakresie pisze szerzej W.C. Włodarczyk, *Problemy nierówności w zdrowiu*, [w:] W.C. Włodarczyk, I. Kowalska, A. Mokrzycka, *Szkice z polityki zdrowotnej...*, s. 157 i 158.

sprzyjającym zmniejszaniu społecznego gradientu w zdrowiu i poprawy stanu zdrowia grup znajdujących się w najtrudniejszej sytuacji podejmowanych we wczesnych fazach życia (od etapu prenatalnego do okresu dojrzewania). Społeczne czynniki warunkujące właściwy stan zdrowia publicznego obejmują dostarczenie opieki zdrowotnej wysokiej jakości i to, że efektywna równość może być osiągnięta poprzez interwencję ułatwiającą dostęp do tej opieki dla wszystkich, włączając w to grupy podatne, mając na uwadze poważne luki, które istnieją w wielu państwach w dostępie do opieki zdrowotnej, jak również konieczność solidarności w finansowaniu służby zdrowia. Takie działania – zdaniem twórców dokumentu – doprowadzą ostatecznie do poprawy ogólnego poziomu wykształcenia oraz wydajności gospodarczej na obszarze Unii Europejskiej.

Za właściwe uznano włączanie problematyki ochrony zdrowia do aspektów istotnych dla rozwoju innych polityk UE. Zwrócono uwagę na fakt, że warunki pracy, jak i pozytywne relacje między zdrowiem a wydajnością są obszarami objętymi szczególnym zainteresowaniem Unii Europejskiej. Przyczyniają się bowiem do zapewnienia efektywności systemu ekonomicznego. Zauważono również konieczność tworzenia procedur pozwalających dokonywać obiektywnej oceny wpływu stanu zdrowia poszczególnych grup ludności na obszarze Unii Europejskiej na wzrost poziomu gospodarczego i zamożności społeczeństw.

W powyższym dokumencie podkreślono także, że celem Unii Europejskiej powinno być wspieranie rozwoju gospodarczego przy zachowaniu społecznej spójności. Taka aktywność, w której dojdzie do wykorzystania podejścia opartego na dążeniu do sprawiedliwości w zdrowiu, może wzmocnić skuteczność różnych przedsięwzięć i przyczynić się do osiągnięcia przyjętego przez UE celu. Co istotne, wskazano, że chociaż zwykle wzrost gospodarczy sprzyja ogólnemu rozwojowi, a dążenie do pełnego zatrudnienia jest kluczem do zmniejszenia nierówności w zakresie zdrowia, różnice zdrowotne między różnymi grupami społeczno-ekonomicznymi mogą się rozszerzać, jeżeli kwestie sprawiedliwości nie są właściwie sformułowane i uwzględniane w kreowanych mechanizmach politycznych.

W ostatecznych konkluzjach zawartych w niniejszym dokumencie wskazano, że: 1) dostrzega się wyraźnie wpływ społecznych czynników warunkujących stan zdrowia; 2) należy wspierać kreację narzędzi politycznych dających jak najlepszy start życiowy dzieciom, w tym wspierać kobiety ciężarne i rodziców; 3) należy uwzględniać narzędzia (w tym stosować narzędzia promocji zdrowia i zapobiegania chorobom) pozwalające

w pełni wykorzystywać prawo do powszechnego dostępu do ochrony zdrowia, szczególnie dzieciom, rodzicom i kobietom w ciąży.

Kolejnym dokumentem była rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 8 marca 2011 r. w sprawie zmniejszania nierówności zdrowotnych w UE (2012/C 199 E/04). Rezolucja podkreśla, że powszechność, dostęp do opieki o wysokiej jakości, równość i solidarność są wspólnymi wartościami i zasadami, na których opierają się systemy opieki zdrowotnej w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

W swej rezolucji Parlament Europejski dalej stwierdził, że nierówności zdrowotne to nie tylko wynik wielu czynników gospodarczych i środowiskowych oraz stylów życia, lecz także trudności w dostępie do opieki zdrowotnej. Pomimo postępów społeczno-gospodarczych i środowiskowych, które w długiej perspektywie doprowadziły do ogólnej poprawy stanu zdrowia mieszkańców, różne czynniki, na przykład warunki higieniczne i mieszkaniowe oraz warunki pracy, niedożywienie, edukacja, poziom dochodów, spożywanie alkoholu czy palenie tytoniu, nadal bezpośrednio wpływają na powstawanie nierówności zdrowotnych. Podkreślono, że nierówności zdrowotne wiążą się również z trudnościami w dostępie do opieki zdrowotnej, zarówno z przyczyn ekonomicznych – niekoniecznie w przypadku poważnych zabiegów, których koszty są odpowiednio pokrywane w państwach członkowskich, ale w przypadku zabiegów bieżących (np. zabiegi dentystryczne lub okulistyczne) czy też w przypadku profilaktyki – jak i z powodu złej dystrybucji zasobów medycznych na niektórych obszarach UE. Wskazano, że połączenie ubóstwa i innych przyczyn trudnej sytuacji społecznej, takich jak wiek dziecięcy lub podeszły, niepełnosprawność lub przynależność do mniejszości, powoduje dalsze zwiększenie ryzyka wystąpienia różnic zdrowotnych. I odwrotnie – pamiętać też trzeba, że również słabe zdrowie może prowadzić do ubóstwa lub wykluczenia społecznego. Zauważono po raz kolejny, że lata młodości rzutują na wiele aspektów zdrowia i dobrobytu człowieka przez całe jego życie – od otyłości, chorób serca i zdrowia psychicznego po wykształcenie, osiągnięcia zawodowe, status ekonomiczny i jakość życia. W konsekwencji, nierówności zdrowotne mają istotne implikacje gospodarcze dla UE i państw członkowskich.

W 2011 r. przyjęto kolejny dokument²¹. Podkreślono w nim, że wielkość luk zdrowotnych w UE jest niezgodna z podstawowymi unijnymi

21 Council of the European Union EN, Council conclusions on closing health gaps within the EU through concerted action to promote healthy lifestyle behaviours

wartościami, takimi jak solidarność, równość i powszechność. Te „luki zdrowotne” (*health gaps*) są rozumiane jako zróżnicowanie ludności w przedwczesnej śmiertelności, chorobliwości oraz niepełnosprawności. W omawianym dokumencie po raz kolejny potwierdzono, że istnienie i wielkość różnic w stanie zdrowia w Unii Europejskiej pozostają w sprzeczności z podstawowymi unijnymi wartościami, jakimi są solidarność, sprawiedliwość i powszechność.

Wskazać należy w tym miejscu również, że w latach 2007–2010 Unia Europejska realizowała projekt DETERMINE. Był on zasadniczo nakierowany na poprawę świadomości w kwestii nierówności w zdrowiu. Projekt DETERMINE służył lepszemu zrozumieniu problemu nierówności w zdrowiu, ich społeczno-ekonomicznych uwarunkowań oraz stymulowaniu działań w różnych sektorach polityki, które mogą zredukować moralnie i etycznie nieuzasadnione różnice w stanie zdrowia różnych grup społecznych. Był jednym z kilku projektów poświęconych problematyce nierówności w zdrowiu dofinansowanych przez KE z programu zdrowia publicznego lub programów ramowych²². Pierwszym etapem projektu była identyfikacja działań na terenie UE uwzględniających społeczno-ekonomiczne determinanty nierówności w zdrowiu. Wyniki tej analizy zawarto w dokumencie roboczym *Examples of Activity in Europe*²³. Kolejnym etapem projektu były przegląd oraz analiza innowacyjnych działań na rzecz społecznych determinantów zdrowia. Wyniki tej części projektu zawarto w dokumencie roboczym *Lessons from Europe*²⁴.

Realizacja projektu DETERMINE miała na celu posłużenie lepszemu zrozumieniu problemu nierówności w zdrowiu, ich społeczno-ekonomicznych

3131st Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs, Council meeting Brussels, 1 and 2 December 2011, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lisa/126524.pdf [dostęp: 20 maja 2016].

- 22 J. Car, A. Dębska, D. Cianciara, M. Piotrowicz, M.J. Wysocki, *Wspieranie działań na rzecz równości w zdrowiu w Unii Europejskiej...*, s. 22.
- 23 T. Lavin, O. Metcalfe, *Policies and actions addressing the socio-economic determinants of health inequalities: examples of activity in Europe*, DETERMINE Working Document No. 1, Institute of Public Health In Ireland, Brussels 2008, <http://www.closing-the-gap.org/?uid=6183f35383c0a4705f0814cf531aacda&cid=Seite3454> [dostęp: 15 grudnia 2015].
- 24 A. Christopoulos, D. Mc Vey, A. Crosier, *A rapid review of innovation in the context of social determinants. Lessons from Europe*, DETERMINE Working Document No. 2, National Social Marketing Centre, Brussels 2008, <http://www.closing-the-gap.org/?uid=6183f35383c0a4705f0814cf531aacda&cid=Seite3454> [dostęp: 15 grudnia 2015].

uwarunkowań oraz stymulowaniu działań w różnych sektorach polityki, które mogą redukować moralnie i etycznie nieuzasadnione różnice w stanie zdrowia różnych grup społecznych czterech głównych obszarów. Po pierwsze, podnoszenia świadomości i popularyzacji wiedzy o społeczno-ekonomicznych determinantach zdrowia wśród decydentów, specjalistów związanych ze zdrowiem i w społeczeństwie przy wykorzystaniu rzetelnych i zrozumiałych dla szerokiego grona odbiorców danych na temat nierówności w zdrowiu. Po drugie, zwiększenia roli ministerstw zdrowia w działaniach dotyczących społecznych determinantów zdrowia. Po trzecie, uzyskania wsparcia dla prac międzysektorowych poprzez odpowiednie działania ustawodawcze, które mogą efektywnie wspierać realizowanie obranych celów. Po czwarte zaś, propagowania podejścia „uczestniczącego” – współpracy z odbiorcami działań.

4. Kwestie mobilności pacjentów w kontekście kształtowania równego dostępu do opieki medycznej

Zauważyć należy również, że jednym z istotnych czynników wpływających na pojawianie się nierówności zdrowotnych jest zakres swobody korzystania ze świadczeń zdrowotnych za granicą przez obywateli państw UE na jej obszarze. Przepływy pacjentów między państwami członkowskimi są jednak ograniczone, jako że większość pacjentów w Unii korzysta i woli korzystać z opieki zdrowotnej we własnym kraju, niemniej w określonych okolicznościach pacjenci mogą starać się o korzystanie z pewnych form opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim. Dotyczy to chociażby sytuacji nagłych, związanych z wystąpieniem choroby lub wypadku w trakcie okazjonalnych wyjazdów do innych państw. Może dotyczyć również sytuacji, w których pacjenci państw udają się na leczenie do innych państw w związku z koniecznością uzyskania dostępu do procedur leczniczych niedostępnych w państwach pochodzenia lub dostępnych znacznie szybciej. Ponadto, niektórzy pacjenci chcą leczyć się za granicą, aby być blisko członków rodziny mieszkających w innym państwie członkowskim lub aby mieć dostęp do innej metody leczenia niż ta świadczona w państwie członkowskim ubezpieczenia. Często na wybór leczenia za granicą wpływa przekonanie, że w innym państwie członkowskim otrzymają opiekę zdrowotną lepszej jakości. W.C. Włodarczyk podkreśla, że ubiegając się o świadczenie związane z realizacją świadczeń w opiece transgranicznej,

„[...] pacjent może napotykać rozmaite przeszkody w dostępie do świadczeń, które nierzadko przyczyniają się do powstawania nierówności, co dotyczy zarówno różnic w faktycznym korzystaniu, jak i różnic w stanie zdrowia”²⁵. Jak słusznie wskazuje R. Baeten, możliwość korzystania z tej formy opieki zdrowotnej może zasadniczo przyczyniać się do przewyższenia różnorodnych barier organizacyjnych ograniczających dostępność²⁶.

W literaturze przedmiotu wskazano na pojawianie się wielu problemów związanych ze świadczeniem usług transgranicznej opieki zdrowotnej i refundacji kosztów ich udzielenia przez poszczególne państwa członkowskie UE²⁷. Wskazuje się między innymi na możliwy negatywny wpływ tego typu wydatków na bilansowanie się budżetów ochrony zdrowia poszczególnych państw²⁸, jak również problemy z planowaniem wydatków zdrowotnych²⁹. Argumentuje się wręcz, że powyższy względ powinien ograniczać rozwój transgranicznej opieki zdrowotnej³⁰. Z drugiej strony zaś podkreśla się pozytywny aspekt wzrostu zakresu usług w ramach transgranicznej opieki zdrowotnej dla pacjentów³¹.

Następstwem realizacji swobód wspólnotowych stało się wprowadzenie unijnej instytucji koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego³².

-
- 25 W.C. Włodarczyk, *Problemy nierówności w zdrowiu*, [w:] W.C. Włodarczyk, I. Kowalska, A. Mokrzycka, *Szkice z polityki zdrowotnej...*, s. 158.
- 26 R. Baeten, *Past impacts of cross-border health care*, [w:] *Cross-border health care in the European Union...*, *op. cit.*
- 27 Y. Jorens, *The Right to Health Care Cross Borders*, [w:] *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, eds. M. McKee, E. Mossialos, R. Baeten, PIE-Peter Lang 2003, s. 87 i n.
- 28 R. Cornelissen, *25eme anniversaire du Reglement (CEE) no. 1408/701, ses resultats et ses limites*, Paper for the European Colloquium 22 Annees du Reglement (CEE) no. 1408/701 sur la securite sociale des travailleurs migrants, Office National de la Securite sociale de Suede and Commission europeenne, Stockholm 1997, s. 41; Y. Jorens, *Grensarbeid: algemene situering en probleemstelling*, [w:] *Grensarbeid: sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, red. Y. Jorens, Brugge 1997, s. 14.
- 29 P. Mavridis, *Le citoyen europeen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?*, *Droit Social* 1996, No. 12, s. 1092 i 1093; S. Zechel, *Die territorial begrenzte Leistungserbringung der Krankenkassen im Lichte des EG-Vertrages*, Berlin 1995, s. 29 i n.
- 30 Y. Jorens, *The Right to Health Care Cross Borders*, s. 87.
- 31 *Ibidem*, s. 87 i 88. Por. także A. Cygan, *Public healthcare in the European Union: Still a Service of General Interest?*, *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press 2010, s. 11 i n.; A. du Bois-Pedain, *Seeking healthcare elsewhere*, *Cambridge Law Journal* 2007, vol. 66, s. 44 i n.
- 32 Por. m.in. T.K. Hervej, J.V. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press 2004, s. 112; A. Mokrzycka, *Wspólnotowe podstawy praw*

Jej zadaniem było określenie wspólnych zasad określających warunki otrzymania pomocy medycznej przez pacjenta w innym państwie UE pod warunkiem, że ma on prawo do określonych świadczeń opieki zdrowotnej w państwie zamieszkania. Przepisy te okazały się w pewnym momencie niewystarczające do zapewnienia transgranicznej opieki zdrowotnej na obszarze wspólnotowym. Podjęte prace nad kolejnym aktem unijnym w tym zakresie zakończyły się już w obecnej dekadzie. Ostateczny tekst przyjęto w dniu 9 marca 2011 r. – uchwalono wówczas dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej (dalej również: „dyrektywa 2011/24”)³³. Po implementacji dyrektywy w krajowych porządkach prawnych, rolą dorobku orzeczniczego pozostało wpływać na sposób interpretacji reguł przyjętych w tym zakresie w prawie pozytywnym.

Zgodnie z motywem 33 dyrektywy 2011/24 założeniem stawianym przed przepisami tejże dyrektywy nie jest ustanowienie uprawnienia do zwrotu kosztów opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim, jeżeli taka opieka zdrowotna nie jest objęta zakresem świadczeń przewidzianym w ustawodawstwie państwa członkowskiego ubezpieczenia danej osoby. Jednocześnie niniejsza dyrektywa nie powinna zapobiegać rozszerzeniu przez państwa członkowskie ich systemu świadczeń rzeczowych na opiekę zdrowotną świadczoną w innym państwie członkowskim. J. Bazylińska-Nagler słusznie zauważa, że powyższe rozwiązanie powoduje, iż dyrektywa: „faktycznie zachęca do rozszerzania przez państwa członkowskie ich systemu świadczeń rzeczowych na transgraniczną opiekę zdrowotną”³⁴. Tym samym obowiązek zwrotu kosztów leczenia za granicą, zgodnie z dyrektywą, jest ograniczony tylko do świadczeń, do których pacjent jest uprawniony w swoim państwie ubezpieczenia, nie wyklucza zwrotu przez państwa kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej ponad ten poziom.

Państwa członkowskie ubezpieczenia powinny dać pacjentom prawo do co najmniej takich samych świadczeń w innym państwie członkowskim, jak te przewidziane w prawodawstwie państwa członkowskiego

pacjenta do ochrony zdrowia w UE. Dyrektywa „Pacjenci bez granic”. Zarys problemu, [w:] W.C. Włodarczyk, I. Kowalska, A. Mokrzycka, Szkice z polityki zdrowotnej..., s. 316.

³³ Dz.Urz. L 88/45.

³⁴ J. Bazylińska-Nagler, *Transgraniczne usługi zdrowotne w unijnym i polskim porządku prawnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2015, nr 01, s. 5.

ubezpieczenia. Jeżeli wykaz świadczeń nie wyszczególnia dokładnie stosowanej metody leczenia, ale określa typy leczenia, państwo członkowskie ubezpieczenia nie powinno odmawiać uprzedniej zgody lub zwrotu kosztów, powołując się na fakt, że metoda leczenia nie jest dostępna na jego terytorium, ale powinno ocenić, czy planowane lub otrzymane leczenie transgraniczne odpowiada świadczeniom przewidzianym w jego prawodawstwie. Fakt, że obowiązek zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej zgodnie z niniejszą dyrektywą jest ograniczony tylko do opieki zdrowotnej figurującej wśród świadczeń, do których pacjent jest uprawniony w swoim państwie członkowskim ubezpieczenia, nie wyklucza zwrotu przez państwa członkowskie kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej ponad ten pułap. Dla przykładu, państwa członkowskie mają prawo zwracać dodatkowe koszty, takie jak nocleg i podróż, lub dodatkowe koszty ponoszone przez osoby niepełnosprawne, nawet w przypadkach, gdy koszty te nie podlegają zwrotowi w przypadku opieki zdrowotnej świadczonej na ich terytorium³⁵.

Kwestią, na którą zwraca się szczególną uwagę w kształtowaniu regulacji odnoszących się do transgranicznej opieki zdrowotnej, jest uprzednia zgoda państwa ubezpieczenia na finansowanie świadczeń udzielanych w państwie leczenia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału państwa członkowskie mogą uzależniać od uprzedniej zgody pokrycie przez krajowy system kosztów opieki szpitalnej zapewnianej w innym państwie członkowskim. Było to już przedmiotem szczegółowej analizy w niniejszym rozdziale. Trybunał orzekł, że wymóg ten jest konieczny i uzasadniony, ponieważ liczba szpitali, ich rozmieszczenie geograficzne, sposób ich organizacji oraz ich wyposażenie, a nawet rodzaj świadczeń medycznych, które są w stanie zaoferować poszczególne placówki, to obszary, w których powinno być możliwe planowanie, zazwyczaj mające zaspokoić zróżnicowane potrzeby. Warto przypomnieć, że Trybunał stwierdził, iż takie planowanie ma na celu zapewnienie wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia szpitalnego wysokiej jakości w danym państwie członkowskim.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uzależnienie pokrycia kosztów opieki zdrowotnej świadczonej w innym państwie członkowskim przez ustawowy system zabezpieczenia społecznego lub krajowy system opieki zdrowotnej od uprzedniej zgody jest

³⁵ Por. motyw 34 dyrektywy 2011/24.

ograniczeniem w swobodnym przepływie usług³⁶. Mając na uwadze wypracowane w orzecznictwie sądów unijnych poglądy, prawodawca unijny wskazał kilka istotnych wytycznych, jakimi powinny kierować się państwa członkowskie przy regulacji w prawie krajowym kwestii ewentualnego mechanizmu uprzedniej zgody na realizację transgranicznej opieki zdrowotnej.

W motywie 42 omawianej dyrektywy wskazano wyraźnie, że względu na to, iż to państwa członkowskie są odpowiedzialne za ustanawianie zasad dotyczących zarządzania, wymogów, standardów jakości i bezpieczeństwa oraz za organizację i świadczenie opieki zdrowotnej i że w poszczególnych państwach występują różne wymogi związane z planowaniem, to do państw członkowskich należy podjęcie decyzji, czy jest potrzeba wprowadzenia systemu uprzednich zgód, a jeżeli tak, określenie, które świadczenia opieki zdrowotnej wymagają takiej zgody w ramach krajowego systemu, zgodnie z kryteriami ustalonymi w niniejszej dyrektywie i z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału.

Artykuł 4 ust. 3 dyrektywy 2011/24 potwierdza, że w odniesieniu do pacjentów z innych państw członkowskich w trakcie wykonywania transgranicznej opieki zdrowotnej powinna być stosowana zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Brzmienie powyższego rozwiązania „tonowane” (przynajmniej w zakresie tworzenia regulacji krajowych na poziomie krajowym realizujących zasadę niedyskryminacji) jest rozwiązaniem opisanym w zdaniu drugim tego przepisu, gdzie wskazuje się, że nie narusza to możliwości przyjęcia przez państwo członkowskie leczenia – jeżeli jest to uzasadnione nadrzędnymi względami politycznymi interesem ogólnym, takimi jak wymogi planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczące woli kontrolowania kosztów oraz unikania, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich – środków dotyczących dostępu do leczenia służących wypełnieniu podstawowego obowiązku, jakim jest zapewnienie wystarczającego

36 Zatem, co do zasady, państwo członkowskie ubezpieczenia nie powinno uzależniać pokrycia kosztów opieki zdrowotnej świadczonej w innym państwie członkowskim od uprzedniej zgody, w przypadku gdy koszty tej opieki – jeżeli udzielono by jej na terytorium tego państwa – zostałyby sfinansowane przez jego system zabezpieczenia społecznego lub krajowy system opieki zdrowotnej.

i stałego dostępu do opieki zdrowotnej na jego terytorium. Środki takie są ograniczone do tego, co jest konieczne oraz proporcjonalne i nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji oraz są z wyprzedzeniem podawane do publicznej wiadomości³⁷.

Realizacja zasady niedyskryminacji wskazana została precyzyjnie w jednym z kolejnych rozwiązań normatywnych. Otóż państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby świadczeniodawcy stosowali na swoim terytorium wobec pacjentów z innych państw członkowskich tę samą skalę opłat za opiekę zdrowotną, która jest stosowana wobec pacjentów krajowych w porównywalnej sytuacji zdrowotnej, lub pobierali opłatę skalkulowaną zgodnie z obiektywnymi, niedyskryminacyjnymi kryteriami, jeżeli nie istnieje porównywalna cena dla pacjentów krajowych³⁸. Powyższe rozwiązanie nie narusza przepisów krajowych, które umożliwiają świadczeniodawcom ustalanie własnych cen, pod warunkiem że nie dyskryminują oni pacjentów z innych państw członkowskich³⁹. Co istotne również, regulacje dyrektywy nie naruszają przepisów ustawowych ani wykonawczych państw członkowskich dotyczących stosowania języków. Państwa członkowskie mogą zdecydować o dostarczaniu informacji w innych językach niż języki urzędowe danego państwa członkowskiego.

5. Zakończenie

Problemy nierówności i dyskryminacji w dostępie do opieki zdrowotnej znajdują się obecnie również w obszarze zainteresowania Unii Europejskiej. Od kilkudziesięciu lat zaobserwować można aktywność Unii Europejskiej w tym zakresie. Sprowadza się ona zasadniczo do wydawania dokumentów o charakterze postulatycznym, jednakże kwestie nierówności i dyskryminacji w dostępie do opieki medycznej wynikają również z regulacji prawa pierwotnego.

W Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wspomniano o kwestiach sprawiedliwości, równości oraz zwalczaniu dyskryminacji. W UE podejmowanych jest wiele działań, które uwzględniają społeczno-ekonomiczne

37 Por. także L. Hancher, W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Healthcare Sector*, Oxford 2012, s. 210–211.

38 Por. art. 4 ust. 4 dyrektywy 2011/24.

39 Por. art. 4 ust. 4 zdanie drugie dyrektywy 2011/24.

determinanty nierówności w zdrowiu. Unia aktywnie promuje i chroni prawa podstawowe wszystkich mieszkańców UE w ramach wielu różnych programów i inicjatyw. Takie postępowanie jest zgodne z traktatem z Lizbony oraz Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej, które zakazują wszelkiej dyskryminacji – ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, religię lub przekonania, rasę lub pochodzenie etniczne czy orientację seksualną.

Istotne znaczenia dla zwalczania nierówności w dostępie do opieki medycznej mają również regulacje w zakresie mobilności pacjentów na obszarze unijnym.

Bibliografia

- Baeten R., *Past impacts of cross-border health care*, [w:] *Cross-border health care in the European Union. Mapping and analyzing practices and policies*, s. 255 i n., http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/135994/e94875.pdf [dostęp: 20 maja 2016].
- J. Bazylińska-Nagler, *Transgraniczne usługi zdrowotne w unijnym i polskim porządku prawnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2015, nr 01.
- Berie H., *Europäische Sozialpolitik*, [w:] *Soziale Integration in Europa I*, Hrsg. G. Kleinhenz, Berlin 1993.
- Bernhard J., *Die Grundlagen der Sozialpolitik im Vertragsrecht der EG*, [w:] *Sozialpolitik in der EG*, Hrsg. H. Lichtenberg, Baden-Baden 1986.
- Busse R., van Ginneken E., Woerz M., *Access to health care services within and between countries of the European Union*, [w:] *Cross-border health care in the European Union. Mapping and analyzing practices and policies*, red. Wismar M., Palm W., Figueras J., Ernst K., van Ginneken E., Woerz M., Brussels 2011, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/135994/e94875.pdf [dostęp: 20 maja 2016].
- Christopoulos A., Mc Vey D., Crosier A., *A rapid review of innovation in the context of social determinants. Lessons from Europe*, DETERMINE Working Document No. 2, National Social Marketing Centre, Brussels 2008, <http://www.closing-the-gap.org/?uid=6183f35383c0a4705f-0814cf531a-acda&id=Seite3454> [dostęp: 15 grudnia 2015].
- Cornelissen R., *25eme anniversaire du Reglement (CEE) no. 1408/701, ses resultats et ses limites*, Paper for the European Colloquium 22 Annees

- du Reglement (CEE) no. 1408/701 sur la securite sociale des travailleurs migrants, Office National de la Securite sociale de Suede and Commission europeenne, Stockholm 1997.
- Cygan A., *Public healthcare in the European Union: Still a Service of General Interest?*, International & Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press 2010, s. 11 i n.; A. du Bois-Pedain, *Seeking healthcare elsewhere*, Cambridge Law Journal 2007, vol. 66.
- Demmer M., *Europäische Sozialpolitik im Spannungsfeld zwischen institutionellem Wettbewerb und institutioneller Integration*, Köln 1994.
- Głąbicka K., *Polityka społeczna Wspólnot Europejskich*, Warszawa 1998.
- Grinten van der T., *Rationing health care*, Health Policy Monitor 2003, May, http://hpm.org/en/Surveys/Erasmus_University_Rotterdam_-_Netherlands/01/Rationing_Health_Care.html [dostęp: 20 maja 2016].
- L. Hancher, W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Healthcare Sector*, Oxford 2012.
- Hervey T.K., McHale J.V., *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press 2004.
- Jorens Y., *Grensarbeid: algemene situering en probleemstelling*, [w:] *Grensarbeid: sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, red. Y. Jorens, Brugge 1997.
- Jorens Y., *The Right to Health Care Cross Borders*, [w:] *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, eds. M. McKee, E. Mossialos, R. Baeten, PIE-Peter Lang 2003.
- Lavin T., Metcalfe O., *Policies and actions addressing the socio-economic determinants of health inequalities: examples of activity in Europe*, DETERMINE Working Document No. 1, Institute of Public Health In Ireland, Brussels 2008, <http://www.closing-the-gap.org/?uid=6183f35383c0a4705f0814cf531aacda&cid=Seite3454> [dostęp: 15 grudnia 2015].
- Mavridis P., *Le citoyen europeen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?*, Droit Social 1996, No. 12, s. 1092 i 1093; S. Zechel, *Die territorial begrenzte Leistungserbringung der Krankenkassen im Lichte des EG-Vertrages*, Berlin 1995.
- Włodarczyk W.C., *Problemy nierówności w zdrowiu*, [w:] W.C. Włodarczyk, I. Kowalska, A. Mokrzycka, *Szkice z polityki zdrowotnej Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
- Zawadzki P., *Instytucje międzynarodowe w walce z ubóstwem i wykluczeniem*, [w:] *Polityka publiczna wobec ubóstwa i wykluczenia społeczne-go*, red. R. Szarfenberg, C. Żołądowski, M. Thiess, Warszawa 2010.

Rafał Mańko
(Uniwersytet Amsterdamski)

IDEE WOLNOŚCI, RÓWNOŚCI I WŁASNOŚCI W PRAWIE PRYWATNYM (ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM UMÓW O DOSTARCZANIE TREŚCI CYFROWYCH KONSUMENTOM)

ABSTRACT

CONCEPTS OF LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY IN PRIVATE LAW (WITH PARTICULAR EMPHASIS ON CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT TO CONSUMERS)

The article traces the realization of the concepts of liberty, equality, and property in the context of private law, with particular emphasis on the contracts for the supply of digital content. Reflections on each of the three aforementioned concepts consist of a general and specific part. The general part is historical and comparative in nature, while the specific part covers proposed rules governing contracts for the supply of digital content to consumers.

KEYWORDS: freedom, equality, property, private law, contracts for the supply of digital content

SŁOWA KLUCZOWE: wolność, równość, własność, prawo prywatne, umowy o dostarczanie treści cyfrowych

1. Wprowadzenie

Idee polityczne i prawne – takie jak tytułowe: wolność, równość i własność – znajdują swoje urzeczywistnienie, w mniejszym lub większym stopniu, w konkretnych normach prawnych, a także w złożonych z tych

norm instytucjach prawnych¹. Można bez przesady powiedzieć, że treść każdego aktu prawnego, pomijając normy całkowicie techniczne², stanowi w istocie wypadkową określonych idei politycznych i prawnych, które – mniej lub bardziej świadomie – wpłynęły na jego treść³. Analizę tego zjawiska można wpisać w ramy badań nad prawem i ideologią⁴, traktując je jako przejaw wpływu określonej ideologii (będącej w pewnym uproszczeniu mniej lub bardziej spójnym zbiorem określonych idei politycznych i prawnych) na treść norm prawa obowiązującego.

Niniejszy artykuł stawia sobie jednak za cel nie tyle zanalizowanie wpływu określonej ideologii na prawo obowiązujące, co analizę projektu aktu prawnego – dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych⁵ – w perspektywie realizacji trzech wskazanych w tytule niniejszej pracy idei, które można bez przesady uznać za przewodnie dla współczesnego prawa

- 1 Pojęcie „instytucji prawnej” rozumiem tu jako zespół powiązanych ze sobą norm prawnych, które cechuje spójność i współzależność, przy czym regulują one określony wycinek życia społecznego i łącznie spełniają określoną funkcję społeczną. Por. A. Łopatka, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1969, s. 260; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 34; W. Gromski, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 187; A. Sulikowski, *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007, s. 35 i 61; R. Mańko, *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” t. XVI: 2006, z. 2, s. 13–14.
- 2 Por. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)*, „American Journal of Comparative Law” R. XXXIX: 1991, z. 2, s. 393–394; R. Mańko, *Transformacja...*, *op. cit.*, s. 29–30.
- 3 Przy czym należy rozróżnić wpływ idei (ideologii) na tworzenie aktów prawnych, jak też na ich wykładnię. O tym drugim zjawisku por. R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation*, [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, Riga 2016.
- 4 Zob. szerzej: A. Halpin, *Ideology and Law*, „Journal of Political Ideologies” R. XI: 2006, z. 2; R. Mańko, M. Stambulski, *Law and ideology: critical explorations*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1; D. Šulmane, *Ideology, nationalism and law: legal tools for an ideological machinery in Latvia*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. VI: 2015, z. 1. R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation*, *op. cit.* Por. ujęcie problemu prawa i ideologii w perspektywie socjologii krytycznej Pierre’a Bourdieu w pracy: H. Dębka, *Law’s Symbolic Power: Beyond the Marxist Conception of Ideology*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1.
- 5 Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. COM(2015) 634 final; 2015/0287 (COD).

prywatnego, a mianowicie: wolności, równości i własności⁶. Idee te zostaną, dla potrzeb niniejszej analizy, skonkretyzowane w ramach lokalnego dyskursu prawa prywatnego. I tak, w obrębie idei wolności analizowana będzie jej konkretyzacja cywilistyczna w postaci wolności (swobody)⁷ umów; w ramach idei równości – jej konkretyzacja w postaci równości stron stosunków cywilnoprawnych, zaś w ramach idei własności – cywilnoprawne⁸ prawo własności i inne prawa rzeczowe, w tym także prawa na dobrach niematerialnych niebędących w rozumieniu Kodeksu cywilnego rzeczami.

Analiza konkretnego projektu aktu prawnego pod kątem realizacji określonych idei (tu: wolności, równości i własności) jest o tyle wartościowa poznawczo, że pozwala rzucić nowe światło na treść takiego projektu. W odróżnieniu od analiz czysto funkcjonalistycznych, które postrzegają projekt w perspektywie instrumentalnej (jak poprawi funkcjonowanie rynku wewnętrznego? czy zapewni należyłą ochronę konsumentom?), jak też analiz *stricte* dogmatycznych (do których artykuł niniejszy się nie zalicza) analiza w perspektywie wybranych idei politycznych i prawnych pozwala na przyjęcie świeżego spojrzenia, wolnego od określonych przesądów poznawczych siłą rzeczy implikowanych przez perspektywę funkcjonalistyczno-instrumentalną⁹. Potencjalnie może to przyczynić się do odświeżenia, w ramach analizowanego projektu, warstw znaczeniowych, które w przeciwnym

-
- 6 Por. jednak wypowiedź jednego z twórców kodeksu Napoleona, Cambacérès, który wskazywał, że „wszystkie prawa cywilne sprowadzają się do praw *wolności, własności i zawierania umów*” (cyt. za: K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 75). Jeżeli utożsamimy – jak czynię to niżej – wolność (swobodę) umów z ogólniejszą ideą wolności, okaże się znamienne, że w sformułowaniu Cambacérès brakuje idei równości. Jest to symptomatyczne dla XIX-wiecznego prawa prywatnego, o czym będzie jeszcze mowa niżej.
 - 7 Terminy „wolność” i „swoboda” będą w niniejszej pracy używane zamiennie.
 - 8 W odróżnieniu np. od konstytucyjnego pojęcia własności – por. A. Frankiewicz, *Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia Erasmiانا Wratislaviensia” t. III: 2009, s. 187.
 - 9 Artykuł niniejszy nawiązuje zatem do nurtu badań charakterystycznego m.in. dla holenderskich badaczy skupionych w Uniwersytecie Amsterdamskim: M.W. Hesselink i C. Mak. Zob. np. M.W. Hesselink, *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” nr 11: 2008; M.W. Hesselink, *Democratic contract law*, „European Review of Contract Law” R. XI: 2015, z. 2; M.W. Hesselink, *The justice dimensions of the relationship between fundamental rights and private law*, „European Review of Private Law” t. XXIV: 2016, z. 3–4; C. Mak, *Justice Through European Private Law*, „Centre for the Study of European Contract Law Working Paper” nr 4: 2016.

wypadku pozostałyby ukryte dla czytelnika. Poza tak pojętym walorem poznawczym, analiza projektu aktu prawnego w perspektywie wskazanych w tytule idei może mieć także konkretny walor praktyczny. Ustalenie, w jakim stopniu projekt realizuje bądź nie realizuje określone idee może bowiem stanowić podstawę do wysnucia wniosków w przedmiocie jego modyfikacji, szczególnie jeśli analiza wykaże, że określone idee nie są w nim realizowane w należytych stopniu, podczas gdy z innych względów – jak choćby z uwagi na specyfikę prawa prywatnego jako gałęzi – należałoby oczekiwać, że idee te będą urzeczywistnione w wyższym stopniu.

Po tych uwagach wprowadzających i metodologicznych wypada w kilku słowach naszkicować i uzasadnić strukturę niniejszego artykułu. Zważywszy, że jego motywem przewodnim jest analiza realizacji trzech wskazanych w tytule idei, to właśnie one będą głównym czynnikiem wyznaczającym strukturalne ramy prowadzonych rozważań. Niemniej jednak konieczne jest także ogólne choćby przybliżenie samego projektu, jego genezy i kontekstu. Z tych względów struktura artykułu jest następująca: w sekcji 2 zatytułowanej „Projekt dyrektywy i dostarczaniu treści cyfrowych” czytelnik zostanie wprowadzony w problematykę omawianego projektu; w sekcji 3 zatytułowanej „Wolność” najpierw poczynione zostaną rozważania dotyczące idei wolności w prawie prywatnym, a następnie stosownej analizie poddany zostanie przedmiotowy projekt; podobnie rzecz się ma z dwoma kolejnymi sekcjami – sekcją 4 zatytułowaną „Równość” tudzież sekcją 5 zatytułowaną „Własność”. Podsumowanie rozważań ujęte zostanie w sekcji 6, gdzie zostanie dokonana próba oceny, na ile omawiany projekt realizuje wskazane trzy wartości i w jaki sposób świadczy to o jego zapleczu ideologicznym.

2. Projekt dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych

Pojęcie „treści cyfrowych” pojawiło się¹⁰ na gruncie prawa unijnego po raz pierwszy w dyrektywie o prawach konsumentów z 2011 r.¹¹, gdzie zdefiniowano pojęcie „treści cyfrowych” a także zawarto szereg przepisów

¹⁰ R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission proposal*, European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 582.048, Brussels 2016, s. 3.

¹¹ Dyrektywa 2011/83/UE z dnia 25 listopada 2011 r.

dotyczących umów o ich dostarczanie. Niemniej jednak trudno uznać przepisy o dostarczaniu treści cyfrowych zawarte w dyrektywie o prawach konsumentów za wyczerpującą regulację tego rodzaju umowy. Wręcz przeciwnie, uregulowanie dyrektywy – w odniesieniu do treści cyfrowych – uznać należy za wybitnie fragmentaryczne. Projekt Wspólnego europejskiego prawa sprzedaży (*Common European Sales Law*) z 2011 r. obejmował już umowy o dostarczanie treści cyfrowych w sposób kompleksowy, przy czym traktował je jako część umów sprzedaży w ogólności. Na gruncie Wspólnego prawa sprzedaży treści cyfrowe traktowane były bowiem jako przedmiot umowy sprzedaży na równi z *res corporales*¹². Jak powszechnie jednak wiadomo, projekt Wspólnego europejskiego prawa sprzedaży ostatecznie nie wszedł w życie, m.in. z powodu kontrowersji związanych z jego podstawą prawną¹³, a w 2015 r. nowa Komisja Europejska oficjalnie zapowiedziała jego zastąpienie innym projektem¹⁴.

W międzyczasie, w 2015 r. ustawodawca brytyjski podjął oryginalny krok polegający na uregulowaniu umowy o dostarczaniu treści cyfrowych (*contracts for supply of digital content*) jako nowego typu *contractus nominatus*. Nastąpiło to w brytyjskiej ustawie o prawach konsumentów z 2015 r. (*Consumer Rights Act 2015*)¹⁵, która weszła w życie na jesieni 2015 roku. Także Irlandia podjęła prace nad podobną ustawą¹⁶, wzorowaną, jak się

12 Zob. art. 5 projektu rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży [KOM(2011) 635], a także art. 91 Wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (stanowiących załącznik I do ww. projektu rozporządzenia).

13 R. Mańko, *Contract law and the Digital Single Market: Towards a new EU online consumer sales law?* European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 568.322, Brussels 2015, s. 15–18; R. Mańko, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa prywatnego w ujęciu systemowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” Rok XXV: 2016, z. 1, s. 52–53.

14 Zob. załącznik 2 do Programu pracy Komisji na 2015 r. „Nowy początek” z dnia 16 grudnia 2014, sygn. COM(2014) 910 final. Por. R. Mańko, *Kompetencje*, *op. cit.*, s. 53–54.

15 *Consumer Rights Act 2015*, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga_20150015_en.pdf [dostęp: 10 lipca 2016]. Zob. szerzej R. Mańko, P. Tereszkiewicz, *Digitale Inhalte nach britischem Consumer Rights Act 2015 unter dem Eindruck der Brexit*, [w:] *Brexit und die juristischen Folgen: Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, red. M. Kramme i in., Baden Baden 2017.

16 Zob. projekt *Consumer Rights Bill* z maja 2015 r., <https://www.djei.ie/en/Consultations/Consultations-files/Scheme-of-a-proposed-Consumer-Rights-Bill-May-2015.pdf> [dostęp: 10 lipca 2016].

wydaje, na brytyjskiej¹⁷, w której także umowa o dostarczanie treści cyfrowych miała być wyodrębniona jako samodzielny typ umowy nazwanej.

Wolno sądzić, że właśnie pod wpływem nowej brytyjskiej ustawy (i planowanej ustawy irlandzkiej) Komisja Europejska zdecydowała się – w ramach prac nad projektem aktu prawnego mającego zastąpić wycofane Wspólne europejskie prawa sprzedaży – wyodrębnić umowę o dostarczanie treści cyfrowych jako nowy *contractus nominatus*, odrębny od klasycznej umowy sprzedaży¹⁸. W konsekwencji, w miejsce wycofanego projektu Wspólnego prawa sprzedaży Komisja przedłożyła Parlamentowi i Radzie dwa projekty dyrektyw – o internetowej sprzedaży towarów¹⁹ oraz właśnie o dostarczaniu treści cyfrowych. O ile ta pierwsza dyrektywa zasadniczo stanowi rozwinięcie, a właściwie tylko przeróbkę przepisów dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej z 1999 r.²⁰, przy czym mającą zastosowanie jedynie do umów zawieranych na odległość²¹, o tyle projekt dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych – pomimo niewątpliwych podobieństw konstrukcyjnych łączących go z projektem dyrektywy o internetowej sprzedaży towarów – stanowi jednak dzieło pod pewnymi względami odrębne i oryginalne.

-
- 17 R. Mańko, *Contracts for supply of digital content to consumers*, European Parliamentary Research Service Briefing, PE 581.980, 2016, s. 3.
- 18 Należy jednak stanowczo podkreślić, że takie wyodrębnienie następuje na gruncie prawa UE, ale jego wdrożenie do krajowych porządków prawnych nie jest obowiązkowe – państwa członkowskie nie muszą (przynajmniej na gruncie aktualnego tekstu projektu) tworzyć takiego typu umowy nazwanej w prawie krajowym. Zob. V. Mak, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.494, Brussels 2016, s. 12.
- 19 Projekt dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów zawieranych przez internet lub w inny sposób na odległość z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn.: COM(2015) 635 final; 2015/0288 (COD).
- 20 Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. UE – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. XV, t. 4, s. 223).
- 21 R. Mańko, *Contracts for online and other distance sales of goods*, European Parliamentary Research Service Briefing, PE 577.962, 2016, s. 4: „In essence, the proposed Directive is a de facto recast of the [Consumer Sales Directive], but limited to online (and other distance) contracts only, and switched from minimum harmonisation to total (maximum) harmonisation. Most of the provisions of the proposal are either taken over from the existing [Consumer Sales Directive], or from the [European Court of Justice] case law interpreting it”.

Przed wszystkim więc, w sposób niewątpliwie hybrydowy, projekt łączy umowy *quasi-sprzedazy*, mające za przedmiot *res incorporales* w postaci treści cyfrowych, z umowami o świadczenie usług, takich jak umowa o wypożyczenie treści cyfrowych (np. oglądanie treści cyfrowych bez ich ściągania), umowa o uczestnictwo w portalu społecznościowym czy umowa o korzystanie z chmury obliczeniowej²². Połączenie w jednym typie umowy nazwanej tak różnych rodzajów świadczeń może budzić uzasadnione wątpliwości, tym bardziej że większość przepisów omawianej dyrektywy dotyczy zasadniczo *quasi-sprzedazy* treści cyfrowych, a nie świadczenia usług.

Drugą innowacją omawianego projektu jest wprowadzenie możliwości, by konsument za dostęp do treści cyfrowych płacił nie w pieniądzu, ale za pomocą dostarczenia danych osobowych lub innych danych²³. Umowa wyraża więc schemat *facio ut facias*, tzn. jest umową o wymianę usług. Należy jednak odnotować, że aby umowa weszła w zakres zastosowania dyrektywy, dane dostarczone przez konsumenta muszą wykroczać poza to, co niezbędne do spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę (a zatem np. podanie adresu poczty elektronicznej czy rzeczywistego imienia i nazwiska przez konsumenta raczej nie może być traktowane jako świadczenie). Ponadto dyrektywa wymaga, by konsument dostarczył owych danych aktywnie, a zatem dane zbierane przez „ciasteczka” także pozostają poza zakresem potencjalnego świadczenia niepieniężnego²⁴.

Gdy chodzi o przepisy merytoryczne, w największym skrócie należy wskazać, że dyrektywa reguluje przede wszystkim odpowiedzialność przedsiębiorcy za zgodność treści cyfrowych z umową (tj. odpowiedzialność za wady treści cyfrowych), uprawnienia konsumenta na wypadek niezgodności owych treści z umową, w tym żądanie spełnienia świadczenia *in natura*, a także prawo odstąpienia od umowy, wreszcie prawo konsumenta do wypowiedzenia umowy długoterminowej oraz kwestię roszczeń odszkodowawczych konsumenta z tytułu szkody powstałej

22 R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 8–13.

23 *Ibidem*, s. 15–16.

24 Odmienne: H. Beale, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.493, Brussels 2016, s. 13, który twierdzi, że zgoda na działanie ciasteczek jest już formą aktywnego działania konsumenta. Problem ten niewątpliwie wymaga dalszej analizy.

w jego środowisku cyfrowym²⁵. Z racji celu badawczego, jaki stawia sobie niniejszy artykuł, tj. przesłedzenia realizacji w projekcie idei wolności, własności i równości, dalszy szczegółowy opis przepisów projektu jest zbyt techniczny²⁶, przejść natomiast wypada do *meritum* rozważań.

3. Wolność

3.1. Idea wolności w prawie zobowiązań

Idea wolności w prawie prywatnym ściśle wiąże się z ideą autonomii woli stron, wyrażającą ogólniejszą koncepcję swobody stron stosunków cywilnoprawnych w kształtowaniu swojej sytuacji prawnej²⁷. W tym sensie idea wolności jest dystynktywna dla prawa prywatnego, albowiem radykalnie odróżnia jest od prawa publicznego, w którym sytuację prawną podmiotów prywatnych wyznacza jednostronnie, zazwyczaj decyzją administracyjną, organ administracji publicznej. Dotyczy to także prawa karnego, gdzie poza nielicznymi wyjątkami, jak instytucja prywatnego aktu oskarżenia, status prawny jednostek wynika z jednostronnych decyzji podejmowanych przez organy państwa (postawienie zarzutów; sporządzenie aktu oskarżenia; uznanie za pokrzywdzonego).

Ucieleśnieniem idei wolności w prawie zobowiązań jest koncepcja swobody umów (*libertas contrahendi*), która – rozumiana jako kompetencja podmiotów prawa prywatnego do swobodnego kształtowania treści stosunku umownego, byleby nie nastąpiło to *contra legem* lub *contra bonos mores* – wyłoniła się stopniowo. Należy podkreślić za P. Machnikowskim, że swoboda umów ma cztery aspekty²⁸:

- 1) swobodna decyzja co do zawarcia umowy;
- 2) swoboda wyboru kontrahenta;
- 3) swoboda kształtowania treści stosunku umownego;
- 4) swoboda zakończenia stosunku umownego.

²⁵ Zob. obszernie omówienie przepisów projektu w opracowaniu: R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 7–32.

²⁶ Szczegółowe omówienie przepisów dyrektywy zawiera opracowanie: R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 7–34.

²⁷ E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997, s. 27–28.

²⁸ P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 3.

Doświadczenie historyczne pokazuje, że aspekty te są od siebie niezależne. W klasycznym prawie rzymskim występowała bowiem swoboda *zawarcia* umowy, jednakże swoboda określenia jej treści była ograniczona w ten sposób, że obowiązywał *numerus clausus* typów umów (*contractus nominati*) (aczkolwiek poniekąd możliwy do obejścia poprzez zawarcie stypulacji). Dopiero w prawie poklasycznym nastąpiło rozluźnienie rygoryzmu tej zasady (wprowadzenie kontaktów *do ut des, facio ut facias, do ut facias* oraz *facio ut des*), jednakże dopiero pod wpływem prawa kanonicznego *numerus clausus* typów umów został całkowicie przezwyciężony na rzecz pełnej swobody zawierania umów nienazwanych (*contractus innominati*). Zasadę tę wyrażono za pomocą paremii *pacta quacumque nuda servanda sunt*. Współcześnie zasadę tę wyrażają europejskie kodeksy cywilne – na gruncie polskim był to art. 55 k.z., a obecnie – art. 353¹ k.c. Z kolei w socjalistycznym prawie cywilnym swoboda umów była w wysokim stopniu ograniczona²⁹. Przykładowo, jednostki gospodarki społecznej mogły być zobowiązane do zawarcia umowy oznaczonej treści z oznaczonym kontrahentem, co niweczyło praktycznie swobodę umów w całości³⁰. Z kolei rzeczywistą swobodę umów niweczyła wszelkie monopole – jeżeli tylko jeden kontrahent oferuje dany towar lub usługę, swoboda umów – choć istniejąca wciąż na papierze – staje się w istocie iluzoryczna. Stąd też w nauce prawa prywatnego przyjęto się rozróżniać i przeciwstawiać sobie „formalną” i „materialną” (bądź „rzeczywistą”) swobodę umów. W szczególności twierdzi się, że w sytuacji, gdy słabsza strona umowy znajduje się w sytuacji znaczącej przewagi ekonomicznej i prawnej drugiej strony (np. konsument w relacji z przedsiębiorcą; zatrudniony w relacji z pracodawcą), wówczas swoboda umów – choć unormowana wprost w Kodeksie cywilnym – ma w istocie charakter iluzoryczny. Z tego względu określa się jako formalną swobodę umów, albowiem formalnie rzecz ujmując, umowa o określonej treści dochodzi do skutku w wyniku oświadczeń woli obu stron.

Narracja przeciwstawiająca wolność umów „formalną” wolności umów „materialnej” czy „rzeczywistej” służy uzasadnieniu przemodelowania prawa umów w określonym kierunku. Legitymizuje instrumenty,

²⁹ Por. R. Mańko, *‘We Do Not Recognise Anything »Private«: Public Interest and Private Law Under the Socialist Legal Tradition and Beyond*, [w:] *Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition*, red. B. Sitek i in., Olsztyn 2015, s. 42–43.

³⁰ Art. 397–404 k.c.

mające – w ocenie ich promotorów – służyć „przywróceniu” rzeczywistej swobody umów, rozumianej w sposób „materialny”. Na gruncie prawa konsumenckiego są to w szczególności rozbudowane obowiązki informacyjne przedsiębiorcy, mające jakoby umożliwić konsumentowi świadome podjęcie decyzji. Podejście to nie bierze jednak pod uwagę rzeczywistej okoliczności, iż konsument zwyczajnie nie ma czasu na lekturę rozbudowanych komunikatów przedumownych, i w gruncie rzeczy instrument, który miał służyć budowie materialnej swobody umów, sam staje się czczym formalizmem³¹. Inna sprawa, że w ostatecznym rozrachunku prawne przywileje, nadawane konsumentom, mają swoją cenę, którą płacą sami konsumenci, gdyż przedsiębiorcy uwzględniają rozmaite uprawnienia konsumentów (np. do odstąpienia od umowy bez powodu) w cenie towaru lub usługi³².

Na gruncie prawa prywatnego ograniczenia swobody umów dokonuje się przede wszystkim poprzez wprowadzanie do treści aktów prawnych norm imperatywnych (*ius cogens*), których strony nie mogą przez czynność prawną modyfikować. Czyni się to zazwyczaj w celu ochrony słabszej ekonomicznie strony umowy, np. konsumenta, pracownika, czy najemcy. Taka technika legislacyjna oparta jest bowiem na założeniu, że silniejsza ekonomicznie strona umowy, np. przedsiębiorca, pracodawca czy wynajmujący, będzie mogła narzucić stronie słabszej niekorzystne dla niej postanowienia umowy. Strona słabsza przystanie na takie ułożenie stosunku prawnego, gdyż albo nie ma możliwości wyboru innego kontrahenta (sytuacja monopolu), bądź też podobne warunki kontraktowania proponują jej wszyscy potencjalni kontrahenci, bądź też wyrazi zgodę na takie warunki umowy z braku wiedzy i doświadczenia życiowego, bądź też z uwagi na bagatelny charakter umowy nie uzna za stosowne lub też nie będzie to praktyczne, by strona słabsza zapoznawała się ze szczegółowymi postanowieniami wzorca umownego³³. Aktualnie ochrony strony

31 Zob. w szczególności krytykę skuteczności obowiązków informacyjnych z perspektywy ekonomicznej analizy prawa w pracy: O. Ben Shahr, *The Failure of Mandated Disclosure*, „University of Pennsylvania Law Review” t. CVIX: 2011.

32 G.G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Aldershot 1995, s. 121–122; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, wyd. 6, New York 2003, s. 116–117; R. Mańko, *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, Warszawa 2004, s. 84–85.

33 Por. M. Schilling, *Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair*

słabszej dokonuje się zarówno za pomocą wymienionych wyżej przepisów bezwzględnie wiążących, bądź też – na gruncie prawa umów konsumencjskich – za pomocą przepisów o wzorcach umownych³⁴.

Nie wchodząc w głębsze rozważania nad zasadnością ochrony słabszej strony umowy³⁵, godzi się jednak zauważyć, że poprzez ograniczanie formalnej swobody umów, w istocie wskazane wyżej mechanizmy mają na celu zabezpieczenie rzeczywistej wolności takich podmiotów, która byłaby w przeciwnym wypadku częstokroć iluzoryczna. Mamy więc do czynienia z przeciwstawieniem sobie wolności „formalnej” i „materialnej” (nawiasem mówiąc, podobnie rzecz się ma z równością, o czym będzie mowa niżej). Można przyjąć, że miarą wolności danej instytucji prawa prywatnego jest stosunek, zarówno ilościowy, jak i jakościowy, przepisów dyspozytywnych (pozostawiających stronom wolność) do przepisów imperatywnych (wolności tej strony pozbawiających).

3.2. Realizacja idei wolności w projekcie dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych

3.2.1. Prymat umowy nad kryteriami obiektywnymi przy ocenianiu wadliwości treści cyfrowych

Projekt dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych w interesujący sposób odbiega od bliźniaczego projektu o internetowej sprzedaży towarów oraz od obowiązującej dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej. Mianowicie przewiduje on pierwszeństwo umowy jako źródła kryteriów do oceny wadliwości treści cyfrowych³⁶. Art. 6 ust. 1 projektu stanowi: „Treści cyfrowe są zgodne z umową, jeżeli, w stosownych przypadkach: a) ich ilość, jakość, czas trwania oraz wersja, a także funkcjonalność, interoperacyjność

Contract Terms, „European Law Review” t. III: 2008; M.G. Faure, H.A. Luth, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations*, „Journal of Consumer Policy” 2011, s. 337–358; R. Mańko, *Unfair contract terms in EU law: Unfair Terms Directive and Common European Sales Law*, European Parliament Library Briefing, 19 września 2013 r., s. 2.

34 Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.Urz. UE – wyd. spec. w jęz. pol. rozdz. XV, t. 1, s. 288–293; art. 384–385³ k.c.

35 Por. R. Mańko, *Prawo prywatne...*, s. 84–85.

36 C. Mak, *The new proposal...*, s. 15; R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 16.

i inne ich właściwości, takie jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo, są *zgodne z umową*, w tym z wszelkimi *informacjami* przekazywanymi przed zawarciem umowy *stanowiącymi część umowy*; b) nadają się do *szczęgólnego celu*, do jakiego potrzebne są konsumentowi i o którym konsument powiadomił dostawcę w momencie zawarcia umowy, a dostawca to zaakceptował; c) zostały dostarczone wraz z instrukcją i wsparciem technicznym dla konsumenta wymaganymi *na podstawie umowy* oraz d) są aktualizowane *zgodnie z umową*".

Co istotne, każde z trzech kryteriów wymienionych w art. 6 ust. 1 w wyraźny sposób odsyła do umowy (lit. a-d) bądź też do informacji przedumownych, ale jedynie takich, które i tak „stanowią część umowy” (lit. a). W rezultacie więc, treści cyfrowe są „zgodne z umową” (tj. wolne od wad) gdy... są zgodne z umową. Jak wspomniane zostało wyżej, takie uregulowanie odbiega od obowiązującej dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej (a także od projektu dyrektywy o internetowej sprzedaży towarów), w których pierwszeństwo przed postanowieniami umowy mają tzw. kryteria obiektywne. Komisja Europejska tłumaczy przejście od kryteriów obiektywnych do prymatu umowy trudnym do uchwycenia postępem technologicznym; argument ten jest jednak nietrafiony, gdyż postęp technologiczny dotyczy w równym stopniu *res corporales*, szczególnie tych, w których zawarte są treści cyfrowe (np. telefony komórkowe, tablety i inne tzw. inteligentne urządzenia).

Nie znaczy to, by kryteria tzw. obiektywne w ogóle nie miały zastosowania do oceny wadliwości treści cyfrowych. Są one wspomniane w art. 6 ust. 2 projektu, jednakże można do nich sięgnąć wyłącznie „w zakresie, w jakim umowa nie zawiera, tam, gdzie jest to istotne [*sic!*], jasno i szczegółowo określonych wymagań dotyczących treści cyfrowych zgodnie z ust. 1” tegoż artykułu³⁷. W konkluzji należy stwierdzić, że projekt dyrektywy

37 Art. 6 ust. 2 projektu stanowi: „W zakresie, w jakim umowa nie zawiera, tam, gdzie jest to istotne, jasno i szczegółowo określonych wymagań dotyczących treści cyfrowych zgodnie z ust. 1, treści cyfrowe służą osiągnięciu pewnych celów, do jakich zwykle służą treści cyfrowe tego samego rodzaju, włącznie z zachowaniem funkcjonalności, interoperacyjności i innych ich właściwości, takich jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo, mając na uwadze: a) czy treści cyfrowe są dostarczane odpłatnie czy w zamian za inne świadczenie niż zapłata ceny; b) tam, gdzie ma to zastosowanie, istniejące międzynarodowe normy techniczne lub w przypadku braku takich norm, obowiązujące w branży kodeksy postępowania oraz dobre praktyki oraz c) wszelkie publiczne oświadczenia składane przez

o treściach cyfrowych realizuje ideę wolności (swobody umów) w większym stopniu, niż projekt dyrektywy o internetowej sprzedaży towarów oraz istniejąca dyrektywa o sprzedaży konsumenckiej, albowiem w sposób wyraźny i niekwestionowany przyznaje pierwszeństwo umowie stron jako podstawowemu kryterium oceny jakości treści cyfrowych. Granicą tak zakreślonej swobody kontraktowej jest jednak kryterium przejrzystości – na mocy art. 6 ust. 2 *in principio* kryteria umowne mają pierwszeństwo przed kryteriami obiektywnymi tylko wtedy, gdy umowa zawiera „jasno i szczegółowo określone wymagania dotyczące treści cyfrowych”. *A contrario* więc, jeżeli wymagania dotyczące treści cyfrowych wyrażone będą niejasno lub ogólnikowo, umowa ustąpi na rzecz kryteriów obiektywnych. W takim postawieniu sprawy można doszukać się prymatu materialnej (rzeczywistej) swobody umów nad formalną swobodą umów, albowiem przedsiębiorca może powołać się na umowę w sporze z konsumentem jedynie wtedy, gdy określił w niej jakość treści cyfrowych w sposób „jasny i szczegółowy”, a co za tym idzie – gdy konsument (o ile chciałby) mógł świadomie się z takimi kryteriami zapoznać. Idąc dalej tym samym tropem należy też odnotować, że obowiązki informacyjne przedsiębiorcy wobec konsumenta zostały *explicite* przywołane w kontekście formułowania wymagań odnośnie do jakości towarów (art. 6 ust. 1 lit. a *in fine*).

3.2.2. Wolność zakończenia stosunku umownego

Idea wolności w prawie prywatnym znajduje swój wyraz nie tylko w zakresie (dobrowolnego) zaciągania zobowiązań, ale także w zakresie ich rozwiązywania. Oczywiście, w takim wypadku dochodzi do konfliktu dwóch wartości – swobody podmiotu w zakresie kształtowania swojej sytuacji prywatnoprawnej, oraz oczekiwań innych podmiotów, że podmiot, który dobrowolnie zaciągnął zobowiązanie, spełni świadczenie, którego się w prawnie wiążący sposób podjął. Takie rozumienie prymatu wartości w postaci dotrzymywania umów nad wartością w postaci absolutnej wolności wyraża średniowieczna paremia *pacta sunt servanda*. Nie da się jednak ukryć, że skutek jej stosowania wolność podmiotu zobowiązanego ulega

dostawcę lub w jego imieniu albo przez inną osobę na wcześniejszych etapach łańcucha transakcji, chyba że dostawca udowodni, że (i) nie był i racjonalnie rzecz biorąc, nie mógł być świadomy takich oświadczeń; (ii) w momencie zawierania umowy oświadczenie zostało skorygowane (iii) oświadczenie nie mogło mieć wpływu na decyzję o zakupie treści cyfrowych”.

ograniczeniu. Jest to szczególnie jaskrawie widoczne w sytuacji, gdy drugi podmiot nie poniósłby znaczącej szkody w razie odstąpienia od umowy.

Istotny wyłom od zasady *pacta sunt servanda* wprowadziło ustawodawstwo konsumenckie, na mocy którego do niektórych umów konsumenckich wprowadzono mocą ustawy *pactum displicentiae*. W polskim prawie dotyczyło to swojego czasu wszelkich umów sprzedaży towarów konsumenckich niezależnie od sposobu ich zawarcia³⁸, natomiast w prawie unijnym prawo to dotyczy umów zawieranych na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa³⁹. Pozostawiając do odrębnych rozważań kwestię, czy takie kryterium wyróżnienia sytuacji, w których konsument może od umowy odstąpić bez podania przyczyny jest słuszne, należy *in casu* odnotować, że uprawnienie to ma zastosowanie *lege non distinguente* także do umów o dostarczanie konsumentom treści cyfrowych, a to z mocy stosownych przepisów dyrektywy o prawach konsumenta z 2011 r.

Na gruncie samej dyrektywy o treściach cyfrowych możliwości realizacji wolności podmiotu poprzez zakończenie stosunku zobowiązaniowego określone zostały w trzech wypadkach⁴⁰:

- 1) odstąpienie przez konsumenta od umowy z powodu niedostarczenia treści cyfrowych;
- 2) odstąpienie przez konsumenta od umowy z powodu wady treści cyfrowych;
- 3) wypowiedzenie przez konsumenta umowy długoterminowej o dostarczanie treści cyfrowych.

Nie zostały natomiast w ogóle uregulowane uprawnienia przedsiębiorcy do odstąpienia od umowy w wypadku niewykonania zobowiązania przez konsumenta (w szczególności niezapłacenia ceny lub niespełnienia świadczenia *facere* polegającego na dostarczeniu danych osobowych lub innych

³⁸ § 11 ust. 2 w zw. z § 11 ust. 1 *in principio* uchwały nr 71 Rady Ministrów Rady Ministrów z dnia 13 czerwca 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży detalicznej towarów oraz ogólnych warunków gwarancyjnych dotyczących towarów trwałego użytku, sprzedawanych przez jednostki handlu uspołecznionego. (MP nr 21 poz. 118). Termin na odstąpienie od umowy wynosił 5 dni od nabycia towaru.

³⁹ Art. 9 i nast. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE nr 304, s. 64–88); art. 27 i nast. ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. 2014 poz. 827).

⁴⁰ R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 22–32.

danych), ani też uprawnienie przedsiębiorcy do wypowiedzenia umowy długoterminowej. Nadto dyrektywa milczy o rozwiązaniu umowy przez obie strony. Należy zatem przyjąć, że zagadnienia te – jako nieuregulowane w ogóle w dyrektywie – pozostawione zostały swobodnemu uznaniu ustawodawcy krajowego i nie są objęte zakresem harmonizacji. W praktyce więc zastosowanie mieć będą przepisy części ogólnej prawa zobowiązań.

Wracając do trzech uregulowanych przez dyrektywę przypadków, gdy konsument może zrealizować własną autonomię poprzez zakończenie, mocą oświadczenia woli, stosunku umownego, należy na wstępie zaznaczyć, że – poza przypadkiem całkowitego niespełnienia świadczenia – możliwości te są jednak obwarowane określonymi i niebagatelnymi ograniczeniami. Zaczynając od pierwszego przypadku, należy wskazać, że art. 5 projektu stanowi: „Jeżeli dostawca nie dostarczył treści cyfrowych zgodnie z art. 5, konsument ma prawo do niezwłocznego rozwiązania [*sic!*] umowy zgodnie z art. 13”. Oznacza to, że w wypadku całkowitego niespełnienia świadczenia przez przedsiębiorcy, konsument może od razu od umowy odstąpić⁴¹.

Gdy idzie o odstąpienie od umowy z powodu wadliwości treści cyfrowych (*verba legis*: „braku zgodności” tychże treści z umową), należy wskazać na to, że tego rodzaju uprawnienie nie jest konsumentowi dostępne bezpośrednio, lecz dopiero po bezskutecznym skorzystaniu z innych uprawnień. Mamy tu więc do czynienia z tzw. hierarchią uprawnień (*hierarchy of remedies*) czy też ich kaskadowością⁴². Niewątpliwie, służy to ochronie interesu przedsiębiorcy, co odbywa się kosztem interesu – a co szczególnie doniosłe, wolności – konsumenta⁴³. Zgodnie z art. 12 ust. 1 akapit pierwszy projektu: „W przypadku braku zgodności z umową konsument ma prawo do nieodpłatnego przywrócenia zgodności treści cyfrowych, o ile nie jest to niemożliwe, nieproporcjonalne lub niezgodne z prawem”⁴⁴.

41 Polski przekład projektu błędnie posłużył się pojęciem „rozwiązania umowy”, chociaż jest oczywiste, że nie chodzi tu o zgodne oświadczenia woli obu stron (*consensus contrarius*), ale właśnie o jednostronne oświadczenie woli, tj. odstąpienie. Pozostaje wyrazić nadzieję, że ten błąd językowy zostanie poprawiony w toku prac ustawodawczych.

42 V. Mak, *The new proposal...*, s. 24; R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission proposal*, European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 582.048, Brussels 2016, s. 26–27.

43 R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 27.

44 Pojęcie nieproporcjonalności zostało zdefiniowane w akapicie drugim cytowanego ustępu: „Przywrócenie zgodności treści cyfrowych uznaje się za nieproporcjonalne, jeśli oznacza to dla dostawcy nieuzasadnione koszty. Przy podejmowaniu decyzji, czy koszty są nieuzasadnione, uwzględnia się następujące czynniki: a) wartość treści cyfrowych

W efekcie konsument, któremu przedsiębiorca dostarczył wadliwych treści cyfrowych, nie może od umowy odstąpić od razu, lecz musi w pierwz wżwać przedsiębiorcę do usunięcia wady („przywrócenia zgodności”) na mocy art. 12 ust. 1 projektowanej dyrektywy. Wolność konsumenta zostaje dalej ograniczona w ten sposób, że przedsiębiorca bynajmniej nie jest zobowiązany usunąć wadę niezwłocznie, lecz jedynie w „rozsądnym terminie”⁴⁵. Mamy więc do czynienia ze zwrotem szacunkowym, co daje dodatkowe pole do nadużyć dla nieuczciwych przedsiębiorców, którzy będą dowodzić, że np. udostępnienie konsumentowi niewadliwej aplikacji musi zająć miesiąc, bo to jest termin „rozsądny”. Niewątpliwie, wskazane byłoby zastąpienie mglistego określenia „rozsądny” jednoznacznym określeniem „niezwłocznie”, co przyczyniłoby się do podniesienia poziomu ochrony konsumenta, a zarazem zwiększenia pewności prawa.

Dopiero po bezskutecznej próbie skorzystania z uprawnienia w postaci żądania spełnienia świadczenia *in natura* może konsument skorzystać z tradycyjnych uprawnień, znanych z edyktu Edylów kurulnych, tj. *actio quanti minoris* bądź *actio redhibitoria*. Stanowi o tym dość niezręcznie sformułowany art. 12 ust. 3 projektu, który stanowi: „Konsument ma prawo do proporcjonalnego obniżenia ceny w sposób określony w ust. 4, jeżeli treści cyfrowe są dostarczane odpłatnie, lub do rozwiązania umowy zgodnie z ust. 5 i art. 13, jeżeli a) zastosowanie środka zaradczego w postaci przywrócenia zgodności treści cyfrowych jest niemożliwe, nieproporcjonalne lub niezgodne z prawem; b) dostawca nie zastosował środka zaradczego w terminie określonym w ust. 2; c) zastosowanie środka zaradczego w postaci przywrócenia zgodności treści cyfrowych spowodowałoby poważne niedogodności dla konsumenta lub d) dostawca oświadczył, że nie przywróci zgodności treści cyfrowych, albo okoliczności wyraźnie wskazują, że tego nie uczyni”.

Pomijając niefortunną kalkę z angielskiego w postaci nieszczęsnego „środka zaradczego” (podczas gdy idzie o *uprawnienia* konsumenta), treść normatywną art. 12 ust. 3 projektu dyrektywy można zrekonstruować następująco: konsument może żądać obniżenia ceny bądź od umowy

w sytuacji, gdyby niezgodność z umową nie wystąpiła oraz b) wpływ niezgodności z umową na cele, do jakich zwykle służą treści cyfrowe tego samego rodzaju”.

45 Zob. art. 12 ust. 2 projektu: „Dostawca przywraca zgodność [*sic!*] treści cyfrowych zgodnie z ust. 1 w *rozsądnym terminie*, licząc od momentu, kiedy został poinformowany przez konsumenta o niezgodności z umową oraz bez poważnych niedogodności dla konsumenta, uwzględniając specyfikę treści cyfrowych oraz cel, do jakiego konsument wykorzystuje te treści”.

odstąpić jedynie wówczas, gdy uprzednio żądał dostarczenia treści cyfrowych wolnych od wad, a przedsiębiorca ich nie dostarczył w „rozsądnym” terminie albo oświadczył, że wady nie usunie, bądź też z okoliczności wynika, że jej nie usunie, albo wreszcie jeżeli usunięcie wady jest niemożliwe, nieproporcjonalne lub bezprawne.

Co więcej, dalsze ograniczenie konsumenckiego prawa odstąpienia od umowy z powodu wad treści cyfrowych doznaje kolejnego ograniczenia w art. 12 ust. 5 projektu, który stanowi: „Konsument może rozwiązać umowę [tj. odstąpić od umowy – R.M.] jedynie wtedy, gdy brak zgodności [treści cyfrowych – R.M.] z umową zakłóca funkcjonalność, interoperacyjność i inne właściwości treści cyfrowych, takie jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo, zgodnie z wymogami art. 6 ust. 1 i 2. Na dostawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że brak zgodności treści cyfrowych z umową nie wpływa na ich funkcjonalność, interoperacyjność i inne ich właściwości”.

Co prawda w art. 12 ust. 5 zd. 2 wprowadzono *praesumptio iuris tantum* na rzecz tego, że wadliwość treści cyfrowych pozbawia je „funkcjonalności, interoperacyjności i innych właściwości [...], takich jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo”, jednakże w praktyce może to oznaczać, że dopiero przed sądem konsument udowodni w sposób skuteczny swoje racje. Przedsiębiorca będzie bowiem twierdził, że udowodnił, iż „brak zgodności treści cyfrowych z umową nie wpływa na ich funkcjonalność, interoperacyjność i inne ich właściwości” i wobec tego odmówi uznania za skuteczne oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy z powodu wad treści cyfrowych, złożonego przez konsumenta. Sytuacja taka jest niewątpliwie niekorzystna dla konsumenta.

W konsekwencji należy stwierdzić, że wolność zakończenia stosunku umownego przez konsumenta – i to w sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę – jest mocno ograniczona. Rozwiązanie takie nie zasługuje na aprobatę, gdyż w nadmiernym stopniu faworyzuje przedsiębiorcę kosztem konsumenta i to w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie wywiązuje się należycie z zaciągniętego zobowiązania kontraktowego. Ochrona interesu przedsiębiorcy idzie zatem za daleko, prowadząc do niepotrzebnego ograniczenia swobodnej konkurencji. Należy bowiem wskazać, że w wypadku, gdyby konsument mógł od umowy odstąpić w razie wystąpienia dowolnej wady (niezgodności z umową) treści cyfrowych⁴⁶,

⁴⁶ Uprawnienie takie przewidziano np. w prawie angielskim – zob. R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 23.

mógłby od razu te same lub podobne treści nabyć od innego przedsiębiorcy. Taki „miecz Damoklesa” wiszący nad niesolidnym przedsiębiorcą, poza tym, że realizowałby w większym stopniu ideę swobody umów, działałby też dyscyplinująco i prokonkurencyjnie.

De lege ferenda należy więc postulować, by konsument miał przyznane *ex lege* uprawnienie do odstąpienia od umowy w razie wystąpienia dowolnej wady treści cyfrowych. Tylko takie uregulowanie zapewni pełną realizację zasady swobody umów w wymiarze zakończenia stosunku umownego, a także będzie oddziaływało na przedsiębiorców dyscyplinująco. Pozostawienie jakiegokolwiek zakresu swobodnego uznania, np. co do tego, czy wada jest istotna (tj. czy wpływa na funkcjonalność, interoperacyjność, dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo treści cyfrowych), czy też na takie cechy nie wpływa, może być z łatwością wykorzystywana przez nieuczciwych przedsiębiorców aż do wyroku w I instancji potwierdzającego racje konsumenta. Jak mówi angielskie przysłowie, *justice delayed is justice denied* (opóźnienie sprawiedliwości jest odmową sprawiedliwości), a zatem takie konstruowanie unormowań dotyczących uprawnień konsumenta na wypadek wadliwości treści cyfrowych, które pozostawia nieuczciwym przedsiębiorcom znaczny margines swobodnego uznania, możliwego do ukrócenia dopiero w procesie sądowym (wymagającym powołania biegłych, którzy oceniają istotność wady) w rzeczywistości pozbawia większość konsumentów ochrony. Jak wiadomo bowiem, trzeba znacznej determinacji i wolnego czasu by procesować się – jako konsument – z nieuczciwym przedsiębiorcą o stosunkowo niewielką kwotę. Nieuczciwi przedsiębiorcy są tego świadomi i opracowują wręcz swój model biznesowy w oparciu o założenie, że większość konsumentów albo reklamacji nie złoży, a nawet jeżeli złoży, to pomimo jej odmownego załatwienia nie wytoczy powództwa przed sądem.

W kontekście realizacji swobody umów w wymiarze zakończenia stosunku umownego poważne wątpliwości budzi także uregulowanie kwestii zwrotu świadczenia przez przedsiębiorcę w razie odstąpienia przez konsumenta od umowy. Artykuł 13 ust. 2 lit. a) projektu przewiduje bowiem, że w wypadku odstąpienia przez konsumenta od umowy, przedsiębiorca „zwróci konsumentowi zapłaconą cenę bez zbędnej zwłoki i nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania” oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oczywiście, nieuczciwy przedsiębiorca – jeżeli w ogóle uzna roszczenie konsumenta z własnej woli – twierdził będzie, że „rozsądnym” terminem jest właśnie (maksymalny) termin 14 dni od dnia, w którym

oświadczenie woli konsumenta dotarło do przedsiębiorcy. W praktyce może to oznaczać dalsze przedłużenie oczekiwania na zwrot świadczenia, gdy np. konsument złoży oświadczenie o odstąpieniu listem poleconym za potwierdzeniem odbioru, w szczególności w sytuacji transgranicznej. Ponadto przedsiębiorca może stosować różne chwytty, np. celowo przysyłać ze skrzynki poczty elektronicznej informację o odrzuceniu wiadomości z powodu błędu (np. przepełnienia skrzynki). W tej sytuacji zabezpieczenie uzasadnionych interesów konsumenta zdecydowanie wymaga, by termin na zwrot świadczenia określić w sposób znacznie krótszy, np. 1 dzień roboczy, gdy płatność była dokonana kartą płatniczą bądź za pomocą systemu płatności internetowych, 2 dni robocze, gdy była dokonana przelewem bankowym w obrębie tego samego państwa i 3 dni robocze, gdy był to przelew transgraniczny. Należałoby też przewidzieć odpowiednie odsetki za zwłokę. Odrębną kwestią pozostaje uregulowanie kwestii skuteczności nadania w formie elektronicznej oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy – konieczne jest uniemożliwienie nieuczciwym przedsiębiorcom celowego blokowania dostępu do swoich skrzynek poczty elektronicznej za pomocą stosownego *praesumptio iuris ac de iure*, np. iż nadanie oświadczenia pocztą elektroniczną na skrzynkę takiej poczty wskazaną przez przedsiębiorcę uznaje się za odebrane przez przedsiębiorcę z chwilą nadania. Wówczas ewentualny zwrot wiadomości do nadawcy (spowodowany celowym przepełnieniem skrzynki przez nieuczciwego przedsiębiorcę) nie będzie miał wpływu na bieg terminu do zwrotu świadczenia.

Kolejnym aspektem swobody umów jest problem dalszego wykorzystywania danych osobowych przekazanych przez konsumenta. Co prawda projekt formułuje zakaz takiego przetwarzania (art. 13 ust. 2 lit. b), art. 16 ust. 4 lit. a)), jednakże – w praktyce – będzie on niezwykle trudny do wyegzekwowania, szczególnie w sytuacji, gdy dane zostały już przekazane osobom trzecim. W istocie, uprawnienie konsumenta w tym względzie może mieć charakter iluzoryczny.

4. Idea równości

4.1. Idea równości w prawie prywatnym

Idea równości w prawie prywatnym znajduje swoje urzeczywistnienie w równości podmiotów cywilnoprawnych w zakresie ich kompetencji do

dokonywania czynności prawnych, w tym zawierania umów oraz nabywania i zbywania praw majątkowych. Z natury rzeczy równość ta jest formalna, gdyż leży ona w sferze prawnej (forma prawna), a nie ekonomicznej (materia czy też treść społeczno-gospodarcza)⁴⁷. Historyczna ewolucja idei równości w prawie prywatnym pokazuje wiele odstępstw od tej idei. Oczywiście, zależy, jakiego rodzaju podmioty chcemy uznać za podlegające zasadę równości. Jeżeli poszczególnych ludzi (osoby ludzkie), to zauważymy, że aż do końca XVIII w. w prawie prywatnym w ogólności, a do XX w. – w niektórych jego działach (prawo rodzinne, prawo zobowiązań) idea równości w ogóle nie była zrealizowana. Wszak prawo starożytne (w tym rzymskie) różnicowało na ludzi wolnych (będących osobami – *personae*) i niewolników⁴⁸ (będących rzeczami – *instrumenta vocalia*, „mówiące narzędzia”)⁴⁹. Następnie prawo średniowieczne różnicowało ludzi według ich przynależności stanowej, przewidując wręcz stosowanie innych podsystemów norm prawnych do poszczególnych grup społecznych (w Polsce były to prawo ziemskie, prawa miejskie poszczególnych miast, a także prawo wiejskie – również zróżnicowane regionalnie, a nadto systemy prawne poszczególnych mniejszości etnicznych tudzież prawo kanoniczne). Dopiero Rewolucja Francuska i wyrosły na jej gruzach kodeks Napoleona potraktował wszystkich wolnych ludzi jednolicie (jako jednolite „osoby fizyczne”), choć równolegle istniało niewolnictwo. Pomijając zjawisko *apartheidu* w Republice Południowej Afryki, należy wskazać na zróżnicowanie statusu osób fizycznych w zależności od płci – przewyżnione dopiero w XX w., a mające swój wyraz nie tylko w prawie

47 Por., odnośnie przeciwstawienia sobie prawa jako „formy”, a stosunków społeczno-gospodarczych jako „materii” D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” t. LXXXIX: 1976; I.D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law*, „Law and Society” t. XI: 1977; R. Mańko, *Form and substance of legal continuity*, „Zeszyty Prawnicze” (w druku).

48 D. 1, 5, 3 (Gaius 1 inst.): *Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. D. 1, 5, 5, pr. (Marcianus 1 inst.): *Et servorum quidem una est condicio: liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini*.

49 Varro, *Rerum rusticarum de agri cultura*, 1, 17, 1: *Quas res alii dividunt in duas partes, in homines et adminicula hominum, sine quibus rebus colere non possunt; alii in tres partes, instrumenti genus vocale et semivocale et mutum, vocale, in quo sunt servi, semivocale, in quo sunt boves, mutum, in quo sunt plaustra*.

rodzinnym (słynne podporządkowanie żony mężowi w k.N.⁵⁰), ale także prawie zobowiązań czy prawie handlowym (wymóg zgody męża na działalność handlową żony). Idąc dalej, należy wskazać na utrzymujące się niezwykle długo (np. w prawie francuskim) upośledzenie dzieci „poza-mażeńskich” (w prawie rodzinnym i spadkowym), co również stanowiło jaskrawe zaprzeczenie zasadzie równości podmiotów cywilnoprawnych.

W innym kierunku poszły kultury prawne państw realnego socjalizmu. Choć niewątpliwym osiągnięciem radzieckiej kultury prawnej było zrównanie statusu cywilnoprawnego kobiet i mężczyzn, a także dzieci „mażeńskich” i „pozamażeńskich”, to jednak od zasady równości podmiotów cywilnoprawnych wyłom uczyniono w innym kierunku – mianowicie faworyzując tzw. jednostki gospodarki uspołecznionej.

Z kolei zachodnioeuropejska kultura prawna również odeszła od zasady równości, jednakże w imię hasła zastąpienia równości formalnej – materialną. Znalazło to swój przejaw w ustawodawstwie z zakresu prawa pracy oraz prawa konsumenckiego, gdzie mocą norm semiimperatywnych podjęto próbę wyrównania sytuacji konsumentów, najemców i pracowników, będących z natury rzeczy podmiotami słabszymi ekonomicznie, względem ich partnerów kontraktowych – przedsiębiorców, wynajmujących i pracodawców. Doprowadziło to jednak do pewnego zatarcia granicy między prawem publicznym i prywatnym.

4.2. Realizacja idei równości w projekcie

Skoro mowa o europejskim prawie konsumenckim, warto pochylić się nad omawianym projektem dyrektywy by prześledzić, na ile realizuje on ideę równości podmiotów stosunków cywilnoprawnych, a także, czy realizuje on ideę równości formalnej (tj. tradycyjną postać idei równości w prawie prywatnym), czy też raczej ideę równości materialnej (tj. w duchu ustawodawstwa konsumenckiego). Ocena jednakże tego aspektu projektowanego aktu prawnego nastrocza pewnych trudności, a to dlatego, że reguluje ona stosunek prawny wynikający z umowy o dostarczanie treści cyfrowych wycinkowo, by nie powiedzieć – jednostronnie. Wynika to z faktu, że dyrektywa określa uprawnienia konsumenta na wypadek

⁵⁰ Zob. np. art. 213 i nast. k.N. Szczególnie charakterystyczny jest art. 213 k.N.: „Mąż winien obronę dla żony, a żona posłuszeństwo dla męża”. Por. A. Korzeniewska, *Prawo rodzinne w Kodeksie Napoleona*, „Studia Warmińskie” t. XXXIX: 2002.

niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę (roszczenie o spełnienie świadczenia *in natura*, roszczenie o obniżenie ceny; uprawnienie do odstąpienia od umowy i żądania zwrotu ceny), dalej uprawnienie konsumenta do wypowiedzenia umowy długoterminowej (o łącznym czasie trwania przenoszącym 1 rok), a wreszcie kwestię roszczeń odszkodowawczych konsumenta za szkody powstałe w jego środowisku cyfrowym⁵¹. Projekt milczy natomiast o uprawnieniach przedsiębiorcy na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez konsumenta. Dotyczy to sytuacji nie tylko nieuiszczenia umówionej ceny lub opłaty okresowej, ale także opóźnienia w jej uiszczeniu. Nadto, oprócz niewykonania bądź zwłoki w wykonaniu świadczenia *dare*, konsument może naruszać inne postanowienia umowy, jak choćby regulamin portalu społecznościowego, postanowienia umowy licencyjnej dotyczące treści cyfrowych chronionych prawami autorskimi itp. Ta szeroka gama stanów faktycznych wymyka się spod zakresu zastosowania dyrektywy, a w konsekwencji będzie ona uregulowana odmiennie w każdym krajowym systemie prawnym. Co do zasady będą miały zastosowanie przepisy części ogólnej prawa zobowiązań (a także, co oczywiste, części ogólnej prawa cywilnego), ale nie można wykluczyć w poszczególnych państwach członkowskich posiłkowego stosowania przepisów o sprzedaży, o świadczeniu usług, o najmie (w wypadku wynajęcia treści cyfrowych – np. płyty DVD czy też oglądania filmu w internecie w czasie rzeczywistym). To, czy w wypadku zwłoki w zapłacie kolejnej miesięcznej opłaty przedsiębiorca będzie mógł odciąć konsumenta od treści cyfrowych (np. od korzystania z wykupionego pakietu oprogramowania biurowego) zależeć będzie od postanowień każdej umowy, ocenianych w świetle mającego zastosowanie systemu prawnego. Dopiero *in concreto*, na tle danego systemu prawnego i na tle postanowień danego wzorca umownego będzie można ocenić, na ile uregulowania zawarte w dyrektywie przyczyniają się do ukształtowania sytuacji równości podmiotów stosunków cywilnoprawnych.

Może się bowiem *in casu* okazać, że o ile konsument może odstąpić od umowy dopiero po wezwaniu przedsiębiorcy do usunięcia wady i po długim oczekiwaniu, przedsiębiorca zastrzeże sobie prawo do wstrzymania dostarczania treści cyfrowych już w sytuacji najmniejszego choćby

⁵¹ Zob. szerokie omówienie uprawnień konsumenta na gruncie projektu w pracy: R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: legal analysis...*, s. 22 i nast.

opóźnienia w płatności opłaty przez konsumenta, bez konieczności wykazywania, że konsument ponosi za to opóźnienie odpowiedzialność. Nadto umowa może regulować kary umowne i odsetki umowne, które mogą doprowadzić do znaczącego upośledzenia sytuacji konsumenta (i tak ekonomicznie słabej), prowadząc w efekcie do niedających się zaakceptować nierówności. Oczywiście, w takiej sytuacji mogą przyjść w sukurs przepisy o niedozwolonych postanowieniach w umowach konsumenckich – będące wynikiem wdrożenia dyrektywy z 1993 r. – jednakże należy podkreślić, że rzeczywista efektywność tych przepisów zależy w dużej mierze od aktywności krajowych organów ochrony konsumenta, a mówiąc szerzej, od kultury prawnej⁵². Ponadto, z uwagi na wyjście poza ramy dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych, bliższe omówienie przedmiotowej problematyki wykraczałoby poza zakres niniejszego opracowania.

5. Idea własności

5.1. Idea własności w prawie prywatnym

Przejszć zatem wypada do rozważań o idei własności na gruncie omawianego projektu dyrektywy. Idea własności w największym uproszczeniu polega na przypisaniu określonemu podmiotowi stosunków cywilnoprawnych wyłącznego i bezwzględno władztwa nad określonym przedmiotem praw majątkowych. Aspekt wyłączności i bezwzględności najlepiej chyba wyrazili twórcy kodeksu Napoleona w art. 544: „Własność jest to prawo używania i rozporządzania rzeczami, w sposobie najrozszybszym, byleby w używaniu nic takiego nie czynić, cokolwiek zabronione jest prawami albo urządzeniami”⁵³.

Idea własności w prawie prywatnym i jej konkretna realizacja w normach i instytucjach tej gałęzi prawa przeszła charakterystyczną ewolucję. Patrząc z lotu ptaka, za najbardziej charakterystyczny rys tej ewolucji można uznać napięcie pomiędzy koncepcją własności jako jednolitej instytucji prawnej, a rozmaitymi przejawami jej rozszczepiania. I tak, w rzymskim prawie klasycznym istniała własność kwiryterna (chroniona

⁵² R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: legal analysis...*, s. 22.

⁵³ Por. tekst oryginalny: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

na mocy *ius civile*) i własność bonitarna (chroniona na mocy *ius honorarium*)⁵⁴. Podział wynikał więc z uznawania prawa własności na gruncie różnych warstw rzymskiego porządku prawnego. Co istotne, innemu podmiotowi mogła przysługiwać własność kwirytarna, a innemu bonitarna, co wymagało wyrafinowanych zabiegów prawniczych. W średniowieczu, w warunkach ustroju feudalnego, wyodrębniono *dominium directum* i *dominium utile*. Prawo angielskie w pewnym sensie w dalszym ciągu czerpie z tej feudalnej dychotomii. Nadto zarówno w prawie rzymskim, jak i feudalnym rozszepiano władztwo nad rzeczami przedmiotowo, tj. wyróżniano własność jako prawo absolutne i pomniejsze prawa rzeczowe (*iura in re aliena*) mu przeciwstawne. Wielkie kodyfikacje cywilne – z ich upodobaniem do ładu i systematyki – wprowadziły jednolitą własność (*Eigentum, propriété*), a także uporządkowały katalog praw rzeczowych ograniczonych.

Z kolei w prawie okresu realnego socjalizmu ten ład zaczął się znów chwiać. Powstały instytucje prawne o charakterze *quasi*-neofeudalnym, takie jak jednolity fundusz własności państwowej⁵⁵ (porównywalny do *dominium directum*) i tzw. prawo zarządu operacyjnego przedsiębiorstw państwowych⁵⁶ (porównywalne do *dominium utile*, albo – w innym ujęciu – do *peculium*)⁵⁷. Nadto wprowadzono – wedle dogmatów podanych do wierzenia przez radzieckiego uczonego Wieniediktowa – drobiazgowy podział na „formy” i „typy” własności, mający na celu przede wszystkim uprzywilejowanie własności państwowej i innej uspołecznionej kosztem własności prywatnej (w obrębie której rozróżniano własność indywidualną i osobistą)⁵⁸. Nie wchodząc bliżej w szczegóły, warto odnotować, że

54 Zob. np. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie...*, s. 125–126.

55 Art. 128 § 1 k.c.: „Socjalistyczna własność ogólnonarodowa (państwowa) przysługuje niepodzielnie Państwu”.

56 Art. 128 § 2 k.c.: „W granicach swej zdolności prawnej państwowe osoby prawne wykonywają w imieniu własnym względem zarządzanych przez nie części mienia ogólnonarodowego uprawnienia płynące z własności państwowej”.

57 Koncepcję porównania praw majątkowych przedsiębiorstwa państwowego do *peculium* poddał mi prof. UWM dr hab. Jerzy Krzynówek podczas dyskusji nad moim referatem na Ogólnopolskim Spotkaniu Romanistów w marcu 2016 r. w Warszawie.

58 Art. 126 k.c.: „Własność społeczna jest albo socjalistyczną własnością ogólnonarodową (państwową), albo własnością spółdzielczą lub własnością innych organizacji społecznych ludu pracującego”. Art. 132 § 1 k.c.: „Własnością osobistą jest własność rzeczy przeznaczonych do zaspokajania osobistych potrzeb materialnych

upadek socjalizmu realnego oznaczał, co do zasady, powrót do tradycyjnych, XIX-wiecznych koncepcji jednolitej własności, niemniej jednak nie można pominąć występowania tzw. relikwów prawnych⁵⁹ minionej epoki, a w szczególności prawa użytkownika wieczystego⁶⁰ oraz spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu⁶¹.

Drugim aspektem historycznej zmienności pojęcia własności w prawie prywatnym jest zagadnienie jego przedmiotu. O ile w prawie rzymskim pojęcie *res* było skonstruowane maksymalnie szeroko i przedmiotem własności mogły być nie tylko *res corporales*, ale także wszelkie inne przedmioty własności (*res incorporales*), nie wyłączając mas spadkowych i wierzytelności, o tyle takiemu podejściu hołduje dziś niewiele systemów prawnych. Wyjątkiem jest tu prawo austriackie, gdzie utrzymała się szeroka, rzymska definicja *res*⁶².

O ile kwestia podziału własności według podmiotów, typów i form jest obojętna z punktu widzenia omawianej dyrektywy, o tyle przedmiotowy zakres własności, to jest definicja *res* będzie nas interesować w dalszych rozważaniach prowadzonych już na kanwie projektowanej dyrektywy.

i kulturalnych właściciela i jego bliskich”. Art. 130 k.c.: „Grunt, budynki i inne środki produkcji, które nie stanowią wyłącznego przedmiotu własności społecznej, mogą być, na podstawie i w granicach ustaw, przedmiotem własności osób fizycznych (własność indywidualna)”.

59 O pojęciu „relikwów prawnych” zob. ostatnio: R. Mańko, *Relikty w kulturze prawnej. Uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” t. CII: 2015.

60 Z literatury zob.: A.W. Rudziński, *A Comparative Study of Polish Property Law*, [w:] *Polish Civil Law*, t. I, red. D. Lasok, Leiden 1973, s. 70–72; Z. Gawlik, *Użytkowanie wieczyste de lege ferenda*, [w:] *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego*, red. M. Sawczuk, Kraków 2006; B. Wierzbowski, *O przydatności użytkowania wieczystego*, [w:] *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001; R. Mańko, *Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective*, „Comparative Law Review” R. IV: 2013, z. 2, s. 21–22; R. Mańko, *Wybrane relikty prawne epoki realnego socjalizmu w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „Studia Iuridica” t. LXVI: 2016.

61 R. Mańko, *The Cooperative Member’s Proprietary Right to an Apartment: A Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law*, „Zeszyty Prawnicze” R. XV: 2015, z. 4.

62 § 285 ABGB: „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt”.

5.2. Pojęcie treści cyfrowych a pojęcie rzeczy

Dyrektywa definiuje „treści cyfrowe” w art. 1 pkt 1 jako: „a) dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, jak na przykład pliki wideo, audio, aplikacje, gry cyfrowe i inne oprogramowanie, b) usługę, która umożliwia tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie w formie cyfrowej danych dostarczonych przez konsumenta oraz c) usługę umożliwiającą rozpowszechnianie danych w formie cyfrowej dostarczanych przez innych użytkowników usługi lub inne formy interakcji takich danych”. Jak widać z przytoczonej definicji, „treściami cyfrowymi” mogą być również usługi, a w szczególności usługi świadczone przez operatorów portali społecznościowych (art. 1 pkt 1 lit b) oraz przez operatorów chmur obliczeniowych (art. 1 pkt 1 lit. c). Taka hybrydowa definicja oznacza, że przedmiotem świadczenia przedsiębiorcy w ramach umowy o dostarczanie treści cyfrowych może być zarówno *dare*, jak i *facere*.

Warto zauważyć, że powstanie luki prawnej związanej z pojawieniem się w obrocie treści cyfrowych jest bezpośrednią konsekwencją odejścia od szerokiej, rzymskiej definicji *res*. W prawie austriackim, gdzie szeroka definicja została zachowana w tamtejszym kodeksie cywilnym (ABGB), problem ten nie występuje. Treści cyfrowe – rozpatrywane w oderwaniu od trwałego nośnika – traktowane są jako *res incorporales*, zaś treści cyfrowe inkorporowane w nośniku cyfrowym traktowane są jako *res corporales*⁶³. Dzięki temu na gruncie prawa austriackiego można wprost stosować przepisy o sprzedaży czy o najmie do treści cyfrowych, które podpadają pod pojęcie rzeczy (*Sache*) na gruncie ABGB. Próbę przezwyciężenia trudności wynikających ze zbyt wąskiego zdefiniowania pojęcia rzeczy podjęto, drogą ustawodawczą, w prawie niemieckim, gdzie przyjęto, że przedmiotem umowy sprzedaży mogą być nie tylko rzeczy (rozumiane wąsko, jako przedmioty materialne), ale także „inne przedmioty” (*sonstige Gegenstände*) (§ 453 ust. 1 BGB). Również w naszym prawie podjęto próbę rozszerzenia umowy sprzedaży na sprzedaż treści cyfrowych, jednak ostatecznie z koncepcji tej zrezygnowano⁶⁴. Warto też odnotować podejście prawa niderlandzkiego, gdzie do obrotu treściami cyfrowymi

⁶³ B. Eccher, [w:] *Kurzkommentar zum ABGB*, red. H. Koziol et al., wyd. 3, Wien 2010, s. 276.

⁶⁴ I. Barańczyk, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta*, red. M. Namysłowska, Wolters Kluwer/LEX el. 2015, komentarz do art. 555, ust. 3; T. Targosz, M. Wyrwiński,

stosuje się zarówno przepisy o umowie sprzedaży, jak i przepisy o umowie o świadczenie usług⁶⁵.

Projekt dyrektywy oczywiście nie przesądza, jak państwa członkowskie mają definiować w swoich kodeksach cywilnych pojęcie „rzeczy”, ani nawet nie zobowiązuje ich do wprowadzenia umowy o dostarczanie treści cyfrowych jako odrębnego typu umowy, o czym była już mowa wyżej. Należy z naciskiem podkreślić, że prawidłowe wdrożenie dyrektywy do krajowego porządku prawnego może równie dobrze polegać na powrocie do tradycyjnego, szerokiego ujęcia „rzeczy” (na wzór austriacki) oraz dostosowaniu przepisów o sprzedaży, najmie czy umowie o dzieło do obrotu treściami cyfrowymi. Być może omawiany projekt dyrektywy stanowi dobry powód by powrócić do dyskusji o pojęciu rzeczy i zakresie prawa rzeczowego w prawie polskim. Trwająca rewolucja cyfrowa w sferze społeczno-gospodarczej wymaga bowiem, paradoksalnie, powrotu do rozwiązań bardziej elastycznych, a dostarczyć ich może tradycja prawa rzymskiego, żywa – w omawianym zakresie – w kodeksie cywilnym austriackim.

5.3. Dane osobowe jako świadczenie wzajemne

Niewątpliwą innowacją omawianego projektu dyrektywy jest dopuszczenie, by świadczenie konsumenta przybrało postać udostępnienia przedsiębiorcy „danych osobowych lub innych danych”, zamiast świadczenia pieniężnego⁶⁶. Mówiąc potocznie, dyrektywa zakłada, że konsument będzie „płacił” danymi osobowymi. Istotne jest jednak, że czynność faktyczna przekazania danych osobowych, aby mogła zostać uznana za świadczenie wzajemne konsumenta, musi wiązać się z przekazaniem danych, które wykraczają poza to, co niezbędne do spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę (lub których przekazanie jest wymogiem prawnym)⁶⁷.

Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego, „Forum Prawnicze” nr 1(27): 2015, s. 18 i nast.

⁶⁵ R. Mańko, *Contracts for supply of digital content to consumers...*, s. 3.

⁶⁶ Zob. art. 3 ust. 1 projektu: „Niniejsza dyrektywa stosuje się do wszystkich umów, na mocy których dostawca dostarcza konsumentowi treści cyfrowe bądź się do tego zobowiązuje, a w zamian za to płacona jest określona cena albo konsument aktywnie spełnia inne świadczenie niż zapłata ceny poprzez udostępnienie danych osobowych lub jakichkolwiek innych danych”.

⁶⁷ Art. 3 ust. 4 projektu: „Dyrektywa nie stosuje się do treści cyfrowych dostarczanych w zamian za inne świadczenie niż zapłata ceny w zakresie, w jakim dostawca

Możliwe jest jednak uznanie za świadczenie wzajemne przekazania danych, które są co prawda niezbędne do spełnienia świadczenia (lub których przekazania wymaga przepis prawa), o ile będą one przetwarzane przez przedsiębiorcę w dalej idącym, niż niezbędny (lub prawnie wymagany) zakresie⁶⁸. Ponadto konsument musi dane dostarczyć „aktywnie” – a zatem dane zbierane przez przedsiębiorcę bez aktywnego udziału konsumenta (nawet z jego przyzwoleniem)⁶⁹, jak np. dane zbierane przez „ciasteczka” (*cookies*) – które konsument tylko znosi (*pati*) – nie mogą być uznane za świadczenie wzajemne.

Aby zilustrować problem posłużmy się przykładem. Konsument chce uzyskać dostęp do usługi polegającej na możliwości obejrzenia w internecie, w formie cyfrowej, wybranego filmu (można przyjąć, że jest to umowa najmu treści cyfrowych). Przedsiębiorca daje mu dwie opcje – albo zapłatę określonej ceny, albo też dostarczenie danych osobowych, które nie są niezbędne do obejrzenia filmu. Mogą to być np. informacje o sytuacji rodzinnej konsumenta (stan cywilny, liczba dzieci), jego sytuacji mieszkaniowej czy o dochodach. Niewątpliwie, takie informacje są całkowicie zbędne do spełnienia świadczenia w postaci udostępnienia treści cyfrowych na żywo (*streaming*). Dla przedsiębiorcy mogą jednak mieć one określoną wartość i np. może on je następnie z zyskiem odsprzedać innemu przedsiębiorcy.

Można zasadnie zapytać, jak rozważania o „płaceniu” danymi osobowymi mają się do pojęcia własności. Otóż od pewnego czasu prowadzone są dyskusje nad statusem danych osobowych i prawem dysponowania nimi przez ich podmiot. Jak dotąd, w Europie przeważało podejście, które można by określić mianem publicznoprawnego. Kwestię ochrony

wymaga od konsumenta przekazania danych osobowych, których *przetwarzanie jest absolutnie niezbędne do wykonania umowy lub których przekazanie wynika z przepisów prawa* i dostawca nie wykorzystuje następnie tych danych w sposób niezgodny z tym przeznaczeniem. Dyrektywa także nie ma zastosowania do danych innych niż osobowe, o których przekazanie dostawca zwraca się do konsumenta w celu zapewnienia zgodności treści cyfrowych z umową lub których przekazanie wynika z przepisów prawa, a dostawca nie wykorzystuje tych danych w celach handlowych”.

68 Art. 3 ust. 4 *in medio* projektu „[...] i dostawca nie wykorzystuje następnie tych danych w sposób niezgodny z tym przeznaczeniem”.

69 Art. 3 ust. 1 *in principio* projektu: „...aktywnie spełnia inne świadczenie niż zapłata ceny poprzez udostępnienie danych osobowych lub jakichkolwiek innych danych”. Sformułowanie „aktywnie spełnia [...] świadczenie” oznacza wyraźnie, że świadczenie konsumenta musi mieć charakter *facere*, a nie tylko *pati*.

danych osobowych traktowano jako ochronę jednego z praw podstawowych, a zatem w perspektywie *ius publicum*⁷⁰. Wyrazem takiego podejścia jest zarówno wciąż obowiązująca dyrektywa z 1995 r.⁷¹, jak i nowe rozporządzenie o ochronie danych osobowych, ogłoszone w maju 2016 r.⁷² Warto podkreślić, że w międzyczasie (w grudniu 2009 r.) weszła w życie Karta Praw Podstawowych, która prawo do ochrony danych osobowych formalnie statuuje jako prawo podstawowe⁷³ – a zatem publiczne prawo podmiotowe.

Projekt dyrektywy czyni od takiego podejścia istotny wyłom. Dane osobowe zostają potraktowane w płaszczyźnie *ius privatum* jako potencjalny przedmiot świadczenia. Jest to, jak się wydaje, przede wszystkim świadczenie *facere* (aktywne przekazanie danych), które następnie przechodzi jednak w świadczenie *pati* (powstrzymanie się przez konsumenta od ingerencji w przetwarzanie danych przez przedsiębiorcę), przy czym etap *facere* jest niezbędny dla uznania przekazania danych za świadczenie konsumenta. Jeżeli dane są równocześnie utworami – np. autorskie zdjęcia z wakacji, mające walor twórczy, ale jednocześnie inkorporujące dane osobowe w postaci wizerunku członków rodziny wraz z informacją o sposobie spędzania wolnego czasu – można zastanawiać się dodatkowo o wystąpieniu po stronie konsumenta obowiązku *dare* w zakresie przeniesienia praw autorskich bądź udzielenia licencji przedsiębiorcy.

„Utowarowanie” danych osobowych jest niezwykle interesującym zjawiskiem zachodzącym w kulturze prawnej. Wiąże się z jednej strony z przejściem danych ze sfery *ius publicum* do sfery *ius privatum*, i to nie do sfery ochrony dóbr osobistych (prawo osobowe), ale do sfery prawa zobowiązań. Choć daleko jeszcze do uznania danych osobowych za *res* czy

70 D. Le Métayer, S. Monteleone, *Computer Assisted Consent for Personal Data Protection*, „Computer Law and Security Review” t. XXV: 2009, z. 5; R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: a legal analysis...*, s. 6.

71 Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych.

72 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE nr L 119 z 4 maja 2016 r., s. 1 i nast.).

73 Zob. art. 8 Karty praw podstawowych UE.

*merx*⁷⁴, fakt, że ich przekazanie może stanowić świadczenie wzajemne jest niewątpliwie dużą zmianą w myśleniu o danych osobowych i ich ochronie. Czas pokaże, czy takie rozwiązanie znajdzie się w ostatecznym tekście dyrektywy, jednakże faktem pozostaje, że już dziś wielu przedsiębiorców z obrotu danymi osobowymi uczyniło sobie źródło zarobkowania.

6. Podsumowanie

Analiza konkretnego projektu aktu prawnego w perspektywie realizacji trzech wybranych idei polityczno-prawnych: wolności, równości i własności, pozwoliła na twórcze połączenie optyki teoretycznej, historycznej i dogmatycznej. Okazało się bowiem, że idee te stanowią istotny element dorobku kultury prawa prywatnego, a jego ewolucję historyczną można ukazać w perspektywie zmagania się z tymi trzema ideami, w różnym stopniu i w rozmaitych formach realizowanymi. *In concreto* zastosowana perspektywa badawcza pozwoliła na odsłonięcie takich aspektów omawianego projektu, jak nadanie prymatu wolności umów przed ochroną konsumenta, czy ograniczeniem wolności zakończenia stosunku umownego przez konsumenta. Paradoksalnie, takie rozwiązania stanowią raczej realizację „formalnej” niż „materialnej” wolności (swobody) umów. Gdy idzie o realizację idei równości, na przeszkodzie szczegółowej analizie stanęła jednostronność rozwiązań jurydycznych zawartych w projekcie, który skupił się na uprawnieniach konsumenta, pomijając całkowicie uprawnienia przedsiębiorcy. Choć z jednej strony oznacza to ukłon w stronę prawa krajowego, to po pierwsze, nie pozwala ocenić, na ile projekt realizuje ideę równości, a pod drugie i ważniejsze – nie pozwala przewidzieć, na ile konsument będzie chroniony np. przed roszczeniami przedsiębiorcy z tytułu wygórowanych kar umownych czy też przed uprawnieniem przedsiębiorcy do wypowiedzenia umowy bez zachowania terminu w wypadku niewielkiego nawet opóźnienia z płatnością. Biorąc pod uwagę różnorodność 28 porządków prawnych w Unii Europejskiej, nie można takich sytuacji wykluczyć. Podsumowując wreszcie

74 Por. N. Purtova, *Property Rights in Personal Data: A European Perspective* (niepubl. rozprawa doktorska, Uniwersytet Tilburski, 2011), https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova_property16-02-2011.pdf [dostęp: 15 lipca 2016]. Zob. także A. Acquisti, L.K. John, G. Loewenstein, *What Is Privacy Worth?*, „Journal of Legal Studies” t. XLII: 2013.

ostatnią część merytorycznych rozważań, poświęconą idei własności, należy podkreślić dwa interesujące zjawiska w perspektywie idei prawnych i kultury prawnej, a mianowicie kwestię ujęcia rewolucji cyfrowej w karby pojęć cywilistycznych (pojęcie rzeczy – szerokie czy wąskie), a po drugie – kwestię „urzeczowienia” czy też „utowarowienia” danych osobowych jako przedmiotu świadczenia wzajemnego, do którego spełnienia – zamiast zapłaty ceny – może zobowiązać się umownie konsument.

Bibliografia

- Acquisti, A., John, L.K., Loewenstein, G., *What Is Privacy Worth?*, „Journal of Legal Studies” t. XLII: 2013.
- Balbus, I.D., *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law*, „Law and Society” t. XI: 1977.
- Barańczyk, I. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta*, red. M. Namysłowska, Wolters Kluwer/LEX el. 2015.
- Beale, H., *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.493, Brussels 2016.
- Ben Shahr, O., *The Failure of Mandated Disclosure*, „University of Pennsylvania Law Review” t. CVIX: 2011.
- Dębska, H., *Law’s Symbolic Power: Beyond the Marxist Conception of Ideology*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1.
- Eccher, B. [w:] *Kurzkommentar zum ABGB*, red. H. Koziol et al., wyd. 3, Wien 2010.
- Faure, M.G., Luth, H.A., *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations*, „Journal of Consumer Policy” 2011.
- Frankiewicz, A., *Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” t. III: 2009.
- Gawlik, Z., *Użytkowanie wieczyste de lege ferenda*, [w:] *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego*, red. M. Sawczuk, Kraków 2006.
- Gromski, W. [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 2, Warszawa 2008.
- Halpin, A., *Ideology and Law*, „Journal of Political Ideologies” R. XI: 2006, z. 2.

- Hesselink, M.W., *Democratic contract law*, „European Review of Contract Law” R. XI: 2015, z. 2.
- Hesselink, M.W., *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” nr 11/2008.
- Hesselink, M.W., *The justice dimensions of the relationship between fundamental rights and private law*, „European Review of Private Law” t. XXIV: 2016, z. 3–4.
- Howells, G.G., Weatherill, S. *Consumer Protection Law*, Aldershot 1995.
- Kennedy, D. *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” t. LXXXIX: 1976.
- Korzeniewska, A. *Prawo rodzinne w Kodeksie Napoleona*, „Studia Warمیńskie” t. XXXIX: 2002.
- Le Métayer, D., Monteleone, S., *Computer Assisted Consent for Personal Data Protection*, „Computer Law and Security Review” t. XXV: 2009, z. 5.
- Łętowska, E., *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997.
- Łopatka, A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1969.
- Machnikowski, P., *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Mak, C., *Justice Through European Private Law*, „Centre for the Study of European Contract Law Working Paper” nr 4: 2016.
- Mak, V., *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.494, Brussels 2016.
- Mańko, R., *‘We Do Not Recognise Anything »Private«: Public Interest and Private Law Under the Socialist Legal Tradition and Beyond*, w: *Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition*, red. B. Sitek i in., Olsztyn 2015.
- Mańko, R., *Contract law and the Digital Single Market: Towards a new EU online consumer sales law?* European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 568.322, Brussels 2015.
- Mańko, R., *Contracts for online and other distance sales of goods*, „European Parliamentary Research Service Briefing”, PE 577.962, 2016.
- Mańko, R., *Contracts for supply of digital content to consumers*, „European Parliamentary Research Service Briefing”, PE 581.980, 2016.
- Mańko, R., *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission proposal*, European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 582.048, Brussels 2016.

- Mańko, R., *Form and substance of legal continuity*, „Zeszyty Prawnicze” (w druku).
- Mańko, R., *Ideology and Legal Interpretation*, [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, Riga 2016.
- Mańko, R., *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa prywatnego w ujęciu systemowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” Rok XXV: 2016, z. 1.
- Mańko, R., *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, Warszawa 2004.
- Mańko, R., *Relikty w kulturze prawnej. Uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, „Przeгляд Prawa i Administracji” t. CII: 2015.
- Mańko, R., *Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective*, „Comparative Law Review” R. IV: 2013, z. 2.
- Mańko, R., *The Cooperative Member’s Proprietary Right to an Apartment: A Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law*, „Zeszyty Prawnicze” R. XV: 2015, z. 4.
- Mańko, R., *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” t. XVI: 2006, z. 2.
- Mańko, R., *Unfair contract terms in EU law: Unfair Terms Directive and Common European Sales Law*, „European Parliament Library Briefing”, 19 września 2013 r.
- Mańko, R., *Wybrane relikty prawne epoki realnego socjalizmu w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „Studia Iuridica” t. LXVI: 2016.
- Mańko, R., Stambulski, M., *Law and ideology: critical explorations*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1.
- Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, wyd. 6, New York 2003.
- Purtova, N., *Property Rights in Personal Data: A European Perspective* (niepubl. rozprawa doktorska, Uniwersytet Tilburski, 2011), dostępne: https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova_property16-02-2011.pdf [dostęp: 15 lipca 2016].
- Rudziński, A.W., *A Comparative Study of Polish Property Law*, [w:] *Polish Civil Law*, t. I, red. D. Lasok, Leiden 1973.
- Sacco, R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)*, „American Journal of Comparative Law” R. XXXIX: 1991, z. 2.

- Schilling, M., *Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, „European Law Review” t. III: 2008.
- Sójka-Zielińska, K., *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, wyd. 2, Warszawa 2008.
- Sulikowski, A., *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007.
- Targosz, T., Wyrwiński, M., *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” nr 1(27): 2015.
- Wierzbowski, B., *O przydatności użytkowania wieczystego*, [w:] *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 4, Warszawa 2005.
- Ziemiński, Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

Iwona Sierpowska

(Wyższa Szkoły Zarządzania i Bankowości w Poznaniu)

WOLNOŚĆ, GODNOŚĆ I PRAWO DO SAMOSTANOWIENIA A UDZIELANIE ŚWIADCZEŃ Z POMOCY SPOŁECZNEJ

ABSTRACT

FREEDOM, DIGNITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION AND SOCIAL WELFARE PROVISION

Freedom and the human right to self-determination are some of key values of social welfare. However, they are not unconditional in nature and may be subject to legal restrictions, which spring from other norms, principles and values that require protection. Dignity is the source of freedom. The need for its protection in connection with such values as life, health and safety may justify helping individuals against their will and, thus, violating their right to self-determination. The provision of social welfare without the individual's consent requires resolving a moral dilemma and the conflicts between different systems of norms.

KEYWORDS: freedom, dignity, right to self-determination, social welfare

SŁOWA KLUCZOWE: wolność, godność, prawo do samostanowienia, opieka społeczna

Wprowadzenie

Wolność człowieka jest wartością prawnie chronioną. Regulacje dotyczące ochrony wolności zawarte są w źródłach prawa międzynarodowego i krajowego, w tym w konstytucjach państw demokratycznych. Wolność stwarza jednostce możliwość wyboru wariantów zachowań, jest zatem przeciwieństwem przymusu. L. Wiśniewski zauważa, że wolność człowieka oznacza

jego naturalną zdolność do podejmowania aktów woli (decyzji) i ich realizacji, w warunkach życia w społeczeństwie podlega ona ograniczeniom w celu zapewnienia innym takiej samej możliwości korzystania z wolności. Jak słusznie podkreśla Autor, wolność człowieka jest wartością naturalną, jej nosicielem jest człowiek – nie państwo¹. Wolność nie jest przypisana instytucjom publicznym i z całą pewnością nie jest nią swoboda działania organu. W przeciwieństwie do jednostki organy publiczne związane są zasadą legalizmu, działają zatem na podstawie i w granicach prawa. O ile jednostka może robić wszystko, czego jej prawo nie zabrania, o tyle organ może robić tylko to, na co mu prawo zezwala. Wolność człowieka w różny sposób zderza się z zasadą legalizmu. Obowiązek realizacji zadań publicznych, ochrona interesu publicznego oraz fundamentalnych wartości niejednokrotnie są uzasadnieniem do ingerowania w wolność człowieka. Podstawą takiej ingerencji jest również jego dobro, niemniej nie zawsze jest ono tak samo rozumiane przez jednostkę i instytucję. Zagadnienia te zostaną zgłębiane w dalszych rozważaniach, które stawiają sobie za cel ukazanie problematyki wolności człowieka i jego prawa do samostanowienia w świetle obowiązku udzielania wsparcia przez instytucje pomocy społecznej. Jednocześnie poruszony zostanie problem granic ingerencji w wolność człowieka w imię ochrony innych dóbr i wartości, w tym godności jednostki ludzkiej.

Artykuł 31 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej² gwarantuje prawną ochronę wolności człowieka, stanowiąc jednocześnie, że każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych oraz, że nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Ponadto Konstytucja zapewnienia każdemu nietykalność i wolność osobistą (art. 41), rodzicom gwarantuje prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem (art. 48), zapewnia nienaruszalność mieszkania (art. 50) oraz chroni prywatność. Artykuł 47 stanowi, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Jak podkreśla judykatura wolność osobista stwarza człowiekowi możliwość wyboru postępowań zarówno w życiu publicznym jak i prywatnym, jest fundamentalną wartością społeczeństwa, źródłem rozwoju

1 L. Wiśniewski, *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006, s. 22.

2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

osobowości człowieka, jego osobistej pomyślności i postępu społecznego³. Z wolności człowieka oraz prawa do prywatności można wyprowadzić prawo do samostanowienia. Wyraża się w nim autonomia jednostki i jej prawo do dokonywania życiowych wyborów. Samostanowienie to przede wszystkim możliwość samodzielnego decydowania o swoim życiu osobistym, to prawo do życia własnym życiem, wolnym od ingerencji ze strony państwa i osób trzecich, to „prawo do pozostawienia w spokoju”⁴. W samostanowieniu wyraża się realizacja postulatu o podmiotowym, a nie przedmiotowym traktowaniu człowieka i kierowaniu się przez niego własnymi racjami⁵.

Źródłem wolności jest przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna godność, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych (art. 30). Godność jako kategoria interdyscyplinarna stanowi szczególną wartość człowieka pozostającego w relacjach z innymi ludźmi. Nadaje sens życiu, kształtuje pozytywny stosunek do siebie i otoczenia, motywuje do działań, uodparnia na próby manipulacji i zniewolenia, konstruktywnie wpływa na radzenie sobie w trudnych sytuacjach, oddziałuje wychowawczo, kształtuje odpowiedzialność⁶. Godność jest wartością fundamentalną dla całego porządku prawnego. Ma charakter naturalny i pierwotny w stosunku do państwa, co nakazuje jej respektowanie przez ustawodawcę i organy władzy.

Wolność, godność i prawo do samostanowienia w regulacjach pomocy społecznej

Wolność w przestrzeni życia publicznego, jaką jest pomoc społeczna, można postrzegać jako wolność społeczną. Polega ona na podejmowaniu działań lub powstrzymywaniu się od nich w szeroko pojętym życiu

3 Wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., TK 16/10, OTK ZU nr 8A/2011, poz. 80; wyrok TK z dnia 10 marca 2010 r., U 5/07, OTK ZU nr 3A/2010, poz. 20; postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNIC 2006, nr 7–8, poz. 137.

4 M. Syska, *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013, s. 217.

5 A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolności i prawa człowieka i obywatela*, [w:] D. Górecki (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 88.

6 M.T. Romer, *Godność człowieka w prawie pracy i pomocy społecznej*, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne*, Warszawa 2003, s. 59; M. Chmaj, *Źródła wolności i praw człowieka*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2006, s. 35 i n.

społecznym⁷. W ramach wolności jednostka samodzielnie decyduje o określonych formach aktywności i o skorzystaniu z przysługujących jej praw. Rolą państwa jest respektowanie tych wyborów, w tym powstrzymanie się od działań, jeśli taka jest wola człowieka.

Jak zauważa S. Nitecki w pomocy społecznej wolność łączy się z określonymi prawami, takimi jak: prawo do skorzystania ze świadczeń pomocy społecznej, prawo do otrzymania świadczenia w formie i wysokości o jaką dana osoba się ubiega, prawo do korzystania ze świadczenia w określony sposób⁸.

Generalną zasadą pomocy społecznej jest udzielanie świadczeń na wniosek lub przynajmniej za zgodą osoby zainteresowanej. Oznacza to, że osoba (rodzina) samodzielnie decyduje czy o pomoc wystąpić i czy z niej skorzystać. Nikogo nie można zmusić do przyjęcia świadczenia, ani zmiany stylu życia. Realizacja prawa do pomocy społecznej stanowi wyraz wolności przysługującej jednostce. Wolność ta uzewnętrznia się w zasadach i celach pomocy oraz konkretnych regulacjach. Świadczeń z pomocy społecznej udziela się osobom i rodzinom znajdującym się w trudnych sytuacjach życiowych, których nie mogą one przewyciężyć samodzielnie, wykorzystując własne zasoby, uprawnienia i możliwości⁹. Głównym celem wsparcia jest doprowadzenie do życiowej samowystarczalności świadczeniobiorcy, a tym samym wyprowadzenie go poza system pomocy. Do osiągnięcia tego celu niezbędna jest aktywna postawa adresata pomocy, współdziałanie z pracownikiem instytucji udzielającej wsparcia, a nade wszystko chęć przełamania życiowego kryzysu. Miarą sukcesu jest tu zatem wolny wybór i wewnętrzna motywacja. Wolność jednostki wyraża się przede wszystkim w prawie inicjowania postępowań o przyznanie świadczenia. Zasadą jest, że postępowanie w tych sprawach wszczyna się na wniosek strony lub na wniosek innej osoby za zgodą strony. Co prawda organ może procedować z urzędu, niemniej o faktycznej skuteczności pomocy przesądzi zgoda strony na takie działanie. Jeżeli zgody organ nie uzyska konieczne będzie umorzenie postępowania. Zgoda strony nie może być dorozumiana, powinna być wyrażona na piśmie.

7 K. Głębicka, *Polityka społeczna w Unii Europejskiej. Aspekty aksjologiczne i empiryczne*, Warszawa 2001, s. 108.

8 S. Nitecki, *Prawo do pomocy społecznej w polskim systemie prawa*, Warszawa 2008, s. 116.

9 Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 163, z późn. zm.).

Wolność jednostki w prawie pomocy społecznej przejawia się również w możliwości wyboru świadczenia. Choć wybór ten doznaje ograniczeń, to organ administracji publicznej w pierwszej kolejności winien starać się zaspokoić oczekiwania zgłaszane przez stronę. S. Nitecki słusznie podkreśla, że „ten aspekt wolności zbieżny jest z treścią art. 7 k.p.a., stanowiącego, że w ramach prowadzonego postępowania organ administracji ma na względzie interes społeczny i słuszny interes strony, a zatem jeżeli istnieje tylko taka możliwość, aby żądanie strony o zaspokojenie jej potrzeby zostało uwzględnione, winno to nastąpić”¹⁰.

Jak już zostało powiedziane jednostka ma prawo do korzystania ze świadczeń w określony sposób, niemniej prawo to może być postrzegane również w kategoriach obowiązku. Choć realizacja świadczeń musi przebiegać z poszanowaniem prywatności świadczeniobiorcy i prawa do samostanowienia, to trzeba pamiętać, że znacząca część świadczeń musi być wykorzystana w sposób określony przepisami prawa (o czym w dalszej części opracowania).

Poszanowanie wolności i autonomii jednostki jest istotnym elementem funkcjonowania wyspecjalizowanych jednostek organizacyjnych pomocy społecznej. Trzeba zaznaczyć, że skierowanie do domu pomocy społecznej odbywa się za zgodą osoby kierowanej lub jej przedstawiciela ustawowego. Organizacja placówki, zakres i poziom świadczonych przez nią usług uwzględnia wolność, intymność, godność i poczucie bezpieczeństwa mieszkańców domu oraz stopień ich fizycznej i psychicznej sprawności. Te same wartości w sposób szczególny chroni się świadcząc usługi opiekuńcze i bytowe w rodzinnych domach pomocy¹¹. W standard usług realizowanych przez domy dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży wpisano m.in.: podmiotowe traktowanie i partnerstwo we wzajemnych relacjach pomiędzy mieszkańcami i personelem, uwzględnianie indywidualnych potrzeb mieszkańców i ich dzieci, stwarzanie warunków do rozwoju osobowego oraz poszanowanie sfery prywatności mieszkańców¹².

Wyrazem poszanowania prawa jednostki do samostanowienia są również kontrakt socjalny i programy indywidualne. Kontrakt socjalny jest

¹⁰ S. Nitecki, *Prawo...*, s. 118.

¹¹ § 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 31 maja 2012 r. w sprawie rodzinnych domów pomocy (Dz.U. z 2012 r., poz. 719, z późn. zm.).

¹² § 3 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z dnia 8 marca 2005 r. w sprawie domów dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży (Dz.U. Nr 43, poz. 411, z późn. zm.).

pisemną umowę zawartą z osobą ubiegającą się o pomoc, określającą uprawnienia i zobowiązania stron umowy, w ramach wspólnie podejmowanych działań zmierzających do przezwyciężenia trudnej sytuacji życiowej osoby lub rodziny. Kontrakt zawierany jest w celu określenia sposobu współdziałania w rozwiązywaniu problemów osoby lub rodziny oraz wzmocnienia ich aktywności, samodzielności życiowej, zawodowej lub przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu. Programy indywidualne adresowane są do konkretnych grup świadczeniobiorców, takich jak uchodźcy, osoby bezdomne i osoby opuszczające określone placówki socjalne i socjalizacyjne. Celem programów jest wyjście z bezdomności, usamodzielnienie i społeczna integracja ich adresatów. Wskazane czynności konsensualne dochodzą do skutku w drodze ustalania wzajemnych zobowiązań świadczeniobiorcy i instytucji udzielającej pomocy. Choć wiodąca rola pracownika socjalnego w tych ustaleniach jest niekwestionowana, a odmowa podpisania kontraktu lub programu, jak też niezrealizowanie jego postanowień jest podstawą do odmowy udzielenia pomocy, to nie można pominąć ochrony integralności jednostki w tych czynnościach. Stworzenie jej możliwości wypowiedzenia się co do potrzeb i oczekiwań, czynny udział w ustalaniu treści kontraktu i programu, możliwość renegotjowania ich warunków są przykładem poszanowania prawa człowieka do samostanowienia o sobie.

Prawo to wymieniane jest również przy normowaniu katalogu zadań pracownika socjalnego. Przy wykonywaniu obowiązków służbowych winien on kierować się zasadą dobra osób i rodzin, którym służy, poszanowania ich godności i prawa tych osób do samostanowienia (art. 119 ust. 2 pkt 2 u.p.s.). Zbliżone w swej treści postanowienia zawiera Kodeks Etyczny Polskiego Towarzystwa Pracowników Socjalnych¹³. Do ochrony prywatności i autonomii jednostki nawiązuje zasada kierowania się dobrem osób korzystających z pomocy społecznej i ochroną ich dóbr osobistych. W szczególności organy udzielające pomocy i ich pracownicy nie mogą podawać do publicznej wiadomości nazwisk osób korzystających z pomocy oraz rodzaju i zakresu przyznanego wsparcia.

Jak już zaznaczono, u podstaw wolności człowieka, jego prawa do samostanowienia, jak i innych praw leży godność osoby ludzkiej. Zakaz jej

¹³ Zob. A. Miruć, *Odpowiedzialność etyczna pracowników socjalnych*, [w:] Z. Duniewska, M. Stahl (red.), *Odpowiedzialność administracji i w administracji*, Wolters Kluwer 2013, LEX.

naruszania ma charakter bezwzględny i dotyczy absolutnie wszystkich, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Wyraz temu ustawodawca daje w art. 3 ust. 1 u.p.s., stanowiąc, że rolą pomocy społecznej jest umożliwienie osobom i rodzinom życia w warunkach odpowiadających godności człowieka¹⁴. Warto powtórzyć, że godność przywoływana jest przy określeniu poziomu usług świadczonych przez domy pomocy społecznej i niepubliczne placówki całodobowej opieki, przy wyznaczaniu zakresu pracy socjalnej i obowiązków pracownika socjalnego. Godność będąca istotą człowieczeństwa jest fundamentem systemu pomocy społecznej i nadrzędną wartością w udzielaniu wsparcia, jest wyjęta poza nawias wszystkich uregulowań i instytucji ustawy o pomocy społecznej¹⁵. Przywołanie tej wartości w kontekście niniejszych rozważań wydaje się istotne z kilku powodów. Po pierwsze, godność pozwala postrzegać człowieka jako autonomiczną jednostkę mającą prawo do samodzielnego kierowania swoim życiem i ponoszenia za nie odpowiedzialności. Po drugie, godność i jej ochrona może być uzasadnieniem ingerencji w wolność człowieka, w sytuacji gdy udziela się pomocy wbrew jego woli.

Ograniczenia wolności i ich uzasadnienie

Wolność i prawo do samostanowienia oznaczają, że człowiek w swoim działaniu jest wolny od przymusu i zewnętrznej ingerencji. Jednakże prawo do decydowania o sobie samym nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom. Dzieje się tak w przypadku konfliktu tego prawa z innymi normami i wartościami. Można zadać pytanie, o jakie normy tu chodzi, skoro prawo do samostanowienia plasuje się szczyście hierarchii wartości chronionych przez porządek prawny?¹⁶ K. Wódcz powołuje dwa zasadnicze ograniczenia prawa do samostanowienia osób korzystających

¹⁴ Zob. R. Michalska-Badziak, *Godność człowieka w prawie pomocy społecznej*, [w:] J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*, Wrocław 2009, s. 475–482; A. Zieliński, *Pojmowanie godności ludzkiej w świetle praw ekonomicznych i socjalnych*, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w 15 rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 47 i n.

¹⁵ I. Lipowicz, *O mądre prawo i wrażliwe państwo*, Warszawa 2013, s. 67.

¹⁶ J. Kowalczyk, *Wartości w pracy socjalnej a granice prawa do samostanowienia*, „Praca Socjalna” 2013, nr 3, s. 71.

z pomocy społecznej, z jednej strony jest to „rzeczywista zdolność klienta do podejmowania samodzielnych decyzji (np. w przypadku choroby psychicznej lub głębokiej demencji), z drugiej zaś normy prawne (w tym przepisy regulujące działania pomocy społecznej) oraz zasady moralności publicznej”¹⁷.

Na gruncie normatywnym wolność i autonomia jednostki doznają ograniczeń, jeżeli przemawia za tym inna norma, zasada lub wartość konstytucyjna, a stopień tego ograniczenia pozostaje w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie ma służyć¹⁸. Ramy dopuszczalnych ograniczeń wyznacza wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasada proporcjonalności. Przepis ten określa także formalne warunki ewentualnej ingerencji ustawodawcy i jej maksymalny, dozwolony zasięg. Z jego treści wynika, że ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności mogą być ustanowione tylko w ustawie i może to nastąpić wyłącznie z powodu ochrony bezpieczeństwa, porządku publicznego, środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Tego typu ograniczenia odnaleźć można w ustawie o pomocy społecznej, jak i innych ustawach z zakresu szeroko rozumianej pomocy i wsparcia socjalnego. Ich przejawem jest przymusowe skierowanie do domu pomocy społecznej. Artykuł 54 ust. 4 u.p.s. nakłada na instytucje pomocy społecznej obowiązek zawiadomienia prokuratora, w przypadku gdy osoba kierowana do domu pomocy społecznej lub w nim umieszczona wycofa zgodę na pobyt w placówce. Jeżeli zgody takiej nie wyraża przedstawiciel ustawowy osoby wymagającej całodobowej opieki, to należy o tym powiadomić sąd. Celem zawiadomienia jest uruchomienie procedur, które doprowadzą do przymusowego umieszczenia w placówce lub też do ubezwłasnowolnienia danej osoby. W powyższych okolicznościach sąd rodzinny może wydać postanowienie o umieszczeniu osoby w domu pomocy społecznej bez jej zgody.

Odwołując się do ustawodawstwa socjalnego można wymienić następujące przypadki ograniczenia wolności jednostki i jej prawa do samostanowienia:

- wykonanie przymusowego badania psychiatrycznego – dotyczy osoby, której zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo

¹⁷ K. Wódz, *Praca socjalna w środowisku zamieszkania*, Katowice 1998, s. 102.

¹⁸ Orzeczenie TK z dnia 24 czerwca 1997 r., K 21/96, OTK nr 2/1997, poz. 23.

życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych¹⁹;

- przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego, bez jej zgody – może nastąpić na podstawie ww. okoliczności uzasadniających badanie psychiatryczne, jak również odnosi się do osoby, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego oraz osoby, która jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia (art. 23 i 29 u.o.z.p.);
- przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi do domu pomocy społecznej bez jej zgody – odnosi się do osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo, niezdolnej do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych i niemającej możliwości korzystania z opieki innych osób, potrzebującej stałej opieki i pielęgnacji, w sytuacji gdy brak opieki zagraża jej życiu (art. 39 u.o.z.p.);
- podjęcie działań interwencyjnych wobec rodziny dotkniętej przemocą z zastosowaniem procedury „Niebieskie Kart” bez zgody osoby dotkniętej przemocą²⁰;
- udzielenie pomocy dzieciom bez zgody rodziców i opiekunów będących w stanie nietrzeźwości²¹;
- przymusowe skierowanie na badanie i na leczenie osoby uzależnionej od alkoholu – dotyczy osób, które w związku z nadużywaniem alkoholu powodują rozkład życia rodzinnego, demoralizację małoletnich, uchylają się od pracy albo systematycznie zakłócają spokój lub porządek publiczny (art. 24, 26 i 27 u.w.t.p.a.);
- przymusowe skierowanie na leczenie i rehabilitację osoby niepełnoletniej uzależnionej od narkotyków²².

19 Art. 21 ustawy z dnia 9 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 546), dalej u.o.z.p.

20 Art. 9d ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 1390), dalej u.p.p.r.

21 Art. 23 ust. 3 ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 1286 z późn. zm.), dalej u.w.t.p.a.

22 Art. 30 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 224).

Można dodać, że ze zbliżonymi ograniczeniami wolności mamy do czynienia na gruncie prawa rodzinnego. Chodzi tu w szczególności o pozbawienie lub ograniczenie władzy rodzicielskiej. Orzeczenia sądu w tym zakresie oddziałują na prawa rodziców i dzieci także w innych obszarach regulacji. Ich skutkiem może być umieszczenie małoletniego w instytucji pieczy zastępczej, co zazwyczaj odbywa się wbrew woli rodziców i ich dzieci, a uzasadnione jest dobrem tych ostatnich. W tym miejscu warto dodać, w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie pracownik socjalny wykonujący obowiązki służbowe ma prawo odebrać dziecko z rodziny i umieścić je u innej niezamieszkującej wspólnie osoby najbliższej lub w rodzinie zastępczej albo w placówce opiekuńczo-wychowawczej. Decyzję o odebraniu dziecka pracownik socjalny podejmuje wspólnie z funkcjonariuszem Policji, a także z lekarzem, lub ratownikiem medycznym, bądź pielęgniarką (art. 12a u.p.p.r.).

Podane przykłady skłaniają do konstatacji, że ustawodawca ogranicza lub pozbawia człowieka prawa do samostanowienia o sobie (lub o osobach pozostających pod opieką), wtedy, gdy jego dobro jest zagrożone lub gdy zagraża on otoczeniu. Ingerencja organów administracji i sądu uzasadniona jest przede wszystkim ochroną zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz poszanowaniem praw i wolności innych osób, mieści się zatem w granicach zakreślonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Działania organów są więc zgodne z zasadą legalizmu, organ robi to, co nakazują mu przepisy. Niemniej działania te są obciążone koniecznością rozstrzygnięcia różnych konfliktów. Głównym jest wybór pomiędzy uznaniem prawa jednostki do swobodnego decydowania o własnym życiu, a pozbawieniem jej tego prawa ze względu na konieczność ochrony innych dóbr i wartości. W podanych przykładach dylematy moralne pracowników socjalnych zdaje się rozstrzygać ustawodawca, poprzez wskazanie priorytetów. Tak więc podejmując działania związane z przymusowym umieszczeniem osoby w domu pomocy społecznej, szpitalu psychiatrycznym, instytucji pieczy zastępczej czy zakładzie leczenia odwykowego, pracownik socjalny pozostaje w zgodzie z przepisami prawa i sobą samym. Nawet jeżeli jego działania są sprzeczne z wolą osoby, której dotyczą, wykonywane są dla jej dobra – mierzonego obiektywnymi kryteriami i w celu ochrony uznanych przez prawo norm i wartości, a ponadto, co istotne, podejmowane są w oparciu o szczegółową podstawę prawną.

Nie zawsze jednak postępowanie służb socjalnych jest bezsporne. Wystarczy, że przepisy stwarzają organowi luz decyzyjny lub dochodzi do kolizji norm moralnych i ustawowych, wówczas pojawiają się pytania o hierarchię wartości. Wątpliwości rodzą się również przy ocenie i wyważaniu interesu jednostkowego i społecznego. Działając w ramach przyznanej prawem swobody organ ocenia sytuację życiową osoby ubiegającej się o pomoc, na tę ocenę wpływa postawa wnioskodawcy, jego życiowe wybory, sposób postępowania. To, co dla świadczeniobiorcy jest przejawem wolności i prawem do podejmowania samodzielnych decyzji, dla organu może być marnotrawieniem własnych zasobów lub świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Ocena postaw i zachowań nie zawsze jest łatwa i jednoznaczna, zwłaszcza gdy trzeba uwzględnić inne normy lub dobro osób pozostających pod opieką świadczeniobiorcy.

W pomocy społecznej często zderza się ze sobą obiektywny i subiektywny sposób pojmowania wolności, prywatności, prawa do samostanowienia i godności. Dla części świadczeniobiorców zakres przyznanej pomocy uwłacza ich godności. Jednakże niska wartość świadczeń podyktowana jest rozwiązaniami systemowymi. Pomoc społeczna nie gwarantuje życia w komforcie, zapewnia jedynie zaspokojenie podstawowych potrzeb na minimalnym poziomie. Podwyższanie wartości świadczeń oraz utrzymywanie zbyt małej różnicy między ich wielkością a wysokością wynagrodzeń, czy świadczeń z ubezpieczeń społecznych stanowi zachętę do unikania zatrudnienia i życia na koszt społeczeństwa. Pomoc społeczną musi cechować minimalizm, bo tylko to motywuje do uniezależnienia się od niej. Dlatego też nie znajdują uzasadnienie twierdzenia, że świadczenia sprzeniewierzają się godności człowieka, że są zbyt wysokie by umrzeć i zbyt niskie by żyć²³.

Część osób korzystających z pomocy społecznej upatruje swoją wolność w zupełnej swobodzie korzystania ze świadczeń i decydowania o ich przeznaczeniu. Nie należy do rzadkości traktowanie świadczeń pomocowych jako stałego źródła dochodu, prezentowanie wyuczonej bezradności, manifestowanie niechęci do pomocy niepieniężnej, w tym współpracy z pracownikiem socjalnym i asystentem rodziny. Wymóg współdziałania stawiany świadczeniobiorcom, polegający np. na aktywnym poszukiwaniu pracy, poddaniu się szkoleniu zawodowemu, podpisaniu kontraktu socjalnego

23 Zob. J. Staręga-Piasek, *Wymiar odpowiedzialności w pomocy społecznej*, „Praca Socjalna” 2013, nr 3, s. 34.

czy podjęciu leczenia odwykowego postrzegany jest niejednokrotnie przez adresatów pomocy jako swoisty zamach na ich wolność i godność. W skardze do WSA osoba uzależniona od alkoholu ubiegająca się o świadczenie podniosła, że zaproponowane jej warunki podpisania kontraktu socjalnego, w którego postanowieniach ujęto m.in.: prowadzenie trzeźwego trybu życia, utrzymywanie abstynencji, podjęcie i ukończenie terapii, leczenie chorób reumatycznych, regularne wizyty u lekarza i stosowanie się do jego zaleceń, poszukiwanie zatrudnienia zgodnie z posiadanym orzeczeniem o niepełnosprawności, nie pozwalają zachować godności człowieka²⁴. W innej sprawie skarżąca, będąca dyplomowanym nauczycielem, korzystająca permanentnie z pomocy społecznej, uznała przedstawioną jej propozycję podjęcia pracy fizycznej za naruszenie godności. Naczelny Sąd Administracyjny oddalając skargę zauważył, że wspieranie osoby w wysiłkach zmierzających do zaspokojenia niezbędnych potrzeb, nie może przybierać formy stałego utrzymywania i zaspokajania wszystkich potrzeb życiowych w zakresie wynikającym bezwarunkowo z żądania strony. NSA podkreślił, że „ubiegający się o pomoc nie może zatem w żadnym razie odmówić podjęcia pracy z powodu zbyt niskiego oferowanego wynagrodzenia lub pracy niedpowiadającej jego wysokim kwalifikacjom [...]. Stąd też Naczelny Sąd Administracyjny uznał, iż zarzut skargi kasacyjnej, że pracownik organu pomocy społecznej naruszył godność osobistą skarżącej legitymującej się wyższym wykształceniem przedstawiając propozycję pracy fizycznej, jest całkowicie nieuprawniony”²⁵. W wyroku z dnia 10 czerwca 2015 r. (IV SA/Wr 869/14, LEX nr 1788937) WSA we Wrocławiu nie podzielił stanowiska strony o obowiązku respektowania przez organ pomocy społecznej jej prawa do samostanowienia, przejawiającego się w niewykorzystywaniu przysługujących jej uprawnień i możliwości. Niestawienie się w urzędzie pracy w wyznaczonym terminie, doprowadzenie do utraty statusu osoby bezrobotnej i studiującej, unikanie zatrudnienia oraz niepodejmowanie stypendium socjalnego, nie może być traktowane jako przejaw wolności człowieka, uzasadniającej domaganie się od organu pomocy społecznej bezwarunkowego wsparcia. W wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r. (I SA/Wa 1487/14, LEX nr 1784607) WSA w Warszawie uznał, że nie można się zgodzić z zarzutem skarżącej, iż sugerowanie przez organ przyznający

24 Sąd nie podzielił zarzutów podniesionych w skardze, zob. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 25 stycznia 2012 r., II SA/Rz 1173/11, LEX nr 110794.

25 Wyrok NSA z dnia 5 lutego 2010 r., I OSK 1255/09, LEX nr 594997.

zasilek celowy na zakup pralki dokonania zakupu w określonym sklepie, narusza prawo do samostanowienia. Zarzut ten nie zasługuje na aprobatę w kontekście żądania przez stronę zwiększenia zasiłku z powodu zakupu pralki za kwotę przewyższającą przyznane świadczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy skarżąca objęta jest rozległą i ciągłą pomocą.

Powyższe rozważania dowodzą, że subiektywna i obiektywna interpretacja wolności jednostki nie zawsze idzie ze sobą w parze. Subiektywna ocena wolności weryfikowana jest oceną obiektywną, podejmowaną w oparciu o obowiązujące w porządku prawnym zasady, w tym zasadę sprawiedliwości społecznej. Istotne jest, by organ odwoływał się do obiektywnych kryteriów oceny oraz by strona miała zapewnione możliwości kwestionowania tych ocen na drodze kontroli instancyjnej i sądowej. Rolą kontroli jest m.in. badanie czy nie zostały przekroczone granice uznania administracyjnego. Jednocześnie trzeba dostrzec, że w ramach przyznanej prawem swobody organ ocenia postępowanie świadczeniobiorcy i sposób korzystania z przyznanej pomocy. Niewykorzystanie przysługujących jednostce uprawnień, zasobów i możliwości jest przesłanką odmowy udzielenia wsparcia (art. 2 ust. 1 u.p.s.). Zachowania kwalifikowane jako brak współdziałania, marnotrawienie przyznanych świadczeń, ich niszczenie lub korzystanie z nich w sposób niezgodny z przeznaczeniem, a także marnotrawienie własnych zasobów finansowych mogą być przyczyną odmowy przyznania pomocy, jej ograniczenia, zamiany, a nawet pozbawienia dotychczasowych świadczeń (art. 11 u.p.s.). Pod adresem takich regulacji można wysunąć zarzut, że godzą one w wolność człowieka, a luz decyzyjny jest w istocie niesformalizowanym uprawnieniem do jej naruszania. O ile działania organu mieszczą się w granicach przyznanej prawem swobody, nie można ich traktować jako pogwałcenia wolności świadczeniobiorcy. Trzeba pamiętać, że zasady korzystania ze świadczeń są wypadkową ochrony interesów jednostkowych i interesu publicznego. Wolność jednostki powinna być tu rozumiana jako prawo wyboru czy z pomocy skorzystać czy nie, nie zaś jako prawo do ustalania własnych reguł dostępu do świadczeń. Z taką konstatacją koresponduje opisywana w literaturze charakterystyka świadczenia socjalnego, w której podkreśla się m.in., że treść świadczenia nie podlega negocjacji, sytuacja świadczeniobiorcy prowadzi się zwykle do pobrania tego, co mu państwa przyznało²⁶.

²⁶ Zob. I. Sierpowska, *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2012, s. 199.

Analizując ograniczenia wolności warto zwrócić uwagę na regulacje, które mogą budzić kontrowersje. Pierwsza dotyczy zmiany decyzji z zakresu pomocy społecznej na korzyść strony. Ustawodawca w art. 106 ust. 5 u.p.s. zastrzega, że taka weryfikacja aktu administracyjnego nie wymaga zgody strony. Oznacza to, że dokonując zmiany decyzji organ pomija wolę jej adresata, jeżeli nowe rozstrzygnięcie jest dla niego korzystne. Powstaje jednak pytanie o ocenę owych korzyści. Są sytuacje nie budzące wątpliwości, w których zmiana rozstrzygnięcia przynosi stronie oczywistą korzyść (na przykład podwyższenie kwoty świadczenia pieniężnego), ale w niektórych przypadkach ocena może nie być tak jednoznaczna²⁷. Przykładowo obiektywnie korzystna zmiana usług opiekuńczych (ich częstotliwości, formy, miejsca wykonywania), czy zmiana placówki udzielającej pomocy, z którą świadczeniobiorca czuje się związany emocjonalnie, może wywoływać jego niechęć. Jednostronna ocena korzyści może być zatem nieuprawnioną ingerencją w wolność jednostki i jej prawo do samostanowienia, dlatego w sytuacjach wątpliwych owa ocena powinna być pozostawiona stronie.

Regulacjami, które mogą budzić wątpliwości w świetle ochrony godności człowieka, są unormowania dotyczące minimalnych kwot zasiłku stałego i okresowego. Minimalna wysokość zasiłku stałego wynosi 30 zł, a zasiłku okresowego 20 zł miesięcznie. Należy zastrzec, że odbiorcą drugiego świadczenia może być zarówno osoba, jak i rodzina. Wysokość zasiłków zależy od dochodu, schemat ustalania kwoty świadczenia sprowadza się do obliczenia różnicy między rzeczywistym dochodem, a ustawowym kryterium dochodowym. Różnica ta odpowiada kwocie świadczenia, im zatem wyższy dochód, tym mniejszy zasiłek. W ten sposób ustawodawca stara się realizować zasadę sprawiedliwości i równości. Niemniej przy zasiłku okresowym ustawa dopuszcza obniżenie wysokości świadczenia do połowy różnicy między dochodem a ustawowym kryterium, z czego w praktyce zazwyczaj się korzysta. Kwota zasiłku okresowego nie stanowi tu zatem matematycznej różnicy między dochodem a progiem ustawowym, ale jest od niej niższa. Dlatego w tej sytuacji, zwłaszcza gdy odbiorcą świadczenia jest rodzina, uznanie kwoty 20 zł za wystarczającą do osiągnięcia celów pomocy społecznej wydaje się nieporozumieniem. Trudno uznać, że taki zasiłek umożliwi życie w warunkach odpowiadających godności człowieka, jego wysokość nie jest poszanowaniem tej wartości.

²⁷ Zob. S. Nitecki, *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, Wrocław 2013, s. 780.

Jak już zostało powiedziane ograniczenia praw i wolności człowieka mogą być unormowane wyłącznie ustawowo, niemniej w praktyce pojawiają się one również na niższych szczeblach regulacji. Problem ten wart jest zasygnalizowania, przede wszystkim ze względu na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji. W pomocy społecznej ujawnia się on na poziomie prawa wewnątrzzakładowego. Obszernej analizie tej problematyki dokonuje K. Kurowski, badając regulaminy domów pomocy społecznej dla osób niepełnosprawnych²⁸. Autor wskazuje na zawarte w nich naruszenia wolności mieszkańców, takie jak:

- brak wpływu pensjonariuszy na miejsce i sposób przechowywania dokumentów tożsamości – dokumenty przechowywane są przez personel, dopuszcza się możliwość ich wydania rodzinie mieszkańca na jej pisemny wniosek. Taka praktyka „stanowi przejaw przedmiotowego traktowania osób z niepełnosprawnościami, a więc zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego narusza zasadę poszanowania godności ludzkiej. Ogranicza też w sposób istotny mieszkańcom DPS korzystanie z ich wolności i praw (np. niemożność samodzielnego – bez udziału pracownika DPS założenia konta bankowego, podpisania wielu umów)”²⁹;
- obowiązek złożenia wartościowych przedmiotów do depozytu;
- zakaz organizowania i uczestniczenia w zakupach napojów alkoholowych;
- ograniczenie możliwości samodzielnego opuszczania placówki (np. obowiązek zgłoszenie personelowi z 3-dniowym wyprzedzeniem zamiaru wyjścia) i całkowity zakaz jej opuszczania przez osoby przymusowo umieszczone w domu pomocy społecznej;
- konieczność wskazania osoby przejmującej odpowiedzialność za mieszkańca domu, w czasie, w którym znajduje się on poza placówką (dotyczy także mieszkańców nieubezpieczonych całkowicie, zdolnych do decydowania o sobie);
- ograniczanie kontaktów z osobami z zewnątrz i przyjmowania gości (ograniczanie wizyt u mieszkańców ubezpieczonych, dopuszczenie przebywania na terenie domu osób obcych wyłącznie za zgodą dyrektora, po wcześniejszym podpisaniu umowy o wolontariacie).

²⁸ K. Kurowski, *Wolności i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2014, s. 66–82 i 136–145.

²⁹ *Ibidem*, s. 70.

Z przeprowadzonych przez Autora ankiet w domach pomocy społecznej wynikają ponadto liczne naruszenia prawa do prywatności mieszkańców, w tym przede wszystkim brak zagwarantowania intymności, przejawiający się m.in. w konieczności przebierania się i wykonywania codziennej zabiegów higienicznych w obecności opiekunów, brak klucza w toaletach i w pokojach mieszkalnych³⁰.

Z powyższych analiz płyną dwa zasadnicze wnioski. Po pierwsze, ograniczenia wolności, zdają się nie zważać, na rzeczywisty stan osób, których dotyczą. Wprowadza się ogólne regulacje, obowiązujące wszystkich mieszkańców, bez względu na stopień ich sprawności, chorobę oraz zdolność do samodzielnego decydowania o sobie. Drugi niepokojący wniosek dotyczy formy tych ograniczeń. Podane przykłady dowodzą, że prawem wewnątrzzakładowym normuje się kwestie zastrzeżone dla materii ustawowej. Z całą pewnością opieka nad niektórymi pensjonariuszami wymaga stosowania rozwiązań ograniczających ich prawa i wolności. Niemniej rozwiązania te powinny być adekwatne do konkretnych potrzeb i powinny mieć ustawowe umocowanie.

Prawo do samostanowienia a obowiązek udzielania pomocy – dylematy pracowników socjalnych

Prawo do pomocy społecznej jest publicznym prawem podmiotowym. Kiedy poziom życia człowieka spada poniżej społecznie akceptowanego minimum, jednostka ma prawo oczekiwać od państwa pomocy, a państwo ma obowiązek jej udzielić. Zadaniem pomocy społecznej jest

³⁰ *Ibidem*, s. 144. Autor podaje również konkretny przykład naruszenia wolności człowieka powołując się na sytuację niepełnosprawnej mieszkanki domu pomocy społecznej, „w stosunku do której dyrekcja wydała decyzję zakazującą samodzielnego wychodzenia poza placówkę. Mieszkanka zwróciła się do Powiatowego Centrum Pomocy Rodzinie z pytaniem o podanie podstawy prawnej takiej decyzji. Zdziwienie musi budzić odpowiedź dyrektor PCR, zdaniem której samo posiadanie znacznego stopnia niepełnosprawności uzasadnia ograniczenie przez DPS wolności mieszkanki. Trudno wskazać przepisy uzasadniające taką interpretację, a jeśli nawet takie by istniały, to należałoby je uznać za niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jeszcze większe zdumienie musi budzić decyzja prokuratury rejonowej, która odmówiła wszczęcia postępowania w sprawie bezprawnego ograniczenia wolności, argumentując, że decyzja dyrektor DPS była zgodna z regulaminem placówki” (s. 81).

udzielenie wsparcia umożliwiającego przewyższenie trudnej sytuacji życiowej, a więc doprowadzenie do usamodzielnienia świadczeniobiorcy, a gdy uzyskanie samowystarczalności nie jest możliwe – zagwarantowanie mu odpowiednich warunków bytowych. W jednym i w drugim przypadku nadrzędną wartością jest godność jednostki ludzkiej. Nie zawsze jednak oczekiwania osób będących w trudnej sytuacji życiowej są zbieżne z działaniami instytucji pomocowych. Może to wynikać z nadmiernych żądań obywateli, jak również z nieujawniania, czy wręcz ukrywania ich rzeczywistej sytuacji. Powodów rezygnacji ze świadczeń pomocowych jest wiele, zalicza się do nich poczucie wstydu, obawę przed społeczną stygmatyzacją, niechęć do odkrywania prywatności, bezradność, niską świadomość przysługujących praw, ambiwalentny stosunek do norm prawnych i społecznych, wrogie nastawienie do instytucji publicznych, czy wreszcie wybór stylu życia, którego nie da się pogodzić z zasadami udzielania pomocy. Zjawisko nierealizowania świadczeń w literaturze oceniane jest jako poważny problem społeczny, uniemożliwia ono osiągnięcie celów pomocy społecznej, w tym redukcję ubóstwa oraz narusza zasadę równości, „bowiem ci, którzy nie realizują swoich uprawnień na skutek np. niedoinformowania czy obawy przed stygmatyzacją, są gorzej usytuowani wobec tych, którzy te uprawnienia realizują”³¹. Jednakże konfrontacja równości z wolnością wymaga priorytetowego potraktowania tej drugiej. Skoro jednostka ma prawo ubiegać się o świadczenia, ma również prawo tego nie czynić, jedynie od kadr służb socjalnych można oczekiwać działań, które zmienią taką postawę. W większości przypadków są to jedynie działania perswazyjne. Nie zawsze jednak pracownik socjalny może i powinien pozostawić wybór osobie potrzebującej pomocy. O przypadkach, w których wola człowieka i jego prawo do samostanowienia muszą ustąpić innym zasadom, prawom i wartościom była już mowa. Trzeba jednak zwrócić uwagę, na mniej jednoznaczne sytuacje, w których wolność jednostki znajduje się w opozycji do społecznych norm lub oczekiwań, bądź dochodzi do kolizji między godnością człowieka, a jego prawem do samostanowienia.

W prawie tym, jak już zaznaczono, wyraża się wola do pozostawienia w spokoju. Oznacza to między innymi, że człowiek ma prawo do wyboru stylu życia. O ile styl ten nie godzi w chronione prawa, wolności

31 P. Sałustowicz, *Pomoc społeczna w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 33.

i wartości, nikt nie może w jego wybór ingerować. Tymczasem społeczność lokalna często domaga się takich interwencji wobec osób, których zachowania odbiegają od przyjętych norm. Problemem bardziej skomplikowanym, doprowadzającym do konfliktów różnych norm jest zjawisko syllogomanii. Warunki życia osób cierpiących na zespół zbieractwa często godzą w estetykę otoczenia, bezpieczeństwo i zdrowie, nie zawsze jednak występuje realne zagrożenie konkretnych dóbr uzasadniające podjęcie działań ze strony służb socjalnych. Dodatkowo trzeba mieć na uwadze konstytucyjnie chronioną nienaruszalność mieszkania i prawo własności. Pracownicy socjalni stoją często przed trudnymi wyborami stawiając pytania o słuszność i celowość swych działań, w szczególności o to, jak wspierać potrzebujących w sytuacjach wymuszania działań przez lokalne społeczności – czyje interesy i dobro uznać za nadrzędne? Jak, pomagając, dbać o dobro reprezentowanej instytucji i budować zaufanie do wykonywanego zawodu, w sytuacji rozbieżności celów i oczekiwań?³²

Pracownicy służb socjalnych niejednokrotnie mają do czynienia z przypadkami, w których w świetle społecznie uznanych standardów bytowych, konieczne jest udzielenie wsparcia, niemniej osoba potrzebująca pomocy się na to nie godzi. W takich przypadkach interwencję nie zawsze można uzasadnić wprost potrzebą ochrony życia, zdrowia, bezpieczeństwa lub moralności. Zdarza się, że takie osoby pozostają pod silną presją najbliższego otoczenia, które nie życzy sobie ingerencji w stosunki rodzinne. Wówczas pracownicy socjalni muszą rozstrzygać dylematy prawne, społeczne i moralne, czy zgodnie z zasadą legalizmu powinni wypełniać ustawowe obowiązki, czy też przyznać pierwszeństwo wolności człowieka i jego prawu decydowania o sobie. W takich okolicznościach niezwykle ważne jest rozeznanie czy dana osoba posiada rzeczywistą zdolność do właściwej oceny swojej sytuacji, czy jej wybory są w pełni świadome i samodzielne, czy też ograniczają je (lub wyłączają) choroba, wiek, niepełnosprawność lub osoby trzecie. Zachwiana ocena rzeczywistości u takich osób może eliminować ewentualne konflikty norm i dylematy w pracy socjalnej oraz uzasadniać podejmowanie działań bez zgody tych osób. Można pokusić się o konstatację, że pracownik socjalny nie narusza prawa człowieka do samostanowienia, o ile człowiek w sposób pełny i świadomy z tego prawa nie może korzystać.

32 K. Rys, „*Między młotem a kowadłem*” – prawo do samostanowienia, a oczekiwania społeczności lokalnej, „Praca Socjalna” 2013, nr 3, s. 88.

W obszarze pomocy społecznej największe dylematy wydaje się rodzić konflikt pomiędzy wolnością a godnością jednostki ludzkiej. Chodzi o tego rodzaju sytuacje, w których wiodącym, a nierzadko jedynym uzasadnieniem ingerencji w wolność człowieka jest konieczność ochrony jego godności. E. Kulesza uważa, że konstytucyjna norma gwarantująca prawo do godności oraz obowiązek jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne stanowi mandat do działania, także w sytuacji braku zgody osoby, której udziela się pomocy i wbrew jej prawu do samostanowienia. Gdy godność człowieka jest zagrożona, np. poprzez niezabezpieczenie podstaw jego egzystencji, służby socjalne powinny podejmować działania ratownicze, „nawet gdyby było to związane z przekroczeniem przepisów prawa, wprost uzależniających udzielenie pomocy od zgody zainteresowanych”³³. Pogląd ten znajduje uzasadnienie w sytuacjach, w których wolność człowieka doznaje ustawowych ograniczeń, a także gdy jest on faktycznie, a nie formalnie pozbawiony prawa do samodzielnego decydowania. Trudno jednak bronić tej koncepcji, gdy powyższe ograniczenia nie występują. Powstaje pytanie czy należy udzielić pomocy osobie żyjącej w warunkach urągających godności, jeżeli osoba ta, nie stwarzając żadnego zagrożenia dla siebie, ani otoczenia, w pełni świadomie i samodzielnie odmawia przyjęcia pomocy? Ochrona jej godności domaga się interwencji, ochrona wolności i samostanowienia temu przeczy. Można zadać kolejne pytanie czy umieszczenie godności na szczycie chronionych dóbr i wartości jest wystarczającą legitymizacją do podejmowania działań za wszelką cenę i w każdych okolicznościach? Funkcjonowanie niektórych grup społecznych temu przeczy. Nie zmusza się osoby bezdomnej do udania się do schroniska lub noclegowni wbrew jej woli, mimo że warunki jej życia nie odpowiadają godności człowieka. Problem ten znalazł swoje odzwierciedlenie również na gruncie normatywnym. Ustawodawca utworzył nowy typ placówek w postaci ogrzewalni, które umożliwią bezdomnym przetrwanie w trudnych warunkach pogodowych, przy czym korzystaniu z tych obiektów nie towarzyszy rygoryzm porządkowy właściwy dla schronisk. Jak zatem wynika z powyższego wolność i prawo do samostanowienia mogą być traktowane priorytetowo. Czy cierpi na tym poszanowanie godności człowieka? Na to pytanie trudno odpowiedzieć. Trzeba by najpierw zmierzyć się z kwestią relatywizacji bytowych standardów godności oraz rozstrzygnąć dylemat, czy powinny być one mierzone wyłącznie

33 E. Kulesza, *Prawo człowieka do samostanowienia a obowiązek udzielania pomocy przez instytucje pomocy społecznej*, „Praca Socjalna” 2013, nr 3, s. 16–17.

obiektywnymi czy również subiektywnymi kryteriami? Wreszcie można by zadać ostatnie, retoryczne pytanie, czy w powyższych okolicznościach, nieudzielając pomocy człowiekowi zgodnie z jego wolą, na pierwszym miejscu stawiamy jego wolność, czy może jednak godność, która w jego subiektywnym przekonaniu domaga się pozostawienia go w spokoju?

Podsumowanie

Wolności człowieka, jego autonomia, integralność i godność są najwyższymi wartościami w pomocy społecznej i pracy socjalnej. Wszelkie działania ograniczające lub pozbawiające człowieka wolności wyboru i prawa do decydowania o własnym życiu muszą znaleźć ustawowe umocowanie. Z pełną dezaprobatą należy odnieść się do nieuprawnionych unormowań na niższym poziomie regulacji, jak i arbitralnego stosowania prawa, które ma służyć instytucji, a nie człowiekowi. Pomaganie wbrew woli wymaga rozstrzygnięcia dylematów moralnych i konfliktów między różnymi systemami norm. Trzeba pamiętać, że pracowników socjalnych działających w strukturach administracji publicznej obowiązuje przede wszystkim zasada legalizmu, kolizje między normami, zasadami i wartościami musi on rozstrzygać kierując się przepisami prawa. Niemniej w tak wrażliwej przestrzeni życia publicznego, jaką jest pomoc społeczna, nie można zabraknąć wyczulenia na ludzką krzywdę. Najtrudniej rozstrzygać sprzeczności pomiędzy najwyższymi w hierarchii normami i wartościami, wyznaczającymi standardy udzielania pomocy społecznej, zwłaszcza gdy wydaje się, że wolności człowieka nie da się pogodzić z ochroną jego godności. Jeżeli godność jest źródłem wolności, to być może konflikt ten jest jedynie pozorny? Przyjdzie dostrzec, że w teorii łatwiej niż w praktyce ustala się granice ingerencji w wolność człowieka i jego prawo do samostanowienia. Zdecydowanie trudniej dokonuje się tego w zderzeniu z konkretnymi sytuacjami, za którymi kryją się ludzkie dramaty.

Bibliografia

- Chmaj M., *Źródła wolności i praw człowieka*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2006.
- Głąbicka K., *Polityka społeczna w Unii Europejskiej. Aspekty aksjologiczne i empiryczne*, Warszawa 2001.

- Kowalczyk J., *Wartości w pracy socjalnej a granice prawa do samostanowienia*, „Praca Socjalna” 2013, nr 3.
- Kulesza E., *Prawo człowieka do samostanowienia a obowiązek udzielania pomocy przez instytucje pomocy społecznej*, „Praca Socjalna” 2013, nr 3.
- Kurowski K., *Wolności i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2014.
- Lipowicz I., *O mądre prawo i wrażliwe państwo*, Warszawa 2013.
- Michalska-Badziak R., *Godność człowieka w prawie pomocy społecznej*, [w:] J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*, Wrocław 2009.
- Miruć A., *Odpowiedzialność etyczna pracowników socjalnych*, [w:], Z. Duniewska, M. Stahl (red.), *Odpowiedzialność administracji i w administracji*, Wolters Kluwer 2013, LEX.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Wolności i prawa człowieka i obywatela*, [w:] D. Górecki (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008.
- Nitecki S., *Komentarz do ustawy o pomocy społecznej*, Wrocław 2013.
- Nitecki S., *Prawo do pomocy społecznej w polskim systemie prawa*, Warszawa 2008.
- Romer M.T., *Godność człowieka w prawie pracy i pomocy społecznej*, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne*, Warszawa 2003.
- Rys K., „Między młotem a kowadłem” – prawo do samostanowienia, a oczekiwania społeczności lokalnej, „Praca Socjalna” 2013.
- Sałustowicz P., *Pomoc społeczna w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Sierpowska I., *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2012.
- Staręga-Piasek J., *Wymiar odpowiedzialności w pomocy społecznej*, „Praca Socjalna” 2013, nr 3.
- Syska M., *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013.
- Wiśniewski L., *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006.
- Wódz K., *Praca socjalna w środowisku zamieszkania*, Katowice 1998.
- Zieliński A., *Pojmowanie godności ludzkiej w świetle praw ekonomicznych i socjalnych*, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w 15 rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003.

Tomasz Mering
(Uniwersytet Warszawski)

RÓWNOŚĆ I SOLIDARNOŚĆ W NIESPOKOJNYCH CZASACH. REFORMY PAŃSTWA DOBROBYTU W OKRESIE ŚWIATOWEGO KRYZYSU FINANSOWEGO I GOSPODARCZEGO

ABSTRACT

EQUALITY AND SOCIAL SOLIDARITY IN TURBULENT TIMES: WELFARE STATE REFORMS DURING FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS

The article presents the concept of the welfare state and shows the impact of the recent financial and economic crisis on the scope of the social rights in the Member States of the European Union. The study finds that since the 80s of the last century, welfare states have come under pressure, the effect of which has been to carry out reforms aimed towards limiting the level of social protection of employees and reducing social spending. The reforms have accelerated in times of economic recession, especially in countries that are members of the euro area, which had to meet the requirements related to reducing budget deficits and public debt. The article points to the growing importance of external factors to the development trajectory of welfare states and draws attention to the role of public discourse in formulating anti-crisis programs.

KEYWORDS: equality, social solidarity, financial crisis, welfare state

SŁOWA KLUCZOWE: równość, solidarność społeczna, kryzys finansowy, państwo dobrobytu

Powstanie i rozwój państwa dobrobytu

Po drugiej wojnie światowej, w wielu krajach Europy Zachodniej rozpoczął się proces reform społeczno-ekonomicznych, którego bezpośrednim efektem było zwiększenie ingerencji państwa w gospodarkę na niespotykaną wcześniej skalę. Przy zachowaniu podstawowych zasad gospodarki wolnorynkowej, instytucje państwowe stały się współodpowiedzialne za zapewnianie dobrobytu swoich obywateli, a w krajach takich jak Francja, Niemcy czy Wielka Brytania powstały powszechne systemy ubezpieczeń społecznych, wprowadzono płace minimalną oraz progresywne systemy podatkowe. W literaturze przedmiotu zaczęto pisać o nowej koncepcji państwa, którą w Niemczech utożsamiano z pojęciem *Sozialstaat* (państwo socjalne), w Szwecji ze słowem *Folkhemmet* (dosłownie: dom ludu), a w piśmiennictwie anglojęzycznym z pojęciem *welfare state*, co dosłownie jest tłumaczone na język polski jako państwo dobrobytu lub alternatywnie – jako państwo opiekuńcze czy też państwo o orientacji społecznej.

Ta różnorodność tłumaczeń wskazuje na trudności interpretacyjne, które wynikają z odmiennych kontekstów w ramach, których występuje oryginalny termin. Pojęcie państwa opiekuńczego może mieć charakter nadmiernie zwężający, szczególnie wtedy, gdy utożsamimy opiekuńczość państwową ze sferą opieki (pomocy) społecznej¹. Z kolei posługiwanie się pojęciem państwo dobrobytu jest problematyczne, ponieważ dobrobyt może odnosić się do aktualnej sytuacji (a więc np. wysokiego poziomu rozwoju gospodarczego), ale może być również traktowane jako aksjomat, cel do którego się dopiero dąży. Problemy z *welfare state* mają charakter nie tylko doktrynalny, ale również praktyczny np. precyzyjne oddzielenie państw, które możemy uznać za państwa dobrobytu od tych, które nimi nie są wymaga posłużenia się dodatkowymi kryteriami.

Według brytyjskiego socjologa Thomasa Humpreya Marshalla państwo dobrobytu jest charakteryzowane poprzez współwystępowanie gospodarki kapitalistycznej, demokracji przedstawicielskiej oraz interwencjonizmu państwowego w sferze społecznej². Marshall postrzegał genezę państw *welfare state* w ramach długotrwałego rozwoju praw obywatelskich, politycznych i socjalnych, który rozpoczął się w XVIII wieku i trwał na

1 R. Szarfenberg, *Pożegnanie państwa opiekuńczego?*, http://rszarf.ips.uw.edu.pl/pdf/ws_pozegnanie.pdf [dostęp: 17 lipiec 2016].

2 T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, University Press, Cambridge 1950.

kontynencie europejskim przez kolejne 200 lat. Jest to teoria ewolucyjna, która zakłada, że rozwój praw następował stopniowo, począwszy od przyznania praw obywatelskich (proces ten Marshall sytuuje właśnie w XVIII stuleciu), poprzez rozwój praw obywatelskich (wiek XIX) aż do praw socjalnych (wiek XX). Pierwsza ze wspomnianych wiązek uprawnień (prawa obywatelskie) to gwarancja indywidualnej wolności, na którą składa się prawo do wolności osobistej, swobody wypowiedzi, poglądów i wyznania, prawo do posiadania własności osobistej i zaciągania zobowiązań, aż wreszcie – prawo do bezstronnego wymiaru sprawiedliwości.

Prawa obywatelskie stanowią z jednej strony podstawową zasadę państwa prawa (wolność od samowoli władcy, możliwość odwołania się od decyzji podejmowanych przez instytucje publiczne, prawo do wolności wypowiedzi), a z drugiej strony są fundamentem gospodarki wolnorynkowej (poszanowanie własności prywatnej, swoboda zawierania umów). Prawa polityczne, które przez większą część XIX stulecia obejmowały jedynie część społeczeństw, oznaczały możliwość brania udziału w życiu politycznym (czynne i bierne prawo wyborcze). Prawa socjalne stanowią dopełnienie współczesnej koncepcji obywatelstwa i obejmują szeroki zakres uprawnień – od prawa do czerpania indywidualnych korzyści z ekonomicznego dobrobytu i bezpieczeństwa socjalnego po życie zgodne ze standardami dominującymi w społeczeństwie (realizacja praw socjalnych była według Marshalla najlepiej uosobiona poprzez instytucje edukacyjne i świadczenia społeczne)³.

Proces, który doprowadził do przyznania szerokim klasom społecznym uprawnień socjalnych jest przedmiotem nieustannej dyskusji prowadzonej w ramach ekonomii politycznej. Dla jednych stworzenie kategorii obywatelstwa socjalnego było nieuniknionym efektem procesów industrializacyjnych, rozpoczętych jeszcze w okresie rewolucji przemysłowej, które doprowadziły do gruntownych przemian w tkance społecznej dziewiętnastowiecznych narodów, za sprawą urbanizacji, masowej migracji ze wsi do miast oraz szybkiego przyrostu ludności. W tym ujęciu rozwój praw socjalnych jest rozumiany w kategoriach funkcjonalnych, jako konieczna odpowiedź instytucji państwa na zjawiska związane z rozpadem tradycyjnych społeczności lokalnych oraz wielopokoleniowej rodziny, które nie mogły już pełnić funkcji ochronnych wobec swoich członków⁴.

³ *Ibidem*, s. 62.

⁴ H.L. Wilensky, *The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, University of California Press, Berkeley 1975.

Dla innych powstanie *welfare state* jest efektem oddziaływania instytucji, w tym przede wszystkim – konsekwencją centralizacji władzy politycznej w ramach państw narodowych. Przeprowadzenie progresywnych reform społecznych mogło być zrealizowane jedynie przy silnym mandacie politycznym, w którym rząd i parlament nie napotykały zorganizowanych punktów oporu. Argument ten pada często w analizach porównawczych; rozbudowane państwo dobrobytu powstało w Szwecji, podczas gdy w Szwajcarii, państwie będącym konfederacją kantonów ukształtował się znacznie bardziej liberalny model ekonomiczno-społeczny⁵.

Wreszcie, uwaga badaczy skupia się często na analizie ruchów społecznych i partii politycznych. W tym kontekście wskazuje się na znaczenie związków zawodowych jako nosicieli idei państwa opiekuńczego oraz ich politycznej emanacji w postaci partii socjaldemokratycznych⁶. Argument ten jest trudny do odparcia, jednak jak dowodzą nowsze badania, powstanie i działalność silnych partii socjaldemokratycznych nie było czynnikiem umożliwiającym samoistne przeprowadzenie radykalnych reform społecznych. Najbardziej rozbudowane państwa typu *welfare state* powstały w krajach, w których socjaldemokraci znaleźli koalicjanta o podobnym do siebie nastawieniu społecznym (np. w Szwecji takim partnerem był ruch ludowy)⁷.

Niezależnie od czynników, które doprowadziły do powstania państwa dobrobytu, jest faktem, że jego instytucje, a przede wszystkim – świadczenia społeczne miały egalitaryzujący efekt. Nie był to jednak efekt bezwarunkowy, a jego siła zależała od kilku czynników: od tego, czy świadczenia były ofiarowywane wszystkim, czy tylko ograniczonej grupie dochodowej, od tego czy miały one charakter rzeczowy lub pieniężny, od poziomu minimum kwalifikującego do otrzymania świadczenia oraz od sposobu finansowania świadczeń⁸. Uzyskanie absolutnej równości dochodowej nigdy nie było jednak celem państw *welfare state* (raczej podkreślano, że tendencje egalitaryzacyjne mają swoje granice), starano się

5 E. Huber, Ch. Ragin., J. Stephens, *Social Democracy, Christian Democracy, Constitutional Structure, and the Welfare State*, „American Journal of Sociology” 1993 Vol. 99, No. 3.

6 G. Therborn, *Karl Marx returning: The Welfare State and Neo-Marxist, Corporatist and Statist Theories*, „International Political Science Review” 1986 Vol. 7 No. 2.

7 G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, Princeton 1990.

8 T.H. Marshall, *Citizenship and Social...*, s. 54–55.

za to utrzymać różnice w ramach politycznie akceptowalnych ram oraz zapewniać równość szans dla wszystkich.

Koncepcja sformułowana przez Marshalla wskazuje, że prawa socjalne stanowią podstawową ideę państwa opiekuńczego. Myśl ta nie została nigdy poważnie zakwestionowana, a w kolejnych dekadach badacze starali się ją jedynie skonkretyzować. Zwrócono uwagę na procedury przyznawania praw socjalnych oraz warunkowość otrzymywanego wsparcia; jeśli prawa socjalne są przyznawane w oparciu o status obywatela, to są one nienaruszalne i mają charakter zbliżony do prawa do własności. Jeśli zaś otrzymanie wsparcia jest uzależnione od sytuacji dochodowej lub jeszcze innych czynników, to mają one znacznie słabszy mandat.

Możemy więc uznać, że funkcja praw socjalnych polega na uniezależnieniu (przynajmniej w znacznym stopniu) klasy robotniczej od uwarunkowań rynkowych, co jest określane mianem dekomodyfikacji. Termin ten został upowszechniony przez duńskiego badacza Gøstę Esping-Andersena, który uczynił z dekomodyfikacji jedno z kryteriów swojej słynnej typologii państw dobrobytu⁹.

Dekomodyfikacja oznacza sytuację, w której obywatele mogą niezależnie (tj. bez groźby utraty zajęcia, dochodu czy obniżenia poziomu życia) podjąć decyzję o rezygnacji z wykonywania pracy, jeśli okoliczności życiowe sprawiają, że będzie to konieczne. Dekomodyfikacja oznacza w tym kontekście takie przekształcenie dóbr i usług świadczonych w ramach uprawnień socjalnych, że tracą one swoją wartość rynkową, tj. są świadczone niezależnie od aktualnego statusu rynkowego jednostek. Mówiąc wprost, pisał Esping-Andersen, „[...] możemy zakładać, że osoby, które stracą pracę, uzyskają od państwa wsparcie dochodowe, które będzie wypłacane w odpowiedniej wysokości i przez odpowiednio długi okres” [związany z poszukiwaniem nowego zatrudnienia]. Będziemy oczekiwać, że świadczenia chorobowe będą odpowiadały utraconym zarobkom, a nieobecność w pracy będzie trwała tak długo, jak będą wymagać tego względy medyczne¹⁰. Podobne uprawnienia powinny przysługiwać kobietom, które ze względu na urodzenie dziecka i potrzeby opiekuńcze muszą zrezygnować z pracy; w tym przypadku prawa socjalne są realizowane poprzez wypłatę zasiłków macierzyńskich i wychowawczych. Warto jednocześnie zauważyć, że Esping-Andersen utożsamiał dekomodyfikację z rekompensatą dochodów

⁹ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds...*, s. 21–23.

¹⁰ *Ibidem*, s. 23 (tłumaczenie K. Frieske).

w sytuacji utraty zatrudnienia lub okresowej lub stałej niemożności świadczenia pracy. Kolejni badacze wskazali także na potrzebę wsparcia dochodowego osób pracujących, które uzyskują zarobki na poziomie uniemożliwiającym prowadzenie godnego życia; w ten sposób dekomodyfikacja stała się prawem również osób o najniższych zarobkach¹¹.

Nie popełnimy błędu, jeśli przyjmiemy, że dekomodyfikujące funkcje państwa dobrobytu rozwijały się w dekadach powojennych, osiągając maksymalny poziom na przełomie lat 60. i 70. Wtedy w większości państw Europy Zachodniej świadczenia zbliżyły się do wysokości zarobków, chociaż osiągnięty wzrost był nierówny w poszczególnych grupach krajów: najwyższy w państwach skandynawskich, najniższy w państwach anglosaskich i średni w krajach Europy kontynentalnej. Można przyjąć, że w okresie złotego wieku, który trwał do połowy lat 70., państwa dobrobytu rozwijały się w oparciu o paradygmat wyznaczony przez cztery fundamenty: dekomodyfikację, solidarność społeczną, pełne zatrudnienie oraz redystrybucję.

Lata 80. i później: pożegnanie państwa opiekuńczego?

Lata 80. przyniosły istotny punkt zwrotny w historii państwa *welfare state*, którego zasady i wartości zaczęły być kwestionowane przez doktrynę neoliberalną. Zmiana klimatu politycznego, która wyniosła do rządów przywódców otwarcie nieprzychylnych wobec państwa opiekuńczego (Margaret Thatcher w Wielkiej Brytanii i Ronalda Reagana w Stanach Zjednoczonych, a także w okresie późniejszym – wielu prominentnych polityków w Europie Zachodniej) nie spowodowała jednak, jak chcą niektórzy, nagłego i trwałego odwrótu od polityk redystrybucyjnych czy też znaczącej redukcji uprawnień socjalnych. Postępujące zmiany miały charakter ewolucyjny i rozłożony w czasie. Jak pisze Paul Pierson, możemy wyróżnić trzy równocześnie realizowane długookresowe strategie restrukturyzacji państw *welfare state*, tj. rekodyfikację, ograniczanie kosztów oraz przestrojenie¹².

11 T. Papadopoulos, *The Recommodification of European Labour: Theoretical and Empirical Explorations*, „Working Paper Series” 2005, No. 3, The European Research Institute, s. 6.

12 P. Pierson, *Coping with Permanent Austerity: Welfare State Restructuring in Affluent Democracies*, [w:] P. Pierson (red.) *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 421.

W największym uproszczeniu rekodyfikacja (przeciwieństwo dekomodyfikacji) polega na ograniczeniu możliwości uzyskiwania przez ludność dochodów alternatywnych wobec płacy na rynku pracy. Rekodyfikacja oznacza zaostrzanie kryteriów upoważniających do uzyskania świadczeń społecznych, obniżenie ich wysokości oraz skrócenie okresu wypłacania. Wspomniane działania były podejmowane w ostatnich kilku dekadach, czego dowodzą analizy ilościowe (zmniejszenie wydatków publicznych przeznaczonych na wypłatę zasiłków i innych świadczeń społecznych dla osób bezrobotnych przy jednoczesnym zwiększeniu skali finansowania aktywnych polityk rynku pracy) oraz jakościowe (uelastycznienie prawa pracy, w tym przede wszystkim ograniczenie ochrony stosunku pracy). Rekodyfikacja nie jest zabiegiem tylko i wyłącznie administracyjnym, a wręcz odwrotnie – jej realizacja przebiega w ramach skomplikowanego procesu politycznego, którego ostateczne efekty zależą od krajowych uwarunkowań, wyznaczonych m.in. przez siłę grup społecznych niechętnych wprowadzaniem reformom (np. związków zawodowych).

Celem programów oszczędnościowych jest ograniczenie skali wypłacanych świadczeń społecznych a tym samym zmniejszanie kosztów funkcjonowania *welfare states*. Rządzący wskazują, że państwo opiekuńcze jest zbyt drogie aby można było je utrzymać w niezamienionym kształcie, jednak realizacja reform oszczędnościowych jest utrudniona z powodu niechęci społeczeństw do ponoszenia kosztów cięć socjalnych. Zwiększenie dochodów budżetowych poprzez podniesienie opodatkowania gospodarstw domowych i przedsiębiorstw również nie jest rozwiązaniem preferowanym, ze względu na spodziewane negatywne konsekwencje polityczne niepopularnych reform oraz możliwy spadek konkurencyjności gospodarki narodowej. Wszystko to powoduje, że proces reform oszczędnościowych przebiega powoli i z oporami.

Przestrojenie państwa dobrobytu¹³ to z jednej strony działania racjonalizatorskie, podejmowane w celu wyeliminowania oczywistych błędów polityk społecznych, a z drugiej strony – próba dostosowania programów socjalnych do współczesnych przemian społecznych i demograficznych. Jako przykład działań usprawniających, Pierson wymienia reformę świadczeń chorobowych podjętą na początku lat 90. w Szwecji. Kraj ten

¹³ Paul Pierson posługiwał się tu nieprzetłumaczalnym na język polski pojęciem *recalibration*. Zob. P. Pierson, *Coping with Permanent...*, s. 425.

charakteryzował się w owym czasie jednym z najwyższych w Europie wskaźników absencji pracowniczej z powodów zdrowotnych, co było spowodowane dużą skalą wyłudzeń świadczeń chorobowych. Podjęte w tym zakresie działania (w tym przede wszystkim weryfikacja przyznanych świadczeń oraz obniżenie ich wysokości) miały na celu nie tyle ograniczenie wydatków publicznych związanych z ich wypłatą (choć był to jeden z oczywistych efektów reformy), co przywrócenie świadczeniom społecznym ich właściwej funkcji (w tym przypadku: zabezpieczenie dochodu pracowników w przypadku nieobecności w pracy spowodowanej przyczynami zdrowotnymi). Drugi wymiar przestrojenia, to próby dostosowania programów socjalnych do współczesnych przemian ludnościowych, takich jak np. wydłużenie przeciętnej oczekiwanej długości życia (co skłaniało rządzących do podwyższenia wieku emerytalnego) oraz społecznych (np. wzrost odsetka kobiet samotnie wychowujących dzieci powodował konieczność szerokiego uwzględnienia potrzeb tej grupy w ramach istniejących systemów zabezpieczenia społecznego).

Światowy kryzys finansowy i architektura programów antyrecesyjnych

Kompleksowe przedstawienie przyczyn i przebiegu światowego kryzysu przekracza ramy tego artykułu, dlatego poprzestanę tu na ukazaniu podstawowych faktów. Większą uwagę skupię natomiast na programach antykryzysowych oraz na ich wpływie (z reguły destrukcyjnym) na funkcjonowanie państw dobrobytu.

Kryzys finansowy, który rozpoczął się w 2007 r. w Stanach Zjednoczonych upadkiem banku *Lehman Brothers*, szybko rozprzestrzenił się na państwa Unii Europejskiej (w tym przede wszystkim na kraje tworzące strefę euro) stając się najpoważniejszą recesją od zakończenia drugiej wojny światowej. Początkowo kryzys miał wymiar finansowy i był związany ze spadkiem płynności, a w konsekwencji również z niewypłacalnością sektora bankowego, jednak wkrótce objął zjawiska ze sfery realnej, powodując spadek wartości wielu europejskich gospodarek oraz rekordowy wzrost bezrobocia. W 2009 r. doszło do zapaści gospodarczej, która w kolejnych latach przerodziła się w recesję oraz stagnacyjny wzrost gospodarczy¹⁴.

¹⁴ T. Mering, *Razem przeciwko kryzysowi*, „Nowy Obywatel” 2014, nr 12 (64), s. 110.

Zaistniała sytuacja wymagała szybkiej reakcji, dlatego na przełomie 2008 i 2009 r. zaczęto udzielać pomocy finansowej bankom zagrożonym bankrutem oraz planowano pakiety stymulacyjne, które miały przeciwdziałać skutkom spowolnienia gospodarczego. Początkowo polityka antykryzysowa była prowadzona na poziomie krajowym; przykładowo, Niemcy przyjęły pierwszy program walki z kryzysem jesienią 2008 r., drugi został zaakceptowany przez izbę niższą parlamentu (Bundestag) w lutym 2009 r. Wydarzenie to zbiegło się w czasie z ogłoszeniem planu ratunkowego przez premiera Włoch, Silvio Berlusconi, a w poprzednich miesiącach podobne dokumenty zostały ogłoszone przez rządy m.in. Hiszpanii i Wielkiej Brytanii. Działania te zostały uzupełnione o inicjatywy Komisji Europejskiej, która w grudniu 2008 r. przedstawiła zasady Europejskiego Planu Naprawy Gospodarczej (*European Economic Recovery Plan*) zakładającego wpompowanie w unijną gospodarkę 200 miliardów euro w ciągu kilku następnych lat¹⁵.

Gospodarcze tsunami trwało jednak nadal, a co gorsze kryzys zadłużeniowy i związana z nim obawa o niewypłacalność części europejskich gospodarek, zatrzęsł politycznymi i ekonomicznymi podstawami strefy euro. Okazało się przy tym, że w ramach istniejącego porządku prawa europejskiego nie przewidziano instytucji, która mogłaby podołać zadaniom związanym z koordynacją programów pomocowych, dlatego w trybie nagłym i niejako *ad hoc* powołano do życia *trojkę*, tj. zespół złożony z Komisji Europejskiej, Europejskiego Banku Centralnego i Międzynarodowego Funduszu Walutowego, który stał się odpowiedzialny za organizację pomocy finansowej¹⁶.

Warto w tym miejscu przedstawić podstawowy podział programów antykryzysowych. Pierwsze z nich, w tym przede wszystkim te wdrażane na poziomie państw narodowych w początkowym okresie spowolnienia gospodarczego miały charakter stymulacyjny, otwarcie odwołujący się do myśli keynesowskiej. Zwiększano wydatki publiczne, zakładając, że inwestycje w infrastrukturę publiczną, transfery skierowane do przedsiębiorstw i gospodarstw domowych oraz ulgi podatkowe przyczynią się do wzrostu

15 T. Mering, *Programy antykryzysowe w krajach Unii Europejskiej*, [w:] M. Księżopolski, B. Rysz-Kowalczyk, C. Żołędowski (red.) *Polityka społeczna w kryzysie*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Warszawa 2009, s. 209.

16 Funkcjonowanie *trojki* rodziło szereg zastrzeżeń natury konstytucyjnej. Por. Kaarlo Tuori, Kaius Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 231.

popytu globalnego w gospodarce, a tym samym – do zahamowania recesji. Szybko jednak nastąpił odwrót w stronę programów oszczędnościowych, który (co prawda z różnym natężeniem) został odnotowany w większości państw członkowskich Unii Europejskiej. Największy wpływ na polityki krajowe wywarła tu działalność *troiki*, która przedstawiała oszczędności i cięcia wydatków publicznych (w języku angielskim tego typu radykalne programy oszczędnościowe określane są jako *austerity measures*) jako jedyne remedium na recesję gospodarczą i kryzys zadłużenia¹⁷.

Opisana sytuacja uprawnia do sformułowania dwóch szerokich uwag. Po pierwsze, światowy kryzys gospodarczy z końca pierwszej dekady XXI wieku przyniósł kolejny zwrot w stronę recept gospodarczych formułowanych przez doktrynę neoliberalną, chociaż, o czym jeszcze się przekonamy – proces ten był zróżnicowany w poszczególnych państwach. Po drugie, działalność *troiki* doprowadziła do ograniczenia zakresu państwa dobrobytu w części państw strefy euro. Tym samym instytucje unijne w sposób pośredni wywarły wpływ na system zabezpieczenia społecznego, tj. sferę, która zgodnie z europejskimi traktatami stanowi domenę państw narodowych¹⁸.

Kształt programów antykryzysowych na poziomie narodowym był determinowany nie tylko zjawiskami gospodarczymi, ale również mozaiką interesów ekonomicznych i politycznych oraz naciskami organizacji międzynarodowych (te ostatnie miały największy wpływ na rozwój sytuacji w państwach strefy euro). Wszędzie klasa polityczna starała się znaleźć właściwą odpowiedź na potrzeby ekonomiczne i społeczne, ale niekiedy wykorzystywała kryzys jako pretekst, który umożliwiał wprowadzenie głębokich (a niekiedy nawet doktrynalnych) zmian w realizowanych wcześniej politykach.

W praktyce możemy mówić o kilku grupach państw, w ramach których występują podobieństwa w zakresie zastosowanych instrumentów antykryzysowych. Podział ten wynika ze specyficznych uwarunkowań

17 Pojęcie ograniczania wydatków zostało tu użyte do oznaczenia procesu zmniejszania wymiaru uprawnień socjalnych (np. poprzez obniżenie wysokości wypłacanych świadczeń społecznych). Faktycznie wydatkowane kwoty mogły w okresie kryzysu ulec zwiększeniu ze względu na wzrost bezrobocia, a tym samym – zwiększenie liczby osób uprawnionych do otrzymywania zasiłków z tytułu bezrobocia i innych świadczeń społecznych.

18 N. Bruun, *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, „European Policy Analysis” 2015, No. 2, Swedish Institute for European Policy Studies, s. 1.

politycznych i ekonomicznych i nie do końca odpowiada podziałowi na modele kapitalizmu czy reżimy polityki społecznej, jakie tradycyjnie możemy wyróżnić w państwach Europy Zachodniej¹⁹.

W najbardziej dotkniętych kryzysem państwach strefy euro (tj. w Grecji, Hiszpanii, Irlandii i Portugalii), rządzący wskazywali na ograniczenia strukturalne (m.in. na konieczność obniżenia deficytu budżetowego i długu publicznego), jako powód nieuniknionych cięć wydatków socjalnych. Innymi słowy, środki oszczędnościowe były wprowadzone nie dlatego, że negatywnie oceniano instytucje państwa dobrobytu (choć to one stały się główną ofiarą cięć), ale dlatego, że musiały być spełnione określone warunki ekonomiczne wynikające z członkostwa w strefie euro.

Drugą grupę tworzyły kraje, zarówno będące w strefie Euro (Holandia, Niemcy), jak i pozostające poza nią (Szwecja, Wielka Brytania), które zdecydowały się na ograniczenie skali wydatków socjalnych, chociaż w poważnym stopniu nie zostały dotknięte zjawiskami kryzysowymi. Tutaj argumentacja oszczędnościowa przebiegała nieco inaczej; ugrupowania rządzące podnosiły problem znacznej skali zadłużenia państwa (czego widomą oznaką był wzrost długu publicznego), która mogła w przyszłości doprowadzić do kryzysu zadłużeniowego. W ten sposób cięcia socjalne były przedstawiane jako konieczne dostosowanie, które miało uchronić te państwa przed kryzysem w przyszłości. Argument ten był jednocześnie łączony z otwartą krytyką efektów działania państwa typu *welfare state*, która była najbardziej widoczna w Wielkiej Brytanii po przejściu władzy przez koalicję konserwatystów i liberalnych demokratów w 2010 r.

Trzecią grupę utworzyły państwa, które pomimo znacznych problemów z sytuacją finansów publicznych (przynajmniej według Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju)²⁰ nie zdecydowały się na wprowadzenie programów oszczędnościowych, a nawet wręcz odwrotnie – zwiększały wydatki socjalne w okresie kryzysu (ta ostatnia uwaga dotyczy przede wszystkim państw znajdujących się poza Unią Europejską tj. Stanów Zjednoczonych i Japonii, natomiast spośród państw europejskich raport OECD wymienia w tym miejscu Francję).

¹⁹ K. Farnsworth, Z. Irving, *Varieties of Crisis, Varieties of Austerity: Social Policy in Challenging Times*, „Journal of Poverty and Social Justice” 2012, Vol. 20, No. 2, s. 136.

²⁰ OECD, *Restoring public finances*, OECD Working Party of Senior Budget Officials, Public Governance and Territorial Development Directorate, Paris 2011.

Prawa socjalne w czasach kryzysu

W tej części tekstu przedstawiam zarys programów oszczędnościowych (*austerity programs*) z uwzględnieniem takich zagadnień jak uprawnienia osób pracujących i bezrobotnych, prawo do zabezpieczenia na starość, prawo do ochrony zdrowia oraz dostęp do edukacji. Scharakteryzowanie działań podjętych we wszystkich krajach UE przekroczyłoby ramy artykułu, dlatego ograniczam się tylko do wybranych krajów, do których należą: Belgia, Cypr, Grecja, Hiszpania, Irlandia, Portugalia i Włochy. Analiza została przeprowadzona na podstawie raportu Parlamentu Europejskiego z 2015 r.²¹

Jedne z pierwszych reform oszczędnościowych objęły pracowników sektora publicznego, a zakres przyjętych rozwiązań obejmował zwolnienia grupowe (Irlandia), wprowadzenie moratorium na zatrudnienie nowych pracowników (ponownie Irlandia oraz Grecja), przymusowe wysyłanie na wcześniejsze emerytury (znów Irlandia oraz Cypr), obligatoryjne przenoszenie pracowników do pracy w niepełnym wymiarze (Grecja) oraz konwersję umów o pracę na czas określony (Grecja). Oczywiście wprowadzono również restrykcje w zakresie płac; w krajach takich jak Cypr, Grecja i Irlandia płace zostały obniżone wszystkim pracownikom służby cywilnej, we Włoszech i Portugalii obniżki pensji dotknęły tylko najlepiej zarabiających, a w Hiszpanii zastosowano oba rozwiązania jednocześnie (obowiązkowa reedukacja płac o 5% dla wszystkich zatrudnionych i dodatkowe obniżki dla najlepiej zarabiających pracowników). Dodatkowo, w wybranych miesiącach stosowano potrącenia z wynagrodzeń netto: na Cyprze – dla pracowników, których miesięczne wynagrodzenie przekraczało kwotę 1500 euro oraz w dla wszystkich pracowników służby cywilnej w Irlandii. W Belgii zamrożono płace w sektorze publicznym, a w niektórych z omawianych państw wprowadzono również restrykcje w zakresie płacy minimalnej (zamrożenie w Grecji i Portugalii), a w późniejszym okresie również obniżenie jej wysokości (Grecja).

Zmiany, które charakteryzowały się zmniejszeniem ochrony stosunku pracy objęły również pozostałe grupy zatrudnionych, a nie tylko pracowników sektora publicznego. Należy tu przede wszystkim wymienić wprowadzenie ułatwień dla przeprowadzania zwolnień grupowych:

²¹ European Parliament, *The Impact of the Crisis on Fundamental Rights across Member States of the EU. Comparative Analysis*, Brussels 2015.

w Hiszpanii zlikwidowano obowiązek konsultacji programów zwolnień z przedstawicielami załogi (podobne reformy prawa pracy przeprowadzono w Grecji i Portugalii), skrócono okres wypowiedzenia w ramach zwolnień grupowych (Belgia, Grecja, Hiszpania) oraz ustawowo zmniejszono wysokość odpraw. Najbardziej radykalne reformy zostały przeprowadzone w Hiszpanii, gdzie w przypadkach uzasadnionych szczególnie trudną sytuacją ekonomiczną zakładu okres wypowiedzenia został ograniczony do 15 dni.

W ramach reformy kodeksów pracy uelastyczniono regulacje dotyczące czasu pracy. Zmiany obejmowały wprowadzenie możliwości czasowej zamiany zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy na zatrudnienie częściowe (Belgia, Hiszpania), wydłużenie podstawowego wymiaru czasu pracy w handlu (Cypr) oraz wydłużenie do 9 miesięcy okresu rozliczeniowego czasu pracy (Grecja). Jednocześnie zmniejszono wymiar godzin nadliczbowych (Grecja, Hiszpania) oraz wprowadzono reformy w zakresie dobowego i tygodniowego czasu pracy (m.in. w Grecji zmniejszono z 12 do 11 godzin obowiązkowy dobowy okres wypoczynku a w Portugalii wydłużono czas pracy w służbie cywilnej z 35 do 40 godzin tygodniowo). Wśród pozostałych zmian należy wymienić wprowadzanie ułatwień w zatrudnianiu na podstawie tzw. elastycznych umów o pracę (miało to miejsce we wszystkich omawianych krajach) oraz zwiększenie możliwości przenoszenia pracowników na inne stanowisko pracy w służbie publicznej. Na koniec warto wspomnieć o szczególnym rozwiązaniu stosowanym w Belgii jakim były czasowe zwolnienia (zakład pracy, który z powodu kryzysu znalazł się w trudnej sytuacji ekonomicznej mógł zawiesić [ale nie rozwiązać] umowy o pracę na pewien czas, w trakcie którego pracownicy otrzymywali zasiłki dla osób bezrobotnych).

Nietrudno się domyślić, że w okresie kryzysu finansowego obniżano wysokość zasiłków z tytułu bezrobocia (szczególnie w Belgii, gdzie przed kryzysem należały one do najwyższych w Europie), chociaż w niektórych krajach zwiększono wysokość wsparcia dochodowego dla osób pozostających bez pracy (np. we Włoszech wprowadzono ubezpieczenie od bezrobocia). Warto również wspomnieć, że prawo do otrzymywania zasiłków rozszerzono na osoby czasowo niepracujące, ale nie mające statusu bezrobotnych, co siłą rzeczy zwiększało kwoty wydatkowane na pasywną politykę rynku pracy.

Ważnym elementem pakietów antykryzysowych były zmiany dokonane w systemach emerytalnych, jednak tylko niektóre państwa (Grecja,

Irlandia) zdecydowały się na przeprowadzenie kompleksowych reform. W pozostałych krajach wprowadzano modyfikacje punktowo, w tym przede wszystkim podwyższano ustawowy wiek emerytalny. Podstawowy wiek uprawniający do przejścia na emeryturę został wydłużony (stan na 2016 r.) do 66 roku życia w Irlandii, Portugalii i we Włoszech oraz do 67 roku życia w Grecji i Hiszpanii, jednak to nie koniec zaplanowanych. Osiągnięcie pełnego wieku przechodzenia na emeryturę ma się dokonać we Włoszech do 2022 r. (docelowy wiek: 67 lat), w Belgii do 2027 r. (67 lat) a w Irlandii do 2028 r. (68 lat). Drugą cechą przeprowadzonych reform jest zrównanie ustawowego wieku przechodzenia na emeryturę kobiet i mężczyzn, co zostało przeprowadzone m.in. w Belgii i Grecji. Ponadto, we wszystkich omawianych krajach przeprowadzono reformy mające na celu ograniczenie możliwości wcześniejszego przechodzenia na emeryturę oraz w niektórych państwach (Belgia, Grecja) podwyższono wymogi dotyczące stażu pracy. Dodatkowo, w Belgii ograniczono możliwość jednoczesnego pobierania świadczeń emerytalnych i pracy.

Rosnące koszty utrzymania rozbudowanych systemów zaopatrzeniowych spowodowały konieczność oskładkowania wypłacanych obecnie emerytur (!), co w praktyce oznaczało obniżenie ich wysokości. Obowiązkowa kontrybucja waha się w przedziale 6–10% w Grecji, 3,5–40% (!) w Portugalii, a w Irlandii wyniosła w 2009 r. 7%. Dodatkowo, w Grecji uchwalono redukcję emerytur o 20–40% (zależnie od wieku osoby pobierającej świadczenie emerytalne oraz od wysokości podstawy emerytalnej), a w Irlandii – zmniejszono o 4% emerytury wypłacane byłym pracownikom służby cywilnej. Cięciami objęto również specjalne okresowe dodatki emerytalne np. w Grecji obniżono, a w 2013 r. zlikwidowano bożonarodzeniowe i wielkanocne dodatki emerytalne (podobne zmiany zostały przeprowadzone w Portugalii). W Hiszpanii zrezygnowano z rewaloryzacji świadczeń emerytalnych w oparciu o indeks cen towarów i usług konsumpcyjnych, na Cyprze – zlikwidowano darmowe przejazdy dla emerytów środkami transportu publicznego.

Ograniczenia podjęte w okresie kryzysu objęły również prawo do ochrony zdrowia, które stanowi jeden z fundamentów państwa dobrobytu. Podobnie jak w przypadku prawa do zabezpieczenia na starość kompleksowe reformy systemu ochrony zdrowia należały do rzadkości (wprowadzono je w Grecji oraz w Portugalii, ale w tym drugim państwie zmiany dotknęły jedynie pracowników służby publicznej). W pozostałych krajach podjęto działania mające na celu ograniczenie kosztów

funkcjonowania służby zdrowia, które w okresie poprzedzającym kryzys przeciętnie stanowiły równowartość 10–11% wartości unijnych gospodarek.

W niektórych państwach wprowadzono ograniczenia w dostępie do publicznej służby zdrowia: Hiszpania odeszła od systemu uniwersalnego (dostęp do usług medycznych jest obecnie uzależniony od zatrudnienia), Cypr ograniczył dostęp do publicznej służby zdrowia dla obcokrajowców (uprawnienie przysługuje teraz obywatelom innych państw członkowskich UE, którzy mają prawo stałego pobytu i przez minimum 3 lata opłacali składki na służbę zdrowia), a Irlandia w 2009 r. zdecydowała się na odejście od oferowania bezpłatnych usług medycznych osobom powyżej 70. roku życia (w 2014 r. prawo to częściowo zostało przywrócone, ale jedynie w zakresie dostępu do lekarzy pierwszego kontaktu).

Jedną z częściej stosowanych w okresie kryzysu strategii było wprowadzenie współpłatności za świadczenia medyczne (Cypr, Grecja, Hiszpania, Portugalia, Włochy), które zastosowano w dostępie do niektórych usług (w tym podstawowej opieki medycznej, ambulatoryjnych usług specjalistycznych, badań medycznych, transportu chorych nie związanego z ratownictwem medycznym). W części omawianych krajów już wcześniej istniały tego typu rozwiązania (Belgia, Irlandia), ale w drugim z wymienionych państw z powodu kryzysu opłaty zostały podwyższone. Zmniejszono również skalę refundacji za przepisane leki (Grecja i Irlandia), które m.in. objęły pacjentów cierpiących z powodu schorzeń przewlekłych, takich jak choroba Alzheimera, demencja, epilepsja czy osteoporoza. Próbowano również ograniczyć koszty leków refundowanych; w Grecji i Portugalii lekarze zostali zobowiązani do wypisywania recept na tańsze leki generyczne (zamienniki leków oryginalnych) oraz wprowadzono elektroniczny system recept. Ponadto, w Grecji, Hiszpanii, Portugalii i Włoszech ustanowiono cenniki leków generycznych, które wyznaczały cenę maksymalną oraz poziom refundacji. Dodatkowo w Grecji zdecydowano się na wprowadzenie limitów leków refundowanych wraz z systemem sankcji dla lekarzy, którzy przekroczą limit zaordynowanych leków.

W okresie kryzysu wprowadzano zmiany w zarządzaniu podmiotami wykonującymi działalność medyczną, w tym m.in. wprowadzono nowe kryteria wyboru dyrektorów zakładów opieki zdrowotnej (Portugalia, Włochy) oraz przede wszystkim realizowano reformy restrukturyzacyjne. Do tych ostatnich należy: zamykanie niektórych ośrodków

leczniczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi (Grecja), zmniejszenie liczby miejsc w domach pomocy społecznej dla osób przewlekle chorych (Irlandia), zmniejszenie liczby łóżek w szpitalach (Hiszpania oraz Włochy; w tym drugim kraju zdecydowano o zmniejszeniu współczynnika liczby łóżek w szpitalach ogólnych na 1 tys. mieszkańców z 4,0 do 3,7). W Portugalii ogłoszono zamiar łączenia szpitali publicznych w większe podmioty lecznicze.

Ostatni z omawianych obszarów reform państwa dobrobytu jest szczególnie trudny do analizy, ponieważ zmiany wprowadzane w edukacji mogą być spowodowane chęcią szukania oszczędności w okresie kryzysu, jak i czynnikami demograficznymi związanymi ze zmniejszającą się liczebnością populacji dzieci w wieku szkolnym. Do najczęściej podejmowanych dostosowań należało łączenie oraz zamykanie szkół, które miało miejsce na Cyprze, w Grecji i Włoszech (jednak z przypadku pierwszego z wymienionych krajów plany te zostały ogłoszone jeszcze przed rozpoczęciem się kryzysu). Najbardziej dotkliwe cięcia zostały zrealizowane w Grecji, gdzie od 2008 r. zlikwidowano ponad 1 tys. oddziałów szkolnych (obecnie jest ich ponad 5 tys.). We Włoszech proces łączenia szkół był przeprowadzony przede wszystkim na Sycylii i Sardynii, gdzie objęto nim 2/3 szkół.

Dość oczywistym elementem reform podejmowanych w okresie kryzysu było ograniczenie kosztów zatrudnienia nauczycieli, które miało miejsce we wszystkich wymienionych państwach z wyjątkiem Belgii. Przewodziła do tego zarówno obniżka płac (w większości przypadków – na zasadach dotyczących pracowników służby cywilnej opisanych powyżej), jak i zmniejszenie liczby zatrudnionych; w tym ostatnim przypadku stosowano zarówno zwolnienia (redukcję etatów) jak i zakaz zatrudniania nowych pracowników (co uniemożliwiało uzupełnienie wakatów powstałych w wyniku przejścia na emeryturę części nauczycieli). We efekcie, we wszystkich omawianych państwach (ponownie z wyjątkiem Belgii) zwiększyła się przeciętna liczba dzieci w klasach. Dodatkowo, w obliczu redukcji etatów w części państw zdecydowano się wydłużyć czas pracy nauczycieli (Hiszpania, Portugalia, Włochy). Ograniczenia objęły również pracowników administracyjnych (np. we Włoszech zmniejszono koszty administracyjne szkół o 17%, w Portugalii o 20%, w Grecji zlikwidowano etaty szkolnych ochroniarzy) oraz uczniów. Te ostatnie dostosowania były najboleśniejse i obejmowały działania takie jak likwidacja bezpłatnego dowozu dzieci do szkół na terenach wiejskich (Cypr),

podniesienie opłat za dowóz (Irlandia), zniesienie (Irlandia) lub ograniczenie (Hiszpania) dofinansowania do zakupu podręczników szkolnych oraz posiłków w szkole (Grecja, Hiszpania). Dodatkowo, w Belgii obniżono o 30% wysokość zasiłków szkolnych.

Podsumowanie: w stronę nowej ekonomii politycznej państwa dobrobytu?

We wcześniej części artykułu wspomniano, że istotę *welfare state* stanowiło przyznanie praw socjalnych (co pozwoliło na dekomodyfikację klasy robotniczej), a później, idąc za Paulem Piersonem wskazano na główne kierunki zmian, jakim poddano *welfare states* w ostatnich kilku dekadach. W podsumowaniu przedstawiam pokrótce próbę oceny przeprowadzonych reform oraz wskazuję na czynniki, które mogły mieć wpływ na ich kształt.

Rozwój *welfare states* był procesem długotrwałym, wynikającym z szeregu czynników społecznych, gospodarczych i ekonomicznych, dlatego główny zamiar autora (ukazanie wpływu kryzysu gospodarczego na funkcjonowanie państwa dobrobytu) może się wydawać nieco karkołomny. Żadne wydarzenie krótkotrwałe, nawet tak poważne jak ostatni kryzys (w literaturze anglojęzycznej nazywany wielką recesją – *great recession*) nie powinno zatrzęść fundamentami tak skomplikowanego tworu jakim bez wątpienia jest państwo opiekuńcze. Odpowiadając sceptykom, można przyrównać opisaną sytuację do pracy badaczy skorupy ziemskiej (którzy na podstawie trudno dostrzegalnych zmian przewidują przyszłe zjawiska sejsmiczne) oraz wskazać na procesy (często mają swoje źródła we wcześniejszych wydarzeniach), które świadczą o rzeczywistym ograniczaniu państwa dobrobytu.

Najbardziej charakterystyczną cechą opisywanych reform jest szybkość ich wdrażania. Można oczekiwać, że w normalnych warunkach podniesienie wieku emerytalnego czy zmiany w zakresie ochrony zdrowia wprowadzane byłyby latami, z uwzględnieniem dialogu społecznego i przy szerokim udziale przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego. W czasie kryzysu, pod naciskiem międzynarodowych instytucji finansowych, zmiany w państwach takich jak Grecja czy Hiszpania były wprowadzane rekordowo szybko, a ich głównym celem było powstrzymanie rosnących w czasie recesji kosztów programów społecznych (ang. *cost*

containment). Cel oszczędnościowy jest widoczny we wszystkich opisanych sferach, od oczywistego efektu związanego z obniżaniem płac w sferze budżetowej po reformy ograniczające dostępność pacjentów do refundowanych leków. Wprowadzane reformy miały często charakter fragmentaryczny, tj. skupiały się na ograniczeniu kosztów bez wprowadzania fundamentalnych zmian w funkcjonowaniu systemu zabezpieczenia społecznego czy ochrony zdrowia.

Druga ze wspomnianych przez Piersona strategii (przestrojenie) jest mniej zauważalna. Można założyć, że np. część reform wprowadzanych np. w służbie zdrowia miała na celu wyeliminowanie patologii i nadużyć (np. jeśli chodzi o dostęp do bezpłatnych usług medycznych), jednak jak się wydaje, był to efekt poboczny zmian mających na celu ograniczenie kosztów. Najtrudniejszy do oceny jest efekt, jaki wywarły opisane reformy na poziom dekomodyfikacji, gdyż były one wprowadzane stopniowo również w okresie poprzedzającym kryzys. Z jednej strony możemy wyróżnić zmiany o jednoznacznie rekodyfikującym celu, takie jak uelastycznienie prawa pracy (co przejawiało się przede wszystkim w ograniczeniu ochrony stosunku pracy) czy zaostrzenie dostępu do niektórych świadczeń społecznych. Z drugiej jednak strony podstawowe instytucje wsparcia dochodowego dla osób czasowo niezdolnych do pracy oraz jej poszukujących nie zostały poddane fundamentalnym zmianom. W sumie jednak pozostaje faktem, że główną odpowiedzią na zjawiska kryzysowe w państwach UE było szukanie oszczędności w celu zmniejszenia deficytów budżetowych oraz długu publicznego, co nieodmiennie prowadziło do ograniczenia państwa dobrobytu (*rolling back the welfare state*). Było to rozwiązanie odmienne od pakietów stymulacyjnych, które wdrożono np. w Stanach Zjednoczonych.

Odpowiedź na pytanie dlaczego tak się stało jest skomplikowana i wymaga dalszych badań, jednak kilka faktów pozostaje bezspornych. Przysłowione zaciskanie pasa zostało przedstawione w debacie publicznej jako jedyne, bezalternatywne wyjście z kryzysu (zwłaszcza w początkowym okresie jego trwania). W tym duchu wypowiedzieli się najważniejsi politycy krajowi, w tym m.in. Angela Merkel²², prominentni politycy europejscy, w tym ówczesny przewodniczący Komisji Europejskiej Manuel

22 „Austerity makes it sound evil, I call it balancing the budget” (Reformy oszczędnościowe wywołują złe skojarzenia, ja to nazywam równoważeniem budżetu), wypowiedź z 23 kwietnia 2013 r. <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/10013814/>

Barroso²³ oraz eksperci z OECD i Międzynarodowego Funduszu Walutowego. Można więc przyjąć, że dyskurs publiczny został zdominowany przez głosy krytyczne wobec *welfare state* i przedstawiające państwo dobrobytu przez pryzmat kosztów z pominięciem jego oczywistych osiągnięć. Warto dodać, że przełom pierwszej i drugiej dekady XXI wieku to okres bezsprzecznej dominacji ugrupowań prawicowych, które od 2008 r. seryjnie wygrywały wybory do narodowych parlamentów (choć, trzeba przyznać, czasem w dość dziwacznych konstelacjach, do których należy np. przejście władzy przez koalicję konserwatystów i liberalnych demokratów w Wielkiej Brytanii w 2010 r. czy wygranie wyborów przez prawicowo-zieloną koalicję w Finlandii w 2011 r.)²⁴. Przez większą część trwania kryzysu socjaldemokraci znajdowali się w odwrocie i tak np. w końcu 2011 r. lewicowe rządy były tylko w Austrii, Belgii, Danii oraz na Cyprze. Na koniec, warto również należy podkreślić, że największa presja w okresie kryzysu została wywarta na państwa strefy euro, co uwypukla znaczenie uwarunkowań zewnętrznych w trajektoriach rozwojowych państw dobrobytu.

Bibliografia

Bruun N., *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, „European Policy Analysis” 2015, No. 2, Swedish Institute for European Policy Studies.

Angela-Merkel-Austerity-makes-it-sound-evil-I-call-it-balancing-the-budget.html [dostęp: 18 lipiec 2016].

- 23 “The pressures we have been under since the crisis started show more clearly than ever that, as the famous saying goes, „there is no such thing as a free lunch”. There is also no such thing as a “free deficit”. Debt has to be reimbursed, and the money you use to reimburse debt is money you can’t use to finance education, health care, pensions, to give just some examples”. (Presja, jakiej zostaliśmy poddani od rozpoczęcia kryzysu jednoznacznie wskazuje na prawdziwość słynnego powiedzenia, „że nie ma czegoś takiego jak darmowy lunch”. Nie ma czegoś takiego, jak „darmowy deficyt”. Dług musi zostać zwrócony, a pieniądze, które są wykorzystane do jego spłaty nie mogą być przekazane na inne cele, takie jak finansowanie edukacji, ochrony zdrowia czy emerytur, by podać kilka przykładów), wypowiedź z dnia 29 września 2010 r., http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-494_en.pdf [dostęp: 18 lipiec 2016].
- 24 K. Farnsworth, Z. Irving, *Varieties of Crisis...*, s. 135.

- Esping-Andersen G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, Princeton 1990.
- European Parliament, *The Impact of the Crisis on Fundamental Rights across Member States of the EU. Comparative Analysis*, Brussels 2015.
- Farnsworth K., Irving Z., *Varieties of Crisis, Varieties of Austerity: Social Policy in Challenging Times*, „Journal of Poverty and Social Justice” 2012, Vol. 20, No. 2.
- Huber E., Ragin Ch., Stephens J., *Social Democracy, Christian Democracy, Constitutional Structure, and the Welfare State*, „American Journal of Sociology” 1993, Vol. 99, No. 3.
- Marshall T.H., *Citizenship and Social Class*, University Press, Cambridge 1950.
- Mering T., *Programy antykryzysowe w krajach Unii Europejskiej*, [w:] M. Książkowski, B. Rysz-Kowalczyk, C. Żołędowski (red.) *Polityka społeczna w kryzysie*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Warszawa 2009.
- Mering T., *Razem przeciwko kryzysowi*, „Nowy Obywatel” 2014, nr 12 (64).
- OECD, *Restoring public finances*, OECD Working Party of Senior Budget Officials, Public Governance and Territorial Development Directorate, Paris 2011.
- Papadopoulos T., *The Recommodification of European Labour: Theoretical and Empirical Explorations*, „Working Paper Series” 2005, No. 3, The European Research Institute.
- Pierson P., *Coping with Permanent Austerity: Welfare State Restructuring in Affluent Democracies*, [w:] P. Pierson (red.) *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Szarfenberg R., *Pożegnanie państwa opiekuńczego?*, http://rszarf.ips.uw.edu.pl/pdf/ws_pozegnanie.pdf [dostęp: 17 lipiec 2016].
- Therborn G., *Karl Marx returning: The Welfare State and Neo-Marxist, Corporatist and Statist Theories*, „International Political Science Review” 1986, Vol. 7, No. 2.
- Tuori Kaarlo, Tuori Kaius, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Wilensky H.L., *The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, University of California Press, Berkeley 1975.

Joanna Helios
Wioletta Jedlecka
(Uniwersytet Wrocławski)

RÓWNOŚĆ I WOLNOŚĆ W POLSKIM SYSTEMIE EDUKACYJNYM. ZAGADNIENIA WYBRANE

ABSTRACT

EQUALITY AND FREEDOM IN THE POLISH EDUCATIONAL SYSTEM: SELECTED ISSUES

Over the centuries, education as a system has undergone numerous transformations and reforms, including ones related to adjusting to EU and international standards. The Polish educational system receives mixed assessments. The authors' intention is to draw attention to the issues of equality and freedom in the Polish educational system. Therefore, this study takes on the following issues: first, different ways of understanding of the terms "equality" and "freedom"; second, the principle of equality in schools; and third, the relationship between equality and freedom of education, using homeschooling as an example of this relationship.

KEYWORDS: freedom, equality, right to education, compulsory education, non-school education

SŁOWA KLUCZOWE: wolność, równość, prawo do nauki, obowiązek szkolny, edukacja pozaszkolna

Edukacja oznacza proces zdobywania wiedzy, wychowanie, kształcenie. Wyróżniane są różne formy edukacji, mianowicie edukacja formalna (szkolna), edukacja pozaszkolna. Można też mówić o samo edukacji. Edukacja jest podstawowym pojęciem i kategorią pedagogiczną.

Edukacja to ogół wpływów na jednostki, grupy ludzkie, sprzyjających takiemu ich rozwojowi, aby w najwyższym stopniu stały się one

świadomymi i twórczymi członkami wspólnoty społecznej, kulturowej i narodowej oraz były zdolne do aktywnej samorealizacji własnej tożsamości i własnego Ja poprzez podejmowanie działań ponadosobistych. Edukacja ma prowadzić człowieka ku wyższym poziomom rozwojowym¹.

Edukacja jako system na przestrzeni wieków podlegała licznym przeobrażeniom i reformom, związanych także z dostosowaniem do standardów unijnych i międzynarodowych. Polski system edukacyjny jest różnie oceniany. W jego ramach funkcjonują uczniowie, z jednej strony wybitnie uzdolnieni, z drugiej uczniowie, którzy mają rozmaite problemy, wynikające z niepełnosprawności, zaburzeń integracji sensorycznej, zaburzeń zachowania, traum rozwojowych, czy też z problemów z przyswajaniem wiedzy wynikającej z podstaw programowych. Od systemu edukacyjnego wymagane jest zaspokajanie potrzeb uczniów, nauczycieli, również rodziców, czy szerzej społeczeństwa jako całości. Na tym tle można generować wiele problemów. Naszym zamierzeniem jest zwrócenie uwagi na zagadnienia równości i wolności w polskim systemie edukacyjnym.

W związku z powyższym w niniejszym opracowaniu wskazano następujące kwestie:

- po pierwsze, sposoby pojmowania „równości” i „wolności”;
- po drugie, zasadę równości w szkole;
- po trzecie, równości a wolność edukacyjna, gdzie egemplifikację owej relacji stanowi edukacja pozaszkolna.

I

Status jednostki w prawie jest określony głównie przez dwa typy determinant:

- gwarancje niezależności indywidualnej (a zatem: autonomii, prywatności, wolności negatywnej w ujęciu Isaiaha Berlina);
- gwarancje wpływu jednostki na decyzje publiczne – tzn. demokracji (gwarancje udziału obywateli we współrzędzeniu).

Wymienione gwarancje należą do czynników, które w najwyższym stopniu określają prawne miejsce jednostki w społeczeństwie. Te dwa

¹ Z. Kwieciński, *Edukacja jako wartość odzyskiwana wspólnie (Głos w dyskusji o uspołecznianiu szkoły)*, „Edukacja” 1991, nr 1, s. 89.

wyznaczniki statusu zwykle się nazywać „wolność współczesnych” i „wolność starożytnych”².

Między tymi dwoma typami gwarancji statusu zachodzą zarówno konflikty, jak i interakcje pozytywne. Konflikty są głównie spowodowane tym, że demokratycznie funkcjonująca zbiorowość może, przy poszanowaniu zasad demokratycznego współrzędzenia, ograniczać swobody indywidualne. Z konstatacji tej rodzą się teorie dotyczące konfliktów między demokracją a liberalizmem, a także między demokracją a konstytucjonalizmem.

Zdaniem Wojciecha Sadurskiego³ liberalni teoretycy konstytucjonalizmu mają skłonność do wyolbrzymiania konfliktów między gwarancjami wolności negatywnej i gwarancjami współrzędzenia, a więc do niedoceniaenia pozytywnych interakcji i związków między tymi dwoma typami gwarancji. Tymczasem dla demokratycznego współrzędzenia niezbędna jest autonomia indywidualna, w tym również wolność słowa. Bez tych wolności człowiek nie jest w stanie czynić użytku z instrumentów demokratycznych.

Aneta Gawkowska wskazuje, iż u źródeł liberalizmu jako takiego leży strach przed ograniczeniem wolności jednego człowieka przez drugiego (zwłaszcza zorganizowaną grupę ludzi); strach, którego źródłem może być ostatecznie właśnie różnorodność, inność i wzajemne niezrozumienie. Pluralizm zachwyca, ale i przeraża świadomych liberałów⁴. Być może słusznie współcześni liberałowie⁵ boją się, że realizacja głębszej wspólnoty ograniczy lub zniesie wolność, zdominuje jednostkę, narzuci jej wartości wcale przez nią nieakceptowane i wprowadzi swój arbitralny porządek, który szybko pokaże twarz totalitarną⁶. Komunitaryści przypominają

2 Patrz: W. Sadurski, *Status jednostki w prawie: refleksje filozoficzno-prawne na temat prawowitości demokracji proceduralnej*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, LIBER, Warszawa 2006, s. 9.

3 *Ibidem*. Zob. również: W. Sadurski, *Spór o ostatnie słowo: sądownictwo konstytucyjne a demokracja przedstawicielska*, [w:] Civitas 1998, nr 2, s. 81–100.

4 A. Gawkowska, *Jak rozwiewać obawy liberałów?* [w:] A. Gawkowska, P. Gliński, A. Kościński (red.), *Teorie wspólnotowa a praktyka społeczna. Obywatelskość. Polityka. Lokalność*, Wydawnictwo IFiS PAN, Warszawa 2005, s. 51.

5 Współcześni liberałowie, którzy poddają krytycznej analizie teorie komunitarystyczne, czy jak kto woli, nawiązujące do ideału wspólnoty teorie Alasdaira MacIntyre’a, Charlesa Taylora, Michaela J. Sandela, Michaela Walzera, Amitaia Etzioniego czy Roberta N. Bellaha.

6 Zatoskanie takie przejawili lub przejawiają m.in. John Rawls, Stephen Holmes, Richard Rorty, John Gray, a w Polsce Andrzej Szahaj, Magdalena Środa czy Adam Chmielewski.

nam, że nie jesteśmy istotami w pełni autonomicznymi, jeśli przez autonomię rozumiemy życie według wyłącznie własnej woli i własnego prawa, w stanie niezależności od innych. Udowadniają nam oni uparcie, że jesteśmy od początku kształtowani przez innych i od nich w dużej mierze zależni. Co więcej, fakt naszego zanurzenia we wspólnoty, naszego wyposażenia czy to naturalnego, czy społecznego, niesie ze sobą powinność odpłacenia się za to wyposażenie wspólnotom, które nas tworzyły i tworzą nadal. Niektórzy, jak np. MacIntyre twierdzą nawet, że tylko na łonie jakiejś określonej wspólnoty i jej tradycji jesteśmy w stanie funkcjonować jako wolna i racjonalna jednostka. Jednym z filozofów zaś, którzy wychodzą w kierunku akceptacji wielu liberalnych ideałów jest Charles Taylor. Będąc piewą wspólnoty, podkreśla on w niej pozytywną rolę wolności jednostkowej, różnic między jednostkami i grupami, oraz komplementarności zamiast wykluczania i/lub ujednolicania tego, co różne. Przypomina on też, że wszyscy kształtujemy się w dialogu, który nie ma końca, więc nasze instytucje powinny po prostu uwzględnić ten fakt⁷. Podmiot Taylora pragnie na nowo odnaleźć ukojenie w życiu wspólnotowym, ładzie moralnym, kodeksie politycznym i prawnym. Współczesny podmiot nie tylko tęskni za wygodą tożsamości, którą musi wypracować, ale jednocześnie musi ją tak skonstruować, aby pasowała do świata zmultiplikowanych kultur, z których każda jest inna i innego zaangażowania wymaga. Podmiot musi rozpoznać i uznać to, co jest w świecie inne, co różni go od jego samego⁸. Według Leszka Koczanowicza do koncepcji Taylora nawiązuje (mimo że wyrażona w innym języku) koncepcja wspólnoty niedziałającej J.-L. Nancy'ego. Koncepcja ta przeciwstawia się tendencji rozpatrywania wspólnoty jako społeczności powiązanej przez wspólne interesy czy nawet jako pewnego projektu urządzenia świata społecznego. Dla Nancy'ego wspólnota jest pewnym faktem leżącym u podstaw ludzkiej egzystencji, sposobem przeżywania świata, w którym podstawowym zdarzeniem jest śmierć innego. Wspólnota jest więc doświadczeniem dzielenia się tożsamością, doświadczeniem, które wpisane jest w samą ludzką egzystencję, w bycie. Koncepcja ta – podobnie więc jak koncepcja Taylora, zdaje sprawę z tego samego przekonania, że

7 Za: A. Gawkowska, *Jak rozwiewać obawy...*, s. 52–56.

8 Patrz: A. Kaczmarek, *Tęsknota za tożsamością*, [w:] M. Golka (red.), *Kłopoty z tożsamością*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Człowiek i Społeczeństwo XXVI, Poznań 2006, s. 42–43.

nasze życie jest w najgłębszych swych pokładach od samego początku życiem we wspólnocie. Dla Taylora jednak fakt ugruntowania wspólnoty w komunikacji, w języku, na czym poprzestaje Nancy, nie wydaje się wystarczający do stworzenia prawdziwej wspólnoty. Wymaga ona bowiem pewnych celów i wartości jako osi, które umożliwiłyby jej członkom pełną identyfikację. Powstaje jednak w tym miejscu pytanie, czy taka treściowo bogata wspólnota możliwa jest w świecie nowoczesnym, a tym bardziej ponowoczesnym?⁹

Ewa Nowak-Juchacz podkreśla, że nieprzypadkowo filozofia od dwóch i pół tysiąca lat podejmuje refleksję nad wolnością: ponieważ zarówno jedna, jak i druga w sposób nieodłączny przynależy do ludzkiego życia. Filozofowanie jest bowiem – w opinii przywoływanej Autorki – samo przez się aktem i przejawem wolności. Ono samo bywa samowiedzą wolności. Wielu jednak ludzi w Polsce, ale chyba nie tylko tutaj, ma dzisiaj świadomość istnienia tych rodzajów wolności, o których było głośno w ostatnich czasach: polityczna suwerenność państwa, wolny rynek i wiele swobód, jakimi mogą cieszyć się obywatele każdego państwa prawa. Mało kto jednak zastanawia się nad źródłowym rozumieniem wolności zaproponowanego przez Hannah Arendt, która to nazwała wolność spontaniczną zdolnością zaczynania od początku. Początkiem i źródłem wszystkich nowych stanów rzeczy w świecie jesteśmy bowiem my sami jako podmioty, które sprawczo oddziałują na świat¹⁰.

W obowiązującej w Polsce Konstytucji w art. 31 znajdujemy zapis, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej (ust. 1). W ust. 2 tegoż artykułu podkreślono, że każdy ma obowiązek szanować wolności i prawa innych. Nikogo też nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Wreszcie w ust. 3 omawianego artykułu wprowadzono warunki ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw człowieka. I tak, ograniczenia takie mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia

⁹ L. Koczanowicz, *Wspólnota i emancypacje. Spór o społeczeństwo postkonwencyjonalne*, Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Edukacji TWP, Wrocław 2005, s. 195–196.

¹⁰ E. Nowak-Juchacz, *Autonomia jako zasada etyczności. Kant, Fichte, Hegel*, Monografie FNP, Seria Humanistyczna, Wrocław 2002, s. 8–9.

i oralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Przy czym ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw¹¹.

Zgodnie z kolei ze Słownikiem Języka Polskiego równość to: całkowite podobieństwo, identyczność, jednakowość, tożsamość pod względem ilości, jakości, wartości, wielkości itp., zaś w znaczeniu społecznym: równouprawnienie, brak podziału społeczeństwa na uprzywilejowanych i wyzyskiwanych¹². Żądanie równości było rozumiane historycznie jako wymaganie, aby wszyscy obywatele mieli te same prawa i obowiązki. Przyznanie bowiem niektórym ludziom różnych praw było postrzegane jako recepta na społeczeństwo wieloklasowe¹³. Idea równości ewoluowała od starożytności po czasy współczesne. W demokracjach greckich równe prawa przysługiwali jedynie ludowi, czyli ogółowi wolnych obywateli. Istotę równości wyłożył Arystoteles. Zgodnie z jego poglądem równo należy traktować równych, natomiast nierównych – nierówno. W republikańskim Rzymie równi sobie byli tylko obywatele rzymscy. W średnio-wiecznych monarchiach stanowych ludność dzieliła się na stany różniące się od siebie statusem prawnym. Nie było też prawnej równości między kobietami oraz mężczyznami. W czasach nowożytnych przełomem stały się idee francuskiego oświecenia, w szczególności myśl polityczna Monteskiusza oraz Jana Jakuba Rousseau¹⁴. Ten pierwszy krytykował stosunki feudalne oraz prowadził rozważania nad zorganizowaniem państwa rządzonego praworządnie. Postulował zapewnienie przez rządy wolności politycznych dla wszystkich, w tym: wolności sumienia, słowa i druku. Według niego istotą państwa powinna być polityczna wolność obywateli. Wolność polityczna zaś nie polegała na tym, że robi się, co się właśnie chce, ale na tym, żeby móc czynić to, czego się powinno chcieć. Zatem wolność możliwa jest jedynie w państwie praworządnym, w państwie, w którym prawa są przestrzegane¹⁵. Rousseau z kolei krytykował panujące stosunki

11 *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 roku, (Dz.U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319).

12 *Słownik Języka Polskiego*, t. III: R–Z, PWN, Warszawa 1978, s. 673.

13 S. White, *Równość*, przełożył M. Wilk, Wydawnictwo Sic!, Warszawa 2008, s. 162.

14 M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2006, s. 52–53.

15 Patrz szerzej: H. Olszewski, M. Zmierzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Ars boni et aequi, Poznań 1994, s. 158 i n., a także A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 194 i n.

społeczne, kwestionował też wartości postępu cywilizacyjnego, a przyczyny wszelkiego zła w stosunkach społecznych upatrywał w porzuceniu stanu natury. Głosił teorię egalitaryzmu, czyli równości wszystkich oraz zasadę, iż jedyną suwerenną władzą w państwie jest lud rozumiany jako ogół społeczeństwa¹⁶. Ukoronowaniem postępowej myśli francuskiego oświecenia było przyjęcie 26 sierpnia 1789 roku Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, która w art. 1 proklamowała zasadę równości praw. W XIX wieku mamy do czynienia z dalszym upowszechnianiem równości i niedyskryminacji. W 1929 roku z kolei uchwalono Deklarację Międzynarodowych Praw Człowieka, w której nacisk położono na zasadę równości i niedyskryminacji, z zastrzeżeniem, że równość ma być efektywna, a nie nominalna, a wszelka dyskryminacja jest zabroniona. Po tragicznych doświadczeniach II wojny światowej wzrosła jeszcze bardziej potrzeba zapewnienia równości oraz zwalczanie praktyk dyskryminacji innych ludzi. Naprzeciw tym oczekiwaniom wyszła Karta Narodów Zjednoczonych, która w wielu przepisach odnosi się do wspomnianej problematyki. 10 grudnia 1948 roku zaś Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło Powszechną Deklarację Praw Człowieka, która już w preambule nawiązuje, i dalej w art. 1 i 2 konkretyzuje zasady równości i niedyskryminacji. Umieszczenie w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka przedmiotowych zasad dało podstawę do ukształtowania się jej jako zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego. Natomiast włączenie do Międzynarodowych Paktów Prawa Człowieka z 1966 roku spowodowało włączenie tych zasad do międzynarodowego prawa stanowionego¹⁷.

We współczesnych demokracjach zasada równości i niedyskryminacji ze względu na swoją rangę i wagę umieszczana jest w ustawach zasadniczych. Tak jest i w Polsce. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”. W ust. 2 tegoż artykułu mowa jest o tym, że nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny¹⁸. Zwraca się przy tym uwagę na fakt, że wyraz równości formalnej, rozumianej jako

16 Patrz szerzej: A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych...*, s. 200 i n. oraz H. Olszewski, M. Zmierczak, *Historia doktryn politycznych...*, s. 167 i n.

17 M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa...*, s. 53–59.

18 *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, (Dz.U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319).

prawo do ochrony odrębności zostaje przewidziany w Konstytucji RP i dotyczy w szczególności równości między kobietą i mężczyzną¹⁹. Zgodnie z art. 33 ust. 1 Konstytucji kobieta i mężczyzna mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym. W ust. 2 ustawodawca wprowadza zapis, że kobieta i mężczyzna mają w szczególności równe prawo do kształcenia, zatrudnienia i awansów, jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, zabezpieczenia społecznego oraz do zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń²⁰. Innym wyrazem ogólnej zasady równości jest również wprowadzona dla obywatela polskiego, należącego do mniejszości narodowych i etnicznych, gwarancja wolności, gwarancja utrzymywania i rozwijania własnego języka, zachowania zwyczajów i tradycji, rozwijania własnej kultury, przy równoczesnym uznaniu szczególnego zakresu wolności administracyjno-instytucjonalnej łącznie z prawem tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych oraz instytucji służących ochronie tożsamości religijnej oraz prawem do uczestniczenia w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej²¹. Ponadto wprowadzono równość pomiędzy obywatelami polskimi a obcokrajowcami w kwestii praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP. Wyjątki od tej zasady określa jedynie ustawa²². Pasquale Policastro zwraca uwagę, że brak przepisu dotyczącego obowiązku władz publicznych usunięcia przeszkód uniemożliwiających rzeczywistą wolność i równość, który charakteryzuje Konstytucję RP utrudnia systemowe połączenie wszystkich elementów będących podstawą szczególnej ochrony. Poza tym bez zasad konstytucyjnych, dotyczących obowiązku publicznego usunięcia przeszkód uniemożliwiających rzeczywistą wolność i równość, utrudnia się ugrupowaniom politycznie najsłabszym lub mniej reprezentowanym uzyskanie lub urzeczywistnienie stosownej ochrony własnej sytuacji²³.

19 P. Policastro, *Prawa podstawowe w demokratycznych transformacjach ustrojowych*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2002, s. 372.

20 *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 roku, (Dz.U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319). Zob. szeroko na ten temat: Z. Kinowska, *Obywatelki i obywatele – równe i równiejsi?* [w:] M. Jarosz (red.), *Polacy równi i równiejsi*, Instytut Studiów Politycznych PAN, Warszawa 2010, s. 302 i n.

21 *Ibidem*, art. 35.

22 *Ibidem*, art. 37.

23 P. Policastro, *Prawa podstawowe...*, s. 373–374.

II

W ujęciu historycznym sama edukacja dziecka nie była postrzegana w kategoriach wartości uniwersalnej. Wobec tego w sposób naturalny nie była zabezpieczana przez prawo pozytywne. Dopiero stopniowe procesy przetwarzania kategorii dzieciństwa, zmiana wizerunku społecznego dziecka, jego pozycji w rodzinie i społeczeństwie, rozwój etyki filozoficznej i podstawowych pojęć związanych z prawami człowieka, rozwój działalności międzynarodowych instytucji i organizacji zajmujących się ochroną dziecka, doprowadziły ostatecznie do wyartykułowania i uznania edukacji jako normy powszechnie obowiązującej, najpierw społecznie, później prawnie. Obecnie problematyka edukacji znalazła swoje zabezpieczenie normatywne w większości europejskich konstytucji. Stopniowo w debacie publicznej i naukowej można było obserwować także tendencje przypisujące edukacji rolę jednej z podstawowych przesłanek do realizacji pozostałych praw i wolności człowieka. W edukacji zaczęto upatrywać dobra społecznego, perspektywy możliwości rozwoju potencjału jednostki i całego społeczeństwa²⁴.

Edukacja jest współcześnie postrzegana jako narzędzie służące rozwojowi jednostki i społeczeństwa. Zgodnie z Konstytucją RP edukacja stanowi jedno z podstawowych praw człowieka. W literaturze odnajdujemy poglądy wedle których nie ma innej drogi do wyrównywania szans życiowych obywateli i zapewnienia im możliwości korzystania z przysługujących im praw aniżeli danie im możliwości uzyskania jak najlepszego i jak najwyższego wykształcenia. Wobec tego edukację możemy potraktować jako wartość, która jest pomocna w osiągnięciu wysokiej jakości życia w wymiarze zarówno globalnym, jak i indywidualnym. Dlatego też zadaniem polityki społecznej państwa jest zapewnienie równego dostępu do edukacji wszystkim jednostkom na każdym szczeblu kształcenia. Równość szans edukacyjnych stanowi jeden z priorytetów oświatowych wielu krajów w Europie i na świecie²⁵.

Art. 2 Konwencji o prawach dziecka stanowi: 1. Państwa – Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa

24 T. Leś, M. Kozak, *Filozoficzno-prawne aspekty uzasadniania prawa do równości w edukacji*, „Parezia” 2015, nr 2 (4), Studia i Eseje, s. 16–17.

25 A. Butarewicz-Głowacka, *Nie(równość) szans edukacyjnych uczniów cudzoziemskich w polskiej szkole – komunikat z badań*, „Parezia” 2015, nr 2 (4), Z Warsztatu Badawczego, s. 102.

zawarte w niniejszej konwencji wobec każdego dziecka, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, niezależnie od rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, poglądów politycznych, statusu majątkowego, niepełnosprawności, cenzusu urodzenia lub jakiegokolwiek innego tego dziecka albo jego rodziców lub opiekuna prawnego. 2. Państwa strony będą podejmowały właściwe kroki dla zapewnienia ochrony dziecka przed wszelkimi formami dyskryminacji lub karania ze względu na status prawny, działalność, wyrażane poglądy lub przekonania religijne rodziców dziecka, opiekunów prawnych, członków rodziny”.

Art. 14 *Europejskiej konwencji* zawiera podobny zapis: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikających z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”.

Pomimo tych zapisów uczniowie, także ich rodzice, czy też opiekunowie prawni są przekonani, że z nauczycielem nie da się „wygrać”, nie można go przekonać, nawet jeżeli w sytuacji konfliktowej racja jest po stronie ucznia. Często też uczniowie skarżą się na „nierówne traktowanie” z powodu statusu ucznia (dobry – słaby) lub statusu społecznego lub materialnego rodziców²⁶.

Z Konstytucji RP wynika, że system edukacyjny zapewnia „realizację prawa do nauki każdego obywatela Rzeczypospolitej Polskiej”. Również ustawa oświatowa (Ustawa o systemie oświaty z 7 września 1991 r.) zakłada „zmniejszenie różnic w warunkach kształcenia, wychowania i opieki między poszczególnymi regionami kraju, a zwłaszcza ośrodkami wielkomiastowymi i wiejskimi”. Równość szans wymaga równości szans edukacyjnych. Jednym z głównych założeń reformowanego systemu kształcenia stało się jak najwcześniejsze dotarcie do dziecka, rozpoznanie jego rozwoju poprzez zorganizowaną działalność psychologiczno-pedagogiczną i edukacyjną²⁷.

26 E. Czyż (opracowanie), *Prawa uczniów w szkole. Reportaż z badań*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1996, s. 87.

27 T. Wejner, *Wyrównywanie szans edukacyjnych uczniom ze specyficznymi trudnościami w uczeniu się*, [w:] *Polska dla Dzieci. Ogólnopolski Szczyt w sprawach Dzieci Warszawa 23–24 maja 2003 r. Materiały i dokumenty*, Wydawnictwo Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2003, s. 127.

Standardem europejskim stała się zasada, iż nie można z żądnych względów, dla przykładu społecznych lub ekonomicznych, pozbawić dziecka możliwości korzystania z prawa do wykształcenia, co oczywiście ściśle wiąże się z zasadą niedyskryminacji. Ustrojodawca polski artykułem 33 ust. 2 Konstytucji RP zapewnił również o równym dostępie kobiet i mężczyzn do wykształcenia²⁸.

W ogólności politykę edukacyjną porządkują dwie zasady: równego dostępu do kształcenia i zasada merytokratyczna²⁹, czyli najlepsze kształcenie najzdolniejszym i najsilniej motywowanym. Perspektywa interesu społecznego wyraża się zasadą merytokratycznej selekcji w szkole. Zasada ta niekoniecznie jest zgodna z zasadą równych szans, jednakowych warunków kształcenia, czy równego dostępu do wiedzy. Nauczanie zawsze było i nadal jest połączone z ocenianiem, klasyfikowaniem, różnicowaniem i selekcją. Zdarzało się, że wyniki w nauce łączono z pochodzeniem środowiskowym ucznia, wykształceniem jego rodziców, wyposażeniem domu w dobra kultury i w nieco mniejszym stopniu z zamożnością rodziny. Formułowany jest pogląd, iż w polityce edukacyjnej całkowite wyrównanie dostępu do wykształcenia nie jest realnym celem. Nie jest możliwe by, przy zachowaniu merytorycznych kryteriów selekcji w najlepszych szkołach i uczelniach uczyła się młodzież o pochodzeniu społecznym odbijającym proporcjonalnie zróżnicowania całego społeczeństwa. Ponadto, trzeba też mieć na względzie, iż wrodzony talent nie jest

28 P. Bała, *Konstytucyjne prawo do nauki a polski system oświaty*, Wydawnictwo von Borowiecki, Warszawa 2009, s. 369.

29 Na marginesie zaznaczymy, że wyróżniana jest słaba i silna merytokracja. Ta pierwsza, czyli słaba skupia się przede wszystkim na jednej szczególnej niedogodności – dyskryminacji – niezależnie od tego, czy ze strony państwa i ciał publicznych czy ze strony grup w prywatnym sektorze. Żądanie równości szans jest rozumiane jako oparte na nieobecności dyskryminacji w odniesieniu do ważnych dóbr, takich jak edukacja czy zatrudnienie. Dyskryminacja jest pojęciem złożonym. W ogólności można powiedzieć, że opowiada się za wyborem kandydatów do pracy czy innych funkcji w oparciu o reguły, które nie mają związku z ich umiejętnościami służącymi do wykonywania określonej pracy czy zajmowania określonej pozycji w sposób dobry. Pracodawcy i prywatne instytucje edukacyjne mogą same wychodzić z inicjatywą dyskryminacji na gruncie rasy, płci lub religii. Państwu nie wolno jedynie powstrzymać się przed dyskryminacją samą w sobie, ale musi ono również działać w taki sposób, aby zakazać dyskryminacji przez inne grupy, takie jak pracodawcy czy większe instytucje edukacyjne. S. White, *Równość*, przełożył M. Wilk, Wydawnictwo Sic!, Warszawa 2008, s. 79–80.

ani niczyją zasługą, ani nakładem, dlatego też z perspektywy jednostkowego prawa do równości nie daje uzasadnienia dla lepszych warunków nauki. Oczywiście w interesie całego społeczeństwa warto uzdolnionych uczyć lepiej, natomiast w doktrynie przyjmuje się, iż trudno uznać to za uprawnienie jednostki ponadprzeciętnie uzdolnionej. Z perspektywy jednostkowego prawa do równości można bronić zasady, że uczniom lepiej motywowanym, lepiej przygotowanym, mającym większą wiedzę i umiejętności warto udostępniać więcej zasobów szkoły. Mamy tu do czynienia z zasadą podziału odpowiadającą nakładom, zasługom. W Polsce podział zasobów szkolnych nie wydaje się być równy. Warunki nauczania tworzone przez system szkolny, określające dostęp do wiedzy nie są jednakowe dla wszystkich uczniów. Z perspektywy wyrównywania dostępu do kształcenia lepszy wydaje się model kształcenia powszechnego – mało selekcyjny, odmienny od systemu polskiego³⁰. W szkołach mamy też często sytuacje, w których uczniowie traktowani są instrumentalnie jako obiekty ekonomicznej eksploatacji. Dzieci sprowadzane są do roli konsumenta, często konsumenta dóbr i usług, które są szkodliwe. Wąskie pojmowanie celów ekonomicznych obraca się w końcu przeciwko samej ekonomii. Przecież mimo zachęt nie udaje się wyrównać szans edukacyjnych, nie udaje się uczynić oświaty dostatecznie elastyczną, otwartą i stosowną do koncepcji nieustannej edukacji przez całe życie (life-long learning education)³¹.

Nierówności społeczne w szkolnictwie są powodowane przez kumulowanie się przymiotów osobistych jednostek (talent, motywacje, pracowitość, odwaga, czy też wdzięk) z „kapitałem kulturowym” i „kapitałem społecznym” rodziny pochodzenia, a wzmacniane są przez organizacje oświaty (ustrój i struktura szkolnictwa, rozmieszczenie szkół, programy, przygotowanie nauczycieli, finansowanie oświaty, ewaluacja efektów kształcenia) i funkcjonowanie szkoły (dominujące modele nauczania, kultura organizacyjna szkoły, ocenianie, naznaczanie, selekcja, sortowanie, reprodukcja), także przez rozmaite interakcje, które przydarzają się dzieciom i młodzieży w toku ich rozwoju. Wykształcenie jest jedną

30 I. Białecki, *Szanse na kształcenie i polityka edukacyjna – perspektywa równości i sprawiedliwości społecznej*, [w:] *Polska dla Dzieci. Ogólnopolski Szczyt w sprawach Dzieci Warszawa 23–24 maja 2003 r. Materiały i dokumenty...*, s. 121–126.

31 K.A. Wojcieszek, *Dziecko jako przedmiot eksploatacji – kontekst edukacyjny*, [w:] *Polska dla Dzieci. Ogólnopolski Szczyt w sprawach Dzieci Warszawa 23–24 maja 2003 r. Materiały i dokumenty...*, s. 139–141.

z powszechnie uprawnionych wartości, jest dobrem (korzyścią) do pozyskania, jest instrumentem alokacji w strukturze społeczno-zawodowej oraz składnikiem trwałego „kapitału” kulturowego i społecznego, przekazywanemu następnemu pokoleniu. Natomiast „równe szanse edukacyjne” są tu rozumiane jako otwarty dostęp każdego do najwyższych osiągnięć i pozycji, czyli jako równe prawo dostępu do najwyższych szczebli edukacyjnych i najwyższej jakości edukacji. Tak rozumianych równości szans chronią poprawne procedury. Wyrównywanie szans edukacyjnych polega na stałym doskonaleniu tych procedur oceniania i selekcji³². W podejściu do równych szans edukacyjnych i ich wyrównywania istnieje kilka możliwości. Jedna z nich brzmi następująco: „sprawiedliwie to po równo, czyli jednakowo dla każdego”. Jest to oczekiwanie i żądanie równych wyników na wyjście z systemu szkolnego dla wszystkich, niezależnie od warunków „startu” rodzinnego. Zdaniem Z. Kwiecińskiego³³ jest to postulat wyjęty z socjalistycznej utopii i dziecięcego poczucia, że każdemu należy się równa część tortu z majątku narodowego. Oczywiście nie zwalnia to z wrażliwości na nieuzasadnione zróżnicowania edukacyjne, niesprawiedliwe niewypełnianie przez szkołę elementarnych jej obowiązków alfabetyzacyjnych, nie usuwa potrzeby minimalizacji różnic i wsparcia ludzi już edukacyjnie skrzywdzonych³⁴. Wyrównywanie szans edukacyjnych może nastąpić przede wszystkim poprzez poprawę jakości edukacji. Dążenie do poprawy jakości pracy szkół miejskich i wiejskich, peryferyjnych i wielkomiejskich może dokonać się nie tylko poprzez standaryzacje programów, certyfikatów i kwalifikacji nauczycieli. Poprawę jakości wzmacnia stosowanie ewaluacji jakości edukacji w stosunku do pracy nauczyciela, który powinien pozyskiwać w sposób ciągły coraz większe kompetencje psychologiczne, diagnostyczne, umiejętności pomiaru osiągnięć uczniów i wspierania ich rozwoju. Zmiany powinny przebiegać także w obszarze założeń i przebiegu programów, reform edukacyjnych w kierunku większej personalizacji dróg rozwoju każdej osoby. Nauczanie zróżnicowane i pełna indywidualizacja treści kształcenia uwzględniająca tempo pracy

32 Z. Kwieciński, *Wolność czy równość w edukacji?*, https://opub.dsw.edu.pl/bitstream/11479/125/1/Wolnosc_czy_rownosc_w_edukacji.pdf [dostęp: 14 czerwca 2016], Open Publications, s. 19–21.

33 Z. Kwieciński, *Sprawiedliwa nierówność czy niesprawiedliwa równość?, Implikacje edukacyjne*, „Nauka” 2007, nr 4, s. 40.

34 *Ibidem*, s. 40 i n.

podopiecznego i jego styl uczenia się to wymóg współczesnej szkoły i zarazem istota wyrównywania szans edukacyjnych³⁵.

Z równością związane jest ściśle prawo do nauki. Należy ono do tzw. drugiej kategorii praw człowieka. Prawo do nauki oznacza prawo każdego człowieka do kształcenia się we wszystkich jego postaciach, zakładając, że edukacja otwiera każdej jednostce możliwości intelektualne do korzystania ze swoich praw. Prawo do nauki uzyskało rangę konstytucyjną. Konstytucje poszczególnych państw regulują zagadnienia systemu oświaty oraz wskazują na istotną rolę państwa i jego odpowiedzialność za realizację prawa do nauki. Konstytucja polska w art. 70 wyraża prawo każdego do nauki, czyli kształcenia się. Prawo to jest zagwarantowane wszystkim. Obejmuje również cudzoziemców i apatrydów, dzieci i osoby dorosłe. Definicja prawa do nauki została zawarta w Konwencji *w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty* z 1960 r. (Dz.U. 17 listopada 1964, nr 40, poz. 268), ratyfikowaną przez Polskę w 1964 r. Zgodnie z art. 1 Konwencji zabroniona jest wszelka dyskryminacja w dostępie do nauki ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, przekonania polityczne lub jakiegokolwiek inne, narodowość lub pochodzenie społeczne, sytuację materialną lub urodzenie. Podkreślić należy, iż samo prawo do nauki znajduje się wśród tradycyjnych praw socjalnych. Uregulowane zostało w rozdziale II Konstytucji RP w części regulującej wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne. Wedle tego poglądu prawo do nauki nakłada na państwo obowiązki prowadzące do umożliwienia pobierania nauki przez jednostki, a po stronie jednostki tworzy możliwość wystąpienia z roszczeniem wobec państwa o dostęp do nauki. Wobec tego prawo do nauki utożsamiane bywa z powszechną bezpłatnością nauki. Postanowienia Konstytucji RP konkretyzuje przywoływana już ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, podkreślająca realizację przez Polskę standardów międzynarodowych, poprzez odwołanie się do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Konwencji o Prawach Dziecka³⁶.

Problematykę równości w szkole można rozpatrywać na wiele płaszczyznach. Jedną z nich jest płaszczyzna genderowa, budząca liczne kontrowersje

35 T. Kowalewski, *Wybrane sposoby wyrównywania szans edukacyjnych*, WWW.ur.edu.pl/pliki/Zeszyt14/35.pdf [dostęp: 12 czerwca 2016].

36 M. Urbaniak, *Konstytucyjne wolności i prawa socjalne oraz ekonomiczne w Polsce i we Włoszech. Analiza porównawcza*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009, s. 135–136.

w polskim społeczeństwie. Bez wchodzenia w dysputy natury ideologicznej zwracamy uwagę jedynie problematykę równości w ujęciu genderowym, odnosząc ją na płaszczyznę edukacji i szkoły. Przyjmuje się, iż adresatami genderowego edukowania powinny być władze oświatowe, rodzice i nauczyciele. Zwracana jest uwaga na szkolny androcentryzm. W związku z tym istnieje potrzeba genderowego szkolenia nauczycieli, zmiany programów nauczania, innego spojrzenia na kanony lektur, walki ze stereo typizacją ze względu na płeć w szkole³⁷. Osoby zajmujące się problematyką gender wskazują, iż systematycznie, choć powoli wzrasta liczba studiów krytycznych nad szkołą i innymi instytucjami edukacyjnymi uwzględniających perspektywę płci i rodzaju. Zakładanie „genderowych okularów” pozwala dostrzec szkolną codzienność w nowym świetle. Dzięki temu coraz więcej wiadomo, w jaki sposób instytucje edukacyjne uczestniczą w transmisji tradycji, norm i wartości odnoszących się do ról i relacji płciowych oraz statusu i władzy, które są zadomowione w patriarchalnym systemie społecznym. Genderysty dostrzegają w jaki sposób szkoła nieświadomie wzmacnia stereotypy i nierówności. Prowadzone badania wrażliwe pozwalają zintensyfikować rzeczywiste relacje między uczennicami a uczniami, nauczycielkami a nauczycielami oraz nierówności i różnice we władzy między nimi³⁸. Jako przykład szkolnych nierówności podawane są przykłady szkolnej przemocy wobec dziewcząt. Wspólnym elementem wspomnień szkolnych dziewcząt jest publiczny charakter represji, które były wobec nich podejmowane. Najczęściej miejscem poniżania jest przestrzeń klasy szkolnej, rzadziej szkolny korytarz. Większość poniżających dla dziewcząt sytuacji odbywa się na oczach innych uczennic, uczniów, nauczycielek i nauczycieli, którzy tym samym stają się osobami współrepresjonującymi. Są bowiem zapraszani do udziału, „wciągani” w sytuację³⁹.

Przejdźmy teraz na grunt praktyczny. Polski system edukacyjny dysponuje różnymi środkami, dzięki którym można niwelować różnice

37 Szeroko na ten temat A. Niewińska, *Raport o gender w Polsce*, Wydawnictwo Fron-da, Warszawa 2014, s. 211–279.

38 Z Mariolą Chomczyńską-Rubachą rozmawia Monika Szlosek, *Możliwa jest szkoła walcząca o równość*, [w:] *Gender. Przewodnik Krytyki Politycznej*, Seria Przewodniki Krytyki Politycznej, tom XXXVIII, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014, s. 266.

39 L. Kopiciewicz, *Poniżanie – szkolna przemoc wobec dziewcząt*, [w:] *Gender. Przewodnik Krytyki Politycznej*, Seria Przewodniki Krytyki Politycznej, tom XXXVIII, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014, s. 278 i n.

pomiędzy uczniami, dążąc do zapewnienia równości w szkole. Omówimy niektóre z nich, celem zobrazowania realizacji zasady równości w polskiej szkole. Jednym z nich jest rozporządzenie MEN z dnia 30 kwietnia 2013 r. *w sprawie zasad udzielania i organizacji pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach*⁴⁰. Zgodnie z paragrafem 3 punkt 1 powołanego rozporządzenia:

Pomoc psychologiczno-pedagogiczna udzielana uczniowi w przedszkolu, szkole i placówce polega na rozpoznawaniu i zaspokajaniu indywidualnych potrzeb rozwojowych i edukacyjnych ucznia oraz rozpoznawaniu indywidualnych możliwości psychofizycznych ucznia, wynikających w szczególności:

- 1) z niepełnosprawności;
- 2) z niedostosowania społecznego;
- 3) z zagrożenia niedostosowaniem społecznym;
- 4) ze szczególnych uzdolnień;
- 5) ze specyficznych trudności w uczeniu się;
- 6) z zaburzeń komunikacji językowej;
- 7) z choroby przewlekłej;
- 8) z sytuacji kryzysowych lub traumatycznych;
- 9) z niepowodzeń edukacyjnych;
- 10) z zaniedbań środowiskowych związanych z sytuacją bytową ucznia i jego rodziny, sposobem spędzania czasu wolnego i kontaktami środowiskowymi;
- 11) z trudności adaptacyjnych związanych z różnicami kulturowymi lub ze zmianą środowiska edukacyjnego, w tym związanych z wcześniejszym kształceniem za granicą.

Uczeń ze specjalnymi potrzebami edukacyjnymi wynikającymi z sytuacji kryzysowych lub traumatycznych to uczeń, którego stan psychiczny lub fizyczny jest wywołany realnym działaniem zagrażającym życiu i zdrowiu poprzez czynniki zewnętrzne (zjawiska przyrodnicze, ludzie). Prowadzi to często do głębokich i długo utrzymujących się zmian w funkcjonowaniu człowieka. Wyraża się zaburzeniami somatycznymi i psychicznymi. Z kolei uczeń ze specjalnymi potrzebami edukacyjnymi wynikającymi z niepowodzeń edukacyjnych to uczeń, który nie może sprostać wymaganiom szkolnym. Rozporządzenie wskazuje także na

⁴⁰ Dz.U. 2013, poz. 532.

uczniów, których potrzeby edukacyjne są związane z sytuacją rodzinną. Przecież uczeń ze specjalnymi potrzebami edukacyjnymi wynikającymi z zaniedbań środowiskowych związanych z sytuacją bytową ucznia i jego rodziny oraz sposobem spędzania czasu wolnego to uczeń, którego rodzina ma trudności materialne; który nie ma interesujących wzorców spędzania wolnego czasu; który kontaktuje się przeważnie z grupami nieformalnymi⁴¹.

Równość szans edukacyjnych wiąże się także, co wynika z treści przywoływanego rozporządzenia, z włączaniem uczniów cudzoziemskich w struktury szkolnictwa powszechnego. Zwiększająca się mobilność współczesnych społeczeństw sprawia, że coraz więcej uczniów cudzoziemskich trafia do polskich szkół. Zgodnie z prawem uczniowie cudzoziemscy mają równy dostęp do edukacji w Polsce. Większość dzieci migrantów uczęszcza do szkół podstawowych w Polsce. Znacznie mniejszy odsetek podejmuje naukę w gimnazjach czy szkołach średnich. Na ów stan rzeczy wpływa wiele czynników: niewystarczająca znajomość języka polskiego, przerwy w edukacji, niedostateczne przygotowanie nauczycieli i szkół do kształcenia migrantów. Pomimo postulowanych i deklarowanych w polskim prawie równych szans edukacyjnych, w praktyce uczniowie cudzoziemscy napotykać liczne bariery, poprzez które proces ich kształcenia nie przebiega pomyślnie⁴². Zatem i uczniowie cudzoziemscy powinni zostać otoczeni szczególną pomocą, która wynika z Rozporządzenia MEN z dnia 13 kwietnia 2013 r. *w sprawie zasad udzielania i organizacji pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach*.

Zgodnie z treścią cytowanego Rozporządzenia MEN z dnia 13 kwietnia 2013 r. *w sprawie zasad udzielania i organizacji pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach* pomoc psychologiczno-pedagogiczna udzielana w przedszkolu, szkole i placówce rodzicom uczniów i nauczycielom polega na wspieraniu rodziców i nauczycieli w rozwiązywaniu problemów wychowawczych i dydaktycznych

41 T. Czupajło, M. Dudek, *Razem i osobno. Edukacja wczesnoszkolna. Dzieci ze specjalnymi potrzebami edukacyjnymi. Klasa I, II, III*, Wydawnictwo Stowarzyszenie Nauczycieli Edukacji Początkowej, Warszawa 2014, s. 8–10; także M. Jas, M. Jarońska, *Specjalne potrzeby edukacyjne dzieci i młodzieży. Prawne ABC dyrektora przedszkola szkoły i placówki*, Warszawa 2010, s. 22 i n.

42 A. Butarewicz-Głowacka, *Nie(równość) szans edukacyjnych uczniów cudzoziemskich w polskiej szkole...*, s. 103.

oraz rozwijaniu ich umiejętności wychowawczych w celu zwiększenia efektywności pomocy psychologiczno-pedagogicznej dla uczniów. Korzystanie z pomocy psychologiczno-pedagogicznej w przedszkolu, szkole i placówce jest dobrowolne i nieodpłatne. Pomoc psychologiczno-pedagogiczną organizuje dyrektor przedszkola, szkoły i placówki. Samej pomocy psychologiczno-pedagogicznej w przedszkolu, szkole i placówce udzielają uczniom nauczyciele, wychowawcy grup wychowawczych oraz specjaliści, którzy wykonują w przedszkolu, szkole i placówce zadania z zakresu pomocy psychologiczno-pedagogicznej. Chodzi tutaj głównie o psychologów, pedagogów, logopedów, doradców zawodowych, terapeutów pedagogicznych. Są to tzw. specjaliści. Pomoc psychologiczno-pedagogiczna jest organizowana i udzielana we współpracy z:

- rodzicami uczniów;
- poradniami psychologiczno-pedagogicznymi, w tym poradniami specjalistycznymi;
- placówkami doskonalenia nauczycieli;
- innymi przedszkolami, szkołami i placówkami;
- organizacjami pozarządowymi oraz innymi instytucjami działającymi na rzecz rodziny, dzieci i młodzieży.

Pomoc psychologiczno-pedagogiczna jest udzielana z inicjatywy: ucznia, rodziców ucznia, dyrektora przedszkola, szkoły lub placówki, nauczyciela, wychowawcy grupy wychowawczej lub specjalisty prowadzących zajęcia z uczniem, także pielęgniarki środowiska nauczania i wychowania lub higienistki szkolnej. Z inicjatywą występuje także: poradnia, asystent edukacji romskiej, pomoc nauczyciela, pracownik socjalny, asystent rodziny, kurator sądowy. W szkole pomoc psychologiczno-pedagogiczna jest udzielana w trakcie bieżącej pracy z uczniem. Pomoc może przybierać formę:

- klas terapeutycznych;
- zajęć rozwijających uzdolnienia;
- zajęć dydaktyczno-wyrównawczych;
- zajęć specjalistycznych: korekcyjno-kompensacyjnych, logopedycznych, socjoterapeutycznych oraz innych zajęć o charakterze terapeutycznym;
- zajęć związanych z wyborem kierunku kształcenia i zawodu oraz planowaniem kształcenia i kariery zawodowej – w przypadku uczniów gimnazjum i szkół ponadgimnazjalnych;
- warsztatów;
- porad i konsultacji.

Klasy terapeutyczne organizowane są dla uczniów wykazujących jednorodnie lub sprzężone zaburzenia, wymagających dostosowania organizacji i procesu nauczania do ich specjalnych potrzeb edukacyjnych oraz długotrwałej pomocy specjalistycznej. Trzeba pamiętać o tym, iż klas terapeutycznych nie organizuje się w szkołach specjalnych. Zajęcia w klasach terapeutycznych prowadzą nauczyciele właściwych zajęć edukacyjnych. Nauczanie w klasach terapeutycznych prowadzone jest według realizowanych w danej szkole programów nauczania, co warto podkreślić, z dostosowaniem metod i form ich realizacji do indywidualnych potrzeb rozwojowych oraz możliwości psychofizycznych uczniów. Liczba uczniów w klasie terapeutycznej nie może przekraczać 15. Klasy terapeutyczne muszą być organizowane z początkiem roku szkolnego. Do klas terapeutycznych, za zgodą organu prowadzącego szkołę, w ramach posiadanych środków, mogą uczęszczać uczniowie innej szkoły. Objęcie ucznia nauką w klasie terapeutycznej wymaga opinii poradni. Z opinii poradni ma wynikać, że takie objęcie ucznia nauką w klasie terapeutycznej jest konieczne.

Przepisy Rozporządzenia MEN z dnia 13 kwietnia 2013 r. *w sprawie zasad udzielania i organizacji pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach* obok klas terapeutycznych dają możliwość dziecku z różnymi problemami, określonymi w tym akcie wykonawczym, realizacji jego prawa do nauki na zasadzie równych szans poprzez:

- zajęcia dydaktyczno-wyrównawcze – pomagające uczniom mającym trudności w nauce nadrobić zaległości. Liczba uczestników zajęć nie może przekroczyć 8;
- zajęcia korekcyjno-kompensacyjne – dla uczniów z zaburzeniami i odchyleniami rozwojowymi lub specyficznymi trudnościami w uczeniu się. Liczba uczestników zajęć nie może przekroczyć 5;
- zajęcia logopedyczne – dla uczniów z zaburzeniami mowy, które powodują zaburzenia komunikacji językowej i utrudniają naukę. Liczba uczestników zajęć nie może przekraczać 4;
- zajęcia socjoterapeutyczne oraz inne zajęcia o charakterze terapeutycznym dla uczniów z dysfunkcjami i zaburzeniami, które utrudniają funkcjonowanie społeczne. Liczba uczestników zajęć nie może przekraczać 10.

Zaspokajanie specjalnych potrzeb edukacyjnych, zapewnienie właściwej pomocy psychologiczno-pedagogicznej w szkole, to sprawdzony

wyznacznik dobrego nauczania, z którego powinni mieć możliwość korzystania wszyscy uczniowie bez względu na ich różne deficyty i problemy. Każde dziecko doświadcza trudności, ale też każde dziecko posiada potencjał umożliwiający tworzenie przemyślanych działań edukacyjnych, profilaktycznych i terapeutycznych. Ich właściwy dobór zadecyduje o tym, że realizacja zadań rozwojowych i osiąganie kompetencji w poszczególnych sferach będzie oparte na budowaniu wysokiego poczucia własnej wartości i pomoc w dostrzeżeniu, że można być sobą wśród innych bez konieczności dostosowywania się za wszelką cenę do nieprzystających do potrzeb tych dzieci oczekiwań środowiska (rodziców, opiekunów, nauczycieli czy też grupy rówieśniczej). Założenia te powinny stanowić podstawę do udoskonalenia procesu kształcenia uwzględniającego zmianę istotnych działań edukacyjnych, których podstawą staje się stopniowo zdobywana przez dziecko umiejętność reaktywnego uczenia się wymagającego od dziecka coraz większej samodzielności intelektualnej, zdolności koncentrowania się na wykonywaniu zadania, wytrwałości w pokonywaniu pojawiających się problemów, zdolności do radzenia sobie z sytuacjami, w których gratyfikacja ulega odroczeniu. Należy uwzględniać indywidualne różnice pomiędzy dziećmi⁴³.

Drugim środkiem wyrównującym szanse edukacyjne jest Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 28 sierpnia 2014 r. *w sprawie indywidualnego obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego dzieci i indywidualnego nauczania dzieci i młodzieży*⁴⁴. Na podstawie przepisów powołanego rozporządzenia indywidualne przygotowanie przedszkolne oraz indywidualne nauczanie organizuje się na czas określony. Czas ten wskazywany jest każdorazowo w orzeczeniu o potrzebie indywidualnego obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego lub orzeczeniu o potrzebie indywidualnego nauczania. Indywidualne przygotowanie przedszkolne oraz indywidualne nauczanie organizuje się w sposób zapewniający wykonanie zaleceń określonych w orzeczeniu. W indywidualnym nauczaniu realizuje się obowiązkowe zajęcia edukacyjne, które wynikają z ramowego planu nauczania danego typu i rodzaju

43 H. Krauz-Sikorska, *Praca z dziećmi o specjalnych potrzebach edukacyjnych i jej implikacje dla ich rozwoju*, [w:] *Dziecko w szkolnej rzeczywistości. Założony a rzeczywisty obraz edukacji elementarnej*, (red.) H. Sowińska, Seria Psychologia i Pedagogika nr 156, Wydawnictwo UAM, Poznań 2011, s. 519–527; Dz.U. 2014, poz. 1157.

44 Dz.U. 2014, poz. 1157.

szkoły. Zajęcia edukacyjne muszą być dostosowane do potrzeb rozwojowych i edukacyjnych oraz możliwości psychofizycznych ucznia. Dyrektor szkoły, na wniosek nauczyciela prowadzącego zajęcia indywidualnego nauczania, może zezwolić na odstępianie od realizacji niektórych treści nauczania objętych obowiązkowymi zajęciami edukacyjnymi, stosownie do możliwości psychofizycznych ucznia oraz warunków w miejscu, w którym są organizowane zajęcia indywidualnego nauczania. Nauczanie indywidualne może być realizowane w domu ucznia.

System edukacyjny nie zawsze bywa oceniany pozytywnie. Zaznaczamy, iż krytyka systemu edukacyjnego charakterystyczna jest także dla innych państw europejskich. J. Baueur⁴⁵ stawia tezę, iż w niemieckim systemie edukacyjnym znacząca część absolwentów nie nabywa żadnej z cech, które przygotowują człowieka do życia: wiary w siebie, wewnętrznej motywacji, solidnej wiedzy oraz kompetencji społecznych i emocjonalnych. Autor dowodzi, iż niepowodzenie niemieckiego szkolnictwa bierze się stąd, że niemożliwe jest wytworzenie w klasach takiego klimatu, który sprzyjałby efektywnemu nauczaniu i skutkowało lepszymi wynikami w nauce. Dlatego też szkoły odbierane są – przez wszystkich mających z nimi do czynienia – jako miejsca budzące grozę, z których każdy najchętniej by uciekł zaraz po przekroczeniu szkolnego progu. Obecny system szkolnictwa nie sprawdza się dlatego, że uczestnicy procesu edukacyjnego nie potrafią budować konstruktywnych relacji sprzyjających uczeniu się i będących podstawą dobrze funkcjonującej edukacji. Odpowiedzialnością za ów stan rzeczy Autor obarcza same szkoły. Z tym wyzwaniem szkoły sobie nie radzą. Z drugiej strony na funkcjonowanie szkół i sam proces edukacji mają wpływ czynniki i ludzie oddziałujący na nie z zewnątrz, czyli tam, gdzie dzieci i młodzież żyją na co dzień, w świecie, który wszyscy ludzie tworzą razem. Autor zauważa, iż wedle badań przeprowadzonych przez lekarzy ponad pięćdziesiąt procent dzieci szkolnych i młodzieży cierpi z powodu chronicznych dolegliwości zdrowotnych, taki sam odsetek uczniów w Niemczech wykazuje „ciężkie” zaburzenia psychiczne, a skala przemocy stale rośnie (zarówno w przypadku aktów popełnianych przez młodych ludzi, jak i tych przestępstw, których padają ofiarą)⁴⁶.

45 J. Bauer, *Co z tą szkołą? Siedem perspektyw dla uczniów, nauczycieli i rodziców*, przełożył A. Lipiński, Wydawnictwo Dobra Literatura, Słupsk 2015, s. 151.

46 *Ibidem*, s. 12–13.

III

Wolność nauczania jest jednym z najdroższych talizmanów prawdziwej wolności narodowej⁴⁷. Biorąc za punkt wyjścia owo twierdzenie spróbujemy teraz zastanowić się nad wolnością edukacji w polskim systemie oświatowym. W naszej ocenie przejawem wolności edukacji jest edukacja pozaszkolna, określana jako edukacja domowa. Jednakże edukacja domowa nie stanowi przejawu wolności absolutnej.

Konstytucja RP na pierwszym miejscu postawiła prawo do nauki (wyszkolenia). Natomiast Ustawa *o systemie oświaty* wyraźnie zaakcentowała obowiązek, który pozostaje oczywiście w ścisłym związku z prawem do nauki. Spełnienie obowiązku odbywa się w sposób trwały, poprzez powtarzające się czynności, czyli głównie poprzez uczęszczanie do szkoły zgodnie z wiekiem i poziomem zaawansowania kształcenia zobligowanych podmiotów. Zgodnie z Ustawą *o systemie oświaty*, rodzice dziecka podlegającego obowiązkowi szkolnemu, są zobowiązani do:

- dopełnienia czynności związanych ze zgłoszeniem dziecka do szkoły;
- zapewnienie regularnego uczęszczania na zajęcia szkolne;
- zapewnienie dziecku warunków umożliwiających przygotowanie do tych zajęć;
- informowania, w terminie do dnia 30 września każdego roku, dyrektora szkoły podstawowej lub gimnazjum, w obwodzie których dziecko mieszka, o realizacji obowiązku szkolnego w sposób określony w przywoływanej w pracy ustawie⁴⁸.

Rodzice dziecka podlegającego obowiązkowi nauki, na żądanie wójta gminy (burmistrza, prezydenta miasta), na terenie której dziecko mieszka, są zobowiązani informować go o formie spełniania obowiązku nauki przez dziecko i zmianach w tym zakresie. Dyrektorzy publicznych szkół podstawowych i gimnazjum, zgodnie z ustawą oświatową, kontrolują spełnianie obowiązku szkolnego przez dzieci zamieszkałe w obwodach tych szkół. Natomiast gmina kontroluje spełnianie obowiązku nauki przez młodzież zamieszkałą na terenie tej gminy⁴⁹.

Tak kategoryczne sformułowanie przez prawodawcę obowiązku szkolnego bywa odbierane jako ingerencja ustrojodawcy w sferę kompetencji

47 P. Bała, *Konstytucyjne prawo do nauki a polski system oświaty...*, s. 406.

48 *Ibidem*, s., 372–373.

49 *Ibidem*, s. 373.

rodziców, uszczuplenie prawa do wychowywania dzieci i decydowania o ich losie. Zaisztowała tutaj modelowa sytuacja konfliktu „równości” z „wolnością”, rozumianą jako możliwość podejmowania decyzji przez jednostkę⁵⁰.

Literatura podaje argumenty, iż najważniejszym elementem edukacji masowej są wyraźne cele społeczno-polityczne, wypełnianiu których szkoła ma służyć. Okazało się, że przymus szkolny jest znakomitym instrumentem integracji i unifikacji społeczeństwa. Według krytyków współczesnych systemów edukacyjnych głównym celem szkolnictwa jest zachowanie istniejącego porządku społecznego. Obowiązek szkolny powstał, aby wychować obywateli posłusznych elitom urzędników państwowych, wdrażających bez większego sprzeciwu państwowe regulacje, myślących tak samo na wszelkie tematy. Zwolennicy zinstytucjonalizowanej edukacji prześcigają się w odkrywaniu funkcjonalnej różnorodności formalnego kształcenia i wychowania. Myśliciele społeczni, reformatorzy polityczni i nie w mniejszym stopniu pedagodzy i edukatorzy uzasadniają w ten sposób przekonanie o wyższości formalnej, szkolnej edukacji w stosunku do edukacji naturalnej, rodzinno-środowiskowej. Wyróżniane są cztery funkcje na rzecz formalnej edukacji:

- funkcje akceleracyjne – przyspieszenie postępu społecznego i rozwoju jednostkowego poprzez wyspecjalizowane i sprawne procesy edukacyjne;
- funkcje progresywne – osiągnięcie wyższych umiejętności i szerszych kompetencji poprzez ciągłe, systematyczne i świadomie kierowane procesy edukacyjne;
- funkcje demokratyzacyjne – wyrównanie dostępności do dóbr kultury i likwidowanie skutków wykluczeń poprzez powszechność i jednolitość procesów edukacyjnych;
- funkcje adaptacyjne – umożliwienie pełnienia odpowiednich ról społecznych poprzez optymalne przygotowanie kompetencyjne i emocjonalne.

Szkoła ma umożliwiać kumulację i rozwój dorobku cywilizacyjnego dzięki przekazowi zbiorowych doświadczeń, jednakże szkoła nie zawsze jest w stanie nadążyć za rozwojem cywilizacyjnym, wobec tego szkoła spowalnia zmiany. Szkołę charakteryzuje stabilność, zachowawczość i obawa przed utratą tożsamości⁵¹.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 385.

⁵¹ J. Juszczyk-Rygałło, *Edukacja domowa – szansa czy zagrożenie we wczesnym kształceniu dziecka?*, „EETP” 2014, nr 33, s. 123–124.

Zgodnie z prawem każdy rodzic czy opiekun prawny może wystąpić o nauczanie pozaszkolne do dyrektora danej szkoły. Dzieci, także młodzież uczące się w ramach edukacji domowej przypisywane są formalnie do konkretnej szkoły. Jednakże lekcje prowadzą z nimi rodzice czy opłacani przez rodziców korepetytorzy. Dana szkoła, do której przypisany zostaje uczeń w ramach edukacji pozaszkolnej odpowiada za poziom tego nauczania organizując uczniom egzaminy, które są podstawą klasyfikacji i promocji do następnej klasy. Szkoła może także organizować zajęcia dodatkowe dla uczniów w ramach edukacji pozaszkolnej. W związku z tym samorządy, do 2016 roku otrzymywały na każdego ucznia w edukacji domowej taką samą kwotę z subwencji oświatowej, jak na ucznia codziennie uczęszczającego do szkoły. Dotacje na uczniów w ramach edukacji pozaszkolnej zostały obniżone. Rodzice, także szkoły prowadzące edukację pozaszkolną odebrały owo posunięcie państwa jako ograniczenie wolności edukacyjnej oraz negację równości pomiędzy uczniami pozostającymi w edukacji domowej a uczniami spełniającymi obowiązek szkolny w ramach szkoły⁵².

Edukacja domowa jawi się jako alternatywa dla zinstytucjonalizowanych form kształcenia. Na gruncie polskim ta forma praktyki edukacyjnej jest dość mało zna, chociaż corocznie liczba edukującej się domowo młodzieży i dzieci, zwłaszcza tych ostatnich, zdaje się wzrastać, mimo istniejących kontrowersji, zarówno o charakterze prawnym, jak i dotyczących słuszności samej idei⁵³. Jest to zjawisko i bardzo dynamiczny w kilku krajach ruch społeczny, ufundowany na niezależnych przedsięwzięciach pojedynczych rodzin, w których rodzice, powodowani jakąś odmianą troski o edukacyjny los swoich dzieci, przyjmują na siebie całkowitą odpowiedzialność za ich kształcenie, wychowanie i uspołecznienie, przejmując tę odpowiedzialność od państwa, jako zobligowanego przez prawo międzynarodowe i krajowe, gwaranta prawa do edukacji i strażnika obowiązku jej spełnienia⁵⁴. Szerokie prawo do edukacji domowej jest przejawem przekonania, że wolność służy edukacji lepiej niż przymus.

52 [lap/PAP], *MEN powoła zespół zajmujący się edukacją domową*, <http://wpolityce.pl/spoleczenstwo/277822-men-powola-zespól-zajmujacy-sie-edukacja-domowa> [dostęp: 15 czerwca 2016].

53 B. Olszewska, *Przyszłość edukacji domowej*, www.gazeta.edu.pl [dostęp: 28 maja 2015].

54 M. Budajczak, *Edukacja domowa*, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Poznań 2002, s. 10.

Edukacja domowa jawi się jako pragnienie edukacyjnej wolności⁵⁵. Odebrane prawo do edukacji domowej jest traktowane jako przejaw myślenia monistycznego, wychodzącego z założenia, że natura wszelkiego bytu jest jednorodna. Istnieje więc jeden cel i jeden sposób jego realizacji. Dlatego też dążenie do innych celów lub zastosowanie innej metody bywa oceniane w kategoriach zła lub przynajmniej braku racjonalności. Przyjmuje się, iż istotą edukacji domowej jest poszanowanie naturalnych praw rodziców do właściwego zatroszczenia się o własne dzieci. Najważniejsze wydaje się to, aby dziecko mogło uzyskać wiedzę i umiejętności, dzięki którym będzie mogło kontynuować własną edukację w dowolnym czasie i w dowolnym typie instytucji edukacyjnych. To, kto się przyczyni do ich pozyskania, powinno być całkowicie pozostawione decyzji rodziców. Przecież to rodzice bywają określanii jako pierwsi i zarazem jedyni właściciele praw ich dziecka do rozwoju. W tym ostatnim zawarte jest prawo do jak najlepszej edukacji. Prawo do wyboru edukacji traktowane jest jako odrębne prawo człowieka. Wynika z tego, że państwo nie tylko nie posiada prawa ingerencji w zakres realizowanego nauczania, ale także jest gwarantem tego, aby procesy takie przebiegały bez zakłóceń. Zatem dyskurs o edukacji domowej mieści się w dyskursie o edukacji demokratycznej, jest to dyskurs nie tylko na temat tego, jak i czego nauczać, czy też czy powinien istnieć jakiś scentralizowany system i program nauczania ustalony przez państwo, ale jest to również dyskurs odnoszący się do edukacji domowej dotyczącej niezbywalnych praw człowieka, ludzkiej wolności, zakresu kompetencji państwa i tego, kto jest odpowiedzialny za edukację dzieci / młodzieży⁵⁶. Zwolennicy edukacji domowej (nauczania domowego) twierdzą, że celem edukacji jest wolność. Niekiedy formułują skrajne poglądy na temat systemu szkolnego: „cały świat szkolnictwa publicznego jest sztuczny i nienaturalny. Warunki jego funkcjonowania podlegają rygorystycznej kontroli państwa. Jest on jednocześnie w sposób bezwzględny i systemowy odseparowany od wpływu instytucji, które dla dziecka są najważniejsze: od rodziców i rodziny”⁵⁷.

55 M. Giercarz-Borkowska, *Edukacja domowa jako egzemplifikacja idei podmiotowości i wolności edukacyjnej*, http://www.konferencja.21.edu.pl/uploads/6/3/9/9/6399009/1.1.3._giercarz-borkowska.pdf [dostęp: 5 kwietnia 2015].

56 P. Bartosik, *Dlaczego Edukacja Domowa?*, [w:] M. Zakrzewska, P. Zakrzewski (red.), *Edukacja domowa w Polsce. Teoria i praktyka*, Oficyna Wydawniczo-Poligraficzna „Adam”, Warszawa 2009, s. 50–51.

57 W. Stebnicki, *Edukacja domowa*, Biblioteka Salomona, Warszawa 2014, s. 20.

Edukacja domowa porównywana jest do wychowania do wolności. Edukatorzy domowi argumentują, iż nie każdy człowiek będzie odnajdywał się w działalności na własny rachunek, zatem nie każda rodzina osiągnie cele w edukacji domowej. Odnalezienie się bez centralnego systemu zarządzania czasem, takowy gwarantuje szkoła, wymaga innych działań i umiejętności. Czas nauki pozostaje w gestii organizacji przez rodzica czy opiekuna prawnego, jego wyborów, odpowiedzialności i skutków działań. Dlatego też rodzice chętnie zapisują dzieci do szkół demokratycznych, które w rzeczywistości są placówkami edukacyjnymi na bazie spełniania obowiązku szkolnego poza szkołą⁵⁸.

Zgodnie z treścią Ustawy o systemie oświaty uczeń spełniający obowiązek szkolny lub obowiązek nauki poza szkołą uzyskuje roczne oceny klasyfikacyjne na podstawie rocznych egzaminów klasyfikacyjnych z zakresu części podstawy programowej obowiązującej na danym etapie edukacyjnym, uzgodnionej na dany rok szkolny z dyrektorem szkoły. Egzaminów klasyfikacyjnych są przeprowadzane przez szkołę, której dyrektor zezwolił na spełnianie obowiązku szkolnego lub obowiązku nauki poza szkołą. Uczniowi takiemu nie ustala się oceny zachowania. Same zasady zdawania egzaminów klasyfikacyjnych określa rozporządzenie MEN z dnia 30 maja 2007 r.⁵⁹

Bibliografia

- Bała P., *Konstytucyjne prawo do nauki a polski system oświaty*, Wydawnictwo von Borowiecki, Warszawa 2009.
- Bartosik P., *Dlaczego Edukacja Domowa?*, [w:] M. Zakrzewska, P. Zakrzewski (red.), *Edukacja domowa w Polsce. Teoria i praktyka*, Oficyna Wydawniczo-Poligraficzna „Adam”, Warszawa 2009.
- Bauer J., *Co z tą szkołą? Siedem perspektyw dla uczniów, nauczycieli i rodziców*, przełożył A. Lipiński, Wydawnictwo Dobra Literatura, Słupsk 2015.

58 D. Krawczyk – Borys, *Edukacja domowa – wychowanie do wolności?*, <http://www.tamento.pl/a/637/rodzice/wychowanie/uczen/www.darja.tv> [dostęp: 3 czerwca 2016].

59 Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 30 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych (Dz.U. z 2007 r. nr 83, poz. 562 z późn. zm.).

- Białecki I., *Szanse na kształcenie i polityka edukacyjna – perspektywa równości i sprawiedliwości społecznej*, [w:] *Polska dla Dzieci. Ogólnopolski Szczyt w sprawach Dzieci Warszawa 23–24 maja 2003 r. Materiały i dokumenty*, Wydawnictwo Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2003.
- Budajczak M., *Edukacja domowa*, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Poznań 2002.
- Butarewicz-Głowacka A., *Nie(równość) szans edukacyjnych uczniów cudzoziemskich w polskiej szkole – komunikat z badań*, „Pareja” 2015, nr 2 (4), Z Warsztatu Badawczego.
- Chmaj M. (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2006.
- Czupajło T., Dudek M., *Razem i osobno. Edukacja wczesnoszkolna. Dzieci ze specjalnymi potrzebami edukacyjnymi. Klasa I, II, III*, Wydawnictwo Stowarzyszenie Nauczycieli Edukacji Początkowej, Warszawa 2014.
- Czyż E. (opracowanie), *Prawa uczniów w szkole. Reportaż z badań*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1996.
- Gawkowska A., *Jak rozwiewać obawy liberatów?* [w:] A. Gawkowska, P. Gliński, A. Kościański (red.), *Teorie wspólnotowa a praktyka społeczna. Obywatelskość. Polityka. Lokalność*, Wydawnictwo IFiS PAN, Warszawa 2005.
- Gierczak-Borkowska M., *Edukacja domowa jako egzemplifikacja idei podmiotowości i wolności edukacyjnej*, http://www.konferencja.21.edu.pl/uploads/6/3/9/9/6399009/1.1.3._gierczak-borkowska.pdf [dostęp: 5 kwietnia 2015].
- Jas M., Jarosińska M., *Specjalne potrzeby edukacyjne dzieci i młodzieży. Prawne ABC dyrektora przedszkola szkoły i placówki*, Warszawa 2010.
- Juszczak-Rygałło J., *Edukacja domowa – szansa czy zagrożenie we wczesnym kształceniu dziecka ?*, „EETP” 2014, nr 33.
- Kaczmarek A., *Tęsknota za tożsamością*, [w:] M. Golka (red.), *Kłopoty z tożsamością*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Człowiek i Społeczeństwo XXVI, Poznań 2006.
- Kinowska Z., *Obywatelki i obywatele – równe i równiejsi?* [w:] M. Jarosz (red.), *Polacy równi i równiejsi*, Instytut Studiów Politycznych PAN, Warszawa 2010.
- Koczanowicz L., *Wspólnota i emancypacje. Spór o społeczeństwo postkonwencyjonalne*, Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Edukacji TWP, Wrocław 2005.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, (Dz.U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319).

- Kopciwicz L., *Poniżanie – szkolna przemoc wobec dziewcząt*, [w:] *Gender. Przewodnik Krytyki Politycznej*, Seria Przewodniki Krytyki Politycznej, tom XXXVIII, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014.
- Kowalewski T., *Wybrane sposoby wyrównywania szans edukacyjnych*, www.ur.edu.pl/pliki/Zeszyt14/35.pdf [dostęp: 12 czerwca 2016].
- Krauze-Sikorska H., *Praca z dziećmi o specjalnych potrzebach edukacyjnych i jej implikacje dla ich rozwoju*, [w:] *Dziecko w szkolnej rzeczywistości. Złożony a rzeczywisty obraz edukacji elementarnej*, H. Sowińska (red.), Seria Psychologia i Pedagogika nr 156, Wydawnictwo UAM, Poznań 2011.
- Krawczyk-Borys D., *Edukacja domowa – wychowanie do wolności?*, <http://www.tatento.pl/a/637/rodzice/wychowanie/uczen/www.darja.tv> [dostęp: 3 czerwca 2016].
- Kwieciński Z., *Edukacja jako wartość odzyskiwana wspólnie (Głos w dyskusji o uspołecznianiu szkoły)*, „Edukacja” 1991, nr 1.
- Kwieciński Z., *Sprawiedliwa nierówność czy niesprawiedliwa równość?*, *Implikacje edukacyjne*, „Nauka” 2007, nr 4.
- Kwieciński Z., *Wolność czy równość w edukacji?*, https://opub.dsw.edu.pl/bitstream/11479/125/1/Wolnosc_czy_rownosc_w_edukacji.pdf [dostęp: 14 czerwca 2016].
- [lap/PAP], *MEN powoła zespół zajmujący się edukacją domową*, <http://wpolityce.pl/spoleczenstwo/277822-men-powola-zespol-zajmujacy-sie-edukacja-domowa> [dostęp: 15 czerwca 2016].
- Leś T., Kozak M., *Filozoficzno-prawne aspekty uzasadniania prawa do równości w edukacji*, „Pareja” 2015, nr 2 (4), *Studia i Eseje*.
- Możliwa jest szkoła walcząca o równość*, z Mariolą Chomczyńską-Rubachą rozmawia Monika Szłosek, [w:] *Gender. Przewodnik Krytyki Politycznej*, Seria Przewodniki Krytyki Politycznej, tom XXXVIII, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014.
- Niewińska A., *Raport o gender w Polsce*, Wydawnictwo Fronda, Warszawa 2014.
- Nowak-Juchacz E., *Autonomia jako zasada etyczności. Kant, Fichte, Hegel*, Monografie FNP, Seria Humanistyczna, Wrocław 2002.
- Olszewska B., *Przyszłość edukacji domowej*, www.gazeta.edu.pl [dostęp: 28 maja 2015].
- Olszewski H., Zmierzak M., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, *Ars boni et aequi*, Poznań 1994.

- Policastro P., *Prawa podstawowe w demokratycznych transformacjach ustrojowych*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2002.
- Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 30 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych (Dz.U. z 2007 r. nr 83, poz. 562 z późn. zm.).
- Sadurski W., *Spór o ostatnie słowo: sądownictwo konstytucyjne a demokracja przedstawicielska*, „Civitas” 1998, nr 2.
- Sadurski W., *Status jednostki w prawie: refleksje filozoficzno-prawne na temat prawowitości demokracji proceduralnej*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, LIBER, Warszawa 2006.
- Słownik Języka Polskiego*, t. III: R–Z, PWN, Warszawa 1978.
- Stebnicki W., *Edukacja domowa*, Biblioteka Salomona, Warszawa 2014.
- Sylwestrzak A., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.
- Urbaniak M., *Konstytucyjne wolności i prawa socjalne oraz ekonomiczne w Polsce i we Włoszech. Analiza porównawcza*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009.
- Wejner T., *Wyrównywanie szans edukacyjnych uczniom ze specyficznymi trudnościami w uczeniu się*, [w:] *Polska dla Dzieci. Ogólnopolski Szczyt w sprawach Dzieci Warszawa 23–24 maja 2003 r. Materiały i dokumenty*, Wydawnictwo Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2003.
- White S., *Równość*, przełożył M. Wilk, Wydawnictwo Sic!, Warszawa 2008.
- Wojcieszek K.A., *Dziecko jako przedmiot eksploatacji – kontekst edukacyjny*, [w:] *Polska dla Dzieci. Ogólnopolski Szczyt w sprawach Dzieci Warszawa 23–24 maja 2003 r. Materiały i dokumenty*, Wydawnictwo Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2003.

Joanna Helios
Wioletta Jedlecka
(Uniwersytet Wrocławski)

○ RÓWNOŚCI W RELACJI TERAPEUTYCZNEJ ZE STANOWISKA ETYKI

ABSTRACT

ON EQUALITY IN THERAPEUTIC RELATIONSHIPS FROM THE POSITION OF ETHICS

The nature of the relationship between a patient/customer and a psychotherapist (a psychiatrist or a psychologist) is quite unique. Persons suffering from different emotional problems often use the services of psychotherapists. However, the patient/customer – psychotherapist relationship may cause issues of an ethical/bioethical nature. Deliberately or unconsciously, psychotherapists are able to interfere in the identity of their patients/customers; influence their decisions and life choices. The principle of the autonomy of the patient plays an essential role. There is no equality between the sides in the patient/customer – psychotherapist relationship, unless psychotherapists observe fundamental ethical principles. Ethics is supposed to set the borders for acceptable alterations to the identities of persons using the help of psychotherapists. In achieving equality in the therapeutic relationship, clinical supervision comes in handy, as well.

By and large, the authors' aim is to show that ethics should set the borders of the relationship between the psychotherapist and the patient/customer and should guarantee equality between the sides in the therapeutic relationship. The article seeks to contribute to further discussion.

KEYWORDS: equality, therapeutic relationship, ethics, patient autonomy, supervision
SŁOWA KLUCZOWE: równość, relacja terapeutyczna, etyka, autonomia pacjenta, superwizja

Charakter relacji pacjent / klient a terapeuta (psychiatra czy też psycholog) jest szczególny. Osoby cierpiące na różnorakie problemy emocjonalne często korzystają z usług terapeutów. Relacja pacjent / klient – terapeuta może powodować problemy na płaszczyźnie etyki / bioetyki. Istotna jest zasada autonomii pacjenta. Terapeuci w sposób świadomy lub nieświadomy mają możliwość ingerowania w tożsamość swoich klientów / pacjentów; wpływają na ich decyzje i wybory życiowe. W relacji klient / pacjent – terapeuta nie będzie równości pomiędzy stronami jeśli terapeuci nie będą przestrzegać podstawowych zasad etycznych. To etyka ma wyznaczać granice możliwie dopuszczalnych modyfikacji tożsamości osób korzystających z pomocy terapeutów. Pomocna w osiągnięciu równości w relacji terapeutycznej jest superwizja.

W ogólności naszym zamierzeniem jest pokazanie, iż etyka powinna wyznaczać granice relacji terapeuta – klient / pacjent i gwarantować równość podmiotów między uczestnikami relacji terapeutycznej. Przy czym, co bardzo ważne, etyka może nas wspierać w trudzie podejmowania decyzji, ale nigdy nas nie wyręczy. Niniejszy tekst stanowi jedynie przyczynek do dalszej dyskusji.

I

Zacząć należy od tego, że terminy „etyka” oraz „moralność” mają charakter wieloznaczny. Używa się tych terminów w różnych kontekstach, które wpływają na nadawane tym terminom znaczenia. Gdy mówi się o sądach „moralnych”, to ma się na myśli określonego rodzaju oceny i normy uznawane przez ludzi i wykorzystywane do kwalifikacji swoich i cudzych zachowań w kategoriach „dobra” i „zła”. Ocena moralna to wartościowanie kogoś bądź czegoś jako „dobrego” bądź „złego”. Norma moralna natomiast jest wskazaniem sposobu, w jaki powinno się postępować, żeby postępowanie owo było „dobre”. Problemy moralne polegają zatem na rozstrzygnięciu tego, co należy czynić, aby czynić „dobrze” lub też, jakie stany rzeczy czy fakty należy oceniać jako „dobre”. Każdy człowiek w swoim życiu wciąż dokonuje ocen, wartościowań moralnych oraz kieruje się pewnymi normami moralnymi. Można więc rzec, że moralność to „całokształt ocen i norm stanowiących rozstrzygnięcia tego rodzaju problemów”¹. Zarówno moralność rozumiana

1 Zob. T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Naukowa Oficyna Wydawnicza, Katowice 2005, s. 9–10.

jako przyjmowane przez dane jednostki, ich grupy czy środowiska oceny i normy postępowania, jak i treść poszczególnych doktryn moralnych wraz z argumentami wysnuwanymi na ich poparcie stanowi przedmiot zainteresowania nauki o moralności, nazywanej też etyką opisową. Przekonywanie zaś do przyjęcia pewnych wartości czy norm moralnych nazywane jest etyką normatywną lub filozofią praktyczną, a więc zbiorem usystematyzowanych i spójnych doktryn oraz racji moralnych mających wskazywać, jakie oceny i normy moralne powinno się przyjmować, a zatem, w jaki sposób należy rozwiązywać problemy moralne². Należy zaznaczyć, że termin „etyka” często jest używany zamiennie z terminem „moralność”. Traktuje się je synonimicznie. W literaturze poświęconej tej tematyce sugeruje się jednakże odróżnianie tych dwóch pojęć i posługiwanie się terminem „moralności” na oznaczenie zjawiska społecznego obejmującego rzeczywiście przyjmowane oraz praktykowane oceny i normy moralne istniejące w danych społecznościach, a terminem „etyka” na określenie istniejących doktryn moralnych, argumentacji, zbiorów, zaleceń i wskazówek, co do tego, jako postępować „słusznie”³. Propozycja ta nawiązuje do tradycji filozoficznej, sięgającej Arystotelesa, w której to termin „etyka” oznacza filozoficzną refleksję nad moralnością, rozumianą jako próbę rozumowego uzasadnienia takich czy innych poglądów moralnych⁴. Jacek Hołówka podkreśla, że terminem „etyka” określa się system normatywny, który wyznacza obowiązki i wartości moralne. Terminem „moralność” z kolei określa się poglądy moralne, opinie, przekonania, postawy i postanowienia. Przekonania przy tym są zawsze czyimiś przekonaniem, a moralność jest zawsze wytworem konkretnych jednostek lub grup. Moralność może być przedmiotem badania socjologicznego, psychologicznego czy antropologicznego. Można badać jej źródła, sposób powstania i ewolucję, jej przemiany bądź zanik. Etyka zaś jest niezależna od czyichkolwiek opinii czy poglądów na temat wartości i norm moralnych. Nie wynika z faktów i nie da się jej do faktów sprowadzić. Jest pewnym tworem teoretycznym i w pewnym sensie idealnym. Etyka różni się od moralności, gdyż ma obowiązywać powszechnie i niezmiennie, niezależnie od tego, czy się jej przestrzega, czy też nie⁵. Richard B. Brandt za „standardową” metodę myślenia etycznego

2 *Ibidem*, s. 13, 12.

3 Tak M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności. Suplement*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa–Wrocław–Kraków–Gdańsk 1994, s. 46.

4 Za: T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy...*, s. 14.

5 J. Hołówka, *Wstęp*, [w:] R.B. Brandt, *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, przeł. B. Stanosz Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996, s. XIII–XIV.

uważa *metodę kontrolowanej postawy*. Opiera się ona na niekwestionowalnym założeniu, że chociaż etyka nie sprowadza się do moralności, nie może być od niej jednak zupełnie oderwana. Jeżeli wielu przyzwoitych ludzi ma ten sam pogląd na jakąś kwestię dotyczącą stosowności postępowania, to orzeczenia etyki normatywnej muszą tę powszechną opinię podtrzymywać. W przeciwnym razie trzeba by było uznać, że etyka żąda czegoś zupełnie innego niż to, co postulują liczne jednomyślne jednostki kierujące się swoimi przekonaniem moralnymi. Metoda kontrolowanej postawy jest techniką sprawdzającą, czy określona postawa moralna jest jednocześnie postawą etyczną⁶. Zbieżność ta – zdaniem Brandta – zachodzi wtedy, gdy dojdzie do zharmonizowania czterech czynników: postawy, zasad postępowania, wymogów formalnych, które muszą być spełnione, by można było przyjąć te zasady oraz reguł odzucania postaw niesłusznych⁷.

Stosunkowo niedawno (mniej więcej w połowie XX wieku) pojawił się w etycznej debacie termin „etyka stosowana”. Nie oznacza to jednak, że etycy wcześniej nie zajmowali się kwestiami szczegółowymi. Zajmowali się, zaś poświęcony im dział etyki nazywano etyką szczegółową. Etyka szczegółowa ujęta tradycyjnie określała, co powinniśmy, a czego nie powinniśmy czynić w ramach ogółu gatunkowo dookreślonych ludzkich działań. Etyka stosowana, rozumiana jako filozoficzno-normatywne studium obejmujące systematyczny namysł nad problemami moralnymi, powstałymi w jakiejś szczegółowej dziedzinie życia, nie jest jakąś zasadniczą, nową w stosunku do tradycyjnie rozumianej etyki szczegółowej, refleksją nad moralnością, stanowi zaś istotne zawężenie zakresu badań. Etyka stosowana ma także swój „filozoficzny rodowód”. Początek ubiegłego wieku był zdominowany w etyce sporami natury metaetycznej. Dyskutowano przede wszystkim nad naturą dobra oraz nad sposobami jego poznania. Spory te nie odnosiły się jednak wprost do moralnych problemów codzienności, a problemów tych przybywało wraz z postępem w naukach szczegółowych. W związku z tym zaczęły pojawiać się głosy, aby uczynić etykę „bliższą życiu”. Etyka przestała wówczas być dyscypliną li tylko akademicką, pojawił się w niej trend do zajmowania się właśnie problemami praktycznymi. Spośród etyk stosowanych jako bioetyka była pierwszą, która zyskała samodzielność jako odrębna dyscyplina etyki szczegółowej. Następnie pojawiła się etyka biznesu. Starsza od bioetyki jest na pewno etyka lekarska, pojmowana jako etyka

⁶ *Ibidem*, s. XXI.

⁷ R.B. Brandt, *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej...*, s. 427.

moralnych powinności lekarza względem pacjenta. W miarę pojawiania się problemów wiążących się z moralną oceną zastosowań współczesnej biomedycyny, okazał się, że wykraczają one zagadnienia związane z relacją: lekarz – pacjent. Ów nowy obszar problemów moralnych związanych z biomedycznymi ingerencjami dotyczącymi powstania ludzkiego życia, jego trwania i śmierci został zagospodarowany właśnie przez bioetykę. Problemy moralnej dopuszczalności klonowania człowieka, wykorzystywania ludzkich zarodków do pozyskiwania pierwotnych komórek macierzystych czy tworzenia hybryd ludzko-zwierzęcych to także kwestie natury bioetycznej. Etyką stosowaną, która zajmuje się ingerencją w „naturę pozaludzką”, jest etyka środowiskowa lub etyka środowiska naturalnego. Wyodrębnienie tej etyki usprawiedliwia się nie tylko możliwościami modyfikowania natury roślin i zwierząt, ale także wzrastającą świadomością, jak wielką wartość samą w sobie stanowi środowisko naturalne człowieka. Etyka biznesu jest przedłużeniem funkcjonującej wcześniej w ramach etyki szczegółowej etyki gospodarczej. Szczególnym jej wyzwaniem są współczesne problemy globalizacji. Obok nich wyróżniane są też: etyka prawnicza, etyka pedagogiczna, etyka środków przekazu (dziennikarska), etyka badań naukowych, etyka komputerowa (informacyjna), etyka polityczna, etyka wojenna, etyka sportu i rekreacji, etyka psychiatryczna i etyka seksualna. Za dyscyplinę etyki stosowanej uważana jest przez niektórych etyka weterynaryjna, czy etyka archeologiczna. Podkreślić należy, że w ramach poszczególnych etyk stosowanych wyodrębniły się ich pewne podgrupy, np. w ramach bioetyki mówi się o etyce klinicznej czy o etyce kontroli urodzeń. Problemy moralne zawodu psychologa, które interesują nas w sposób szczególny, nie są obejmowane nazwą „etyka psychologiczna”. Niektóre z kwestii są tu rozpatrywane w ramach etyki psychiatrycznej, a w odniesieniu do innych mówi się o etyce dla psychologów lub etycznych konfliktach w psychologii. Zaznacza się też wyraźnie, że etyka w psychologii, to nie to samo, co psychologia moralności⁸. Etyka stosowana może być uprawiana przy tym „z góry” bądź „z dołu”. Kierunek „z góry na dół” jest typowy dla uprawiania etyki stosowanej na podstawie teorii etycznej. Należy zdawać sobie sprawę z „teoretycznych uwarunkowań” etyk stosowanych, budowanych na podstawie teorii etycznych, nie są to jednak różnice, które wykluczają

⁸ B. Chyrowicz, *Etyka stosowana: teoria w praktyce*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008, s. 35–39.

możliwość zbudowania etyk stosowanych zawierających zasadniczo, niezależnie od odmiennych stanowisk w odniesieniu do sposobu uzasadniania norm, ten sam zbiór szczegółowych, normatywnych rozwiązań. Etyką taką może być etyka dla psychologów – jak wskazuje się w literaturze. Podstawą etyki stosowanej uprawianej zaś „z dołu” są konkretne przypadki, czyli kazusy. Analiza kazusów, cenna w refleksji etycznej, może być też uprawiana równie dobrze w ramach teorii, a mianowicie wtedy, gdy rozpatrywana pod względem moralnym sytuacja jest oceniana poprzez odniesienie do ogólnych rozstrzygnięć teorii⁹.

Zarówno etykę, jak i psychologię interesuje ludzkie działanie (zachowanie). Jednakże inny jest zakres zachowań będący przedmiotem analiz etyki i psychologii. Materialnym przedmiotem etyki są jedynie rozumne i wolne działania człowieka, tylko takie też działania mogą być przedmiotem moralnej oceny. Nie poddawane są osądom moralnym tzw. *uczynienia*, czyli sytuacje, w których nie jesteśmy podmiotami działania, lecz raczej „terenem działania”. Przykładami uczynień mogą być właściwe dla ludzkiego organizmu procesy fizjologiczne, odruchy warunkowe, ból, a także ziewanie i sen, czyli wszystko, na co człowiek nie ma bezpośredniego wpływu i co nie jest rozumnym i wolnym działaniem. Etyk nie będzie też poddawał ocenie moralnej działań, które co prawda zdają się mieć autora w postaci rozumnego i wolnego podmiotu, ale w trakcie ich spełnienia świadomość podmiotu była w poważnym stopniu zaburzona, sprawiając, że nie działał w sposób autonomiczny (wolny), czyli nie można mu przypisać odpowiedzialności za skutki działania. Z kolei psycholog nie będzie analizował moralnej odpowiedzialności za zewnętrzne skutki działań, chociaż za interesujące uzna, jak dalece podmiot się z nim identyfikuje. Zarówno psychologa, jak i etyka zainteresuje prócz zewnętrznej również wewnętrzna sfera ludzkiego działania. Inny będzie punkt widzenia etyka, inny psychologa. Etyk będzie analizował wewnętrzną sferę działania w kategoriach dobra i zła, natomiast psychologa zainteresują psychiczne uwarunkowania. Dobrym przykładem dla wskazania różnic w podejściu do tego samego elementu ludzkiego działania mogą być emocje. Etyka i psychologia *spotykają się* w punkcie wyznaczonym przez przedmiot materialny obu nauk, przy czym zakres działań interesujący psychologa jest szerszy, obejmuje również działania nieświadome i podświadome, które nie są przedmiotem moralnej oceny. Zdecydowanie inny jest aspekt formalny obu nauk: etyka

⁹ *Ibidem*, s. 40–44.

stawia pytanie o to, czy, a jeśli tak, to w jakim stopniu, działania te są moralnie poprawne; psychologia stara się dociec wszelkich przyczyn działania człowieka, nie tylko tych, które mieszczą się w jego intencji. Etyk analizuje i ocenia, psycholog analizuje i opisuje¹⁰.

Dla psychologa moralność jest faktem psychicznym. Stara się on odkryć motywy jakie towarzyszą wydawanym ocenom moralnym (pochwałom/ naganom), związki między charakterem a moralnością, znaczenie naturalnych predyspozycji moralnych człowieka i jego moralnych przeżyć, a także miejsce uczuć w działaniu fenomenu doświadczenia sumienia. Problemem często poruszonym przez psychologów i etyków / filozofów jest żal i poczucie winy. Wszystkim nam znane jest twierdzenie, które ma znaczenie dla prawników, że postępowanie człowieka chorego psychicznie jest nieprawidłowe w tym sensie, że nie mieści się w kanonach właściwego dla naszego gatunku racjonalnego działania, nie staje się przez to jednak moralnie złe¹¹.

Integracja osobowa w sensie psychologicznym wymaga, aby podstawowe elementy osobowości były ze sobą powiązane w sposób przyczyniający się do skutecznego funkcjonowania osoby. Aspekty tak rozumianej osobowości nawiązują wyraźnie do wartości moralnych. Równowaga psychiczna, odporność na stres, a także spójna i jednoznaczna wizja własnego życia wymagają perspektywy, w której istotne jest poczucie sensu i celu istnienia, a więc kategorii już egzystencjalnych, już to moralnych. Autonomia osoby, a dokładnie jej odzyskanie, jest jednym z najczęściej wymienianych celów psychoterapii¹².

II

Podstawowe zasady etyczne odgrywają ważką funkcję w zawodzie psychologa / terapeuty. Do **kluczowych zasad** możemy zaliczyć:

-
- 10 B. Chyrowicz, *Etyka psychologiczna: jeszcze jedna etyka?*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008, s. 48–50.
 - 11 B. Chyrowicz, *Etyka jako filozoficzny namysł nad moralnością*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa...*, s. 19–20.
 - 12 B. Chyrowicz, *Etyka psychologiczna: jeszcze jedna etyka?*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa...*, s. 56–57.

- działanie na rzecz dobra klienta i nieszkodzenie mu;
- odpowiedzialność wobec klientów i społeczności, wierność standardom zawodowym;
- integralność, uczciwość zawodowa;
- sprawiedliwość;
- respektowanie praw człowieka, jego godności¹³.

W Kodeksie Zasad Etycznych Psychoterapeuty odnajdujemy zasady etyczne postępowania wymaganego od psychoterapeuty, który jest członkiem Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego. Zasady wymienione w tym Kodeksie zostały opracowane w oparciu o wieloletnie doświadczenie polskiego środowiska psychoterapeutów. Uwzględniono zapisy Kodeksów Etycznych Polskiego Towarzystwa Psychologicznego i Europejskiego Stowarzyszenia Psychoterapii. Proces psychoterapii oparty na szczególnego rodzaju relacji między osobą pozostającą w terapii a psychoterapeutą, jest integralnie związany z problematyką etyczną. W części dotyczącej zasad (Zasada II: Odpowiedzialność) czytamy między innymi, iż:

- psychoterapeuta powinien być świadom wpływu na życiowe decyzje podejmowane przez swoich pacjentów w wyniku psychoterapii;
- psychoterapeuta powinien unikać takich relacji, które mogą ograniczać jego bezstronność i prowadzić do konfliktu interesów;
- terapia winna być prowadzona jedynie tak długo, jak długo trwa osiągnięcie uzgadnianych przez pacjenta i terapeutę celów terapeutycznych.

W zasadach szczegółowych Kodeksu Zasad Etycznych Psychoterapeuty mamy zapis odnoszący się do konfliktu interesów. Zgodnie z Kodeksem w przypadku konfliktu interesów własnych lub instytucji zatrudniającej psychoterapeutę, a dobrem pacjenta obowiązuje zasada „dobro pacjenta jest najwyższym prawem”. Kodeks w sposób dość szczegółowy odnosi się do problemu niezmiernie trudnego, który dotyczy relacji psychoterapeuty z osobą będącą w terapii:

- zależność osoby (osób) leczonej nie może być wykorzystana w żaden sposób, emocjonalnie, materialnie ani poprzez naruszenie wolności i godności osobistej;

¹³ M. Toeplitz-Winiewska, *Podstawowe zasady, które powinny być respektowane przez psychologa*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznański, *Etyka zawodu psychologa*,..., s. 86–89.

- nawiązywanie jakiegokolwiek bliskości erotycznej a tym bardziej seksualnej z osobami pozostającymi w terapii jest niedopuszczalnym przekroczeniem relacji psychoterapeuty z osobą pozostającą w terapii;
- nie powinno się prowadzić psychoterapii wobec osoby, z którą pozostaje się w bliskiej relacji (prywatnej lub zawodowej).

Kodeks odnosi się także do zasad etycznych terapii rodzin i par, wskazując, że w terapii rodzin i par terapeuta działa realizując przede wszystkim dobro pary lub rodziny jako całości, nie zaniedbując przy tym interesów poszczególnych osób. Terapia rodziny i pary może być podjęta jedynie w takim zakresie, na jaki wyrażą zgodę wszyscy uczestnicy terapii. Terapeuta ma za zadanie szanować system wartości wszystkich uczestników terapii. W razie konfliktu wartości pomiędzy uczestnikami terapii nie opowiada się po żadnej ze stron. Oczywiście zasada neutralności nie dotyczy sytuacji przemocy w rodzinie lub w relacjach partnerskich. W przypadku przemocy, zagrożenia nią jednej ze stron terapeuta podejmuje środki przewidziane prawem¹⁴.

Psycholog tworzy ze swoim klientem, czy też klientami relację opartą na zaufaniu. Bez zaufania nie ma możliwości tworzenia odpowiednich warunków terapii i współpracy, która jest konieczna do jej przeprowadzenia. Świadomość odpowiedzialności zawodowej wobec klienta czy społeczności oznacza także ścisłe przestrzeganie roli zawodowej i unikanie sytuacji konfliktu ról społecznych. We współczesnym świecie każdy pełni wiele ról społecznych. Dotyczy to również psychologa, który funkcjonuje w wielu rolach zawodowych: diagnosty, terapeuty, nauczyciela, badacza, w życiu prywatnym natomiast – podwładnego lub zwierzchnika, rodzica, przyjaciela, małżonka itp. Odpowiedzialność zawodowa psychologa wyraża się w trosce, aby klient miał właściwe warunki, w których pracuje z psychologiem. Tworzenie poczucia bezpieczeństwa relacji wyrażać się może w odpowiednim otoczeniu, zapewniającym klientowi dobre samopoczucie i pewność, że psycholog koncentruje się na jego problemach. Ważnym elementem budującym zaufanie jest poczucie stałości nawiązanej relacji. Stałość jest limitowana określonym w początkowej fazie współpracy celem, który ma zostać osiągnięty. Zarówno w diagnozie, pomocy psychologicznej czy nauczaniu psychologa obowiązuje dotrzymanie

¹⁴ *Kodeks Zasad Etycznych Psychoterapeuty*, http://psychoterapia-ptp.pl/wp-content/uploads/2014/05/Kodeks-Etyczny_projekt.pdf [dostęp: 8 maj 2016].

warunków zawartej umowy. Przerwanie relacji bez wyraźnych powodów i bez zapewnienia dalszej opieki innego psychologa jest zdecydowanym złamaniem zasad odpowiedzialności. Każda sytuacja, która ogranicza obiektywizm psychologa, w efekcie prowadzi do niekorzystnych dla klienta rozwiązań – nierzetelnej diagnozy czy nieprawidłowo prowadzonej terapii. Uświadomienie sobie przez psychologa własnych ograniczeń zawodowych, a także zaangażowania emocjonalnego może prowadzić do konieczności przekazania klienta innemu profesjonalście¹⁵.

Profesjonalizm psychologów i psychiatrów wymaga zachowania dystansu do pacjenta i emocjonalnego zaangażowania. Pacjenci zasięgający porady u terapeuty /psychiatry są w sposób szczególny narażeni na emocjonalne zranienia, ponieważ ich relacja, w jakiej pozostają względem terapeuty, jest głęboko intymna, angażująca ich emocjonalnie. Terapia nie może w żaden sposób naruszyć dobra pacjenta. Z punktu widzenia terapeuty, któremu etyk przeczyć nie będzie, jest przede wszystkim skutek terapeutyczny, np. wyprowadzenie pacjenta ze stanu depresji. Można sformułować daleko idące pytanie: o jakie dobro chodzi? Należy się zgodzić z twierdzeniem, że ingerencje w ludzką psychikę dotyczą niezwykle głęboko istoty psychofizycznej natury człowieka. Ingerencje terapeuty czynią nas bezbronnymi w rękach terapeuty. **Nie każdy wszak terapeutą ma na uwadze zasady moralne.** Powaga problemu wynika stąd, że ingerencje w psychikę, jakkolwiek mogą wiązać się z jakimś konkretnym, biologicznym uwarunkowaniem ludzkiego organizmu, to dotyczą istotnie osobowej tożsamości człowieka, wpływają na to, kim jesteśmy, jak się identyfikujemy w obszarze naszych racjonalnych wyborów. Za pomocą technik medycznych można modyfikować cielesność człowieka, o tyle ingerencja w psychikę pozwala na modyfikację ludzkiej psychiki. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku ingerencji w cielesność, powinniśmy się domagać poszanowania dla zasady autonomii pacjenta /klienta oraz stawiać pytanie o granice moralnie dopuszczalnych modyfikacji nie tylko cielesności, ale ludzkiej osobowej tożsamości. O ile psycholog analizować będzie ewentualne skutki terapii pod kątem zmian osobowości jako takich, o tyle etyk zapyta o to, jak dalece zmiany w świadomości, powstałe na skutek stosowania terapii biomedycznych psychoterapii, mogą

15 M. Toeplitz-Winiewska, *Podstawowe zasady, które powinny być respektowane przez psychologa*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznań, *Etyka zawodu psychologa*,..., s. 86–89.

wpływać na racjonalność i wolność decyzji, ponieważ to właśnie one są decydujące dla moralnej autonomii podmiotu. Moralny niepokój wywołany ingerencjami terapeuty wiąże się z pytaniem o to, czy i jak dalece powodowane przez nie zmiany naruszają tożsamość osoby. Pozostaje kwestia naruszenia autonomii poddanej leczeniu psychicznemu osoby. Obecność sądów wartościujących w diagnostyce psychiatrycznej wiąże się z tym, że źródło zaburzeń umysłowych bywa najogólniej sytuowane między medycyną a moralnością rozumianą jako sfera życiowych problemów pacjenta¹⁶.

Bycie profesjonalistą wymaga przestrzegania zasad etycznych, uwaga ta dotyczy zawodów zaufania publicznego, do których wszak zaliczamy psychologów. Terapeuta, podobnie jak prawnik, występuje w pozycji nadrzędnej wobec klienta, który jest laikiem. Terapeuta występuje w pewnej roli, która oznacza uwikłanie w zachowania ze względu na rolę. Rola lekarza, psychiatry czy adwokata zmienia moralny wszechświat występującej w podrzędnej roli osoby, czyli klienta. Szczególne znaczenie ma tu fakt, że profesjonalista jako ekspert ma klienta lub pacjenta, którego interesy muszą być reprezentowane, obsługiwane lub otaczane opieką przez owego profesjonalistę. Rolą profesjonalisty jest wieloaspektowe przedkładanie interesów klienta lub pacjenta nad interesy jednostek w ogólności. Jednakże często pozycja nadrzędna tzw. fachowców jest wykorzystywana przeciwko klientowi¹⁷. Kluczowe jest określenie takich pojęć jak relacja i rola. Etyki zawodowe są traktowane jako role społeczne. Często dochodzi w życiu codziennym do konfliktu ról. Konflikt ról jest zjawiskiem nieuchronnie występującym w każdym nowoczesnym społeczeństwie, zwłaszcza w dzisiejszych społeczeństwach o skomplikowanej strukturze wewnętrznej. Jednostka ma w nim do czynienia z wieloma wartościami łącznie przez siebie oraz innych afirmowanymi, lecz wchodzącymi ze sobą w kolizje. Uczestniczy ona jednocześnie w wielu grupach, wobec których ma różne, niekiedy kolidujące ze sobą zobowiązania. Konflikt ról można sprowadzić do konfliktu norm. Rola, wzór zachowania, stanowi bowiem zespół norm odnoszących się do jednostki ze względu na

16 B. Chyrowicz, *Etyczne aspekty ingerowania w psychikę i mózg pacjenta (punktu widzenia bioetyki)*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa...*, s. 102–105.

17 por. A.R. Wasserstrom, *Adwokaci jako profesjonalści: kilka zagadnień moralnych*, [w:] W. Galewicz (red.), *Moralność i profesjonalizm. Spór o pozycję etyk zawodowych*, Wydawnictwo Universitas, Kraków 2010.

zajmowaną przez nią pozycję społeczną. Konflikt bywa spowodowany reprezentowaniem przez jednego człowieka kilku ról o antagonistycznych dyrektywach postępowania. Czyli można rzecz, iż konflikt bywa spowodowany antagonistycznymi dyrektywami postępowania w ramach jednej roli. W ramach jednej roli może dochodzić do konfliktów zobowiązań wobec różnych ludzi. Ponadto konflikt może być spowodowany kilkoma rodzajami funkcji związanych z określonym zawodem. W ramach ról ludzie wchodzą w różnorakie relacje¹⁸. W przypadku większości relacji we współczesnych społecznościach wzajemna akceptacja jest po obu stronach dobrowolna. Wiele z nich opiera się na kontrakcie, w którym obaj partnerzy deklarują wprost i przy obopólnej zgodzie, jakiego rodzaju działania będą w przyszłości wykonywać dla siebie nawzajem oraz jak długo będzie trwać ich współdziałanie. Wzajemna, także dobrowolna akceptacja wygląda nieco inaczej w przypadku dwojga przyjaciół, czy też znajomych¹⁹, inaczej zgoła wygląda w przypadku relacji pacjent / klient a terapeuta.

W procesie terapeutycznym tworzy się niezwykle silny związek między terapeutą a jego klientem. Związek ten – oparty na zaufaniu klienta do terapeuty – cechuje także dobre porozumienie, życzliwość, akceptacja, szacunek i respektowanie praw każdej ze stron. Jednakże mimo podobieństwa do innych bliskich relacji interpersonalnych terapia jest formalną umową, zawiązaną dla wypełnienia określonego zadania. Zadaniem tym jest pomoc klientowi. Terapia ma charakter jednostronny, albowiem koncentruje się na problemach, emocjach i trudnościach klienta. Umowa /kontrakt określają jego cel, plan, role każdego z uczestników, ograniczenia i zobowiązania. Szereg problemów pojawia się, gdy nie są przestrzegane wyraźnie zaznaczone role – profesjonalisty i klienta. Wiemy już, iż każdy człowiek w tym samym czasie pełni szereg ról społecznych. Psychoterapeuta jest nie tylko profesjonalistą, ale i rodzicem, małżonkiem, przyjacielem, dzieckiem swoich rodziców itp. Bliska relacja w procesie terapeutycznym powoduje, że zwłaszcza w przypadku klienta zamazują się granice między byciem osobą bliską a tym, kto potrzebuje profesjonalnej pomocy. Wedle psychologów amerykańskich relacje

18 Z. Kalita (red.), *Etyka w teorii i w praktyce*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001, s. 224–229.

19 F. Znaniecki, *Relacje społeczne i role społeczne. Niedokończona socjologia systematyczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011, s. 119.

z klientami, w których dochodzi do konfliktu ról, powodują najwięcej problemów etycznych. Ta wielość ról pełnionych w relacji terapeutycznej może dotyczyć zarówno różnych ról profesjonalnych, np. terapeuty, nauczyciela, superwizora, jak i roli profesjonalnej oraz prywatnej, np. terapeutki i przyjaciółki. Drastycznym przypadkiem konfliktu ról jest seksualne zaangażowanie psychoterapeuty i klienta. Konsekwencje dla klienta przekroczenia granic przez psychoterapeutę mogą być rozmaite. Przyjęcie osobistej roli przez terapeutę wobec klienta może narazić klienta na cierpienie, niebezpieczeństwo zranienia. Psychoterapeuta może przestać koncentrować się na problemach i potrzebach klienta, a zacząć zaspokajać własne potrzeby. Podstawowym problemem staje się zaburzenie oczekiwań każdej ze stron. Klient nadal potrzebuje pomocy, ale psychoterapeuta „wchodząc” w rolę przyjaciela czy kochanka, oczekuje relacji wzajemnej, czyli zrozumienia, zainteresowania, pozytywnych emocji. Jednocześnie relacja ta nadal jest niesymetryczna. Terapeuta wie dużo więcej o życiu, postawach, marzeniach swojego klienta, klient wie o terapeutce dużo mniej. Owa niesymetryczność wiedzy o sobie nawzajem przeniesiona na grunt prywatny wywołuje u klienta silny lęk przed oceną, a także poczucie uzależnienia i podległości. W określonych sytuacjach może też rodzić się przekonanie, że terapeutą wykorzystano swoją przewagę celem uwiedzenia klienta. Wykorzystanie seksualne klienta jest jednym z najczęściej wymienianych nadużyć psychoterapeutów. Możemy też mówić o nadużyciu finansowym, wykorzystaniu klienta jako źródła informacji czy też jako osoby wspierającej oddziaływania społeczne psychoterapeuty. Wprowadzenie osobistych relacji z klientem, wykraczających poza proces terapeutyczny, powoduje, że psychoterapeuta uzależnia klienta od swojej opinii czy aprobaty. Takie uzależnienie utrudnia przekazywanie jednoznacznych informacji zwrotnych o zachowaniach klienta i postępach terapii. Jednocześnie potrzeby terapeuty stają się elementem relacji terapeutycznej. Podobnie angażowanie w bliskie relacje po zakończeniu terapii jest oceniane jako nieetyczne, nawet jeśli te relacje nie mają charakteru seksualnego²⁰.

Lekarz terapeuta postrzegający fenomeny związane z chorobą i zdrowiem w nominalnym aspekcie zyskuje swobodę umożliwiającą mu

20 M. Toeplitz-Winiewska, *Udzielanie pomocy psychologicznej*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa...*, s. 251–252.

podejmowanie dialogu terapeutycznego z pacjentem w celu ustalenia celów, zakresu oraz metod leczenia. Istotą dialogu jest udział w nim obu uczestników: pacjenta i lekarza terapeuty. Z tego względu częsty w medycynie paternalizm nie jest nie zwykle w tym dialogu użyteczny. Oparciem dla leczącego i pacjenta ma być ich wzajemna relacja, tworząca się pomiędzy dwoma podmiotami, podejmującymi autonomiczne, uzgadniane, wzajemnie szanowane i respektowane decyzje. Opisana przez M. Opoczyńską-Morasiewicz i J. Morasiewicza²¹ relacja jest też istotą psychoterapii. Osobiste zaangażowanie terapeuty i wynikające z tego jego przeżycia, które są niezbędne dla procesu psychoterapii, stanowią o swoistości relacji terapeuta – pacjent. Relacja ta może czasami prowadzić do konfliktu pomiędzy dobrem terapeuty a dobrem pacjenta, a w konsekwencji do niemożności opowiedzenia się przez terapeutę za dobrem pacjenta. Wskazywany charakter relacji terapeuta – pacjent jest jednym z istotnych czynników wpływających na wagę, jaką należy przypisać aspektowi etycznemu psychoterapii. Przecież to właśnie psychoterapeuta nie zna pacjenta lepiej niż on sam siebie, nie wie też o nim więcej niż on wie o sobie, nie jest ekspertem ani specjalistą od problemów psychicznych pacjenta, choć ma wiedzę ogólną w zakresie problematyki psychicznej ludzi. Psychoterapeuta ma też zwykle lepsze lub gorsze umiejętności w poszukiwaniu przez pacjenta dróg, które muszą sprzyjać jego zdrowieniu. Jedynie zapewnienie o staranności i etyczności może dać terapeuta pacjentowi. Co więcej, w większości podejść terapeutycznych przyjmuje się, że psychoterapeuta jest zobowiązany do szacunku dla autonomii pacjenta. Wielu terapeutów uważa, iż w psychoterapii w znacznie większym stopniu niż w innych metodach leczenia powinna być uwzględniana autonomia pacjenta. Wyrazem tego jest podejmowanie czy kontynuowanie psychoterapii pacjentów, którzy wyrażają myśli samobójcze²² czy też

21 M. Opoczyńska-Morasiewicz, J. Morasiewicz, *Etyka i psychoterapia*, „Psychoterapia” 2015, nr 4 (175), s. 24.

22 Współcześnie obserwowane jest coraz powszechniejsze zjawisko wyrażania żalu przez rodziny pozostałe w żałobie po śmierci samobójczej osoby bliskiej. Do organów ścigania wnoszone są akty oskarżenia przeciwko osobom, które mogły przyczynić się do śmierci danej osoby. Co ciekawe w Polsce proces ten nie objął jeszcze psychologów. Dlatego też rozważane są możliwe sytuacje w kontekście działalności sądów amerykańskich, możliwości pociągnięcia psychologa / terapeuty do odpowiedzialności karnej za śmierć samobójczą osoby objętej przez niego wsparciem lub terapią psychologiczną. Szeroko na ten temat: M. Szeroczyńska, *Odpowiedzialność*

dokonyują samouszkodzeń albo też mają myśli i chęci dokonania czynów agresywnych wobec innych osób²³.

Wielu psychoterapeutów podkreśla kontrowersje związane z neutralnością w psychoterapii. Sama neutralność psychoterapeuty może oznaczać:

- postawę w relacji z pacjentem charakteryzującą się obiektywizmem i bezstronnością;
- reakcje na wypowiedziane przez pacjenta sądy i / lub jego zachowania i emocjonalność, przejawiające się wycofaniem, chłodem, dystansem, sztywnością czy izolacją;
- postawę światopoglądową w odniesieniu do światopoglądu pacjenta;
- równy dystans wobec wewnątrz psychicznych konfliktów pacjenta;
- postawę cechującą się bezstronnością, zarówno wobec pacjenta, jak i osób, z którymi pacjent pozostaje w relacjach;
- postawę wobec uczestników terapii rodzin, terapii małżeńskiej albo pary²⁴.

Nawiązanie relacji terapeutycznej pomiędzy pacjentem i psychoterapeutą, powtórzmy, powoduje, że te dwie osoby stają się stronami w procesie terapii. Wyrazem tego jest zawarcie kontraktu terapeutycznego, gdzie pacjent i terapeuta stają się stronami tego kontraktu. Pacjent jest stronniczy i terapeuta jest stronniczy. Stronniczość pacjenta i terapeuty jest warunkiem terapii rozpoczynanej przez określonego pacjenta / klienta i określonego terapeuty. Zwrócenie się terapeuty w stronę pacjenta, wedle poglądu J. Morasiewicza i M. Opoczyńskiej-Morasiewicz, jest możliwe dopiero wówczas, gdy terapeuta, który jest świadomy swojej stronniczości, podejmuje wysiłki jej rozpoznania. Zakłada to konfrontację ze sobą, z tym co świadome i z tym co nieświadome. Uwaga poświęcona własnej stronniczości, ponawiana w każdym momencie relacji od nowa, pozwala na ocalenie odrębności pacjenta, chroniąc ją przed zawłaszczającym wpływem partykularnego spojrzenia terapeuty. Terapeuta musi być także lojalny wobec klienta / pacjenta. Lojalność terapeuty pociąga za sobą przestrzeganie i respektowanie praw i dób pacjenta. Psychoterapeuta w trakcie terapii staje się powiernikiem intymnych przeżyć

karna psychoterapeuty w przypadku samobójstwa pacjenta, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 4, s. 34 i n.

23 M. Opoczyńska-Morasiewicz, J. Morasiewicz, *Etyka i psychoterapia...*, s. 25–28.

24 J. Morasiewicz, M. Opoczyńska-Morasiewicz, *W stronę pacjenta – neutralność czy lojalność psychoterapeuty?*, „Psychoterapia” 2013, nr 3 (166), s. 5–7.

pacjenta, jego tajemnic i lęków. Wobec tego relacja terapeuty – pacjent ma charakter powierniczy, w której zaufanie odgrywa istotną rolę. Tym co pozwala pacjentowi zaufać terapeucie, jest dostrzeżenie i zaakceptowanie psychoterapeuty jako lojalnego powiernika swoich spraw i tajemnic. Powiernik – terapeuta, pomimo inności, jest lojalny, ponieważ jest gotów przyjmując wszystko co pacjent mu powierza²⁵.

M. Opoczyńska²⁶ wysuwa tezę, iż „niemożliwe jest rozwiązanie kwestii etycznych” psychoterapii w znaczeniu stworzenia ogólnych rozstrzygnięć w oderwaniu od konkretnej relacji. Opierając swoje rozważania na filozofii, etyce Autorka pisze, iż utrzymanie relacji pomiędzy terapeutą a pacjentem zależy od każdego z nich, oznacza to, że tym co od nich zależy, jest to, co do nich nie należy. Ani pacjent nie należy do terapeuty, ani terapeuta do pacjenta. Nie następuje tutaj przywłaszczenie osoby. Pacjent, by wytrwać w próbach relacji, musi unieść ciężar terapeuty. Terapeuta ma za zadanie wspierać pacjenta w tych wysiłkach. Jednakże, co kluczowe z punktu widzenia naszych rozważań, większa odpowiedzialność spoczywa na terapeucie. Relacja pacjent terapeuta nie może naruszyć tożsamości pacjenta. Relacja może trwać tylko i wyłącznie dzięki swojej dwuznaczności. Nie można wpaść w pułapkę jednostronności. Właśnie nad tym powinien czuwać terapeuta. Jednostronność prowadzi do końca relacji. Co warto jeszcze podkreślić w rozważaniach przywoływanej Autorki, **relacja trwa nie wbrew granicom, ale dzięki nim**²⁷. Jesteśmy zdania, że ową granicę powinny stanowić standardy etyczne, pełniące rolę wskaźników dla terapeuty.

W skład relacji terapeutycznej wchodzi *sojusz roboczy*, który jest uznawany za podstawę relacji jako takiej, w której obie strony dążą do wspólnej, terapeutycznej pracy. Bywa on uznawany za podstawowy czynnik w procesie leczenia. Drugim składnikiem, obok sojuszu roboczego, jest **konfiguracja przeniesienia**, rozumiana jako zarówno relacja przeniesieniowa, jak i przeciwprzeniesieniowa w terapii, które niejako asystując relacji od początku jej zaistnienia mają wpływ na jej kształtowanie się. Ostatnim składnikiem jest *rzeczywista relacja*, czyli taka, która opiera się na autentyczności i realnych zachowaniach terapeuty i pacjenta.

²⁵ *Ibidem*, s. 7–10.

²⁶ M. Opoczyńska, *Próby relacji, czyli etyka psychoterapii*, „Psychoterapia” 2007, nr 3 (142), s. 15 i n.

²⁷ *Ibidem*, s. 17–20.

Im bardziej rzeczywista relacja zostanie nawiązana tym większe stają się efekty terapii. W terapii zwracana jest także uwaga na aspekt wspólnych celów, który ma służyć budowaniu relacji terapeutycznej opartej na wzajemnej pracy i wysiłku. Abstrahując od wskazanych elementów relacji pacjenci są zdania, że to terapeuta ponosi główną odpowiedzialność za przebieg terapii oraz za nawiązywaną w jej ramach relację. Pacjenci czynnie poszukujący przymierza sami stwarzają sytuacje wspierające zawarcie porozumienia. Największym wyzwaniem dla terapeutów w zakresie budowania relacji terapeutycznej są pacjenci z zaburzeniami osobowości. Jedne z badań wskazały, że najlepsze rezultaty w kontekście nawiązanego przymierza zarówno z punktu widzenia terapeutów, jak i pacjentów uzyskiwały osoby zależne, unikające czy też obsesyjno-kompulsywne²⁸.

Jak wynika z powyższych rozważań w literaturze znajdujemy różnorodne twierdzenia na temat relacji terapeuta – pacjent / klient. Ciekawy przypadek w badaniu etyczności relacji terapeutycznej stanowią dzieci i młodzież, także dorośli cierpiący na zaburzenia dysocjacyjne, które wynikają z traum rozwojowych, powstałych w dzieciństwie. Osoby z zaburzeniami dysocjacyjnymi²⁹ charakteryzują się podatnością na manipulacje z uwagi na fakt, że cechują je zaburzenia przywiązania, które utrudniają relacje z innymi ludźmi, generalnie funkcjonowanie w społeczeństwie. L. Drozdowski³⁰ stwierdza, iż patologią grozi każda głęboka relacja terapeuty i dziecka, która nie jest obecnym lub budowanym elementem triady: dziecko – opiekun – terapeuta. Triada ta ma wzmacniać relację dziecka z opiekunem. Oczywiście z tym twierdzeniem należy się zgodzić, tylko, że praktyka bywa

28 K. Sass-Stańczak, J. Cz. Czabała, *Relacja terapeutyczna – co na nią wpływa i jak ona wpływa na proces psychoterapii?*, „Psychoterapia” 2015, nr 1 (172), s. 6–7.

29 szeroko na ten temat: J. Helios, W. Jedlecka, *Dysocjacja jako hard case w systemie prawa*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, seria e-Monografie nr 67, s. 158; J. Helios, W. Jedlecka, *Dysocjacja jako hard case w systemie prawa karnego materialnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, nr 96; W. Jedlecka, *Pojęcie dysocjacji – zagadnienia podstawowe*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. III, nr 2.

30 Rozważania powołowanego Autora na temat przywiązania do terapeuty: L. Drozdowski, J. Helios, W. Jedlecka, G. Lewko, H. Dufner, U. Bartnikowska, *Dysocjacja – terra incognita? Od adaptacji do patologii. Zaburzenia dysocjacyjne u dzieci po traumach*, „Annals of Diagnostic Paediatric Pathology”, Volume 17, number 3–4, Winter 2013, s. 126.

różna i nie zawsze terapeuci kierują się zasadami etycznymi. Prześledźmy argumenty cytowanego Autora. L. Drozdowski dowodzi, iż zdrowa relacja przywiązania z terapeutą jest jednak dla procesu oddziaływań terapeutycznych niezbędna. W jego ocenie zdrowa relacja stanowi najtrudniejszy element procesu terapeutycznego. Zaburzenia dysocjacyjne, zaburzenia przywiązania³¹ są wszechobecnym zjawiskiem u dzieci posttraumatycznych. Dzieci cierpiące na owe zaburzenia z marszu „przyklejają się” do każdej nowo poznanej osoby. W mniemaniu Autora aby proces terapeutyczny był skuteczny dziecko musi przywizać się do terapeuty zawsze i „po swojemu w terapii zakochać”. Co więcej Autor z całą stanowczością podkreśla, że ignorowanie tego faktu czy też jak pisze „zasłanianie się sztucznymi barierami, systemem granic czy dystansu, jest jedynie reakcją obronną, świadcząca o niedojrzałości i braku odwagi u terapeuty”. L. Drozdowski powołuje się na słowa Anny Alvarez, która pisała, iż **początkiem zmiany psychicznej u głęboko zaburzonego dziecka, jest pojawienie się szacunku dla leżącego**. W naszej ocenie czym innym jest szacunek dla leżącego, a czym innym zakochanie się w terapii. Te dwie rzeczy trzeba odróżnić i one są odróżniane na poziomie etyki. Autor w swoim dyskursie zauważa, że terapeuta nie może bać się dziecka, nie może obawiać się relacji z dzieckiem. Jeśli chce dziecku realnie pomagać, to nie może ulegać wyimaginowanym czy nawet realnym, ale jak ujmuje, nieadekwatnym społecznym lękom, propagandzie czy doktrynom, przy jednoczesnej przejrzystości procesu terapeutycznego dla wszystkich uczestników. Nie może być tajemnic, zatajania faktów przed uczestnikami. Sam określa tajemnicę jako patologię. W odczuciu cytowanego Autora proces ustanawiania właściwych, zdrowych i jednocześnie w pełni profesjonalnych relacji z dzieckiem czy też nastolatkiem i jego rodziną jest ogromnym wyzwaniem dla terapeuty. Wymaga głębokiej wiedzy, kultury, doświadczenia, także intuicji. L. Drozdowski uznaje, iż nie ma alternatywy, ponieważ dziecko, które nie jest przywizane do terapeuty nie opowie mu o swoich problemach³² W naszym przekonaniu pewną granicą powinny być zasady etyczne, których terapeuta musi się trzymać w swojej relacji z klientem / pacjentem, również w sytuacjach kiedy w roli pacjenta występuje osoba nieletnia.

31 Patrz także: D.J. Wallin, *Przywiązanie w psychoterapii*, tłumaczyła M. Cierpisz, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011, s. 410.

32 L. Drozdowski, J. Helios, W. Jedlecka, G. Lewko, H. Dufner, U. Bartnikowska, *Dysocjacja – terra incognita? Od adaptacji do patologii...*, s. 126.

W przypadku dzieci i młodzieży przebywających w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, to opiekunowie występują w roli terapeuty. Rola opiekuna i zarazem terapeuty jest specyficzna. W tej sytuacji opiekun – terapeuta nie powinien być ani zdystansowany ani uwikłany. Zaangażowanie „ja” opiekuna tworzy relację terapeutyczną, zapewniając wsparcie i szczególną troskę. W związku z tym podkreślana jest rola superwizji dla relacji opiekun – terapeuta a wychowanek. Superwizja jest to główne narzędzie, dzięki któremu otoczenie terapeutyczne zyskuje wsparcie strukturalne. Jeżeli w danej placówce nie prowadzi się regularnej i skutecznej superwizji, należy zadbać o to, by ją wdrożono. Comiesięczne spotkania trwające od półtorej do dwóch godzin to minimum, jeśli procedura ma być efektywna. Zobowiązanie do regularnych spotkań pozwala wprowadzać czytelne zadania i strukturę. Już samo rozumienie, kto, co i mniej więcej jak robi, stanowi ważną zmianę. Osoby chcące uniknąć superwizji nie są w stanie tego zrobić. Początkowo pracownicy danej placówki, którzy występują w roli terapeutów mogą podchodzić do spotkań superwizyjnych z niepokojem, ich doświadczenia bowiem nierzadko stanowią odbicie wczesnych doświadczeń dzieci, które będąc po przejściach cierpią na zaburzenia dysocjacyjne wynikające z traumy, związanych z nadużyciami i zaniedbaniem, podleganiem nazbyt ścisłej kontroli, obwinianiem, jak również rozczarowaniem i porzuceniem. Kiedy pracownicy placówki, występujący w roli terapeuty i ich bezpośredni przełożeni korzystają ze spotkań superwizyjnych w odpowiedni sposób, otoczenie podtrzymujące zyskuje kluczową cechę: utrzymuje zarówno obawy, jak i obowiązki zawodowe personelu w pewnych ramach. Superwizor i osoba poddawana superwizji muszą zrozumieć, że – tak jak w przypadku dziecka – obecne doświadczenia dorosłego można najlepiej pojąć, odnosząc się do jego świata wewnętrznego, wczesnych doświadczeń i procesów myślowych³³.

Zdaniem Ch. Taylora superwizja spełnia cztery funkcje, które trzeba ze sobą pogodzić, ponieważ mogą okazać się do pewnego stopnia sprzeczne. Najogólniej są to:

- osobiste wsparcie;
- szkolenie, edukacja; rozwój;

33 Ch. Taylor, *Zaburzenia przywiązania u dzieci i młodzieży. Poradnik dla terapeutów, opiekunów i pedagogów*, przełożyła L. Wierzbowska, Wydawnictwo GWP, Sopot 2016, s. 67–68.

- rozwiązywanie problemów i analiza;
- zarządzanie obciążeniem pracą i odpowiedzialnością³⁴.

W naszym przekonaniu superwizja jest koniecznym elementem standardowych relacji terapeutycznych. W pewnym sensie stanowi ona zabezpieczenie interesów klienta/ pacjenta i realizację zasad etycznych wynikających z Kodeksu Etyki Psychologa czy Terapeuty. Superwizja może chronić klienta /pacjenta przed nadużyciami ze strony terapeuty, z drugiej strony ma stanowić dla terapeuty pomoc.

Głównym motywem spotykania się osób dopiero rozpoczynających praktykę terapeutyczną z superwizorem wydaje się przede wszystkim potrzeba uzyskania wsparcia, umożliwiającego wykorzystanie wiedzy teoretycznej i umiejętności uzyskiwanych w innych fragmentach kształcenia, potrzeba podtrzymywania w chwilach niepewności i zagubienia. Superwizja zarazem stanowi jedyną okazję, w której psychoterapeuta może swobodnie mówić o swoim pacjencie i swojej pracy z nim, o swoich emocjach i spostrzeżeniach, rozładować napięcie powstałe w terapii. Superwizja ma także zapewnić możliwość korzystania z wiedzy i umiejętności wysoce kwalifikowanych psychoterapeutów, ma dostarczać doświadczeń w budowaniu relacji terapeutycznej, kształtować sposób funkcjonowania w społecznej roli psychoterapeuty. Spotkania superwizyjne mają ułatwić początkującym psychoterapeutom nauczenie się dostrzegania tego, co ważne w zachowaniu pacjenta. Uważa się także, że superwizja powinna zaspokajać terapeucie jego potrzebę kontaktu i związku. Wielu terapeutów nie ma okazji do wystarczającego zaspokajania tych potrzeb w swoich pozazawodowych relacjach. Sytuacja superwizowania jest w gruncie rzeczy adekwatnym modelem relacji między kompetentnym terapeutą a pacjentem, który jest bezradny w swoim cierpieniu. Oczywiście taki obraz terapii w rzeczywistości jest bardzo odległy od powszechnych wyobrażeń o psychoterapii. Wskazując na rolę superwizji trzeba mieć także na uwadze, iż niezadowolone z siebie i poczucie wstydu są często obecne w życiu terapeuty, a nawet nieuchronne. Superwizja ma optymalizować relację terapeutyczną, której przypisywane bywa znaczenie głównego czynnika oddziałującego w psychoterapii. Niegdyś takie znaczenie przypisywano niespecyficznym czynnikom leczniczym. Niekiedy może dojść do znacznej, wręcz patologicznej identyfikacji terapeuty z jego pacjentem. W literaturze przedmiotu odnajdujemy pogląd, iż nie jest to zjawisko powszechne. Superwizja jest potrzebna w uprzytomnieniu realnego

34 *Ibidem*, s. 68.

wkładu terapeuty w powstawanie u pacjentów zaangażowania erotycznego, zależności zachowań o charakterze agresywnym. Bez możliwości bezpośredniego oglądu spotkania terapeutycznego odróżnienie, co w zachowaniach pacjenta jest reakcją na funkcjonowanie terapeuty, a co wyrazem procesów przeniesieniowych, jest bardzo trudne, czasami wręcz niemożliwe³⁵.

Bibliografia

- Aleksandrowicz J.W., *Superwizja w kształceniu psychoterapeutów*, „Psychoterapia” 2010, nr 3 (154).
- Brandt R.B., *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, przeł. B. Stanosz Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996.
- Chyrowicz B., *Etyczne aspekty ingerowania w psychikę i mózg pacjenta (z punktu widzenia bioetyki)*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.
- Chyrowicz B., *Etyka jako filozoficzny namysł nad moralnością*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.
- Chyrowicz B., *Etyka psychologiczna: jeszcze jedna etyka?*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.
- Chyrowicz B., *Etyka stosowana: teoria w praktyce*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.
- Drozdowski L., J. Helios, W. Jedlecka, G. Lewko, H. Dufner, U. Bartnikowska, *Dysocjacja – terra incognita? Od adaptacji do patologii. Zaburzenia dysocjacyjne u dzieci po traumach*, „Annals of Diagnostic Paediatric Pathology”, Volume 17, number 3–4, Winter 2013.
- Helios J., W. Jedlecka, *Dysocjacja jako hard case w systemie prawa*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, seria e-Monografie nr 67.

³⁵ J.W. Aleksandrowicz, *Superwizja w kształceniu psychoterapeutów*, „Psychoterapia” 2010, nr 3 (154), s. 24–27.

- Helios J., W. Jedlecka, *Dysocjacja jako hard case w systemie prawa karnego materialnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, nr 96.
- Hołówka J., *Wstęp*, [w:] R.B. Brandt, *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, przeł. B. Stanosz Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996.
- Jedlecka W., *Pojęcie dysocjacji – zagadnienia podstawowe*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. III, nr 2.
- Kalita Z. (red.), *Etyka w teorii i w praktyce*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001.
- Kodeks Zasad Etycznych Psychoterapeuty*, http://psychoterapia-ptp.pl/wp-content/uploads/2014/05/Kodeks-Etyczny_projekt.pdf [dostęp: 8 maja 2016].
- Morasiewicz J., M. Opoczyńska-Morasiewicz, *W stronę pacjenta – neutralność czy lojalność psychoterapeuty?*, „Psychoterapia” 2013, nr 3 (166).
- Opoczyńska-Morasiewicz M., J. Morasiewicz, *Etyka i psychoterapia*, „Psychoterapia” 2015, nr 4 (175).
- Opoczyńska M., *Próby relacji, czyli etyka psychoterapii*, „Psychoterapia” 2007, nr 3 (142).
- Ossowska M., *Podstawy nauki o moralności. Suplement*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa–Wrocław–Kraków–Gdańsk 1994.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Naukowa Oficyna Wydawnicza, Katowice 2005.
- Sass-Stańczak K., J. Cz. Czabała, *Relacja terapeutyczna – co na nią wpływa i jak ona wpływa na proces psychoterapii?*, „Psychoterapia” 2015, nr 1 (172).
- Szeroczyńska M., *Odpowiedzialność karna psychoterapeuty w przypadku samobójstwa pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 4.
- Taylor Ch., *Zaburzenia przywiązania u dzieci i młodzieży. Poradnik dla terapeutów, opiekunów i pedagogów*, przełożyła L. Wierzbowska, Wydawnictwo GWP, Sopot 2016.
- Toeplitz-Winiewska M., *Podstawowe zasady, które powinny być respektowane przez psychologa*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.
- Toeplitz-Winiewska M., *Podstawowe zasady, które powinny być respektowane przez psychologa*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.

- Toeplitz-Winiewska M., *Udzielanie pomocy psychologicznej*, [w:] J. Brzeziński, B. Chyrowicz, M. Toeplitz-Winiewska, W. Poznaniak, *Etyka zawodu psychologa*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2008.
- Wallin D.J., *Przywiązanie w psychoterapii*, tłumaczyła M. Cierpisz, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011.
- Wasserstrom A.R., *Adwokaci jako profesjonaliści: kilka zagadnień moralnych*, [w:] W. Galewicz, (red.), *Moralność i profesjonalizm. Spór o pozycję etyk zawodowych*, Wydawnictwo Universitas, Kraków 2010.
- Znaniecki F., *Relacje społeczne i role społeczne. Niedokończona socjologia systematyczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011.

Kaja Borzemska
(Uniwersytet Wrocławski)

EUROPEJSKIE POŚWIADCZENIE SPADKOWE JAKO PODSTAWA WPISU DO POLSKIEJ KSIĘGI WIECZYSTEJ

ABSTRACT

THE EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION AS A BASIS FOR REGISTRATION IN THE POLISH LAND AND MORTGAGE REGISTER

Regulation No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 was passed to harmonize the conflicting regulations of succession law in the Member States of the European Union. It came into effect on August 16, 2012, in all EU Member States with the exception of Denmark, Ireland and the United Kingdom. The Regulation introduced the European Certificate of Succession, regulated in Articles 62–73 of Chapter VI. At the time of its issuance, the European Certificate of Succession is valid in every EU Member State without applying any special procedures. This means that no authority presented with the Certificate issued by another Member State is entitled to request that a decision, an authentic instrument, or court settlement be presented in its stead. According to Article 69(5), the Certificate shall constitute a valid document for the recording of succession property in the relevant register of a Member State. Refusal to recognize the Certificate as a valid and effective document by the authorities of a Member State would be considered a blatant breach of EU law.

KEYWORDS: European Certificate of Succession, EU regulation of inheritance, land register, applicable law, jurisdiction

SŁOWA KLUCZOWE: europejskie poświadczenie spadkowe, unijne rozporządzenie spadkowe, księga wieczysta, prawo właściwe, jurysdykcja

1. Charakterystyka europejskiego poświadczenia spadkowego

W ramach realizacji programu sztokholmskiego¹, celem zharmonizowania przepisów kolizyjnych i jurysdykcyjnych prawa spadkowego państw członkowskich Unii Europejskiej, w dniu 4 lipca 2012 roku przyjęte zostało rozporządzenie unijne 650/2012, potocznie nazywane rozporządzeniem spadkowym². Rozporządzenie weszło w życie 16 sierpnia 2012 roku we wszystkich krajach członkowskich UE z wyjątkiem Danii, Wielkiej Brytanii i Irlandii. Rozporządzenie rozstrzyga wiele zagadnień dotyczących międzynarodowego prawa spadkowego, jest to pierwszy akt prawa europejskiego, który reguluje zarówno prawo właściwe w sprawach spadkowych, jak też kwestie uznawania i wykonywania orzeczeń i dokumentów sądowych w tych sprawach³. Rozporządzenie ma zastosowanie do spadków otwartych nie wcześniej niż 17 sierpnia 2015 roku (art. 84 rozporządzenia). Nowym instrumentem, które wprowadza rozporządzenie spadkowe jest europejskie poświadczenie spadkowe, które uregulowane zostało w rozdziale VI rozporządzenia, w art. 62–73.

Rozporządzenie spadkowe nie zawiera legalnej definicji europejskiego poświadczenia spadkowego (zwane dalej EPS). Należy przyjąć, że jest to dokument wydawany w państwie członkowskim przez sąd lub inny organ uprawniony do rozpoznawania spraw spadkowych na wniosek spadkobiercy, wykonawcy testamentu, zapisobiorcy lub zarządcy spadku w celu wykazania ich statusu w innym państwie członkowskim⁴. Wprowadzenie instytucji EPS miało na celu ułatwienie szybkiego i skutecznego załatwienia międzynarodowej sprawy spadkowej oraz sprawnego wykazania tytułu

- 1 Na posiedzeniu w Brukseli w dniach 10–11 grudnia 2009 r. Rada Europejska przyjęła nowy wieloletni program zatytułowany „Program sztokholmski – Otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli”.
- 2 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego, (Dz.U.UE.L.2012.201.107 z dnia 2012 lipca 27).
- 3 J. Pisuliński, *Europejskie prawo cywilne*, Warszawa 2013, s. 20.
- 4 J. Pisuliński, *Europejskie poświadczenie spadkowe*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne*. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Edwardowi Drozdowi, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013, s. 621.

prawnego do spadku. Dokument ten może być wydawany we wszystkich krajach członkowskich z wyjątkiem Danii, Wielkiej Brytanii i Irlandii. W krajach tych nie można się też posługiwać EPS wydanym w innym państwie członkowskim⁵. Zgodnie z art. 62 ust. 2 rozporządzenia spadkowego, EPS jest instrumentem fakultatywnym. Nie zastępuje ono dokumentów wewnętrznych wykorzystywanych do podobnych celów w państwach członkowskich (art. 62 ust. 3 rozporządzenia spadkowego), EPS stanowi opcjonalny, równoległy względem krajowych procedur, instrument wykazywania sukcesji spadkowej i uprawnień do zarządu majątkiem spadkowym⁶. Jest to wyraz poszanowania zasady pomocniczości (art. 5 TFUE⁷), w ten sposób kompetencje w tym obszarze zostały podzielone między UE a państwa członkowskie⁸. Jedną z najistotniejszych kwestii związanych z europejskim poświadczeniem spadkowym jest to, że wydawane jest ono w ramach jednolitej dla wszystkich organów państw członkowskich procedury. W trakcie prac nad przyjęciem rozporządzenia spadkowego stwierdzono duże rozbieżności w procedurach spadkowych w poszczególnych państwach. W niektórych krajach członkowskich kompetentne organy w tym zakresie działają inkwizycyjnie, samodzielnie ustalając spadkobierców, natomiast w innych krajach ustalenie spadkobierców oparte jest o uroczyste zapewnienie zainteresowanych spadkobierców, weryfikowane odpowiednimi dokumentami np. w Polsce aktami stanu cywilnego. Z tego powodu zdecydowano się na stworzenie jednej, wspólnej, europejskiej procedury sporządzania europejskiego poświadczenia spadkowego.

Kluczowe jest określenie w rozporządzeniu zasad określających jurysdykcję. Europejskie poświadczenie spadkowe może zostać wydane w państwie członkowskim, którego sądy mają jurysdykcję krajową w sprawach spadkowych na mocy art. 4, 7, 10 lub 11 rozporządzenia⁹. Podstawową zasadę określa art. 4, zgodnie z którym jurysdykcję krajową mają

5 J. Górecki, *Europejskie poświadczenie spadkowe – nowy sposób potwierdzania praw do majątku spadkowego*, „Rejent” 2015, nr 9.

6 M. Margoński, *Charakter prawny europejskiego poświadczenia spadkowego. Analiza porównawcza aktu poświadczenia dziedziczenia i europejskiego poświadczenia spadkowego*, Warszawa 2015, s. 7.

7 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U.2004.90.864/2 z dnia 30 kwietnia 2004).

8 M. Załucki (red.), *Unijne Rozporządzenie spadkowe nr 650/2012. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 288.

9 J. Pisuliński, *Europejskie poświadczenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 623.

sądy (w rozumieniu rozporządzenia) państwa członkowskiego, w którym zmarły miał swoje miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci. Art. 7 określa sytuację, w której zmarły dokonał wyboru prawa właściwego do orzekania w sprawie spadkowej (możliwość taką przewiduje art. 22 rozporządzenia), natomiast art. 10 określa dodatkową jurysdykcję krajową w momencie gdy miejsce zwykłego pobytu zmarłego w chwili jego śmierci nie znajdowało się w państwie członkowskim. Na mocy tego przepisu jurysdykcję krajową mogą mieć sądy państwa członkowskiego, w którym znajdują się przedmioty należące do spadku. Art. 11 dotyczy natomiast sytuacji, w której żaden sąd państwa członkowskiego nie ma jurysdykcji na mocy przepisów rozporządzenia spadkowego. W takim wypadku, o ile dana sprawa ma dostateczny związek z państwem członkowskim sądu, do którego ją wniesiono, sądy państwa członkowskiego mogą, w drodze wyjątku, orzekać w sprawie spadkowej, jeżeli postępowanie nie może być we właściwy sposób wszczęte lub przeprowadzone, lub nie byłoby możliwe w państwie trzecim, z którym sprawa jest ściśle związana. Organy uprawnione do wydania europejskiego poświadczenia spadkowego wskazane są w art. 64 rozporządzenia spadkowego i zgodnie z tym przepisem są to sądy lub inny organ, który na mocy prawa krajowego jest właściwy do rozpoznania spraw spadkowych. W Polsce takim innym organem są notariusze, ponieważ są oni upoważnieni do sporządzania aktów poświadczenia dziedziczenia, a ponadto również pkt 70 preambuły rozporządzenia wskazuje notariusza jako przykład innego organu w rozumieniu art. 64.

Europejskie poświadczenie spadkowe może być stosowane tylko w obrocie transgranicznym, co wynika z art. 62 ust. 1 rozporządzenia spadkowego. Nie znajdzie ono zastosowania w sprawach czysto krajowych, czyli sprawach pozbawionych powiązania z innym państwem członkowskim stosującym rozporządzenie. EPS nie wydaje się również, gdy element transgraniczny występuje, ale dotyczy on wyłącznie państwa trzeciego lub państwa członkowskiego nie objętego rozporządzeniem^{10,11}. Należy jednak zaznaczyć, że skutki EPS nie ograniczają się jedynie do innych państw członkowskich, rozciągają się one również na państwo, w którym poświadczenie zostało wydane. EPS stanowi alternatywne rozwiązanie

¹⁰ M. Margoński, *Charakter prawny...*, *op. cit.*, s. 8.

¹¹ Możliwość użycia EPS w państwie trzecim zależeć będzie od norm wewnętrznych tego państwa.

względem krajowych instrumentów, ponieważ wnioskodawca może ograniczyć się do uzyskania jedynie EPS i użyć go zarówno w innych państwach członkowskich, jak i w państwie jego wydania¹². Oznacza to, że w Polsce skutki EPS będą tożsame z postanowieniem o stwierdzeniu nabycia spadku czy zarejestrowanym aktem poświadczenia dziedziczenia¹³. Skutki te wynikają z art. 69 rozporządzenia spadkowego. Należą do nich: domniemanie, że osoba wymieniona w poświadczeniu jako spadkobierca, zapisobierca, wykonawca testamentu lub zarządca spadku posiada status wymieniony w poświadczeniu lub posiada prawa lub uprawnienia określone w poświadczeniu bez żadnych warunków ani ograniczeń odnoszących się do tych praw lub uprawnień innych niż określone w poświadczeniu; domniemanie, że każda osoba, która działając na podstawie informacji poświadczonych w poświadczeniu, dokona płatności lub która przekaże przedmioty osobie wskazanej w poświadczeniu jako osoba uprawniona do przyjęcia płatności lub przedmiotów, dokonała czynności prawnej z osobą uprawnioną do przyjęcia płatności lub przedmiotów, chyba że osoba ta wie, że treść poświadczenia jest nieprawidłowa lub nie jest świadoma tej nieprawidłowości z powodu rażącego niedbalstwa; oraz domniemanie, że osoba, która według treści tego dokumentu była uprawniona do dysponowania majątkiem spadkowym i dokonała rozrządzenia na rzecz innej osoby, była rzeczywiście uprawniona do dysponowania tym majątkiem, chyba że ta inna osoba wiedziała, że treść EPS jest nieprawidłowa lub nie wiedziała o tym z powodu rażącego niedbalstwa¹⁴. Europejskie poświadczenie spadkowe stanowi również podstawę do dokonywania wpisów w rejestrach prowadzonych w państwach członkowskich, w tym w rejestrach praw rzeczowych (art. 69 ust. 5 rozporządzenia spadkowego)¹⁵.

Z chwilą jego wydania, EPS jest uznawane we wszystkich państwach członkowskich bez wymogu stosowania jakiegokolwiek szczególnej procedury. Oznacza to, że żaden organ, któremu przedstawiono europejskie poświadczenie spadkowe wydane w innym państwie członkowskim, nie powinien mieć możliwości żądania przedstawienia orzeczenia, dokumentu urzędowego lub ugody sądowej zamiast poświadczenia (pkt 69 zd. 3

¹² M. Margoński, *Charakter prawny...*, *op. cit.*, s. 9.

¹³ M. Załucki (red.), *Unijne Rozporządzenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 289.

¹⁴ J. Pisuliński, *Europejskie prawo cywilne*, Warszawa 2013, s. 23.

¹⁵ J. Pisuliński, *Europejskie poświadczenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 623.

preambuły rozporządzenia spadkowego)¹⁶. Europejskie poświadczenie spadkowe, zgodnie z pkt 71 preambuły rozporządzenia spadkowego, nie powinno być z samej swej istoty tytułem wykonawczym, ale powinno mieć skutek dowodowy. Za jego pomocą osoby wymienione w EPS mogą wykazać, że są spadkobiercą, zapisobiercą, wykonawcą testamentu czy też zarządcą spadku. W przypadku spadkobierców, EPS służy także wykazaniu wielkości przysługujących im udziałów spadkowych lub określonych przedmiotów wchodzących w skład spadku, natomiast w przypadku zapisobierców – przypadających im przedmiotów majątkowych. W przypadku wykonawcy testamentu lub zarządcy spadku, EPS służy wykazaniu przysługujących im uprawnień w stosunku do spadku¹⁷. Poza funkcją legitymacyjną, EPS pełni również funkcję ochronną poprzez zapewnienie ochrony osobom dokonującym czynności prawnych z osobami wymienionymi w poświadczeniu w odniesieniu do przedmiotów spadkowych lub wskazanych w EPS przedmiotów nabytych przez te osoby¹⁸. Europejskiemu poświadczeniu spadkowemu można również przypisać funkcję rejestrową, gdyż stanowi ono podstawę do dokonywania wpisów w rejestrach prowadzonych w państwach członkowskich, w tym w rejestrach praw rzeczowych (np. księgach wieczystych)¹⁹.

Treść europejskiego poświadczenia spadkowego określona jest w art. 68 rozporządzenia spadkowego. Przede wszystkim w treści EPS znaleźć muszą się informacje służące identyfikacji tego dokumentu, czyli nazwa i adres organu wydającego, numer referencyjny sprawy, okoliczności, na podstawie których organ uznaje się za właściwy do wydania EPS oraz data wydania (art. 68 lit. a-d). Wskazanie daty ma znaczenie przy obliczaniu terminów do wniesienia środków odwoławczych, natomiast wskazanie okoliczności, na podstawie których organ uznał się za właściwy ma na celu wzmocnienie pewności obrotu prawnego i zwiększenie znaczenia prawnego poświadczenia²⁰. Poświadczenie musi również zawierać informacje dotyczące wnioskodawcy i zmarłego, takie jak nazwisko, imię, płeć, data i miejsce urodzenia, narodowość, numer identyfikacyjny (w przypadku Polski jest to PESEL), adres, oraz informacje

¹⁶ M. Załucki (red.), *Unijne Rozporządzenie spadkowe...*, op. cit., s. 322.

¹⁷ J. Pisuliński, *Europejskie poświadczenie spadkowe...*, op. cit., s. 622.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, s. 623.

²⁰ M. Załucki (red.), *Unijne Rozporządzenie spadkowe...*, op. cit., s. 318.

dotyczące beneficjentów, do których należą jedynie nazwisko, imię i numer identyfikacyjny (art. 68 lit. e-g). Dane te, wskazane przez wnioskodawcę we wniosku powinny zostać zweryfikowane przez organ wydający EPS. Do obowiązków organu wydającego należy również określenie stosunku rodzinnego łączącego spadkobiercę ze zmarłym spadkodawcą oraz przytoczenie treści testamentu w przypadku dziedziczenia testamentowego. Ponadto, organ wydający ustala datę i miejsce śmierci spadkodawcy²¹. Art. 68 lit. h nakłada obowiązek zawarcia w europejskim poświadczeniu spadkowym informacji dotyczących małżeńskiej umowy majątkowej zawartej przez zmarłego lub, w stosownych przypadkach, umowy zawartej przez zmarłego w ramach stosunku uznawanego przez prawo dla niego właściwe za mający skutki porównywalne do małżeństwa, oraz informacje o małżeńskim ustroju majątkowym lub ustroju majątkowym mu równoważnym. Mimo że rozporządzenia spadkowego nie stosuje się w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych informacja na ten temat powinna znaleźć się w EPS z uwagi na konsekwencje, jakie wywiera w kwestii ustalenia masy spadkowej²².

Jednym z najważniejszych elementów europejskiego poświadczenia spadkowego są informacje dotyczące prawa właściwego dla dziedziczenia oraz okoliczności, na podstawie których właściwość tego prawa została ustalona (art. 68 lit. i), ponieważ dotyczą one kwestii decydującej o kręgu spadkobierców oraz ich udziałach w spadku²³. Ustalenie prawa właściwego należy do organu wydającego EPS, a nie do wnioskodawcy, organ wydający nie jest w żadnym stopniu związany oświadczeniami, wnioskami i uwagami wnioskodawcy lub innych beneficjentów²⁴. Poza ustaleniem prawa właściwego, organ wydający zobowiązany jest również je zastosować. Konieczność stosowania prawa materialnego prawa obcego może okazać się zadaniem dość trudnym, dlatego proponowano stworzyć możliwość zwrócenia się do organów danego państwa członkowskiego w celu uzyskania informacji na temat treści jego prawa, jednak propozycja ta nie została zaakceptowana²⁵. Ustawą dostosowującą polskie prawo do przepisów rozporządzenia spadkowego dodano jednak art. 95da do

²¹ *Ibidem*, s. 319.

²² *Ibidem*, s. 321.

²³ *Ibidem*, s. 319.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, s. 320.

ustawy Prawo o notariacie i zgodnie z § 2 tego przepisu, notariusz może zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu właściwego prawa obcego. Celem ustalenia treści prawa obcego notariusz może zastosować także inne środki.

Europejskie poświadczenie spadkowe zawiera również informacje, czy chodzi o dziedziczenie ustawowe czy testamentowe, w tym informacje dotyczące okoliczności powodujących powstanie praw lub uprawnień spadkobierców, zapisobierców, wykonawców testamentów lub zarządców spadku (art. 68 lit. j). W stosownych przypadkach, organ wydający powinien zamieścić w EPS informacje o sposobie przyjęcia spadku oraz o ewentualnym odrzuceniu spadku w odniesieniu do każdego z beneficjentów (art. 68 lit. k). Organ właściwy powinien sprecyzować czy spadek został przyjęty w sposób milczący czy na skutek oświadczenia woli o przyjęciu oraz czy spadek został przyjęty z dobrodziejstwem inwentarza, czy w inny sposób²⁶. W treści EPS znaleźć powinny się również informacje na temat udziałów przypadających każdemu ze spadkobierców oraz, w stosownych przypadkach, wykaz praw lub składników majątku przypadających każdemu ze spadkobierców i każdemu zapisobiercy (art. 68 lit. l i lit. m). Zgodnie z art. 68 lit. n, w europejskim poświadczeniu spadkowym wskazane powinny być ograniczenia praw spadkobierców i zapisobierców na mocy prawa właściwego dla dziedziczenia lub na mocy rozrządzenia na wypadek śmierci. Ograniczenia te mogą wynikać z woli spadkodawcy (np. zakaz zbywania danego składnika majątku przez określony czas) lub z prawa spadkowego, np. stosowanej w prawie francuskim instytucji rezerwy²⁷. Organ wydający określa również uprawnienia wykonawcy testamentu lub zarządcy spadku oraz ograniczenia tych uprawnień na mocy prawa właściwego dla dziedziczenia lub na mocy rozrządzenia na wypadek śmierci (art. 68 lit. o).

Wprowadzając europejskie poświadczenie spadkowe, intencją unijnego prawodawcy było stworzenie instrumentu mającego na celu ułatwienie obywatelom i organom państw członkowskim Unii Europejskiej sprawnego i skutecznego załatwienia spraw spadkowych zawierających w sobie element transgraniczny. Związane było to ze znaczącym zróżnicowaniem procedur dokumentowania sukcesji spadkowej oraz brakiem w niektórych krajach członkowskich instrumentów procesowych zapewniających

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, s. 321.

dostateczną dozę pewności obrotu prawnego²⁸. Jednak o ile funkcje legitymacyjna i ochronna europejskiego poświadczenia spadkowego spotkały się raczej z powszechną akceptacją, to wątpliwości często budzi funkcja rejestrowa EPS, która rozumiana jest niejednoznacznie i z powodu braku konkretnego uregulowania w prawie polskim, stała się przedmiotem licznych sporów.

2. Dopuszczalność europejskiego poświadczenia spadkowego jako podstawy wpisu do polskiej księgi wieczystej

Wydanie rozporządzenia spadkowego spowodowało konieczność nowelizacji odpowiednich przepisów w prawie polskim. Swoista implementacja nastąpiła 24 lipca 2015 roku, kiedy to uchwalona została ustawa o zmianie ustawy Kodeksu postępowania cywilnego, ustawy Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw. Wśród nowelizowanych ustaw zabrakło ustawy o księgach wieczystych i hipotece, co spowodowało pojawienie się sporu, czy europejskie poświadczenie spadkowe może stanowić podstawę wpisu do księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości położonej w Polsce. Nie należy tego jednak traktować jako przeoczenia ze strony polskiego ustawodawcy. Przyjąć należy, że polski ustawodawca uznał polską regulację za wystarczającą, traktując europejskie poświadczenie spadkowe jako inny odpowiedni dokument, przy pomocy którego wykazuje się niezgodność między treścią księgi wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym w rozumieniu art. 31 u.k.w.h.²⁹

Podkreślić należy również znaczenie preambuły w aktach prawa europejskiego. Preambuła jest wstępem do aktu prawnego, opisującym okoliczności wydania tego aktu oraz określającym cele, którym ten akt ma służyć³⁰. Wskazując na historyczne i polityczne podstawy uchwalenia danego aktu oraz tradycje i wydarzenia towarzyszące przyjmowaniu aktu, preambuła wyraża pewien system wartości, na których dany akt się opiera³¹. Preambuły umieszczane są przeważnie w konstytucjach i umowach

28 M. Margoński, *Charakter prawny...*, *op. cit.*, s. 4.

29 J. Górecki, *Europejskie poświadczenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 22.

30 M. Załucki (red.), *Unijne Rozporządzenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 29.

31 *Ibidem*.

międzynarodowych, natomiast w prawie unijnym charakterystyczne są dla rozporządzeń oraz dyrektyw³². Przedmiotem sporu w doktrynie jest pytanie, jak powinno traktować się treść preambuły w procesie interpretacji aktu prawnego nią poprzedzonego. Poszukując odpowiedzi na to pytanie, można spotkać się z dwoma stanowiskami. Według pierwszego, treść preambuły powinna być traktowana na równi z pozostałą częścią aktu normatywnego. Natomiast według drugiego stanowiska, preambuła jest jedynie ogólną deklaracją i pozbawiona jest znaczenia prawnego³³. Jednak pomimo istnienia spornych stanowisk, w praktyce preambuły aktów unijnych odgrywają pewną rolę interpretacyjną i zawierają wskazówki służące wykładni części normatywnej aktu³⁴. Nie można zatem twierdzić, że preambuła pozbawiona jest jakiegokolwiek znaczenia prawnego. Dokonując wykładni określonej normy prawnej należy, opierając się na przepisach zawartych w artykułowanych jednostkach redakcyjnych, posilkować się również treścią wstępu do określonego aktu³⁵.

W związku z powyższym, w trakcie rozważań nad kwestią dopuszczalności europejskiego poświadczenia spadkowego jako podstawy wpisu do polskiej księgi wieczystej należy przywołać pkt 18 preambuły rozporządzenia spadkowego. Dotyczy on wyłączenia z zakresu stosowania rozporządzenia wymogów dotyczących wpisu do rejestru prawa do nieruchomości lub rzeczy ruchomych. Uwagę zwrócić jednak trzeba na zdania czwarte i piąte tego punktu, zgodnie z którymi, aby uniknąć powielania dokumentów, organy rejestracyjne powinny przyjmować dokumenty sporządzone przez właściwe organy w innym państwie członkowskim, których swobodny przepływ przewiduje się w niniejszym rozporządzeniu oraz że w szczególności europejskie poświadczenie spadkowe wydane na podstawie niniejszego rozporządzenia powinno stanowić ważny dokument do celów wpisania majątku spadkowego do rejestru państwa członkowskiego.

Jak już wspomniano wcześniej, zgodnie z art. 69 ust. 5 rozporządzenia spadkowego, europejskie poświadczenie spadkowe stanowi ważny dokument na potrzeby dokonania wpisu majątku spadkowego do właściwego

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*, s. 30.

34 J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa, 2014, s. 275.

35 J. Królikowski, *Preambuła nie tak całkiem bez znaczenia*, „Rzeczpospolita” 2008, nr 74.

rejstru państwa członkowskiego (z zastrzeżeniem art. 1 ust. 2 lit. k i l). Z zakresu stosowania rozporządzenia wyłączone zostały wszelkie wpisy do rejestru praw do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, łącznie z wymogami prawnymi dotyczącymi takich wpisów, oraz skutki wpisu lub braku wpisu takich praw do rejestru. Nie chodzi tu jednak o wymaganie materialnoprawne, ale o wymagania proceduralne, takie jak np. obowiązek uiszczenia odpowiednich opłat czy konieczność przedłożenia tłumaczenia dokumentu stanowiącego podstawę wpisu, o ile został wystawiony w obcym języku³⁶. Niedopuszczalne natomiast jest żądanie przez organ od osoby legitymującej się EPS innego dokumentu lub orzeczenia zamiast niego, w szczególności dokumentu lub orzeczenia wydanego przez sąd lub inny organ tego kraju członkowskiego (zgodnie z pkt 69 preambuły rozporządzenia spadkowego)³⁷. Niezależnie czy europejskie poświadczenie spadkowe wydawane jest przed sąd czy przez notariusza, nie ma wątpliwości, że dokument ten ma charakter dokumentu urzędowego. W tym więc charakterze podlega on wykorzystaniu w toku dalszego obrotu prawnego i w toku postępowania wieczystoksięgowego³⁸.

Niestety, dotychczasowa, skromna praktyka rozpoznawania wniosków o dokonanie wpisów w polskich księgach wieczystych na podstawie EPS wydanego w państwie innym niż Polska, budzi pewien niepokój. Na tle powyższych rozważań krytycznie na przykład należy ocenić postanowienie Sądu Rejonowego w Łodzi z dnia 29 listopada 2016 roku (wydane przez referendarza sądowego), w którym sąd oddalił wniosek o wpisanie wnioskodawcy w dziale II księgi wieczystej jako właściciela nieruchomości (lokalu mieszkalnego stanowiącego odrębną nieruchomość) na podstawie przedłożonego przez wnioskodawcę europejskiego poświadczenia spadkowego sporządzonego w innym państwie członkowskim (w tym wypadku chodzi o Szwecję), stwierdzając brak dokumentu mogącego stanowić podstawę wpisu. Wskazać należy, że w sprawie, w której wydano wymienione wyżej postanowienie, spadkodawca zmarł w Szwecji 12 października 2015 roku (a zatem w czasie, kiedy w pełni obowiązują przepisy rozporządzenia spadkowego) i miejscem jego zwykłego pobytu w chwili śmierci była Szwecja. W uzasadnieniu sąd powołuje art. 21

36 J. Górecki, *Europejskie poświadczenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 21.

37 J. Pisuliński, *Europejskie poświadczenie spadkowe...*, *op. cit.*, s. 622.

38 E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Art. 1–58² KWU. Art. 626¹–626³ KPC. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 689.

rozporządzenia spadkowego, według którego prawem właściwym jest, co do zasady, prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci, wskazując jednak, że przepis ten nie jest przepisem bezwzględny i jako wyjątek od ustanowionej w nim reguły, przywołuje art. 41 ustawy z dnia 4 lutego 2011 roku Prawo prywatne międzynarodowe. Dodatkowo, w celu poparcia swojej argumentacji, sąd przywołuje art. 30 rozporządzenia spadkowego jako potwierdzenie wcześniej wysuniętych wniosków.

Argumentację sądu należy jednak uznać za nieprawidłową, gdyż już na wstępie popełniony został błąd metodologiczny poprzez niewłaściwe ustalenie hierarchii źródeł prawa. Nie ma obecnie wątpliwości, szczególnie na tle ugruntowanego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz polskiego Trybunału Konstytucyjnego, że rozporządzenie unijne ma pierwszeństwo przed polską ustawą. Błędne zatem jest odniesienie się do ustawy Prawo prywatne międzynarodowe wobec obowiązywania rozporządzenia spadkowego. W szczególności, powołanie się w tym wypadku na art. 30 rozporządzenia spadkowego jest nietrafne, gdyż norma ta dotyczy szczególnych przepisów nakładających ograniczenia dotyczące dziedziczenia lub wpływające na nie w odniesieniu do niektórych składników majątku. Jest to zatem norma o charakterze materialnoprawnym. Trudno obecnie wskazać w polskim systemie prawa spadkowego przepisy szczególne o charakterze materialnoprawnym, obowiązujące do spadków otwartych od dnia 17 sierpnia 2015 roku, o których mowa w art. 30. Przykładowo jednak, gdyby do tych spadków w Polsce istniały nadal przepisy szczególne dotyczące dziedziczenia gospodarstw rolnych, to w takiej sytuacji art. 30 rozporządzenia spadkowego miałby zastosowanie. Należy jednak zwrócić uwagę, że nawet gdyby w sprawie rozpatrywanej przez sąd art. 30 znajdowałyby zastosowanie, to i tak nie stanowiłoby to podstawy wyłącznej jurysdykcji sądów polskich. **Przypomnieć bowiem należy jeszcze raz, że zasady określające jurysdykcję organu konkretnego państwa wynikają wprost z przepisów rozporządzenia. Zgodnie z art. 4, jurysdykcja przysługuje organom państwa członkowskiego, w którym zmarły miał miejsce stałego pobytu w chwili śmierci, a nie w którym znajdują się nieruchomości będące przedmiotem masy spadkowej.**

Czysto teoretycznie, należy zauważyć, że nawet gdyby rozporządzenie unijne nie obowiązywało, to powołanie art. 41 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe byłoby również błędne, ponieważ w przepisie tym

mowa jest o własności oraz innych prawach rzeczowych, nie ma natomiast mowy w nim o dziedziczeniu. Abstrahując zatem od przepisów rozporządzenia, przepis art. 41 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe swoją dyspozycją obejmuje np. przenoszenie praw własności nieruchomości, czy też ustanawianie ograniczonych praw rzeczowych, ale nie obejmuje dziedziczenia, nawet jeżeli jego przedmiotem są prawa rzeczowe. Gdyby przepis ten stosowany był również w sprawach spadkowych, to doszłoby do sytuacji, w której Polska byłaby krajem, w którym następuje tzw. rozszczępienie statutu spadkowego, czyli że inne przepisy stosowane są w przypadku dziedziczenia nieruchomości, a inne w stosunku do pozostałych przedmiotów majątkowych. Taka sytuacja w polskim systemie prawa nie ma miejsca.

Wracając do omawiania wyżej przytoczonego przypadku, należy rozróżnić jurysdykcję związaną z orzekaniem w sprawach spadkowych z tzw. jurysdykcją rejestrową związaną z wpisem do rejestrów krajowych, np. do polskich ksiąg wieczystych. Niedopuszczalne jest kwestionowanie jurysdykcji związanej z orzekaniem organu państwa członkowskiego, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe, natomiast jurysdykcja rejestrowa przysługuje organowi polskiemu, wobec czego wniosek o wpisanie wnioskodawcy do księgi wieczystej jako właściciela nieruchomości powinien zostać jak najbardziej uwzględniony.

Może się zdarzyć, że na etapie wpisu europejskie poświadczenie spadkowe wydane przez organ inny niż polski nie zawiera wszystkich informacji wymaganych do wpisu w polskiej księdze wieczystej. W tym momencie istotną staje się rola wnioskodawcy, który we wniosku o wpis do księgi wieczystej powinien uzupełnić brakujące dane i dołączyć ewentualnie wszystkie wyjaśnienia lub dokumenty (np. pozwalające na ujawnienie peselu spadkobiercy lub jego nazwiska we właściwym brzmieniu).

3. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, iż stosowanie przepisów rozporządzenia spadkowego w praktyce nieraz napotyka wiele przeszkód i utrudnień, stając się źródłem licznych sporów i rozważań. Mimo to, pamiętać należy o przyczynach ich wprowadzenia oraz celu, jakiemu przepisy, m.in. te dotyczące europejskiego poświadczenia spadkowego, miały służyć. Intencją prawodawcy unijnego było zharmonizowanie przepisów prawa spadkowego

państw członkowskich oraz umożliwienie łatwiejszego i szybszego skutecznego załatwienia spraw spadkowych, wobec czego organy państw członkowskich powinny dokładać najwyższej staranności, aby było to możliwe, m.in. poprzez niekwestionowanie mocy europejskiego poświadczenia spadkowego i uznawanie go jako dopuszczalnego dokumentu mogącego stanowić podstawę wpisu do rejestrów, w przypadku Polski, do księgi wieczystej. Odmowa uznania EPS jako instrumentu legitymizującego przez organ władzy publicznej państwa członkowskiego, w szczególności zaś organ rejestrowy, stanowiłoby rażące naruszenie prawa unijnego³⁹.

Bibliografia

- Gniewek E., *Księgi wieczyste. Art. 1–58² KWU. Art. 626¹–626³ KPC. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Górecki J., *Europejskie poświadczenie spadkowe – nowy sposób potwierdzania praw do majątku spadkowego*, „Rejent” 2015, nr 9.
- Kot T., *Wejście w życie rozporządzenia spadkowego – wybrane zmiany w prawie polskim*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 1.
- Królikowski J., *Preambuła nie tak całkiem bez znaczenia*, „Rzeczpospolita” 2008, nr 74.
- Marciniak A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. t. IV: Komentarz do art. 1096–1217*, Warszawa 2016.
- Margoński M., *Charakter prawny europejskiego poświadczenia spadkowego. Analiza prawnoporównawcza aktu poświadczenia dziedziczenia i europejskiego poświadczenia spadkowego*, Warszawa 2015.
- Pisuliński J., *Europejskie poświadczenie spadkowe*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013.
- Pisuliński J., *Europejskie prawo cywilne*, Warszawa 2013.
- Załucki M. (red.), *Unijne Rozporządzenie spadkowe nr 650/2012. Komentarz*, Warszawa 2015.

³⁹ M. Margoński, *Charakter prawny...*, *op. cit.*, s. 34.

Olesia Radyszewska

(Katedra Prawa Administracyjnego, Wydział Prawa;
Narodowy Uniwersytet imienia Tarasa Szewczenki w Kijowie;
Kierownik Centrum Prawa Polskiego)

PRAWO CUDZOZIEMCÓW DO SAMORZĄDU LOKALNEGO UKRAINY W WARUNKACH EUROINTEGRACJI

ABSTRACT

THE RIGHT OF FOREIGNERS TO PARTICIPATE IN LOCAL GOVERNMENT IN UKRAINE IN THE CONDITIONS OF EUROPEAN INTEGRATION

The article aims to present the influence of EU law on changes to Ukrainian law as a way to bolster Ukraine's progress towards European integration. The author analyzes the legal basis for determining the composition of the so-called territorial community, as well as the views and approaches to the possibility of recognizing foreign members of local communities in Ukraine. Ukraine has to harmonize national legislation with European standards in the area of local democracy (local government). The principle of equality between citizens of one Member State and citizens of other Member States of the EU is regarded as the basic principle of EU law.

KEYWORDS: Ukraine, local government, citizen, foreigner, resident, voting rights, public service, principle of equality

SŁOWA KLUCZOWE: Ukraina, samorząd lokalny, obywatel, cudzoziemiec, mieszkaniec, prawa wyborcze, służba publiczna, zasada równości

1. Wprowadzenie

Pytania o demokratyzację i równość w dostępie do służby publicznej zawsze aktualizują się w okresie transformacji społeczeństwa i państwa.

Na współczesnym etapie Ukraina przeżywa proces modernizacji systemu organów władzy publicznej. W tym zakresie rozpoczęto też tworzenie instytucji społeczeństwa obywatelskiego, które mają być związane z z funkcjonowaniem samorządu lokalnego. Przeprowadzone analizy istniejących stosunków społecznych i funkcjonowania rozwiązań prawnych, a nadto zauważalny przebieg praktyk regulacyjnych w zakresie nowego ukształtowania organów samorządowych, aktywizują społeczeństwo i państwo względem rozwiązania istotnych problemów, związanych z zapewnieniem praw i wolności człowieka w procesie reformowania systemu organizacji i działania lokalnych organów władzy publicznej.

Ogólnie, podstawową idee równości możemy określić jako całkowite podobieństwo, identyczność, jednakowość, tożsamość pod względem ilości, jakości, wartości, wielkości itp. W znaczeniu społecznym oznacza równouprawnienie, brak podziału społeczeństwa na uprzywilejowanych i wyzyskiwanych¹ W znaczeniu aksjologicznym równość jest jednym z elementów zasady praworządności (*rule of law*), częścią nowoczesnej koncepcji osoby i praw człowieka, u podstaw której leży idea ludzkiej godności. Zasadę równości praw człowieka możemy tłumaczyć jako ideał społeczny, wartość społeczeństwa obywatelskiego, fundamentalną zasadę demokratycznego państwa prawa. Wielu autorów utożsamia ją wręcz z zasadą sprawiedliwości².

2. Prawa cudzoziemców do udziału w samorządzie a prawo Ukrainy

Prawa i wolności człowieka i obywatela zostały zadeklarowane w Konstytucji Ukrainy z dnia 28 czerwca 1996 roku³ i uważane za istotę prawa. Nienależne zapewnienie ochrony fundamentalnych praw może doprowadzić do niedotrzymania innych zasad konstytucyjnego ustroju państwa.

Podczas badań nad wyznaczoną problematyką, szczególnego znaczenia nabywa prawo osób fizycznych do uczestniczenia w kierowaniu sprawami

1 F. Byłok, J. Sikora, B. Sztumska, *Wybrane aspekty socjologii rynku*, Politechnika Częstochowska, Częstochowa 2001, s. 61–62.

2 E. Ganowicz, *Idea samorządności w Polsce – próba aksjologicznej systematyzacji w ujęciu politologicznym*, „Przegląd Politologiczny” 2014, nr 2, s. 57.

3 *Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року nr 254к/96-ВР*, „Відомості Верховної Ради України” 1996, № 30, Ст. 141.

państwa oraz samorządu. Wymienione prawo przysługuje wyłącznie obywatelom Ukrainy i znalazło swój wyraz w przepisach konstytucyjnych o ludowładztwie (art. 5), samorządzie lokalnym (art. 7), różnorodności politycznej oraz swobodzie działalności politycznej (art. 15). Prawo uczestniczenia w kierowaniu sprawami publicznymi bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawicieli jest prawem kluczowym w systemie praw i wolności politycznych, a także ważną cechą państwa demokratycznego.

Przepisy międzynarodowych aktów prawnych łączą prawo do uczestniczenia w rozstrzygnięciu spraw na poziomie ogólnopaństwowym i lokalnym z prawem wyborczym oraz prawem dostępu do służby publicznej. Tak, zgodnie z brzmieniem art. 21 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka⁴, każdy człowiek ma prawo do uczestniczenia w rządzeniu swym krajem; prawo równego dostępu do służby publicznej; wola ludu jest podstawą władzy rządu; wola ta wyraża się w przeprowadzanych okresowo rzetelnych i niefalsyfikowanych wyborach.

Zgodnie z art. 7 ukraińskiej ustawy zasadniczej w Ukrainie uznaje się i gwarantuje się samorząd lokalny. Z jednej strony, Konstytucja Ukrainy wyraźnie zaznacza, że **tylko** obywatele mają prawo brać udział w zarządzaniu sprawami państwa, w ogólnoukraińskich i lokalnych referendach, swobodnie wybierać i być wybieranymi do organów władzy państwowej i do organów samorządu lokalnego (art. 38). Prawo głosowania w wyborach i referendach posiadają **tylko** obywatele Ukrainy, którzy w dniu przeprowadzania wyborów mają ukończone osiemnaście lat⁵. Prawo głosowania nie przysługuje obywatelom ubezwłasnowolnionym prawomocnym wyrokiem sądu (art. 70). W ustawie zasadniczej także zadeklarowano, że obywatele Ukrainy korzystają na równych zasadach z prawa dostępu do służby państwowej i do służby w organach samorządu lokalnego. Otóż cudzoziemcy i apatrydzi całkowicie są pozbawieni czynnego i biernego prawa wyborczego, prawa do udziału w życiu społeczno-prawnym Ukrainy.

4 Przyjęta i proklamowana rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ, 217 A (III) w dniu 10 grudnia 1948 r.

5 Także o wyłącznym prawie wyborczym obywateli Ukrainy tutaj: Ustawa Ukrainy „O wyborach lokalnych” z dnia 14 lipca 2015 roku, Ustawa Ukrainy „O wyborach Prezydenta Ukrainy” z dnia 5 marca 1999 roku, Ustawa Ukrainy „O referendum ogólnoukraińskim” z dnia 6 listopada 2012 roku, Ustawa Ukrainy „O statusie prawnym deputowanych rad miejscowych” z dnia 11 lipca 2002 roku. Pytania referendum lokalnego z 2012 roku nie mają regulacji prawnej.

Z innej strony, suwerenem i jedynym źródłem władzy jest **lud**. Lud sprawuje władzę bezpośrednio i poprzez organy władzy państwowej oraz organy samorządu lokalnego (art. 5) Wola **narodu** urzeczywistnia się w wyborach, w referendum i innych formach demokracji bezpośredniej (art. 69). Także w art. 140 Konstytucji Ukrainy ustawodawca podaje definicję samorządu lokalnego jako prawa **zbiorowości terytorialnej** – mieszkańców wsi lub dobrowolnie zjednoczonej w wiejską zbiorowość (hromada) mieszkańców kilku wsi, osiedla czy miasta – do samodzielnego rozstrzygnięcia spraw o znaczeniu lokalnym, w granicach określonych w Konstytucji i ustawach Ukrainy. Otóż, mamy do czynienia z sytuacją, kiedy na poziomie ustawodawczym jest niejednoznaczne tłumaczenie pojęć prawnych „członek zbiorowości terytorialnej”, „municipalna osobowość prawna cudzoziemców”, „lud Ukrainy”, „naród Ukrainy” itd.

Jak było już zaznaczono, samorząd lokalny sprawuje zbiorowość terytorialną mieszkańców w trybie określonym ustawą, tak w sposób bezpośredni jak i poprzez organy samorządu lokalnego – rady wiejskie, osiedlowe i miejskie i ich organy wykonawcze. Zatem samorząd lokalny w Ukrainie w znaczeniu doktrynalnym działa na najniższym szczeblu struktury administracyjnej. Uważa się, iż rady rejonowe i obwodowe mają charakter wtórny (pochodny) i są organami samorządu lokalnego reprezentującego wspólne interesy zbiorowości terytorialnych wsi, osiedli i miast. W ramach samorządu podstawowego wydzielane są ponadto rady dzielnicowe, uliczne i blokowe zwane przez ustawodawcę „organami samoorganizacji ludności”. Wymienione rady nie są tylko typowymi jednostkami pomocniczymi rad wiejskich, osiedlowych czy miejskich, lecz organami samorządowymi wyposażonymi w określony zakres samodzielności. Nie powstają też z mocy prawa, lecz z inicjatywy zainteresowanych mieszkańców. Zjawisko wyodrębniania niższych jednostek samorządu lokalnego od podstawowych nazywa się w literaturze „decentralizacją wewnątrz samorządu” lub „decentralizacją wewnątrz zdecentralizowanej administracji publicznej”⁶.

Zgodnie z Konstytucją Ukrainy wybory samorządowe są wolne, powszechne, równe, bezpośrednie i odbywają się w głosowaniu tajnym. Postanowienia odnoszące się do wyborów samorządowych uściślono

6 B. Majgier, *Problematyka samorządu terytorialnego w konstytucjach Polski i Ukrainy*, [w:] *Problemy stosowania konstytucji Polski i Ukrainy w praktyce*, red. M. Granat, J. Sobczak, Lublin 2004, s. 151.

następnie w art. 141. W skład rady wiejskiej, osiedlowej, miejskiej wchodzi deputowani wybrani na czteroletnią kadencję przez mieszkańców wsi, osiedla, miasta. Zbiorowości terytorialne wybierają także na czteroletnią kadencję przewodniczącego stojącego na czele organu wykonawczego rady miejscowej i przewodniczącego na jej posiedzeniach.

Status przewodniczących, deputowanych i organów wykonawczych rady oraz ich uprawnienia, tryb tworzenia, reorganizacji, likwidacji określa ustawa „O statusie deputowanych rad miejskich” z dnia 11 lipca 2002 (nowa redakcja z dnia 8 sierpnia 2015 roku). Zaś przewodniczący rady rejonowej oraz obwodowej jest wybierany przez odpowiednią radę i stoi na czele aparatu wykonawczego rady.

Równy dostęp do służby w organach samorządu lokalnego jest ustawodawczą innowacją. Wprowadzenie tego prawa do Konstytucji Ukrainy było uwarunkowane pragnieniem ustalić nową jakość kształtowania interakcji pomiędzy osobą, państwem a społeczeństwem obywatelskim.

Służba w organach samorządu lokalnego (art. 1 Ustawy Ukrainy „O służbie w organach samorządu lokalnego”⁷) – to działalność zawodowa **obywateli** Ukrainy na stanowiskach w organach samorządu lokalnego, wykonywana w sposób ciągły, w celu realizacji prawa gromady terytorialnej (wspólnoty samorządowej) do samorządu lokalnego oraz szczególnych uprawnień organów władzy wykonawczej, nadawanych na podstawie przepisów ustawodawstwa krajowego. Pracownikiem samorządowym może być osoba, która spełnia wymagania określone w ust. 5 wymienionej ustawy: posiada odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje zawodowe wymagane do wykonywania pracy na określonym stanowisku, dostateczny poziom znajomości języka urzędowego (ukraińskiego). Zakaz dyskryminacji z powodu rasy, koloru skóry, przekonań politycznych, religijnych, płci, pochodzenia etnicznego i społecznego, stanu posiadania, miejsca zamieszkania na wyznaczonym terytorium został również wyrażony w tym artykule. Otóż, z jednej strony ustawodawca mówi o wyłącznym prawie obywateli do udziału w rozwiązywaniu spraw lokalnych, a z innej – o zakazie dyskryminacji osób z powodu ich miejsca zamieszkania.

Ukraińska ustawa zasadnicza szczegółowo określiła w art. 133 podział terytorialny państwa: 24 obwody (області), rejony (райони), miasta

⁷ Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 7 червня 2001 року nr 2493-III, „Відомості Верховної Ради України” 2001, № 33, Ст. 75.

(міста), rejony w miastach (райони в містах), osiedla (селища) i wsie (села). Osobny status zarezerwowano dla Krymu (autonomicznej republiki) oraz miast Kijowa i Sewastopola (miast wydzielonych). Wyodrębnienie Sewastopola miało charakter polityczny ze względu na stacjonowanie floty czarnomorskiej. Biorąc pod uwagę specyficzny status tego miasta i Krymu nasuwa się skojarzenie z województwem śląskim z czasów II RP.

Otóż, z samorządowego punktu widzenia najważniejsze są IX, X i XI rozdziały Konstytucji Ukrainy 1996 roku, które dotyczą ustroju terytorialnego, autonomii Krymu oraz samorządu lokalnego. Tak, ustrój terytorialny Ukrainy opiera się na harmonijnym połączeniu centralizacji i decentralizacji, równomiernym rozwoju poszczególnych jednostek podziału terytorialnego z uwzględnieniem ich cech historycznych, ekonomicznych, ekologicznych, geograficznych i demograficznych oraz tradycji etnicznych i kulturowych.

3. Prawa cudzoziemców w samorządzie a prawo EU

Do aktów prawa EU, które ustanawiają prawo cudzoziemców będących obywatelami UE do udziału w życiu publicznym na szczeblu lokalnym zaliczamy: Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej 2012/C 326/01, Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej 2010/C 83/02, Dyrektywa Rady 93/109/WE z dnia 6 grudnia 1993 roku ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami, Dyrektywa Rady 94/80/WE z dnia 19 grudnia 1994 roku ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami.

Tak, prawo Unii Europejskiej wyraźnie stanowi, że każda osoba posiadająca obywatelstwo państwa członkowskiego UE jest automatycznie również obywatelem Unii. Obywatelstwo Unii Europejskiej stanowi uzupełnienie obywatelstwa państwa członkowskiego i go nie zastępuje. Wszyscy obywatele 28 państw członkowskich UE zyskują szereg dodatkowych praw jako obywatele UE, w tym:

- a) prawo do swobodnego przemieszczania się oraz osiedlania w dowolnym miejscu na terytorium Unii Europejskiej;

- b) czynne i bierno prawo wyborcze w wyborach lokalnych i wyborów do Parlamentu Europejskiego w państwie członkowskim UE, na terenie którego zamieszkuje, nawet jeśli nie jest on obywatelem tego kraju,
- c) prawo korzystania z ochrony dyplomatycznej lub konsularnej każdego z państw członkowskich UE na terenie państwa trzeciego (państwa poza UE), w którym jego rodzime państwo członkowskie UE nie ma swojego przedstawicielstwa konsularnego,
- d) prawo do składania petycji do Parlamentu Europejskiego, kierowania wniosków do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich i do kierowania pism do wszystkich instytucji i organów Unii Europejskiej.

Otóż każdy obywatel Unii Europejskiej mający miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie jest obywatelem, ma prawo głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych w Państwie Członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania, na takich samych zasadach jak obywatele tego Państwa. Prawo to jest wykonywane z zastrzeżeniem szczegółowych warunków ustalonych przez Radę, stanowiącą jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Parlamentem Europejskim; warunki te mogą przewidywać odstępstwa, jeśli uzasadniają to specyficzne problemy Państwa Członkowskiego⁸.

Prawem obywateli UE jest możliwość brania udziału w wyborach lokalnych w państwach zamieszkania, których nie są obywatelami. Dotyczy to zarówno czynnego, jak i biernego prawa wyborczego, jednak odnosi się tylko do wyborów lokalnych stopnia podstawowego. Nie dotyczy wyborów lokalnych wyższych stopni, ani innych form demokracji lokalnej, jak referendum lokalne⁹. Państwa członkowskie mogą jednak to prawo do nich rozszerzyć. Zgodnie z przepisami Dyrektywy Rady 94/80/WE¹⁰ obywatele UE zamieszkali na terenie Unii za granicą kraju swego obywatelstwa sami decydują czy chcą skorzystać z możliwości głosowania poza krajem ojczystym, dlatego by wziąć udział, muszą złożyć wniosek.

⁸ Zob. art. 22 Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej 2012/C 326/01, Dziennik Urzędowy C 326, 26/10/2012 P. 0001–0390.

⁹ A. Cieleń, A. Szymański, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wyd. Sejmowe, Kancelaria Sejmu, Warszawa 2004, s. 61.

¹⁰ Dyrektywa Rady 94/80/WE z dnia 19 grudnia 1994 roku ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami, Dz.U. L 368 z 31 grudnia 1994, s. 38.

W krajach, gdzie głosowanie nie jest obowiązkowe, wpisanie na listę uprawnionych do głosowania może następować z urzędu. Obywatele UE mający miejsce zamieszkania w innym kraju UE niż obywatelstwo, mogą głosować zarówno w wyborach lokalnych w swoim ojczystym kraju, jak i w tym, w których aktualnie mieszkają.

Prawo głosowania za granicą może być ograniczone w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy w danym państwie ilość obywateli Unii uprawnionych do głosowania, zamieszkałych w tym państwie, ale niebędących jego obywatelami, przekracza 20% ogólnej liczby obywateli Unii w wieku uprawniającym do głosowania, państwo to może ograniczyć czynne prawo wyborcze do takich osób przebywających na jego terytorium przez dany okres nie dłuższy niż długość jednej kadencji władz lokalnych, a bierne do takich osób przebywających na jego terytorium przez dany okres nie dłuższy niż długość dwóch kadencji władz lokalnych. Po drugie, bierne prawo wyborcze może zostać ograniczone, w zależności od potrzeb, jeżeli jest to uzasadnione szczególnym charakterem kierowniczych stanowisk w administracji lokalnej z uwagi na branie udziału w sprawowaniu władzy urzędowej oraz gwarantowanie interesu publicznego¹¹.

W tym samym czasie Dyrektywa Rady 94/80/WE¹² ustanawia szczegółowe warunki głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych obywateli Unii. Państwa Członkowskie mogą zastrzec szczególne wymogi m.in. do obywatela Unii:

- który w wyniku odrębnego wyroku lub orzeczenia wydanego na gruncie prawa karnego lub cywilnego państwa jego pochodzenia, pozbawiono prawa kandydowania w wyborach;
- który nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- jeżeli ustawodawstwo Państwa Członkowskiego mówi, że tylko ich obywatele mogą być wybierani na urząd kierownika organu wykonawczego, jego zastępcy lub członków kierowniczego kolegialnego organu wykonawczego wspólnoty lokalnej stopnia podstawowego, o ile osoby takie zostały wybrane do pełnienia takich urzędów przez okres trwania mandatu;

¹¹ A. Cieleń, A. Szymański, *Obywatelstwo Unii...*, op. cit., s. 63–64.

¹² Dyrektywa Rady 94/80/WE z dnia 19 grudnia 1994 roku ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami, Dz.U. L 368 z 31 grudnia 1994, s. 38.

- jeżeli ustawodawstwo Państwa Członkowskiego mówi, że obywatele Unii wybrani na członków organów przedstawicielskich nie będą brali udziału ani w wyznaczaniu delegatów do głosowania w zgromadzeniu parlamentarnym, ani w wyborach członków takiego zgromadzenia;
- jeżeli sprawowanie wybieralnego urzędu w organach samorządowych Państwa Członkowskiego miejsca zamieszkania nie może być łączone ze sprawowaniem urzędów w innych Państwach Członkowskich etc.

Znacznie więcej praw do udziału w samorządzie mają cudzoziemcy w Europie i to dotyczy to nie tylko państw członkowskich UE. Mówimy tu przede wszystkim o możliwość udziału cudzoziemców w wyborach lokalnych oraz w inicjatywach lokalnych. Tak więc, zgodnie z art. 6 Konwencji Rady Europy „O uczestnictwie cudzoziemców w życiu publicznym na szczeblu lokalnym” z dnia 5 lutego 1992 roku (Rozdział C. Prawo udziału w wyborach do władz lokalnych), każdemu cudzoziemcowi zamieszkałemu na jej terytorium przyznają prawo do udziału w głosowaniu oraz prawo do kandydowania w wyborach do władz lokalnych, jeśli spełnia on te same prawne wymagania, które stosują się do obywateli tego państwa, a ponadto, był legalnym i stałym mieszkańcem tego państwa przez 5 lat poprzedzających wybory. Niemniej jednak, państwo może zadeklarować, podczas składania dokumentu ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia lub przystąpienia, że zamierza ograniczyć stosowanie ust. 1 jedynie do prawa udziału w głosowaniu.

Jak wiadomo, na dzień dzisiejszy Rada Europy zrzesza 47 państw europejskich, co sprawia, że jest jedyną organizacją o paneuropejskim charakterze. Rada Europy przyjmuje dokumenty mające charakter traktatów międzynarodowych (konwencje), do których mogą przystępować państwa członkowskie Rady Europy, a w niektórych przypadkach także europejskie kraje nieczłonkowskie, lub nawet pozaeuropejskie kraje nieczłonkowskie. Ukraina przystąpiła do Rady Europy w dniu 9 listopada 1995 roku, ale niestety do dziś nie ratyfikowała Konwencji Rady Europy „O uczestnictwie cudzoziemców w życiu publicznym na szczeblu lokalnym”, a także nie podpisała dodatkowego Protokołu do Europejskiej karty samorządu lokalnego¹³, dotyczącego praw obywateli do

¹³ Europejska Karta Samorządu Lokalnego sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r.

udziału w sprawach leżących w gestii władz lokalnych. Stosowany w aktach międzynarodowych termin „każdy” dotyczy w tym i cudzoziemców, i wszystkich osób zamieszkujących na pewnym terytorium.

Warto zauważyć, że z 47 państw członkowskich RE Konwencje Rady Europy „O uczestnictwie cudzoziemców w życiu publicznym na szczeblu lokalnym” ratyfikowało tylko osiem krajów (Albania, Dania, Islandia, Włochy, Holandia, Norwegia, Finlandia, Szwecja). Chociaż władze Rady Europy (Zgromadzenie Parlamentarne, Komitet Ministrów Rady Europy, Europejska Komisja na rzecz Demokracji przez Prawo) w swoich rezolucjach i zaleceniach konsekwentnie podkreślają konieczność ratyfikowania tego aktu¹⁴. W naszej opinii, „niechęć” do ratyfikacji tego aktu ze strony państw członkowskich można wytłumaczyć tym faktem, że przepisy prawa UE już nadają czynne i bierne prawo wyborcze do Parlamentu Europejskiego oraz władz lokalnych dla obywateli UE przebywających w innym państwie UE. Lecz istnieje podstawowa różnica w podejściu do prawa cudzoziemców do głosowania w wyborach lokalnych między wspomnianą Konwencją a przepisami prawa UE: Konwencja nadaje prawo do udziału w wyborach lokalnych wszystkim cudzoziemcom przebywającym w państwie przez 5 lat, zaś prawo UE zastrzega to prawo tylko dla obywateli UE.

Należy również zauważyć, że prawo cudzoziemców do udziału w życiu publicznym na szczeblu lokalnym bezpośrednio zadeklarowano w konstytucjach państw europejskich. Tak, art. XXIII Konstytucji Węgier z dnia 25 kwietnia 2011 roku mówi o spójności narodu węgierskiego i zaznacza, że każdy pełnoletni obywatel innego państwa, należącego do Unii Europejskiej, zamieszkały na Węgrzech, ma prawo wybierać i być wybieranym w wyborach przedstawicieli do samorządów terytorialnych oraz burmistrzów, a także w wyborach deputowanych do Parlamentu Europejskiego. Każda osoba pełnoletnia posiadająca status uchodźcy, imigranta bądź osiedleńca na Węgrzech ma prawo głosu w wyborach do samorządów terytorialnych i w wyborach burmistrzów. W referendum lokalnym ma prawo brać udział każdy, kto posiada czynne prawo wyborcze w wyborach do samorządu terytorialnego oraz w wyborach burmistrzów. Ustawa organiczna może wiązać czynne prawo wyborcze

¹⁴ Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy i 1459(2005) z 24 czerwca 2005 r. w sprawie uchylecia ograniczeń w prawie do głosowania, raport Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo z 17–18 czerwca 2001 roku.

lub jego zakres z miejscem zamieszkania na Węgrzech, zaś bierne prawo wyborcze z innymi warunkami¹⁵.

W podobny sposób tłumaczy osobowość prawną cudzoziemców i polskie ustawodawstwo. Zgodnie z art. 10 Kodeksu wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 stycznia 2011 roku¹⁶ prawo wybierania (czynne prawo wyborcze) przysługuje w wyborach do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego: dla rady oraz wójta gminy – obywatelowi polskiemu oraz obywatelowi Unii Europejskiej niebędący obywatelem polskim, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat, oraz stale zamieszkuje na obszarze tej gminy. Prawo wybieralności (bierne prawo wyborcze) w wyborach do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego ma osoba mająca prawo wybierania tych organów; w wyborach wójta – obywatel polski mający prawo wybierania w tych wyborach, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 25 lat, z tym że kandydat nie musi stale zamieszkiwać na obszarze gminy, w której kandyduje.

4. Podsumowanie

Podpisany Układ o stowarzyszeniu między UE a Ukrainą w 2014 roku¹⁷ obejmuje szczegółowy zestaw „zasadniczych elementów”, których naruszenie przez jedną ze Stron może doprowadzić do podjęcia konkretnych środków przewidzianych w Układzie o stowarzyszeniu, w tym do zawieszenia praw i obowiązków. Do tych elementów należy: poszanowanie zasad demokratycznych, praw człowieka i podstawowych wolności określonych w odnośnych dokumentach międzynarodowych, poszanowanie praworządności, respektowanie zasady poszanowania suwerenności i integralności terytorialnej, nienaruszalności i niezależności oraz przeciwdziałanie rozprzestrzenianiu broni masowego rażenia, związanych z nią

15 Ustawa zasadnicza Węgier z dnia 25 kwietnia 2011 roku, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011.html#_ftnref5 [dostęp: 12 listopada 2016].

16 Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 roku Kodeks Wyborczy, Dz.U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112, Nr 26, poz. 134, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/kodeks/kodeks.htm> [dostęp: 12 listopada 2016].

17 Układ o stowarzyszeniu między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony z dnia 27 czerwca 2014 roku // Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 161/3, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A22014A0529\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A22014A0529(01)) [dostęp: 12 listopada 2016].

materiałów oraz środków przenoszenia. W warunkach eurointegracji Ukraina jest zobowiązana do stopniowego zbliżenia prawodawstwa Ukrainy z prawodawstwem Unii zgodnie z postanowieniami Układu oraz do skutecznej jego realizacji, między innymi i do nadania praw politycznych cudzoziemcom zgodnie z przepisami i standardami UE.

Otóż, możemy stwierdzić, że Konstytucja Ukrainy 1996 roku oraz bieżące administracyjne ustawodawstwo Ukrainy nie opiera się na europejskich tradycjach tłumaczenia treści prawa cudzoziemców na uczestniczenie w kierowaniu sprawami lokalnymi i dostępu do służby w organach administracji publicznej.

Reasumując, możemy podkreślić, że w kontekście integracji europejskiej, Ukraina powinna wypracować współczesną koncepcję polityki państwowej, która będzie zorientowana na demokratyczne wartości europejskie, efektywnie działać i adekwatnie reagować na przemiany w sytuacji migracyjnej, związanej z procesem globalizacji. To z kolei wzmacnia konieczność rozwijania stałego dialogu między organami państwowymi a jednostkami samorządowymi, pobudza do udoskonalenia systemu stosunków socjalnych, politycznych, prawnych, ekonomicznych na różnych poziomach.

Bibliografia

- Byłok F., Sikora J., Sztumska B., *Wybrane aspekty socjologii rynku*, Politechnika Częstochowska, Częstochowa 2001.
- Cieleń A., Szymański A., *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wyd. Sejmowe: Kancelaria Sejmu, Warszawa 2004.
- Dyrektywa Rady 94/80/WE z dnia 19 grudnia 1994 roku ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami, Dz.U. L 368 z 31 grudnia 1994.
- Dyrektywa Rady 94/80/WE z dnia 19 grudnia 1994 roku ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami, Dz.U. L 368 z 31 grudnia 1994.
- Europejska Karta Samorządu Lokalnego sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r., Dziennik Ustaw 1994, Nr 124 poz. 607.

- <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19941240607> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ganowicz E., *Idea samorządności w Polsce – próba aksjologicznej systematyzacji w ujęciu politologicznym*, „Przegląd Politologiczny” 2014, Nr 2.
- Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 roku przyjęta i proklamowana rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ, 217 A (III) w dniu 10 grudnia 1948 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy i 1459(2005) z 24 czerwca 2005 r. w sprawie uchylenia ograniczeń w prawie do głosowania, raport Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo z 17–18 czerwca 2001 roku.
- Traktat o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej 2012/C 326/01, Dziennik Urzędowy C 326, 26/10/2012 P. 0001–0390.
- Układ o stowarzyszeniu między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony z dnia 27 czerwca 2014 roku, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 161/3, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A22014A0529\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A22014A0529(01)) [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ustawa Ukrainy „O referendum ogólnoukraińskim” z dnia 6 listopada 2012 roku, <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/547517> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ustawa Ukrainy „O statusie prawnym deputowanych rad miejscowych” z dnia 11 lipca 2002 roku, <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/93-15> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ustawa Ukrainy „O wyborach lokalnych” z dnia 14 lipca 2015 roku, <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/595-19> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ustawa Ukrainy „O wyborach Prezydenta Ukrainy” z dnia 5 marca 1999 roku, <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/474-14> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 roku Kodeks Wyborczy, Dz.U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112, Nr 26, poz. 134, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/kodeks/kodeks.htm> [dostęp: 12 listopada 2016].
- Ustawa zasadnicza Węgier z dnia 25 kwietnia 2011 roku, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011.html#_ftnref5 [dostęp: 12 listopada 2016].
- Журавель Я., *Щодо питання про участь негромадян у здійсненні місцевого самоврядування в Україні*, „Право України” 2006, № 8.

Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року
nr 254к/96-ВР, „Відомості Верховної Ради України” 1996, № 30.

*Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 7
червня 2001 року nr 2493-III, „Відомості Верховної Ради Украї-
ни” 2001, № 33.*

Хоменець Р., *Хоча й без мандата: Правовий статус фізичної особи як
суб'єкта місцевого самоврядування, „Віче” 2001, № 4.*

Małgorzata Łuszczynska
(Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej)

WOLNOŚĆ JAKO ISTOTNY ELEMENT DOSKONAŁOŚCI CZŁOWIEKA. ROZWAŻANIA W PIĘCDZIESIĘCIOLECIE ZAMKNIĘCIA OBRAD II SOBORU WATYKAŃSKIEGO

ABSTRACT

LIBERTY AS AN IMPORTANT ELEMENT OF HUMAN PERFECTION:
REFLECTIONS ON THE 50TH ANNIVERSARY
OF THE CONCLUSION OF THE SECOND VATICAN COUNCIL

The article addresses the idea of liberty according to the doctrine of the Catholic Church. It presents the traditional approach of the magisterium to the question of liberty shaped by the Church's Fathers and Doctors. The evolution of the social teaching of the Church influenced by the cultural changes that have taken place in the contemporary world has led to the shift in the position regarding the issue discussed. The Second Vatican Council marks a turning point. It modified – in the spirit of *aggiornamento* – the approach to the question of liberty, in particular with regard to religious freedom and relations between Catholics and observers of other religions, as well as persons who do not espouse any religious beliefs.

KEYWORDS: freedom, religious freedom, doctrine of the Catholic Church, Second Vatican Council

SŁOWA KLUCZOWE: wolność, wolność religijna, doktryna Kościoła katolickiego, Sobór Watykański II

Wolność to jedna z naczelných idei doktryn politycznych, prawnych, ekonomicznych. Termin, którego znaczenie bywa rozmaicie ujmowane

i interpretowane. Fundament, na którym gmach swój wzniosła zarówno doktryna liberalizmu, jak i anarchizmu. Hasło, niesione na sztandarach rewolucji francuskiej, które na trwałe wpisało się w koncepcję demokracji, tak antycznej, jak i współczesnej¹.

Problematyka wolności tylko pozornie obca jest instytucjom opartym na porządku hierarchicznym, gdzie *ordo*, zakorzenione w gradacji, wykazuje ścisłą korelację z *obedientia*.

Rozważania w przedmiocie wolności stanowią także nieodłączny element doktryny Kościoła katolickiego.

[...] uznany autorytet w dziedzinie teologii, jezuita John Courtney Murray, zauważył, że do tradycyjnie wskazanych przez papieży podstawowych wartości: prawdy, sprawiedliwości i miłosierdzia, będących fundamentem pokoju, została dołączona wolność².

Wolność stała się „najbardziej istotnym atrybutem osoby ludzkiej”³. Nowe spojrzenie i ujęcie idei wolności było owocem prac II Soboru Watykańskiego, który stał się katalizatorem ewolucji doktryny Kościoła katolickiego. W pięćdziesiątą rocznicę zamknięcia obrad Soboru warto prześledzić zmiany zachodzące w postrzeganiu idei wolności, które „w świetle Tradycji lub, jak wolimy, »hermeneutyki ciągłości«” pozwalają za pełne zrozumienie wagi dokumentów soborowych i umożliwiają ich odczytanie zgodne z doktryną Kościoła⁴.

Rozważania Magisterium Kościoła w przedmiocie wolności mają naturę filozoficzno-teologiczną. Wolność w doktrynie Kościoła ujmowana jest w specyficzny, właściwy dla tej instytucji sposób. Z uwagi na cel jakiemu służy, ma ona wymiar eschatologiczny. Zatem ujęcie wolności stanowi w analizowanej doktrynie wypadkową wykładni dogmatu o grzechu pierwotnym oraz dogmatu o łasce. Grzech ogranicza osobę ludzką, a łaska stwarza możliwości, daje nadzieję⁵. Tak ujmowana wolność to przede wszystkim wolność od grzechu.

1 Szerzej na temat treści kryjącej się pod hasłem wolność A. Łuszczyński, *Kategoria wolności w dyskursie politycznym*, [w:] *Idea wolności w ujęciu historycznym i prawnym*, pod red. E. Kozerskiej, P. Sadowskiego A. Szymańskiego, Toruń 2010, s. 357–366.

2 G. Tobin, *Dobry papież*, Kraków 2016, s. 252.

3 Cz. Strzeszewski, *Katolicka Nauka Społeczna*, Lublin 2003, s. 513.

4 R. de Mattei, *Sobór Watykański II. Historia dotąd nieopowiedziana*, Ząbki 2012, s. 14.

5 R. Legutko, *Wolność*, [w:] *Słownik Społeczny*, red. B. Szlachta, Kraków 2004, s. 1580.

Zgodnie ze słowami Karla Jaspersa:

Świadomość wolności nie można wyrazić za pomocą jakiegoś pojedynczego, charakterystycznego wyrażenia. Dopiero w ruchu od jednego wyrażenia do innego objawia się sens, który nie ujawnia się w żadnym pojedynczym wyrażeniu⁶.

Źródeł doktrynalnego ujęcia wolności szukać należy w myśl Ojców i Doktorów Kościoła. Szczególne zasługi w tym zakresie przypisać należy Bazylemu z Cezarei, Grzegorzowi z Nazjanzu, Grzegorzowi z Nysy, Janowi Chryzostomowi, św. Ambroży, św. Augustyn z Hippony⁷.

W szczególności myśl św. Ambrożego silnie oddziaływała na Magisterium Kościoła. Zarysowana dychotomia wolności: prawdziwa i fałszywa, stała się kanwą do dyskusji i polemik, które rozgorzały w trakcie obrad Soboru Watykańskiego II. Wolność prawdziwa nierozzerwalnie związana z cnotą, wyrażała się w nieustannym dążeniu „człowieka do dobra moralnego, które należy utożsamiać z dobrem religijnym”⁸. Osoba ludzka żyjąca zgodnie z przykazaniami bożymi i kościelnymi osiąga prawdziwą wolność, która jest wolnością od grzechu, pokus tego świata. Niewolnikiem własnych słabości, popędów i podszeptów szatana jest ten, który owładnięty jest ideą wolności fałszywej, rozumianej przez Kościół jako dowolność w stylu i sposobie życia⁹.

Skoro jednak tylko dopuści się wolność, to znaczy autonomię, w kształtowaniu się wewnętrznym, to już przez to samo złe staje się możliwym¹⁰.

W czasach wczesnego średniowiecza św. Ambroży wskazał na aspekt zewnętrzny i wewnętrzny związany z wolnością. Można bowiem było być prawdziwie wolnym niewolnikiem, kiedy ciało należało do drugiego człowieka, a dusza, kierując się ku Bogu, była kwintesencją prawdziwej wolności. Podobnie św. Augustyn ujmował wolność w aspekcie duchowym. Była ona uniezależniona od warunków zewnętrznych. Nie miała

6 K. Jaspers, *Filozofia egzystencji*, Warszawa 1990, s. 176.

7 M. Eliade, *Historia wierzeń i idei religijnych*, t. 3, Warszawa 1995, s. 33.

8 M. Sadowski, *Państwo w doktrynie papieża Leona XIII*, Kolonia Limited 2002, s. 90.

9 Szarzej E. Gilson, *Historia filozofii chrześcijańskiej w wiekach średnich*, Warszawa 1987, s. 185; J. Keller, *Katolicka doktryna społeczna*, Warszawa 1987, s. 185.

10 M. Straszewski, *Filozofia św. Augustyna na tle epoki*, Kraków 1905, s. 279.

na nią wpływu sytuacja społeczna, ekonomiczna czy polityczna, a nawet prawna. Wyznacznikiem był preferowany system aksjologiczny. Jedyną niewolą była niewola grzechu.

W epoce nowożytnej myśl społeczna Kościoła przybierała „postać wyodrębnionego z całokształtu nauk kościelnych systemu teoretycznego wraz z ogłoszeniem 15 maja 1891 roku encykliki Leona XIII *Rerum novarum*”¹¹. Dla koncepcji wolności rozpoczął się trudny, długi i skomplikowany proces ewolucji. Jego kamieniem milowym stał się Sobór Watykański II. Był on „początkiem końca”, zamknął „erę *Syllabus*” i zakończył dzieło kontreformacji¹². Sobór Watykański otworzył – można wysunąć twierdzenie – nową erę w dziejach Kościoła i stał się punktem zwrotnym, oddzielającym to, co „przedsoborowe” od tego, co „posoborowe”.

Aby zrozumieć doniosłość reform soborowych, należy przyrzeć się stosunkowi Kościoła do współczesnego świata, a w szczególności do problematyki wolności, w tym wolności religijnej. Z tak ujętą problematyką koreluje zagadnienie relacji z przedstawicielami innych wyznań oraz osobami deklarującymi bezwyznaniowość. Przyrzeć się należy, chociaż pobieżnie, czynnikom warunkującym zmiany.

Przemiany społeczne zachodzące w XIX stuleciu związane były przede wszystkim z upadkiem feudalizmu, narodzinami zasad wolnego rynku, masowym zainteresowaniem hasłami socjalistycznymi, stopniową demokratyzacją życia społecznego, politycznego i sprawiały, że dotychczasowy porządek stał się bezapelacyjnie reliktem przeszłości. Nic więc dziwnego, że instytucja zachowawcza, jaką jest Kościół, podchodziła nie tylko z rezerwą, ale wręcz z wrogością do wszelkiego *novum* na arenie szeroko rozumianego życia społecznego. „Kościół powszechny brzydzi się każdą nowością” pisał Grzegorz XVI w encyklice *Mirari vos* powołując się na słowa św. Celestyna¹³.

11 S. Markiewicz: *Ewolucja społecznej doktryny Kościoła*, Warszawa 1983, s. 5. Jak podaje J. Godlewski od Soboru Trydenckiego do pontyfikatu Leona XIII Kościół w zasadzie nie wyparował „syntezy” w sprawach społecznych. Następcy św. Piotra od Piusa VI (od 1775) do Piusa IX (do 1878) w zasadzie nie przeprowadzali analizy procesów laicyzacyjnych i sekularyzacyjnych nowoczesnych społeczeństw. J.F. Godlewski, *Katolicka myśl kościelna o państwie i prawie*, Warszawa 1985, s. 39. Por. L. Dubel, *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku*, Warszawa 2005, s. 17–18.

12 Por. K. Grzybowski, B. Sobolewska, *Doktryna polityczna i społeczna papieżstwa (1789–1968)*, Warszawa 1971, s. 181.

13 Grzegorz XVI, *Mirari vos*, 7.

Przyczyn owych niekorzystnych dla Kościoła przemian dokonujących się we współczesnych społecznościach państwowych upatrywano w pierwszej kolejności przede wszystkim w liberalizmie¹⁴. W szczególności zaś w wydarzeniach związanych z rewolucją francuską, która została potępiona przez Piusa VI na konsystorzu w dniu 29 marca 1790 r.¹⁵ W zdobyczach rewolucji upatrywano negacji wszelkiej prawdy i zasad etycznych oraz postrzegania człowieka jako tworu sztucznego, powstałego przez odseparowanie od Boga i rodziny. Przedmiotem kościelnego potępienia stały się doktryny wolnościowe oraz ustroje sprzyjające rozwojowi kapitalizmu i sekularyzacji życia publicznego.

Zarówno *Quod aliquantum* Piusa VI (z 1791 r.), jak i pozostałe XIX wieczne dokumenty papieskie: *Ecclesiam a Jesu Christo* Piusa VII (z 1821 r.), *Ubi primum* (z 1824 r.) i *Qua graviora* (z 1825 r.) Leona XII, *Traditi humilitati nostrae* Piusa VIII (z 1829 r.), *Cum primum* (z 1832 r.), *Mirari vos* (z 1832 r.) oraz *Singulari nos* (z 1834 r.) Grzegorza XVI, a przede wszystkim *Quanta cura* (z 1864 r.) Piusa IX wraz z dołączonym do niej *Syllabus errorum*, czyli wykazem błędów doktrynalnych i tendencji społecznych, jakie były w owym czasie w obiegu, potępiły liberalizm oraz nie przewidywały jakiegokolwiek możliwości dialogu z tą doktryną¹⁶.

Wolność, kojarzona głównie z jednym z haseł niesionych na sztandarach rewolucji francuskiej, była przez zwierzchników Kościoła

14 Terminem „liberalizm” posługuje się nauka społeczna Kościoła od czasu pontyfikatu Piusa IX, nadając temu pojęciu charakter pejoratywny. Wcześniej posługiwano się na określenie tej doktryny epitetami (m.in. bezbożne, wyuzdane, zuchwałe, niedorzeczne, najzgubniejsze) oraz wyjaśniano zmiany zachodzące we współczesnym świecie posługując się teoriami *stricte* spiskowymi. Liberalizm był utożsamiany przez następców św. Piotra ze wszystkimi nieaprobowanymi przez Kościół doktrynami, ideami czy ruchami religijnymi, politycznymi, ekonomicznymi, filozoficznymi, a zatem z ateizmem, racjonalizmem, naturalizmem, indyferentyzmem, wolnomularstwem, darwinizmem czy modernizmem. Por. Leon XIII, *Libertas praestantissimum*, 14 i n.; Ch. Weber, *Katolicyzm i liberalizm – dwa spokrewnione z zarazem wrogie wobec siebie kierunki w perspektywie historycznej*, [w:] *Katolicyzm i liberalizm dzisiaj*, Warszawa 1994, s. 149–157; D. Sepczyńska, *Katolicyzm a liberalizm*, Kraków 2008, s. 28–30.

15 Z ostrą krytyką spotkała się przede wszystkim Deklaracja Praw Człowieka. Punktem zapalnym stała się podjęta przez Konstytucyjne Zgromadzenie Narodowe próba reformy Kościoła. Ostatecznie Pius VI w brewie *Quod aliquantum* opublikowanym 10 marca 1791 r. potępił Konstytucję Cywilną Kleru oraz kilka artykułów (przede wszystkim art. 10 i 11) Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela.

16 Ch. Weber, *op. cit.*, s. 149–157.

katolickiego utożsamiana z wolnością od Boga i religii. Owa nieograniczona wolność pozostawała w sprzeczności z doktryną katolicką, a nawet więcej: podważała jej autorytet w oczach społeczeństw chrześcijańskich. Wolność w myśl społecznego nauczania Kościoła to wybór zgodny z porządkiem ustalonym przez Stwórcę, czyli *de facto* zgodny z wolą zwierzchnika Stolicy Piotrowej.

Leon XIII w *Immortale Dei* uznał, iż wolność „jest istotnym elementem doskonałości człowieka”, ale należy korzystać z niej bardzo ostrożnie z uwagi na łatwość jej nadużycia. Z całą pewnością Kościół potępiał głosicieli „rozpasanej wolności”, którzy stawiają znak równości między wolnością a swawolą. Wolność jest bowiem nie tyle prawem, ile „sposobem duchowego istnienia i działania”¹⁷. Magisterium Kościoła postrzegało wolność jako problematykę ściśle skorelowaną z prawdą. Prawda, tak jak dobro, jest stała i niezmienna. *Conditio sine qua non* prawdziwej wolności jednostki, społeczeństwa, państwa jest stworzenie Kościołowi warunków, aby w porządku polityczno-prawnym „dziełem chrystianizmu swobodnie i samodzielnie zarządzał”¹⁸. Celem wolności była więc prawda, dobro ujmowane jako *bonum commune*, mające swoje oparcie w prawie bożym, a nie w „przepisach tego lub owego człowieka, lub nawet społeczeństwa ludzkiego”¹⁹. Z pomocą idei wolności poszczególne społeczności polityczne mają kształtować porządek prawny niesprzecznie z prawem naturalnym opartym na *lex aeterna*.

Nie do zaakceptowania była w szczególności zasada głosząca równość wierzących i niewierzących wobec obowiązujących norm prawnych. Wolność sumienia i wyznania utożsamiana była z dowolnością, a w konsekwencji z atakiem na Kościół. Wolność oznaczała samodzielność w myśleniu i postrzeganiu świata. Była zatem utożsamiana raczej z zagrożeniem, niż z szansą dla rozwoju jednostki i większego poszanowania jej godności oraz nienaruszalności jej praw przyrodzonych.

Leon XIII dostrzegł konieczność zmiany optyki w zagadnieniach społeczno-politycznych. Zapoczątkowana przez niego doktryna Kościoła ulegała przemianom stosownie do zmian kulturowych zachodzących we współczesnym świecie. Znaki czasu, o których pisał Jan XXIII, wymusiły swoiście ukształtowany program *aggiornamento*.

17 M. Sadowski, *Państwo...*, *op. cit.*, s. 95.

18 Leon XIII, *Immortale Dei*.

19 J. Majka, *Etyka społeczna i polityczna*, Warszawa 1993, s. 36.

Kościół do czasu pontyfikatu Jana XXIII był jednak nadal Kościołem zamkniętym na głos współczesnego świata. Z niechęcią, wręcz wrogością, odnosząc się do wszystkiego, co nie pozostawało w zgodzie z Jego dogmatami wiary oraz z doktryną, opierał się na hierarchicznym podporządkowaniu, uprzedmiotowieniu laikatu. Leon XIII rozpoczął etap tolerowania „błędów” związanych z szeroko rozumianą wolnością religijną. Wpisanie wolności religijnej w katalog wolności człowieka nastąpiło jednak dopiero za pontyfikatu Jana XXIII, który w *Pacem in terris* pochylił się nad prawami człowieka. Wspomniana encyklika otwiera nowy etap. Etap dialogu, zrozumienia, poszukiwania tego, co łączy poszczególne religie, a nie jedynie tego, co je dzieli.

Kamieniem milowym w postrzeganiu idei wolności stał się zatem Sobór Watykański II. Barbara Sobolewska i Konstanty Grzybowski nazywają go „otwarcie drogi do »końca kontrreformacji«”²⁰. Kościół Janowy wychodzi z izolacji, rozpoczyna prawdziwy dialog, szuka porozumienia i wyciąga rękę do przedstawicieli innych wyznań. Działania te idą w kierunku stworzenia „międzynarodówki wszystkich religii”, a może nawet „konfederacji wszystkich, czy niektórych Kościołów chrześcijańskich”²¹. Jan XXIII dostrzega przemiany zachodzące w świecie i w mentalności poszczególnych społeczności. Trwanie przy jedynej słusznej prawdzie, prawdzie katolickiej, było możliwe wówczas, kiedy społeczności polityczne stanowiły monolit pod względem wyznawanej religii. Na skutek przemian społeczno-gospodarczych oraz politycznych społeczeństwa jednolite religijnie przeszły do historii. W ich miejsce powstały grupy głoszące pluralizm religijny. Ich członkowie wchodzić zaczęli z sobą w rozmaite relacje ekonomiczne, prawne, polityczne. Współdziałanie wierzących i niewierzących stało się koniecznością życiową we współczesnym państwie. Kościół nie mógł tego nie dostrzec i nie zająć w tej sprawie stanowiska. Na tak zarysowany problem społeczny nakładało się zagadnienie skuteczności akcji misyjnych Kościoła oraz formowanie się grup wyznających religię katolicką w krajach kulturowo obcych chrześcijaństwu. Zatem zagadnienie mniejszości katolickich w społecznościach niekatolickich, a nawet niechrześcijańskich wymuszało zmianę optyki Kościoła w przedmiocie wolności religijnej. Geneza stanowiska Janowego nie jest prosta. Składa się na nią szereg czynników, jak na przykład wzbierający na sile, po doświadczeniach II wojny, światowej ruch eklezjalny. Eklezjologia

20 K. Grzybowski, B. Sobolewska, *op. cit.*, s. 181.

21 *Ibidem*, s. 171.

przedsoborowa jest już wyraźnie ekumeniczna przez fakt podkreślania wagi chrztu jako sakramentu łączącego wszystkich chrześcijan²². Ponadto dostrzegając posłannictwo Kościoła – służba na rzecz zbawienia – zaczęto doszukiwać się związków z Kościołem nie tylko ochrzczonych.

Kościół katolicki podtrzymując ideał jednego pasterza i jednej owczarni musiał zatem stonować głos potępienia i wrogości. Sformułowano wówczas hipotezę współdziałania wierzących i niewierzących na rzecz dobra wspólnego. Współpracę zaczęto traktować nie jako zło konieczne, lecz jako aktywność potrzebną i niezbędną dla prawidłowego funkcjonowania społeczności politycznych.

Akceptując potrzebę współpracy z niekatolikami, dokonano jednocześnie zróżnicowania form interakcji w zależności od wyznania lub deklaracji bezwyznaniowości.

Z bezwzględnym odrzuceniem spotkały się te ideologie, które głosiły programowo odrzucenie wszelkiej religii. Postawa Kościoła wobec ateizmu zawarta została w ustępie 21 Konstytucji pastoralnej *O Kościele w świecie współczesnym*.

Chociaż zaś Kościół całkowicie odrzuca ateizm, jednak szczerze przyznaje, że wszyscy ludzie, wierzący i niewierzący, powinni dokładać sił do właściwego budowania tego świata, w którym wspólnie żyją, co oczywiście jest niemożliwe bez szczerego i roztropnego dialogu²³.

Rozróznilo poszczególne formy i źródła oraz odmiany ateizmu²⁴. Generalnie ateizm uznano za sprzeczny z naturą, ponieważ „człowiek nieustannie pobudzony przez Ducha Bożego, nigdy nie będzie zupełnie obojętny na problemy religijne, co znajduje potwierdzenie w doświadczeniu nie tylko ubiegłych wieków, ale także i naszych czasów”²⁵.

Niemniej dialog z ateistami uznano nie tylko za dopuszczalny, co wręcz za wskazany w celu „należytej budowy tego świata, w którym wspólnie żyją”²⁶.

22 Podkreślano, że chrzest ma „więź nadprzyrodzoną, której nie mogą przekreślić żadne podziały”. S. Lemański, *Odnova teologii w przeddzień Vaticanum II*, „Życie i Myśl” 1967, numer specjalny, s. 321.

23 *Gaudium et spes*, 21.

24 *Ibidem*, 19–21.

25 *Ibidem*, 41.

26 Por. *ibidem*, 21.

W odniesieniu do wszelkich innych niż katolicka religii Sobór Watykański II rozwinął twierdzenia doktrynalne. Akcent położono na znaczenie objawienia. Jest ono istotne, stanowi *locutio Dei*, ale człowiek może bez niego poznać podstawowe prawdy wiary. Poznanie jest możliwe dzięki „naturalnemu rozumowi”, „natchnieniu”²⁷. Prawdy wiary uporządkowane są hierarchicznie. Na czele stoją te, które są wspólne wszystkim religiom (także niechrześcijańskim), np. „uznanie najwyższego Bóstwa czy też Ojca”²⁸. Szczególne znaczenia miała w tym zakresie deklaracja *Nostra aetate* oraz dekret o ekumenizmie *Unitatis redintegratio*. Dokumenty te miały umożliwić dialog ze wszystkimi religiami, a w szczególności doprowadzić do dialogu i współpracy między chrześcijanami.

Człowiek jednakże może zwrócić się do dobra jedynie w sposób wolny; [...] Prawdziwa natomiast wolność jest niezwykłym nakazem Bożego obrazu w człowieku. Chciał bowiem Bóg zostawić człowieka „w mocy rady jego”, tak by dobrowolnie szukał swego Stwórcy i w sposób wolny doszedł do pełnej i szczęśliwej doskonałości Jego się trzymając. Godność więc człowieka wymaga, aby postępował on według świadomego wolnego wyboru, czyli wewnętrznej osobistej chęci i decyzji, a nie z wewnętrznej ślepego impulsu lub tylko pod wewnętrznym przymusem. Człowiek osiąga taką godność, gdy uwalniając się z wszelkiej niewoli namiętności dąży do swego celu przez wolny wybór dobra i zapewnia sobie skutecznie i z umiejętnością zapobiegliwość odpowiednie środki²⁹.

Dokumenty Soborowe nie tyle implikują jedność, ile wprost się tym pojęciem posługują. Mają one charakter deklaracyjny. Deklaracja *O wolności religijnej Dignitatis humanae* stanowiła jeden z elementów programu soborowego *aggiornamento* wobec świata współczesnego. Relacje z nim ujęte zostały w konstytucji *O Kościele współczesnym (Gaudium et spes)*. Konstytucja *O objawieniu (Dei Verbum)* ujęła prawdy wiary w sposób niepopadający w sprzeczność z ówczesną wiedzą oraz umożliwiającą niwelację różnic w postrzeganiu zagadnienia objawienia między katolikami a niekatolikami.

Gaudium et spes miała poza tym za zadanie zaktywizować hierarchów Kościoła oraz świeckich, włączyć ich w szeroko rozumiane życie społeczne. Pozostałe dokumenty dopełniały *Konstytucję*.

27 *Dei Verbum, Nostra aetate*.

28 *Nostra aetate*, 2.

29 *Gaudium et spes*, 17.

Wystarczy bowiem spojrzeć na treść dekretu *O pasterskich zadaniach biskupów w Kościele*, który stanowi, że troska o jedność spoczywa na barkach biskupów (ust. 6), poszczególnych kapłanów (ust. 8), zakonników (dekret *O przystosowanej odnowie życia zakonnego*, ust. 15), przebiterów (dekret *O postudze i życiu kapłanów*, ust. 8) oraz świeckich prowadzących jakąkolwiek aktywność apostołską (dekret *O apostołstwie świeckich*, ust. 25). Szczególnie dekret *O ekumenizmie* stara się zmniejszyć, pielęgnowaną przez stulecia, niechęć do innych wyznań. W pierwszym zdaniu dekretu przeczytamy, że:

Jednym z zasadniczych zamierzeń drugiego Watykańskiego świętego Soboru jest wzmoczenie wysiłków dla przywrócenia jedności wśród wszystkich chrześcijan³⁰.

Zbliżenia nie dałoby się osiągnąć, gdyby nie chęć przewyciężenia uprzedzeń, podziałów, niechęci a nawet wrogości zgodnie z dewizą Jana XXIII:

Podkreślać to, co ludzi jednoczy i z każdym odbywać taki wycinek drogi, jakim można iść bez uszczerbku dla postulatów sprawiedliwości i wymogów prawdy³¹.

Sobór Watykański duży nacisk położył na zagadnienie godności człowieka. Godność jednostki gwarantowana jest przez wolność. Nie można bowiem mówić o godności osoby ludzkiej, kiedy nie jest ona wolna. Doskonale rozumiał to sprzężenie Jan XXIII, który w kontekście wolności człowieka podkreślał problematykę wolności religijnej. Otwarcie Kościoła na dialog z innymi religiami to akceptacja pluralizmu społecznego. Znalazła ona swój wyraz w koncepcji „równoważenia się”³². W artykule 26 *Gaudium et spes* użyto pojęcia *aequilibrium*. Zostało ono ściśle sprzężone z ideą *bonum commune*. Zespoleń to staje się w optyce soborowej gwarantem pokoju i dobrobytu, a równowaga stanowi *conditio sine qua non* wolności. Godność osoby ludzkiej powiązana z dobrem wspólnym ma na celu eliminację dyskryminacji. Brak dyskryminacji stanowi

³⁰ Ustęp 1. Podobnie w dekrecie *O stosunku Kościoła do religii niechrześcijańskich*.

³¹ J. Wagner, *Soborowe przesłanki powszechnej jedności*, „Życie i Myśl” numer specjalny z 1967 r., s. 333.

³² *Gaudium et spes*, 78.

podstawę prawdziwej wolności, a co za tym idzie gwarancję poszanowania praw człowieka³³.

Soborowa koncepcja wolności, a szczególności wolności religijnej poróżniła Ojców Soboru. Wielu nadal wołało piętnować błędy innych religii, krytykować odmiennosć od katolicyzmu. Stąd prace nad *Deklaracją o wolności religijnej (Dignitatis humanae)* wzbudzały ogromne emocje, a co za tym idzie niesłabnące zainteresowanie opinii publicznej. Wielokrotnie przeredagowano tekst deklaracji, aby ostatecznie przegłosować ją 19 listopada 1965 roku³⁴.

Schemat deklaracji przygotowany został przez Sekretariat dla Spraw Jedności Chrześcijan. Kontrowersje dotyczyły kwestii zgodności ujęcia problematyki wolności wyznania zawartej w deklaracji z zasadami doktrynalnymi Kościoła.

Wolność religijną ujęto w świetle Objawienia. Godność osoby ludzkiej stała się fundamentem, na którym wzniesiono treść deklaracji *Dignitatis humanae*. Wprawdzie Objawienie nie formułuje wyraźnie prawa do wolności od zewnętrznego przymusu w sprawach religijnych, ale za to ujawnia w pełnych wymiarach godność osoby ludzkiej. Wskazuje, że wiara pełna jest szacunku dla wolności człowieka, pod warunkiem wypełniania przez człowieka obowiązku zawierzenia słowu Bożemu oraz wierności porządkowi aksjologicznemu. Jednocześnie Objawienie wskazuje na sposób ujęcia ogólnych zasad, na których opiera się nauka tej *Deklaracji o wolności religijnej*. W ten sposób wolność religijna nie popada w sprzeczność, więcej pozostaje w zgodzie, z wolnością aktu wiary chrześcijańskiej³⁵.

W podtytule *Deklaracji* stwierdzono, że odnosi się ona jedynie do „wolności społecznej i prawnej” w sprawach religijnych. Zatem dotyczy relacji społeczeństwa świeckiego, państwa do religii. Nie jest to zatem deklaracją odnośnie stosunku Kościoła katolickiego do wolności religijnej. Mimo przeredagowanej wersji (zawierającej stwierdzenia nieobecne

33 Por. *Ibidem*, 29.

34 Głosowanie nad szóstym schematem odbyło się 19 listopada 1965 roku. „Spośród 2216 Ojców, 1954 głosowało *placet* (tak), 249 *non placet* (nie), 13 głosów okazało się nieważnych”. M. Davies, *Sobór Watykański II a wolność religijna*, Warszawa 2002, s. 175. Papież Paweł VI zatwierdził szósty schemat. „Na dziewiątej sesji publicznej, 7 grudnia 1965 roku, *Deklaracja o wolności religijnej*, zaczynająca się do słów *Dignitatis humanae*, otrzymała 2308 głosów pozytywnych i 70 negatywnych, 8 głosów było nieważnych”. *Ibidem*, s. 176.

35 *Dignitatis humanae*, 9.

w pierwotnej wersji, rozdanej członkom Soboru 19 listopada 1963 roku, jak na przykład „jedynie prawdziwa religia przechowuje się w Kościele katolickim”), *Deklaracja* spotkała się z bardzo skrajnymi opiniami. W opinii członków Kościoła Powszechnego, tak konsekrowanych, jak i świeckich, wywołała żywą reakcję. Wzbudzała zainteresowanie także przedstawiciele innych religii oraz osób deklarujących bezwyznaniowość. Zapewne z tego powodu „na temat *Dignitatis humanae*, czyli *Deklaracji o wolności religijnej*, napisano prawdopodobnie więcej, niż o jakimkolwiek innym dokumencie, powstałym na Soborze Watykańskim II; wyjątek stanowi może *Konstytucja o liturgii świętej*”³⁶.

R.M. Wiltgen stawia tezę, że osobami, które miały wpływ na redakcję poszczególnych dokumentów soborowych byli *periti*, czyli eksperci. To oni dzierżyli wpływali na ostateczny kształt deklaracji i konstytucji, a co za tym idzie w ich ręku spoczywała realna władza³⁷. Na sformułowanie *Deklaracji o wolności religijnej* duży wpływ wywarł ekspert ojciec John Courtney Murray. Jak pisze Michael Davies, ojciec Murray:

miał prosty i konsekwentny cel: chciał zastąpić tradycyjną katolicką doktrynę na temat Kościoła i państwa nowym nauczaniem, opartym na amerykańskiej konstytucji. W 1967 roku stwierdził z satysfakcją „Przedmiot czy też treść prawa do wolności religijnej jest identyczna w Deklaracji i w amerykańskim systemie konstytucyjnym”³⁸.

Stąd wzięło się określenie *Dignitatis humanae* jako „schemat amerykański”. *Deklaracja* przyjęta została dzięki zaangażowaniu biskupów amerykańskich. „Głosy są głosami biskupów ze Stanów Zjednoczonych, ale myśli są myślami Johna Courtneya Murraya”³⁹.

Wolność religijna początkowo nie figurowała na liście tematów soborowych. Problematyka ta miała stanowić integralną część schematu o ekumenizmie. Ostatecznie przechodząc przez sześć wersji oraz będąc zagadnieniem

³⁶ M. Davies, *Sobór Watykański II a wolność religijna*, Warszawa 2002, s. 5.

³⁷ R.M. Wiltgen, *Ren upada do Tybru. Historia Soboru Watykańskiego II*, Poznań 2001.

³⁸ M. Davies, *op. cit.*, s. 6.

³⁹ *Ibidem*. Słynną mowę, której autorem był Murray, wygłosił belgijski biskup Emile de Smedt 19 listopada 1963 roku. Wystąpienie to było entuzjastycznie przyjęte przez zwolenników i sympatyków schematu, ale też pozytywnie przez jej oponentów. R. McAfee Brown, *Observer in Rome*, Londyn 1964, 169.

wiodącym stu dwudziestu przemówień stała się jednym z najważniejszych tematów głównie dla biskupów amerykańskich, kwestią „wokół której mogli się skupić z całą siłą i całym entuzjazmem”⁴⁰. Przyczyną tego stanu rzeczy były oskarżenia, z którymi Kościół katolicki borykał się w Stanach Zjednoczonych. Zarzucano katolikom, że problematykę wolności religijnej traktują bardzo jednostronnie: jako mniejszość domagają się wolności tylko siebie, jednocześnie odmawiając do niej prawa innym wyznaniom.

Obok licznej grupy zwolenników *Deklaracji o wolności religijnej*, były też koła grupujące przeciwników proponowanych, a następnie przegłosowanych rozwiązań. Ich niechęć, a nawet wrogość wyływała z przekonania, że Kościół zerwał z tradycyjnym nauczaniem, odciął się tym samym od swoich korzeni oraz tradycyjnego nauczania Ojców i Doktorów oraz Magisterium. Zarzucano, że Kościół Powszechny nie tylko akceptuje, ale przyzwala na zło, popełnienie błędów i trwanie w nich, uznaje „zbląkane sumienie” za „prawdziwe”, nie akcentuje w sposób dostateczny „obiektywnej wartości prawdy” i przyznaje prawa, godność osobom błędzącym. Do krytyków przyjętych rozwiązań należał przede wszystkim kardynał Ottaviani, kardynał Ruffini, arcybiskup Pietro Parene, (asesor Świętego Oficjum), biskup John Abasolo Lecue (z Indii) czy biskup José Lopez Ortiz z Hiszpanii żądający zmiany stanowiska Soboru i przekazania tekstu do zmian z uwagi na błąd doktrynalny w postaci nie uwzględnia praw naturalnych. Biskup Antonio de Castro Mayer (Brazylia) ostrzegał, że doktryna zawarta w deklaracji jest sprzeczna z doktryną Leona XIII i Piusa XII. *Dignitatis humanae* nie mogła się spotkać się z akceptacją arcybiskupa Lefebvre. Stąd płynęły głosy, że:

Schemat nie opiera się ani na tradycji, ani na Piśmie, lecz na fałszywej russoistycznej koncepcji [...] prawdziwymi źródłami tego schematu są filozofowie XVIII wieku: Hobbes, Hume, Rousseau, katolicyzm liberalny de Lamennais potępiony przez Leona XIII⁴¹.

Pośrednie stanowisko zajęli ci Ojcowie Soboru, którzy chcieli zróżnicowania stanowiska Kościoła stosownie do relacji na linii państwo – Kościół. Chodziło przede wszystkim o zróżnicowanie ujęcia wolności

40 P. Blanshard, *Paul Blanshard on Vatican II*, Boston 1967, s. 74–75.

41 Wypowiedź na Soborze M. Lefebvre, wówczas przełożonego generalnego Kongregacji Ducha Świętego z dnia 21 września 1965 roku. Cytat za K. Grzybowski, B. Soblewska, *op. cit.*, s. 178.

religijnej w zależności od stosunku danego państwa do „materializmu dialektycznego”⁴².

Wokół *Dignitatis humanae*, już od rozpoczęcia prac nad jej brzemieniem, zaczęło narastać wiele nieporozumień. Z całą pewnością *Deklaracja* nie zawiera stwierdzenia ani nawet sugestii, że istnieje naturalne prawo do wyboru zła, fałszywej wiary. Nad tym dokumentem, podobnie jak nad pozostałymi, zaciążył duch Tomaszowy. Tomasz z Akwinu pisał:

Bóg zdał człowieka na jego własny osąd nie dlatego, iżby człowiek miał prawo czynić wszystko, czego zapragnie, ale dlatego, że – w przeciwieństwie do istot niemyślących – nie jest zmuszony przez naturalną konieczność do czynienia tego, co czynić powinien, lecz ma wolny wybór, który wpływa z jego własnego osądu⁴³.

Dlatego też ojciec Murray w przypisie do swojego tłumaczenia *Dignitatis humanae* wyjaśnił, że ani błąd ani zło nie może być przedmiotem prawa. Przedmiotem prawa może być bowiem tylko to, co jest prawdziwe i dobre⁴⁴. Wolności sumienia i wyznania należy rozumieć bowiem jako prawo każdego obywatela do braku przeszkód w wyznawaniu i głoszeniu wybranej przez siebie religii. Wolność tą gwarantować ma państwo, które ograniczać to prawo może jedynie wyjątkowo z uwagi na ochronę porządku publicznego. Chodzi zatem o ustrojowe gwarancje tak dla jednostki, jak i dla grup społecznych w sprawach wiary: wyboru wyznawanej religii, praktyk religijnych.

Wolność religijna, a w zasadzie *in re religiosa* (tj. w rzeczach religijnych), określona została zatem w sposób negatywny: wolność to brak przymusu wywieranego na jednostce czy grupie społecznej w zakresie religii. Granicą tak ujętej wolności jest wolność innych osób wierzących czy niewierzących, a co za tym idzie dobro wspólne. W celu zagwarantowania „porządku publicznego” państwo powinno zapewnić – co do zasady – jednakowy zakres wolności w sprawach religijnych.

Zgłębienie istoty wolności religijnej, zakorzenionej w godności osoby ludzkiej, możliwe jest dzięki wysiłkowi intelektualnemu („samym

42 *Vide* stanowisko kardynała S. Wyszyńskiego wygłoszone 21 września 1965 r. podczas obrad Soboru. O sporach wokół *Deklaracji o wolności religijnej* R. de Mattei, *op. cit.*, s. 343–344.

43 Tomasz z Akwinu, *Suma Teologiczna*, II–II, q. 104, a. 1, ad. 1.

44 W.M. Abbot ed., *The Documents of Vatican II*, Londyn 1966, s. 85, 678.

rozumem”) albo na drodze objawienia („przez objawienie słowa Bożego”). Treść wolności religijnej przedstawiona została w pierwszej części *Deklaracji*. Druga część, doprecyzowując postanowienia części pierwszej, głosi, że „owa nauka o wolności ma korzenie w boskim Objawieniu”. Jest to swiste nawiązanie do amerykańskiej Deklaracji Wolności, odnoszącej się do niezbywalnych praw człowieka przyznanych osobie ludzkiej przez Boga.

Odnosząc się do kwestii „swobodnego wyznawania religii w społeczeństwie”, Sobór Watykański II jednocześnie podjął starania w celu wyjaśnienia „w jakim stopniu są one zgodne z prawdą i sprawiedliwością”. Dlatego w duchu *aggiornamento* „bada świętą tradycję i naukę Kościoła, z których wydobywa rzeczy nowe, zawsze zgodne z dawnymi”⁴⁵.

Kościół więc wierny prawdzie ewangelicznej, idzie śladami Chrystusa i Apostołów. Kiedy uznaje i popiera zasadę wolności religijnej jako harmonizującą z godnością ludzką i objawieniem Bożym⁴⁶.

Zgodnie z zasadą oddawania tego co Boskie Bogu, a cesarskie cesarzowi Sobór stoi na stanowisku, iż:

Podobnie przysługuje wspólnotom religijnym prawo do tego, by władza cywilna nie przeszkadzała im środkami prawnymi czy działalnością administracyjną w wybieraniu, kształceniu, mianowaniu i przenoszeniu swych własnych kapłanów, w komunikowaniu się z władzami i wspólnotami religijnymi znajdującymi się w innych krajach, a także w zdobywaniu i korzystaniu z godziwych dóbr⁴⁷.

Deklaracja określa krąg podmiotów zobowiązanych do poszanowania tak ujętej wolności. Należą do nich: pojedyncze jednostki, grupy społeczne, władze cywilne, władze Kościoła i innych wspólnot religijnych. Zakres uprawnień oraz obowiązków zależy „od każdego z tych czynników we właściwy sposób, w zależności od ich obowiązków wobec dobra wspólnego”⁴⁸.

Na straży „nienaruszalnych praw człowieka” stać miała władza cywilna. Stąd też postulat, aby wolność religijna weszła do porządku normatywnego poszczególnych porządków prawnych.

45 *Dignitatis humanae*, 1.

46 *Ibidem*, 12.

47 *Ibidem*, 4.

48 *Ibidem*, 6.

Władza cywilna powinna się troszczyć o to, by nigdy, czy to w sposób otwarty, czy ukryty, nie była naruszana z powodów związanych z religią – równość obywateli w dziedzinie prawa, która też należy do wspólnego dobra społeczności i żeby wśród obywateli nie miała miejsce dyskryminacja⁴⁹.

Korzystanie z tak ujętej wolności poddane miało być określonym regułom. „Wobec wszystkich należy postępować sprawiedliwie i po ludzku”⁵⁰. Pierwszą jest wytyczenie granic wolności jednostki i grup społecznych analogicznym zakresem wolności innych podmiotów oraz skorelowanie z zakresem uprawnień obowiązków. Ograniczenie wolności usprawiedliwione może być jedynie dobrem publicznym, czyli – jak to już zostało zaznaczone – koniecznością zagwarantowania porządku publicznego.

Na kanwie dbałości o wolność religijną Kościół podnosi istotę procesu wychowania młodych ludzi po to, by „urabiać takich ludzi, którzy by stosując się do ładu moralnego, byli posłuszni prawowitej władzy i zarazem miłowali autentyczną wolność”⁵¹. Proces wychowawczy, poszanowanie godności osoby ludzkiej przez nie naruszanie prawa do wolności wyznawanej religii ma uzdrowić ład moralny we współczesnych społeczeństwach.

Tak rozpoczęła się nowa era w dziejach Kościoła Powszechnego. Epoka „posoborowa” stać się miała okresem dialogu, zrozumienia, przewyciężenia podziałów, znoszenia barier w imię praw człowieka. „Sobór Watykański II był wydarzeniem bez precedensu w historii Kościoła Powszechnego. Żadne bowiem z wcześniejszych – w XX stuleciu – nie wpłynęło tak radykalnie na wizerunek Kościoła w sposób postrzegania go przez świat zewnętrzny”⁵².

Bibliografia

Źródła

Dei Verbum (Constitutio dogmatica de divina Revelaione).
Dignitatis humanae (Declaratio de libertate religiosa).

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem*, 7.

⁵¹ *Ibidem*, 8.

⁵² M. Białkowski, *Sobór Watykański II – geneza, okoliczności zwołania i przebieg obrad*, [w:] *Studia Soborowe. Historia i nauczanie Vaticanum II*, red. M. Białkowski, Toruń 2013, s. 53.

Gaudium et spes (Constitutio pastoralis de Ecclesia).

Nostra aetate (Declaratio de Ecclesie habitudine ad religiones non christianas).

Grzegorz XVI, *Mirari vos.*

Leon XIII, *Libertas praestantissimum.*

Tomasz z Akwinu, *Suma Teologiczna.*

Literatura przedmiotu

Białkowski M., *Sobór Watykański II – geneza, okoliczności zwołania i przebieg obrad*, [w:] *Studia Soborowe. Historia i nauczanie Vaticanum II*, red. M. Białkowski, Toruń 2013.

Blanshard P., *Paul Blanshard on Vatican II*, Boston 1967.

Davies M., *Sobór Watykański II a wolność religijna*, Warszawa 2002.

Dubel L., *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku*, Warszawa 2005.

Eliade M., *Historia wierzeń i idei religijnych*, t. 3, Warszawa 1995.

Gilson E., *Historia filozofii chrześcijańskiej w wiekach średnich*, Warszawa 1987.

Godlewski J.F., *Katolicka myśl kościelna o państwie i prawie*, Warszawa 1985.

Grzybowski K., Sobolewska B., *Doktryna polityczna i społeczna papieżstwa (1789–1968)*, Warszawa 1971.

Jaspers K., *Filozofia egzystencji*, Warszawa 1990.

Keller J., *Katolicka doktryna społeczna*, Warszawa 1987.

Legutko R., *Wolność*, [w:] *Słownik Społeczny*, red. B. Szlachta, Kraków 2004.

Lemański S., *Odnowa teologii w przeddzień Vaticanum II*, „Życie i Myśl” 1967, numer specjalny.

Łuszczynski A., *Kategoria wolności w dyskursie politycznym*, [w:] *Idea wolności w ujęciu historycznym i prawnym*, E. Kozerska, P. Sadowski, A. Szymański (red.), Toruń 2010.

Majka J., *Etyka społeczna i polityczna*, Warszawa 1993.

Markiewicz S., *Ewolucja społecznej doktryny Kościoła*, Warszawa 1983.

de Mattei R., *Sobór Watykański II. Historia dotąd nieopowiedziana*, Ząbki 2012.

McAfee Brown R., *Observer in Rome*, Londyn 1964.

Sadowski M., *Państwo w doktrynie papieża Leona XIII*, Kolonia Limited 2002.

- Straszewski M., *Filozofia św. Augustyna na tle epoki*, Kraków 1905.
- Strzeszewski Cz., *Katolicka Nauka Społeczna*, Lublin 2003.
- Tobin G., *Dobry papież*, Kraków 2016.
- Wagner J., *Soborowe przesłanki powszechnej jedności*, „Życie i Myśl” 1967, numer specjalny.
- Weber Ch., *Katolicyzm i liberalizm – dwa spokrewnione z zarazem wrogie wobec siebie kierunki w perspektywie historycznej*, [w:] *Katolicyzm i liberalizm dzisiaj*, R. Benedykciuk, T. Markiewicz (red.), Warszawa 1994.
- Wiltgen R.M., *Ren wpada do Tybru. Historia Soboru Watykańskiego II*, Poznań 2001.

Paweł Sydor
(Społeczna Akademia Nauki)

„NIEWOLA, NIERÓWNOŚĆ, WYZYSK”. IDEAŁY „WIELKIEJ” REWOLUCJI FRANCUSKIEJ W UJĘCIU KAROLA MARKSA I FRYDERYKA ENGELSA

ABSTRACT

“SLAVERY, INEQUALITY, EXPLOITATION”: THE IDEALS OF THE “GREAT” FRENCH REVOLUTION AS VIEWED BY KARL MARX AND FRIEDRICH ENGELS

The French Revolution of 1789 proclaimed upon its banners the slogans of liberty, equality, and property – which are key to the liberal vision of men and society. Disregarding the semantic content attached to these terms during the revolution, including, in particular, the period of the Jacobin dictatorship and the attempted creation of what essentially was a new society, these slogans convey a vision of the individual liberated from the ties of feudalism and, therefore, free and equal to other individuals, whose property – the fruit of one’s economic activity – was the sole determinant of the individual’s economic status. According to Marx and Engels, these slogans were important – just like the revolution itself – from the historical standpoint, and to increase the production capacity necessary to bring communism closer. Nevertheless, they contained a mystification of reality. The mystification involved formally leveling people of different social classes who espoused divergent class goals. Historical progress was supposed to bring about communism in which social classes cease to exist along with the state and law. The individuals then truly become free and equal. In the author’s view, however, an analysis of the initial assumptions leads to the conclusion that the adopted conception of liberty perceived as an awareness of the necessity and the class-based character of

the socialist regime, which was supposed to precede communism, does in no way mean that individuals are free and equal in the political tradition of Western Europe founded on liberalism.

KEYWORDS: freedom, equality, property, Marxism, alienation, exploitation

SŁOWA KLUCZOWE: wolność, równość, własność, marksizm, alienacja, wyzysk

Wydarzenia lat 1789–1794/1795 we Francji są trwale umiejscowione w historiozofii marksowskiej – to jest według poglądów Karola Marksa i Fryderyka Engelsa¹ oraz w ujmowaniu filozofii dziejów przez ich następców intelektualnych – marksistów. Rewolucja francuska była w tej historiozofii zdarzeniem tak istotnym z ich punktu widzenia, iż, w wymiarze nawet gramatycznym – jako zdarzenie historyczne o znaczeniu przełomowym jej nazwa zapisywana być mogła z wielkiej litery w krajach realnego socjalizmu (obok rewolucji październikowej)². Rewolucja francuska była zatem postrzegana jako zdarzenie istotne z punktu widzenia globalnego procesu dziejowego, z drugiej zaś strony jej idee, ujmujące istotę liberalnej wizji świata – „wolność, równość, własność” poddawane były, właśnie z pozycji marksowskich i marksistowskich druzgocącej krytyce jako przejaw fałszywej ideologii oraz obraz zwycięstwa klasy burżuazyjnej – antagonistycznej wobec, wtedy jeszcze nie istniejącej, klasy robotniczej. W ramach tej krytyki zaprzeczano by zawartość semantyczna pojęć wolności, równości i własności obejmowała też faktyczne położenie najuboższych i najbardziej wyzyskiwanych. Hasła te miały być farsą w odniesieniu do tychże klas. W niniejszym artykule podjęta będzie próba wskazania przyczyn dialektyki postrzegania samej rewolucji jako zjawiska znaczącego i krytyki jej ideałów. Dla jej realizacji koniecznym jest w pierwszym rzędzie przedstawienie założeń systemu filozoficznego Karola Marksa i Fryderyka Engelsa jako systemu hermetycznego i niekompatybilnego, w zakresie pojęciowym, z pojmowaniem wolności, własności i równości w innych systemach filozoficznych. W oparciu o zarysowaną siatkę pojęciową wyłożone zostanie rozumienie tychże pojęć w myśli Marksa i Engelsa oraz, w sposób przyzykowy z uwagi na złożoność samego ruchu, ich następców prawnych.

1 L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu*, t. I, Powstanie, Poznań 2000, s. 314.

2 W zakresie zasad pisowni – S. Jodłowski, W. Taszycki, *Zasady pisowni polskiej i interpunkcji ze słownikiem ortograficznym*, Zakład Narodowy Imienia Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź, 1986, s. 122.

Zarysowanie zaś wizji procesu dziejowego w myśli Marksa i Engelsa pozwoliło z kolei na wskazanie przyczyn pojmowania z jednej strony rewolucji jako zdarzenia istotnego, z drugiej zaś jako źródła zniewolenia klasy robotniczej. Dla uproszczenia wywodu, z uwagi na przyczynkowy charakter samego artykułu, autor poprzestaje na hasłowym odwołaniu się do idei rewolucji francuskiej jako wyrazu istoty ówczesnej kontynentalnej myśli liberalnej³. Wydarzenia kolejnych lat rewolucji francuskiej były również punktem odniesienia Karola Marksa i Fryderyka Engelsa w analizie zjawisk zachodzących w otaczającym ich świecie⁴. Niezależnie zatem od materialistycznego zakotwiczenia wizji marksowskiej i marksistowskiej dziejów – wskazywanie poszczególnych dat (1789, 1793) czy pojęć (termidor⁵) w dyskursie w ramach obu wizji miało określone znaczenie i silne konotacje⁶.

Marksowska wizja dziejów. Materializm

Marksizm opiera się na materializmie, który możemy zdefiniować jako pogląd, iż o warunkach życia społeczeństw, w tym o obrazie ich życia politycznego, prawnego, rodzinnego, religijnego itp. decydują warunki wytwarzania (ekonomiczne). Jak pisał Marks⁷:

- 3 Przy uwzględnieniu oczywiście kolektywnego jej wymiaru w myśli rewolucjonistów francuskich w znacznym zakresie odwołujących się do poglądów Jana Jakuba Rousseau, w tym w zakresie jego wizji umowy społecznej, por. J.J. Rousseau, *O umowie społecznej*, tłum. M. Starzewski, Warszawa 1927, J. Baszkiewicz, *Wolność, Równość, Własność. Rewolucje burżuazyjne*, Warszawa 1981, W zakresie specyfiki postrzegania obywatela i społeczeństwa w myśli kontynentalnej i anglosaskiej por. Z. Rau, *Liberalizm. Zarys myśli politycznej XIX wieku*, Warszawa 2000.
- 4 Tytułem przykładu – obaj założyciele ruchu zapytani przez rosyjską działaczkę narodniczką, a następnie współredaktorkę pisma *Iskra* – Wierę Zasulicę o możliwy scenariusz wydarzeń rewolucyjnych w Rosji odpowiadali odwołując się właśnie do dynamiki zdarzeń rewolucji francuskiej, por. F. Engels, *List do W. Zasulicz z 23 kwietnia 1885 roku*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane*, t. XIX, s. 741.
- 5 Pojęcie termidoru i termidorian było szczególnie aktualne w trockistowskiej krytyce zmian politycznych w Rosji radzieckiej po śmierci Lenina, por. L. Trocki, *Zdradzona rewolucja. Czym jest ZSRR i dokąd zmierza?*, Warszawa 1991.
- 6 Tytułem przykładu można wskazać na przebieg polemiki między Leninem a Plechanowem na II Zjeździe SDPRR (1903), gdzie ten ostatni tytułował pierwszego imieniem Maksymilian, odnosząc się do przywódcy jakobinów właśnie z okresu rewolucji francuskiej, por. D. Wołkogonow, *Trocki*, tłum. S. Głabiński, Warszawa 1999, s. 46.
- 7 K. Marks, *Przyczynek do krytyki ekonomii politycznej*, Warszawa 1951, s. 5–6.

w społecznym wytwarzaniu swego życia ludzie wchodzą w określone, konieczne, niezależne od ich woli stosunki – w stosunki produkcji, które odpowiadają określonemu szczeblowi rozwoju ich materialnych sił wytwórczych. Całokształt tych stosunków produkcji tworzy ekonomiczną strukturę społeczeństwa, realną podstawę na której wznosi się nadbudowa prawna i polityczna i której odpowiadają określone formy świadomości społecznej. Sposób produkcji życia materialnego uwarunkowuje społeczny, polityczny i duchowy proces życia w ogólności. Na określonym szczeblu swego rozwoju materialne siły wytwórcze społeczeństwa popadają w sprzeczność z istniejącymi stosunkami produkcji, albo – co jest tylko prawnym tego wyrazem – ze stosunkami własności, w których obrębie się dotąd rozwijały. Wówczas następuje epoka rewolucji społecznej. Ze zmianą podłoża ekonomicznego odbywa się mniej lub bardziej szybko przewrót w całej olbrzymiej nadbudowie. W grubszych zarysach można określić azjatycki, antyczny, feudalny i nowożytny, burżuazyjny sposób produkcji, jako progresywne epoki ekonomicznej formacji społecznej.

Z tym poglądem zgadzał się Fryderyk Engels, który wskazywał, że⁸:

cała dotychczasowa historia była historią walk klasowych (poza stanem pierwotnym), te zwalczające się wzajem klasy społeczne były każdorazowo wytworami stosunków produkcji i wymiany, słowem – stosunków ekonomicznych swojej epoki... (gdyż) każdorazowo struktura ekonomiczna stanowi realną podstawę, za pomocą której daje się w ostatniej instancji wytłumaczyć całą nadbudowa instytucji prawnych i politycznych, jak również wyobrażeń religijnych, filozoficznych i innych, właściwych każdemu okresowi historycznemu...

Przytoczony cytat z dzieła Karola Marksa ze swoistym komentarzem Fryderyka Engelsa był i jest w marksizmie traktowany jako filozoficzny fundament myśli marksowskiej i marksistowskiej, dodatkowo – fundament uważany przez marksistów za naukowy⁹. Zastrzeżenie co do jego naukowości, które w ocenie Leszka Kołakowskiego jest niczym innym jak pewną pretensją pseudonaukową, jest o tyle istotne, że w ramach

⁸ F. Engels, *Rozwój socjalizmu od utopii do nauki*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane*, t. II, Warszawa 1949, s. 124.

⁹ L. Kołakowski, *Główne...*

partii komunistycznych, a następnie reżimów komunistycznych traktowane było jako podstawowy wyznacznik rodzaju podejmowanych działań politycznych i postrzegania praw obywateli. To baza zatem – pojmowana jako całość stosunków związanych ze sposobem wytwarzania decyduje o obrazie nadbudowy. Zmiany w bazie i w ich konsekwencji – w nadbudowie doprowadzić mają ludzkość do komunizmu rozumianego jako okres bezpieczeństwa, beztowarowy oraz bezklasowy.

Pojęcia takie jak wolność, równość są niewątpliwie instytucjami nadbudowy. Podobnie rzecz się ma z prawem własności. Nie mogą być zatem postrzegane one w oderwaniu od stosunków bazowych. Z tego punktu widzenia szczególnie istotne jest sposób postrzegania jednostki w procesie dziejowym. Czy jest ona jego aktywnym elementem przy przyjęciu modelu antropocentrycznego, jak chciał Marks, czy też proces dziejowy niezależny jest od jednostki, co oznacza podejście engelsowskie – przyrodoznawcze, dominujące w marksizmie i neomarksizmie. Problem zatem postrzegania jednostki jest problemem kluczowym dla oceny jej położenia, w tym z punktu widzenia wskazywanych idei¹⁰. Marks i Engels postrzegali jednostkę w sposób statystyczny, poprzez pryzmat trwającego procesu dziejowego. Możemy zatem odnosić ich rozważania do modelowej przyjętej jednostki¹¹.

Burżuazyjna wolność – źródło zniewolenia

Marks i Engels byli heglistami. Za Heglem przyjmowali zatem, że wolność to świadoma konieczność¹². Oczywiście dla Hegla kolejne fazy

¹⁰ Fryderyk Engels w swych pismach wskazywał, w sposób mgławicowy a rozwinięty następnie przez Różę Luksemburg na możliwość niezaimstnienia rewolucji w sytuacji gdy relacje bazowe taką rewolucję miałyby uzasadniać, por. N. Geras, *The Legacy of Rosa Luxemburg*, London 1976.

¹¹ Niezależnie od tego, że sami w tym zakresie byli niekonsekwentni – przyjmując materialistyczną wizję dziejów wskazywali jednakże na możliwość „przyspieszania” przez poszczególne jednostki procesu dziejowego, niezależnie od nieadekwatności istniejącego modelu wytwarzania, por. w odniesieniu do Tomasza Munzera, który miał być właśnie takim rewolucjonistą w warunkach społecznych początku XIX wieku – F. Engels, *Wojna chłopska w Niemczech*, Warszawa 1950, E. Balibar, *On the Dictatorship of The Proletariat*, London 1977, s. 79.

¹² R. Panasiuk, *Lewica heglowska*, Warszawa 1969.

historyczne są procesem samostawiania się ducha; Marks i Engels przejmując heglowską dialektykę dążyli do nadania jej obrazu materialistycznego. To zmieniające się warunki produkcji wyznaczały kolejne stadia życia społecznego począwszy od wspólnoty pierwotnej, poprzez ustrój niewolniczy, feudalizm, kapitalizm – do socjalizmu (niższego stadium komunizmu) i komunizmu. Każda kolejna formacja była konieczna dla powstania kolejnej, albowiem następstwo to było uwarunkowane rozwojem sił wytwórczych. Niemożliwym było przejście do feudalizmu bez udoskonalenia technik produkcji rolnej i wytwarzania nadwyżek umożliwiających utrzymanie poszczególnych jednostek nie świadczących pracy osobiście, niemożliwym z kolei było przejście do rozwiniętego systemu pieniężno-towarowego w technice XI wieku itd¹³. Idąc zatem za Heglem wskazywali oni, że wolność to świadoma konieczność. Jednostka jest wolna o ile pojmuje ona obiektywne warunki, w których funkcjonuje.

Nie na urojonej niezależności od praw przyrody polega wolność, ale na poznaniu tych praw i na uzyskanej dzięki temu możliwością planowego posłużenia się ich działaniem dla określonych celów... Wolność polega więc na – opartej o zrozumienie konieczności przyrodniczych – władzy naszej nad nami samymi i nad przyrodą zewnętrzną, jest więc koniecznym wytworem rozwoju historycznego. Pierwsi ludzie wyodrębniający się ze świata zwierzęcego byli pod wszystkimi istotnymi względami równie niewolni, jak same zwierzęta, ale każdy postęp kultury był krokiem ku wolności...¹⁴.

W każdej zatem kolejnej formacji społeczno-gospodarczej jednostka zyskuje coraz większą kontrolę nad przyrodą poprzez swoją pracę pojmowaną właśnie jako oddziaływanie na przyrodę w celu wprowadzania w niej pożądaných przez siebie zmian. Jednocześnie rozwój sposobu wytwarzania prowadzi do podziału pracy. W jego wyniku społeczeństwo, wychodząc ze zbiorowości wspólnotowej, charakterystycznej dla wspólnoty pierwotnej, przechodzi w kolejne formy, gdzie jednostki funkcjonują w ramach podziału pracy. Społeczny podział pracy, związany z wytworzeniem się własności prywatnej, prowadzi z kolei do alienacji pracy

13 F. Engels, *Dialektyka przyrody*, Warszawa 1953.

14 F. Engels, *Rozwój...*, s. 135–136.

i reifikacji stosunków międzyludzkich. W zakresie wolności procesem istotnym we wskazanej w tytule perspektywie jest właśnie alienacja (pracy). Alienacja nie jest przez Marksa pojmowana w sposób całościowy (związany z eksterioryzacją) jak chcieli heglisci. W marksizmie łączy się ona właśnie z pracą, która jest traktowana również jako kryterium poznania. Człowiek poprzez pracę samorealizuje się, stanowi ona niejako jego autoafirmację. W wyniku powstania podziału pracy i konieczności świadczenia jej dla pozyskania środków niezbędnych dla utrzymania siebie i rodziny, jednostka ludzka zaczyna świadczyć pracę „odpłatnie”. Tym samym, na płaszczyźnie antropologicznej, fragment jej jestestwa (właśnie praca) staje się czymś odrębnym od niej, stając się przedmiotem obrotu. W kolejnych formacjach społeczno-gospodarczych proces alienacji, w związku z udoskonalaniem sposobów wytwarzania, nasila się. Swoista dialektyka z jednej strony zwiększania sfery wolności poprzez zwiększanie kontroli ludzkości nad przyrodą (sfery panowania nad nią), z drugiej zaś narastania zjawiska alienacji – wyobcowania człowieka wskutek podziału pracy prowadzi do tego, że człowiek jest najbardziej niewolny w kapitalizmie, albowiem, na poziomie globalnym, dysponując poziomem wytwarzania umożliwiającym zaspokojenie wszelkich potrzeb społecznych kapitalizm prowadzi do właściwie absolutnej alienacji przeważającej części społeczeństwa – proletariatu, który nie dysponuje niczym prócz własnych dzieci (proles). Proces ten jest związany, jak wskazano, z wytworzeniem własności prywatnej, w tym przede wszystkim własności prywatnej sił wytwórczych. Jednocześnie, poprzez głoszenie hasel egalitarnych dotyczących właśnie wolności czy równości, panująca klasa posiadająca ma wytwarzać fałszywy obraz rzeczywistości. Celem tego zabiegu ma być wytworzenie w przedstawicielach klas uciskanych przekonania, że na równych zasadach z właścicielami kapitału, ich pracodawcami, uczestniczą w życiu społecznym. Poddając się tymże fetyszom i będąc przekonanymi co do tego, że mogą czynić to co chcą, z punktu widzenia Marksa i Engelsa, są niewolni. Źródłem wyzwolenia ma być wiedza o obiektywnym procesie dziejowym „odkryta” przez wyżej wymienionych i postępowanie zgodnie z tymże kierunkiem. Wolność to właśnie świadomość konieczności. Marksisci zatem są osobami wolnymi albowiem postępują, promując marksowską wizję komunizmu, zgodnie z obiektywnym procesem dziejowym, niezależnie od ich faktycznej możliwości poruszania się czy podejmowania decyzji, również w warunkach politycznych reżimu marksistowskiego.

Nierówność – klasy społeczeństwa kapitalistycznego a ekskluzywność klasowa socjalizmu

Liberalna wizja społeczeństwa opiera się na założeniu, iż jednostki, niezależnie od swej sytuacji faktycznej są równe w sensie prawnym, ich kondycja prawna nie może wynikać z pochodzenia, miejsca zajmowanego w hierarchii społecznej czy pozycji finansowej. Po przełamaniu podziałów feudalnych – stanowych, społeczeństwo ma opierać się na jednostkach, które są wolne w sensie podejmowania decyzji o ich kondycji społecznej oraz równe w sensie prawnym – system prawny ma traktować wszystkie jednostki jako równe, niezależnie od swego pochodzenia stanowego, narodowego i jakiegokolwiek innego. Przejawiać się ma to wypracowaną koncepcją obywatelstwa, które leży u podstaw nowoczesnych założeń demokratycznego państwa prawnego. Stosunek Marks'a i Engels'a do tak pojmowanej wolności jednostki opisany zostały powyżej, stosunek do tak pojmowanej równości również wynika z materialistycznej wizji dziejów ludzkości, a w jej ramach przede wszystkim z kolektywną wizją jednostki. Marks zakłada, że człowiek działa niejako na dwóch płaszczyznach – prywatnej i społecznej¹⁵. W komunizmie jednostka ma być w pełni kolektywna co oznacza zanik, a właściwie dialektyczne przełamanie jej prywatności. Do tego czasu jest ona niejako rozdarta między prywatnością, wynikającą z określonego modelu gospodarczego, w którym funkcjonuje społeczeństwo na danym poziomie rozwoju oraz kolektywnego – związanego ze społecznym uwarunkowaniem jej bytu. W przeciwieństwie do rewolucjonistów francuskich Marks i Engels nie widzieli społeczeństwa jako konglomeratu jednostek, których działania mogą być kierowane przez władzę polityczną na zasadzie dedukcji roussańskiej woli ludu, rozumianej inaczej niż suma wól poszczególnych jednostek. Społeczeństwo ma, według nich, charakter klasowy. Pojęcie klasy z kolei jest jednym z najbardziej dyskutowanych w marksizmie. Sam Marks nie podaje wykładni autentycznej tego pojęcia, wskazując w ostatnim, niedokończonym rozdziale tomu trzeciego *Kapitału* (52), że¹⁶:

właściciele samej tylko siły roboczej, właściciele kapitału i właściciele ziemi, których odpowiednie źródła dochodu stanowi płaca robocza, zysk

15 K. Marks, *W kwestii żydowskiej*, Warszawa 1938.

16 K. Marks, *Kapitał*, t. 3, cz. 2, Warszawa 1959, s. 470–471.

i renta, a więc robotnicy najemni, kapitaliści i właściciele ziemscy stanowią trzy wielkie klasy nowoczesnego społeczeństwa – opierającego się na kapitalistycznym sposobie produkcji... Co składa się na to, że stanowią trzy wielkie klasy społeczne? Na pierwszy rzut oka tożsamość dochodów i źródeł dochodów...

Klasa jest kategorią obiektywną¹⁷, przynależność do niej wyznaczona jest miejscem jednostki między biegunami społecznymi i wyznaczonymi pojęciami właścicieli i nie – właścicieli środków produkcji. Ludzie zatem nie są równi, albowiem państwo ma charakter klasowy – jest narzędziem zapewniającym panowanie klasie przeważającej, to jest dysponującej środkami produkcji. Nie – właściciele środków produkcji są traktowani opresyjnie przez system polityczny i prawny. Niezależnie od przyjmowanych przez ten system założeń co do praw jednostki czy równości prawnej poszczególnych osób, proletariusze i inne grupy nieposiadające są przez ten system prześladowane. Cechą immanentną zatem funkcjonowania społeczeństw, poza wspólnotą pierwotną jest nierówność jednostek – o ich położeniu prawnym decyduje de facto ich położenie klasowe. W toku rozwoju procesu dziejowego we wszystkich stadiach opartych na własności prywatnej zmianie ulegają grupy właścicielskie i niewłaścicielskie – od właścicieli i nie – właścicieli niewolników, poprzez właścicieli i nie – właścicieli ziemi aż po burżuazję – właściciela środków produkcji w kapitalizmie i robotników to jest nie – właścicieli środków produkcji w kapitalizmie. Rozwój dziejowy doprowadzić ma do komunizmu, a wcześniej jego niższego stadium – to jest socjalizmu. Czy zatem w socjalizmie/komunizmie ludzie będą równi w znaczeniu tak formalnym (w ujęciu prawnym), jak i materialnym?

Komunizm rozumiany jest jako ustrój bezpieczeństwa, beztowarowy i bezklasowy. Bezpieczeństwo, albowiem zanik klas spowoduje zanik potrzeby organizacji opresyjnych – politycznych, beztowarowy – gdyż nie będzie w nim, wobec darmowej redystrybucji dóbr, wymiany towarowo-pieniężnej, wreszcie bezpieczeństwo, albowiem zniesienie własności

¹⁷ Ze sformułowania jednakże dotyczącego „pierwszego rzutu oka” oraz wypowiedzi Marks’a i Engels’a w odniesieniu do lumpenproletariatu oraz części burżuazji, która przyłącza się do robotników wskazać można, iż jednostka w sposób subiektywny może popierać inną klasę, wbrew swej, obiektywnej przynależności klasowej. Pamiętać jednakże należy, że punktem odniesienia marksizmu jest jednostka „statystyczna”, por. K. Marks, F. Engels, *Manifest Komunistyczny*, Warszawa 2006.

prywatnej środków produkcji spowoduje likwidację klas. Wydawać się zatem może, że biorąc pod uwagę ostatni ze wskazanych elementów – zanik klas spowoduje zanik nierówności. W pracy *Krytyka programu gotajskiego*, mającej wymiar nader praktyczny i polemiczny, a dotyczącej dyskusji w łonie niemieckiej socjaldemokracji co do kierunku działań politycznych¹⁸, Marks wskazuje, że nastanie komunizmu będzie poprzedzać przejście do zasad produkcji i dystrybucji opartej na formach kolektywnych, ale jeszcze nie zapewniających poziomu wytwarzania umożliwiającego przejście do komunizmu, czyli właściwie zaniku wszelkich form politycznych i prawnych. W tymże stadium – socjalizmie formułą sprawowania rządów będzie dyktatura proletariatu. Pomijając poboczny, z punktu widzenia zakresu artykułu, temat miejsca partii i samego jej znaczenia w myśli Marksa i Engelsa, wskazać należy, że pojmowali oni dyktaturę w sensie jakościowym, miał to być reżim, który realizował cele proletariatu. Marks i Engels nie wskazywali formuły politycznej tejże dyktatury¹⁹. Jej ekskluzywny charakter polegać miał na realizacji celu proletariatu, lecz celem tym nie było przejęcie na własność środków produkcji i reprodukcja poprzedniego schematu społecznego w nowej odsłonie a zniesienie tejże własności poprzez jej uspołecznienie²⁰. Czy oznacza to jednakże równość – sami twórcy marksizmu nie kryli, że nie. W dyktaturze proletariatu podmiotowość prawną zachowują właściwie jedynie

18 K. Marks, *Krytyka programu gotajskiego*, [w:] tenże, *Pisma wybrane. Człowiek i socjalizm*, Warszawa 1979.

19 F. Engels w swych komentarzach do Wojny domowej we Francji wskazywał, że Komuna Paryska była dyktaturą proletariatu, lecz czynił to bez głębszej analizy doktrynalnej. Pamiętać należy, że sama Komuna była ciałem składającym się przede wszystkim ze zwolenników Blanquiego i Proudhona, bez udziału marksistów, których właściwie jeszcze nie było w Europie w znaczeniu politycznym, F. Engels, *Przedmowa do Wojny Domowej we Francji*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane w dwóch tomach*, t. 1, Warszawa 1949.

20 Punkt ten był dość istotny z punktu widzenia marksistowskiej krytyki państw realnego socjalizmu podjętych przez Lwa Trockiego w odniesieniu do ZSRR (*Zdradzona Rewolucja*) czy M. Dżilasa (*Nowa klasa wyzyskiwaczy*) w odniesieniu do socjalistycznej Jugosławii. Niezależnie od różnic między obydwojma autorami co do możliwości uznania biurokracji za klasę, co będzie przedmiotem bliższych rozważań w dalszej części artykułu, punktem wyjścia ich krytyki systemu politycznego, odpowiednio ZSRR i Jugosławii – było przyjęcie, że środki produkcji nie są *de facto* uspołecznione a przejęte przez inne grupy społeczne – w tym właśnie przez biurokrację.

członkowie klas dotąd uciskanych. Członkowie klas wyzyskujących tych uprawnień są pozbawieni. Dyktatura ta zrywać ma z polityką burżuazyjnej hipokryzji związanej z nomenklaturą instytucji społecznych (sądownictwa powszechnego, powszechnego prawa wyborczego itp.) nazywając wprost istniejące formułę społeczną dyktaturą. Idąc dalej – członkowie klas uciskanych również nie są traktowani „równo”. Podmiotowość prawna i tym samym równość współuczestnictwa w dyktaturze przynależą jedynie ludziom wolnym to jest postępującym zgodnie z obiektywnym procesem dziejowym a zatem popierającym reżim rewolucyjny (dyktaturę). W przypadku jedynie obiektywnej przynależności do klasy robotniczej a na płaszczyźnie subiektywnej – niezgadzaniu się z jej działaniem i będąc tym samym człowiekiem niewolnym, nie jest się przez dyktaturę traktowanym jako podmiot prawny, któremu przysługują te same prawa co innym osobom za członków klas uciskanych uznawanym. Socjalizm nie oznacza zatem równości w ujęciu powszechnym, a wręcz przeciwnie, w zakresie już samej płaszczyzny nominalistycznej, oznacza programowo nierówność członków społeczeństwa rozumianego jako ogół ludzi zamieszkujących terytorium przez reżim rewolucyjny kontrolowanym. W wymiarze praktycznym z kolei otwiera to problem oceny równości w ramach samej dyktatury. Marks i Engels, poprzez eksponowanie nierówności w położeniu gospodarczym, wskazywali na fasadowość rzekomej równości w konstytucyjnych demokracjach parlamentarnych. Kierując się zatem tym samym kluczem i przyjmując, że dyktatura proletariatu w sposób nierówny traktuje osoby w nią zaangażowane i jej przeciwnie, należy zadać pytanie o równość w ramach pierwszej ze wskazanych grup z punktu widzenia kryteriów przyjmowanych przez samych założycieli ruchu. Wdaje się, że ich niedemokratyzm i elitaryzm stanowił legitymizację do przyjmowanego w partiach komunistycznych od samego właściwie ich zarania „nierównego” traktowania członków ruchu. Formuła dyktatury w powiązaniu z kategorią obiektywnego procesu dziejowego rodziła pytanie o legitymizację poszczególnych osób czy grup do odczytywania tegoż kierunku. Marks, poprzez swe ujęcie antropologiczne, wskazywał, że właściwie rozwój samego ruchu robotniczego świadczy o osiągnięciu przez bazę i nadbudowę stanu wrzenia. Nie pozwala to jednak na wskazanie do kogo, w ramach dyktatury ma należeć stwierdzenie tegoż stanu wrzenia. Problem biurokracji partyjnej stanie się zatem jednym z węzłowych problemów partii marksistowskich, w zakresie zaś rozważań dotyczących równości wskazuje na to, że nierówność nie

jest jedynie, jak chciał Marks i Engels przypadłością systemu kapitalistycznego ale również będzie towarzyszyła socjalistycznej dyktaturze proletariatu. Zaniknąć ma zaś w komunizmie wobec zaniku podziału klasowego i tym samym zaniku czynnika dywersyfikującego społeczeństwo. Zakreślana jednakże przez twórców „mapa drogowa” dojścia do socjalizmu wskazuje, że równość ta może zostać osiągnięta w wyniku walki klasowej i homogenizacji społeczeństwa w zakresie stosunku do własności sił wytwórczych²¹.

Spółeczny a prywatny system przywłaszczania wartości dodanej. Wyzysk.

Wskazany wcześniej zarys marksowskiego wykładu dotyczącego materialistycznego pojmowania dziejów opiera się na założeniu przechodzenia przez ludzkość przez poszczególne stadia społeczno-gospodarczego, konieczne z punktu widzenia tegoż materializmu jako warunek *sine qua non* kolejnych formacji społeczno-gospodarczych, w tym komunizmu. Tym samym rewolucja francuska znosząca, w tradycji kontynentalnej, podziały stanowe i sankcjonująca, w ramach nadbudowy, zachodzące zmiany ekonomiczne a polegające na uzyskaniu przewagi ekonomicznej przez część stanu trzeciego – burżuazję, była istotnym elementem na drodze do powstania komunizmu. Jednocześnie z tegoż samego materialistycznego punktu widzenia hasła „wolność, równość, własność” były elementem fałszywej samoświadomości, ideologii wytwarzanej przez klasę panującą tj. burżuazję. Zabieg ten miał wskazywać na właściwe wyzwolenie jednostki ludzkiej poprzez nadanie jej, na tych samych zasadach dotyczących wszystkich, równych praw. Dyktatura jakobinów ze swym przekonaniem o konieczności nie tylko politycznego,

21 Chociaż sama to homogenizacja nie wydaje się być pewnym środkiem służącym do zniesienia podziałów, albowiem jak chcieli już pierwsi krytycy Marksa działający właściwie równoległe do niego, a wśród nich w szczególności Michaił Bakunin, tłumacz dzieł Marksa na rosyjski, założenie z ustroju bezpieczeństwa a jednocześnie opartego o system centralnie organizowanej redystrybucji dóbr prowadzić musi do odgrywania przez ośrodek redystrybucyjny roli władczą a co za tym idzie nastąpi reaktywacja zróżnicowania społeczeństwa, tym razem w oparciu o dostęp lub brak dostępu do procesu decyzyjnego, por. M. Bakunin, *Federalizm, socjalizm, antyteologizm*, [w:] *idem, Pisma wybrane*, t. 1, Warszawa 1965.

ale również mentalnego czy kulturowego zniesienia ancien regime była według Marksa, a w szczególności jego następców ideologicznych, najwyższym wyrazem tegoż rewolucyjnego ducha. Z marksowskiego jednakże punktu widzenia była kolejnym, aczkolwiek koniecznym, elementem w postępie alienacji jednostki. Proces ten prowadził do pogłębienia, jak wskazano powyżej, zniewolenia jednostki i reifikacji stosunków międzyludzkich – na płaszczyźnie antropologicznej. Z punktu widzenia ekonomicznego elementem fałszywej samoświadomości było wskazywanie własności jako rzekomo wartości uniwersalnej i dotyczącej, bez wyjątku, wszelkich jednostek ludzkich. W ocenie Marksa i Engelsa jest to fikcja a system polityczny oparty na własności prywatnej opierać się musi na wyzysku – stanowiącym ekonomiczny odpowiednik alienacji. W toku rozwoju historycznego podstawą wszystkich dotychczasowych formacji społecznych była własność prywatna sił wytwórczych. Jak pisał Engels:

Przed produkcją kapitalistyczną, a więc w średniowieczu, panowała powszechna drobna produkcja, której podstawą była prywatna własność pracownika w stosunku do środków wytwarzania, na wsi gospodarka rolna drobnych chłopów, wolnych lub poddanych, w mieście rzemiosło... Skoncentrowanie i powiększenie tych rozproszonych, ograniczonych środków produkcji, przekształcenie ich w potężne, nowoczesne dzwignie wytwarzania – to właśnie była historyczna rola kapitalistycznego sposobu produkcji i jego nosicielki – burżuazji... Ale burżuazja mogła te ograniczone środki wytwarzania przekształcić w olbrzymie siły wytwórcze tylko w ten sposób, że z indywidualnych środków produkcji zmieniała je w społeczne, którymi może się posługiwać tylko zbiorowość ludzka...²²

System kapitalistyczny doprowadził ludzkość do oparcia relacji międzyludzkich wyłącznie na własności. Jak wskazywali autorzy Manifestu Komunistycznego, system kapitalistyczny uczynił z robotnika jedynie „dodatek do maszyny”²³ W takim ujęciu proletariusza nie łączy żadna osobista więź, jak chociażby w feudalizmie między rycerzem a chłopem, za którego czuł się on odpowiedzialny i który to chłop posiadał skrawek ziemi, którą mógł uprawiać. Robotnik jest zatrudniany na określonych

22 F. Engels, *Rozwój socjalizmu od utopii do nauki...*, s. 127.

23 K. Marks, F. Engels, *Manifest Komunistyczny*, Warszawa 2006, s. 39.

warunkach, w tym płacy. W trakcie swego dnia roboczego wytwarza wartość, której jedynie część jest mu zwracana w postaci wynagrodzenia, reszta zaś jako wartość dodana staje się własnością pracodawcy²⁴. Tym samym praca (siła robocza) staje się towarem i człowiek sam w sobie staje się towarem. Jest zmuszony „sprzedać” część swego jestestwa w zamian za środki niezbędne do utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny (alienacja) oraz akceptować stan rzeczy polegający na tym, że część wytworzonej wartości, która stanowi jego własność (gdyż praca jest kryterium poznania jako aktywnej formy interakcji między człowiekiem a przyrodą) zostaje przywłaszczona przez pracodawcę (wyzysk). Spośród sił wytwórczych (ziemi, kapitału rozumianego jako nagromadzona praca oraz siły roboczej) to siła robocza jest elementem, którego cena jest najłatwiejsza do jej zmniejszenia. W warunkach narastającej konkurencji między kapitalistami – „anarchii produkcji” presja na zmniejszenie wynagrodzenia jest istotna i prowadzi do stałej pauperyzacji ludności robotniczej. Wraz z rozwojem kapitalizmu następuje zatem wzrost wyzysku, ilość dóbr zwiększa się, przy czym robotnik jest w stanie uczestniczyć w konsumpcji coraz mniejszej jej grupy. Klasa robotnicza będąca, na płaszczyźnie bazowej, klasą wytwarzającą w ramach skolektywizowanych – fabrycznych metod wytwarzania, jest jednocześnie klasą wyzyskiwaną – w ramach instytucji nadbudowy. Własność, pojmowana przez Marksa i Engelsa jako stosunek społeczny polegający na tym, że stanowiąc on konieczny warunek produkcji:

z drugiej strony rozstrzyga o stosunkach produkcji, a w konsekwencji o tym komu przypada własność produktu, jednostce, określonej grupie czy całemu społeczeństwu²⁵.

Znamiennym jest, że Marks i Engels posługiwali się pojęciem własności na dwóch płaszczyznach – ekonomicznej – oznaczać miała ona stan dysponowalności danym dobrem w ujęciu procesu decyzyjnego oraz – prawniczym – oznaczać miała ona prawo własności, a więc najdalej idące prawo rzeczowe oznaczające możliwość korzystania przez właściciela z rzeczy, jej posiadanie i pobieranie pożytków, wreszcie zbycie

²⁴ K. Marks, *Kapitał*, t. I, Warszawa, s. 206.

²⁵ K. Marks, *Przyczynek do krytyki ekonomicznej*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła*, t. 13, Warszawa 1966, s. 708.

czy zniszczenie z wyłączeniem z tego procesu decyzyjnego innych ludzi. Przedmiotem zainteresowania Marksa i Engelsa była oczywiście własność sił wytwórczych jako elementu najbardziej istotnego z punktu widzenia oceny zachodzących procesów dziejowych²⁶. Własność środków konsumpcji pozostawała poza ich sferą zainteresowania, w szczególności przy przyjmowanej tezie o stałej pauperyzacji klasy robotniczej, która miała właściwie nic nie posiadać. Własność zatem w marksizmie łączy się automatycznie z wyzyskiem stanowiąc koronny argument na potwierdzenie tezy o konieczności rewolucyjnej (w sensie jakościowym) zmiany istniejących stosunków produkcji w tym właśnie systemu własnościowego z uwagi na jego niekompatybilność ze stosunkami bazowymi. Klasa wytwarzająca jest klasą nieposiadającą i to ma zostać przełamane w socjalizmie a następnie w komunizmie. Nie oznacza to bynajmniej upowszechnienia własności²⁷. W socjalizmie i dalej w komunizmie własność ma zaniknąć poprzez jej uspołecznienie. Uspołecznienie sił wytwórczych doprowadzi do zaniku własności, przyczyną powstania klas społecznych i wszelkich instytucji, w tym państwa i prawa, służących ochronie tejsze własności. Oczywiście w komunizmie, pojmowanym jako okres, w którym wobec wysokiego poziomu wytwarzania wypracowanego przez kapitalizm a z drugiej strony wobec zniesienia kapitalistycznych form organizacji produkcji i redystrybucji, praca stanie się przyjemnością nie zaś obowiązkiem, nie będzie wyzysku albowiem jednostka stanie się jednostką kolektywną. Czy zatem własność związana z określonym systemem przywłaszczania wartości dodanej (wyzysk) nie będzie istniała w socjalizmie? Marks i Engels formułując swe tezy dotyczące socjalizmu nie wskazują bynajmniej by w ramach dyktatury proletariatu zaniknął element wartości dodanej. Ma to być okres przejściowy, w którym uspołecznienie środków produkcji ma doprowadzić do zrównoważonego zaspokajania potrzeb społecznych a poprzez stały rozwój produkcji (w sposób centralnie planowany) przeprowadzić ludzkość do komunizmu. W socjalizmie zatem pracownik dalej będzie wytwarzał wartość dodaną lecz zniesienie

26 F. Engels, *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa*, tłum. J. Wolski, Paryż 1907.

27 Problem ten właściwie nie był poddawany jurystycznej interpretacji tak w ramach tych odłamów marksizmu, które rewolucję pojmowały jako proces przemocowy, jak też w tych jego izmach, które rewolucję postrzegały jako proces, który może zostać przeprowadzony pokojowo, por. E. Bernstein, *Parlamentaryzm a socjalizm*, Łódź 1907.

prywatnego sposobu jej przywłaszczenia zlikwidować ma wyzysk. Jest on zatem związany z prywatną własnością środków produkcji. Sama własność nie zostanie zniesiona w socjalizmie, ale uspołecznienie systemu przywłaszczenia wartości dodanej zniesie zjawisko wyzysku. Celem dyktatury proletariatu jest zaś zaplanowanie i realizacji takiego sposobu rozwoju sił wytwórczych, który umożliwi przejście do komunizmu i tym samym obumarciu dyktatury proletariatu. Do tego jednakże czasu jej zadaniem będzie strzeżenie społecznej własności środków wytwórczych wobec niemożności automatycznego przejścia do komunizmu. Pamiętać musimy, że Engels i Marks zakładali, że socjalizm możliwy będzie do osiągnięcia w najbardziej rozwiniętych i uprzemysłowionych krajach, w których poziom wytwarzania i co za tym idzie możliwość zaspokojenia potrzeb społecznych jest największy. Ich model jednakże nie wykluczał, a w ocenie bolszewików²⁸ przewidywał, przy podkreśleniu stosunków jakościowych a nie ilościowych, przejście do uspołecznienia środków produkcji w kraju, który nie był uprzemysłowiony, o najwyższym poziomie wytwarzania nie wspominając. Stosownie do modelu nakreślonego przez Marksa i Engelsa wyzysk ma łączyć się z prywatną własnością środków produkcji, *a contrario* – wobec jej zniesienia własność nie prowadziłaby do wyzysku. Problem ten w szczególny sposób zaktualizował się w trakcie wydarzeń przewrotu październikowego i pierwszych lat reżimu radzieckiego w trakcie sporu o możliwość budowy socjalizmu w jednym kraju²⁹. Istotne oczywiście w ramach tego sporu było to w jaki sposób poszczególni przywódcy bolszewicy odnosili się do marksowskiej nomenklatury związanej z łączeniem socjalizmu z poziomem wytwarzania. Z drugiej jednakże strony w swoim modelu wskazywali oni, że źródłem wyzysku (a wcześniej alienacji i nierówności) jest system własności środków produkcji oparty na ich prywatnej własności. Podmiot zatem własności (społeczeństwo czy jednostka) nie zaś same istnienie własności (która ma zostać zniesiona w komunizmie) ma decydować o istnieniu bądź nie wyzysku. Z kolei takie ujęcie, obok wcześniej zarysowanego problemu pojmowania własności również jako faktu dysponowalności danym dobrem, niezależnie od tytułu prawnego, było jednym z punktów krytyki reżimów realnego socjalizmu z marksistowskiego punktu widzenia przy

²⁸ L. Trocki, *Rewolucja październikowa*, cz. 1–2, Warszawa 1934–1935.

²⁹ C. Sikorski, *Cienie NEP – u: sprzeczności budownictwa socjalizmu w ZSRR w latach 1921–1929*, Warszawa 1986.

utożsamianiu biurokracji z nową klasą społeczną dysponującą środkami produkcji. Niezależnie jednakże od konsekwencji doktrynalnych takiego ujęcia, nie przeczyło ono tezie o tym, że to sposób przywłaszczania wartości dodanej nie zaś samo jej istnienie decyduje o istnieniu wyzysku. Paradoksalnie zatem pracownik w fabryce uspołecznionej otrzymujący niższą pensję od pracownika w zakładzie prywatnym w warunkach gdy społecznie przywłaszczana wartość dodana i stopień jego partycypacji w tym sposobie przywłaszczania nie niweluje tej wartości, nie jest, w przeciwieństwie do pracownika zatrudnionego w firmie prywatnej, wyzyskiwany i sama własność nie staje się w tym wypadku źródłem wyzysku.

Tytułem podsumowania

Karol Marks i Fryderyk Engels byli, bezspornie, fundatorami systemu filozoficznego nazwanego, rzecz można wbrew tradycji materialistycznej, od nazwiska jednego z nich – marksizmem. Pojmując jednostkę statystycznie oraz uznając głoszone przez siebie poglądy co do praw historycznych za obiektywne i empirycznie potwierdzone, wskazywali na nieuchronność nadejścia komunizmu, w którym zaniknie własność, element wartości w wymianie opartej na zasadzie życzliwości i wzajemności, wreszcie zanikną klasy, które są produktem własności, a dokładniej – zróżnicowania dysponowalności siłami wytwórczymi przez poszczególne grupy społeczne. W efekcie zaniknie państwo gdyż ma być ono narzędziem panowania klasowego. Tę wizję marksiści uznawali za cel a zarazem moment końcowy historii. Komunizm miał być osiągnięty w warunkach gospodarczych, w których ludzkość, przez poszczególne stadia swego rozwoju społeczno-gospodarczego, osiągnie najwyższy poziom wytwórczości, umożliwiający zaspokojenie wszelkich potrzeb społecznych. Rewolucja francuska z jej hasłami wolności, równości i własności miała w ocenie marksistów istotne znaczenie dla przybliżenia komunizmu, albowiem w sposób nieskrępowany ograniczeniami feudalnymi, rodowymi umożliwiała wolny przepływ robotników oraz kapitału a tym samym nieskrępowany rozwój kapitalizmu, który to rozwój miał stworzyć podwaliny komunizmu. Jednym z głównych fundamentów zaś miało być uspołecznienie procesu produkcji przez jej umasowienie, a co za tym idzie przesunięcie, na płaszczyźnie ekonomicznej – bazowej, dysponowalności siłami wytwórczymi właśnie w kierunku wielotysięcznych rzesz robotniczych.

Napięcie między stosunkami bazowymi a prawnymi – gdzie własność sił wytwórczych miała pozostawać w rękach burżuazji, doprowadzić miało, według Marksa i Engelsa do rewolucji, według zaś części marksistów XX – wiecznych doprowadziło do wybuchu rewolucji październikowej, niezależnie od wskazywanego kryterium gospodarczego. Jednocześnie hasła samej rewolucji francuskiej miały być według Marksa i Engelsa mistyfikacją – wolność jednostki oznaczała niewolę gospodarczą robotnika, równość miała maskować skrajne zróżnicowanie pozycji społecznej burżuazji i proletariatu, wreszcie własność sankcjonowała system przywłaszczania wartości dodanej wytwarzanej przez pracownika. Prawdziwa wolność i równość oraz zniesienie własności jako głównego źródła deprawacji społecznych miało nastąpić w komunizmie bądź w jego wcześniejszym stadium – socjalizmie w warunkach dyktatury proletariatu. Marks i Engels w swych rozważaniach odwoływali się do prowadzonych przez siebie jako aktywnych działaczy robotniczych, badań. Bliższa analiza samych założeń doktryny wskazuje jednak, że komunistyczna wolność, oznaczającą zniesienie alienacji pracy była świadomością konieczności zmian, równość miała charakter elitarny – proletariacki, zaś robotnik w uspołecznionym zakładzie pracy również wytwarzał wartość dodaną, przy zmienionym sposobie jej przywłaszczania. Wiedza co do kierunku zmian miała być również elementem świadomości klas wyzyskiwanych. Pytanie o sposób uzgadniania postulatów co do przyszłych działań z tej świadomości wynikających wobec mgławicowo określonego jej charakteru i podjęcie próby odpowiedzi na nie prowadzić musi do wniosku, że w zależności od potrzeb reżimu rewolucyjnego jednostki mogą być „heglowsko” wolne i „klasowo” równe w warunkach, obiektywnie przy odniesieniu się do pozamarksowskiej koncepcji praw człowieka, opresji policyjnej i gospodarczej. W założeniach marksizmu będzie to jednak prawdziwa (obiektywnie wobec przyjmowanej naukowości ruchu) wolność i równość w przeciwieństwie do tej, która była głoszona w toku rewolucji francuskiej.

Bibliografia

- Bakunin M., *Federalizm, socjalizm, antyteologizm*, [w:] *idem, Pisma wybrane*, t. 1, Warszawa 1965.
- Balibar E., *On the Dictatorship of The Proletariat*, London 1977.

- Baszkiewicz J., *Wolność, Równość, Własność. Rewolucje burżuazyjne*, Warszawa 1981.
- Bernstein E., *Parlamentaryzm a socjalizm*, Łódź 1907.
- Engels F., *Dialektyka przyrody*, Warszawa 1953.
- Engels F., *List do W. Zasulicz z 23 kwietnia 1885 roku*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane*, t. XIX.
- Engels F., *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa*, tłum. J. Wolski, Paryż 1907.
- Engels F., *Rozwój socjalizmu od utopii do nauki*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane*, t. II, Warszawa 1949.
- Engels F., *Wojna chłopska w Niemczech*, Warszawa 1950.
- Geras N., *The Legacy of Rosa Luxemburg*, London 1976.
- Kołakowski L., *Główne nurty marksizmu*, t. I, Powstanie, Poznań 2000.
- Jodłowski S., Taszycki W., *Zasady pisowni polskiej i interpunkcji ze słownikiem ortograficznym*, Zakład Narodowy Imienia Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź, 1986.
- Marks K., *Kapitał*, t. 3, cz. 2, Warszawa 1959.
- Marks K., *Krytyka programu gotajskiego*, [w:] tenże, *Pisma wybrane. Człowiek i socjalizm*, Warszawa 1979.
- Marks K., Engels F., *Manifest Komunistyczny*, Warszawa 2006.
- Marks K., *W kwestii żydowskiej*, Warszawa 1938.
- Marks K., *Przyczynek do krytyki ekonomii politycznej*, Warszawa 1951.
- Panasiuk R., *Lewica heglowska*, Warszawa 1969.
- Rau Z., *Liberalizm. Zarys myśli politycznej XIX wieku*, Warszawa 2000.
- Rousseau J.J., *O umowie społecznej*, tłum. M. Starzewski, Warszawa 1927.
- Sikorski C., *Cienie NEP – u: sprzeczności budownictwa socjalizmu w ZSRR w latach 1921–1929*, Warszawa 1986.
- Wołkogonow D., *Trocki*, tłum. S. Głabiński, Warszawa 1999.
- Trocki L., *Rewolucja październikowa*, cz. 1–2, Warszawa 1934–1935.
- Trocki L., *Zdradzona rewolucja. Czym jest ZSRR i dokąd zmierza?*, Warszawa 1991.

Agnieszka Czarnecka
(Uniwersytet Jagielloński)

ŻYCIE W LESIE, CZYLI O WOLNOŚCI HENRY'EGO DAVIDA THOREAU

ABSTRACT

LIFE IN THE WOODS: HENRY DAVID THOREAU ON FREEDOM

In order to become a member of the Transcendental Club, established in 1836 by Ralph Waldo Emerson, one had to be a free-spirited person. The author argues that Henry David Thoreau not only satisfied the required criterion, but he also made his own contribution to the philosophy of freedom. In this paper, Thoreau's conception of freedom is interpreted in economic, social, moral, and political terms. The author argues that for Thoreau philosophy was a highly practical activity and for this reason his vision of freedom refers to the broader context of living a good life. The first part of the article problematizes the philosopher's critical attitude toward the free market economy, as well as his solutions (simple maxims and practices) intended to help people save two aspects of their freedom, namely the ability to choose one's own idea of a good life and work-life balance in the nineteenth-century society. The second part is focused on the analysis of one among Thoreau's particular prescriptions, that is walking, understood as the need for "wilderness" (independent thinking and action) within social freedom. The two following parts of the paper concern political issues, in particular, civil disobedience and abolitionism. At this point, the role of the conscience and its superiority over positive law are discussed.

KEYWORDS: Henry David Thoreau, freedom, conscience, slavery, Nature, good life, civil disobedience

SŁOWA KLUCZOWE: Henry David Thoreau, wolność, sumienie, niewolnictwo, Natura, dobre życie, nieposłuszeństwo obywatelskie

Ekonomia wolności wg Thoreau

Nietrudno zauważyć, że tytuł artykułu stanowi grę słów nawiązującą do: *Walden, czyli życie w lesie*¹. W moim przekonaniu książkę Thoreau tylko do pewnego stopnia można potraktować jako zapis doświadczeń amerykańskiego filozofa z jego samotnego pobytu w leśnym domku nad stawem. Próżno doszukiwać się w *Walden* pamiętnika mizantropa, który w geście buntu zdecydował się uciec od społeczeństwa, by od tej pory wieść żywot z dala od rodzinnego miasteczka. Dla Thoreau, zdającego sobie sprawę z tego, że nie da się trwale zerwać z cywilizacją, ten ponad dwuletni waldeński epizod stanowił eksperyment, poprzez który usiłował on zrozumieć, jak można ocalić ludzką wolność żyjąc „w świecie”. Patrząc zatem z perspektywy zasadniczej idei utworu, aż chciałoby się przewrotnie zmienić jego tytuł na: *Walden, czyli życie w świecie*.

Polityczny i ponadindywidualny cel przedsięwzięcia Thoreau uzasadniają z jednej strony symboliczna data, 4 lipca², wybrana na dzień przeprowadzki do domku w lesie. Z drugiej zaś, sposób postrzegania roli filozofa-poety, jaki zaproponował w swojej książce:

Być filozofem to nie tyle oddawać się wyrafinowanym rozmyśleniom ani nawet stworzyć nowy system, ile tak kochać mądrość, aby zgodnie z jej nakazami prowadzić życie proste, niezależne, wielkoduszne i ufne. To rozwiązywać niektóre problemy życiowe, nie tylko teoretycznie, lecz także praktycznie³.

Manifest ten, wyrastający z fascynacji starożytnymi szkołami filozoficznymi⁴, świadczył o postrzeganiu przez Thoreau filozofii nie jako

-
- 1 H.D. Thoreau, *Walden, czyli życie w lesie*, tłum. H. Cieplińska, Rebis, Poznań 1999. W dalszej części artykułu będę posługiwać się skróconą wersją tytułu – *Walden*.
 - 2 Pobyt Thoreau w Walden trwał od 1845 do 1847 r. Nieznane są dokładne przyczyny przerwania eksperymentu akurat w tym terminie. Zgodnie z oficjalnym wyjaśnieniem filozof musiał na powrót zamieszkać w miasteczku, by pod nieobecność Ralpha Waldo Emersona, udającego się do Europy, zaopiekować się rodziną przyjaciela.
 - 3 *Ibidem*, s. 36.
 - 4 Thoreau nazywano „starożytnym Grekiem, który został transcendentalnym ekonomistą”, H. Cieplińska, *Przedmowa*, [w:] H.D. Thoreau, *Walden... , op. cit.*, s. 16. Concordzki myśliciel dał się poznać jako miłośnik kultury starożytnej Grecji – od czasu studiów w Harvardzie z zapałem studiował grekę, by z czasem przekładać na język angielski dzieła Ajschylosa czy Pindara. Oprócz nawiązań do filozofii greckiej w twórczości Thoreau można odnaleźć szereg inspiracji filozofią starożytnych

wyłącznej domeny akademików, lecz dziedziny, która z uwagi na swój przedmiot – troska o dobre życie – dotyczy w istocie każdego. W kolejnych częściach artykułu postaram się przybliżyć rozumienie dobrego życia wg Thoreau, bezpośrednio zresztą powiązane z wolnością. Nie bez przyczyny użyłam określenia „filozof-poeta”. Wydaje się, że Thoreau nie czynił rozróżnienia pomiędzy oboma pojęciami, skoro za najważniejsze z poetyckich „dzieł” uznawał samo życie⁵.

Walden stanowi cenne źródło dla historyka idei z uwagi na tkwiące w centrum refleksji napięcie pomiędzy ludzką wolnością a zarabianiem na życie. Thoreau łączył zjawisko niewolnictwa nie tylko z ludnością czarnoskóra, ale odnosił je również do białych mieszkańców Ameryki, którzy w warunkach gospodarki rynkowej doświadczali „tyranii ekonomicznej”⁶. Za jedną z miar wolności amerykański transcendentalista uznawał możliwość dokonania wyboru własnej koncepcji dobrego życia. Licznymi przykładami ilustrował łatwość, z jaką ludzie rezygnują z tego uprawnienia, by wpasować się w modele powszechnie akceptowane przez opinię publiczną; skoro za próżniaka uchodzi osoba, która kilka godzin dziennie spaceruje po lasach, zaś spekulant spędzający całe dnie na wycince drzew to wzór przedsiębiorczego obywatela, niewielu ma odwagę wybrać pierwszy z modeli życia.

Thoreau mierzył wolność człowieka również w inny sposób, tzn. proporcją czasu pracy do odpoczynku. Obserwacje mieszkańców rodzinnego miasteczka skłoniły go do następujących wniosków:

Zastanówmy się nad tym, jak żyjemy. Świat ten jest targowiskiem. To krzątania niemająca końca! [...]. Nie ma niestety szabasu. Wspaniale byłoby ujrzeć choć raz odpoczywającą ludzkość⁷.

Chin i Indii, por. B. Walker, *Thoreau's Alternative Economics: Work, Liberty, and Democratic Cultivation*, „The American Political Science Review”, vol. 92, nr 4 (December 1998), s. 849–854.

- 5 Por. H. Cieplińska, *Przedmowa*, [w:] H.D. Thoreau, *Obywatelskie nieposłuszeństwo*, Rebis, Poznań 2006, s. 13–14.
- 6 „Nawet jeżeli założymy, że Amerykanin uwolnił się spod tyranii politycznej, ciągle pozostaje niewolnikiem tyranii ekonomicznej i moralnej”, H.D. Thoreau, *Życie bez zasad i inne eseje*, tłum. H. Cieplińska, Rebis, Poznań 2011, s. 47. *Życie bez zasad* powstało jako tekst prelekcji wygłoszonej po raz pierwszy 6 grudnia 1854 r. Początkowo jego tytuł brzmiał: *Bo cóż za korzyść* i stanowił początek cytatu z Ewangelii św. Łukasza: „Bo cóż za korzyść ma człowiek, jeśli cały świat zyska, a siebie zatraci lub szkodę poniesie?”, (Łk 9, 25), *Biblia Tysiąclecia*, wyd. IV, Wydawnictwo Pallotinum, Poznań 2003.
- 7 *Ibidem*, s. 20–21.

Pracujący człowiek [...] ma czas tylko na to, aby być maszyną⁸.

Zdaniem Thoreau styl życia Amerykanów połowy XIX wieku niewiele miał wspólnego z wolnością – otaczający go ludzie wykonywali pracę z bezduszną właściwą automatom. Większość współczesnych filozofów Amerykanów przestała zastanawiać się nad tym czy lubi dane zajęcie, czy wypełnia swe obowiązki z należytą starannością albo czy umożliwiają im one rozwój. Wysokość zarobków stała się jedynym kryterium uwzględnianym przy wyborze pracy. Za najbardziej drastyczny przykład podporządkowania życia żądzy zysku Thoreau uznał gorączkę złota⁹. Drugie oblicze zniewolenia ekonomicznego – brak czasu wolnego – miało związek z obliczem pierwszym, tzn. ludzką skłonnością do kształtowania własnej aktywności zawodowej w oparciu o wzorce narzucone przez opinię publiczną. Jednostki, z którymi zetknął się myśliciel nie potrafiły wyrwać się z „błędnego koła”. Ponieważ wydawało im się, że są pozbawione możliwości wyboru, tkwiły w utartych schematach myślowych, tzn. godziły się na los maszyn. Ilekroć zaś ktoś usiłował dać im do zrozumienia, że wyuczony schemat postępowania to nie dogmat, a zerwanie z nim nie skutkuje świętokradztwem, raczej nie spotykał się z aprobatą z ich strony. W odczuciu Thoreau więzienia, w którym dała się zamknąć – z pozoru tylko wolna – ludzkość strzegło aż dwóch „strażników”. Pierwszy to opinia publiczna, drugiemu zaś na imię własne wyobrażenie o sobie¹⁰. Nie powinno nas zatem dziwić, dlaczego filozof bardziej interesował się losem nie tyle budowniczych największych zabytków świata, lecz tych, którzy w czasach im współczesnych mieli odwagę ich nie budować¹¹.

Jako że Thoreau usiłował odrodzić starożytną tradycję pojmowania filozofii jako nauki zorientowanej na dostarczanie praktycznych rozwiązań

⁸ H.D. Thoreau, *Walden...*, *op. cit.*, s. 28.

⁹ Tych, którzy w taki właśnie sposób zdecydowali się zarabiać na życie Thoreau uznał za towarzyszy niegodnych nawet wieprzów, bo tym ostatnim przyświecają szlachetniejsze cele: ryją w ziemi w poszukiwaniu pożywienia. Więcej na temat uwag Thoreau poświęconych gorączce złota, *idem*, *Życie...*, *op. cit.*, s. 30–35.

¹⁰ „Opinia publiczna to żaden tyran w porównaniu z własnym mniemaniem o sobie. To, co człowiek myśli na swój temat, decyduje o jego losie, czy raczej go określa. Ach, wyzwolić się od siebie samego [...], który by tego dokonał?”, *idem*, *Walden...*, *op. cit.*, s. 29–30.

¹¹ Por. *ibidem*, s. 77.

problemów życia codziennego, toteż jego dążeniem stało się opracowanie strategii obrony wolności w warunkach gospodarki rynkowej. Osiągnięcie wolności ekonomicznej, zgodnej z definicją filozofa, wymagało zapanowania nad lękiem o nasze długoterminowe bezpieczeństwo materialne. W praktyce oznaczało to przeprowadzenie swoistego „rachunku wolności” – chodziło o ustalenie listy naszych faktycznych potrzeb, tzn. tych, od których zależy nasze przetrwanie (żywność, schronienie, odzież, opał)¹². Rzetelna kalkulacja potrzeb wiązała się z rezygnacją z przyzwyczajzeń konsumenckich, które z biegiem lat zrosły się z nami niczym druga natura¹³. Choć eksperyment ten nie należał do łatwych, to jego pomysłodawca przekonywał o konieczności odważenia się na rewolucję pod hasłem: „Prostota, prostota i jeszcze raz prostota!”¹⁴, ilekroć stawką jest nasza wolność. Thoreau – jako filozof o ukierunkowaniu praktycznym – na własnym przykładzie objaśniał zastosowanie „rachunku wolności”:

Przypuszczam, że gdyby moje potrzeby znacznie wzrosły, praca, dzięki której byłbym w stanie je zaspokoić, stałaby się harówką. Gdybym, podobnie jak większość ludzi, odsprzedał całe swoje ranki i popołudnia społeczeństwu, pewien jestem, że nie pozostałoby dla mnie samego nic, dla czego warto byłoby żyć. Zatem ufam, że nigdy nie sprzedam swego pierworództwa za miskę soczewicy¹⁵.

Wymóg oczyszczenia ludzkiego życia z potrzeb wtórnych to tylko jeden z pomysłów transcendentalisty na rozwój wolności. Mając świadomość tego jak krucha jest wolność, Thoreau postulował konieczność wykształcenia bazującego na wolności etosu życia codziennego. Skoro wolność ekonomiczną ujmował łącznie jako swobodę wyboru własnej koncepcji dobrego życia oraz jako równowagę na linii: czas pracy-czas wolny, wierzył, że w zerwaniu z obecną tyranią i oswojeniu jednostek

¹² Por. *ibidem*, s. 34.

¹³ W tym kontekście Walker podkreśla aktualność uwag Thoreau dotyczących wpływu opinii publicznej na kształtowanie naszych zachowań konsumenckich. Chodzi o wzbudzenie w ludziach fałszywego przekonania o potrzebie nabycia określonych dóbr (Thoreau określa je luksusowymi), co zmusza ich, np. do zaciągnięcia kredytu na ich zakup a tym samym do przeznaczania więcej czasu na pracę, B. Walker, *op. cit.*, s. 852.

¹⁴ H.D. Thoreau, *Walden...*, *op. cit.*, s. 109.

¹⁵ *Idem*, *Życie...*, *op. cit.*, s. 26–27.

z nowym etosem będą pomocne określone maksymy i praktyki. Czerpiąc po raz kolejny z doświadczeń mędrców starożytności (tu w szczególności szkoły hellenistyczne, buddyzm, konfucjanizm), Thoreau docenił tym razem wartość uczenia się na pamięć maksym¹⁶ – dostarczają one bowiem moralnej orientacji na co dzień, a także, jako środki utrwalania pożądanых postaw i praktyk, pozwalają uniezależnić się od cudzych wizji dobrego życia. Katalog praktyk składających się na etos zgodny z rozumieniem wolności ekonomicznej przez Thoreau obejmował – wydawałoby się – prozaiczne i zaniedbywane przez zapracowanych ludzi formy aktywności, takie jak: wędrówki, spotkania z przyjaciółmi, czytanie książek i pisanie. Zatem jednostka, która zaakceptowałaby ekonomiczne konsekwencje wynikające z drastycznego ograniczenia potrzeb, mogłaby pracować mniej. Zyskany czas wolny posłużyłby z kolei do dokonania wyboru własnego modelu dobrego życia, w którym udział większy niż do tej pory miałyby działania niezwiązane z pracą. Dzięki uwewnętrznieniu pewnych maksym i praktyk autonomia stawałaby się nową naturą jednostki. W dalszej części artykułu – z uwagi na szczególne miejsce, jakie zajmowała w twórczości Thoreau – poddam analizie jedną z wymienionych praktyk – „sztukę chodzenia”¹⁷.

Sztuka chodzenia sztuką myślenia

Zgodnie z utrwaloną tradycją interpretacyjną zwykło się klasyfikować *Sztukę chodzenia* jako esej z dziedziny historii naturalnej, co prawda zwiastujący narodziny ruchu ekologicznego¹⁸, ale poza tym rzekomo pozbawiony znacze-

-
- 16 Przykładowe maksymy: „Pracując, ludzie kierują się błędnym założeniem. W krótkim czasie lepsza część człowieka zostaje worana w ziemię i zamienia się w kompost”, *idem, Walden...*, *op. cit.*, s. 27; „Najpiękniejsze wartości naszej natury, podobnie jak meszek na owocach, można zachować jedynie dzięki najbardziej troskliwej pielęgnacji”, *ibidem*, s. 28; „[...] na ogół ludzie bardziej usilnie pragną mieć modne albo przynajmniej czyste i nie łatane ubranie aniżeli czyste sumienie”, *ibidem*, s. 43.
- 17 *Idem, Sztuka chodzenia*, tłum. P. Madej, Bractwo Trojka, Poznań 2013. Początkowo był to tekst wystąpienia, pt. *The Wild*, wygłoszonego przez Thoreau 23 kwietnia 1851 r. w concordzkim Liceum. Z czasem *The Wild* zostało rozbudowane o kolejne części, a jego tytuł zmieniony na *Walking*. Esaj opublikowano po raz pierwszy w *Atlantic Monthly* (1862) już po śmierci Thoreau.
- 18 Interpretatorzy twórczości Thoreau podkreślają, że m.in. w *Sztuce chodzenia* można znaleźć zapowiedź idei tworzenia parków narodowych, W. Lewandowski, *op. cit.*, s. 118.

nia politycznego¹⁹. Postaram się wykazać, że podobny sposób odczytywania książki Thoreau znacząco upraszcza jej treść, pomijając to, co – jak sądzę – stanowi jej istotę o ważkich konsekwencjach społeczno-politycznych. *Walden* ideowo skrywa szereg podobieństw ze *Sztuką chodzenia*. Pierwszą wskazówką świadczącą o politycznym wydźwięku eseju, który powstał jako tekst przemówienia wygłoszonego w concordzkim Liceum w 1851 r., jest posłużenie się apostrofą „obywatele”²⁰. Tak jak w *Waldenie* przedmiot refleksji stanowiła troska o ochronę wolności, tak i w *Sztuce chodzenia* autor już od pierwszych zdań nie pozostawił wątpliwości, co do problematyki tekstu:

Chcę napisać parę słów o Naturze, o absolutnej wolności i uczuciu dzikości i stany te przeciwstawić wolności i kulturze tworzonej przez cywilizację i wychowanie, chcę spojrzeć na człowieka jako na mieszkańca i rdzenną część Natury, a nie jako członka społeczeństwa. Chcę dojść do radykalnych wniosków, by podkreślić to, co istotne²¹.

O ile w *Waldenie* Thoreau usiłował wykazać, że dumni ze swej wolności Amerykanie w istocie doświadczają niewoli ekonomicznej, o tyle w *Sztuce chodzenia* skonfrontował to, co nazywamy wolnością w społeczeństwie z „dziką” wolnością, by udowodnić, że pierwsza z nich odcięta od drugiej staje się jedynie karykaturą wolności. Aby uchwycić sedno tej opozycji porównał mieszkańców Concord, którzy całe dni spędzają w zamknięciu swych mieszkań, biur, sklepików²² z własnym postępowaniem – filozof wielokrotnie podkreślał, że potrzebuje włączyć się bez celu po polach i lasach minimum przez cztery godziny dziennie.

Poprzez waldencki eksperyment Thoreau chciał się nauczyć „żyć świadomie, stawiać czoło wyłącznie najbardziej ważkim kwestiom”²³, nie zaś pożegnać na zawsze z cywilizowanym światem. Podobnie scharakteryzował cel swojej misji w *Sztuce chodzenia*; codzienne wyprawy na łono Natury miały pozwolić mu odnaleźć i „podkreślić to, co istotne”²⁴. W obu

¹⁹ O czym świadczy chociażby nieuwzględnienie eseju w: N. Rosenblum, *Thoreau: Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

²⁰ Por. H.D. Thoreau, *Sztuka...*, *op. cit.*, s. 21–22.

²¹ *Ibidem*, s. 3.

²² „Sądzę, że należy im się uznanie za to, że nie popełnili do tej pory samobójstwa”, *ibidem*, s. 5.

²³ H.D. Thoreau, *Walden...*, *op. cit.*, s. 108.

²⁴ *Idem*, *Sztuka...*, *op. cit.*, s. 3.

przypadkach zawieszenie społecznego wymiaru istnienia miało charakter tymczasowy²⁵, a jednocześnie służyło celom praktycznym – trosce o lepsze (wolne) życie. Przeciwwstawiając wolność naturalną wolności społecznej, Thoreau w rzeczywistości krytykował skłonności ludzi cywilizowanych do postępowania zgodnie z wyuczonymi zachowaniami – stan ten ilustrował m.in. metaforami uśpienia czy podążania ubitym traktem. W odróżnieniu od obywateli przywiązanych do jednego miejsca, naturę wędrowców cechuje brak zakorzenienia (fr. *sans terre*)²⁶. Zatem opanowanie sztuki chodzenia należałoby interpretować jako synonim niezależności w myśleniu i działaniu. Starając się przemówić do wyobraźni odbiorców z rodzimego kręgu kulturowego, filozof nazwał większość jemu współczesnych ludźmi, którzy za bardzo wpatrzyli się w Stary Świat a tym samym zaniedbali swe powinności wynikające z dziedzictwa pionierów:

Iść na wschód to poznawać historię i studiować literaturę i sztukę, podążając śladami naszej rasy; iść na zachód to patrzeć w przyszłość w duchu nowości i przygody. Atlantykt to rzeka zapomnienia, po której przekroczeniu mieliśmy możliwość zapomnieć Stary Świat i jego instytucje [...]. Tylko taki kierunek to rozwój! Inaczej po co było odkrywać Amerykę!²⁷.

Natura ze względu na swe nieskończone przestrzenie i obfitość niekniętych ludzką ręką terytoriów stanowiła zdaniem transcendentalisty idealne środowisko umożliwiające człowiekowi odnalezienie dzikości w samym sobie²⁸. Aby przedsięwzięcie zorientowane na ocalenie naturalnej wolności miało szansę powodzenia, człowiek musi zaufać swemu wewnętrznemu głosowi – ten „poprowadzi go we właściwym kierunku”²⁹. Obranie „właściwego kierunku” oznacza zgodę na podążenie w nieznaną, na zagubienie się w lasach, czyli gotowość na przełamanie schematu

25 „Nasze wyprawy to jedynie wycieczki kończące się każdego wieczoru w tym samym miejscu, z którego wyruszyliśmy”, *idem, Sztuka..., op. cit.*, s. 4.

26 Por. *ibidem*, s. 3.

27 *Ibidem*, s. 14, 18.

28 Por. „Sądzę, że klimat ma duży wpływ na człowieka – tak jak to coś w górskim powietrzu, co odżywia ducha i napełnia natchnieniem. Czy tak wspaniałe tło nie uczyni człowieka doskonalszym duchowo i fizycznie? [...] Wierzę, że żyjąc otoczeni przez dziką naturę, będziemy mieli czystsze myśli, bogatszą, świeższą, nieograniczoną wyobraźnię jak niebo”, *ibidem*, s. 17–18.

29 *Ibidem*, s. 13.

i rutyny w naszym codziennym życiu w zamian za odzyskanie na nowo kontaktu ze zmysłami, rozwój wyobraźni i otwarcie na doświadczenie czegoś nowego.

Chcąc dodatkowo uwypuklić różnicę pomiędzy wolnością niepełną (społeczną) a wolnością absolutną (dziką), Thoreau posłużył się analogią z nadawaniem imienia. Społeczności cywilizowane nadają imiona swoim członkom z chwilą ich narodzin, a tym samym nie pozostawiają im żadnego wpływu na ich wybór – rola jednostki sprowadza się do przyjęcia imienia, niezależnie od tego czy odczuwa się z nim jakąkolwiek więź. Mądrość niektórych plemion indiańskich polegała zdaniem myśliciela na przekonaniu, że każdy musi samodzielnie odnaleźć dla siebie imię – pewność, że dane imię stanowiło wyraz czyjejs tożsamości osiągało się „zapracowując” na nie, tzn. mierząc się z jakimś nowym wyzwaniem. Ponownie widać tu związek z głosem wewnętrznym, który tak jak ma wyprowadzić jednostkę poza obręb tego, co wytworzone przez społeczeństwo, po podołaniu nowemu doświadczeniu „podpowiada” wybór autentycznego imienia³⁰.

Pośród interpretacji *Sztuki chodzenia* można znaleźć także i takie, które doszukują się podobieństw pomiędzy tym, kim był Thoreau dla Concord a rolę, jaką odgrywał w Atenach Sokrates³¹. Nawiązanie to wydaje mi się uzasadnione m.in. z uwagi na wzmiankowany już w poprzedniej części artykułu sposób, w jaki Thoreau postrzegał zadania filozofa. Misja filozofa jako tego, który troszczy się, aby jemu współcześni przemyśleli na nowo zasady według których żyją, została dodatkowo uwydatniona w zakończeniu *Sztuki chodzenia* poprzez posłużenie się alegorią pieśni koguta: tak jak piejący kogut budzi mieszkańców ze snu, tak i filozof stara się wytrącić ich z życiowego letargu, by w godzinie śmierci nie odkryli, że nie żyli³². W koncepcji Thoreau synonimem dobrego życia jest życie świadomie kształtowane przez człowieka każdego dnia. Zatem kogut codziennie zwiastujący początek nowego dnia to symbol wezwania do wysilenia się nad jego jakością tu i teraz³³. Kogut Thoreau jako figura

30 Por. *Ibidem*, s. 27–28.

31 Por. B. Klug, *Thoreau's Word for Nature*, „The Personalist Forum”, vol. 14, nr 1, (Spring 1998), s. 2–24; J. Montgomery, *The Apology of a Moss-Trooper: (How) Is “Walking” Political?*, vol. 14, nr 1, (Spring 1998), s. 25–48.

32 Por. H.D. Thoreau, *Walden...*, *op. cit.* s. 108.

33 „Ponad wszystko nie możemy pozwolić sobie na to, by nie żyć teraz”, *idem*, *Sztuka...*, *op. cit.*, s. 34; „Największą sztuką jest wpływanie na jakość dnia. Każdy człowiek ma

filozofa przypomina Sokratejskiego gza, który kwestionując przyzwyczajenia myślowe Ateńczyków, zmuszał ich do codziennego poszukiwania prawdy. Zdaniem amerykańskiego filozofa wyłącznie człowiek wolny ma szansę poddać refleksji własne życie, zaś warunkiem wolności jest pielęgnowanie w sobie dzikości. Bezkrytyczne uwewnętrznienie społecznych reguł postępowania, a tym samym całkowite stłumienie naszej niezależności skutkuje tym, że: „Nasze skrzydlate myśli stały się już drobiem. Nie potrafią już wznosić się ku niebu i jedynie pretendują do bycia dobrymi przedstawicielami kurzej rasy”³⁴.

Wolność moralna przed polityczną

Bez wolności moralnej, zdaniem filozofa z Concord, wolność polityczna staje się jedynie wydmuszką. Po raz kolejny pożyteczna okazuje się metafora maszyny jako synonimu człowieka zniewolonego. Thoreau posłużył się nią w eseju: *Obywatelskie nieposłuszeństwo* przy okazji charakterystyki, dominujących w Ameryce, modeli relacji obywatel-państwo. Myśliciel krytycznie oceniał większość obywateli, którzy służą państwu albo wyłącznie swoimi ciałami (armia, policja, strażnicy więzienni), albo głowami (prawnicy, politycy, urzędnicy), nie angażując pełni swojego człowieczeństwa, tzn. sumień³⁵.

Nacisk na rolę sumienia jako narzędzia oceny działań politycznych wynikał z podkreślonej przez Thoreau wyższości prawa moralnego nad prawem stanowionym. Gdyby tylko ludzie potrafili rozeznąć w sobie treść zasad moralnych – poznaje się je poprzez wgląd – i działać na ich podstawie, nie potrzebowaliby państwa. Jednakowoż z uwagi na słabość przynależną naturze ludzkiej, a także skłonność do ulegania namiętnościom, z konieczności funkcjonują w strukturach państwowych. Thoreau krytycznie oceniał działalność rządu – ten choć wybrany w celu wypełniania woli narodu jest skory do nadużyć. Przyczyn tego stanu rzeczy upatrywał w tym, że zamiast oceniać decyzje władz w danej sprawie pod kątem sprawiedliwości, uwzględnia się wyłącznie to czy cieszą się

za zadanie uczynić swoje życie takim – nawet w szczegółach – aby warte było zastanowienia w najwznioślejszej i krytycznej godzinie”, *idem, Walden... , op. cit.*

³⁴ *Idem, Sztuka... , op. cit.*

³⁵ Por. *idem, Obywatelskie... , op. cit.*, s. 20–21.

poparciem większości. Nie powinno zatem dziwić upodobanie Thoreau do słynnej dewizy Thomasa Jeffersona: „Najlepszy rząd to taki, który najmniej rządzi”, od której filozof rozpoczął swój wywód w *Obywatelskim nieposłuszeństwie*.

Gdy mowa o relacji pomiędzy wolnością moralną a polityczną u Thoreau nie sposób pominąć zagadnienie nieposłuszeństwa obywatelskiego³⁶. W lipcu 1846 r. filozof wskutek odmowy zapłaty części podatku wyborczego trafił na noc do więzienia (w ciągu kilku godzin któryś z członków rodziny Thoreau – wbrew jego wiedzy i woli – uiszczył należną opłatę). Myśliciel uważał, że wyłącznie dzięki aktowi biernego oporu paradoksalnie to właśnie w więzieniu miał szansę zachować swą wolność – wolność moralną. Zapłata podatku równałaby się zezwoleniu na zawładnięcie jego sumieniem przez państwo, którego politykę potępiał (niewolnictwo, wojna z Meksykiem). W tym kontekście nie dziwi odpowiedź, jakiej udzielił Emersonowi, kiedy ten odwiedzając go w więzieniu, zapytał: „Henry, dlaczego siedzisz tutaj?”. „A dlaczego ty tutaj NIE siedzisz?” – odrzekł uwieczniony przyjaciel.

Dla Thoreau same instytucje demokratyczne powołane do istnienia dzięki osiemnastowiecznym republikanom amerykańskim stanowiły jedynie szkielet państwa, zaś życie mogła nadać mu dopiero, kształtowana przez ludzi, kultura wolności³⁷. „Wiele prawdy kryje się w powiedzeniu, że korporacja jest bez sumienia; ale gdy tworzą ją ludzie prawi, sama też ma sumienie”³⁸. Skoro weźmie się pod uwagę rezerwę, z jaką myśliciel odnosił się wobec rządu oraz jego – motywowane indywidualizmem i republikanizmem – przekonanie, że o kształcie państwa decyduje jakość

36 Kiedy Thoreau nabył bierne prawo wyborcze (wiek 21 lat) odmówił udziału w głosowaniu. Brakuje materiałów źródłowych, na podstawie których można by zrekonstruować bezpośrednią przyczynę tej decyzji. Wyłącznie odwołanie się do późniejszych źródeł pozwala domniemywać, że chodziło o sprzeciw wobec niewolnictwa. Filozof oznajmił, że tak długo jak stan Massachusetts będzie choćby biernie tolerował niewolnictwo, nie będzie on ani głosował, ani płacił podatków na utrzymanie zbrodniczej władzy, por. F.B. Sanborn, *The Life of Henry David Thoreau. Including Many Essays Hitherto Unpublished and Some Account of his Family and Friends*, Houghton Mifflin Co., Boston 1917, s. 468.

37 Podobne stanowisko reprezentowali także inni przedstawiciele transcendentalizmu (Ralph Waldo Emerson, Margaret Fuller, Amos Bronson Alcott), por. L.N. Neufeldt, *Henry David Thoreau's Political Economy*, „The New English Quarterly”, vol. 57, nr 3, (September 1984), s. 359–383.

38 H.D. Thoreau, *Obywatelskie...*, *op. cit.*, s. 19.

składających się na nie ludzi³⁹, łatwiej zrozumieć szczególnie zainteresowanie Thoreau czynnikami kształtującymi kulturę amerykańską. Filozof nie szczędził słów krytyki wobec plotkarstwa i zamiłowania mieszkańców Concord do sensacji prasowych – uznawał to za kalandrię umysłu, który powinien być świątynią myśli⁴⁰. Jego zdaniem naród karmiący się tego rodzaju treściami, a przy tym skoncentrowany na zarabianiu osiąga poziom co najwyżej narodu prowincjonalnego.

Uwagi te moim zdaniem z powodzeniem można zestawić z wizją narodu amerykańskiego zaprezentowaną przez Alexisa de Tocqueville'a w: *O demokracji w Ameryce*⁴¹. Okazuje się, że oprócz podobieństwa diagnozy u obu myślicieli można znaleźć punkty wspólne, jeśli chodzi o zalecaną receptę. Jak wiemy Tocqueville, doceniając kulturotwórczą rolę europejskiej arystokracji, w działalności ciał pośredniczących upatrywał szansy na rozwój wolności społeczeństwa amerykańskiego. Thoreau napisał z kolei:

W kraju naszym miasteczko powinno pod niektórymi względami spełniać rolę europejskiego arystokraty. Powinno zostać mecenasem sztuk pięknych. Jest na to dostatecznie zamożne. Brakuje mu tylko wspaniałości i poloru. Wydaje dosyć pieniędzy na rzeczy cenione przez farmerów i kupców, ale propozycje przeznaczenia jakiejś sumy na sprawy cenione przez ludzi inteligentniejszych uważa za utopię⁴².

Zatem Thoreau, podobnie jak Tocqueville, nie miał na myśli wskrzeszenia arystokracji rodowej, lecz pragnął narodzin arystokracji ducha, za co miały odpowiadać amerykańskie miasteczka takie jak Concord.

39 Z uwagi na prymat dawany prawu moralnemu zdaniem Thoreau każdy z nas jest najpierw człowiekiem, a dopiero później obywatelem, analogicznie sprawiedliwość waży więcej niż prawo, które zresztą nie jest w stanie sprawić, aby obywatele stali się bardziej sprawiedliwi, por. *ibidem*, s. 18–19.

40 „Pragniemy przekopać tunel pod Atlantykiem i przybliżyć Stary Świat do Nowego o kilka tygodni podróży, niewykluczone jednak, że pierwsza wiadomość, która dotrze do wielkiego złaknionego nowin amerykańskiego ucha, będzie dotyczyła kokluszki księżniczki Adelajdy”, *idem*, *Walden...*, *op. cit.*, s. 71–72; „Rzadko kiedy udaje nam się spotkać człowieka, który może przekazać nam nowiny niewycytane w gazecie lub nieopowiedziane mu przez sąsiada, i przeważnie jedyna różnica między nami a naszym rozmówcą polega na tym, że on miał w ręku gazetę albo był na proszonej herbatce, my zaś nie”, *idem*, *Życie...*, *op. cit.*, s. 40.

41 A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, tłum. M. Król, PIW, Warszawa 1976.

42 H.D. Thoreau, *Walden...*, *op. cit.*, s. 126.

W tym kontekście warto przypomnieć, że Thoreau, który na sposób praktyczny pojmował filozofię, miał swój wkład w kształtowanie kultury Concord. Po rezygnacji z posady nauczyciela w miejscowej szkole powszechnej (sprzeciwiał się stosowaniu kar cielesnych) wraz z bratem założył własną szkołę, istniejącą w latach 1838–1841⁴³. Bracia Thoreau posługiwali się nowoczesnymi metodami pedagogicznymi: zamiast nauki pamięciowej kładli nacisk na samodzielne kształtowanie poglądów przez swoich wychowanków, raz w tygodniu organizowali wycieczki krajoznawcze, dbali o rozwój praktycznych umiejętności, np. zabierali uczniów do lokalnych warsztatów pracy i instytucji. Innym z przejawów lokalnego zaangażowania Thoreau w rozwój kultury wolności były prelekcje, które wygłaszał w nowoangielskich liceach⁴⁴.

Problem niewolnictwa

Zagadnieniu niewolnictwa poświęcam ostatnią część artykułu nie dlatego, aby było najmniej znaczące w twórczości Thoreau, ale z uwagi na chronologię. Początkowo filozof posługiwał się kategorią niewolnictwa

43 Por. *Classics in Cultural Criticism*, H. Heuermann (red.), Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1990, s. 70.

44 Nie chodzi tutaj o licea we współczesnym tego słowa rozumieniu – w czasach Thoreau pod pojęciem liceum rozumiano stowarzyszenia gromadzące osoby dorosłe pragnące nieustannie uzupełniać swoją wiedzę, w tym głównie o aktualną problematykę. Thoreau rozpoczął aktywną współpracę z concordzkim Liceum (jedno z najbardziej aktywnych w kraju) krótko po powrocie ze studiów w 1837 r. Zanim zaczął wygłaszać odczyty (było ich 19) pełnił funkcje sekretarza i kuratora liceum. Dał się poznać jako utalentowany organizator. Przekonany o kulturotwórczej roli miasteczka zgromadził odpowiednie fundusze (nieco ponad sto dolarów w sezonie zimowym 1842–1843), co umożliwiło mu zaproszenie na wykłady do Concord wielu sław m.in. takich jak: Ralph Waldo Emerson, Theodore Parker, Orestes A. Brownson, Edward Jarvis czy Wendell Phillips. Z czasem sam Thoreau przygotowywał wykłady, które głosił przez pierwsze lata wyłącznie w miejscowym liceum, by z czasem – dzięki pomocy Nathaniela Hawthorne'a – wyruszyć do innych nowoangielskich instytucji tego rodzaju. Pracę wykładowcy traktował jak swoją misję – zyskał szansę rozpowszechnienia swoich koncepcji filozoficznych, co doskonale wpisywało się w jego wizję filozofa-praktyka. Nie zmienia to faktu, że słuchaczy najbardziej interesowały jego teksty humorystyczne oraz przyrodnicze, por. W. Harding, *Thoreau and the Concord Lyceum*, „The Thoreau Society Bulletin”, nr 30 (January 1950), s. 2–3.

w odniesieniu do białej ludności Ameryki – mowa o zanalizowanej w poprzednich rozdziałach niewoli: ekonomicznej, społecznej oraz moralnej⁴⁵. Dopiero w nieco późniejszym okresie problem niewolnictwa *sensu stricto* znalazł odzwierciedlenie w aktywności intelektualnej Thoreau; jednocześnie nie powinno to prowadzić do wniosku, że tematyka niewolnictwa była mu wcześniej zupełnie obca.

Kiedy miał [Thoreau – A.C.] trzy lata Kongres uchwalił Kompromis Missouri [...]. Thoreau miał dwadzieścia lat, gdy proniewolniczy tłum zamordował Elijah P. Lovejoya w Alton w stanie Illinois i gdy Wendell Phillips wygłosił w akcie protestu swą pierwszą antyniewolniczą mowę. Miał on lat dwadzieścia dziewięć, kiedy rozpoczęto wojnę z Meksykiem, prowadzoną przede wszystkim w celu rozszerzenia niewolnictwa na nowe terytoria. Był trzydziestotrzylatkiem w chwili uchwalenia Fugitive Slave Law [...], zaś czterdziestojedynolatkiem podczas ataku Johna Browna na Harper's Ferry. Trudno wyobrazić sobie, aby osoba tak uwrażliwiona na problem wolności jak Thoreau mogła pozostać neutralna w obliczu równie rażących jej naruszeń⁴⁶.

Należy pamiętać, że filozof wywodził się z rodziny o silnych tradycjach abolicjonistycznych⁴⁷. Pierwszym wyraźnym świadectwem postawy Thoreau wobec kwestii niewolnictwa było zaproszenie Wendella Phillipsa do concordzkiego Liceum, aby w 1842 r. wygłosił odczyt na temat abolicjonizmu⁴⁸. Thoreau był pod tak silnym wrażeniem mówcy, że postanowił przygotować sprawozdania do lokalnej prasy z jego wystąpień.

⁴⁵ Wówczas do niewoli dostają się serca i umysły amerykańskich obywateli, por. H.D. Thoreau, *Journal, I*, [w:] *The Writings of Henry David Thoreau*, Houghton Mifflin Co., Boston 1906, s. 362–363.

⁴⁶ N.A. Ford, *Henry David Thoreau. Abolitionist*, „The New England Quarterly”, vol. 19, nr 3 (September 1946), s. 361–362.

⁴⁷ Chodzi o pomoc zbiegłym niewolnikom w przedostaniu się do Kanady. Wszyscy członkowie rodziny Thoreau byli czytelnikami słynnej, wydawanej w Bostonie przez Williama Garrisona, abolicjonistycznej gazety *The Liberator*. Serdeczną przyjaciółką obu gałęzi rodziny była pułkownikowa Ward, od 1832 r. aktywna członkini concordzkiego Woman's Anti-Slavery Society, por. *ibidem*, s. 361; F.B. Sanborn, *op. cit.*, s. 466–467.

⁴⁸ Sam pomysł zaproszenia abolicjonistycznego aktywisty spotkał się z protestem przedstawicieli bardziej zachowawczych środowisk miasteczka – ostatecznie wykład Phillipsa doszedł do skutku, por. F.B. Sanborn, *op. cit.*, s. 470.

Stanowisko filozofa w kwestii niewolnictwa analizuję na przykładzie jego stosunku do Prawa o zbiegłych niewolnikach z 1850 r. (*Fugitive Slave Law*) oraz sprawy Johna Browna. Thoreau wyraźnie potępiał prawo nakazujące władzom stanów wolnych zwrot niewolników zbiegłych na ich terytoria – odbywało się to wyłącznie w oparciu o żądanie zgłoszone przez rzekomego właściciela niewolnika; wystarczyło, że ten zadeklarował, iż osoba, o której mowa stanowiła jego własność. Po tym jak władze stanu Massachusetts podejmowały – wbrew opinii publicznej – kolejne decyzje o oddaniu zbiegłych niewolników ich właścicielom (chodzi o sprawy Thomasa Simsa i Anthony'ego Burnsa)⁴⁹, Thoreau postanowił wystąpić 4 lipca 1854 roku na słynnym pikniku abolicjonistów we Framingham z mową o przewrotnym tytule: *Slavery in Massachusetts*. Krytykując *Fugitive Slave Law* posługiwał się głównie argumentem jego niezgodności z fundamentalnym prawem moralnym:

Wiele powiedziano już o niewolnictwie w Ameryce, ale myślę, że wciąż nie zdajemy sobie sprawy, czym ono jest. Gdybym zaproponował Kongresowi, aby wyrabiać z ludzi kielbasę, niewątpliwie większość deputowanych śmiałaby się z mojej inicjatywy, a gdyby ktoś uwierzył, że mówię poważnie, pomyślałby, że proponuję coś o wiele gorszego niż Kongres kiedykolwiek uchwalił. Ale jeśli któryś z nich będzie twierdził, że przerobić człowieka na kielbasę to rzecz o wiele gorsza niż uczynić go niewolnikiem, niż uchwalić ustawę o zbiegłych niewolnikach, oskarżę go o głupotę, o brak mocy intelektualnej, o czynienie rozróżnienia tam, gdzie nie ma różnicy⁵⁰.

Podobnie jak w *Obywatelskim nieposłuszeństwie* filozof zwracał uwagę na ograniczenia wynikające z prawa stanowionego⁵¹ oraz niekompetencję prawników – ci zamiast zastanawiać się nad konstytucyjnością *Fugitive Slave Law*, powinni raczej pytać o to, czy jest ono czymś słusznym (neguje podstawowe ludzkie prawo do wolności)⁵², bowiem najpierw jest się

49 Thomas Sims był szesnastoletnim niewolnikiem, którego władze stanu Massachusetts w 1851 r. zdecydowały się oddać jego właścicielowi z Georgii. Podobny los spotkał trzy lata później Anthony'ego Burnsa – musiał wrócić na plantację do Wirginii, por. W. Lewandowski, *op. cit.*, s. 162–164.

50 H.D. Thoreau, *Slavery in Massachusetts*, [w:] *The Writings...*, *op. cit.*, s. 394.

51 „Prawo nigdy nie uczyni ludzi wolnymi, to ludzie mogą oswobodzić prawo”, *ibidem*, s. 396.

52 „W przypadku tak ważnych zagadnień moralnych jak to, jest czymś równie imperytenckim zadawanie pytania o konstytucyjność prawa, co pytanie o jego opłacalność”, *ibidem*, s. 401.

człowiekiem, a dopiero później Amerykaninem⁵³. Zgodnie z tą logiką ważniejsze od głosów oddawanych w – organizowanych raz na jakiś czas – wyborach, są decyzje podejmowane każdego dnia – to one wpływają na moralną jakość naszego życia⁵⁴. Przykładami złych decyzji były te, w wyniku których gubernator Massachusetts konsekwentnie egzekwując obowiązujące prawo (wspomniany zwrot niewolników), skalał swe sumienie i dlatego filozof nie mógł utożsamić się z jego decyzjami. Thoreau najbardziej ubolewał nad tym, że gubernator jego rodzimego stanu opowiedział się po stronie właścicieli niewolników, a tym samym stracił szansę zapisanie się w historii jako abolicjonista.

Thoreau uważał, że odpowiedzialność za istnienie niewolnictwa ponoszą nie tylko władze stanów wolnych stosujące się do przepisów *Fugitive Slave Law*, ale także amerykańska prasa i sami obywatele, którym bardziej zależy na powodzeniu w interesach niż walce z niesprawiedliwym prawem. Gazeta stała się dla Amerykanina współczesną Biblią – towarzyszy mu w każdym momencie i miejscu jego życia. Z kolei wydawcy gazet stali się odpowiednikami kaznodziejów, z tym, że zamiast głosić prawdę odwołują się do tego, co w naturze ludzkiej najmniej szlachetne⁵⁵. Ostrze krytyki zostało wymierzone we wszystkie tytuły prasowe – poza „*Liberator*” i „*Commonwealth*” – ze względu na ich lojalność wobec władz i poparcie dla Prawa o zbiegłych niewolnikach. Jako wyraz nieposłuszeństwa obywatelskiego zachęcał Amerykanów do wycofania się z subskrypcji prasowych, tak aby gazety odmawiające kilku milionom ludzi prawa do życia w wolności straciły wsparcie finansowe.

Thoreau poświęcił Johnowi Brownowi kilka wystąpień i esejów⁵⁶. Choć filozof miał okazję poznać go osobiście – w styczniu 1857 r. Brown przemawiał w concordzkim Liceum na temat abolicjonizmu – jego fascynacja tą postacią zintensyfikowała się dopiero po nieudanym ataku kapitana na

53 Por., *ibidem*.

54 „[...] nie liczy się ten kawałek papieru [głos], który raz do roku wrzucamy do urny wyborczej, liczy się to, jaki człowiek codziennie rano opuszcza sypialnię i wychodzi na ulicę”, *ibidem*, s. 403.

55 Ludzi uzależnionych od codziennej dawki informacji prasowych Thoreau porównywał do psów, które powracają na miejsce swoich wymiocin, por. *ibidem*, 398.

56 *A Plea for Captain John Brown* oraz *The Martyrdom of John Brown*, [w:] *idem*, *Collected Essays and Poems*, Library of America, New York 2001; *Ostatnie dni Johna Browna*, [w:] *idem*, *Życie...*, *op. cit.*; *After the Death of John Brown*, [w:] *idem*, *The Major Essays*, R. Dillman (red.), Whitston Publishing Co., Albany-New York 2001.

skład amunicji w Harpers Ferry⁵⁷. Tuż po tych wydarzeniach Thoreau napisał *A Plea for Captain John Brown* – po raz pierwszy odczytał ją w Concord 30 października 1859 r.; zamierzał dotrzeć do jak największej liczby amerykańskich miast z misją obrony dobrego imienia tego, którego czcił. Realizację zadania skutecznie utrudniali mu przeciwnicy Browna – jawił im się on raczej jako pozbawiony skrupułów podrzynacz gardel⁵⁸ i fanatyk religijny⁵⁹. Zdaniem Thoreau John Brown, w odróżnieniu od większości Amerykanów, wsłuchawszy się w głos sumienia, znalazł w sobie na tyle odwagi, by podjąć próbę zniesienia niewolnictwa – zła moralnego. W ujęciu Thoreau za duchowych przodków tego bohatera bez skazy powinno uznać się nie tylko republikanów z czasów Cromwella, ale wręcz samego Jezusa Chrystusa. Filozof doszukiwał się paralel pomiędzy losami obu postaci:

Wy, którzy udajecie, że kochacie Chrystusa ukrzyżowanego, rozważcie, co chcecie uczynić temu, który ofiarował się być zbawcą czterech milionów ludzi⁶⁰; „Jakieś tysiąc osiemset lat temu ukrzyżowano Chrystusa, dziś rano, tak się składa, powieszono kapitana Browna. Oto skrajne ogniwa łańcucha, które pozostają powiązane⁶¹.”

W pół roku po egzekucji powstało kolejne przemówienie o hagiograficznym wydźwięku: *Ostatnie dni Johna Browna* – Thoreau zamierzał je wygłosić 4 lipca 1860 r. w North Elba w stanie Nowy Jork. W tym krótkim tekście po raz kolejny pojawiło się nawiązanie do zniewolenia obywateli amerykańskich⁶² – stan ten przypisywał wrogom Browna, widzącym w nim brutalnego zbrodniarza. W odczuciu Thoreau przyczyną formułowania tak fałszywego osądu było bezkrytyczne podporządkowanie się rządowi i prawu stanowionemu przy jednoczesnej nieumiejętności dokonania

57 Atak miał miejsce 16 października 1859 r. Jego celem było wywołanie powstania niewolników na Południu Stanów Zjednoczonych. Kilkunastoosobowy oddział towarzyszący Brownowi poddał się po dniu walki, Brown został uwięziony a 2 grudnia 1859 r. wykonano na nim karę śmierci.

58 Por. M. Meyer, *Thoreau's Rescue of John Brown from History*, „Studies in the American Renaissance” (1980), s. 304.

59 Por. C. McIntyre, *The Politics of Thoreau: A Spritual Intent*, „The Thoreau Society Bulletin”, nr 262 (Spring 2008), s. 8–9.

60 H.D. Thoreau, *A Plea...*, *op. cit.*, s. 415.

61 *Ibidem*, s. 416.

62 „Nie każdy człowiek potrafi być nawet człowiekiem wolnym”, *idem*, *Ostatnie...*, *op. cit.*, s. 95.

wglądu w uniwersalne zasady prawa moralnego, których ucieleśnienie stanowił w oczach filozofa kapitan Brown. Autor *Ostatnich dni...* porównał też pośmiertne oddziaływanie czynów Johna Browna do wpływu wywieranego przez świętych; chodziło mu o „nawrócenia”, jakie stały się udziałem tych, którzy za życia abolicjonisty negatywnie oceniali jego działalność⁶³.

W literaturze ugruntowało się przekonanie, że Thoreau bardzo niewiele wiedział o brutalności akcji Browna, m.in. o okrutnym mordzie na pięciu nieuzbrojonych, popierających niewolnictwo, osobach w 1856 r. w Pottawatomie Creek w stanie Kansas⁶⁴. Jednocześnie, wnosząc po ilości informacji publikowanych przez prasę na temat Johna Browna po jego ataku na Harpers Ferry, wydaje się niemożliwe, aby Thoreau – wnikliwy czytelnik gazet – nie zdawał sobie dokładnie sprawy z charakteru zarzutów kierowanych pod adresem Browna⁶⁵. Zresztą zarówno w *A Plea...*, jak i w *Ostatnich dniach...* filozof wspominał, że starał się zapoznać z wszystkimi dostępnymi artykułami z przełomu 1859–1860 r., których treść dotyczyła Browna.

Moim zdaniem Thoreau postanowił albo ignorować, albo nie wierzyć doniesieniom prasowym ukazującym jego bohatera w złym świetle, co niekoniecznie musiało oznaczać brak wiedzy. Filozof za autorytet uznał Jamesa Redpatha – dziennikarza, który w 1856 r. przebywał w Kansas i kwestionował jakąkolwiek odpowiedzialność Browna za masakrę w Pottawatomie Creek. Ponadto, jeśli uświadomimy sobie, że Thoreau wyraźnie przedkładał subiektywizm poznania nad czysto naukową obserwację – szczególnie w ostatnim okresie życia – łatwiej zrozumieć jego stanowisko w tej sprawie.

Człowiek przyjmuje do wiadomości wyłącznie to, co gotów jest przyjąć fizycznie, intelektualnie i moralnie [...]. Poczynione przez niego

63 „Północ, mam na myśli żywą północ, cała stała się nagle transcendentálna. Rozmyślała ponownie nad prawami człowieka, rozmyślała nad oczywistym fiaskiem, uznawała wiekiustą sprawiedliwość i chwałę. Zazwyczaj ludzie żyją zgodnie z kodeksem i są zadowoleni, jeżeli przestrzega się nakazów prawa, ale w tym wypadku powrócili w pewnym stopniu do pojmowania pierwotnego i nastąpiło niejako odrodzenie się starej religii”, *ibidem*, s. 92.

64 Por. W. Harding, *The Days of Henry Thoreau*, Alfred A. Knopf, New York 1965, s. 418; G. Ostrander, *Emerson, Thoreau and John Brown*, „Mississippi Valley Historical Review”, nr 34 (March 1953), s. 719.

65 Por. M. Meyer, *op. cit.*, s. 302.

obserwacje łączą się w swoisty łańcuch. I jednocześnie pomija się zjawiska czy fakty, których nie da się w żaden sensowny sposób połączyć z resztą⁶⁶.

Innymi słowy Thoreau przyswajał te informacje, które potwierdzały jego wyobrażenie na temat Browna jako męczennika gotowego pójść na śmierć w imię szlachetnej zasady – zniesienie niewolnictwa – pomijał zaś źródła przeczące temu obrazowi.

Podsumowanie

Mogłoby się wydawać, że Thoreau oczekiwał od mieszkańców Concord czy od amerykańskich obywateli w ogóle, aby podążyli za jego przykładem, tzn. zamieszkali przez jakiś czas w samotni na wzór Waldenu i tam, dzięki krytycznej refleksji nad własnym życiem, zdefiniowali na nowo jego zasady. Filozof daleki był od formułowania podobnych zaleceń⁶⁷ – przeczyłoby to jednej z jego wizji wolności jako ludzkiej niezależności w wyborze własnej koncepcji dobrego życia. Ponadto Thoreau – piewca empiryzmu idealistycznego i indywidualizmu – przedkładał traktowanie życia niczym eksperymentu, za którego przebieg w całości odpowiadamy, nad podążanie ścieżką wydeptaną przez innych. Ostatnia z uwag odnosi się też do rezerwy, z jaką myśliciel podchodził do autorytetu starszych pokoleń – to, że ich życie się kończy nie oznacza, że zostało „przeżyte” w rozumieniu Thoreau.

Idealistyczny wymiar jego empiryzmu dotyczył postrzegania Natury jako doskonałej Całości rządzącej się uniwersalnymi zasadami prawa moralnego. Zatem w fascynacji Thoreau dzikością chodziło nie tyle o czysto przyrodnicze zainteresowania⁶⁸, co o przeświadczenie, że roślini-

⁶⁶ H.D. Thoreau, *Journal*, XIII, *op. cit.*, s. 77.

⁶⁷ „Nie chciałbym, aby ktokolwiek przyswajał sobie mój sposób życia z jakiegokolwiek powodu, albowiem, po pierwsze, zanim się tego sposobu względnie dobrze nauczy, ja już mogę sobie znaleźć inny, po drugie zaś, pragnę, aby na świecie było jak najwięcej ludzi o własnych dążeniach. Dlatego też chciałbym, ażeby każdy z wielkim staraniem wybierał własną drogę i szedł naprzód właśnie nią, zamiast drogą ojca, matki czy sąsiada”, *idem*, *Walden...*, *op. cit.*, s. 89.

⁶⁸ Thoreau zamiast słowa *wilderness*, odnoszącego się do dzikości przyrody używał terminu *wildness* – nacisk na to, co naturalne w człowieku.

ny, zwierzęta będące częściami składowymi tego duchowego systemu funkcjonują zgodnie ze swoimi prawdziwymi naturami. Filozof uważał, że ludzie również mogą osiągnąć ten stan, bowiem każdy z nich został wyposażony w łącznik z Naturą – sumienie. Tak długo jak jednostki zagłuszają w sobie jego głos, podporządkowując się konwencjom społecznym i prawu pozytywnemu (pochodnej decyzji większości), tak długo ich egzystencja będzie przypominać los maszyn. Zdaniem Thoreau poprawa jakości ludzkiego życia wymagała odkrycia w sobie sumienia i gotowości kształtowania życia w oparciu o wynikające z niego zasady. Dopiero wówczas człowiek odzyskiwał więź z Całością – swą dziką wolność. Wyłącznie jednostki, które doświadczyły tego rodzaju przemiany – wyzwolenie z niewoli ekonomicznej, społecznej i moralnej – rozumiały konieczność zniesienia niewolnictwa w stanach amerykańskiego Południa. Z tej perspektywy działalność Johna Browna stanowiła typ idealny sprzeciwu wobec niemoralnego społeczeństwa i skorumpowanego rządu.

Bibliografia

- A Historical Guide to Henry David Thoreau*, Cain W.E. (ed.), Oxford University Press, Oxford 2000.
- A Political Companion to Henry David Thoreau*, Turner J. (ed.), University Press of Kentucky, Lexington 2009.
- Abbott P., *Henry David Thoreau, the State of Nature, and the Redemption of Liberalism*, „The Journal of Politics”, vol. 47, nr 1, (February 1985), s. 182–208.
- Bennett J., *Thoreau's Nature: Ethics, Politics, and the Wild*, CA: Sage Publications, Thousand Oaks 1994.
- Cafaro P., *Thoreau's Living Ethics. Walden and the Pursuit of Virtue*, University of Georgia Press, Athens 2010.
- Classics in Cultural Criticism*, H. Heuermann (ed.), Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1990.
- Critical Essays on Henry David Thoreau's Walden*, Myerson J. (ed.), G.K. Hall, Boston 1988.
- Dombrowski D.A., *Thoreau the Platonist*, P. Lang, New York 1986.
- Francis R., *Transcendental Utopias: Individual and Community at Brook Farm, Fruitlands and Walden*, Cornell University Press, Ithaca-London 1997.

- Harding W., *The Days of Henry Thoreau*, Alfred A. Knopf, New York 1965.
- Harding W., *Thoreau and the Concord Lyceum*, „The Thoreau Society Bulletin”, nr 30 (January 1950), s. 2–3.
- Herr W.A., *Thoreau: A Civil Disobedient?*, „Ethics”, vol. 85, nr 1 (October 1974), s. 87–91.
- Klug B., *Thoreau's Word for Nature*, „The Personalist Forum”, vol. 14, nr 1, (Spring 1998), s. 2–24.
- Lewandowski W., *Wolność i samotność. Myśl społeczno-polityczna amerykańskiego transcendentalizmu*, WDiNP UW, Warszawa 2011.
- Kritzberg B., *Thoreau, Slavery and Resistance to Civil Government*, „The Massachusetts Review”, vol. 30, nr 4 (Winter 1989), s. 535–565.
- Madison Ch. A., *Henry David Thoreau: Transcendental Individualist*, „Ethics”, vol. 54, nr 2 (January 1944), s. 110–123.
- McIntyre C., *The Politics of Thoreau: A Spiritual Intent*, „The Thoreau Society Bulletin”, nr 262 (Spring 2008), s. 7–9.
- Meyer M., *Thoreau's Rescue of John Brown from History*, „Studies in the American Renaissance” (1980), s. 301–316.
- Montgomery J., *The Apology of a Moss-Trooper: (How) Is “Walking” Political?*, vol. 14, nr 1, (Spring 1998), s. 25–48.
- Neufeldt L.N., *Henry David Thoreau's Political Economy*, „The New English Quarterly”, vol. 57, nr 3, (September 1984), s. 359–383.
- Neufeldt L., *The Economist: Henry Thoreau and Enterprise*, Oxford University Press, New York 1989.
- Newman L., *Our Common Dwelling: Henry Thoreau, and the Class Politics of Nature*, Palgrave Macmillan, New York-Basingstoke 2005.
- Ostrander G., *Emerson, Thoreau and John Brown*, „Mississippi Valley Historical Review”, nr 34 (March 1953), s. 713–726.
- Richardson R.D. Jr., *Henry Thoreau: A Life of the Mind*, University of California Press, Berkeley 1986.
- Rosenblum N., *Thoreau: Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.
- Sanborn F.B., *The Life of Henry David Thoreau. Including Many Essays Hitherto Unpublished and Some Account of his Family and Friends*, Houghton Mifflin Co., Boston 1917.
- Skurowski P., *Walden: czyli jak żyć i po co*, w: *W kanonie prozy amerykańskiej. Od Nathaniela Hawthorne'a do Joyce Carol Oates*, L. Aleksandrowicz-Pędich (red.), Wydawnictwo Academica, Warszawa 2007, s. 25–44.

- Sławek T., *Ujmować: Henry David Thoreau i wspólnota świata*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2009.
- The Cambridge Companion to Henry David Thoreau*, Myerson J. (ed.), Cambridge University Press Cambridge 1995.
- The Writings of Henry David Thoreau*, Houghton Mifflin Co., Boston 1906.
- Thoreau H.D., *Obywatelskie nieposłuszeństwo*, tłum. H. Cieplińska, Rebis, Poznań 2006.
- Thoreau H.D., *Sztuka chodzenia, czyli o wolności i dzikości*, tłum. P. Madej, Bractwo Trojka, Poznań 2013.
- Thoreau H.D., *Walden, czyli życie w lesie*, tłum. H. Cieplińska, Rebis, Poznań 1999.
- Thoreau H.D., *Życie bez zasad i inne eseje*, tłum. H. Cieplińska, Rebis, Poznań 2006.
- Walker B., *Thoreau's Alternative Economics: Work, Liberty, and Democratic Cultivation*, „The American Political Science Review”, vol. 92, nr 4 (December 1998), s. 845–856.
- Waśkiewicz A., *Obcy z wyboru. Studium filozofii społecznej*, Prószyński i S-ka, Warszawa 2008.

Anna Adamska-Gallant
(Uniwersytet Wrocławski)

WOLNOŚĆ, RÓWNOŚĆ I WŁASNOŚĆ W KODEKSIE DUKAGJINIEGO

ABSTRACT

LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY IN THE CODE OF LEKE DUKAGJINI

Kanun of Leke Dukagjini is the customary law of northern Albania, which constitutes one of the unique elements of Albanian national identity. It lays down the precepts that underlie the culture, the most important of which are honor, the value of one's word (besa), and family. Together they form the basis for the functioning of society. Attachment to this law has prevented Albanians from assimilating with other Balkan nations, and has enabled them to retain a separate national identity despite hundreds of years of Ottoman domination over Albanian territories. For centuries, Kanun regulated nearly every sphere of social life. Till this day its principles continue to exert a strong influence on the lives of Albanians, both in Albania and in Kosovo – especially in rural areas. Customary law provided for therein determines the scope of terms such as liberty, equality, and property. Reference to precepts included in Kanun allows for a better understanding of Albanians and the motivation behind their actions. It also helps one appreciating their distinct character among other Balkan nations.

KEYWORDS: Kanun, Leke Dukagjini, Albania, Kosovo, besa, honor, honor killing, freedom, equality, family

SŁOWA KLUCZOWE: Kanun, Leke Dukagjini, Albania, Kosowo, besa, honor, zabójstwo honorowe, wolność, równość, rodzina

1. Wprowadzenie

Sformułowane w epoce Oświecenia ideały wolności i równości jak dotąd wydają się kluczowe dla funkcjonowania współczesnych demokracji.

Jedną z bardziej rozpowszechnionych teorii na temat genezy i postępu w rozwoju tych wartości stworzył wówczas George Wilhelm Friedrich Hegel. Wskazywał on na historyczne podłoże wolności i przedstawiał ją jako cel ludzkich dziejów, gdzie ludzkość przez cały okres swojego rozwoju nieustannie dąży do osiągnięcia pełnej swobody. Podobne koncepcje prezentowali i inni myśliciele: Jan Jakub Rousseau, Immanuel Kant, czy Johann Gottlieb Fichte¹.

Według Hegla wolność pojawia się wraz z istnieniem trwałych instytucji politycznych i społecznych, tam gdzie funkcjonują normy etyczne. Jego zdaniem wolność w formie, która mogła zostać zaakceptowana, wystąpiła po raz pierwszy dopiero w cywilizacji greckiej, kiedy despotyzm i patriarchy zastąpione zostały prawem zwyczajowym i regułami moralnymi. W epoce imperium rzymskiego despotyzm zastąpił wolność, wciąż jednak istniały mechanizmy zabezpieczające interesy jednostki. Chrześcijaństwo przyniosło koncepcje ludzkiej godności i równej wartości ludzi, czemu towarzyszył krytycyzm wobec ziemskiej rzeczywistości. Dało to początek wolności podmiotowej, która z biegiem lat i ciągłym rozwojem cywilizacji zaczęła przenikać do wszystkich dziedzin kultury i życia społecznego².

Hegel był przekonany, że chrześcijaństwo i oświecenie stanowią siłę napędową na drodze do urzeczywistnienia wolności, a historia stanowi proces przynoszący za każdym razem jej większy zakres, który stopniowo ulega rozciągnięciu na większą liczbę jednostek. Postęp ten prowadzi do pełniejszego urzeczywistnienia wolności, a w pewnym momencie jej pełnia zostanie osiągnięta, obejmując wszystkie jednostki³.

Istnienie systemu prawnego, który funkcjonując w społeczności chrześcijańskiej nie tylko formułuje zasady daleko ograniczające powszechność korzystania z przywilejów składających się na wolność i równość, ale też wprowadza surowe sankcje za niepodporządkowanie się tym zasadom wydaje się dziś być trudnym do przyjęcia ewenementem. Okazuje się jednak, że w XXI wieku, w dobie Internetu, swobody przemieszczania się i komunikowania, mogą nadal istnieć w Europie grupy społeczne, które

1 Stanisław Filipowicz, *Historia myśli polityczno-prawnej*, Gdańsk 2003.

2 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Wykłady z filozofii dziejów*, t. I, przeł. J. Grabowski i A. Landman, Warszawa 1958.

3 Zbigniew A. Pełczyński, *Wolność, państwo, społeczeństwo. Hegel a problemy współczesnej filozofii politycznej*, Wrocław 1998.

akceptują daleko idącą nierówność członków grupy w sferze podejmowania kluczowych dla ich sposobu życia decyzji, zawierania umów, ochrony nietykalności cielesnej, wykonywania prawa własności, odrzucając tym samym osiągnięcia cywilizacji Zachodu w tych obszarach. Zamieszkujący północ współczesnej Albanii oraz część Kosowa Albańczycy wciąż odwołują się do zasad prawa zwyczajowego, sięgających XV wieku, które ostatecznie spisano w tzw. Kanunie Leke Dukagijini'ego. Zawarte w nim normy nadal umacniają strukturę społeczną opartą na patriarchacie.

Kanun Leke Dukagijini'ego stanowi jeden z najbardziej unikalnych elementów tożsamości narodowej Albańczyków. Określa on zasady, na których opiera się ich kultura, spośród których najważniejszą rolę odgrywają honor, wartość danego słowa (*besa*) i rodzina, stanowiąca podstawę funkcjonowania społeczeństwa. Przywiązanie do tego prawa zapobiegło asymilacji Albańczyków z innymi narodami Bałkanów i pozwoliło im zachować swoją odrębność narodową pomimo trwającej stulecia otomańskiej dominacji na tych terenach. Kanun przez wieki regulował niemal wszystkie sfery życia społecznego. Siłą rzeczy wraz z rozwojem nowoczesnego państwa jego znaczenie uległo zmniejszeniu, niemniej jednak przyczynił się on do budowy podstaw moralnych społeczeństwa albańskiego i umocnienia w nim takich wartości jak honor, braterstwo i współodpowiedzialność.

Reguły Kanunu to nie tylko tekst prawny sprzed kilkuset lat, którym zajmować się mogą jedynie badacze prawa. Wywiera on wciąż silny wpływ na życie Albańczyków, zarówno w samej Albanii, jak i w Kosowie, zwłaszcza na terenach wiejskich. Powrót do tradycyjnych zasad utrwalo-nych w Kanunie nastąpił po kilkudziesięcioletniej przerwie z początkiem lat 90 – tych XX wieku, kiedy w Albanii upadł komunizm, a w Kosowie coraz silniejszy stawał się opór wobec władzy utożsamianej z Serbami. W momencie, kiedy instytucje państwowe działające na tych terenach stawały się coraz bardziej niewydolne, a zwłaszcza kiedy nie były w stanie zapewnić jednostkom poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości, odwołanie się do reguł prawa zwyczajowego szanowanych przez pokolenia, wielu wydawało się dobrym rozwiązaniem. Stąd koniec lat 90 – tych zapisał się na tym obszarze pod znakiem honoru, rodziny, ale również krwawej zemsty jako jednego z kluczowych elementów Kanunu⁴.

4 Arben Cara, Mimoza Margjeka, *Kanun of Leke Dukagjini Customary Law of Northern Albania*, „European Scientific Journal” 2015, October, vol. 11, s. 180–182.

Prawo zwyczajowe zapisane w Kanunie determinuje zakres takich pojęć jak wolność i równość. Odwołanie się do zasad zawartych w Kanunie pozwala lepiej zrozumieć Albańczyków oraz motywację ich działania, jak też docenić ich odrębność pośród innych narodów bałkańskich.

Tereny północnej Albanii w okresie od IV do XVI były zamieszkałe przez ludność wyznania chrześcijańskiego. W XVI wieku u schyłku dominacji chrześcijaństwa na tych terenach wykształciło się prawo zwyczajowe, które funkcjonowało wprawdzie w społeczności chrześcijańskiej, niemniej jednak formułowało zasady daleko ograniczające powszechność korzystania z praw i wolności, łamiąc tym samym kluczową dla chrześcijaństwa zasadę równości. Wprowadzało również surowe sankcje za niepodporządkowanie się tym zasadom.

Dopiero od XVII wieku, w związku z zaostreniem przez Imperium Osmańskie polityki fiskalnej wobec chrześcijan w Albanii rozpoczęła się islamizacja. Wielu Albańczyków, chcąc uniknąć dyskryminacji, przyjęło wiarę muzułmańską⁵. Mimo to ludność wiejska, zwłaszcza zamieszkała na trudno dostępnych górskich terenach, pozostała przy dawnej religii i wciąż uznawała Kanun za zbiór obowiązujących reguł⁶.

2. Pochodzenie Kanunu

Kanun Leke Dukagjini'ego to najbardziej znany zbiór albańskiego prawa zwyczajowego, jaki został kiedykolwiek opublikowany. Zgromadzone w nim reguły przez wieki wywierały istotny wpływ na wszystkie kluczowe aspekty życia społecznego Albanczyków w Kosowie i Północnej Albanii. Prawa te początkowo funkcjonowały jedynie w formie ustnej i były przekazywane z pokolenia na pokolenie przez mędrców żyjących w danej społeczności⁷.

Zgodnie z utrwaloną tradycją autorstwo reguł zawartych w Kanunie przypisuje się Leke Dukagjini'emu. Według części historyków miał on

5 Borys Przedpełski, *Religie i wyznania w Albanii*, <http://albania.republika.pl/Religie%20w%20Albanii.pdf> [dostęp: 14 sierpnia 2016].

6 Tadeusz Czekalski, Jerzy Hauziński, Jan Leśny, *Historia Albanii*, Ossolineum, Warszawa 2009.

7 Noel Malcom, *Kosovo. A Short History*, New York University Press, New York 1998, p. 17; Tanya Mangalakova, *The Kanun in Present – Day Albania, Kosovo and Montenegro*, International Centre for Minority Studies and Intercultural Relations, Sofia 2004.

ogłosić ów zbiór praw w okresie swojego panowania na terenach obejmujących północną Albanię w okresie przypadającym na lata 1448–1481⁸. Do tej pory jednak nie udało się nikomu przedstawić przekonujących dowodów na potwierdzenie tej tezy. Wśród większości badaczy dominuje pogląd, że albańskie prawa zwyczajowe przez stulecia kształtowało się w drodze przekazu ustnego, a jego autorstwa nie można przypisać jednej osobie. Prawo to nazwano imieniem Leke Dukagjini’ego z uwagi na jego sławę w walce z Imperium Otomańskim⁹.

Reguły albańskiego prawa zwyczajowego zostały zebrane i spisane przez żyjącego na przełomie XIX i XX wieku franciszkanina Shtiefena Gjecovi, pochodzącego z miejscowości Janjevo w Kosowie, który w 1913 zaczął publikować gromadzone przez siebie przepisy prawne w cyklu ukazującym się na łamach wydawnictwa zakonu Franciszkanów w Albanii – *Hylli i Drites (Gwiazda światła)*. Dzieła tego nie zdołał dokończyć do swojej śmierci w 1929 roku, kiedy to zginął z rąk serbskiej policji. Jego prace kontynuowali bracia z zakonu, którzy usystematyzowali pozostały materiał i całość zgromadzonych reguł wydali w 1933 roku pod nazwiskiem Gjecovi jako „Kanun Leke Dukagjini’ego”. Słowo *kanun* pochodzi z greki, gdzie kanon oznaczał „regułę” lub „standard”¹⁰.

Prawo zwyczajowe zebrane w Kanunie reguluje wszystkie sfery życia społecznego ludności zamieszkującej północną Albanię i Kosowo, zarówno w domenie publicznej, jak i prywatnej. Zostało ono zawarte w 1263 paragrafach podzielonych na 12 ksiąg, kolejno zatytułowanych: „Kościół”, „Rodzina”, „Małżeństwo”, „Dom, Inwentarz i Własność”, „Praca”, „Przeniesienie własności”, „Dane słowo (*besa*)”, „Honor”, „Szkoda”, „Przestępstwa”, „Prawo sądowe” oraz „Wyjątki i odstępstwa”¹¹.

Tereny, na których respektowano Kanun, położone są na trudno dostępnych górzystych obszarach, które z tego względu pozostawały przez długi czas praktycznie poza kontrolą jakiegokolwiek władzy państwowej. Ich mieszkańcy musieli we własnym zakresie zorganizować się i wprowadzić zasady porządkujące wspólne życie. Uznawali reguły Kanunu

8 Mary Edith Durham, *Some Tribal Origins and Laws and Customs of the Balkans*, George Allen and Unwin Ltd, London 1928, s. 65–66; M. Hasluck, *The Unwritten Law in Albania*, J.H. Hutton (red.), Cambridge 1954, s. 13.

9 Noel Malcom, *Kosovo...*, *op. cit.*, s. 18.

10 Zef Ahmeti, *The Criminal Law in the Kanun of Leke Dukagjini – the Albanian Customary Law*, University St Gallen, Switzerland 2004.

11 Arben Cara, Mimoza Margjeka, *Kanun of Leke Dukagjini...*, *op. cit.*, s. 178.

za mające pierwszeństwo przed prawem stanowionym, bez względu na starania podejmowane zarówno ze strony kolejnych władców próbujących wprowadzić swoje panowanie na tych obszarach, jak i Kościoła. Kanun funkcjonował przez lata jako alternatywne lub dodatkowe źródło prawa¹².

Znaczenie Kanunu dla ludności zamieszkującej północną Albanie i Kosowa jest nie do przecenienia. Jedną z najbardziej znanych badaczek tych terenów, brytyjska podróżniczka Mary Edith Durham w 1920 r. pisała o swoich doświadczeniach z Kanunem: *Kiedykolwiek w górach pytałam, dlaczego coś zostało zrobione, mówiono mi „Ponieważ Leke tak kazał”*¹³. Stwierdzenie, że „Leke tak powiedział” stało się dla mieszkańców tych obszarów ważniejsze niż Dekalog dla chrześcijan, czy Pięć Filarów Islamu dla muzułmanów. Co ciekawe, duchowni obu religii funkcjonujących na tym obszarze w swoim nauczaniu starali się unikać popadania choćby w najmniejsze sprzeczności z zasadami Kanunu¹⁴.

3. Fundamentalne zasady Kanunu

Jeden z czołowych badaczy Kanunu, Giuseppe Valentini, wskazał na cztery kluczowe zasady, na których opiera się prawo zwyczajowe zebrane w tym zbiorze. Według niego fundamentem dla wszystkich innych zasad jest osobisty honor, z którego wynika swoiście pojmowana zasada równości, będąca z kolei podstawą wolności działania w zgodzie ze swoim honorem, w granicach prawa, bez podlegania rozkazom innej osoby. Czwartą zasadą jest słowo honoru (tzw. Besa), które polega na absolutnym zaufaniu do danego słowa, którego bez względu na okoliczności należy dotrzymywać¹⁵.

Kanun stanowi, że przestępstwo przeciwko honorowi nie może być spłacone poprzez zapłatę (przeniesienie własności rzeczy), ale jedynie poprzez upuszczenie krwi albo przez wielkoduszne przebaczenie¹⁶. Przestępstwem przeciwko honorowi jest m.in. nazwanie mężczyzny kłamcą

12 Tanya Mangalakova, *The Kanun In Present-Day Albania, Kosovo, and Montenegro*, International Centre for Minority Studies and Intercultural Relations (IMIR), Sofia 2004, s. 14, http://pdc.ceu.hu/archive/00003864/01/The_Kanun.pdf [dostęp: 14 sierpnia 2016]; Arben Cara, Mimoza Margjeka, *Kanun of Leke Dukagjini...*, *op. cit.*, s. 176–177.

13 Mary Edith Durham, *Some Tribal Origins...*, s. 64–65.

14 Noel Malcom, *Kosovo...*, *op. cit.*, s. 18.

15 *Ibidem*.

16 Par. 598.

w obecności innego mężczyzny, znieważenie jego żony, zabranie broni, bądź pogwałcenie jego gościnności¹⁷. Ta ostatnia zasada stanowi bardzo istotną regułę Kanunu, ponieważ przyjęcia gościa w domu tworzy wyjątkową, nierozzerwalną więź pomiędzy nim a gospodarzem.

Zasadę „besy” można rozumieć jako słowo honoru, czy nienaruszalność danej obietnicy. Dla Albańczyka „besa” jest świętością, oznacza lojalność i obowiązek dotrzymania danego słowa. Jej elementem jest również szacunek dla gościa, którego status jest uregulowany w przepisach dotyczących honoru. Najpełniejszym wyrazem więzi pomiędzy gospodarzem a gościem jest reguła, która stanowi, że „dom należy do Boga i gościa”¹⁸. Ten ostatni pozostaje pod ochroną gospodarza, który ma obowiązek pomścić gościa, jeżeli krzywda wydarzyła mu się nie tylko pod jego dachem, ale również jeszcze po jego opuszczeniu w drodze następnego dnia. O tym, że obowiązek chronienia gościa jest niezwykle daleko posunięty świadczy fakt, że przestępstwo przeciwko ojcu czy bratu może zostać wybaczone, zaś w przypadku gościa Kanun nie dopuszcza takiej możliwości.

Albańskie społeczeństwo opiera się na szeroko rozumianej rodzinie. Do dzisiaj częstym jest, że kilka pokoleń żyje wspólnie pod jednym dachem. Członkowie rodziny nawzajem się wspierają, młodzi troszczą się o starszych. Zgodnie z Kanunem, co do zasady najstarszy mężczyzna w rodzinie jest jej głową i z racji tego ma niemal nieograniczoną władzę nad jej członkami, w tym prawo karania. Niemniej jednak rodzina może wybrać innego przywódcę, jeżeli najstarszy z rodu działa w sposób szkodliwy dla rodziny. Dzieci były wychowywane w przeświadczeniu, że ojciec rodziny ma zawsze rację.

Prawo zwyczajowe zgromadzone w Kanunie funkcjonowało dobrze w społeczeństwie, które posiadało następujące cechy: brak skutecznie działającej władzy państwowej, silny system klanowy, przy czym klan był rozumiany jako transcendentalna wspólnota żywych i umarłych z etycznym obowiązkiem przetrwania w społeczeństwie, powszechny kult przodków, wysoki etos wojowników, a słowo mówione było wyżej cenione niż pisane¹⁹.

¹⁷ Par. 601.

¹⁸ Par. 602.

¹⁹ K. Yamamoto, *Study on the Ethical Concepts of the Japanese Writer Yukio Mishima, Ultra-nationalist*, „Coll. Antropol.” 2000, nr 24, s. 603, <http://hrcak.srce.hr/file/26583> [dostęp: 14 sierpnia 2016].

4. Równość, wolność i własność

4.1 Rodzina

W społeczeństwie patriarchalnym, opierającym się na zhierarchizowanej rodzinie na równość nie ma miejsca. Status jednostki w rodzinie determinuje jej zakres praw i obowiązków. Już w tym miejscu warto podkreślić, że pozycja kobiety w społeczeństwie funkcjonującym w oparciu o zasady Kanunu była szczególnie niska i najbardziej obrazowo oddaje ją zapis, zgodnie z którym „Kobieta jest workiem do noszenia, stworzonym by trwać tak długo, jak żyje ona w domu męża”²⁰, co w zasadzie ograniczało jej rolę do funkcji prokreacyjnej.

Podstawową jednostką organizacyjną w społeczeństwie funkcjonującym w oparciu o zasady Kanunu była rodzina rozumiana jako „grupa ludzi żyjących pod jednym dachem, której celem jest zwiększanie ich liczby poprzez małżeństwo dla jej ustanowienia oraz rozwój ich stanu oraz rozumu i intelektu”²¹. Na czele rodziny z reguły stał najstarszy mężczyzna, lub najstarszy brat, przy czym żaden z nich nie musiał być żonaty. Rodzina mogła zdecydować o wyborze innego mężczyzny do pełnienia tej funkcji, jeżeli wszyscy zgodzili się na to, że będzie on mądrzejszy, bardziej inteligentny i troskliwy niż najstarszy z rodu²².

Pozycja mężczyzny będącego głową rodziny była wyjątkowa, co przejawiało się w szerszym zakresie praw mu przysługujących, w tym w szeregu uprawnień o charakterze władcym względem pozostałych jej członków. Głowie rodziny przysługiwało prawo do zajmowania głównego miejsca w domu. Jako jedyny mógł posiadać własną broń nawet wielkiej wartości, siodło, materac i koc, naczynia do kawy, jak też wino i rakiję. Tylko jemu przysługiwało uprawnienie do dysponowania ziemią, bez względu na jej charakter, poprzez zakup, sprzedaż i zamianę. Głowa domu mogła zaciągać i udzielać pożyczek i gwarancji, wyrażała zgodę na sprzedaż, zakup lub pożyczanie czegokolwiek przez innego członka rodziny. Dzierżący tę funkcję podejmował decyzje co do budowy domów i zabudowań gospodarczych, dysponował zarobkiem innych członków rodziny, przydzielał im pracę w domu i poza nim, wysyłał do pracy w zamian za pożyczkę lub za darmo²³.

²⁰ Art. XXIX.

²¹ Par. 14.

²² Par. 20.

²³ *Ibidem*.

Wymienione wyżej uprawnienia współcześnie można uznać za elementy definiujące zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Zgodnie z Kanunem były to przymioty przysługujące wyłącznie głowie rodziny.

Poza uprawnieniami o charakterze cywilnoprawnym głowa rodziny posiadała kompetencje do karania członków rodziny za zachowania uznane za sprzeczne z jej interesem. Katalog kar był stosunkowo obszerny i obejmował pozbawienie jedzenia, zakaz noszenia broni w ręku bądź przy pasku przez okres tygodnia lub dwóch, związanie bądź uwięzienie w domu, pozbawienie udziału w domostwie w celu zapobieżenia dyshonorowi lub niebezpieczeństwu dla rodziny.

Na głowie rodziny ciążyły także liczne obowiązki względem jej członków, do których należały: dbanie o interesy członków rodziny; zapewnienie, aby nie wyrządzali oni szkody; podejmowanie jako pierwszy pracy, do której jest zobowiązany; zabezpieczenie ziemi, aby nie leżała odłogiem; obrona żywego inwentarza; wykonywanie mądrej i rozważnej pracy w domu i poza nim; unikanie działań prowadzących dom do destrukcji lub likwidacji; zapewnienie odzieży i obuwia członkom rodziny; utrzymywanie sprawiedliwości w domu i unikanie faworyzowania kogokolwiek; zakup broni dla młodych mężczyzn w momencie uznania, że są oni zdolni do jej noszenia.

Do członków rodziny zaliczano wyłącznie mężczyzn. Ich prawa w stosunku do rodziny były wyraźnie określone, a najważniejszym była możliwość usunięcia głowy rodziny w razie stwierdzenia, że nie działa ona dla jej dobra, i wyboru nowej osoby na tę pozycję. Członkowie rodziny mogli również indywidualnie posiadać broń, przy czym musiała być ona niższej wartości niż w przypadku tej należącej do głowy rodziny. Rolnik mógł posiadać i pożyczać swój pług bez zgody głowy rodziny i takie samo uprawnienie przysługiwało pasterzowi w stosunku do stada owiec, którym się opiekował.

Kanun przewidywał bardzo ograniczone prawa członków rodziny do zaciągania zobowiązań cywilnoprawnych i dysponowania swoim ograniczonym co do składników majątkiem. Nie mogli oni udzielać gwarancji przekraczającej wartość ich broni, ani pracować dla kogoś innego bez zgody głowy domu. Nie byli władni dokonać sprzedaży, zakup i wymiany rzeczy stanowiących ich własność, ani zobowiązać głowy rodziny do pracy. Musieli oni słuchać i wykonywać polecenia starszego rodu, w tym dotyczące wstąpienia do armii.

Kobiet nie traktowano na równi z mężczyznami, jako członków rodziny, a Kanun uznawał je nawet za zbyteczne w domostwie²⁴. Miały one obowiązek pracować na rzecz rodziny, natomiast w tzw. wolnym czasie mogły pracować dla siebie. Spośród nich w nieco uprzywilejowanej sytuacji znajdowała się tzw. pani domu. Kanun przewidywał dla niej jedynie kilka uprawnień, do których należało rozdzielanie pomiędzy członków rodziny wszystkiego, co zostało wyprodukowane w domu, dawanie i pożyczanie produktów spożywczych oraz wydawanie innym kobietom poleceń dotyczących prac domowych. Z kolei zakres jej obowiązków był określony nieco szerzej, wyraźnie podkreślając jej usługową rolę w rodzinie. Pani domu obowiązana była do przygotowywania posiłków, dbania o przechowywanie produktów tak, aby nic nie uległo zepsuciu, zapewnienia sprawiedliwego traktowania członków rodziny i ich dzieci. Podczas gdy kobiety były w pracy, to do niej należało zajmowanie się dziećmi. Kanun wyraźnie zakazywał jej sprzedaży czegokolwiek bez zgody głowy domu²⁵. Mężczyźni – członkowie rodziny mogli zdecydować o usunięciu pani domu w razie ustalenia, że dopuściła się kradzieży, sprzedała cokolwiek potajemnie lub faworyzowała którekolwiek z dzieci.

Zasadą było, że w rodzinie wszyscy powinni być traktowani równo przez mężczyznę stojącego na jej czele, ale oczywiście w obrębie określonej kategorii. Nie było bowiem równości pomiędzy kobietami i mężczyznami, pozycja ich była różna, a nad wszystkimi władzę sprawowała głowa rodziny. Co ważne, to dobro rodziny jako całości, a nie poszczególnych osób ją tworzących powinno być czynnikiem determinującym działania wszystkich.

4.2 Małżeństwo

Reguły dotyczące małżeństwa to jeden z najbardziej jaskrawych przykładów zaprzeczenia współczesnym zasadom wolności i równości właściwym demokracjom zachodnim. Kanun definiuje małżeństwo jako „środek do utworzenia gospodarstwa domowego poprzez dołączenie do niego innej rodziny w celu dodania siły roboczej i zwiększenia liczby dzieci”²⁶. Wyłącznym celem małżeństwa jest więc wzmocnienie siły klanu poprzez wzrost jego

²⁴ Art. XX, rozdział „Małżeństwo”.

²⁵ Par. 23.

²⁶ Par. 20.

liczebności i alianse z innymi szanowanymi rodzinami, a nie zaspokojenie potrzeb uczuciowych potencjalnych małżonków. Dlatego Kanun tak wiele miejsca poświęca kwestii wyboru odpowiedniego kandydata na małżonka, a samo małżeństwo jest przedmiotem negocjacji pomiędzy głowami rodów.

Młodzi pozbawieni są możliwości wyboru kandydata na małżonka. W przypadku kobiet zakaz ten jest bezwzględny, ponieważ kwestiami związanymi z jej zamążpójściem zajmują się rodzice, bądź bracia lub krewni w przypadku braku tych pierwszych²⁷. Pozbawiono ją również uczestniczenia w wyborze butów i odzieży stanowiących jej posag²⁸. Młody mężczyzna jest nieco bardziej uprzywilejowany, ponieważ w razie śmierci rodziców może zajmować się własnym małżeństwem, wybrać swata oraz wpływać na jego ustalenia. Jeżeli rodzice żyją, podobnie jak kobieta jest on pozbawiony jakiegokolwiek wpływu na ustalenia dotyczące małżeństwa²⁹. Pomimo to, mężczyźnie pozostawiono swobodę odrzucenia kandydatki na żonę, nawet po wyrażeniu zgody na małżeństwo, jednak nie może tego zrobić w trakcie zaślubin.

Prawa i obowiązki małżonków względem siebie nawzajem również cechuje brak równości. Mąż ma zapewnić żonie odzież i obuwie, jak też wszystko, co jest jej niezbędne do życia. Ponadto zobowiązany jest chronić jej honor i nie dawać jej powodów do narzekania³⁰. Z kolei żona obowiązana jest chronić honor swojego męża, służyć mu w nieskazitelnym sposób, poddać się jego dominacji, wypełniać obowiązki małżeńskie, wychowywać i karmić dzieci, utrzymywać odzież i obuwie w należytym porządku, jak też nie może wpływać na zaręczyny swoich synów i córek. Jedyne prawo, jakie posiada żona to możliwość poproszenia męża o pożyczanie, odzież i obuwie³¹.

Kobieta pozbawiona była możliwości odrzucenia kandydata na męża. Jeżeli nie chciała się zgodzić na poślubienie ustalonego mężczyzny Kanun przewidywał przekazanie jej przez rodziców narzeczonemu siłą, czemu towarzyszyło wręczenie mu naboju. Mąż miał prawo go użyć do zabicia żony w razie jej ucieczki. Z uwagi na to, że nabój pochodził od rodziny dziewczyny, nie mieli oni prawa jej pomścić³².

27 Par. 31.

28 Par. 24.

29 Par. 30.

30 Par. 32.

31 Par. 33–34.

32 Par. 28.

Małżonkowie nie mieli możliwości rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Po raz kolejny, mąż znajdował się w uprzywilejowanej pozycji względem żony, ponieważ w razie jej zdrady bądź naruszenia nakazu gościnności miał prawo ją zabić. Również w tym celu użyć miał naboju podarowanego przez jej rodzinę³³.

Żona na własność mogła posiadać jedynie to, co otrzymała w dniu ślubu³⁴, przy czym również te przedmioty mogły jej zostać odebrane, jeżeli dopuściła się kradzieży. Ponadto w takiej sytuacji kobieta musiała opuścić dom i mogła ze sobą zabrać jedynie to, co miała na sobie. Pozostała część należących do niej rzeczy zwracana była jej rodzinie. Albańskie kobiety pozbawione były również prawa dziedziczenia po swoich rodzicach i mężu³⁵. Żona nie miała żadnej władzy nad dziećmi³⁶.

Mąż uprawniony był do karania żony, miał prawo naruszania jej netykalności cielesnej poprzez bicie i wiązanie, jeżeli uznał, że nie szanowała ona jego słów i rozkazów³⁷. Za takie zachowanie mąż nie ponosił żadnej odpowiedzialności, a rodzice dziewczyny nie mogli mieć do niego pretensji. Jedynie w sytuacji, gdy żona została pobita przez męża do krwi, miała ona prawo poskarżyć się swoim rodzicom, którzy z kolei mogli żądać od męża wyjaśnień³⁸.

Kobieta przez całe życie była cudzą własnością, najpierw rodziców, a później męża. To rodzice ponosili również odpowiedzialność za jej zachowanie, mieli obowiązek zapłaty za jej niegodziwość, chociaż nie mieli prawa, aby ingerować w jej sprawy. Kobiety według Kanunu nie mogły być *Starszymi*, którzy rozstrzygali spory, ani *Jurorami*, do których należało odebranie przyrzeczenia od *Informanta*, czyli świadka w procesie. Same nie mogły być *Informantami*, jak również nie mogły obserwować samego momentu złożenia przysięgi. Pozbawione były prawa udziału w zgromadzeniach, w trakcie których decydowano o sprawach rodziny³⁹.

Jedynym sposobem na wyzwolenie przez kobietę była ucieczka do stanu „zaprzysiężonych dziewic”. Decyzję taką podejmowały z reguły nie z własnej woli, ale dlatego, że z uwagi na ciągnące się przez pokolenia

33 Par. 40.

34 Par. 28.

35 Art. XX, rozdział „Małżeństwo”, par. 1227.

36 Par. 44.

37 Par. 44.

38 Par. 38.

39 Par. 1227.

zabójstwa honorowe w danej rodzinie nie było mężczyzny, który mógłby pełnić funkcję głowy rodu. Konsekwencją złożenia przez kobietę przysięgi o pozostaniu do końca życia dziewicą była jednak konieczność życia jak mężczyzna, co symbolizowało przyjęcie męskiego stroju i sposobu bycia. Kobiety rezygnowały z pragnień o miłości, dzieciach, czy małżeństwie. Zaprzysiężone dziewice zyskiwały prawo przebywania z mężczyznami, mogły także zasiadać w zgromadzeniu, ale bez prawa głosu.

4.3 Honor

Daleko idącym ograniczeniem wolności osobistej w sferze podejmowania decyzji co do wyboru sposobu działania w razie konfliktu z innymi członkami społeczności funkcjonującej w oparciu o reguły Kanunu był bezwzględny obowiązek obrony honoru. Mężczyzna, którego honor ucierpiał, pozbawiony był wolności wyboru, ponieważ musiał go odkupić poprzez zabicie tego, który go splamił, albo przez „wielkoduszne przebaczenie”, co zdarzało się zdecydowanie rzadziej. Plama na honorze nie dotyczyła wyłącznie jego, ale całej rodziny. Kobieta również posiadała honor, niemniej jednak był chroniony wyłącznie przez mężczyznę.

Kanun szczegółowo regulował zasady „zabójstwa honorowego”, które musiało zostać dokonane, aby zmyć plamę na honorze. Jego podstawą jest przyjęcie archaicznego założenia, że celem zemsty nie jest ukaranie zabójcy, ale satysfakcja dla krwi zamordowanego, lub przyniesienie satysfakcji honorowi, który został splamiony. Honor mógł zostać oczyszczony poprzez zabicie mężczyzny z rodziny zabójcy, przy czym nie był ważny stopień pokrewieństwa pomiędzy zabójcą a zabitym w ramach zemsty. Zemsty powinien być dokonać najbliższy męski krewny ofiary. Jeżeli tego nie zrobił, cała rodzina popadała w niesławę.

„Zabójstwo honorowe” zgodnie z Kanunem dotyczyło wyłącznie mężczyzn. Ofiara musiała zostać zastrzelona w świetle dziennym, na głównej ulicy, twarzą w twarz po tym, jak zabójca wypowiedział jej imię. Każda rodzina miała prawo pomścić śmierć swoich członków. Po dokonaniu zemsty zabójca miał obowiązek powiadomić rodzinę zabitego i zapewnić transport ciała do domu. Niedopuszczalne było zabranie broni ofiary. Dowód zabójstwa musiał zostać wysłany rodzinie ofiary, a przez mediatora należało zażądać 24-godzinnego rozejmu⁴⁰.

5. Uwagi końcowe

Kanun Leke Dukagjini'ego, pomimo upływu czasu i dokonującej się modernizacji Albanii i Kosowa, wciąż wywiera istotny wpływ na funkcjonowanie tutejszych społeczeństw. Z jednej strony prowadzi to do pozytywnych rezultatów, takich jak umacnianie szacunku i przywiązania do rodziny, duże znaczenie danego słowa, czy gościnności. Z drugiej strony przywiązanie do tradycyjnych norm pozostaje w sprzeczności z zasadami państwa prawa, nie sprzyja emancypacji tutejszych kobiet i utrwała model „honorowych zabójstw” jako sposób załatwiania sporów, który prowadzi do tego, że nie tylko giną ludzie, ale równie wielu jest pozbawionych przez lata wolności we własnych domach, co jest jedynym sposobem na uniknięcie krwawej zemsty.

Bez wątpienia Kanun Leke Dukagjini'ego jest fascynującym materiałem do studiowania przez antropologów kultury i historyków prawa. Dla sędziego pracującego w Kosowie jest źródłem wiedzy o tutejszych zwyczajach i kluczem do zrozumienia mentalności ludzi, z którymi się styka na co dzień, nie tylko w sądzie.

Bibliografia

- Ahmeti Z., *The Criminal Law in the Kanun of Leke Dukagjini – the Albanian Customary Law*, University St Gallen, Switzerland 2004.
- Cara A., Margjeka M., *Kanun of Leke Dukagjini Customary Law of Northern Albania*, „European Scientific Journal” 2015, vol. 11, October.
- Czekalski T., Hauziński J., Leśny J., *Historia Albanii*, Ossolineum, Warszawa 2009.
- Durham M.E., *Some Tribal Origins and Laws and Customs of the Balkans*, London 1928.
- Filipowicz S., *Historia myśli polityczno-prawnej*, Gdańsk 2003.
- Fox L., *The Code of Leke Dukagjini*, Gjonlekaj Publishing Company, New York 1989.
- Hasluck M., *The Unwritten Law in Albania*, J.H. Hutton (red.), Cambridge 1954.
- Hegel G.W.F., *Wykłady z filozofii dziejów*, t. I, przeł. J. Grabowski i A. Landman, Warszawa 1958
- Mangalakova T., *The Kanun in Present – Day Albania, Kosovo and Montenegro*, International Centre for Minority Studies and Intercultural

- Relations, Sofia 2004, http://pdc.ceu.hu/archive/00003864/01/The_Kanun.pdf [dostęp: 14 sierpnia 2016].
- Malcolm N., *Kosovo. A Short History*, New York University Press, New York 1998.
- Pełczyński Z.A., *Wolność, państwo, społeczeństwo. Hegel a problemy współczesnej filozofii politycznej*, Wrocław 1998.
- Przedpełski B., *Religie i wyznania w Albanii*, <http://albania.republika.pl/Religie%20w%20Albanii.pdf> [dostęp: 14 sierpnia 2016].
- Yamamoto K., *Study on the Ethical Concepts of the Japanese Writer Yukio Mishima, Ultra-nationalist*, „Coll. Antropol.” 2000, nr 24, <http://hr-cak.srce.hr/file/26583> [dostęp: 14 sierpnia 2016].

Paweł Jagiełło
(Uniwersytet Wrocławski)

APOSTAZJA OD KATOLICYZMU W PRAWIE KANONICZNYM I W PRAWIE POLSKIM¹

ABSTRACT

APOSTASY FROM CATHOLICISM IN CANONIC LAW AND POLISH LAW

Article describe regulations concerning apostasy from Catholic Church in polish law and canon law. Republic of Poland is one of european democratic states that honor human rights, include religious freedom. Polish law regulate relations between state and churches in Constitution, Concordat between Republic of Poland and the Holy See, and in acts. Apostasy was mentioned in the Holy Bible (in Old and New Testament) and in scriptures of Apostolic Fathers and Church Fathers. Apostasy was penalized by Catholic Church and by states. Now it is one of the crimes typified in the Code of Canon Law. Polish Episcopal Conference regulated procedure of apostasy by decree.

KEYWORDS: Poland, Catholicism, canon law, religious freedom, apostasy

SŁOWA KLUCZOWE: Polska, katolicyzm, prawo kanoniczne, wolność religijna, apostazja

Wstęp

Rzeczpospolita Polska jest jednym z państw leżących w zasięgu kultury zachodniej. Po upadku żelaznej kurtyny również w Polsce dominującym światopoglądem, kształtującym m.in. system prawa i całe życie publiczne,

¹ Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2015–2019 jako projekt badawczy w ramach programu pod nazwą „Diamentowy Grant”.

stał się liberalny demokratyzm. Jego immanentnym składnikiem jest zaś zbiór praw i wolności, zwany prawami człowieka. Powstające po roku 1989 w dawnych państwach bloku sowieckiego konstytucje również zawierały zbiór podstawowych praw i wolności, z których niektóre przysługiwały każdemu człowiekowi, który znalazł się pod jurysdykcją danego państwa, inne zaś były związane z obywatelstwem. Uchwalona w 1997 roku obowiązująca aktualnie Konstytucja RP nie jest tutaj wyjątkiem². Jednym z ważniejszych elementów takiego zbioru jest zaś wolność religijna. Przez stulecia kształtowania się kultury zachodniej ścierały się różne poglądy na temat tego, czy człowiekowi przysługuje wolność decydowania o swoim wyznaniu, czy też państwo powinno zadbać o zbawienie swoich obywateli (wcześniej poddanych). Ostatecznie zwyciężyła koncepcja wolności religijnej, wpływająca w sposób decydujący na kształtowanie się stosunków państwo–kościół. Jednym ze składników wolności religijnej jest zaś wolność do porzucenia wyznawanej religii. Odstąpienie od religii nazywane jest apostazją. Słowo te pochodzi z języka starogreckiego i dosłownie oznacza oddalenie, odstąpienie lub oddzielenie³. Słownik Stronga tłumaczy słowo ἀποστασία (apostasia) jako odpadnięcie, zdrada, odstępstwo. Jest to rzeczownik rodzaju żeńskiego, natomiast rodzaj nijaki ἀποστασιον (apostasion) oznaczał rozwód (oddalenie żony), list rozwodowy⁴. Słowo apostasia występowało w Biblii m.in. w II Liście do Tesaloniczan 2,3, który to fragment zapowiadał właśnie odstępstwo od chrześcijaństwa⁵.

Polskie uregulowanie stosunków państwo–kościół

Dominującym wyznaniem w Rzeczypospolitej Polskiej jest rzymski katolicyzm, w związku z tym przedmiotem rozważań będzie apostazja od Kościoła katolickiego. Dodatkowym argumentem, przemawiającym za zajęciem się właśnie tą problematyką, jest dominująca praktyka udzielania

2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

3 J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary w świetle przepisów kanonicznego prawa karnego. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 1984, s. 7.

4 J. Strong, *Grecko-Polski Słownik Stronga*, tłum. A. Czwojdrak, Warszawa 2015, s. 94.

5 *Biblia to jest Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*, Warszawa 1999.

sakramentu chrztu świętego, co implikuje włączenie do wspólnoty Kościoła, już w wieku niemowlęcym na podstawie decyzji rodziców dziecka. Stosunki Rzeczypospolitej Polskiej i Kościoła katolickiego są unormowane w Konstytucji RP, w Ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, w Ustawie o stosunku Rzeczypospolitej Polskiej do Kościoła katolickiego, a także w Konkordacie pomiędzy Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską. Ogół uregulowań prawnych, które określają stosunek państwa do religii, nazywany jest prawem wyznaniowym. Tworzenie prawa wyznaniowego charakteryzuje się swoistą dwupoziomowością. Najpierw państwo określa swój generalny stosunek do religii, następnie zaś tworzy regulacje normujące stosunki z konkretnym kościołem, lub związkiem wyznaniowym. Ową metodę stosuje również ustrojodawca i ustawodawca polski. Uregulowania generalne zostały ujęte w Konstytucji RP, natomiast regulacje szczegółowe w aktach niższego rzędu, jak Konkordat, czy ustawy. By zbadać model ogólny stosunków państwo–kościół należy więc wyinterpretować z tekstu ustawy zasadniczej (również z preambuły) zasady prawne dotyczące tych stosunków. Pierwsza z zasad to zasada demokratycznego państwa prawa (art. 1 Konstytucji), respektującego podstawowe wartości ludzkie i chrześcijańskie dziedzictwo duchowe narodu (a więc nie tylko proste działanie organów państwa zgodnie z ustawami, ustawy muszą mieć uzasadnienie aksjologiczne). Następnie obowiązuje zasada poszanowania wolności sumienia i religii (art. 53 Konstytucji RP). Jest to najistotniejsza zasada w świetle omawianej problematyki. Obejmuje ona wolność posiadania lub przyjmowania religii, uzewnętrzniania jej, wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniemami (co jednak musi uwzględniać m.in. wolność religijną dziecka). Nie można nikogo zmusić do uczestnictwa w praktykach religijnych, ani do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych, czy wyznania. Oprócz tego należy wymienić następujące zasady: zasada równouprawnienia kościołów i związków wyznaniowych – art. 25 Konstytucji, ust. 1 (nie oznacza ono identyczności, kościoły i inne związki wyznaniowe mają być traktowane identycznie tam, gdzie każdy posiada taką samą cechę i z uwagi na ta cechę), zasada bezstronności władz publicznych wobec przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, wraz z gwarancją swobody ich wyrażania w życiu publicznym – art. 25 ust. 2, zasada autonomii i niezależności państwa i kościoła (także bardzo ważna zasada, rozwijana w aktach prawnych niższego rzędu, stwarzająca możliwość stosowania prawa kanonicznego w sprawach wewnętrznych

Kościół katolickiego), a także współdziałania dla dobra wspólnego – art. 25 ust. 3, zasada regulacji stosunków między państwem a kościołami i związkami wyznaniowymi na podstawie umowy międzynarodowej i ustaw (Kościół katolicki), lub na podstawie ustaw uchwalonych na podstawie umów zawartych z właściwymi przedstawicielami (pozostałe) – art. 25 ust. 4–5, zasada regulacji stosunków między państwem i Kościołem w drodze porozumienia⁶. Następnym w kolejności hierarchicznej jest Konkordat, podpisany 28 lipca 1993 r., ratyfikowany przez Rzeczpospolitą Polską 23 lutego 1998 r. Konkordat w preambule zaznacza kierowanie się prawnomiędzynarodowymi normami, w tym dotyczącymi wyeliminowania wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji ze względu na wyznawaną religię. Artykuł 1 Konkordatu ustanawia autonomię państwa i Kościoła. Art. 5 natomiast mówi o stosowaniu przez Kościół katolicki w sprawach wewnętrznych prawa kanonicznego⁷. Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania w art. 1 również wprowadza zasadę wolności sumienia i wyznania. Jest ona rozwinięta w przepisach art. 2–7. Dalsze przepisy ustawy mówią m.in. o działaniu kościołów i innych związków wyznaniowych w konstytucyjnych ramach ustrojowych (art. 8), równouprawnieniu wszystkich kościołów i związków wyznaniowych bez względu na formę uregulowania ich sytuacji prawnej (art. 9 ust. 2 pkt 3), czy też o niezależności kościołów i związków wyznaniowych od państwa przy wykonywaniu funkcji religijnych (art. 11 ust. 1)⁸. Wreszcie pozostaje Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Art. 2 ustawy mówi o rządzeniu się przez Kościół w swoich sprawach własnym prawem (czyli prawem kanonicznym)⁹.

Analizując przytoczone przepisy, trzeba przede wszystkim zaznaczyć pełną akceptację stosowania przez Kościół katolicki w jego własnych sprawach prawa kanonicznego. Wskazuje na to konstytucyjna zasada

6 J. Krukowski, *Konstytucyjny model stosunków między państwem a kościołem w III Rzeczypospolitej*, [w:] *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego*, A. Mezglewski (red.), Lublin 2004, s. 79–81, 83–84, 87–89, 90, 94–95, 99–100.

7 Konkordat między Stolicą Apostolską, a Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r., Dz.U. Nr 51, poz. 318.

8 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, Dz.U. z 1989 r. Nr 25 poz. 155 z późn. zm.

9 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1989 r. Nr 29 poz. 154. z późn. zm.

autonomii państwa i kościołów, wyrażona w art. 25 ust. 3. Zasada ta powtórzona i rozwinięta jest przez odpowiednie przepisy Konkordatu i obu omawianych ustaw. W związku z powyższym należy zauważyć, że omawiana w artykule kwestia wchodzi w zakres normowania szczególnego, niezależnego porządku prawnego, jakim jest prawo kanoniczne. Prawo te określa strukturę organizacyjną Kościoła, funkcjonowanie i powoływanie władz i organów kościelnych, wreszcie zaś prawa i obowiązki wyznawców¹⁰. Autonomia i niezależność nie oznaczają, że porządki te na siebie wzajemnie nie wpływają. Tak jak w omawianych zresztą przypadkach prawo państwowe odsyła do kanonicznego, tak samo prawo kanoniczne zawiera odesłania do przepisów prawa świeckiego¹¹. Dalsze rozważania polegać więc będą na dogłębnej analizie przepisów prawa kanonicznego, normujących problematykę apostazji. Następnie zaś zostaną one porównane z przepisami prawa państwowego gwarantującymi wolność wyznania, by sprawdzić, czy czynią zadość zasadzie wolności wyznania, w tym przypadku w znaczeniu negatywnym – wolności od wyznania danej religii. Państwo świeckie jest bowiem gwarantem wolności wyznania każdego obywatela¹² – art. 1 Ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania zaznacza, że państwo **zapewnia** każdemu obywatelowi wolność sumienia i wyznania. Nie chodzi więc tutaj wyłącznie o bierną akceptację, może okazać się konieczna państwowa interwencja w celu ochrony tego dobra prawnego.

Apostazja – katolickie znaczenie pojęcia i rys historyczny

Pojęcie apostazji występuje już w starożytnym przekładzie Starego Testamentu na język grecki, zwanym Septuagintą. Używane jest na określenie odstąpienia od Boga, jak też na bunt całego narodu, lub poszczególnych Izraelitów przeciwko Bogu poprzez odstąpienie od religii i Przymierza. Mianem odstępstwa można było określić każdy grzech przeciwko Bogu.

¹⁰ M. Pietrzak, *Prawo wewnętrzne (kanoniczne) Kościołów i związków wyznaniowych w polskim systemie prawnym*, [w:] *Prawo państwowe a prawo wewnętrzne związków wyznaniowych*, K. Krasowski, M. Materniak-Pawłowska, M. Stanulewicz (red.), Poznań 2010, s. 140–141.

¹¹ B. Rakoczy, *Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 31.

¹² M. Pietrzak, *Prawo wewnętrzne...*, *op. cit.*, Poznań 2010, s. 138.

Jednak odróżniane jest okazanie Bogu nieposłuszeństwa poprzez złamanie jednego z licznych przepisów od całkowitego odejścia od niego poprzez cześć oddawaną innym bogom. Tak więc główne i podstawowe znaczenie terminu apostazja w Starym Testamencie to całkowite odstąpienie od Boga i Jego Przymierza, wyrażające się w sprawowaniu kultu sprzecznego z Przymierzem. Bunt polityczny był równoznaczny z religijnym, dlatego również nazywano go apostazją (król był bowiem Bożym pomazańcem). Na podstawie powyższych rozważań można dojść do wniosku, że apostazja w rozumieniu Starego Testamentu była równoznaczna z konwersją na inną religię. Księgi Starego Przymierza nie przewidują przypadku ateizmu.

W Nowym Testamencie zachodzi zasadnicza zmiana w rozumieniu pojęcia apostazji. Stanowi ją bowiem odejście od Chrystusa, zaprzeczenie Jego boskości. Odstępstwo stanowiłoby więc zarówno przyjęcie religii pogańskiej, jak i konwersja na judaizm, a także niewiara. Apostazja to zarówno odstąpienie od prawdziwej wiary, jak i przyjęcie skrajnie innej nauki (np. przyłączenie się do Antychrysta, czyli do poglądów, że Jezus Chrystus nie przyszedł w ciele). Odstąpienie od Chrystusa oznacza odstąpienie od Boga¹³.

Pseudoapostolskie dzieło „Didache” podejmuje problematykę apostazji i bałwochwalstwa. Oddawanie czci innym bogom poprzez spożywanie mięsa ofiarnego, choć potępiane, nie jest jednak utożsamiane z całkowitym porzuceniem wiary. Rozważano również, czy apostat może uzyskać rozgrzeszenie po odbytej pokucie. Hermas stwierdził, że owszem, ale tylko raz w życiu. Odróżnia on również apostazję od herezji. Choć jeden i drugi czyn wyrządza Kościołowi podobnie poważną szkodę, jednak naruszenie dobra jest obiektywnie inne. Według pseudo-Ignacego istota apostazji to odejście od Boga i odłączenie od Chrystusa i Ducha Świętego. Apostatą został nazwany również szatan.

Ojcowie Kościoła również zajęli się problemem apostazji. Jednym z problemów był wyżej już opisany dylemat, czy apostatom należy się rozgrzeszenie. Istniały dwie tendencje. Jedna kategorycznie się temu sprzeciwiała, druga natomiast pozwalała wrócić do kościoła po odbyciu stosownej pokuty. Odróżniano także apostazję dobrowolną od dokonanej pod przymusem. Przedstawicielem rygorystycznego kierunku był Tertulian. Sprzeciwiał się udzielaniu święceń neofitom i apostatom przez

¹³ J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary...*, *op. cit.*, s. 8–14.

heretyków. Herezję uważał za tak poważny problem, że porównywał ją z apostazją. Według niego heretycy nie byli chrześcijanami, a więc wyłączali się z Kościoła – skutek taki sam jak przy apostazji. Problematykę apostazji podejmował również św. Cyprian. Ponieważ uznawał zasadę, iż poza Kościołem nie ma zbawienia, stawiał apostazję, herezję i pogaństwo na jednej płaszczyźnie. Istotą apostazji jest odejście od Boga, utożsamia się to z porzuceniem Kościoła katolickiego. Herezja to apostazja od jedności wiary w Kościele. Apostazja różni się jednak od herezji. Podczas gdy śmierć męczeńska zmywa grzech apostazji, heretyk zabity za wyznawanie imienia Chrystusa nie może być uznany za męczennika i nie zostają odpuszczone jego winy. Według Orygenesza apostazja jest między innymi zerwaniem umowy Boga z człowiekiem, zawartej przez sakrament chrztu. Do dokonania apostazji wymagana jest całkowita dobrowolność. Dokonanie bałwochwalstwa bez wewnętrznej zgody na to, pod przymusem, nie stanowi apostazji, a jedynie grzech bałwochwalstwa. Orygenes odróżnia także apostazję od herezji. Klemens Aleksandryjski, św. Ireneusz i św. Ambroży wiążą apostazję z całkowitym odejściem od Boga. Dwaj ostatni ojcowie nazywają apostatą szatana. Według św. Augustyna apostazja to odejście od Boga i wyparcie się Chrystusa. Augustyn widział również różnicę między apostazją i herezją – heretycy jego zdaniem czczą Boga, nie ogranicza także pojęcia chrześcijanina tylko do katolików¹⁴.

Apostazja od początku była zagrożona poważnymi karami kościelnymi. Synod w Elwirze z 306 r. przewidywał za ten czyn dożywotnią ekskomunikę. Synod w Arles dopuszczał apostatów, znajdującym się w niebezpieczeństwie śmierci, na powrót do wspólnoty z Kościołem (314 rok). Na odbywającym się w tym samym roku synodzie w Ancyrze ustanowiono dla skruszonych apostatów długą pokutę. Papież Bonifacy VIII wprowadził zasadę jednakowego karania apostazji i herezji. Natomiast Benedykt XIV ustanowił karę ekskomunikacji mniejszej dla chrześcijan, którzy przyjmowali imiona niechrześcijańskie z obawy przed islamem (1754 r.). W roku 1869 Pius IX wprowadził za apostazję karę ekskomunikacji *latae sententiae*, zastrzeżoną papieżowi. Stosowano również następujące kary – degradację, pozbawienie wolności, konfiskatę majątku. KPK z 1917 roku utrzymał wyżej opisaną karę ekskomunikacji, natomiast kary dodatkowe to: depozycja, degradacja, pozbawienie beneficjum, godności, pensji, urzędów i funkcji kościelnych. Od IV wieku w cesarstwie rzymskim

¹⁴ *Ibidem*, s. 14–26.

za apostazję karała również władza państwowa. Gdy chrześcijaństwo stało się religią państwową, było to już przestępstwo nie tylko przeciwko religii, ale też dobru państwa. Pierwsze kary przewidziano już za Konstantyna Wielkiego i za Konstancjusza II (tutaj kara konfiskaty majątku). Z początku karano tylko za apostazję na rzecz judaizmu. Walczyć z apostazją na rzecz pogaństwa zaczął dopiero Teodozjusz I. Wcześniej, pomiędzy legalizacją chrześcijaństwa, a ustanowieniem go religią państwową, miał miejsce jeden z najbardziej znanych przypadków apostazji, dobrze udokumentowany źródłowo. Chodzi o cesarza Juliana. Zyskał on nawet przydomek apostaty. Ciężko jednak, na podstawie pozostawionych źródeł i ich analizy stwierdzić, czy postępek Juliana rzeczywiście można nazwać apostazją. Większość badaczy w każdym razie uważa, że został ochrzczony, w tym więc wypadku przestępstwo apostazji byłoby dokonane. Nie można jednak nie wspomnieć, że jego chrześcijaństwo to wiara dziecka, która nie przekształciła się w wiarę dorosłego człowieka. Na niechęć wobec wiary chrześcijańskiej wpłynęły ciężkie przeżycia osobiste (jak m.in. brak domu rodzinnego), zły przykład duchowieństwa ariańskiego i cesarza Konstancjusza. Ostatecznie, ze względu na przywiązanie do kultury greckiej, Julian stał się poganinem¹⁵. Z początku karano za apostazję także katechumenów, natomiast już w Kodeksie Justyniana stosowna konstytucja została pominięta, gdyż prawna przynależność do Kościoła przyznawana była tylko ochrzczonym. Zdarzało się karanie herezji (manicheizmu) jako apostazji. Kara państwowa nie przysługiwała za apostazję dokonaną pod wpływem ciężkiej bojaźni. Jednolite traktowanie apostazji (do judaizmu i do pogaństwa) pojawiło się w konstytucji z roku 426. Zwyczajnych apostatów karano np. konfiskatą majątku, czy zakazem sporządzania testamentu, za zmuszanie do apostazji groziła kara śmierci. Funkcjonowała także kara infamii (w stosunku do osób posiadających jakąś godność z nadania lub z urodzenia), wygnania, odizolowania od wspólnoty ludzkiej, pozbawienia praw do występowania w charakterze świadka¹⁶. W średniowieczu kara śmierci była wymierzana za ciężkie przypadki apostazji¹⁷.

15 L. Bielas, *Apostazja cesarza Juliana w świadectwach antycznych pisarzy i w nowożytnej historiografii*, Kraków 2001, s. 233.

16 J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary...*, *op. cit.*, s. 28–42 i 156–167.

17 W. Wójcik, J. Krukowski, F. Lempa, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. Księga V. Dobra doczesne Kościoła. Księga VI. Sankcje w Kościele*, Lublin 1987, s. 220–221.

Apostazja w prawie kanonicznym

By przejść do rozważań prawnokanonicznych, należy z początku zdefiniować pojęcie apostazji. Z pomocą przychodzi kościelny ustawodawca. Kanon 751 KPK¹⁸ zawiera bowiem definicje legalne herezji, apostazji i schizmy. Apostazja to całkowite porzucenie wiary chrześcijańskiej. Przepis umieszczony jest w Księdze III KPK, zatytułowanej „Nauczycielskie zadanie kościoła”. Apostazja jest więc przykładem nieposłuszeństwa urzędowi nauczycielskiemu. Na uwagę zwraca użyty zwrot „wiera chrześcijańska”, a nie „wiera katolicka”. W sposób wyraźny wyklucza to z grona apostatów konwertytów na inne wyznania chrześcijańskie¹⁹. Ich postępek zaliczać by się mógł do przestępstw herezji (uporczywe, po przyjęciu chrztu, zaprzeczanie jakiejś prawdzie, w którą należy wierzyć wiarą boską i katolicką, albo uporczywe powątpiewanie o niej) i schizmy (odmowa uznania zwierzchnictwa Biskupa Rzymskiego lub utrzymywania wspólnoty z członkami Kościoła, uznającymi to zwierzchnictwo)²⁰. Apostazja stanowi złamanie przepisu kanonu 209 § 1, który zobowiązuje wiernych do zachowania wspólnoty z Kościołem. Wspólnota musi być zachowana w wierze, sakramentach i dyscyplinie. Jest to przepis zobowiązująco-uprawniający, gdyż wierny ma prawo i obowiązek do zachowania wspólnoty. Zachowanie wspólnoty z Kościołem to podstawowe kryterium legitymizacji i główna granica wykonywania wszystkich obowiązków i uprawnień przez ochrzczonych, także tych, które uszczegółwiają te wprowadzone omawianym przepisem, a więc obowiązek prowadzenia życia świętego (kan. 210), obowiązek i uprawnienie do apostołatu (kan. 211) i prawo do otrzymania posługi słowa i sakramentów (kan. 213)²¹. Apostazja to jedno z przestępstw przeciwko religii i jedności

¹⁸ Kodeks Prawa Kanonicznego, promulgowany 25 stycznia 1983 r. bullą *Sacrae disciplinae leges* papieża Jana Pawła II.

¹⁹ J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary...*, *op. cit.*, s. 75–76. Autor nie omawia aktualnego KPK, a jedynie jego projekt z 1980 roku. Niemniej omawiany przepis, w projekcie umiejscowiony w kanonie 710, definiuje apostazję w ten sam sposób.

²⁰ P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. Księga III. Księga III. Nauczycielskie zadanie Kościoła. Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, Lublin 1986, s. 15.

²¹ J. Dyduch, W. Góralski, E. Górecki, J. Krukowski, M. Sitarz, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*. t. II/1: *Księga II. Lud Boży. Część I. Wierni chrześcijanie. Część II. Ustrój hierarchiczny Kościoła*, Poznań 2005, s. 25.

kościół, stypizowane w Kanonie 1364 Kodeksu Prawa Kanonicznego. Zagrożone jest ono karą ekskomuniki, wiążącą z mocy prawa. Jeżeli zaś wystąpią takie przesłanki, jak długotrwały upór lub wielkość zgorzenia, można dołączyć także inne kary. Przesłanki konieczne do zaistnienia przestępstwa apostazji są więc dwie. Po pierwsze, apostata musi być ochrzczony w imię Trójcy Świętej. Nie można więc mówić o apostazji, gdy odwoła swe przyrzeczenie katechumen. Po drugie, musi on formalnie zadeklarować (słowem, pismem, czy zachowaniem się), że nie uważa się już za chrześcijanina. Bierze się tu pod uwagę zarówno osoby, które zwrócić się w kierunku ateizmu, jak i te, które wybiorą wyznanie niechrześcijańskie (między nimi występuje tylko różnica dogmatyczna). Nie można do tej grupy zaliczać katolików wierzących, choć nie praktykujących, którzy nie zamierzają porzucić wiary^{22,23}. *Ratio legis* przepisu to obrona wiary, która jest fundamentalnym dobrem Kościoła. Apostata wyrządza szkodę całej wspólnotie Kościoła, gdyż staje się raną w organizmie mistycznego Ciała Chrystusa²⁴. Do dokonania przestępstwa konieczna jest wina umyślna (przestępstwo może być popełnione tylko w złym zamiarze) – konieczne jest świadome i dobrowolne wyrzeczenie się wiary chrześcijańskiej, mimo należytego pouczenia o prawdach wiary. Apostazja nie może być popełniona nieumyślnie, należy do przestępstw kierunkowych, konieczny jest więc pewien motyw, czy cel, do którego zmierza sprawca, a takie przestępstwo można popełnić tylko z winy umyślnej^{25,26}. Nie podlega karze, kto nie ukończył szesnastego roku życia, lub działał pod wpływem przymusu fizycznego (kan. 1323 pkt 1 i 3), natomiast kara powinna być złagodzona lub zastąpiona pokutą, jeżeli sprawca jest małoletni, lecz ukończył szesnasty rok życia, lub też gdy działał przymuszony ciężką bojaźnią²⁷. Przewidziane są różne sankcje karne. W przypadku tajnej apostazji karą jest ekskomunika *latae sententiae*. W przypadku apostazji publicznej karą jest nie tylko ekskomunika w chwili dokonania przestępstwa, ale także są usunięci z piastowanego urzędu kościelnego

22 W. Wójcik, J. Krukowski, F. Lempa, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. Księga V. Dobra doczesne Kościoła. Księga VI. Sankcje w Kościele*, Lublin 1987, s. 221.

23 J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary...*, *op. cit.*, s. 120–121.

24 W. Wójcik, J. Krukowski, F. Lempa, *Komentarz do Kodeksu...*, *op. cit.*, s. 221–222.

25 *Ibidem*, s. 222.

26 J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary...*, *op. cit.*, s. 143.

27 *Ibidem*, s. 155.

z mocy prawa (kan. 194 § 1 pkt 2). Jeśli zaś chodziłoby o duchownych, mogą być im wymierzone dodatkowo kary ekspiacyjne z kan. 1336 § 1 pkt 1–3. Natomiast ci katolicy, którzy po dokonaniu apostazji trwają w długotrwałym uporze mimo upomnienia przez ordynariusza, lub dają wielkie zgorzienie, nie tylko podlegają ekskomunice *latae sententiae* od chwili dokonania przestępstwa, ale także ordynariusz może dołączyć inne kary, w przypadku duchownego jest to nawet wydalenie ze stanu duchownego²⁸. Zauważalne jest wyraźnie surowsze traktowanie duchownych, inaczej niż w dawniejszym prawie kanonicznym²⁹.

Realizując zasadę wolności wyznania Konferencja Episkopatu Polski Dekretem Ogólnym Konferencji Episkopatu Polski w sprawie wystąpienia z Kościoła oraz powrotu do wspólnoty Kościoła z dnia 7 października 2015 r., uchwalonym na podstawie kan. 455 § 1 KPK w związku z art. 18 Statutu Konferencji Episkopatu Polski, w zgodzie z sugestiami Kongregacji ds. Biskupów wprowadziła procedurę występowania z Kościoła. Przede wszystkim należy zaznaczyć, kto jest uważany za apostatę. Mówi o tym już preambuła dekretu – chodzi o osobę, która porzuca Kościół katolicki, wstępując jednocześnie do niechrześcijańskiej wspólnoty religijnej, lub pozostając poza jakąkolwiek z nich. Wyłączeni są więc konwertyci na inne wyznanie chrześcijańskie. Osoba składająca oświadczenie o wystąpieniu ze wspólnoty Kościoła musi być pełnoletnia i posiadać zdolność do czynności prawnych. Oświadczenie musi być złożone w sposób świadomy i wolny, w formie pisemnej, osobiście. Organem właściwym do przyjęcia oświadczenia jest proboszcz stałego lub tymczasowego miejsca zamieszkania (pkt 1). Oświadczenie musi zawierać dane apostaty, a także datę i parafię chrztu. Musi zawierać wolę, a także motywację wystąpienia z kościoła, oraz informację o dobrowolności dokonania tego aktu i świadomości jego konsekwencji. Musi być ono podpisane przez odstępcę (pkt 2). Po weryfikacji tożsamości składającego oświadczenie proboszcz przeprowadza z nim rozmowę, podczas której stara się rozeznac przyczyny decyzji, a także próbuje go od niej odwieść i rozbudzić w nim na nowo wiarę, działając z miłością i roztropnością. Informuje także o konsekwencjach tego aktu: niemożności sprawowania i przyjmowania sakramentów oraz sprawowania sakramentaliów, zakaz ministerialnego udziału w obrzędach kultu (jak np. pełnienie funkcji

²⁸ W. Wójcik, J. Krukowski, F. Lempa, *Komentarz do Kodeksu...*, *op. cit.*, s. 222.

²⁹ J.W. Syryjczyk, *Apostazja od wiary...*, *op. cit.*, s. 216.

chrzestnego, świadka bierzmowania czy świadka zawarcia małżeństwa), zakaz wykonywania urzędów, posług i zadań w Kościele, zakaz przynależności do publicznych stowarzyszeń, ruchów i organizacji kościelnych i katolickich, niemożność zawarcia małżeństwa bez zezwolenia ordynariusza miejsca, czy pozbawienie pogrzebu katolickiego. Wreszcie proboszcz sprawdza, czy oświadczenie zawiera wszystkie wymagane przez pkt 1–2 elementy (pkt 3 i 13). Jeżeli spełnione są wymogi formalne, a proboszcz nabierze moralną pewność, że decyzja jest wynikiem wolnej i nieprzymuszonej woli, oraz dowodem na zerwanie wspólnoty z Kościołem, zachowuje on oryginał oświadczenia w archiwum parafii, natomiast kopię oświadczenia i świadectwa chrztu przesyła do kurii swojej diecezji (pkt 4). W przypadku zaistnienia wątpliwości proboszcz zwraca się do ordynariusza miejsca (pkt 5). Oświadczenie przesłane drogą pocztową, lub elektroniczną, bądź złożone przed urzędnikiem cywilnym nie wywołuje skutków prawnych. Ordynariusz po weryfikacji oświadczenia poleca proboszczowi parafii chrztu dokonanie wpisu do księgi ochrzczonych. Jeżeli chrzest został udzielony w innej diecezji, przesyła on informację o wystąpieniu danej osoby z Kościoła właściwemu ordynariuszowi miejsca celem dokonania wspomnianego wpisu. Ordynariusz miejsca może zadeklarować zaciągnięcie kary ekskomuniki. Treść wpisu jest następująca: „Dnia w Parafii w złożył/a formalne oświadczenie woli o wystąpieniu z Kościoła katolickiego”. Nie jest wystawiane żadne zaświadczenie o dokonanej apostazji, można jedynie uzyskać świadectwo chrztu z wzmianką o takiej samej treści. Jeżeli oświadczenie wpłynie z diecezji zagranicznej bezpośrednio do parafii, proboszcz powinien skontaktować się ze swoim ordynariuszem miejsca, który podejmie decyzję (pkt 6–12). Apostazja nie powoduje, że odstępca przestaje być katolikiem. Raz ochrzczona osoba pozostaje nim na zawsze, ze względu na niezniszczalny charakter sakramentu chrztu (pkt 15) i zasadę *semel catholicus, semper catholicus*. Wynikają z tego trzy podstawowe konsekwencje. Po pierwsze, dane ochrzczonej osoby nie zostają usunięte z księgi chrztów (dokonywana jest jedynie wspomniana wzmianka). Po drugie, w razie niebezpieczeństwa śmierci może zostać odwieszono prawo do przyjmowania sakramentów – takiej osobie można udzielić rozgrzeszenia, namaszczenia chorych i Komunii Świętej. Konieczna jest dobrowolna prośba i postawa nawrócenia (pkt 14 w zw. z kan. 1352 § 1 KPK). Wreszcie po trzecie, przewidziana jest procedura powrotu do wspólnoty Kościoła. Konieczne jest złożenie pisemnej prośby do proboszcza. Powinna ona

zawierać dane personalne, informacje o dacie i parafii chrztu, o dacie i miejscu złożenia oświadczenia woli o wystąpieniu z Kościoła. Należy też opisać motywy i okoliczności wystąpienia z Kościoła a także pragnienie powrotu do pełnej wspólnoty z nim. W przypadku uznania, że skruszony odstępcą jest gotowy do powrotu do życia sakramentalnego, proboszcz w jego imieniu występuje do ordynariusza miejsca, gdyż to on może zdjąć z niego karę ekskomuniki. Nie jest napisane, w jaki sposób proboszcz ma dojść do takiego wniosku, można przypuszczać, że sytuacja wygląda podobnie, jak w przypadku apostazji, czyli konieczna byłaby rozmowa i nabranie moralnej pewności. Ordynariusz powinien zająć się również kwestią małżeństwa zawartego przez tą osobę w czasie pozostawania poza wspólnotą Kościoła, niezależnie od formy jego zawarcia, w celu ustalenia jej stanu kanonicznego. O zdjęciu kary i powrocie do wspólnoty Kościoła ordynariusz powiadamia proboszcza parafii chrztu i poleca dokonanie nowej wzmianki: „Dnia powrócił/a do pełnej wspólnoty z Kościołem katolickim”. Możliwe jest również nałożenie na taką osobę stosownej pokuty (pkt 16–18 i kan. 1358 § 2 KPK)³⁰.

Realizacja polskich zasad prawnych dotyczących religii w prawnokanonicznym uregulowaniu apostazji oraz podsumowanie

Pora na analizę zgodności uregulowania prawnokanonicznego z zasadami konstytucyjnymi. Na ogół ludzie stają się członkami Kościoła katolickiego w wieku niemowlęcym, na podstawie decyzji swoich rodziców. Jest to jednak zgodne z Konstytucją, ze względu na prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami. Chrzt jest niezbędny do wychowania katolickiego, ze względu na to, że jest sakramentem włączającym do wspólnoty Kościoła (kan. 204 § 1 KPK). Wolność religijna w sensie negatywnym, to jest wolność od religii, uregulowana m.in. w art. 2 pkt 2a Ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, jest zagwarantowana (dla katolików, którzy całkowicie utracili wiarę

³⁰ Uchwała nr 20/370/2015 Konferencji Episkopatu Polski z dnia 7 października 2015 r. dotycząca wydania Dekretu Ogólnego Konferencji Episkopatu Polski w sprawie wystąpień z Kościoła oraz powrotu do wspólnoty Kościoła, Akta Konferencji Episkopatu Polski Nr 27/2015.

chrześcijańską) kościelną procedurą apostazji, unormowaną w omawianym dekrete Konferencji Episkopatu Polski. Problem pojawia się w przypadku konwertytów na inne wyznanie chrześcijańskie. Nie ma procedury, która umożliwiłaby im podobne odnotowanie ich konwersji, a więc *de facto* odejścia od Kościoła katolickiego, w księdze chrztów. Godne rozważenia jest podobne uregulowanie również tej kwestii (w tym samym, lub osobnym dekrete). Co do samej procedury apostazji również można mieć pewne zastrzeżenia. Wydaje się uzasadnione dopuszczenie dokonania apostazji drogą korespondencyjną. W oświadczeniu takim odstępcą zaznaczałby dodatkowo, że zapoznał się z przepisami prawa kanonicznego dotyczącymi apostazji. Ewentualnie można wprowadzić w tym przypadku formę pisemną z notarialnym poświadczeniem własnoręczności podpisu. Do rozważenia jest też forma poświadczenia własnoręczności podpisu przez adwokata kościelnego, by nie łamać autonomii Kościoła (art. 25 ust. 3 Konstytucji, w zw. z art. 11 ust. 1 Ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, art. 2 Ustawy o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w RP i z art. 1 i 5 Konkordatu). Z wspomnianego wcześniej powodu niemożliwa do wprowadzenia jest apostazja w formie oświadczenia złożonego urzędnikowi państwowemu. Nie dość, że złamane zostaną przepisy ustawowe o znaczeniu zasad prawa, to instytucja taka naruszyłaby umowę międzynarodową (Konkordat) i samą Konstytucję. Podsumowując, prawo kanoniczne nie zamyka wiernym drogi do opuszczenia kościoła, niemniej potrzebne byłyby pewne zmiany, by wolność religijna realizowana była w jak największym stopniu, a każdy obywatel pozostawał członkiem danego kościoła, czy związku wyznaniowego tylko z własnej woli.

Bibliografia

Akty prawne i prawnokanoniczne

Kodeks Prawa Kanonicznego, promulgowany 25 stycznia 1983 r. bullą *Sacrae disciplinae leges* papieża Jana Pawła II.

Konkordat między Stolicą Apostolską, a Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r., Dz.U. Nr 51, poz. 318.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

- Uchwała nr 20/370/2015 Konferencji Episkopatu Polski z dnia 7 października 2015 r. dotycząca wydania Dekretu Ogólnego Konferencji Episkopatu Polski w sprawie wystąpień z Kościoła oraz powrotu do wspólnoty Kościoła, Akta Konferencji Episkopatu Polski Nr 27/2015.
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, Dz.U. 1989 Nr 25 poz. 155 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1989 Nr 29 poz. 154. z późn. zm.

Opracowania, komentarze i inne źródła

- Biblia to jest Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*, Warszawa 1999.
- Bielas L., *Apostazja cesarza Juliana w świadectwach antycznych pisarzy i w nowożytnej historiografii*, Kraków 2001.
- Dyduch J., Góralski W., Górecki E., Krukowski J., Sitarz M., *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*. t. II/1: *Księga II. Lud Boży. Część I. Wierni chrześcijanie. Część II. Ustrój hierarchiczny Kościoła*, Poznań 2005.
- Hemperek P., Góralski W., Przytuła F., Bakalarz J., *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. Księga III. Nauczycielskie zadanie Kościoła. Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, Lublin 1986.
- Krukowski J., *Konstytucyjny model stosunków między państwem a kościołem w III Rzeczypospolitej*, [w:] *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego*, Mezglewski A. (red.), Lublin 2004.
- Pietrzak M., *Prawo wewnętrzne (kanoniczne) Kościołów i związków wyznaniowych w polskim systemie prawnym*, [w:] *Prawo państwowe a prawo wewnętrzne związków wyznaniowych*, Krasowski K., Materniak-Pawłowska M., Stanulewicz M. (red.), Poznań 2010.
- Rakoczy B., *Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Syryjczyk J.W., *Apostazja od wiary w świetle przepisów kanonicznego prawa karnego. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 1984.
- Wójcik W., Krukowski J., Lempa F., *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. Księga V. Dobra doczesne Kościoła. Księga VI. Sankcje w Kościele*, Lublin 1987.

Rafał Majewski
(Uniwersytet Wrocławski)

PRZESTĘPSTWA SKIEROWANE PRZECIWKO INTERESOM WIERZYCIELI W KONTEKŚCIE OCHRONY OBROTU GOSPODARCZEGO

ABSTRACT

OFFENCES AGAINST CREDITORS' INTERESTS IN THE CONTEXT OF PROTECTING ECONOMIC ACTIVITY

The article addresses offences against the legally protected interests of the creditors defined in chapter 36 of the Penal Code in the context of protecting economic activity. The analysis contained herein revolves around identifying the basic criteria for distinguishing the aforementioned category of offences in terms of their object and gives critical consideration to the merits of defining the object more narrowly in relation to property, whose protection is provided for in chapter 35 of the Penal Code. The role of the principle of subsidiarity of criminal and commercial norms – significant to criminal law – has also been emphasized. In accordance with the views taken in the judicial decisions cited by the author, the above-mentioned principle has been supplanted by *interpretatio extensiva*, which covers not only the typical relations of an economic nature, but also “regular” civil-law relations and, what is more, relations of administrative and legal character.

KEYWORDS: creditor, debtor, economic activity, property, object protected under criminal law, principle of subsidiarity

SŁOWA KLUCZOWE: wierzyciel, dłużnik, obrót gospodarczy, mienie, przedmiot prawnokarnej ochrony, zasada subsydiarności

I

W tradycyjnym ujęciu, wypracowanego w nauce prawa karnego, poglądu mianem przestępstw skierowanych przeciwko interesom wierzycieli

zwykło się określać czyny zabronione stypizowane przez ustawodawcę w art. 300–302 obowiązującego Kodeksu karnego¹. Wymienione powyżej artykuły dotyczą najbardziej klasycznego przykładu zachowań godzących w indywidualne dobra prawne przynależne wierzycielom, z tego choćby tylko względu, że ustawowe znamiona czynu zabronionego wskazują wprost na osoby dłużnika oraz wierzyciela i określają mniej lub bardziej precyzyjnie zachodzące między nimi relacje, które z uwagi na stopień społecznej szkodliwości ustawodawca postanowił poddać kryminalizacji. Nie oznacza to jednak, że są to jedyne przestępstwa możliwe w relacjach pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem. W Kodeksie karnym można wskazać także typizację innych czynów, które choć wprost nie odnoszą się do osoby wierzyciela, mogą równie skutecznie naruszać jego interesy. To samo dotyczy szeregu ustaw pozakodeksowych, które penalizując określone zachowania, pośrednio dotyczą wielu aspektów spraw związanych choćby z dochodzeniem wymagalnych należności czy też zabronionymi działaniami podejmowanymi przez dłużnika w toku postępowania upadłościowego i naprawczego.

Zdając sobie w pełni sprawę z dorobku nauki, w zakresie czynów zabronionych, stypizowanych w art. 300–302 k.k., autor skoncentruje swoje rozważania na wybranych aspektach związanych z prawidłową interpretacją treści ich znamion, a w konsekwencji na problemach, jakie mogą pojawić się i jakie, mimo upływu znacznego czasu od wejścia w życie wspomnianych przepisów, nadal pojawiają się w praktyce orzeczniczej organów wymiaru sprawiedliwości.

II

Zagadnienie przedmiotu ochrony w nauce prawa karnego, choć opisane dość obszernie, niekiedy nadal prowadzi do sporów interpretacyjnych w zakresie praktycznego znaczenia i funkcji, jakie pełni w procesie dochodzenia do ustalenia odpowiedzialności karnej sprawcy za zarzucany mu czyn zabroniony.

Mimo faktu, iż nie sposób wskazać powszechnie akceptowanego poglądu dotyczącego definicji „przedmiotu ochrony”, to najczęściej jednak

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm. – w dalszej części także jako skrót „k.k.”.

w celu zachowania spójności oraz utrzymania poprawności terminologicznej na gruncie materialnych norm karnych, dokonywana jest jego klasyfikacja poprzez odwołanie się do utrwalonego podziału na dobro prawne ogólne, rodzajowe i szczególne (indywidualne, bezpośrednie)². Nie zagłębiając się w istotę tego podziału oraz pomijając szczegółową analizę argumentów związanych z dokonaniem w jego ramach rozróżnieniem, w kontekście niniejszego opracowania szczególnie istotne będzie zwrócenie uwagi na rodzajowy przedmiot ochrony. Jego wyróżnienie w nauce prawa karnego nie stanowi jedynie rezultatu dążenia do uporządkowania struktur kodeksowych poprzez podział na poszczególne rozdziały grupujące te zakazy karne, które mają, zdaniem ustawodawcy, wspólny przedmiot ochrony (np. przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, przestępstwa przeciwko mieniu, przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), ale także jest swoistą wskazówką interpretacyjną w zakresie przypisywania znamion zarzucanego sprawcy czynu zabronionego za naruszenie lub też jedynie narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego³. Z drugiej strony, podkreśla się, że odpowiednia systematyka Kodeksu karnego to przejaw działania racjonalnego ustawodawcy, bowiem ten najpierw decyduje poddać ochronie określone dobra prawne, a następnie, dokonując typizacji określonych czynów zabronionych, niejako uszczegóławia przedmiot ochrony poprzez wskazanie na charakterystykę zachowań sprawców, okoliczności realizacji znamion czynu zabronionego czy podmioty zdolne do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie konkretnego (indywidualnego) dobra prawnego. Dlatego też rodzajowy przedmiot ochrony powinien znajdować odzwierciedlenie w indywidualnym przedmiocie zamachu danego typu przestępstwa⁴.

Wspomniany tu element systematyzacji Kodeksu karnego, dla którego między innymi wyróżnione jest pojęcie rodzajowego przedmiotu ochrony, pozwala na zgrupowanie w jednej strukturze redakcyjnej (rozdziale) tych zachowań, których wspólnym elementem jest taki sam przedmiot ochrony. Zarówno literatura, jak i orzecznictwo chętnie korzysta z przyjmowanego podziału dóbr prawnych ze względu na obowiązującą intyulację rozdziałów kodeksu. Bliższa jednak analiza niektórych z nich w oczywisty

2 Zob. A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 49.

3 R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004, s. 89.

4 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2010, s. 88.

sposób prowadzi do wniosku, że samo umieszczenie określonego przestępnego zachowania w danym rozdziale nie przesądza jeszcze o tym, że przepisy (normy) te chronią wyłącznie to samo dobro prawne. Okazuje się bowiem, że w wielu przypadkach indywidualny przedmiot ochrony obejmuje więcej niż jedno dobro prawne, którego naruszenia sprawca dokonuje niejako „przy okazji” (czy też jedynie grozi jego naruszeniem), lub też indywidualny przedmiot ochrony w istocie różni się od rodzajowego przedmiotu ochrony, wyznaczonego przez tytuł rozdziału, w którym stypizowany czyn zabroniony został umieszczony. Stąd też uzasadnione staje się twierdzenie, że rodzajowy przedmiot ochrony jest w dalszym ciągu kategorią niedookreśloną, a przy ustalaniu jego zakresu nie można przypisywać decydującego znaczenia jedynie intytucji rozdziałów – w tym zakresie poszukiwać należy jeszcze innych dodatkowych kryteriów⁵.

III

W rozważaniach poświęconych przestępstwom z art. 300–302 Kodeksu karnego, w których stypizowane zostały sprzeczne z prawem zachowania dłużników względem wierzycieli, nieco więcej uwagi wymaga spojrzenie na to, co w istocie stanowi ich przedmiot ochrony w kontekście umieszczenia ich w Rozdziale XXXVI zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. W przypadku tego rozdziału potrzeba bliższej analizy pojęcia rodzajowego przedmiotu ochrony staje jeszcze bardziej oczywista dlatego, że nawet pobieżne spojrzenie na treść ustawowych znamion zgrupowanych w nim przepisów prowadzi do wniosku, że znamiona poszczególnych czynów zawierają w sobie terminy typowe dla prawa cywilnego i prawa handlowego, takie jak np. dłużnik, wierzyciel, stan niewypłacalności czy upadłości. Zrodzić się zatem może pytanie, czy na gruncie Kodeksu karnego wykładnia tych pojęć będzie zawsze tożsama z ich cywilistycznym rodowodem.

Przepisy penalizujące zachowania godzące w stosunki gospodarcze nie są zupełną nowością w Kodeksie karnym. Już w ustawie karnej z 1932 r. pojawił się rozdział zatytułowany „Przestępstwa na szkodę wierzycieli”, którego treść odpowiada funkcji omawianych przepisów chroniących

5 J. Jurewicz, *Kryteria podobieństwa przestępstw w ujęciu kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11, s. 77–83.

prawny interes wierzycieli. Nie powinno budzić zatem wątpliwości, że intytucja rozdziału najlepiej oddawała istotę czynów zabronionych skierowanych przeciwko interesom wierzycieli, a zatem inaczej niż obecnie. Pośród systematyzacji tego kodeksu brak było dodatkowego katalogu czynów skierowanych przeciwko klasycznemu obrotowi gospodarczemu, tak jak to ma miejsce na gruncie obecnie obowiązującej ustawy karnej. W związku z takim zabiegiem w ówczesnej literaturze zarysowany został, godny przytoczenia, pogląd, opowiadający się za niezwykle szerokim stosowaniem obowiązujących wówczas norm, podkreślający, że:

Przestępstwa działania na szkodę wierzycieli nie są zwykłymi przestępstwami przeciwko mieniu. Przestępstwa te sięgają znacznie głębiej do życia gospodarczego całego społeczeństwa. Niewypłacalność wielkiej firmy zatacza bardzo szerokie koła; za jedną upadłością idzie w regule cały szereg innych, następuje wielki wstrząs życia gospodarczego, sięgający aż do licznych rzesz pracowników umysłowych i fizycznych, którzy nagle stają wobec ostateczności bezrobocia i widma nędzy. Dlatego nowożytnie społeczeństwo nie może patrzeć obojętnie już na wstępne działania lekkomyślnego lub nieuczciwego dłużnika, który w sposób widoczny naraża na szwank uprawnione interesy swoich wierzycieli, stwarzając niebezpieczeństwo ewidentnej ich ruiny majątkowej, likwidacji przedsiębiorstw, powstanie bezrobocia i podkopania kredytu w społeczeństwie⁶.

Prezentowana interpretacja obejmowała nie tylko szeroki zakres stosunków stricte gospodarczych, w dzisiejszym rozumieniu tego pojęcia, o czym przyjdzie jeszcze napisać, ponieważ penalizacja mogła dotyczyć wszelkich przejawów stosunków cywilnoprawnych, w tym i tych, które nie były bezpośrednio związane z podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej.

W Kodeksie karnym z 1969 r. katalog czynów zabronionych, dotyczących stosunków między wierzycielami i dłużnikami, został umieszczony po raz pierwszy w rozdziale zatytułowanym wprost „Przestępstwa gospodarcze”. Podzielając pogląd o roli rodzajowego dobra prawnego, jako swoistej dyrektywy interpretacyjnej przy wykładni zakresu zastosowania danej normy, można stwierdzić, że doszło wówczas do zawężenia katalogu

⁶ J. Skorupka, *Rodzajowy przedmiot ochrony*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 1, s. 134; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy*, Kraków 1936, s. 950.

czynów zabronionych, pozostających w związku z funkcjonowaniem gospodarki, rozumianej przy tym w sposób specyficzny – z punktu widzenia warunków społeczno-gospodarczych poprzedniego ustroju⁷. Dopiero do Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego z 12 grudnia 1994 r.⁸ wprowadzono pojęcie „obrotu gospodarczego”, przyjęte następnie w Kodeksie karnym z 1997 r. i obecne w nim do dziś w rozdziale XXXVI. Nie jest to tylko zmiana o charakterze czysto technicznym, lecz ma istotne znaczenie dla wykładni obowiązujących przepisów.

Z punktu widzenia kryterium przedmiotowego nie powinno budzić wątpliwości, że obrót gospodarczy jest ściśle związany z pojęciem działalności gospodarczej i chcąc określić jego zakres należy za każdym razem brać pod uwagę, czym jest działalność gospodarcza⁹. Ustawodawca sytuację ułatwia podając legalną definicję działalności gospodarczej, którą jest:

zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły¹⁰.

Ta ścisła zależność, zdaniem autorów, wynika z bliskiego znaczenia terminów „obrot” i „działalność”¹¹. Działalność gospodarcza jest zatem zachowaniem, które jest regulowane przez normy prawa i jako taka faktycznie i w sposób formalny stanowi fundament dla prób definiowania obrotu gospodarczego, w tym sensie, że jest on wyrazem wszelkich stosunków,

7 Oprócz traktowania dobra prawnego jako dyrektywy interpretacyjnej, funkcjonuje też inna teoria zakładająca, że określone dobro prawne, któremu udzielona zostaje ochrona, stanowi nie tylko wskazówkę co do interpretacji, ale jest elementem znamion danego przestępstwa. Takie ujęcie dobra prawnego może niekiedy nasuwać pewne wątpliwości, jak choćby zgodność z postulatem maksymalnej określoności znamion czynu zabronionego, w sytuacji zbyt ogólnie i abstrakcyjnie ujętego przedmiotu ochrony (jak w przypadku omawianego tutaj obrotu gospodarczego), czy także sytuacji możliwego pozostawiania przez sprawcę w błędzie co do znamion czynu zabronionego, naruszającego określone dobra prawne.

8 Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z 12 grudnia 1994 r. (Dz.U. Nr 126, poz. 615).

9 O. Górniok, „Działalność gospodarcza” jako znamień przestępstwa korupcji gospodarczej, „Przełęcz Sądowy” 2006, nr 10, s. 3–6.

10 Art. 2 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 178, poz. 1807 ze zm.).

11 R. Zawłocki, *Prawo...*, s. 3.

których istotą jest działalność gospodarcza¹². Ponadto, normy prawa karnego gospodarczego w żaden sposób nie wpływają i nie powinny wpływać na zakres obrotu gospodarczego, co przemawia za ich wtórnym charakterem (zasada subsydiarności).

Liczne definicje obrotu gospodarczego można odnaleźć w doktrynie, i to zarówno tej zajmującej się prawem karnym, jak i prawem handlowym. Podkreśla się w sposób wyraźny, że termin ten został zaczerpnięty z języka potocznego oraz że znajduje zastosowanie w nauce prawa i w naukach ekonomicznych¹³. Próbę jego przybliżenia wypada rozpocząć od poglądów tej dziedziny, z której się wywodzi. Przedstawiciele prawa handlowego i gospodarczego ujmują obrót gospodarczy jako pewną całość stosunków gospodarczych, zachodzących między uczestniczącymi w nich podmiotami, dokonującymi wymiany usług i dóbr, przeprowadzanej z reguły za pośrednictwem pieniądza¹⁴. Według kolejnego poglądu, termin ten najczęściej pojmuje się jako:

nie tylko wymianę dóbr i usług odbywającą się z reguły z użyciem środków płatniczych, ale przede wszystkim [jako] towarzyszące tej wymianie i powstające w jej procesie stosunki między jej podmiotami (uczestnikami)¹⁵.

W wielu jednak definicjach, w których nawiązuje się do próby opisu obrotu gospodarczego, wskazuje się, że powinien być to obrót dwustronnie profesjonalny albo przynajmniej jedna strona powinna prowadzić działalność gospodarczą¹⁶. Tak też, według innego ujęcia, ale już na gruncie nauki prawa karnego gospodarczego wskazuje się, że:

obróć gospodarczy może odbywać się pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą albo pomiędzy tymi podmiotami a innymi osobami¹⁷.

¹² *Ibidem*, s. 4 i n.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ K. Kurczalak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 17.

¹⁵ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2002, s. 1 i n.

¹⁶ *Ibidem*; podobnie S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Oficyna 2009, s. 149.

¹⁷ J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, wyd. 2, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 25.

Zasadniczą cechą takiego obrotu jest ta okoliczność, że wcześniej wspomniana wymiana dóbr i usług dokonuje się pomiędzy podmiotami, z których co najmniej jeden jest przedsiębiorcą, czyli podmiotem, który w sposób stały i ciągły zajmuje się zawodowo prowadzeniem działalności gospodarczej¹⁸.

Spojrzenie na to zagadnienie z punktu widzenia prawa karnego nie odbiega w zasadzie od powyższego cywilistycznego ujęcia. S. Żółtek wskazuje, że „obrotem gospodarczym jest więc całokształt stosunków gospodarczych, polegających na dokonywaniu czynności gospodarczych, z zastrzeżeniem, że co najmniej jedna strona takiego stosunku musi prowadzić działalność gospodarczą w sposób profesjonalny”. Podobnie R. Zawłocki, który twierdzi, że to:

całokształt faktycznych i formalnych stosunków gospodarczych, tj. opartych na ustawowej działalności gospodarczej. Istotą obrotu gospodarczego są więc stosunki, w których przynajmniej jedną ze stron jest przedsiębiorca⁴⁴.

Wszystkie powyższe próby definiowania rodzajowego przedmiotu ochrony mają jedną wspólną cechę. Zgodnie uznają, że z punktu widzenia kryterium podmiotowego w obrocie powinien występować co najmniej jeden podmiot prowadzący działalność gospodarczą w sposób zorganizowany i ciągły (podmiot profesjonalny). Tytuł Rozdziału XXXVI Kodeksu karnego wyraźnie wskazuje, że dokonano w nim penalizacji zachowań nie „w obrocie gospodarczym”, lecz takich które są skierowane „przeciwko” obrotowi gospodarczemu, zakładając jego ochronę przed dokonywanymi przez sprawców zamachami niejako od zewnątrz. Przy takiej interpretacji wypada zwrócić uwagę, że zamachu na obrót gospodarczy może dokonywać zarówno sprawca, który jest uczestnikiem stosunków gospodarczych (przedsiębiorcą lub nie), jak i podmiot, który nie będąc uczestnikiem tych stosunków, podejmuje bezprawne działania godzące w jego istotę.

Oznacza to, że bez dokładnego dookreślenia tego, jakie elementy składają się na obrót gospodarczy, przedmiot ochrony staje się zbyt abstrakcyjny i niejednoznaczny dla precyzyjnego stwierdzenia, czy określone działanie sprawcy doprowadza do jego naruszenia oraz do realizacji funkcji dyrektywy interpretacyjnej dotyczącej znamion czynu zabronionego.

¹⁸ Zob. Art. 43¹ Ustawy Kodeks Cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.); także Art. 4 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 178, poz. 1807 ze zm.).

IV

Przepisy Kodeksu karnego nie udzielają ochrony za każdym razem wszystkim działaniom związanym z obrotem gospodarczym, w rozumieniu zaprezentowanym powyżej, ale tylko takim, które są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami (działania legalne). Nie można bowiem zapominać w tym kontekście o zasadzie subsydiarności prawa karnego, która na gruncie Rozdziału XXXVI ma szczególne znaczenie. Choć pogląd o subsydiarności tych norm był wcześniej kwestionowany – według jednej z definicji prawa karnego gospodarczego to dzięki właśnie tym normom państwo steruje działalnością gospodarczą lub w nią ingeruje¹⁹. Taki pogląd trudno jednak zaakceptować, bowiem stawia on prawo karne gospodarcze w roli regulatora stosunków gospodarczych. W pierwszej kolejności rolę tę powinny odgrywać przepisy prawa administracyjnego, cywilnego i handlowego, dopiero wtedy, gdy normy te nie są wystarczające jako kolejne mogą być stosowane normy karne. Jest to nawiązanie do ogólnej zasady wtórności norma prawa karnego, w tym wtórności prawa karnego gospodarczego wobec norm prawa gospodarczego²⁰.

Subsydiarność prawa karnego gospodarczego jest dość szeroko popierana w literaturze przedmiotu. Zasada ta jest niezwykle istotna z punktu widzenia realizacji polityki karania w tych przypadkach, gdy mieszają się ze sobą normy prawne należące do różnych gałęzi prawa, a których rozdzielnie często może powodować liczne kłopoty interpretacyjne. Podkreślając pomocniczość norm karnych wobec norm administracyjnych, cywilnych czy handlowych w szeroko rozumianych stosunkach gospodarczych, autorzy wskazują że:

Natura działalności gospodarczej wymaga, aby zasada subsydiarności prawa karnego była na obszarze tej działalności szczególnie rygorystycznie respektowana²¹.

Gdzie indziej, w odniesieniu do tej zasady, silnie akcentuje się, że:

¹⁹ O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 123.

²⁰ Zob. R. Zawłocki, *Podstawy...*, s. 82 i n.; S. Żółtek, *Prawo...*, s. 163 i n.

²¹ K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 4.

Ochronę obrotu gospodarczego i szerzej działalności gospodarczej zapewniają przede wszystkim przepisy o charakterze administracyjnym i cywilnoprawnym, a prawo karne stosować trzeba pomocniczo²².

Pogląd taki dotyczy nie tylko norm prawnych zawartych w Kodeksie karnym, jako akcie prawnym o randze szczególnej. Zasadę subsydiarności należy stosować znaczenie szerzej, tzn. do wszystkich przepisów karnych, bez względu na akt prawny, w którym ustawodawca się nimi posłużył. Jako przykład można podać ustawę Kodeks spółek handlowych²³, na gruncie której w doktrynie jednoznacznie podkreśla się, że przepisy karne mają bez wątpienia pomocniczy charakter. Mają zabezpieczać i gwarantować przestrzeganie nakazów i zakazów wynikających z tej ustawy, chodzi o przestrzeganie powinności o charakterze cywilnym i administracyjnym, które określają granice prowadzonej działalności gospodarczej²⁴. Tak silne wskazywanie na zasadę pomocniczości norm karnych, ma za zadanie zagwarantowanie prawidłowej realizacji ich funkcji ochronnej i gwarancyjnej w rzeczywistości gospodarczej²⁵.

Argumenty nauki prawa znajdują swoje odzwierciedlenie w poglądach judykatury. Analiza zasady subsydiarności została zarysowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Ze względu na poruszaną problematykę warto przytoczyć jedno z orzeczeń sądu. Co prawda, zostało ono wydane na gruncie poprzedniej wersji przepisów dotyczących przestępstwa nadużycia zaufania (obecny art. 296 k.k.), mimo to jednak nadal zachowuje swoją aktualność w obecnym systemie gospodarczym. Orzeczenie to dotyczyło przestępstwa niegospodarności, marnotrawstwa oraz dopuszczalnego ryzyka gospodarczego²⁶. Sąd Najwyższy w wytycznych wymiaru sprawiedliwości celnie zauważył, że:

usuwanie niegospodarności powinno odbywać się przede wszystkim środkami z dziedziny ekonomiki, organizacji i zarządzania oraz przez prawo gospodarcze, administracyjne i cywilne, a także przez użycie

²² J. Skorupka, *Prawo...*, s. 23.

²³ Ustawa Kodeks spółek handlowych z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. 2000.94.103 z późn. zm.).

²⁴ J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne kodeksy spółek handlowych*, Kraków 2003, s. 7.

²⁵ R. Zawłocki, *Podstawy...*, s. 19.

²⁶ Dawny art. 217 Ustawy Kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r. (Dz.U. 1969 nr 13 poz. 94 z późn. zm.).

środków z zakresu odpowiedzialności służbowej, dyscyplinarnej i porządkowej. Ingerencja prawa karnego natomiast powinna być ostatecznym środkiem²⁷.

Zasada subsydiarności jest jednak w pewnej mierze przedmiotem dalszych kontrowersji w orzecznictwie. Pojawiały się także orzeczenia Sądu Najwyższego, które nie przyznawały tej zasadzie waloru absolutnego²⁸.

Dlatego też, oprócz powyżej zarysowanych definicji przedmiotowych, w literaturze przedmiotu dokonuje się uszczegółowienia zasady subsydiarności, wskazując na podstawowe reguły rządzące obrotem gospodarczym, będące w istocie jego treścią, których naruszenie jednoznacznie przesądza o zamachu na to dobro prawne. Zalicza się do nich przede wszystkim: zasadą rzetelności, zasadę uczciwości, ale także zasady uczciwej konkurencji, dobre obyczaje oraz słuszne interesy konsumentów²⁹. Oznacza, to że normy prawnokarne kryminalizują zachowania naganne w obrocie gospodarczym, naruszające podstawowe zasady wolnego rynku.

V

Przytoczoną powyżej charakterystykę rodzajowego przedmiotu ochrony należy odnieść w końcu do przestępstw skierowanych przeciwko prawnie chronionym interesom wierzycieli, które są właściwym tematem niniejszego opracowania. Dość powszechnie w nauce prawa karnego przyjmuje się, że art. 300–302 Kodeksu karnego, dotyczące czynów zabronionych stypizowanych w tych artykułach, stoją na straży uprawnionych roszczeń wierzycieli przed nieuczciwymi poczynaniami dłużników, zmierzających do uniemożliwienia zaspokojenia tych roszczeń³⁰. Jednakże w szerszym kontekście, należy je traktować przede wszystkim, jako czyny skierowane przeciwko indywidualnym interesom majątkowym podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym i jednocześnie wymierzone

27 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1989 r., VI KZP 28/87 OSNKW 1989, nr 5–6, poz. 34.

28 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r., I KZP 25/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 94; listopad 2003 r., I KZP 32/03, OSNKW 2004, nr 1, poz. 3.

29 R. Zawłocki, *Podstawy...*, s. 97.

30 J. Majewski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*. t. III: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 1168.

w ponadindywidualne interesy gospodarcze całego społeczeństwa³¹. W istocie ochronie podlega treść stosunku zobowiązaniowego, jaki został zawarty na mocy czynności prawnej lub jaki wynika z obowiązujących przepisów ustaw, zwłaszcza regulujących stosunki cywilnoprawne między osobą dłużnika i wierzyciela. Nie można jednakże tracić z pola widzenia treści znamion art. 300 § 2 kodeksu³², który chroni nie tylko obrót gospodarczy, ale także powagę orzeczeń organów państwowych, zmierzających do wykonania orzeczenia zgodnie z przewidzianą procedurą, będąc tym samym pobocznym przedmiotem ochrony³³.

Powyższe rozważania dotyczące rodzajowego przedmiotu ochrony, o którym mowa w przepisach Rozdziału XXXVI Kodeksu karnego, ogniskują się wokół sporu o charakter tzw. przestępstw dłużniczych z art. 300–302 obowiązującej ustawy karnej. Biorąc pod uwagę, zgodnie z jedną z teorii, że dostatecznie sprecyzowany przedmiot ochrony staje się swoistą wskazówką interpretacyjną przy wykładni treści znamion czynu zabronionego, należy odpowiedzieć na pytanie o zakres ich rzeczywistego zastosowania. Ustawodawca nie wiąże wprost występującego w roli dłużnika sprawcy i (co do zasady) poszkodowanego wierzyciela z tymi podmiotami, które miałyby prowadzić zorganizowaną i ciągłą działalność gospodarczą. Nadto, jak zostało wcześniej wspomniane, kwalifikując określone zachowanie, jako naruszające obrót gospodarczy, nie należy tracić z pola widzenia, że ma ono być także skierowane „przeciwno” obrotowi gospodarczemu, w którym to dopiero mogą występować podmioty profesjonalne. Na tle rozważań o rodzajowym przedmiocie ochrony przed przestępstwami przeciwko obrotowi gospodarczemu pojawiają się pytania o rzeczywisty zakres zastosowania norm określających przestępstwa przeciwko interesom wierzycieli.

Z punktu widzenia kryterium podmiotowego, przestępstwa skierowane przeciwko prawnie chronionym interesom wierzycieli są czynami

31 *Ibidem*.

32 Art. 300 § 2. Kto, w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego, udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela przez to, że usuwa, ukrywa, zbywa, darowuje, niszczy, rzeczywiście lub pozornie obciąża albo uszkadza składniki swojego majątku zajęte lub zagrożone zajęciem, bądź usuwa znaki zajęcia – podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

33 Uchwała Sądu Najwyższego z 26 listopada 2003 r., I KZP 32/03, OSNKW 2004, nr 1, poz. 3.

zabronionymi o indywidualnym charakterze, co oznacza w gruncie rzeczy konieczność posiadania statusu dłużnika do możliwej realizacji znamion czynu zabronionego³⁴. W poglądach nauki prawa poświęconych omawianym tu czynom zabronionym, w kontekście miejsca ich stypizowania w Kodeksie karnym, zarysowało się kilka wyraźnych, sprzecznych ze sobą poglądów dotyczących zakresu zdolności podmiotowej do ich popełnienia³⁵.

Pogląd o najwęższym zakresie zastosowania zakłada, że do czynów wyczerpujących znamiona tzw. przestępstw dłużniczych zdolny jest wyłącznie dłużnik działający na szkodę prawnie chronionego interesu wierzyciela, który jednocześnie powinien spełniać przesłankę posiadania statusu przedsiębiorcy, będąc tym samym pełnoprawnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, choć jego wierzyciel przesłanki tej spełniać już nie musi, co nadaje ich wzajemnym relacjom charakter półprofesjonalny³⁶. Nieco szerszy sposób interpretacji zakłada, że co prawda, z punktu widzenia rodzajowego przedmiotu ochrony, w relacji między dłużnikiem i wierzycielem przynajmniej jeden z nich powinien posiadać status podmiotu profesjonalnego, to sprawcą czynów zabronionych mogą być dłużnicy bez względu na ich kwalifikacje, a zatem także i ci, którzy nigdy z działalnością gospodarczą nie mieli do czynienia, byleby tylko działali na szkodę swoich wierzycieli będących profesjonalistami. Pogląd ten, odniesiony do stanowiska najwęższego, prowadzi niejako do zamiany miejscami dłużnika z wierzycielem w łączącej ich relacji. Taka charakterystyka

34 Znamiona poszczególnych czynów zabronionych stypizowanych w art. 300 i 302 k.k. choć nie posługują się wprost pojęciem dłużnika (inaczej jest w przypadku przestępstwa z art. 302 k.k.) to oczywiście jest, że interpretacja znamion takich jak np. „udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela” jasno wskazuje, że tylko osoba będące dłużnikiem jest w stanie stać się sprawcą tych czynów zabronionych. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dn. 5 stycznia 2000 r., V KKN 192/99, LEX nr 50986. Zagadnienia związane z pojęciem dłużnika, wierzyciela i łączącego ich stosunku zobowiązaniowego należą do części prawa zobowiązań, a ich szczegółowe omówienie zostanie na potrzeby niniejszego opracowania pominięte.

35 Poglądy te dotyczyły nie tylko omawianych przepisów na gruncie obowiązującego kodeksu karnego, ale także i tych, które zostały wprowadzone Ustawą o ochronie obrotu gospodarczego.

36 J. Skorupka, *Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu*, „Przełęcz Sądowy” 1999, z. 2, s. 57–61; M. Marszałek, *Sporne problemy wykładni art. 6 § 1 i 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 4, s. 46.

stosunków gospodarczych, w których może dojść do realizacji znamion czynu zabronionego, znalazła częściowe potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, o którym przyjdzie jeszcze wspomnieć³⁷.

Poglądy orzecznictwa w tym zakresie nie były jednak dość jednolite, bowiem w jednym z późniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego stwierdzono, że co prawda charakterystyka istniejących stosunków cywilnych między dłużnikiem i wierzycielem powinna znajdować każdorazowo swoje oparcie na gruncie przyjętego rozumienia stosunków gospodarczych, jako relacji co najmniej jednostronnie profesjonalnych, to już bez znaczenia zdaje się fakt, która ze stron tego stosunku (dłużnik czy wierzyciel) będzie podmiotem w sposób zawodowy zajmującym się wykonywaniem działalności gospodarczej³⁸.

Natomiast według najszerszej interpretacji podmiotowej zdolności do popełnienia przestępstw na szkodę interesów wierzycieli, podmiotem zdolnym do realizacji znamion omawianych tu czynów zabronionych będzie każdy dłużnik, niezależnie od tego, czy jest przedsiębiorcą, to samo stwierdzenie dotyczy statusu prawnego wierzyciela, od którego nie wymaga się bycia profesjonalistą³⁹. Przyjęcie takiej interpretacji oznaczałoby szerokie rozumienie obrotu gospodarczego, dotyczącego każdej sfery stosunków zobowiązaniowych (cywilnoprawnych), także niezwiązanych bezpośrednio z podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej.

Do ostatniego z zaprezentowanych stanowisk należy odnieść się nieco szerzej. W przyjętym rozumieniu zrywa ono z dotychczas ugruntowanymi poglądami na temat rodzajowego przedmiotu ochrony w Rozdziale XXXVI Kodeksu karnego, nadając mu znacznie szerszą treść. Ujmuje bowiem obrót gospodarczy jako całkowicie niezwiązany z profesjonalnym charakterem jego wykonywania i sprowadza część przepisów dotyczących działania na szkodę wierzycieli do przepisów penalizujących w istocie stosunki cywilnoprawne, nie mające oparcia w dziedzinie obrotu

37 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., I KZP 31/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 5.

38 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2002 r., II KKN 220/00, LEX nr 55524; zob. też R. Zawłocki, *Przestępstwa...*, s. 34.

39 O. Górniok, [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, s. 407; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2002 r. s. 529–531; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer 2010 r. s. 349; K. Buczkowski, *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 65.

gospodarczego. Nadto, przy takiej interpretacji pojawić może się zarzut, że rodzajowy przedmiot ochrony nie znajduje swojego choćby częściowego odzwierciedlenia w bezpośrednim przedmiocie ochrony, wynikającym z konkretnego przepisu karnego⁴⁰. Prowadzi to do obowiązku odnalezienia indywidualnego przedmiotu ochrony przed przestępstwami przeciwko interesom wierzycieli w taki sposób, aby pozostawał on w zgodzie nie tylko z systematyką kodeksową, spełniał przesłankę dostatecznie określonej wskazówki interpretacyjnej, ale i w pełni realizował wspomnianą już zasadę subsydiarności prawa karnego. Ponadto, podkreśla się, że nie bez powodu znajduje tu swoje zastosowanie wykładnia historyczna. Pogląd o szerokim stosowaniu przepisów dotyczących przestępstw przeciwko interesom wierzycieli do każdego rodzaju stosunków prawnych był w pełni uprawniony na gruncie przepisów Kodeksu karnego z 1932 r., które zawarte zostały w rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa na szkodę wierzycieli”. Tego rodzaju wykładnia nie znajduje już jednak zastosowania wobec obecnego brzmienia tego rozdziału: „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. W sposób oczywisty rodzi to obawy o spełnienie postulatu pewności i jasności prawa w obliczu zagrożenia, jakie powoduje niejednolita i rozszerzająca wykładania części znamion czynów zabronionych omawianych w niniejszym opracowaniu.

W świetle powyższego, krótkiej analizie należy poddać dorobek orzecznicy związany z przestępstwami opisanymi w art. 300 § 1–3, art. 301 § 1–3 oraz art. 302 § 1 k.k. Sądy wielokrotnie wypowiedziały się o zakresie stosowania wskazanych przepisów karnych. Część orzeczeń została już omówiona. Wydaje się, że orzecznictwo stopniowo ewoluowało, skłaniając się ku coraz szerszej interpretacji zakresu zastosowania przepisów dotyczących tzw. przestępstw dłużniczych. Początkowo w jednej ze swoich uchwał Sąd Najwyższy przyjął, że „Zagrożonym niewypłacalnością w rozumieniu art. 300 § 1 k.k. może być każdy dłużnik podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą”, a „Obrót gospodarczy może odbywać się nie tylko między przedsiębiorcami, tj. podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą w sposób profesjonalny, lecz także między takimi podmiotami a konsumentami, dla których transakcje mają charakter

40 L. Gardocki, *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 56–57; R. Dębski: *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995., s. 187 oraz s. 291–292.

niezawodowy” – opowiadając się za wąskim rozumieniem zakresu stosowania przepisów do obrotu co najmniej półprofesjonalnego⁴¹. Stanowisko Sądu Najwyższego zostało potwierdzone także w innym orzeczeniu, w którym stwierdzono, że „Podmiotem art. 300 § 1 k.k. może być każdy dłużnik, w szczególności dłużnik nie będący przedsiębiorcą”, z tym jednak wyjątkiem, że „co najmniej jedna ze stron zobowiązania rodzącego wierzytelność, której zaspokojenie udaremniają lub uszczuplają sprawcy tych przestępstw, musi prowadzić działalność gospodarczą”⁴². Jak widać, Sąd Najwyższy stopniowo rozszerzał zakres zastosowania przepisów dotyczących działań przeciwko interesom wierzycieli, łącząc co prawda ochronę nadal z obrotem półprofesjonalnym, ale już nie wskazując, która ze stron stosunku zobowiązaniowego, z którego wynikać mogłaby wierzytelności, powinna spełniać przesłankę bycia przedsiębiorcą.

Kolejne judykaty zdawały się coraz bardziej odbiegać od dotychczas przyjętej linii orzeczniczej. W jednej z uchwał, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym:

Fakt umieszczenia konkretnego przepisu w Rozdziale XXXVI k.k., a więc w grupie przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, nie oznacza automatycznie, iż tylko obrót gospodarczy, a nie i inne stosunki cywilnoprawne, podlega ochronie poprzez zawarte w nim przepisy. Wprawdzie przestępstwo określone w przepisie art. 300 § 2 k.k. jest przestępstwem indywidualnym, odnoszącym się do dłużników, niemniej jednak, uwzględniając wskazane wyżej uwagi, brak jest podstaw do przyjęcia, że chodzi w nim jedynie o dłużników prowadzących działalność gospodarczą⁴³.

A w innym orzeczeniu stwierdził, że:

W rozdziale XXXVI Kodeksu karnego zamieszczone są przepisy, których rodzajowym przedmiotem ochrony nie jest wyłącznie bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. [...] Podobnie należy przyjąć, że jakkolwiek obrót gospodarczy stanowi przedmiot ochrony przepisu art. 300 § 2 k.k. [...], to jednak nie ogranicza się tylko do niego [...] Użyte w art. 300

41 Uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r., I KZP 31/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 5.

42 Postanowienie Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2002 r., II KKN 220/00, LEX nr 55524.

43 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2002 r., II KKN 121/01, LEX nr 56096.

§ 2 k.k. określenie „orzeczenia sądu lub innego organu państwowego” nie jest ograniczone tylko do orzeczeń dotyczących wierzytelności wynikających ze stosunku prawnego, którego jedną ze stron jest podmiot obrotu gospodarczego⁴⁴.

Nadto stwierdzając, że stosowanie art. 300 § 2 k.k. „nie jest ograniczone tylko do wierzytelności związanych z obrotem gospodarczym”⁴⁵.

W innym ze swoich orzeczeń, Sąd Najwyższy poszedł znacznie dalej i stwierdził, że ochrona udzielana przez art. 300 § 1 k.k. nie dotyczy tylko klasycznie pojmowanych stosunków gospodarczych, nawiązanych w warunkach wolnorynkowej równowagi stron, ale dotyczyć także może pewnych relacji z zakresu prawa publicznego. Zgodnie z tym orzeczeniem: „Oddanie przedmiotów na przechowanie osobie godnej zaufania, w trybie określonym w art. 228 § 1 albo § 2 Kodeksu postępowania karnego, powoduje powstanie stosunku zobowiązaniowego przechowania (art. 835 k.c.), w którym organ wydający co do tej kwestii postanowienie jest wierzycielem, a osoba godna zaufania, której oddane zostały przedmioty na przechowanie – dłużnikiem. Natomiast zachowanie osoby godnej zaufania, polegające na usunięciu, ukryciu, zbyciu, darowaniu, niszczeniu, obciążaniu albo uszkodzaniu zajętych przedmiotów, o ile zostały spełnione pozostałe przesłanki odpowiedzialności karnej, wypełnia znamiona przestępstwa określonego w art. 300 § 2 k.k.”⁴⁶

Nie tracąc z pola widzenia powyższej tendencji do coraz szerszej wykładni zakresu zastosowania norm typizujących charakterystyczny przykład przestępstwa działania na szkodę wierzycieli, orzecznictwo zdaje się iść jeszcze dalej i, jak się okazuje, zmierza do przyjęcia, że:

Przepis art. 300 § 2 k.k. udziela ochrony również wierzytelnościom niezwiązanym z obrotem gospodarczym, w tym wynikającym z zobowiązań podatkowych⁴⁷.

⁴⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2003 r., I KZP 32/03, OSNKW 2004, z. 1, poz. 3; zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2004 r., II KK 38/03, OSNKW 2004, z. 7–8, poz. 76.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2004 r., II KK 38/03, OSNKW 2004/7–8/76.

⁴⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2013 r., I KZP 22/12, OSNKW 2013/3/20.

Wydaje się jednak, że przenoszenie regulacji prawnokarnej ochrony obrotu gospodarczego na grunt w istocie typowo administracyjny (prawo podatkowe) może prowadzić do zbyt szerokiej wykładni znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 300 § 2 k.k., co stoi już w sprzeczności z podstawowymi celami i funkcją tego przepisu⁴⁸. Nie powinno budzić wątpliwości, że chociażby z punktu widzenia zasady subsydiarności prawa karnego, w tym prawa karnego gospodarczego w szczególności, relacja powstająca na gruncie prawa administracyjnego – prawa podatkowego zawiera swoje własne, często wystarczająco dotkliwe, sankcje o charakterze administracyjnym. Co więcej, w ustawach poświęconych poszczególnym daninom publicznym ustawodawca niejednokrotnie przewidział zachowania o charakterze przestępnym, penalizując je w rozdziale poświęconym przepisom karnym. Już tylko dla porządku wypada wspomnieć, że powyższe wątpliwości, co do zaprezentowanej wykładni przyjętej przez Sąd Najwyższy w kontekście zakresu zastosowania art. 300 § 2 k.k., stały się przedmiotem stanowisk wyrażonych w głosach krytycznych wobec wydanego orzeczenia⁴⁹.

Jak wynika z powyższego, wykładnia przepisów związanych z przestępnymi zachowaniami dłużników względem ich wierzycieli, została w orzecznictwie sądowym znacznie rozszerzona ponadto to, co wynikało z dorobku literatury w zakresie pojmowania obrotu gospodarczego, jako rodzajowego przedmiotu ochrony na gruncie rozdziału XXXVI Kodeksu karnego. Mimo przytoczenia kilku najważniejszych orzeczeń z zakresu stosowania omawianych w niniejszym opracowaniu przepisów, spór o ich charakter w dalszym ciągu zdaje się nie wygasać. Pojawiają się nadal poglądy warunkujące bezwzględne łączenie przepisów art. 300 § 1–3, art. 301 § 1–3 oraz art. 302 § 1 k.k. z obrotem gospodarczym, konsekwentnie negując ich wykładnię rozszerzającą⁵⁰.

48 Zob. też S. Żółtek, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, K. Ślęzak (red.), t. IV, wyd. 1, Oficyna 2010.

49 R. Zawłocki, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 22/12*, „Prokuratura i Prawo” nr 2014/4/17–20; zob. też: A. Skowron, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 22/12*, LEX.

50 Stanowisko takie znalazło zwoje odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 października 2012 r., II AKa 261/11, OSAW 2012/4/263 w którym sąd stwierdził, że: „W piśmiennictwie, jak do tej pory, przedstawiono wiele słusznych racji przemawiających za taką wykładnią art. 300 § 2 k.k., która prowadzi do wniosku, że istotę zakazu karnego zawartego w tym przepisie stanowi dobro prawne

VI

Dostrzeżony problem zakresu regulacji przestępstw dotyczących działania na szkodę wierzycieli, ale także tych wszystkich czynów zabronionych, dla których przedmiotem ochrony jest obrót gospodarczy, znalazł swój wyraz w przygotowanej całościowej nowelizacji przepisów Kodeksu karnego. Przygotowane zmiany miały przede wszystkim stać się odpowiedzią na niedostatek legislacyjny oraz stanowić kompleksową i ujednoliczoną zmianę zgodnie za założonym wcześniej celem, którego efektem ma być wzrost skuteczności stosowanych, a następnie wykonywanych kar i środków karnych wobec sprawców przestępstw z jednoczesnym ograniczeniem dotychczasowej praktyki wadliwości orzekania przez sądy kar w postaci preferowania pozbawienia wolności z zastosowaniem środka probacyjnego – warunkowego zawieszenia jej wykonania, która zdaniem projektodawców stanowi w istocie fikcję dolegliwości⁵¹. Uchwalone zmiany miały stanowić zdecydowaną odpowiedź na potrzeby wymiaru sprawiedliwości, obierając za swój główny cel zwiększenie udziału kar o charakterze nieizolacyjnym w strukturze ich orzekania.

Na marginesie wprowadzonych rozwiązań, które w części na mocy ustawy z 20 lutego 2015 r. stały się obowiązującym porządkiem prawnym z dniem 1 lipca 2015 r., pomysłodawcy projektu zaproponowali także zmiany w części szczególnej Kodeksu karnego, w tym także omawianych przepisów zgrupowanych w Rozdziale XXXVI Kodeksu karnego. Założenia te, choć szczegółowo zaproponowane w projekcie, nie zostały ostatecznie wzięte pod uwagę w procedurze legislacyjnej. Stanowisko takie należy ocenić negatywnie z racji tego, że niektóre z przygotowanych rozwiązań są postulowane w poglądach piśmiennictwa od dawna, a przygotowane zmiany mogły przyczynić się do rozstrzygnięcia sporu o zakres przedmiotu ochrony w przypadku przestępstw na szkodę wierzycieli.

Problem interpretacyjny związany z zakresem zastosowania przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, w tym przestępstw popełnianych przez dłużników przeciwko wierzycielom, został rozwiązany przez

w postaci „obrotu gospodarczego” i to dobro określa zarazem przedmiot przestępczego ataku. Z kolei indywidualnym dobrem prawnym chronionym przez przepis art. 302 § 2 k.k. są majątkowe interesy wierzycieli ściśle powiązane z zobowiązaniem w postaci wierzytelności powstałej w ramach obrotu gospodarczego. Taki zaś rezultat treściwej i funkcjonalnej analizy art. 302 § 2 k.k. w pełni uzasadnia twierdzenie, że odnosi się on wyłącznie do wierzytelności związanych z obrotem gospodarczym”.

51 Uzasadnienie projektu nowelizacji Ustawy Kodeks karny, Druk Sejmowy nr 2393, s. 5.

propozycję zupełnie nowego spojrzenia na regulacje chroniące obrót gospodarczy. W projekcie poświęconym rozdziałowi XXXVI Kodeksu karnego wysunięto propozycję nie tyle stosownego zmodyfikowania zgromadzonych w nim przepisów i usunięcia występujących dotychczas wątpliwości interpretacyjnych w zakresie rodzajowego przedmiotu ochrony, co jego całościowe skreślenie, a w odniesieniu do samych przepisów – ich nowe i przedredagowane wersje postulowano umieścić wśród przepisów dotyczących przestępstw przeciwko mieniu. Natomiast te z nich, które w największym stopniu sprawiały kłopot z ich praktycznym stosowaniem – postulowano trwale usunąć z aktu prawnego.

Paradoksalnie, wydaje się, że całkowite usunięcie tego rozdziału nie spowodowałoby automatycznej dekryminalizacji zachowań uważanych za zamachy na obrót gospodarczy, lecz przeciwnie, stanowić mogło przesłankę ku uelastycznieniu rozwiązań dotąd obowiązujących i przejścia przez klasyczne dla prawa karnego przepisy, dotyczące przestępstw przeciwko mieniu, funkcji realizowanej dotychczas przez normy karne gospodarcze. Proponowane zmiany, które z jednej strony dotyczyły istotnej zmiany redakcji obowiązujących przepisów, z drugiej zaś w sposób zdecydowany rozszerzały zakres udzielanej ochrony tym wszystkim zjawiskom, które nie mieściły się wprost w pojęciu obrotu gospodarczego.

Komisja Kodyfikacyjna zwróciła uwagę na pilną potrzebę wprowadzenia bardziej elastycznych instrumentów prawnych służących zwalczaniu patologii gospodarczych z jednoczesnym usunięciem z obowiązującego systemu prawa karnego tych przepisów, które zamiast chronić obrót gospodarczy, wymuszają szczególną dbałość o nieprzekroczenie dopuszczalnego, codziennego ryzyka związanego z podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej⁵². Projektodawcy wskazywali, że w istocie oprócz precyzyjnego określenia zachowania sprawcy, każdorazowo należy wskazać, czy dane zachowanie, będące przedmiotem rozpoznania, w istocie godzi nie tylko w stosunki majątkowe, ale także *in concreto* w obrót gospodarczy. Zabieg taki wymusza rekonstruowanie innego (dodatkowego) niż mienie dobra prawnego, przeciw któremu skierowany został zamach. To zdaniem autorów projektu prowadzi do zbędnej komplikacji postępowania. Nie ma bowiem wątpliwości, że wystarczające może okazać się poprzestanie na ustaleniu naruszenia pierwotnego, leżącego u podłoża obrotu gospodarczego, dobra prawnego w postaci mienia – a precyzyjnie

52 Uzasadnienie projektu nowelizacji Ustawy Kodeks karny, Druk Sejmowy nr 2393, s. 50.

stosunków majątkowych, co tym samym oznaczałoby w praktyce poszerzenie zakresu obowiązywania proponowanej nowelizacji.

Nadto, uzasadnieniem zaproponowanych zmian, w kontekście usunięcia problematycznego rodzajowego dobra prawnego z rozdziału XXXVI Kodeksu karnego, była w istocie ochrona uczestników stosunków gospodarczych. Szereg norm prawnych, związanych z ochroną obrotu gospodarczego, w rzeczywistości stanowić mogło poważne zagrożenia dla podmiotów aktywnie wchodzących w stosunki o charakterze gospodarczym. Trudno znaleźć zaprzeczenie dla tezy, jakoby działalność gospodarcza mogła nie być powiązana z pewną dozą ryzyka. Niepewność co do skutków podjęcia przedsięwzięcia gospodarczego, a przede wszystkim spodziewane następstwo prowadzonych działań stanowią bowiem rdzeń podejmowania i wykonywania zarobkowej działalności gospodarczej. Niejako naturalną konsekwencją niepowodzeń mogą być nie tylko same straty związane z nieudanym przedsięwzięciem, ale także, co oczywiste, realne i konkretne zagrożenia dla powstania takiej straty, których w momencie podejmowania decyzji o rozpoczęciu działalności nie sposób obiektywnie przewidzieć. Stąd też Komisja Kodyfikacyjna ze szczególną dbałością wyraziła w uzasadnieniu pogląd o niezbędnej deregulacji tych norm prawno-karnych, które związane są jedynie z potencjalnym naruszeniem podstawowych zasad obrotu gospodarczego i pozostawienie jedynie tych z nich, które penalizują zachowania związane z wyrządzeniem rzeczywistej, obiektywnie istniejącej szkody majątkowej, możliwej do realnego określenia⁵³.

Postulując dokonanie zmian w przepisach dotyczących przestępstw działania na szkodę wierzycieli, projekt zapowiadał określenie i wprowadzenie do Kodeksu trzech typów czynów zabronionych w zakresie klasycznie rozumianych działań na szkodę wierzycieli – art. 244b (odpowiednik obowiązującego art. 300 § 2 k.k.)⁵⁴, art. 294c (odpowiednik

53 Komisja Kodyfikacyjna w uzasadnieniu wskazuje na wątpliwości co do obowiązywania tych uregulowań, które bezpośrednio dotyczą zachowań, których skutkiem jest jedynie zagrożenie naruszenia dobra prawnego – art. 296 § 1a. k.k. dotyczący tzw. przestępstwa niegospodarności bezszkodowej. Obowiązujące rozwiązanie, zdaniem projektodawców, zamiast chronić reguły obrotu gospodarczego, zmierza do ograniczenia swobody działalności gospodarczej.

54 Art. 244b. Kto w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego usuwa, ukrywa, zbywa lub obciąża albo uszkadza mienie zajęte lub zagrożone zajęciem, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

art. 300 § 1 k.k.)⁵⁵ i art. 294d (odpowiednik art. 302 k.k.)⁵⁶. Ponadto, wśród proponowanych zmian postulowano wprowadzenie art. 294d (odpowiednik art. 308 k.k.)⁵⁷. Projektodawcy przychyliłi się do wysuwanych w piśmiennictwie postulatów i skreślili z przygotowanego projektu obecny art. 301 § 1 k.k.⁵⁸

Na tle powyższego należy zauważyć, że po pierwsze, dotychczasowe przestępstwa działania na szkodę wierzycieli miały stać się przestępstwami, w związku z którymi rodzajowym i indywidualnym przedmiotem ochrony jest mienie – zostałyby bowiem włączone do Rozdziału XXXV Kodeksu karnego. Po drugie zaś, czyn zabroniony z art. 300 § 2 k.k., polegający na celowym udaremnieniu wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego, miał zostać umieszczony w rozdziale XXX zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”. Widać zatem, że pomysłodawcy projektu wyciągnęli wnioski ze zgłaszanych postulatów w zakresie niejednoznacznej wykładni art. 300 § 2 k.k., która w tym przypadku koncentrowała się na pobocznym przedmiocie ochrony – powadze orzeczeń wydawanych przez organy wymiaru sprawiedliwości i inne organy państwowe. Po trzecie w końcu, zabieg polegający na włączeniu znacznej części przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu do rozdziału penalizującego zamachy na mienie, mógłby spowodować przerwanie niejednoznacznej do tej

55 Art. 294c. Kto będąc dłużnikiem, doprowadza do niewypłacalności lub braku możliwości egzekucji, w celu częściowego albo całkowitego niezaspokojenia należności swojego wierzyciela, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

56 Art. 294d § 1. Kto będąc dłużnikiem, w związku z postępowaniem zmierzającym do zaspokojenia należności wierzyciela, udziela albo obiecuje udzielić wierzycielowi korzyść majątkową lub osobistą, w zamian za działanie na szkodę innych wierzycieli, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

57 Art. 294e. Za przestępstwa określone w art. 294c i 294d odpowiada jak dłużnik albo wierzyciel także ten, kto zajmuje się sprawami majątkowymi innego podmiotu.

58 Art. 301. § 1. Kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli udaremnia lub ogranicza zaspokojenie ich należności przez to, że tworzy w oparciu o przepisy prawa nową jednostkę gospodarczą i przenosi na nią składniki swojego majątku, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności.

§ 3. Kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli w sposób lekkomyślny doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

pory linii orzeczniczej w zakresie omawianych tutaj przestępstw. To zaś oznaczałoby jednoznaczne opowiedzenie się za szeroką interpretacją przepisów k.k., wykraczającą poza ramy klasycznie ujmowanej relacji w obrocie gospodarczym, w której powinien występować co najmniej jeden profesjonalista.

Zauważalne spory o jednoznaczną interpretację zakresu udzielanej przez wskazane przepisy ochrony dodatkowo zyskują na sile w odniesieniu do przedmiotu przestępstw, w których przypadku rodzajowym dobrem prawnym podlegającym ochronie jest właśnie mienie. W istocie dochodzić może do istotnych problemów związanych z rozgraniczeniem zakresu ochrony udzielanej przez przepisy Rozdziału XXXV i XXXVI Kodeksu karnego. Rodzajowy przedmiot ochrony w przypadku przestępstw skierowanych przeciwko mieniu, co nie ulega wątpliwości, posiada swój cywilistyczny rodowód. Zatem na gruncie Kodeksu cywilnego mienie stanowi nadzwyczaj szeroki zakres szeregu uprawnień o charakterze bezwzględnym (np. własność) i względnym (uprawnienia płynące z szeregu stosunków zobowiązaniowych – np. wierzytelności). Zamachy na ekonomiczne interesy jednostki oraz prawo do dysponowania jej aktywami majątkowymi stanowią przedmiot ochrony, o którym mowa w rozdziale XXXV Kodeksu karnego. Bliższa analiza przepisów chroniących obrót gospodarczy zadaje się wskazywać na trudne do zaprzeczenia związku między mieniem a tym wszystkim, co stanowi treść obrotu gospodarczego. W istocie bowiem wyrządzenie szkody np. poprzez nadużycie zaufania (art. 296 k.k.) ostatecznie dotyczy tego wszystkiego, co można byłoby podciągnąć pod pojęcie „mienia” uszczuplającego zasób majątkowy pokrzywdzonego; przestępstwo tzw. oszustwa kapitałowego (art. 297 k.k.) narusza interesy majątkowe przedsiębiorstw zajmujących się obrotem instrumentami finansowymi, a przestępstwa skierowane przeciwko wierzycielom powodują niemożność zaspokojenia wierzytelności z powodu przestępnych zachowań dłużników, którzy nie czynią niczego, aby powiększyć swoje aktywa majątkowe, których źródło już dawno stało się wymagalne.

VII

Brak jednorodnego i konsekwentnego stanowiska w zakresie tego, co stanowi przedmiot zamachu omawianych w niniejszym opracowaniu przestępstw na szkodę wierzycieli, bez wątpienia prowadzi do braku pewności co do prawa i nie sprzyja jasności obowiązujących przepisów. Wątpliwości rodzące się na tle zakresu przedmiotu ochrony, w przypadku przestępstw

popęłnianych przez dłużników naruszających dobra prawne wierzycieli, powinny zostać wyeliminowane, aby w pełni zrealizować zasadę maksymalnej określoności znamion czynu zabronionego. Przede wszystkim jednak powinny zostać dookreślone znamiona czynów zabronionych przez bardziej precyzyjnie określenie samego podmiotu, który może zostać ich sprawcą. Oczywiście, dotyczy to nie samego faktu spełnienia przesłanki pozostawiania dłużnikiem, choć i tu znalazłoby się wiele wątpliwości rodzących się choćby w obszarze prawa cywilnego, ale przede wszystkim statusu, jaki dłużnik i wierzyciel powinni posiadać.

Powiązanie przepisów penalizujących niewywiązywanie się z zaciągniętych zobowiązań i działania na szkodę swoich wierzycieli wprost z obrotem gospodarczym, jak widać na przykładzie przytoczonego powyżej orzecznictwa i części poglądów piśmiennictwa, zdaje się nie przystawać już do rzeczywistości, powodując potrzebę sięgania do wykładni rozszerzającej, prezentowanej w nowszych judykatach, która, co oczywiste, w obszarze funkcjonowania prawa karnego powinna być stosowana z dużą dozą ostrożności. Przytoczone tezy orzeczeń, które rozciągają zakres zastosowania przepisów prawa karnego nie tylko na stosunki typowo cywilnoprawne, ale także na te występujące w obszarze np. prawa podatkowego, mogą jednak rodzić uzasadnione wątpliwości co do zgodności tej wykładni z zasadą subsydiarności prawa karnego wobec stosunków typowych dla prawa administracyjnego, które posiada własne normy o niejednokrotnie dolegliwym charakterze.

Mając na uwadze powyższe, należy pozytywnie ocenić wszelkie próby, zmierzające bezpośrednio do zaktualizowania stanu prawnego w zakresie ochrony stosunków gospodarczych z rozważeniem tego, czy wyróżnianie rodzajowego dobra prawnego, określonego w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego, w dalszym ciągu ma rację bytu. Wydaje się, że zaproponowane przez projektodawców stanowisko w tym zakresie, przenoszące znaczną część przestępstw gospodarczych, w tym przede wszystkim tzw. przestępstw dłużniczych, do rozdziału chroniącego mienie, było zabiegiem trafnym.

Bibliografia

- Gubiński A., *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996.
Buchała K., Kardas P., Majewski J., Wróbel W., *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995.

- Buczkowski K., *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000.
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995.
- Gardocki L., *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. Leszczyński L., Skrętowicz E., Hołda Z., Lublin 2005.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2010.
- Giezek J., Kardas P., *Przepisy karne kodeksy spółek handlowych*, Kraków 2003.
- Górniok O. [w:] Górniok O., Hoc S., Przyjemski S.M., *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999.
- Górniok O., „Działalność gospodarcza” jako znamię przestępstwa korupcji gospodarczej, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 10.
- Górniok O., *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.
- Jurewicz J., *Kryteria podobieństwa przestępstw w ujęciu kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2002.
- Kurczalak K., *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2002.
- Majewski J. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Zoll A. (red.), wyd. 3, Warszawa 2008.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer 2010.
- Marszałek M., *Sporne problemy wykładni art. 6 § 1 i 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Prokuratura i Prawo” 1997/4.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy*, Kraków 1936.
- Skorupka J., *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, LexisNexis wyd. 2, Warszawa 2007.
- Skorupka J., *Rodzajowy przedmiot ochrony*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 1.
- Skowron A., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r.*, I KZP 22/12, LEX.
- Skorupka J., *Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu*, Przegląd Sądowy 1999 r., z. 2.
- Ślebzak K. (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. IV, wyd. 1, Oficyna 2010.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2002.
- Zawłocki R., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r.*, I KZP 22/12, „Prokuratura i Prawo” nr 2014/4/17–20.

Zawłocki R., *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004.

Żółtek S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Oficyna 2009.

Janusz Sawicki
(Uniwersytet Wrocławski)

OCHRONA SPOCZYNKU NOCNEGO W KODEKSIE WYKROCZEŃ JAKO AKCEPTOWANE OGRANICZENIE WOLNOŚCI

ABSTRACT

THE PROTECTION OF NIGHT REST IN THE CODE OF PETTY OFFENCES AS AN ACCEPTABLE LIMITATION OF LIBERTY

The article addresses one of the basic objects of protection under petty offences law that is generally applicable, namely the right of every individual to an uninterrupted night's rest. The provisions of the Code of Petty Offences that protect night rest simultaneously limit liberty and freedom of action for people held liable for petty offences thereunder. In order to properly assess the validity of these limitations and, concomitantly, appreciate the significance of the relevant regulations and understand the reasons for their social acceptance, the author submits the provisions of Article 51(1) and (2) of the Code of Petty Offences to a detailed analysis in relation to disturbing night rest. As part of the analysis, the most important shortcomings of the provisions are pointed out (which have been previously noted in both legal literature and judicial decisions), and *de lege ferenda* proposals for overcoming these shortcomings and ensuring not only the correct, but also easier application of the provisions of the Code of Petty Offences that protect night rest, are put forth.

KEYWORDS: Code of Petty Offences, interfering with and protection of night rest, limiting human liberty, social acceptance, suggestions for improvements

SŁOWA KLUCZOWE: kodeks wykroczeń, zakłócenie i ochrona spoczynku nocnego, ograniczenie wolności człowieka, społeczna akceptacja, propozycje zmian

Wolność w ujęciu filozoficznym stanowi pojęcie wieloznaczne i niejednolicie pojmowane w różnorodnych kontekstach i w odniesieniu do różnych dziedzin życia. Stosunkowo jednolite rozumienie pojęcia wolności występuje w takich dziedzinach życia społecznego, jak ekonomia, prawo czy polityka, w których terminu wolności używa się zwykle jako odpowiednika terminów niezależność lub niezawisłość. W dziedzinie życia społecznego termin ten bywa również używany na oznaczenie tzw. wolności w kontekście praw obywatelskich¹. Jednak w znaczeniu bardziej potocznym wolność bywa kojarzona ze swobodą zachowania się człowieka, traktowaną jako postępowanie według własnej woli danej osoby i bez względu na okoliczności. Taka wizja wolności może prowadzić do zachowań nie podlegających żadnym ograniczeniom, którym towarzyszy całkowita beztroska, rozluźnienie psychiczne i spontaniczność, a w ostatecznym kształcie do zachowań stanowiących demonstracyjne lekceważenie innych ludzi i nie liczenie się z przynależną także im wolnością.

Dlatego w doktrynie wyrażany jest pogląd, że cechą wolności człowieka jest to, iż nie wynika ona z prawa w znaczeniu przedmiotowym, ale prawo to jedynie ustanawia jej granice. Gdyby tego nie czyniło i wszyscy w sposób nieskrępowany korzystaliby z wolności, to dochodziłoby do sytuacji konfliktowych i nie istniałyby żadne mechanizmy służące ich rozwiązywaniu, przeciwdziałające naruszaniu wolności jednej osoby przez inną, czy też nie dopuszczające do naruszania dobra ogółu przez jednostkę korzystającą z niczym nieograniczonej wolności². Dlatego ustawodawcy w państwach demokratycznych przyjęli w przepisach konstytucyjnych zasadę wyrażoną już w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.³, która stwierdza, że wolność polega na czynieniu tego wszystkiego, co nie szkodzi drugiemu, a granice wolności mogą być zakreślone tylko drogą ustawy. Zasada ta została zaakceptowana również w prawie międzynarodowym, np. w art. 29 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.⁴, który stanowi:

- 1 *Encyklopedia PWN*, Tom 3: P-Z, pod red. D. Kalisiewicza, Warszawa 2002, s. 819.
- 2 B. Banaszak, *Encyklopedia Prawa*, wyd. 2 pod red. U. Kaliny-Prasznic, Warszawa 2000, s. 1145.
- 3 Dokument programowy rewolucji francuskiej, uchwalony 26 sierpnia 1789 r. przez Konstytuante.
- 4 Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 10 grudnia 1948 roku przyjęło w Paryżu rezolucję 217/III A i proklamowało *Powszechną Deklarację Praw Człowieka*. W następstwie tego historycznego wydarzenia Zgromadzenie

W korzystaniu ze swoich praw i wolności każdy człowiek podlega jedynie takim ograniczeniom, które są ustalone przez prawo wyłącznie w celu zapewnienia właściwego uznania i poszanowania praw i wolności innych i w celu uczynienia zadość słusznym wymogom moralności, porządku publicznego i powszechnego dobrobytu w demokratycznym społeczeństwie.

Tak rozumiana wolność polega zatem na robieniu przez jednostkę tego, co jej się podoba, o ile nie działa wbrew prawu. Stąd też w przypadku sporu z organem państwowym to nie jednostka powinna wskazać podstawę swej wolności, czy też normę dopuszczającą określony jej zakres, ale to organ państwowy ma obowiązek ograniczając wolność jednostki podać podstawę prawną swojego działania. Można zatem powiedzieć, że państwo zobowiązane jest do ochrony wolności w zakresie nie objętym ograniczeniami⁵. Jest też zobowiązane do egzekwowania uzasadnionych interesem społecznym ograniczeń, o ile zostały one określone w ustawie.

Doskonałym przykładem tego rodzaju ograniczeń są przepisy Kodeksu wykroczeń⁶, które opisują wiele wykroczeń chroniących różnego rodzaju dobra, poprzez określanie konkretnych ograniczeń dotyczących ludzkiego zachowania i możliwość stosowania sankcji w razie ich naruszenia. Takim wykroczeniem jest m.in. czyn zabroniony spenalizowany w art. 51 k.w., w zakresie chroniącym prawo każdego człowieka do niezakłóconego spoczynku nocnego w porze nocnej ciszy. Uzasadnieniem tej penalizacji jest duża ilość wybryków naruszających to prawo i zakłócających spoczynek nocny. Z powodu jego powszechnego charakteru można śmiało przyjąć, że każdy z nas może stać się pokrzywdzonym tym wykroczeniem, a nie będzie chyba wielką przesadą, jeśli również uznamy, że wiele osób – nawet takich, które nie biorą na poważnie takiej możliwości – może zostać jego podmiotem, czyli sprawcą, chociażby jednorazowym. To powoduje, że analiza obowiązującego w tym zakresie stanu prawnego jest celowa i interesująca, zwłaszcza pod kątem zasadności i precyzyjności przedmiotowych regulacji, zawartych wciąż w Kodeksie wykroczeń

Ogólne wezwało Państwa Członkowskie do opublikowania tekstu Deklaracji i do jej rozpowszechniania.

⁵ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 1145.

⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (t.j.: Dz.U. z 2015 r., poz. 1094 ze zm.).

z 1971 r., który poddawany powierzchownym i nie zawsze logicznym nowelizacjom, jest ostatnim kodeksem w dziedzinie nauk penalnych rodem z PRL-u, który nie został zastąpiony nową ustawą.

W pierwszym rzędzie należy zauważyć, że zakres przedmiotowy wykroczenia z art. 51 k.w. znacznie wykracza poza zakłócenie spoczynku nocnego. Odpowiedzialność z tego przepisu zachodzi w stosunku do osoby, która hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój publiczny, porządek publiczny, spoczynek nocny lub wywołuje zgorzelenie w miejscu publicznym. Jak podkreśla M. Bojarski, zachowanie się sprawcy Kodeks wykroczeń określa tylko przykładowo, przy czym sama możliwość takiego zakłócenia nie wypełnia ustawowych znamion wykroczenia z art. 51 k.w. Przepis ten bowiem przewiduje wykroczenie materialne, a zatem dla odpowiedzialności z art. 51 k.w. wymagane jest, aby wybryk pociągnął za sobą skutek przewidziany w tym właśnie przepisie⁷.

Podstawowym warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie z art. 51 k.w. jest ustalenie, że czyn sprawcy stanowi wybryk. Pojęcie wybryku wysuwa się zatem na pierwsze miejsce przy analizie ustawowych znamion tego przepisu. Należy przy tym mieć na uwadze, że ogólne pojęcie wybryku nie może być utożsamiane ze skutkami, które on powoduje. Skutki te stanowią bowiem warunek karalności wybryku, ale nie są jego istotą⁸.

W rozumieniu potocznym przez wybryk rozumie się w zasadzie każde zachowanie, które odbiega od przyjętego zwyczajowo w danym miejscu, czasie i okolicznościach. Do takiego ujęcia wybryku nawiązywało często zarówno orzecznictwo, jak i doktryna. W wyroku z 1992 r. Sąd Najwyższy wskazał, że wybryk to zachowanie się, jakiego wśród konkretnych okoliczności czasu, miejsca i otoczenia ze względu na przyjęte zwyczajowo normy ludzkiego współżycia nie należało się spodziewać, które zatem wywołuje powszechne negatywne oceny społeczne i odczucia odrazy, gniewu, oburzenia. Wybryk charakteryzuje więc ostra sprzeczność z powszechnie akceptowanymi normami zachowania się⁹. Podobnie L. Falan-

7 M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2016, s. 467.

8 *Ibidem*, s. 462.

9 Wyrok SN z dnia 2 grudnia 1992 r. (sygn. akt III KRN 189/92), LEX nr 162227. Zob. M. Bojarski, W. Radecki, *Kompendium dla straży gminnych (miejskich). Wykroczenia. Interpretacja przepisów. Postępowanie mandatowe. Czynności sprawdzające. Wnioski o ukaranie. Oskarżenie przed kolegium*, Wrocław 1997, s. 129–130.

dysz podkreśla, że zasadniczym elementem oceny zawartej w pojęciu wybryku jest stwierdzenie, że czyn odbiega od przyjętych norm zachowania się w określonej sytuacji, że jest to zachowanie się, jakiego wśród danych okoliczności czasu, miejsca, czy otoczenia, ze względu na zwykłe normy ludzkiego współżycia nie należało się spodziewać, przy czym naruszenia tych norm nie należy wiązać tylko z obyczajowością, gdyż wybryk naruszać może też powszechnie obowiązujące normy zwyczajowe. Tak więc definiuje on wybryk jako czyn rażąco odbiegający od przyjętych w danych okolicznościach obowiązujących norm zachowania się i okazujący lekceważenie ich przez sprawcę. Użyte w tej definicji określenie „rażący” zawiera ocenę, że wybryk ma być czynem nieoczekiwanym, a także poważnie naruszającym normy postępowania w danych okolicznościach. Oznacza to, że nie każde odchylenie od przyjętego zwyczajowo zachowania się zasługuje na miano wybryku. Chodzi tu ponadto o odstępstwo od przyjętych norm zachowania się w określonej sytuacji. Jest to więc pojęcie względne, zależne od konkretnych okoliczności. Taki sam czyn może być zachowaniem się normalnym, przyjętym powszechnie, innym razem stanowić wybryk. Nie będzie wybrykiem np. alarm podniesiony przez napadniętego, który wzywa pomocy¹⁰ i swoim głośnym zachowaniem zakłóca spoczynek nocny mieszkańców osiedla. Zdaniem A. Gubińskiego nie jest wybrykiem hałas, jaki powodowany jest przy lądowaniu samolotu, gdyż brak tu elementu pozostawiania w ostrej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego¹¹. Niezbędne staje się więc odróżnienie ogólnego pojęcia wybryku, jako oceny czynu, od skutków będących warunkiem jego karalności, czyli w konsekwencji rozróżnienie pojęcia „wybryku karalnego”.

Z dotychczasowych rozważań wynika, że ocena jakiegoś zachowania się danej osoby w kategoriach wybryku jest bardzo nieprecyzyjna i trudna do określenia. Czyn można oceniać jako wybryk niezależnie od tego, czy w grę wchodzi inna, dokładniejsza ocena czynu z punktu widzenia znamion przestępstwa lub wykroczenia. Zależnie od okoliczności daje to możliwość wyboru karania czynu ze szczególnego przepisu, pod który można go zakwalifikować, lub z ogólnej klauzuli karzącej wybryki. Kwalifikacji prawnej czynu jako wybryku dokonuje się na ogół pomocniczo,

¹⁰ L. Falandysz, *Wykroczenie zakłócenia porządku publicznego*, Warszawa 1974, s. 28 i 30.

¹¹ A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1989, s. 262.

subsydiarnie, a więc wówczas, gdy czyn nie wypełnia znamion innego wykroczenia lub przestępstwa. Dlatego jest to ocena charakterystyczna dla prawa o wykroczeniach i odnosi się zwykle do czynów mniejszej wagi, gdyż poważniejsze mają swoje mniej lub bardziej wyraźne szczególne kwalifikacje w Kodeksie wykroczeń, Kodeksie karnym¹² lub w innych ustawach karnych. Subsydiarny charakter klauzuli wybryku, odnoszący się do czynów nie mających odpowiednika w wyraźnym zakazie ustawy, powoduje jednak zagrożenie zasady *nullum crimen sine lege* przez objęcie karalnością trudnego do określenia zakresu zachowań, które na podstawie innych przepisów nie są karalne. Jak zauważa L. Falandysz, okoliczność, że jest to penalizacja niezbyt surowa, łagodzi jedynie ostrość problemu, ale go nie usuwa. A zatem we wszystkich przepisach, które posługują się pojęciem wybryku, ciężar określenia zakresu penalizacji spoczywa na dodatkowych ocenach lub skutkach będących warunkiem karalności¹³.

W teorii prawa o wykroczeniach podkreśla się, że przedmiotowe określenie wybryku karnego nie jest wystarczające. Jego istota uzależniona jest od szczególnych znamion strony podmiotowej. Jak zauważa M. Bojarski¹⁴, mówiąc o szczególnych znamionach strony podmiotowej trzeba mieć na względzie szczególną pobudkę zabarwiającą zamiar sprawy. Zdaniem A. Marka, z określenia wykroczenia jako „wybryk” wynika, że zachowanie się sprawcy cechuje umyślność, natomiast skutek może być objęty nieumyślnością¹⁵. Tak więc strona podmiotowa wykroczenia polega tu na umyślności lub nieumyślności. Samo dopuszczenie się wybryku może nastąpić jedynie umyślnie, natomiast skutek zachowania się sprawcy może być objęty zamiarem bądź nieumyślnością.

Wymieniona w tytule artykułu ochrona spoczynku nocnego – dla właściwego zrozumienia celowości jej wyodrębnienia – wymaga wyjścia od pojęcia spokoju publicznego. W myśl przeważającego stanowiska pojęcie „spokoju publicznego” oznacza stan równowagi psychicznej ludzi. Zakłócenie tej równowagi może nastąpić przez każde zachowanie się wywołujące zaniepokojenie. Wówczas, gdy zakłócenie tej równowagi dotyka nie określonej liczby osób, mamy do czynienia z zakłóceniem spokoju

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1137).

¹³ L. Falandysz, *op. cit.*, s. 29–30.

¹⁴ M. Bojarski, *Problemy kwalifikacji prawnej wykroczeń. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 1992, s. 41.

¹⁵ A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 120.

publicznego¹⁶. Tak więc zakłócenie spokoju publicznego to naruszenie, – w postaci zaniepokojenia czy podenerwowania – równowagi psychicznej ludzi, znajdujących się w miejscach dostępnych dla nie określonej liczby osób. Z zakłóceniem tym będziemy mieć do czynienia zarówno wtedy, gdy działanie podjęte było w miejscu publicznym, jak i niepublicznym. Ważne jest, by skutek dotknął osoby znajdujące się w miejscu publicznym, a więc takim, w którym wybryk mógł być spostrzeżony (usłyszany) przez większą liczbę nieoznaczonych osób i wywołał on przewidziane w ustawie skutki przynajmniej w stosunku do jednej osoby¹⁷. Inaczej mówiąc, z zakłóceniem spokoju publicznego wiążemy skutek, który musi dotknąć osoby znajdujące się w miejscach publicznych.

W tym kontekście trzeba dopowiedzieć, iż znany jest też pogląd, że istnienie kontaktu psychicznego między osobami znajdującymi się w miejscach niepublicznych i publicznych, pozwala traktować czyn dokonany w miejscu prywatnym tak jak by był on dokonany w miejscu publicznym. Według SN zakłócenie spokoju publicznego nie wymaga, by czyn zakłócający spokój publiczny był dokonany w miejscu publicznym. Może się to zdarzyć np. w prywatnym mieszkaniu, z którego krzyki i hałasy przedostają się na zewnątrz i zakłócają spokój sąsiadów lub przechodniów¹⁸. Może to też dotyczyć sytuacji, gdy człowiek stojący na parapacie otwartego okna swoim zachowaniem zakłóca spokój publiczny osób stojących na przystanku lub przechodniów.

Tym bardziej więc zdaniem L. Falandysza należy przyznać ochronę osobom, które nie znajdują się w miejscach publicznych, ale są narażone i podlegają niepokojącemu oddziaływaniu ze strony osób przebywających w miejscach publicznych. Jeżeli takie oddziaływanie istnieje, to nie ma uzasadnienia formalny podział na miejsca publiczne i niepubliczne wobec rzeczywistego, choć niedobrowolnego uczestnictwa pokrzywdzonych w życiu publicznym. W tym przypadku miejsce niepubliczne jest również dostępne dla nie ograniczonej liczby osób, jeżeli ktokolwiek może zakłócić spokój ludzi w nim się znajdujących. Prowadzi to do wniosku, że tylko te sytuacje, w których zarówno czyn, jak i jego skutek w postaci zakłócenia spokoju ludzi mają miejsce w obrębie prywatnych mieszkań, domów czy posiadłości i do nich się tylko ograniczają, nie mogą

¹⁶ A. Gubiński, *op. cit.*, s. 257.

¹⁷ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks..., op. cit.*, s. 468.

¹⁸ Orzeczenie SN z dnia 14 lutego 1959 r., sygn. akt VK 431/59 (OSN 1959, nr 5).

być uznane za zakłócenia spokoju publicznego, ale podlegają penalizacji, jeśli wypełniają znamiona innych wykroczeń¹⁹. Stąd też w art. 51 k.w. wprowadzona została penalizacja zakłócenia spoczynku nocnego osób znajdujących się w miejscach niepublicznych jako jeden z warunków karalności, ale w porze nocnej ciszy, a z kolei w art. 107 k.w. spenalizowane zostało wykroczenie złośliwego niepokojenia w celu dokuczenia innej osobie, a więc zakłócenia spokoju w miejscu niepublicznym, ale w dzień.

A zatem prawo do spoczynku nocnego to przedmiot ochrony, będący uzupełnieniem przepisów o spokoju publicznym. Stanowi on zarazem wyjątek od zasady karalności zakłócenia jedynie spokoju publicznego. Skutek polega tu na zakłóceniu spokoju, a więc wytrąceniu osób pokrzywdzonych z równowagi psychicznej, także w sytuacji, gdy wykroczenie nie wychodzi poza ramy miejsc niepublicznych. Zakłócenie spoczynku nocnego nie musi więc polegać na zakłóceniu spokoju publicznego i może się ograniczać jedynie do współmieszkańców lub sąsiadów²⁰.

W literaturze zwraca uwagę szeroka interpretacja pojęcia „spoczynku nocnego”. Zdaniem M. Siewierskiego chodzi tu o zakłócenie spokoju i to w porze przeznaczonej na spoczynek nocny, toteż zakłócenie to może nastąpić również przez zaniepokojenie ludzi piszących czy uczących się lub robiących inne rzeczy, nie będące tradycyjnym korzystaniem ze spoczynku. Nie chodzi więc tylko o zakłócenie snu, gdyż nie ma podstaw do wyłączenia spod ochrony osób np. cierpiących na bezsenność lub wypoczywających z książką w ręku. Decydujące znaczenie ma niewątpliwie ustalenie, czy rzeczywiście ludzie korzystali ze spoczynku²¹. Właściwe wydaje się zatem ograniczenie form tego spoczynku do zachowań faktycznie przynoszących relaks, w warunkach towarzyszącej im ciszy. Uczestnicy np. prywatnej zabawy ze względu na brak niezbędnego elementu ciszy w ich zachowaniu, nie mają w zasadzie możliwości odbierania jakichś hałasów jako rzeczywistego zakłócenia ich formy spędzania czasu w porze nocnej.

W tym kontekście trzeba jednak pamiętać, że niektóre zachowania mogące zakłócić spoczynek nocny, zwłaszcza te, które powtarzane są zwyczajowo, należy oceniać w ramach kontratypów zwyczajowych,

¹⁹ L. Falandysz, *op. cit.*, s. 46.

²⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 682.

²¹ M. Siewierski, *Z jakiego przepisu karać zakłócenie spoczynku nocnego w stanie nietrzeźwości (art. 30 p.o.w. czy art. 27 ustawy antyalkoholowej)*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1961, nr 1, s. 6–7.

wyłączających bezprawność czynu. Według obowiązującej zasady, kto działa prawnie, nie może być za to pociągnięty do odpowiedzialności za wykroczenie, także wtedy, gdy czyn jego formalnie wypełnia ustawowe znamiona jakiegoś wykroczenia. Odnosząc to do wspomnianej zabawy w porze nocnej ciszy w miejscu niepublicznym, kontratypem zwyczajowym będzie objęta głośna zabawa w mieszkaniu wielorodzinnego budynku w noc sylwestrową, w całej bowiem Polsce panuje zwyczaj, zgodnie z którym w noc sylwestrową nie obowiązuje cisza nocna²². W praktyce oznacza to, że w noc sylwestrową nie ma zastosowania art. 51 k.w. w zakresie ochrony ciszy nocnej, o ile emitowane hałasy wynikają z normalnych, zwyczajowo przyjętych form zabawy, i nie przybierają charakteru złośliwego niepokojenia sąsiadów w noc sylwestrową w celu dokuczenia im pod pretekstem zabawy sylwestrowej. W przeciwnym razie zastosowanie będzie miał art. 107 k.w., w miejsce niestosowanego w noc sylwestrową art. 51 k.w. Warto zauważyć, że w omawianym zakresie zaczyna przebijać się nowe stanowisko, zgodnie z którym zorganizowanie zabawy weselnej również wyłącza obowiązywanie ciszy nocnej bez względu na miejsce, co wcześniej kontestowano²³. Nie budziło natomiast żadnych wątpliwości objęcie kontratypem zwyczajowym wzywania wiernych do kościoła w porze nocnej ciszy przy użyciu dzwonów kościelnych, których odgłos może powodować zakłócenie ciszy nocnej w sąsiadujących z kościołem budynkach mieszkalnych (np. dzwony na pasterkę). Z całą pewnością formy zachowań ukształtowane przez wieloletnią tradycję, nie są zachowaniami społecznie szkodliwymi. Z tego też powodu nie obejmuje ich prawo o wykroczeniach.

Nie oznacza to jednak, że wszystkie powtarzalne zachowania ludzi zakłócające spoczynek nocny, nie będą prowadziły do odpowiedzialności z art. 51 k.w. Takim przykładem jest głośne zachowanie pracowników obsługujących śmieciarkę, którzy wywożą osiedlowe śmieci w porze nocnej ciszy, najczęściej nad ranem, aby uniknąć późniejszych korków na ulicach. Głośna praca samochodu-śmieciarki i hałasowanie kubłami na śmieci przez wspomnianych pracowników stanowi wykroczenie zakłócenia spoczynku nocnego, jeśli chociaż jeden z mieszkańców z tego powodu nie może korzystać z prawa do niezakłóconego spoczynku nocnego

22 M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 471.

23 J. Wilk, *Glosa do wyroku NSA z dnia 14 maja 2014 r.*, II OSK 3116/13, LEX/el. 2015.

i zawiadamia o tym Policję. Niekiedy mieszkańcy błędnie sądzą, że zachowanie pracowników zakładu oczyszczania miasta objęte jest jakimś kontratypem, inaczej mówiąc uważają, że jest to legalne działanie. Otóż ani w literaturze, ani w orzecznictwie nie traktuje się takiego zachowania w ramach kontratypu, chociażby zwyczajowego, a pracownicy obsługujący śmieciarkę popełniają wykroczenie z art. 51 k.w. W praktyce razi jedynie najczęściej realizowany sposób załatwiania takich spraw przez wezwaną Policję, a mianowicie nałożenie mandatu karnego wyłącznie na kierowcę śmieciarki, z pominięciem pozostałych pracowników hałasujących przestawianymi kubłami na śmieci (współsprawcy), a także dyspozytora lub właściciela firmy zajmującej się oczyszczaniem miasta, który wyznacza swoim pracownikom pracę w porze nocnej ciszy (sprawca polecający). Należy tu dodać, że wykroczenie z art. 51 k.w. popełniane jest każdej nocy i powinno każdorazowo skutkować interwencją wezwanej Policji. W przypadku skierowania przez Policję kilku wniosków o ukaranie, sąd rozpatrzy je w ramach realnego zbiegu wykroczeń z art. 9 § 2 k.w. Odmowa podjęcia przez Policję interwencji na kolejne wezwania z powodu skierowania już wniosku do sądu w tej sprawie jest całkowicie niezasadniona i bezprawna.

W związku z omawianą problematyką należy także zwrócić uwagę na możliwość zakłócenia spoczynku nocnego nie tylko działaniem, ale również przez zaniechanie. W literaturze przedwojennej J. Makarewicz dopuszczał taką ewentualność, „jeśli źródło zakłócenia spoczynku (np. szczekanie psa) znajduje się w dyspozycji danego osobnika, który zachowuje się biernie i nie stara się usunąć przyczyny zakłócenia”²⁴. A. Gubiński wręcz uważa, że przy zakłóceniu spoczynku nocnego stosunkowo duży udział mogą mieć właśnie czyny polegające na zaniechaniu, np. niewyciszenie w porze nocnej mechanicznego źródła dźwięku, nie-reagowanie na głośne zachowanie się zwierzęcia, stanowiącego własność sprawcy itd.²⁵ Oczywiście wykluczyć należy takie sytuacje, jak wycie w nocy chorego psa, czy szczekanie małego szczeniaka. Trudno w tych przypadkach mówić w odniesieniu do zachowania człowieka trzymającego psa, a polegającego na zaniechaniu, o wybryku, który jest warunkiem koniecznym ukarania z art. 51 k.w. W przypadku zdrowego psa, właściciel musi nad nim panować, a jeśli tego nie potrafi, powinien oddać go

²⁴ J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 683.

²⁵ A. Gubiński, *op. cit.*, s. 265.

w inne ręce lub zmienić miejsce zamieszkania na takie, w którym uprzejmie wycie lub szczekanie trzymanego psa nie będzie zakłócać nikomu spoczynku nocnego.

Podstawowe znaczenie dla wykroczenia zakłócenia spoczynku nocnego z art. 51 k.w. ma określenie pory nocnej, w której obowiązuje cisza nocna. Kodeks postępowania karnego²⁶ – w przepisach dotyczących przeszukania zamieszkałych pomieszczeń w wypadkach nie cierpiących zwłoki – za porę nocną uważa czas od godziny 22.00 do 6.00, natomiast Kodeks postępowania cywilnego²⁷ – w przepisach dotyczących doręczeń w porze nocnej – określa tę porę na czas między godzinami 21.00 a 7.00. Kodeks wykroczeń i Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia²⁸ nie precyzują tego pojęcia. W prawie o wykroczeniach przez porę nocną zwyczajowo rozumie się czas od godziny 22.00 do 6.00, ale przyjmuje się, że pora ta może być wyznaczona inaczej, przedłużona lub skrócona przez uprawniony do tego organ, np. w warunkach szpitalnych, sanatoryjnych, w hotelu, internacie szkolnym, akademiku, w regulaminie spółdzielni mieszkaniowej czy przez wspólnotę mieszkańców²⁹. Obowiązek przestrzegania ciszy w porze nocnej ustalają więc różnego rodzaju przepisy porządkowe, często oparte na obowiązujących zwyczajach. Nie można bowiem pominąć faktu, że zależy to przede wszystkim od lokalnych zwyczajów, różnych np. w mieście i na wsi, oraz warunków obiektywnych wynikających z pory roku³⁰. Zdaniem M. Siewierskiego wystarczy tu poprzestać na stwierdzeniu, iż „w praktyce ocena spoczynku nocnego nie powinna nasuwać wątpliwości, ponieważ zdarzenie dotyczy zawsze konkretnych okoliczności, według których ocenia się, czy istotnie w owym czasie ludzie zamieszkali w pobliżu miejsca tego zdarzenia korzystali ze spoczynku nocnego”³¹.

Inny sygnalizowany w orzecznictwie i literaturze problem koncentruje się wokół kwestii, czy jest wystarczające, aby skutki naruszenia ciszy

26 Art. 221 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1749).

27 Art. 134 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1822).

28 Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1713).

29 Por. A. Gubiński, *op. cit.*, s. 265; L. Falandysz, *op. cit.*, s. 49; M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 470.

30 L. Falandysz, *op. cit.*, s. 49.

31 M. Siewierski, *op. cit.*, s. 8.

nocnej dotykały tylko jednej osoby korzystającej ze spoczynku nocnego. W przedwojennym orzecznictwie napotykać dwa stanowiska. Jedno dopuszczało taką możliwość pod warunkiem, że działanie sprawcy było „zdolne potencjalnie do zakłócenia snu większej ilości osób (np. głośna gra, krzyki, trzaskanie drzwiami)”³². Inne orzeczenie stwierdzało, iż „ustalenie, że pewna osoba, przebywająca w swym mieszkaniu, hałasem czy krzykiem zakłóciła spoczynek nocny drugiej osoby, nie wystarcza samo przez się do przypisania przestępstwa z art. 30 p.o.w.”³³, jednakże chodziło tu zdaniem L. Falandysza o podkreślenie, iż nie może być to skutek pojedynczego, odosobnionego działania, gdyż wykroczenie z tego artykułu dotyczyło uporczywych wybryków. Przy obecnym brzmieniu przepisów należy natomiast przyjąć, iż uzasadnione jest pierwsze z tych stanowisk, mimo że powoduje ono nadmierną penalizację³⁴.

Pojawia się więc pytanie, czy w sytuacji zakłócenia spoczynku nocnego pojedynczej osoby, w miejscu, gdzie nie ma innych zabudowań i w związku z tym innych osób – są podstawy do przyjęcia, że mamy do czynienia z naruszeniem art. 51 k.w.? Pytanie to jest wyjątkowo zasadne np. w warunkach wiejskich, gdzie usytuowanie budynków różni się od usytuowania mieszkań w bloku w mieście, a sprawca głośno dobija się do drzwi budynku w sąsiednim obejściu, budząc mieszkającego w nim sąsiada.

T. Grzegorzcyk podkreśla, że głównym przedmiotem ochrony czynów wskazanych w rozdziale VIII k.w. jest porządek i spokój, ale publiczny. Naruszając publiczny spokój można także naruszyć spokój określonej osoby, który jest tu ubocznym (dodatkowym) przedmiotem ochrony. Jeżeli jednak naruszono tylko spokój określonego człowieka w sposób nie mogący dotknąć innych, nie określonych indywidualnie osób, to nie dochodzi do naruszenia, o którym mowa w art. 51 k.w.³⁵ Z kolei autorzy komentarza do kodeksu wykroczeń twierdzą, że zakłócenie spoczynku nocnego następuje, „gdy sprawca przeszkadza w spoczynku choćby jednej tylko osobie [...], ale w sposób zdolny w ogóle do zakłócenia snu większej liczbie nie określonych bliżej osób”³⁶.

32 Orzeczenie SN z dnia 28 sierpnia 1934 r., Zbiór Orzeczeń SN z 1935 r., poz. 73.

33 Orzeczenie SN z dnia 29 maja 1934 r., Zbiór Orzeczeń SN z 1935 r., poz. 8.

34 L. Falandysz, *op. cit.*, s. 48.

35 T. Grzegorzcyk, *Naruszenie spoczynku nocnego jako wykroczenie*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1989, nr 4–5, s. 27.

36 J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1980, s. 132, teza 10.

W doktrynie pojawiały się też odmienne zdania. A. Gubiński podnosi, że możliwe jest naruszenie art. 51 k.w. także w budynku, w którym mieszka tylko jednak osoba, a więc gdy sprawca przeszkadza w spoczynku osobie samotnie zamieszkującej dany budynek³⁷. Z kolei M. Bojarski zauważa, iż trudno przyjąć, że nie mamy do czynienia z wykroczeniem z art. 51 k.w., gdy ustalimy tylko jednego pokrzywdzonego czynem sprawcy bez równoczesnego wskazania, iż skutek mógł ponadto dotknąć jeszcze inne osoby. Jak słusznie zauważa M. Bojarski, w takim przypadku nie można by ukarać lokatora, który przesuwaniem w nocy mebli zakłóca spoczynek nocny sąsiadowi mieszkającemu piętro niżej, gdyż odgłosy przesuwanych mebli są najbardziej dotkliwe tylko dla mieszkającego piętro niżej, a często niedostrzegane przez innych lokatorów³⁸.

Zdaniem T. Grzegorzcyka akceptacja tego poglądu jest możliwa, jeśli sposób działania sprawcy mógł zakłócić spoczynek nocny nie określonej liczbie osób, choćby *de facto* zakłócenie objęło tylko jedną osobę. Policja jako oskarżyciel publiczny, który prowadzi czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia oraz sąd mają obowiązek każdorazowo wyjaśnić, czy sposób zachowania obwinionego odpowiadał tym warunkom, zwłaszcza gdy istnieje wyraźna sprzeczność między złożonymi oświadczeniami sprawcy i pokrzywdzonego w tej właśnie kwestii. Bagatelizowanie tego zagadnienia może zdaniem tego autora prowadzić do interpretacji, że każde zastukanie do sąsiada po godzinie 22.00, jeśli nie ma cech obrony koniecznej czy stanu wyższej konieczności, jest wykroczeniem z art. 51 k.w., z czym trudno byłoby się zgodzić. Ten aspekt omawianego zagadnienia traci zdaniem T. Grzegorzcyka swój sporny charakter, jeżeli sprawca narusza ciszę głośno dobijając się do drzwi sąsiada w bloku mieszkalnym w porze nocnej, gdyż charakter miejsca, w jakim to czyni, powoduje, iż może to zakłócić spoczynek nocny nie określonej liczbie osób, choćby w rzeczywistości utrudniało spoczynek tylko osobie, do której w taki sposób pukano. Zwraca on też uwagę, że ochrona osób prywatnych przed niepokojeniem ich ujęta została w innych przepisach, np. w art. 107 k.w., dotyczącym m.in. złośliwego niepokojenia innej osoby w celu dokuczenia jej. Norma art. 51 k.w. chroni zaś spoczynek indywidualnych osób tylko ubocznie, a więc wówczas, gdy sposób zachowania sprawcy jest w stanie

37 A. Gubiński, *op. cit.*, s. 264–265.

38 M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, wyd. 6, Wrocław 2012, s. 122–123.

w ogóle zakłócić spoczynek nie określonej liczby osób. Dlatego dopóki wymóg ten nie zostanie dowiedziony, nie można mówić o popełnieniu wykroczenia z omawianego przepisu³⁹.

Z poglądem tym nie zgadza się M. Bojarski. Jak stwierdza, w literaturze przyjmuje się za ważniejsze spowodowanie rzeczywistego skutku przynajmniej jednej osobie, niż uzależnianie odpowiedzialności od potencjalnego skutku, który mógł dotknąć bliżej nieokreśloną liczbę osób⁴⁰. A. Gubiński uważa, że nie jest konieczne, aby w danym domu czy pomieszczeniu zamieszkiwały inne osoby (poza tą, której spoczynek nocny został zakłócony), a więc by zachowanie się sprawcy wywołało skutek lub groziło jego wywołaniem w stosunku do większej zbiorowości. Wskazane kryterium zmierza jedynie do zobiektywizowania oceny i wyłączenia przypadków, gdy ktoś z powodu przewrażliwienia czy choroby psychicznej odbiega od przeciętnej. Oczywiście trzeba postulować, aby szanowano spoczynek nocny takich osób, starając się oszczędzić im przykrych przeżyć. Nie można jednak wówczas przypisać komuś popełnienia wykroczenia. Trzeba również mieć na względzie i to, że w porze nocnej niektóre zachowania zyskują inną jakość. Te działania i zaniechania, które w innej porze nie byłyby ocenione jako rażąco odbiegające od przyjętych standardów, mogą być ocenione w porze nocnej jako wybryki (np. głośne nastawienie radia, śpiew itp.)⁴¹. Dlatego M. Bojarski stwierdza, że trudno zgodzić się ze stanowiskiem ograniczającym funkcjonowanie art. 51 k.w. w odniesieniu do zakłócenia spoczynku nocnego przez formułowanie dodatkowego warunku, iż zachowanie się sprawcy, oprócz zrealizowania skutku w odniesieniu do konkretnej osoby, ma równocześnie dotyczyć bliżej nie określonej liczby osób⁴².

Właściwe w tej kwestii wydaje się jednak stanowisko, że zakłócenie spoczynku nocnego nie musi mieć charakteru publicznego i może dotyczyć określonych osób, także pojedynczej osoby, ale z zastosowaniem w każdej takiej sprawie dodatkowego kryterium, pozwalającego ocenić, czy możliwe było w konkretnym przypadku wywołanie zakłócenia spoczynku nocnego w stosunku do większej liczby osób, gdyby tam się znajdowały, gwarantującego zobiektywizowanie tej oceny i wyłączenie

³⁹ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 27–28.

⁴⁰ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 123.

⁴¹ A. Gubiński, *op. cit.*, s. 264–265.

⁴² M. Bojarski, *Problemy kwalifikacji...*, *op. cit.*, s. 43–44.

przypadków nietypowych. W praktyce, jeżeli policjant nie stwierdził podczas interwencji rodzaju i natężenia dokuczliwych dla wzywającego hałasów (np. w sytuacjach, gdy pojawienie się przed budynkiem radiowozu policyjnego powoduje chwilowe wyciszenie głośnej imprezy), to w ciągu najbliższego dnia powinien udać się do sąsiadów wzywającego dzielnicowy i przeprowadzić z nimi wywiad na temat występowania i dokuczliwości nocnych hałasów.

Pozostając w obrębie tego zagadnienia, tj. liczby osób dotkniętych zakłóceniem spoczynku nocnego, należy także rozważyć, czy osoby te mogą być uznane za pokrzywdzone w rozumieniu prawa o wykroczeniach. M. Siewierski na gruncie art. 51 k.w. uznał, że zawarte w tym przepisie zakazy chronią dobra wspólne nie oznaczonej z góry liczby osób, stąd „w tych razach nie można upatrywać określonej osoby jako pokrzywdzonego”⁴³. Tezę tę powtórzono w komentarzu do Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia z 1971 r.⁴⁴ Zdaniem T. Grzegorzcyka twierdzenie takie trudno jednak uznać za trafne. Nawet jeśli przyjąć, że na gruncie art. 51 k.w. przedmiotem głównym ochrony prawnej jest spokój i porządek publiczny oraz spoczynek nocny ogółu, czyli nie określonej liczby osób, nie oznacza to jednak, że wyłączone jest tym samym traktowanie konkretnej osoby, której dobro w postaci spoczynku nocnego naruszono, jako pokrzywdzonej tym czynem⁴⁵. Trudno to wprawdzie odnieść do naruszeń spokoju i porządku publicznego, ale z pewnością można stosować wobec spoczynku nocnego. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia w art. 25 § 1 jasno stanowi, że „pokrzywdzonym jest ten, czyje dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez wykroczenie”⁴⁶. Tak więc człowiek, którego spoczynek nocny został naruszony, jest w świetle prawa o wykroczeniach pokrzywdzonym⁴⁷.

43 M. Siewierski, *Pokrzywdzony w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1978, nr 1, s. 32–33.

44 M. Siewierski, J. Lewiński, Z. Leoński, J. Gościcki, *Komentarz do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia oraz do ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń*, Warszawa 1979, s. 58, teza 6.

45 T. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 25–26; T. Grzegorzcyk, M. Olszewski, *Prawo o wykroczeniach. Zarys*, Łódź 1987, s. 217.

46 Tak samo formułował pojęcie pokrzywdzonego poprzedni Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia z dnia 20 maja 1971 r. w art. 32 (Dz.U. Nr 12, poz. 116 ze zm.).

47 W. Radecki, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia z komentarzem*, Warszawa 1992, s. 65.

Posiadanie statusu pokrzywdzonego wybrykiem zakłócającym spoczynek nocny wymaga od tej osoby określonego działania, którym jest zawiadomienie (np. telefoniczne) Policji o tego rodzaju naruszeniach. Policja nie ma prawa interweniować na podstawie własnej obserwacji i oceny sytuacji podczas patrolu (np. latem przez otwarte okno budynku wydostaje się głośna muzyka na ulicę w porze nocnej ciszy), gdyż w przypadku tego wykroczenia konieczne jest ustalenie co najmniej jednego pokrzywdzonego, którym na pewno nie jest funkcjonariusz Policji na służbie, który naocznie stwierdza takie zakłócenie⁴⁸. W przypadku głośnego odtworzenia muzyki w budynku mieszkalnym może przecież nie być osoby pokrzywdzonej, bo np. wszyscy mieszkańcy uczestniczą w tej imprezie, albo taka osoba wyraziła zgodę na przeprowadzenie tej imprezy, albo po prostu osoba ta ma słaby słuch lub ciężki sen i dobiegające hałasy nie są w stanie go zakłócić. Policja nie może nikogo uznać za pokrzywdzonego wybrykiem zakłócającym spoczynek nocny wbrew jego woli. Stąd w celu skorzystania z ochrony Kodeksu wykroczeń w tym zakresie, konieczne jest wezwanie Policji w czasie zdarzenia.

Wykroczenie z art. 51 k.w. może mieć – zgodnie z § 2 tego artykułu – charakter kwalifikowany ze względu na: 1) chuligański charakter czynu, 2) okoliczność dopuszczenia się czynu przez sprawcę będącego pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka. Obie wymienione okoliczności mogą odnosić się także do wykroczenia zakłócenia spoczynku nocnego.

Analizując pojęcie chuligańskiego charakteru czynu zdefiniowane w art. 47 § 5 k.w., należy stwierdzić, że stroną podmiotową charakteryzuje umyślność. Oznacza to, że żadne wykroczenie nieumyślne nie może mieć charakteru chuligańskiego. Chuligański charakter wykroczenia polega na godzeniu w porządek lub spokój publiczny albo niszczeniu lub uszkodzeniu mienia. Jest to zachowanie, któremu właściwy jest element agresji, co przemawia za wnioskiem, że zachowanie się sprawcy polega na aktywnym zachowaniu się, czyli działaniu. Nie sposób więc charakteryzować jako mające charakter chuligański wykroczenie, które polegałoby na zaniechaniu⁴⁹. Kolejnym kryterium uznania wykroczenia za mające charakter chu-

⁴⁸ Por. status policjanta podczas wybryku wywołującego zgorszenie (M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 471–472).

⁴⁹ A. Gubiński, *Chuligański charakter wykroczenia*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1981, nr 1, s. 14.

ligański jest publiczne jego popełnienie. Oznacza to, że z wykroczeniem zakłócenia spoczynku nocnego o charakterze chuligańskim będziemy mieli do czynienia wyłącznie w razie nagannego zachowania sprawcy w miejscu publicznym, kiedy towarzyszący temu zachowaniu hałas będzie docierał do miejsc niepublicznych, np. prywatnych mieszkań, a których mieszkańcy korzystający z odpoczynku w porze nocnej ciszy będą odbierali ów hałas jako zakłócenie tego stanu. Nie będą miały zatem chuligańskiego charakteru wykroczenia polegające na zakłóceniu spoczynku nocnego popełniane przez sąsiadów, gdyż hałasując w swoim mieszkaniu znajdują się oni w miejscu niepublicznym. Analiza strony podmiotowej pojęcia „publicznego działania” oparta na orzecznictwie SN prowadzi do przyjęcia stanowiska, że działanie jest publiczne, gdy bądź ze względu na miejsce działania, bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy może być ono dostępne (dostrzegalne) dla nie określonej liczby osób, przy czym sprawca mając świadomość tej możliwości co najmniej na to się godzi⁵⁰. Jeszcze inna cecha wykroczenia o charakterze chuligańskim polega na działaniu w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu. Można powiedzieć, że z działaniem bez powodu mamy do czynienia wtedy, gdy w powszechnej opinii społecznej nie znajduje ono żadnego racjonalnego uzasadnienia⁵¹. Prawdziwe wątpliwości rodzą się dopiero przy definiowaniu działania z „błahego powodu”, a ściślej przy próbie odróżnienia powodu błahego od takiego, który uzasadnia reakcję człowieka⁵². Ostatnim elementem pojęcia chuligańskiego charakteru wykroczenia jest okazanie przez sprawcę rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego. Ustawodawca stanął na stanowisku, że skoro sprawca działał w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, to jego zachowanie jest równoznaczne z okazaniem przez niego rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego. Nie chodzi tu jednak o pobudkę, jaką kierował się sprawca w celu okazania lekceważenia wspomnianych zasad, lecz o obiektywną wymowę działania, jego wydzźwięk w środowisku, które zetknęło się z czynem⁵³.

50 Orzeczenie SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. akt VI KZP 26/73, OSNKW, 1973, nr 11, poz. 132.

51 Z. Skorny, *Psychologiczna analiza agresywnego zachowania się*, Warszawa 1968, s. 83.

52 Zob. J. Sawicki, *Chuligański charakter czynu w kodeksie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 6, s. 43–44.

53 Zob. K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 240, tezy 23 i 24.

Chuligański charakter wykroczenia stanowi okoliczność obciążającą lub kwalifikującą. Jako okoliczność obciążająca wymieniony został w art. 33 § 4 pkt 6 k.w. Z kolei w art. 51 § 2 k.w. opisany jest kwalifikowany typ wybryku z powodu m.in. chuligańskiego charakteru. Nie powinno budzić wątpliwości uznanie, że w tym przypadku chuligańskiego charakteru nie można powtórnie traktować jako okoliczności obciążającej⁵⁴. Odpowiada to powszechnie akceptowanej zasadzie, że jeżeli dana okoliczność jest znamieniem ustawowym, to nie może być jednocześnie okolicznością obciążającą. Ponadto chuligański charakter czynu powoduje dodatkowe konsekwencje, jak niemożność orzeczenia kary nagany⁵⁵, wyjątkowe stosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary aresztu⁵⁶ oraz możliwość wymierzenia nawiązki, jeśli została wyrządzona szkoda⁵⁷.

A. Gubiński zwraca uwagę, że chuligański charakter czynu ma w orzecznictwie nieporównanie mniejsze znaczenie niż to się powszechnie sądzi. Taki stan rzeczy autor ten wiąże z kłopotami przy rozróżnieniu wybryku niechuligańskiego od wybryku chuligańskiego, co urasta zarówno w teorii, jak i praktyce, do rangi pierwszoplanowego problemu, którego na gruncie aktualnych przepisów nie da się jednoznacznie rozstrzygnąć⁵⁸.

Drugim znamieniem kwalifikującym wykroczenie zakłócenia spoczynku nocnego jest w myśl art. 51 § 2 k.w. działanie sprawcy będącego pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka. Ta cecha charakteryzuje sprawcę czynu, a nie sposób działania. W odniesieniu do alkoholu (chodzi tu o alkohol etylowy), okoliczność tę w praktyce daje się stwierdzić na podstawie zaobserwowanych u sprawcy objawów zewnętrznych, takich jak np. woń alkoholu z ust, bełkotliwa mowa, zataczanie się, wzmożona agresywność itp. W takim to właśnie stanie najczęściej popełniane jest wykroczenie z art. 51 k.w., a w ramach tej kwalifikacji wykroczenie zakłócenia spoczynku

54 M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 110.

55 Taki zakaz formułuje art. 36 § 2 k.w.

56 Zgodnie z art. 43 pkt 2 k.w.; zob. szerzej: J. Sawicki, *W sprawie warunkowego zawieszenia kary aresztu, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, tom XXV, pod red. Ł. Boguni, Wrocław 2009, s. 89–107.

57 Na podstawie art. 37 k.w. można orzec nawiązkę do wysokości 1000 zł na rzecz pokrzywdzonego albo na rzecz Polskiego Czerwonego Krzyża lub na inny cel społeczny wskazany przez sąd.

58 A. Gubiński, *Chuligański...*, *op. cit.*, s. 19.

nocnego, i w związku z tym mamy tutaj do czynienia z paradoksalną sytuacją, w której przepis kwalifikowany jest bezdyskusyjnie przepisem podstawowym⁵⁹. Działanie pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka jest także okolicznością obciążającą, wymienioną w art. 33 § 4 pkt 7 k.w. Tak jak w przypadku chuligańskiego charakteru wykroczenia, także tutaj trzeba uznać, że działania sprawcy zakłócającego pod wpływem alkoholu lub innych środków odurzających spoczynek nocny, kwalifikowanego z art. 51 § 2 k.w., nie można powtórnie traktować jako okoliczności obciążającej.

W piśmiennictwie pojęciu „pod wpływem alkoholu” nadawane są różne znaczenia. A. Ratajczak ujmuje je dwojako. Po pierwsze, jako okoliczność towarzyszącą popełnieniu czynu zabronionego, co prowadzi do wniosku, iż chodzi tu jedynie o stwierdzenie, że sprawca w chwili czynu był nietrzeźwy lub przedtem spożył chociażby najmniejszą dawkę alkoholu, bez potrzeby badania wpływu spożytego alkoholu na jego przeżycia psychiczne i sposób zachowania się. Drugie ujęcie działania pod wpływem alkoholu polega na tym, że konieczne jest ustalenie, iż między spożyciem, zamiarem spożycia albo systematycznym używaniem alkoholu przez sprawcę a jego czynem istniał związek przyczynowy. W tym przypadku nie chodzi tylko o spożycie alkoholu bezpośrednio przed popełnieniem czynu, ale również o takie sytuacje, gdy alkohol stanowi zewnętrzną podniechęć działania (głód alkoholowy, silna chęć spożycia alkoholu) lub gdy wskutek nadużywania alkoholu występuje u sprawcy psychodegeneracja, mogąca przejawiać się np. w agresywnym zachowaniu nawet w okresie trzeźwości⁶⁰. W rezultacie sprawca zarówno nietrzeźwy, jak i agresywny z powodu chwilowego braku alkoholu w organizmie, wchodzi w konflikt z prawem, na początku popełniając wykroczenia przeciwko spokojowi i porządkowi publicznemu, w tym przeciwko spoczynkowi nocnemu, oraz wykroczenia przeciwko mieniu⁶¹. Na gruncie art. 51 k.w. interpretacja

⁵⁹ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 473.

⁶⁰ A. Ratajczak, *O zakresie pojęcia „pod wpływem alkoholu” w art. 23 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu*, „Biuletyn Generalnej Prokuratury” 1962, nr 5–6, s. 31–36; A. Ratajczak, *Stan nietrzeźwości w polskim prawie karnym*, Poznań 1969, s. 52 i 53; A. Ratajczak, *Przestępstwo znęcania się pod wpływem alkoholu nad rodziną i osobami zależnymi*, Poznań 1964, s. 232 i 233.

⁶¹ Zob. J. Sawicki, *Wykluczeni społecznie a sprawcy wybranych kategorii wykroczeń*, [w:] *Wybrane prawne, kryminologiczne i medyczne aspekty wykluczenia społecznego*, pod red. E.M. Guzik-Makaruk i E.W. Pływaczewskiego, Białystok 2016, s. 121–135.

tego pojęcia komplikuje się z powodu szczególnego sformułowania w § 2, który stanowi, że „sprawca dopuszcza się go (wykroczenia) będąc pod wpływem alkoholu”. Jak zauważa L. Falandysz, dodanie słowa „będąc” zmienia znaczenie całego określenia i może nasuwać wniosek, że chodzi tu o okoliczność jedynie towarzyszącą popełnieniu wykroczenia, wynikającą z uprzedniego spożycia przez sprawcę jakiegokolwiek, choćby najmniejszej dawki alkoholu. Z drugiej strony, trudno jednak przyjąć, aby typ kwalifikowany wykroczenia (obecnie tylko przez nawiązkę) wiązać się miał jedynie z jakimkolwiek użyciem alkoholu przez sprawcę.

Warto także zwrócić uwagę na wzajemną relację obydwu okoliczności kwalifikujących wybryk, czyli chuligańskiego charakteru oraz dopuszczenia się go przez sprawcę będącego pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka. Dominuje pogląd, że przypadki, w których nie będzie można sprawcy przypisać przynajmniej jednej z tych okoliczności, będą czymś wyjątkowym. Co więcej, alternatywne ujęcie znamion kwalifikujących pozwala przypuszczać, że najczęściej będzie istniała możliwość przypisania sprawcy obydwu tych cech wykroczenia⁶². Jak stwierdza A. Gubiński, z reguły wykroczenia o charakterze chuligańskim popełniane są pod wpływem alkoholu, w wielu przypadkach bowiem zatrucie alkoholem staje się przyczyną reakcji nieadekwatnej do powodu, który ja wywołał⁶³. Odnosząc te aspekty do wykroczenia zakłócenia spoczynku nocnego należy wyraźnie podkreślić, że przypisanie sprawcy chuligańskiego charakteru czynu dotyczyć będzie jedynie zachowań popełnianych w miejscach publicznych, które emitują hałasy docierające do miejsc niepublicznych. Natomiast w przypadku większości zakłóceń do jakich dochodzi w budynkach mieszkalnych, sprawcami są sąsiedzi będący pod wpływem alkoholu, czasami zaś pod wpływem innego środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka.

Konstrukcję z art. 51 k.w. L. Falandysz słusznie nazwał „postawieniem sprawy na głowie”, ponieważ niemalże wszystkie wykroczenia z tego artykułu popełniane są przez nietrzeźwych sprawców. Formuła podstawowa była więc raczej uprzywilejowaną postacią wykroczenia, a formuła kwalifikowana – podstawową⁶⁴. Rozwiązaniem tej kwestii miało być wpro-

⁶² L. Falandysz, *op. cit.*, s. 89 i 90.

⁶³ A. Gubiński, *Chuligański...*, *op. cit.*, s. 16.

⁶⁴ L. Falandysz, *op. cit.*, s. 91.

wadzone nowelizacją Kodeksu wykroczeń z 1998 r.⁶⁵ zrównanie sankcji w obydwu paragrafach, a więc jej zaostrenie w § 1 przez dodanie kary ograniczenia wolności, podniesienie wysokości grzywny do maksymalnej i zniesienie kary nagany, co w odniesieniu do kary aresztu *de facto* stanowi jej złagodzenie, w związku z jednoczesnym obniżeniem górnej granicy tej kary z 3 miesięcy do 30 dni⁶⁶. Oznacza to, że tak naprawdę art. 51 § 2 k.w. określa dodatkowe ustawowe znamiona czynu, które w zasadzie przestały mieć charakter kwalifikujący, ze względu na brak zagrożenia surowszą sankcją (nie licząc możliwości wymierzenia nawiązki za wykroczenie o charakterze chuligańskim na podstawie art. 37 k.w.). Sens takiego rozwiązania może budzić poważne wątpliwości. Przede wszystkim jednak, nowelizacja z 1998 r. nie wyeliminowała z Kodeksu wykroczeń pojęcia „charakteru chuligańskiego wykroczeń”, co mogło uprościć stosowanie odpowiednich przepisów. Organ orzekający mógłby ukarać surowiej sprawcę wykroczenia o cechach chuligańskich, ale w ramach zwyczajnego zaostrenia kary (w górnych granicach ustawowego zagrożenia karą w danym przepisie), a ocena charakteru chuligańskiego mogłaby opierać się wyłącznie na rozumieniu powszechnym, gdyż nie byłoby już wiążącego określenia tego pojęcia w Kodeksie wykroczeń. Niestety, wręcz przeciwnie, dokonując niejasnych zmian w art. 51 k.w. przez zrównanie sankcji w § 1 i § 2 tego artykułu, nowelizacja jeszcze bardziej je utrudniła.

Prostszym rozwiązaniem byłoby raczej zrezygnowanie z § 2 w art. 51 k.w., skoro zmieniono sankcję w § 1 na taką samą, jak w § 2, i mając na uwadze, że Kodeks wykroczeń wymienia w art. 33 § 4 pkt 6 i 7 okoliczności obciążające w postaci chuligańskiego charakteru wykroczenia oraz działania sprawy pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka. Stwierdzenie ich w konkretnej sprawie powinno wpływać na zastosowanie tych przepisów, co w efekcie oznaczałoby obligatoryjne zwyczajne zaostrenie kary. Za takim rozwiązaniem przemawiałby także fakt, że określenie okoliczności obciążającej w art. 33 § 4 pkt 7 k.w. w postaci „działania pod wpływem

⁶⁵ Ustawą z dnia 28 sierpnia 1998 r. o 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. Nr 313, poz. 717).

⁶⁶ Przed tą nowelizacją kara aresztu w art. 51 § 1 k.w. wynosiła do 2 miesięcy, a w art. 51 § 2 k.w. – do 3 miesięcy. Po nowelizacji kara aresztu w obu paragrafach wynosi do 30 dni.

alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka” jest – jak już wcześniej to wykazano – szersze od adekwatnej okoliczności kwalifikującej z art. 51 § 2 k.w. w formule „działania sprawcy będącego pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka”.

Dalej idącym rozwiązaniem, oczekiwanym już raczej w nowym kodeksie wykroczeń – mającym na uwadze przedstawione problemy związane z prawidłową wykładnią art. 51 k.w. – wydaje się ograniczenie zbyt szerokiego ujęcia zakresu penalizacji w jednym przepisie, którego stosowanie oparte jest nierzadko na przekonaniu, że dany stan faktyczny znajdzie w tak szerokim przepisie swoje umocowanie prawne. Wskazane byłoby więc oddzielnie co najmniej wybryków zakłócających spoczynek nocny, przede wszystkim z uwagi na to, że wyłącznie w przypadku tego wybryku pokrzywdzony zawsze znajduje się w miejscu niepublicznym, w odróżnieniu od zakłócenia spokoju i porządku publicznego oraz wywołania zgorzenia, kiedy pokrzywdzony tymi wybrykami może znajdować się zarówno w miejscu publicznym, jak i niepublicznym. Zakłócenie spoczynku nocnego powinno znaleźć miejsce w nowym artykule, w którym w kolejnych paragrafach uregulowane byłoby zakłócenie spoczynku w porze nocnej ciszy, a także złośliwe niepokojenie w celu zakłócenia spokoju lub dokuczenia innej osobie w dzień.

Niezależnie od przedstawionych mankamentów, należy podkreślić, że art. 51 k.w., zapewniający m.in. ochronę spoczynku nocnego, to ważny i potrzebny przepis prawa o wykroczeniach, którego prawidłowe stosowanie jest właściwą reakcją na zachowania naruszające prawo każdego człowieka do niezakłóconego wypoczynku w jego miejscu zamieszkania, w porze nocnej ciszy. W czasach globalnego terroryzmu, obserwowanemu w społeczeństwie spadkowi poczucia bezpieczeństwa towarzyszy wzrost oczekiwań na lepszą efektywność działań szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości i jego organów ścigania w zwalczaniu społecznych patologii. Prawo o wykroczeniach w art. 51 k.w. idzie z pomocą tym wszystkim pokrzywdzonym, którzy sami nie mogą poradzić sobie ze sprawcami umyślnych wybryków zakłócających ich spoczynek nocny. Interwencja organów państwa stosujących prawo jest potrzebna zwłaszcza w przypadkach najtrudniejszych, kiedy takie wybryki popełniane są notorycznie, a jakiegokolwiek próby polubownego załatwienia problemu ze sprawcami nie przynoszą żadnych rezultatów. Życie pokrzywdzonego i jego rodziny najczęściej zamienia się wtedy w koszmar i tylko wezwanie Policji jest w stanie rozpocząć proces przeciwdziałania i skutecznej

eliminacji takich patologicznych zachowań. I choć nie ulega wątpliwości, że przepisy Kodeksu wykroczeń chroniące spoczynek nocny ograniczają wolność i swobodę zachowania się osób pociąganych na ich podstawie do odpowiedzialności za wykroczenia, to cel takiego ograniczenia w postaci skutecznego zapewnienia spokoju i bezpieczeństwa pokrzywdzonym osobom i całym rodzinom w miejscu ich zamieszkania, jest z całą pewnością ważniejszy i zyskuje społeczną akceptację.

Bibliografia

- Bafia Jerzy, Egierska Danuta, Śmietanka Irena, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1980.
- Bafia Jerzy, Mioduski Kryspin, Siewierski Mieczysław, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987.
- Banaszak Bogusław, *Encyklopedia Prawa*, wyd. 2, pod red. U. Kaliny-Prasznic, Warszawa 2000.
- Bojarski Marek, *Problemy kwalifikacji prawnej wykroczeń. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 1992.
- Bojarski Marek, Radecki Wojciech, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia z komentarzem*, Warszawa 1992.
- Bojarski Marek, Radecki Wojciech, *Kompendium dla straży gminnych (miejskich). Wykroczenia. Interpretacja przepisów. Postępowanie mandatowe. Czynności sprawdzające. Wnioski o ukaranie. Oskarżenie przed kolegium*, Wrocław 1997.
- Bojarski Marek, Radecki Wojciech, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2016.
- Bojarski Marek, Płońska Anna, Świda Zofia, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, wyd. 6, Wrocław 2012.
- Encyklopedia PWN*, t. 3: P-Z, pod red. D. Kalisiewicza, Warszawa 2002.
- Falandysz Lech, *Wykroczenie zakłócenia porządku publicznego*, Warszawa 1974.
- Grzegorzczuk Tomasz, *Naruszenie spoczynku nocnego jako wykroczenie, „Zagadnienia Wykroczeń”* 1989, nr 4–5.
- Grzegorzczuk Tomasz, Olszewski Marek, *Prawo o wykroczeniach. Zarys*, Łódź 1987.
- Gubiński Arnold, *Chuligański charakter wykroczenia, „Zagadnienia Wykroczeń”*, 1981, nr 1.

- Gubiński Arnold, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1989.
- Makarewicz Juliusz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- Marek Andrzej, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, wyd. 7, Warszawa 2012.
- Ratajczak Aleksander, *O zakresie pojęcia „pod wpływem alkoholu” w art. 23 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu*, „Biuletyn Generalnej Prokuratury” 1962, nr 5–6.
- Ratajczak Aleksander, *Przestępstwo znęcania się pod wpływem alkoholu nad rodziną i osobami zależnymi*, Poznań 1964.
- Ratajczak Aleksander, *Stan nietrzeźwości w polskim prawie karnym*, Poznań 1969.
- Sawicki Janusz, *Chuligański charakter czynu w kodeksie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 6.
- Sawicki Janusz, *W sprawie warunkowego zawieszenia kary aresztu, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, tom XXV, pod red. L. Boguni, Wrocław 2009.
- Sawicki Janusz, *Wykluczeni społecznie a sprawcy wybranych kategorii wykroczeń*, [w:] *Wybrane prawne, kryminologiczne i medyczne aspekty wykluczenia społecznego*, pod red. E.M. Guzik-Makaruk i E.W. Pływaczewskiego, Białystok 2016.
- Siewierski Mieczysław, *Z jakiego przepisu karać zakłócenie spoczynku nocnego w stanie nietrzeźwości (art. 30 p.o.w. czy art. 27 ustawy antyalkoholowej)*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1961, nr 1.
- Siewierski Mieczysław, *Pokrzywdzony w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1978, nr 1.
- Siewierski Mieczysław, Lewiński Janusz, Leoński Zbigniew, Gościcki Jerzy, *Komentarz do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia oraz do ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń*, Warszawa 1979.
- Skorny Zbigniew, *Psychologiczna analiza agresywnego zachowania się*, Warszawa 1968.
- Wilk Jacek, *Glosa do wyroku NSA z dnia 14 maja 2014 r., II OSK 3116/13*, LEX/el. 2015.

Radosław Antonów
(Uniwersytet Wrocławski)

PROBLEM PROSTYTUCJI I HANDLU ŻYWYM TOWAREM W EUROPIE NA PRZEŁOMIE XIX I XX WIEKU. PRZEGLĄD LITERATURY NIEMIECKIEJ I AUSTRIACKIEJ

ABSTRACT

THE PROBLEM OF PROSTITUTION AND HUMAN TRAFFICKING IN EUROPE AT THE TURN OF THE NINETEENTH CENTURY

In the nineteenth century the problem of prostitution and human trafficking was a serious security threat. Having recognized the scale of the phenomenon of prostitution and the breadth of criminal offenses accompanying it, national governments took appropriate measures, on both domestic and international arenas. Social initiatives were launched with the aim of exposing human trafficking. The above-mentioned measures occurred alongside academic and journalistic analyses of the phenomena of prostitution and human trafficking. German and Austrian research were particularly valuable in this area.

KEYWORDS: prostitution, human trafficking, women trafficking, Europe
SŁOWA KLUCZOWE: prostytucja, handel żywym towarem, handel ludźmi, handel kobietami, Europa

Szczególnym problemem, z którym na przełomie XIX i XX wieku przyszło się zmierzyć państwom – przede wszystkim europejskim – był handel ludźmi potocznie określany handlem żywym towarem bądź handlem kobietami. Znalazło to odzwierciedlenie na wielu płaszczyznach funkcjonowania państw; począwszy od prawnej, przez administracyjną, po społeczną. Trzeba też w tym miejscu podkreślić, że niejednokrotnie ta ostatnia

odgrywała najważniejszą rolę i stawała się wręcz motorem do działań, których rezultatem było wprowadzenie w życie przepisów prawa zakazujących uprawiania tego przestępczego procederu i administracyjnym oraz sądowym egzekwowaniu ustanowionego prawa. Szczególnym przykładem inicjatywy społecznej była między innymi pełna determinacji postawa Józefiny Butler i założonego z jej inicjatywy w Anglii Towarzystwa Abolicjonistycznego. Butler zainspirowała działaczy społecznych w innych krajach do walki z prostytutką, co zaowocowało zorganizowanym społecznym sprzeciwem między innymi przeciwko przestępczemu procederowi handlu żywym towarem¹. Sprzeciwem, który przybrał rozmiary międzynarodowego ruchu społecznego. Zaowocowało to również nawiązaniem przez państwa szeregu umów międzynarodowych zakazujących handlu kobietami i dziećmi, pierwotnie określanego „handel białymi”.

Problem handlu żywym towarem znalazł także odzwierciedlenie w licznych publikacjach; począwszy od rozpraw naukowych na temat samego handlu żywym towarem, przez opracowania nawiązujące do szerszego kontekstu tego przestępstwa, mianowicie problemu prostitucji – jej przyczyn i skutków, po powieści sensacyjne czy literaturę beletrystyczną. Również prasa europejska, od codziennej po periodyczną, od lokalnej po ogólnokrajową donosiła o przypadkach handlu żywym towarem, sposobach walki z tym przestępstwem oraz licznych na przełomie XIX i XX wieku inicjatywach mających na celu powstrzymanie tego procederu.

Nagłaśnianie sprawy handlu żywym towarem na arenie międzynarodowej wpłynęło na powołanie do życia instytucji międzynarodowego kongresu do zwalczania tego przestępstwa, którego obrady odbywały się periodycznie w różnych państwach i uczestniczyli w nich przedstawiciele władz oraz instytucji publicznych i społecznych, a także reprezentanci Kościołów. Warto przypomnieć, że Kongres taki odbył się w 1930 roku w Warszawie, jako VIII Międzynarodowy Kongres Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi, nad którym patronat honorowy objął Marszałek Józef Piłsudski oraz Prymas Polski Kardynał August Hlond². Przypomnijmy, przedmiotem obrad Kongresu Warszawskiego były następujące

1 J.E. Butler, *Von Frauennot und Frauenhilfe. Josephine Butler's Leben*, München 1928, *passim*.

2 Por. P. Gołdyn, *Prewencyjno-edukacyjna działalność Polskiego Komitetu Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi (1923–1939)*, „Poznańskie Zeszyty Humanistyczne” 2006, nr VII, pod redakcją Adama Czabańskiego, s. 72.

sprawy: „1) Akcja przeciw sutenerom, 2) Repatriacja prostytutek, 3) An gażowanie kobiet i dziewcząt zagranicę, 4) Opieka nad kobietami i dziewczętami udającymi się zagranicę, 5) Handel kobietami i dziećmi w kolonjach, 6) Zagadnienie kinematografu w stosunku do handlu ko bietami”³. Podczas Kongresu w Warszawie przyjęto rezolucję, w której między innymi potępiono sutenerstwo, jako „jedną z najbardziej poni żających form prostytucji i jej skutków”. Podjęto również kwestię repa triacji prostytutek. Zauważono, iż kobietom tym należy zapewnić opiekę w podróży poza granice kraju, który muszą opuścić. Kolejną kwestią była sprawa zatrudniania kobiet w teatrach i kabaretach zagranicznych, opie ki nad kobietami w podróży oraz wykorzystania kinematografu w walce z handlem kobietami i dziećmi⁴. Organizatorem Kongresu był Polski Komitet Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi, instytucja publiczna utworzona w 1923 roku i powołana „do skoordynowania całej działalno ści społecznej w kraju w zakresie walki z handlem kobietami i dziećmi”⁵. Trzeba podkreślić, iż Polska dopiero po odzyskaniu niepodległości mogła w sposób właściwy zaangażować się w walkę z tym przestępstwem, ma jącym już właściwie od połowy XIX wieku charakter międzynarodowy. Na Ziemiach Polskich proceder przestępczego handlu żywym towarem wprzęgnięty był bowiem w proces wynaradawiania narodu polskiego, zaś potoczne określenie prostytutki w Argentynie nazwą polacca było dowodem skuteczności działania tych dwóch żywiołów, jakim była prze stępczość zorganizowana i zaborcza władza, administracja oraz wojsko. W żadnym innym kraju tak drapieżnie i bezkarnie przestępcy nie mogli działać. Polskie kobiety przy całkowitej bezwzględności przestępców i zu pełnej obojętności zaborczej administracji właściwie nie miały żadnych szans i tylko oddolna inicjatywa powstała w narodzie staraniem nielicz nego grona zwolenników podjęcia walki z handlem żywym towarem i prostytucją – jej motorem i konsekwencją zarazem – pozwoliła na istotną zmianę tej sytuacji już w pierwszych latach po odzyskaniu przez Polskę

3 I. Szydłowska, *Międzynarodowy Kongres Zwalczenia Handlu Kobietami*, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” 1930, rok XII, nr 22, 15 listopada, s. 806.

4 Por. *Dosłowne Sprawozdanie z obrad 8 Międzynarodowego Kongresu dla zwalczenia Handlu Kobietami i Dziećmi, który odbył się w Warszawie między 7–10 października 1930*, Londyn 1930, *passim*.

5 J. Macko, *Prostytucja. Nierząd-handel „żywym towarem” – pornografia ze stanowiska historii, etyki higieny i prawa*, Warszawa 1927, s. 369. Zob. również H. Siemieńska, *Stan walki z nierządem*, Warszawa 1933, s. 13.

niepodległości. Kongres Warszawski był niewątpliwie sporym osiągnięciem Polski na arenie międzynarodowej i ze strony państw europejskich świadczył o uznaniu osiągnięć młodej Polski na polu walki z handlem żywym towarem; handlem, który przecież w zasadniczej części dotyczył kobiet polskiego pochodzenia. Obrady Kongresu Warszawskiego spotkały się z gorącym przyjęciem i uznane zostały za sukces Polski, choć nie brakło też rodzimych głosów krytycznych.

Na łamach warszawskiego „Wolnomyśliciela Polskiego” ukazał się prowokacyjny list opublikowany przez redakcję czasopisma „na zasadach wolnej trybuny”, zatytułowany „Kongres zwalczania handlu żywym towarem”⁶. Autorka tekstu – posługująca się pseudonimem „Taka” „małpa” – odnosząc się do samego problemu handlu żywym towarem, właściwie wywołanego informacją o organizowanym Kongresie stwierdziła: „żywo interesuję się temi zagadnieniami, jako prostytutka, posiadam też bibliotekę w tym kierunku”⁷ i poddała pod wątpliwość kompetencje naukowe i społeczne organizatorów Kongresu Warszawskiego. Stwierdziła dalej: „prostytcja – handel ciałem kobiet i dzieci, to już dzisiaj przedmiot, który ma swoją ogromną bibliotekę. Jeżeli sięgniemy do starej, bo z 1865 r. książki M. Rabutaux: „De la Prostitution en Europe” – gdzie mamy bibliografię przedmiotu od 161 s. do 172 – a zakończymy na najnowszej bo z 1929 „Das Feile Weib” („Prostytcjka”) Rudolfa Brettschneider. Verlag für Kulturforschung. Wien Leipzig stron 223 a samej literatury 3 strony tylko tytułów prac najnowszych tego przedmiotu – to trudno się nam pogodzić, by w Warszawie za sprawą wyłącznie ducha świętego można było ten przedmiot doniosły rozpatrywać”⁸. Autorka listu właściwie nie uwzględniając realiów, jakie towarzyszyły Polakom, szczególnie w dobie zaborów – realiów, na które zwrócił uwagę Józef Macko pisząc: „społeczeństwo polskie przez cały czas panowania zaborców było pozbawione jakiegokolwiek prawa do walki z prostytucją; cenzura nie przepuszczała artykułów, zwalczających handel „żywym towarem” pod pozorem, że są oskarżenia, o których powinny wiedzieć tylko władze sądowe i policyjne”⁹ – zwróciła się z retorycznymi pytaniami do czytelników: „teraz pytam, czy można do

6 *Z listów nadesłanych*, „Wolnomyśliciel Polski. Dwutygodnik” 1930, nr 21, rok 3, 15 października, s. 15.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 J. Macko, *Nierząd jako choroba społeczna*, Warszawa 1938, s. 223–228.

jakiegoś zagadnienia społecznego podchodzić bez miłości, bez serca, bez współczucia? Czy można zadania związane z upadkiem kobiety, traktować biurokratycznie, szblonowo, pro forma? Czy w obecnym stadium nauki o prostytucji czy można zneglizować (zlekceważyć) i odrzucić całą stronę naukową tego zagadnienia? Czy można walczyć z handlem kobietami bez powołania interesowanych, które może rzuciłyby wiele światła w te ponure mroki nędzy, zbrodni umysłowych, wrodzonych kobiecie instynktów i popędów? Aliści Nr 291 sędziwej Gazety Warszawskiej z 8 października 1930 r. wiele mi powiedział i wyjaśnił. Prezydium Kongresu mówi samo za siebie – dobrze odżywiona kanoniczka, dobrze odżywione hrabiny, dobrze odżywiony ksiądz, imieniem kardynała Hlonda, dobrze odżywiony biskup. I oto zapytałam się, co o życiu i o najnowszej literaturze przedmiotu wiedzieć może kanoniczka – hrabiny – ksiądz i biskup?¹⁰

Skupiając się w tym miejscu jedynie na zarzutach odnoszących się do braku kompetencji naukowych organizatorów Kongresu Warszawskiego oraz prelegentów biorących w nim udział autorka listu, zanim dokonała osądu, właściwie powinna odnieść się do czterech kwestii. Po pierwsze: kompetencji przedstawicieli polskich władz, ludzi świata nauki oraz rodzimych działaczy społecznych w dziedzinie przeciwdziałania przestępstwu handlu żywym towarem, po drugie stanu wiedzy w Polsce na temat problematyki dotyczącej szeroko pojętej prostytucji, po trzecie rodzimej literatury na temat samego handlu żywym towarem i patologicznych zjawisk będących jego przyczyną oraz skutków prostytucji, wreszcie po czwarte rzeczywistych sukcesów na polu walki z handlem żywym towarem, prostytucją i chorobami wenerycznymi. Dopiero łączna analiza materii dałaby właściwy obraz uprawniający do stawiania kategoriycznych osądów. Na charakter takiego osądu powinno mieć wreszcie wpływ uznanie, jakim polskie liczne działania w zakresie przeciwdziałania handlowi żywym towarem cieszyły się na arenie międzynarodowej. Przypomnijmy tylko wybrane: z publikacji polskich szczególnie doceniono przetłumaczone z inicjatywy Ligi Narodów na język angielski dzieło naukowe z 1928 roku zatytułowane „Prostytucja. Nierząd – handel „żywym towarem” – pornografia ze stanowiska historii, etyki, higieny i prawa”, autorstwa dra Józefa Macko¹¹, „traktujące zagadnienie powyższe z punktu

¹⁰ *Z listów nadesłanych...*, *op. cit.*, s. 15.

¹¹ Por. J. Macko, *Prostytucja. Nierząd – handel „żywym towarem” – pornografia ze stanowiska historii, etyki, higieny i prawa*, Warszawa 1927, *passim*.

widzenia historii, prawa, etyki, higieny i socjologii”¹², natomiast z działań organizacyjnych wysoko oceniono osiągnięcia na tym polu Policji kobiecej. Kolejnym polskim sukcesem było praktyczne wykorzystanie kinematografu¹³ do walki z handlem żywym towarem, co umożliwiło między innymi dotarcie z informacją na temat tego przestępstwa do szerokiego grona ludzi najuboższych nieumiejących czytać, ale jak się okazało świetnie rozumiejących przesłanie płynące z niemego obrazu¹⁴.

Odnosząc się już wyłącznie do literatury na temat zjawiska handlu żywym towarem należy stwierdzić, iż z uwagi na politykę państw zaborczych wszelka inicjatywa społeczna była zabroniona a w najlepszym wypadku cenzurowana. Niewątpliwie nie sprzyjało to rozwojowi wielu dziedzin nauki i życia. Inna była też sytuacja Polaków, a właściwie ich swobód. O ile w państwach Europy zachodniej dostrzegalna była wolność obywateli, a przede wszystkim wolność działania i wolność słowa, o tyle na Ziemiach Polskich pod zaborami mamy do czynienia wręcz z wynaturzonymi ograniczeniami, których stopień uzależniony był jedynie od poziomu niechęci władz zaborczych do Polski i Polaków. Taka sytuacja niewątpliwie miała wpływ na rozwój różnych dziedzin nauki. Co istotne, również zasadnicza uwaga Polaków skupiona była na kwestii walki narodowyzwoleniczej. Zdecydowanie odmienna sytuacja w państwach Europy Zachodniej, szczególnie dotycząca wolności słowa i działania, przyczyniła się do rozwoju wielu dziedzin nauki i powstania dzieł naukowych odnoszących się między innymi do negatywnych zjawisk życia społecznego, w tym problemu prostytucji i handlu żywym towarem. Tak więc kiedy Polska znajdowała

12 *Sprawozdanie z działalności Polskiego Komitetu Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi za czas od 1 I 1926 do 1 IV 1928*, Warszawa 1928, s. 7–8. W Sprawozdaniu czytamy również: „Książka „Prostytucja” wzbudziła zainteresowanie zarówno w kraju, jak i zagranicą. Władze polskie wydały okólnik do podległych im urzędów, polecając nabywanie tego dzieła. Ubiegają się o nie również instytucje społeczne, czytelnice biblioteki i osoby prywatne. Najpoważniejsze dzienniki podały bardzo pochlebne recenzje, tem cenniejsze, że napisane przez osoby fachowe, które całe swe życie poświęciły pracy dla dobra społeczeństwa. Książka „Prostytucja” tłmaczona jest na język angielski, poczem, na wniosek Komisji Doradczej przy Lidze Narodów, wydana będzie w Ameryce”. *Ibidem*, s. 8.

13 Zob. R. Antonów, *Polskie kino międzywojenne w walce z handlem żywym towarem, [w:] II Konstelacja Szczecin. Dita Parlo i kino buntowników. Anarchiści, rewolucjonści i pacyfiści w kinie i o kinie. Przykład francuski i niemiecki 1918–1945*, pod redakcją J.A. Kościelnej i R. Skryckiego, Szczecin 2012, s. 137–148.

14 Por. *Sprawozdanie z działalności...*, *op. cit.*, Warszawa 1928, s. 8.

się pod zaborami w krajach Europy Zachodniej, szczególnie w Niemczech, w Austrii, Szwajcarii czy we Francji powstawały zręby nauki badającej przyczyny i skutki prostytucji, w tym zjawisko handlu żywym towarem. Państwa te na początku XX wieku rozpoczęły też na płaszczyźnie politycznej, prawnej, medycznej i społecznej zdecydowaną walkę z przestępstwem handlu żywym towarem. Polska po odzyskaniu niepodległości z uwagi na liczne zapóźnienia, braki jak i pałace kwestie społeczne zmuszona była natomiast do podjęcia działań, co najmniej dwutorowo. Przede wszystkim czyn szedł w parze z rozwojem nauki, a niekiedy działania podejmowane przez państwo przynajmniej początkowo opierały się głównie na analizie dotychczasowych osiągnięć europejskiej nauki i kultury prawnej. Trzeba jednak podkreślić, że na Ziemiach Polskich w ostatnich latach XIX wieku, pomimo wielu przeciwności, ukazało się kilka publikacji na temat problemu prostytucji i handlu żywym towarem. W większości były to publikacje w formie prasowych doniesień czy artykułów, rzadziej monografii na temat prostytucji i handlu żywym towarem¹⁵. Były one inspirowane działalnością powiększającego się z każdym dniem grona zwolenników walki z tą formą niewolnictwa. Stanisław Posner w 1903 roku napisał, że „nie mówi się o tej sromocie i tylko reporterzy kolportują co czas pewien niektóre bardziej sensacyjne, bardziej pieprzne ustępy tej zbrodniczej odysei”¹⁶ tym samym demaskując coraz liczniejsze przypadki uprawiania tego procederu. Ówczesne publikacje na ten temat miały więc nie tylko zwrócić uwagę polskiego społeczeństwa na ten przestępczy proceder – rozwijający się na świecie w tym także na Ziemiach Polskich pod zaborami, a po 1918 roku również w Drugiej Rzeczypospolitej – ale także poprzez uświadomienie obywateli ustrzec potencjalne ofiary zorganizowanej przestępczości przed losem tysięcy ofiar handlarzy żywym towarem oraz wyrazić kategoryczny sprzeciw społeczeństwa polskiego wobec tego nieludzkiego przestępstwa, które na początku XX wieku ścigane było przez większość państw. Do grona Polaków zajmujących się demaskowaniem przestępstwa prostytucji i handlu żywym towarem na przełomie XIX i XX wieku należeli w szczególności: Stanisław Posner (1868–1930), prawnik, polski działacz socjalistyczny,

15 Zob. R. Antonów, *Problem handlu „żywym towarem” w literaturze polskiej przełomu XIX i XX wieku*, [w:] R. Antonów, *Drogi hańby. Piśmiennictwo polskie przełomu XIX i XX wieku o handlu „żywym towarem”*, Wrocław 2013, s. 11 i n.

16 S. Posner, *Nad otchłanią. W sprawie handlu żywym towarem*, część pierwsza, Warszawa 1903, s. 4.

publicysta, senator I i II kadencji w II Rzeczypospolitej¹⁷; Józef Radwan (1858–1936) prawnik, dziennikarz, wydawca i drukarz, przywódca Narodowej Demokracji w Kaliszu¹⁸; Stefan Glaser (1895–1984) prawnik, adwokat, światowej sławy specjalista w zakresie międzynarodowego prawa karnego, prof. Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Uniwersytetu Wileńskiego, Uniwersytetu w Liège, Katolickiego Uniwersytetu w Leuven, Uniwersytetu w Oksfordzie, Uniwersytetu w Edynburgu czy Uniwersytetu w Liverpoolu¹⁹; Witold Chodźko (1875–1954) profesor higieny, lekarz psychiatra i neurolog, społecznik, polityk, minister zdrowia publicznego i opieki społecznej, wiceprezes i prezes Polskiego Komitetu Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi (1923)²⁰; Augustyn Wróblewski (1866–1913?) polski chemik i biochemik, docent Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, anarchista²¹; Stanisław Podoleński (1887–1945) jezuita, pisarz etyczno-społeczny^{22,23}.

W dziedzinie walki z przestępstwem handlu żywym towarem, prostytucją i jej konsekwencjami szczególnie cenne okazały się jednak dokonania nauki niemieckiej i austriackiej, której początki sięgają połowy XIX wieku. Pierwsze dzieła ukazały się już w latach czterdziestych XIX wieku i dotyczyły kwestii wpływu prostytucji na małżeństwo, rozważań nad modelem prawnego uregulowania prostytucji, opisów prostytucji i jej urzędzenia, między innymi w Berlinie, Hamburgu czy Wiedniu, wreszcie skutków prostytucji – w tym przede wszystkim problemu chorób wenerycznych i handlu żywym towarem jako istotnych zjawisk towarzyszących prostytucji. Jako jedni z pierwszych problem prostytucji poruszyli

17 Por. L. Krzywicki, *Wspomnienia*, tom III, Warszawa 1959, *passim*.

18 Zob. K. Kubiak, *Józef Radwan (1858-1936). Dziennikarz – wydawca – drukarz*, <http://www.info.kalisz.pl/biograf/radwanj.htm> [dostęp: 12 października 2016].

19 Zob. M. Cieślak, *Stefan Glaser (1895–1984)*, „Państwo i Prawo” 1985, z. 4, s. 104.

20 P. Szarejko, *Słownik lekarzy polskich XIX wieku*, tom III, Warszawa 1995, s. 50.

21 Zob. A. Wróblewski, *Anarchista z rozpaczy. Wybór pism*, wyboru dokonał, wstępem i przypisami opatrzył R. Antonów, Kraków 2011, *passim*; R. Antonów, *Augustyn Wróblewski – życie, działalność i anarchistyczne poglądy*, [w:] *Studia z dziejów polskiego anarchizmu*, pod red. E. Krasuckiego, M. Przyborowskiego i R. Skryckiego, Szczecin 2011, s. 160–173; R. Antonów, *Pod czarnym sztandarem. Anarchizm w Polsce po 1980 roku*, Wrocław 2004, s. 91–98.

22 Zob. *Polski Słownik Biograficzny*, t. XXVII, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1983, przewodniczący rady naukowej Stefan Kieniewicz, s. 138 i n.

23 Zob. R. Antonów, *Drogi hańby. Piśmiennictwo polskie przełomu XIX i XX wieku o handlu „żywym towarem”*, Wrocław 2013, *passim*.

tacy autorzy jak: Wilhelm Johann Carl Eduard Stieber, J. Zeisig, Anton Johann Gross-Hoffinger, Heinrich Lippert, Jacob Friedrich Behrend. Wilhelm Johann Carl Eduard Stieber w 1846 roku wydał dzieło zatytułowane „Die Prostitution in Berlin und ihre Opfer. Nach-amtlichen Quellen und Erfahrungen”²⁴ (*Prostytucja w Berlinie i jej ofiary. Na podstawie źródeł urzędowych i doświadczeń*). J. Zeisig w 1847 roku opublikował „Memoiren einer Prostituirten oder die Prostitution in Hamburg”²⁵ (*Wspomnienia prostytutki lub prostytucja w Hamburgu*). Anton Johann Gross-Hoffinger w 1847 roku opublikował dzieło zatytułowane „Die Schicksale der Frauen und die Prostitution im Zusammenhange mit dem Prinzip der Unauflösbarkeit der katholischen Ehe und besonders der österreichischen Gesetzgebung und der Philosophie des Zeitalters”²⁶ (*Losy kobiet i prostytucji w związku z zasadą nierozwiązalności małżeństwa katolickiego a szczególnie z austriackim ustawodawstwem i filozofią epoki*). Heinrich Lippert w 1848 roku wydał dzieło o tytule „Die Prostitution in Hamburg in ihren eigenthümlichen Verhältnissen”²⁷ (*Prostytucja w Hamburgu w osobliwych warunkach*). W 1848 w Wiedniu ukazało się nie opatrzone nazwiskiem autora opracowanie „Ein Blick in die Höhlen der Armuth und des Lasters, oder: Was ist die Ursache der Prostitution so vieler junger Mädchen?”²⁸ (Rzut oka do jaskini biedy i nałogu, albo: Co powoduje, że tak wiele młodych dziewcząt prostutuuje się?). Wreszcie w 1850 roku Jacob Friedrich Behrend wydał dzieło „Die Prostitution in Berlin und die gegen sie und die Syphilis zu nehmenden Massregeln. Eine Denkschrift”²⁹ (*Prostytucja w Berlinie i środki zaradcze jakie należy podjąć w celu zwalczania prostytucji i syfilisu. Memoriał*).

24 W.J.C.E. Stieber, *Die Prostitution in Berlin und ihre Opfer. Nach-amtlichen Quellen und Erfahrungen*, Berlin 1846.

25 J. Zeisig, *Memoiren einer Prostituirten oder die Prostitution in Hamburg*, Hamburg–Altona 1847.

26 A.J. Gross-Hoffinger, *Die Schicksale der Frauen und die Prostitution im Zusammenhange mit dem Prinzip der Unauflösbarkeit der katholischen Ehe und besonders der österreichischen Gesetzgebung und der Philosophie des Zeitalters*, Leipzig 1847.

27 H. Lippert, *Die Prostitution in Hamburg in ihren eigenthümlichen Verhältnissen*, Hamburg 1848.

28 *Ein Blick in die Höhlen der Armuth und des Lasters, oder: Was ist die Ursache der Prostitution so vieler junger Mädchen?*, Wien 1848.

29 J.F. Behrend, *Die Prostitution in Berlin und die gegen sie und die Syphilis zu nehmenden Massregeln. Eine Denkschrift*, Erlangen 1850.

Badania nad problemami związanymi ze zjawiskiem prostytucji, poruszonymi w latach czterdziestych XIX wieku, rozwijane były w późniejszym okresie, co więcej literatura ta wzbogacana była o nowe fakty związane z istnieniem międzynarodowej przestępczości trudniącej się handlem żywym towarem, fakty dotyczące samej organizacji handlarzy żywym towarem oraz osiągnięcia państw na polu zwalczania tej formy przestępczej działalności. W tym celu rozwijano badania nad prawnymi aspektami prostytucji. Analizowano rozwój prostytucji między innymi w Anglii, we Francji czy obu Amerykach. Rozwój badań nad przyczynami i skutkami prostytucji ukierunkowany został również na badania nad metodami zlikwidowania prostytucji lub jej kontrolowania. W tym zakresie obserwujemy dyskurs naukowy nad czterema modelami likwidacji lub ograniczenia prostytucji, mianowicie: abolicjonizmem, reglamentacją, neoabolicjonizmem i neoreglamentacją. Kolejnym bardzo istotnym aspektem poruszonym w literaturze były osiągnięcia w dziedzinie medycyny w zakresie zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób wenerycznych. W zakresie tych badań na przełomie XIX i XX wieku możemy zaobserwować postęp w rozwoju metod zapobiegania i leczenia chorób wenerycznych. W ramach tej działalności prowadzono badania nad skutecznością nadzoru lekarskiego nad prostytucją. Kolejną kwestią, jaka została omówiona w ramach badań naukowych, była szeroko pojęta analiza historii prostytucji począwszy od czasów starożytnych. Rozpoczęto również badania nad rozwojem prostytucji w czasie wojny, co więcej nad jej wpływem i skutkami w odniesieniu do żołnierzy. Na przełomie XIX i XX wieku poruszono problem wolności seksualnej i prostytucji w świecie artystów. Również rozpoczęto analizę pism brukowych. W badaniach nad prostytucją skupiono się na pochodzeniu społecznym kobiet oddających się prostytucji, czy środowisku życia przyszłych prostytutek. Badania te miały na celu wykazanie wpływu pochodzenia społecznego kobiety na jej podatność na prostytucję. W tym zakresie badano również społeczne przyczyny prostytucji, takie jak ubóstwo, bezrobocie, stosunki rodzinne czy analfabetyzm. Analizie poddana została także osobowość prostytutki. Badano wykształcenie prostytutek, ich kulturę i relacje z mężczyznami. W odniesieniu do prostytutek, które posiadały dzieci badano relację pomiędzy matką prostytutką a jej dzieckiem, w szczególności kwestie odpowiedzialności prostytutek za swoje dzieci. Analizowano relacje prostytutek z mężczyznami należącymi do szeroko pojętego świata przestępczego oraz wpływ przestępczości na rozwój prostytucji. Prostytucję

poddano również badaniom statystycznym. W ramach polityki społecznej państw prowadzono badania nad higieną publiczną oraz społecznymi i politycznymi metodami zwalczania prostytucji. Sporo uwagi poświęcono urzędzeniu i lokalizacji domów publicznych, domów, które służyły za miejsce życia i pracy kobiet oddających się prostytucji. Na początku XX wieku prostytucję badano z uwagi na jej korupcyjny charakter polegający na świadczeniu bądź oferowaniu usług seksualnych osobom pełniącym funkcje publiczne w zamian za określone korzyści materialne i niematerialne. W kwestii pomocy kobietom upadłym rozwinięto zarówno badania, jak i działalność w zakresie organizowania przytułków dla upadłych kobiet, kobiet zarażonych chorobą weneryczną czy wreszcie kobiet chcących zerwać z prostytucją. W tym celu prowadzono badania nad właściwymi metodami pomocy takim kobietom w zakresie zdobycia wykształcenia, pracy i godnych warunków życia. Wreszcie przełom XIX i XX wieku to okres zdecydowanej walki państw z przestępstwem handlu żywym towarem, co niewątpliwie musiało znaleźć odzwierciedlenie w literaturze zachodnioeuropejskiej między innymi w postaci opracowań aktów prawnych. Przykładem w tym zakresie są prace takich autorów jak Josef Schrank, Anton Baumgarten, Ernest Finger. Josef Schrank w 1899 roku opublikował pracę „Die amtlichen Vorschriften, betreffend die Prostitution in Wien, in ihrer administrativen, sanitären und strafgerichtlichen Anwendung”³⁰ (Przepisy urzędowe, odnośnie prostytucji w Wiedniu, ich administracyjne, sanitarne i sądowe zastosowanie). Anton Baumgarten i Ernest Finger wydali w 1909 roku pracę pod tytułem: „Sammlung der für die Bekämpfung des Mädchenhandels in Betracht kommenden österreichischen Gesetze, Verordnungen und Erlässe. Referat über die Regelung der Prostitution”³¹ (Zbiór austriackich ustaw, zarządzeń i rozporządzeń odnośnie zwalczania handlu dziewczętami. Referat o regulacji prostytucji).

Do niemieckich i austriackich autorów, którzy na przełomie XIX i XX wieku rozwijali badania nad problemem prostytucji, należeli między innymi: Franz Seraph Huegel, Wilhelm Schlesinger, Herrman Dalton,

30 J. Schrank, *Die amtlichen Vorschriften, betreffend die Prostitution in Wien, in ihrer administrativen, sanitären und strafgerichtlichen Anwendung*. Wien 1899.

31 A. Baumgarten, E. Finger, *Sammlung der für die Bekämpfung des Mädchenhandels in Betracht kommenden österreichischen Gesetze, Verordnungen und Erlässe. Referat über die Regelung der Prostitution*, Wien 1909.

wspomniany już Josef Schrank, Max von Gruber, Eugen Dühren, Paul Kampffmeyer, Eduard Ritter von Liszt, Heinrich Grün, Curt Wolzen-dorff, Iwan Bloch, Joachim Andermann, Wolfgang Sorge, Rudolph Brettschneider. Franz Seraph Huegel opublikował w 1865 roku dzieło „Zur Geschichte, Statistik und Regelung der Prostitution”³² (O historii, statystyce i regulacji prostytucji). Wilhelm Schlesinger w roku 1869 wydał broszurę zatytułowaną „Die Prostitution in Wien und in Paris”³³ (*Prostytucja w Wiedniu i w Paryżu*). Herrman Dalton w 1884 opublikował dzieło o tytule „Der sociale Aussatz. Ein Wort über Prostitution und Magdalenenasyle”³⁴ (*Trąd społeczny. O prostytucji i o przytułku magdale-nek*). Josef Schrank w 1886 roku wydał dwutomowe dzieło: „Die Prostitution in Wien in histor. administrativer und hygienischer Beziehung. Die Geschichte der Prostitution in Wien, Bd. 1”³⁵, (*Prostytucja w Wiedniu w ujęciu historycznym, administracyjnym i higienicznym. Historia prostytucji w Wiedniu*, t. 1) oraz „Die Prostitution in Wien in histor. administrativer und hygienischer Beziehung. Die Administration und Hygiene der Prostitution in Wien, Bd. 2”³⁶ (*Prostytucja w Wiedniu w ujęciu historycznym, administracyjnym i higienicznym. Administracja i higiena prostytucji w Wiedniu*, t. 2). Max von Gruber w roku 1900 opublikował na Uniwersytecie Wiedeńskim wykłady i rozprawy zatytułowane „Die Prostitution vom Standpunkte der Sozialhygiene aus betrachtet”³⁷ (*Prostytucja rozpatrywana z punktu widzenia higieny społecznej*). Eugen Dühren w latach 1901–1903 wydał „Thl. 1: Die beiden Erscheinungsformen des Sexuallebens. Die Ehe und die Prostitution. Thl. 2 Der Einfluß äusserer Faktoren auf das Geschlechtsleben in England. Thl. 3: Fortsetzung und Schluß”³⁸ (*Życie seksualne w Anglii ze szczególnym uwzględnieniem Londynu*).

32 F.S. Huegel, *Zur Geschichte, Statistik und Regelung der Prostitution*, Wien 1865.

33 W. Schlesinger, *Die Prostitution in Wien und in Paris*, Wien 1868.

34 H. Dalton, *Der sociale Aussatz. Ein Wort über Prostitution und Magdalenenasyle*, Hamburg 1884.

35 J. Schrank, *Die Prostitution in Wien in histor. administrativer und hygienischer Beziehung*. „Die Geschichte der Prostitution in Wien”, Bd. 1, Wien 1886.

36 J. Schrank, *Die Prostitution in Wien in histor. administrativer und hygienischer Beziehung*. „Die Administration und Hygiene der Prostitution in Wien”, Bd. 2, Wien 1886.

37 M. von Gruber, *Die Prostitution vom Standpunkte der Sozialhygiene aus betrachtet*, Wien 1900.

38 E. Dühren, Thl. 1: *Die beiden Erscheinungsformen des Sexuallebens. Die Ehe und die Prostitution*. Thl. 2: *Der Einfluß äusserer Faktoren auf das Geschlechtsleben in England*. Thl. 3: *Fortsetzung und Schluß*, Berlin 1901–1903.

Dwie formy życia seksualnego: małżeństwo i prostytucja (część pierwsza). Wpływ zewnętrznych czynników na życie seksualne w Anglii (część druga). Kontynuacja i podsumowanie (część trzecia). Paul Kampffmeyer w 1905 roku opublikował dzieło „Die Prostitution als soziale Klassenerscheinung und ihre sozial-politische Bekämpfung”³⁹ (*Prostytucja jako społeczne zjawisko klasowe i jej społeczno-polityczne zwalczanie*). Eduard Ritter von Liszt w 1907 roku wydał pracę „Weibliche Erwerbsfähigkeit und Prostitution”⁴⁰ (*Zdolność do pracy zarobkowej kobiet a prostytucja*). Heinrich Grün w tym samym roku wydał „Prostitution in Theorie und Wirklichkeit”⁴¹ (*Prostytucja w teorii i w rzeczywistości*). Curt Wolzendorff w 1911 roku opublikował dzieło „Polizei und Prostitution. Eine Studie zur Lehre von der öffentlichen Verwaltung und ihrem Recht”⁴² (*Policja i prostytucja. Rozprawa naukowa na temat teorii administracji publicznej i prawa*). Iwan Bloch w następnym roku opublikował „Die Prostitution. Mit einem Namen-, Länder-, Orts- und Sachregister”⁴³ (*Prostytucja. Wraz z wykazem nazwisk, krajów, miejscowości i skorowidzem*). Joachim Andermann w 1917 roku wydał pracę „Prostitution oder Geschlechtsfreiheit? Ein Beitrag zur Sexual-Politik”⁴⁴ (*Prostytucja czy wolność seksualna. Przyczynek do polityki seksualnej*). Wolfgang Sorge dwa lata później opublikował pracę „Geschichte der Prostitution”⁴⁵ (*Historia prostytucji*). Rudolph Brettschneider w 1929 roku wydał „Das feile Weib. Triebleben und Umwelt der Dirne. Liebesindustrie und Liebeskünste bei allen Völkern und zu allen Zeiten von Rudolf Brettschneider”⁴⁶ (*Sprzedajna kobieta. Życie i otoczenie prostytutki. Przemysł miłosny i sztuka miłosna we wszystkich narodach i epokach*).

39 P. Kampffmeyer, *Die Prostitution als soziale Klassenerscheinung und ihre sozial-politische Bekämpfung*, Berlin 1905.

40 E.R. von Liszt, *Weibliche Erwerbsfähigkeit und Prostitution*, Graz 1907.

41 H. Grün, *Prostitution in Theorie und Wirklichkeit*, Wien 1907.

42 C. Wolzendorff, *Polizei und Prostitution. Eine Studie zur Lehre von der öffentlichen Verwaltung und ihrem Recht*, Tübingen 1911.

43 I. Bloch, *Die Prostitution. Mit einem Namen-, Länder-, Orts- und Sachregister*, Berlin 1912.

44 J. Andermann, *Prostitution oder Geschlechtsfreiheit? Ein Beitrag zur Sexual-Politik*, Friedewald–Dresden 1917.

45 W. Sorge, *Geschichte der Prostitution*, Berlin 1919.

46 R. Brettschneider, *Das feile Weib. Triebleben und Umwelt der Dirne. Liebesindustrie und Liebeskünste bei allen Völkern und zu allen Zeiten von Rudolf Brettschneider*, Wien–Leipzig 1929.

Wreszcie z uwagi na wagę problemu w literaturze przedmiotu osobne miejsce poświęcone zostało problematyce handlu żywym towarem. Trzeba w tym miejscu jednak zastrzec, iż problematyka handlu żywym towarem poruszona została również w innych dziełach, także wyżej wymienionych, ale osadzona została w szerszym kontekście związanym z problemem prostytucji. Pomimo tego na przełomie XIX i XX wieku ukazało się kilka dzieł wyłącznie poświęconych problemowi handlu żywym towarem. Do autorów, którzy swoje rozprawy poświęcili tej problematyce należeli między innymi: już dwukrotnie przywołany Josef Schrank, M. Baer, Christoph Reisser, Albert Hachfeld, Johann L. Bondi. Josef Schrank, do którego dzieł odwoływał się polski anarchista Augustyn Wróblewski⁴⁷, w 1904 roku opublikował dzieło „Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung”⁴⁸ (*Handel dziewczętami i jego zwalczanie*). M. Baer w 1908 roku wydał „Der internationale Mädchenhandel”⁴⁹ (*Międzynarodowy handel dziewczętami*). Christoph Reisser w 1909 roku opublikował „Internationale Konferenz (Conferenz) zur Bekämpfung des Mädchenhandels 5.-7. Oktober 1909 zu Wien. Entwurf einer Tagesordnung”⁵⁰ (*Międzynarodowa konferencja na temat zwalczania handlu dziewczętami od 5 do 7 października 1909 w Wiedniu. Szkic porządku obrad*). Albert Hachfeld w 1913 roku wydał „Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung im Völkerrecht”⁵¹ (*Handel dziewczętami i jego zwalczanie w prawie międzynarodowym*), Potsdam, Leipzig 1913 natomiast Johann L. Bondi w 1909 roku opublikował „Bericht der Oesterreichischen Liga zur Bekämpfung des Mädchenhandels”⁵² (*Raport ligi austriackiej na temat zwalczania handlu dziewczętami*).

Wszystkie wymienione dzieła stanowiły podwalinę rozwijanej do dnia dzisiejszego zachodnioeuropejskiej nauki badającej przyczyny i skutki

47 Zob. A. Wróblewski, *Anarchista z rozpaczy...*, op, cit., passim; R. Antonów, *Augustyn Wróblewski...*, op, cit., Szczecin 2011, s. 160–173; R. Antonów, *Pod czarnym sztandarem. Anarchizm w Polsce po 1980 roku*, Wrocław 2004, s. 91–98.

48 J. Schrank, *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung*, Wien 1904.

49 M. Baer, *Der internationale Mädchenhandel*, Berlin 1908.

50 Ch. Reisser, *Internationale Konferenz (Conferenz) zur Bekämpfung des Mädchenhandels 5.-7. Oktober 1909 zu Wien. Entwurf einer Tagesordnung*, Wien 1909.

51 A. Hachfeld, *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung im Völkerrecht*, Potsdam, Leipzig 1913.

52 J.L. Bondi, *Bericht der Oesterreichischen Liga zur Bekämpfung des Mädchenhandels*, Wien 1909.

prostytcji w tym również wciąż istniejącego i niebezpiecznego (wymienianego obok terroryzmu i handlu narkotykami jako istotne zagrożenie bezpieczeństwa narodowego i międzynarodowego) przestępstwa handlu żywym towarem.

Podsumowując należy zauważyć, że w krajach Europy zachodniej w wieku XIX rozwijały się badania naukowe na temat problemu prostytucji i przestępstwa handlu żywym towarem, przestępstwa określanego dziś jako przestępstwo handlu ludźmi. Choć problem został w nauce zachodnioeuropejskiej, szczególnie niemieckiej i austriackiej, gruntownie rozpoznany już w XIX wieku, to wciąż w wieku XX i XXI stanowi poważne zagrożenie bezpieczeństwa człowieka i państwa. Pomimo wprowadzonych uregulowań prawnych nie udało się wyeliminować tego przestępstwa z katalogu przestępstw przeciwko człowiekowi.

Bibliografia

- Andermann J., *Prostitution oder Geschlechtsfreiheit? Ein Beitrag zur Sexual-Politic*, Friedewald–Dresden 1917.
- Antonów R., *Augustyn Wróblewski – życie, działalność i anarchistyczne poglądy*, [w:] *Studia z dziejów polskiego anarchizmu*, pod red. E. Kraśuckiego, M. Przyborowskiego i R. Skryckiego, Szczecin 2011.
- Antonów R., *Drogi hańby. Piśmiennictwo polskie przelomu XIX i XX wieku o handlu „żywym towarem”*, Wrocław 2013.
- Antonów R., *Pod czarnym sztandarem. Anarchizm w Polsce po 1980 roku*, Wrocław 2004.
- Antonów R., *Polskie kino międzywojenne w walce z handlem żywym towarem*, [w:] *II Konstelacja Szczecin. Dita Parlo i kino buntowników. Anarchiści, rewolucjoniści i pacyfiści w kinie i o kinie. Przykład francuski i niemiecki 1918–1945*, pod redakcją J.A. Kościelnej i R. Skryckiego, Szczecin 2012.
- Antonów R., *Problem handlu „żywym towarem” w literaturze polskiej przelomu XIX i XX wieku*, [w:] R. Antonów, *Drogi hańby. Piśmiennictwo polskie przelomu XIX i XX wieku o handlu „żywym towarem”*, Wrocław 2013.
- Baer M., *Der internationale Mädchenhandel*, Berlin 1908.
- Baumgarten A., Finger E., *Sammlung der für die Bekämpfung des Mädchenhandels in Betracht kommenden österreichischen Gesetze, Verordnungen und Erlässe. Referat über die Regelung der Prostitution*, Wien 1909.

- Behrend J.F., *Die Prostitution in Berlin und die gegen sie und die Syphilis zu nehmenden Massregeln. Eine Denkschrift*, Erlangen 1850.
- Bloch I., *Die Prostitution. Mit einem Namen-, Länder-, Orts- und Sachregister*, Berlin 1912.
- Bondi J.L., *Bericht der Oesterreichischen Liga zur Bekämpfung des Mädchenhandels*, Wien 1909.
- Brettschneider R., *Das feile Weib. Triebleben und Umwelt der Dirne. Liebesindustrie und Liebeskünste bei allen Völkern und zu allen Zeiten von Rudolf Brettschneider*, Wien–Leipzig 1929.
- Butler J.E., *Von Frauennot und Frauenhilfe. Josephine Butler's Leben*, München 1928.
- Cieślak M., Stefan Glaser (1895–1984), „Państwo i Prawo” 1985, z. 4.
- Dalton H., *Der sociale Aussatz. Ein Wort über Prostitution und Magdalenenasyle*, Hamburg 1884.
- Dostowne Sprawozdanie z obrad 8 Międzynarodowego Kongresu dla zwalczania Handlu Kobietami i Dziećmi, który odbył się w Warszawie między 7–10 października 1930*, Londyn 1930.
- Dühren E., Thl. 1: *Die beiden Erscheinungsformen des Sexuallebens. Die Ehe und die Prostitution*. Thl. 2: *Der Einfluß äusserer Faktoren auf das Geschlechtsleben in England*. Thl. 3: *Fortsetzung und Schluß*, Berlin 1901–1903.
- Ein Blick in die Höhlen der Armuth und des Lasters, oder: Was ist die Ursache der Prostitution so vieler junger Mädchen?*, Wien 1848.
- Gołdyn P., *Prewencyjno-edukacyjna działalność Polskiego Komitetu Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi (1923–1939)*, „Poznańskie Zeszyty Humanistyczne” 2006, pod redakcją Adama Czabańskiego, nr VII, s. 72.
- Gross-Hoffinger A.J., *Die Schicksale der Frauen und die Prostitution im Zusammenhange mit dem Prinzip der Unauflösbarkeit der katholischen Ehe und besonders der österreichischen Gesetzgebung und der Philosophie des Zeitalters*, Leipzig 1847.
- Gruber M. von, *Die Prostitution vom Standpunkte der Sozialhygiene aus betrachtet*, Wien 1900.
- Grün H., *Prostitution in Theorie und Wirklichkeit*, Wien 1907.
- Hachfeld A., *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung im Völkerrecht*, Potsdam, Leipzig 1913.
- Huegel F.S., *Zur Geschichte, Statistik und Regelung der Prostitution*, Wien 1865.

- Johann W., Stieber C.E., *Die Prostitution in Berlin und ihre Opfer. Nachamtlichen Quellen und Erfahrungen*, Berlin 1846.
- Kampffmeyer P., *Die Prostitution als soziale Klassenerscheinung und ihre sozial-politische Bekämpfung*, Berlin 1905.
- Krzywicki L., *Wspomnienia*, tom III, Warszawa 1959.
- Kubiak K., *Józef Radwan (1858-1936). Dziennikarz – wydawca – drukarz*, <http://www.info.kalisz.pl/biograf/radwanj.htm> [dostęp: 12 października 2016].
- Lippert H., *Die Prostitution in Hamburg in ihren eigenthümlichen Verhältnissen*, Hamburg 1848.
- Macko J., *Nierząd jako choroba społeczna*, Warszawa 1938.
- Macko J., *Prostytucja. Nierząd-handel „żywym towarem” – pornografia ze stanowiska historii, etyki higieny i prawa*, Warszawa 1927.
- Polski Słownik Biograficzny*, t. XXVII, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1983, rada naukowa przewodniczący Stefan Kieniewicz.
- Posner S., *Nad otchłanią. W sprawie handlu żywym towarem*, część pierwsza, Warszawa 1903.
- Reisser Ch., *Internationale Konferenz (Conferenz) zur Bekämpfung des Mädchenhandels 5.-7. Oktober 1909 zu Wien. Entwurf einer Tagesordnung*, Wien 1909.
- Ritter von Liszt E., *Weibliche Erwerbsfähigkeit und Prostitution*, Graz 1907.
- Schlesinger W., *Die Prostitution in Wien und in Paris*, Wien 1868.
- Schrank J., *Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung*, Wien 1904.
- Schrank J., *Die amtlichen Vorschriften, betreffend die Prostitution in Wien, in ihrer administrativen, sanitären und strafgerichtlichen Anwendung*, Wien 1899.
- Schrank J., *Die Prostitution in Wien in histor. administrativer und hygienischer Beziehung*. „Die Geschichte der Prostitution in Wien”, Bd. 1, Wien 1886.
- Schrank J., *Die Prostitution in Wien in histor. administrativer und hygienischer Beziehung*. „Die Administration und Hygiene der Prostitution in Wien”, Bd. 2, Wien 1886.
- Siemieńska H., *Stan walki z nierządem*, Warszawa 1933.
- Sorge W., *Geschichte der Prostitution*, Berlin 1919.
- Sprawozdanie z działalności Polskiego Komitetu Walki z Handlem Kobietami i Dziećmi za czas od 1 I 1926 do 1 IV 1928*, Warszawa 1928.
- Szarejko P., *Słownik lekarzy polskich XIX wieku*, tom III, Warszawa 1995.

- Szydłowska I., *Międzynarodowy Kongres Zwalczenia Handlu Kobietami*, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” 1930, rok XII, nr 22, 15 listopada.
- Wolzenhoff C., *Polizei und Prostitution. Eine Studie zur Lehre von der öffentlichen Verwaltung und ihrem Recht*, Tübingen 1911.
- Wróblewski A., *Anarchista z rozpaczy. Wybór pism*, wyboru dokonał, wstępem i przypisami opatrzył R. Antonów, Kraków 2011.
- Z listów nadesłanych*, „Wolnomyśliciel Polski. Dwutygodnik” 1930, nr 21, rok 3, 15 października.
- Zeisig J., *Memoiren einer Prostituirten oder die Prostitution in Hamburg*, Hamburg–Altona 1847.

Mateusz Bużowicz
(Uniwersytet Wrocławski)

EWOLUCJA PRAWA WŁASNOŚCI W POLSCE LUDOWEJ W LATACH 1944–1956

ABSTRACT

THE EVOLUTION OF PROPERTY RIGHTS IN THE POLISH PEOPLE'S REPUBLIC DURING THE YEARS 1944–1956

The article presents the process of the evolution of property rights in the Polish People's Republic during the years 1944–1956. It commences by laying out various stages of property rights evolution during the initial period of the Polish People's Republic and, subsequently, recounts the attitude of contemporary authorities towards property rights – starting in 1944, when the communist government began the process of consolidating the communist system and property rights were perceived in abstract terms. In the following part of the article, the relationship between the constitution of the Polish People's Republic and property rights is analyzed, and the author argues that, in fact, the constitution marks the first time property rights were divided into three categories, namely: public, individual, and personal. The article concludes by emphasizing the breakthrough role of year 1956 in shaping the attitude of the communist authorities toward property rights.

KEYWORDS: ownership, Polish People's Republic, PKWN's decree
SŁOWA KLUCZOWE: prawo własności, Polska Ludowa, dekret PKWN

Po zakończeniu II wojny, stosunki własnościowe w Polsce uległy zmianie, zarówno na skutek konfiskaty mienia przez niemieckiego okupanta, zniszczeń wojennych jak również przesiedleń obywateli polskich z Kresów Wschodnich na *Ziemie Odzyskane*. Zanim jeszcze działania wojenne na terenie Polski się zakończyły, polscy komuniści – przy wydatnej

pomocy ZSRR – stopniowo przejmowali i umacniali swoją pozycję na ziemiach polskich. Kierownictwo partii komunistycznej dostosowywało swoje własne działania do bieżących potrzeb politycznych i gospodarczych. W pierwszym możliwym momencie zainicjowało przekształcenia własnościowe (wrzesień 1944-reforma rolna), by potem prowadzić je selektywnie, ale zawsze skutecznie (styczeń 1946-nacjonalizacji przemysłu). Powoływało różne tytuły prawne, w razie potrzeby nie respektując formalnych ograniczeń¹. W konsekwencji, o sytuacji własności rozstrzygały nie tylko przepisy, lecz również arbitralna ingerencja organów państwa w funkcjonowaniu niektórych obszarów społeczno-gospodarczych. Tego typu działania zdecydowanie silniej zdefiniowały byt prawa własności, zarówno prywatnej jak i państwowej².

Mając powyższe na uwadze, podjąłem się w sposób klarowny, przedstawić proces kształtowania się koncepcji prawa własności w początkach demokracji ludowej w Polsce, aż do końca okresu stalinowskiego w PRL, tj. do roku 1956 r.³ Wybór tego okresu w historii nowożytnej Polski wydaje się nader interesujący i warty zbadania, by móc odpowiedzieć na pytanie jakie cele i idee przyświecały polskim komunistom i cywilistom, którzy wpływali na prawo cywilne w powojennej Polsce, w tym na instytucję prawa własności⁴.

1 Szerzej A. Machnikowska, *Prawo własności w Polsce w latach 1944–1981*, Gdańsk 2001, s. 69–70.

2 *Ibidem*, s. 285.

3 W kręgu historyków dominuje spór, jak należy datować okresu stalinizmu w Polsce. Ja skłaniam się do poglądu wyrażonego przez Jerzego Eislera, który stwierdził: „[...] określenie „stalinizm” w przypadku Polski może i powinno być łączone z latami 1944–1956 r. Wyodrębnianie z tego okresu lat 1948–1955 ma zwykle podtekst polityczny i niejednokrotnie służy utrwalaniu mitu niemal demokratycznych początków „władzy ludowej” z lat 1944–1947. Wtedy – słyszymy – funkcjonował system wielopartyjny, dość szeroki zakres swobody wypowiedzi, istniała jeszcze gospodarka trójsektorowa (sektory: państwowy, spółdzielczy i prywatny), nie podejmowano kolektywizacji rolnictwa i nie atakowano otwarcie Kościoła katolickiego” (za: J. Eisler, *Siedmiu uspaniałych. Poczet pierwszych sekretarzy PZPR*, Warszawa 2014, s. 76).

4 W ujęciu Konstytucji [mowa tu o obowiązującej wówczas Konstytucji PRL z 22 lipca 1952 r. – przyp. M.B.] własność obejmuje wszelkie prawa majątkowe, bez względu na ich podmiot, przedmiot i zakres ochrony; nie tylko prawa cywilne, ale także prawa innej natury. Własność w tym znaczeniu jest więc synonimem mienia. Dlatego Konstytucja używa tych dwu terminów w tym samym znaczeniu. Natomiast własność w znaczeniu prawa cywilnego oznacza tylko jedno prawo podmiotowe. Z tego względu kodeks cywilny przyjmuje różną terminologię

Przypomnieć należy na wstępie iż na samą treść pojmowania prawa własności na ziemiach polskich wpłynęły dziewiętnastowieczne kodyfikacje prawa cywilnego, takie jak kodeks Napoleona z 1804 oraz kodeks cywilny austriacki z 1811 roku. Według art. 544 kodeksu Napoleona „własność” jest to prawo korzystania z rzeczy i rozporządzania nimi w sposób najbezwzględniejszy, byle nie czyniono z nich użytku przez ustawy lub urządzenia zabronionego”. A więc istota własności polega na uprawnieniach, które jedynie mogą być ograniczone oraz na pewnej pozytywnej treści. Takie samo stanowisko zajmuje kod. cyw. austr., który w § 354 stanowi:

Własność, pojęta jako prawo, jest uprawnieniem do rozporządzania substancją i pożytkami rzeczy według upodobania i do wyłączenia od tego każdego innego⁵.

W § 362 stwierdza jeszcze dobitniej ową dowolność właściciela:

na mocy prawa swobodnego rozporządzenia swoją własnością, może właściciel zupełny w zasadzie używać swej rzeczy według upodobania, lub jej nie używać, może ją zniszczyć, przenieść ją w całości lub częściowo na drugich lub zrzec się jej bezwarunkowo, to jest porzucić⁶.

Utworzenie Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego (PKWN) i ogłoszenie 22 lipca 1944 roku jego manifestu było początkiem rządów komunistycznych w Polsce⁷. Sam manifest, będący odezwą do walczących

dla oznaczenia obydwu wymienionych pojęć. Termin „własność” zachowuje tylko dla podstawowej formy korzystania z rzeczy, natomiast dla oznaczenia własności w znaczeniu Konstytucji używa tylko terminu „mienie”, określając to pojęcie jako „własność i inne prawa majątkowe” (art. 44 [Konstytucji PRL – **przyp. M.B.**]). Powyższemu podziałowi odpowiadałoby używanie terminu „własność” w znaczeniu własności konstytucyjnej, natomiast terminu „prawa własności” w znaczeniu prawa cywilnego. Jednakże posługiwaniu się taką terminologią stoi na przeszkodzie zadawniona tradycja, która własność i prawo własności traktuje jako terminy o tym samym znaczeniu (za: J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1979, s. 40).

5 S. Grzybowski, *Własność w projekcie prawa rzeczowego*, „Państwo i Prawo” 1946, nr 4, s. 19–20.

6 *Ibidem*

7 A. Friszke, *Polska. Losy Państwa i Narodu 1939–1989*, wyd. I, Warszawa 2003, s. 106.

z wojskami hitlerowskimi Polaków, miał na celu umocnić w Polakach poczucie więzi z nową partią, która budowała swoje struktury na terenie okupowanej Polski (od 5 stycznia 1942 r. na terenie polski działała, wspierana przez Stalina, Polska Partia Robotnicza, po połączeniu z PPS w grudniu 1948 r., przekształcona w PZPR), która po wojnie miała przejąć władzę w Polsce. W swej treści manifest poruszał również sprawy własności:

Własność, zrabowana przez Niemców poszczególnym obywatelom, chłopom, kupcom, rzemieślnikom, drobnym i średnim przemysłowcom, instytucjom i kościołowi, będzie zwrócona prawowitym właścicielom. Majątki niemieckie zostaną skonfiskowane. [...] Majątek narodowy, skoncentrowany dziś w rękach państwa niemieckiego oraz poszczególnych kapitalistów niemieckich, a więc wielkie przedsiębiorstwa przemysłowe⁸, handlowe, bankowe, transportowe oraz lasy, przejdą pod Tymczasowy Zarząd Państwowej⁹. W miarę regulowania stosunków gospodarczych nastąpi przywrócenie własności¹⁰.

Rozpoczęty w pierwszej połowie lat czterdziestych proces petryfikacji systemu komunistycznego w Polsce charakteryzował się m.in. wzorowaną

-
- 8 Sformułowanie w Manifestie PKWN postulatów w sprawie przemysłu w odrodzonej Polsce stanowiło wyraz określonych posunięć taktycznych, zmierzających do opracowania szeregu przystępnych, bardziej odpowiadających istniejącemu układowi sił i metod przejścia fabryk na rzecz ludowego państwa. Nie oznaczało ono jednak rezygnacji z objęcia przez powstającą władzę ludową po wyzwoleniu kraju kluczowych gałęzi przemysłu, które umożliwiały sprawowanie kontroli ekonomicznej nad innymi dziedzinami życia gospodarczego kraju (drobny przemysł, handel, rolnictwo) (za: J. Kaliński, Z. Landau, *Gospodarka Polski Ludowej 1944–1955*, Warszawa 1986 r., s. 65).
 - 9 Do wielu przedsiębiorstw zaczęli jednak powracać prawowici właściciele. Już w drugiej połowie 1945 r. nasiliły się tendencje reprivatyzacyjne. Było to zgodne z postanowieniami Manifestu PKWN, który zapowiedział iż w miarę regulowania stosunków gospodarczych nastąpi przywrócenie własności prywatnej. Zjawisko to niepokoiło jednak przywódców PPR, którzy w programie z 1943 r. [**Deklaracja Programową PPR: „O co walczymy?” – przyp. M.B.**], opowiedzieli się za nacjonalizacją przemysłu, a jedynie ze względów taktyczno-politycznych wycofali się później z tego postulatu. Umocniwszy swą władzę i świadomi poparcia większości załóg robotniczych (obawiających się wyzysku kapitalistycznego), wyszli z inicjatywą wydania ustawy o upaństwowieniu przemysłu (za: J. Skodlarski, *Zarys polityki gospodarczej Polski*, Warszawa 2005, s. 367).
 - 10 Manifest Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego (Dz.U. z 1944 r., Nr 1, załącznik).

na modelu radzieckim, centralnie sterowaną gospodarkę nakazowo-rozdzielczą, która wyparła z polskiej gospodarki rynek i konkurencję. Od teraz gospodarka zależała od decyzji politycznej i z góry ustalonych planów gospodarczych, zatwierdzanych przez władzę komunistyczną. Podstawą gospodarki planowanej była własność społeczna, z tym że w jej granicach priorytetową pozycję miała własność państwowa; priorytetową przede wszystkim w tym znaczeniu, że dalszy rozwój miał docelowo prowadzić do upaństwowienia wszelkiego mienia produkcyjnego¹¹. Dlatego też polskim komunistom bliska była idea nacjonalizacji własności prywatnej, co przekładało się na obowiązujące w początkach Polski Ludowej akty prawne. Należały do nich w szczególności dekrety PKWN: z 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej („Art. 1 (1) Reforma rolna w Polsce jest koniecznością państwową i gospodarczą i będzie zrealizowana przy udziale czynnika społecznego zgodnie z zasadami Manifestu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego”¹²), dekret z 12 grudnia 1944 r. o przejęciu niektórych lasów na własność Skarbu Państwa („Art. 1 (1) Lasy i grunty leśne o obszarze ponad 25 ha, stanowiące własność lub współwłasność osób fizycznych i prawnych przechodzą na własność Skarbu Państwa”¹³) oraz ustawa z 3 stycznia 1946 r. o przejęciu na własność Państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej („Art. 1. Dla planowanego odbudowania gospodarki narodowej, zapewnienia Państwu suwerenności gospodarczej i podniesienia dobrobytu przejmuje Państwo na własność przedsiębiorstwa na zasadach niniejszej ustawy”¹⁴). Jeżeli zaś chodzi o zmiany zachodzące w stosunkach własnościowych, należałoby tu wspomnieć o 5 aktach prawnych, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 1947 r. Były to następujące dekrety: z 11 października 1946 r. – prawo rzeczowe (Dz.U. Nr 57, poz. 319) i prawo o księgach wieczystych (Dz.U. Nr 57, poz. 320), z 12 listopada 1946 r. – przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 67, poz. 369), a także wcześniejsze – z 8 listopada 1946 r. – prawo spadkowe (Dz.U. Nr 60, poz. 328) i dekret z 8 listopada 1946 r. o postępowaniu niespornym z zakresu prawa rzeczowego (Dz.U. Nr 63, poz. 345).

11 A. Wolter, J. Igantowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 30.

12 Dz.U. Nr 4, poz. 17.

13 Dz.U. Nr 15, poz. 82.

14 Dz.U. Nr 3, poz. 17.

Najistotniejszą jednak zmianę odnośnie prawa własności wprowadził dekret z 11 października 1946 r. prawo rzeczowe¹⁵, (chodziło tu zwłaszcza o art. 28¹⁶ który stanowił iż: „Właściciel może w granicach przez ustawy określonych korzystać z rzeczy z wyłączeniem innych osób oraz rozporządzać rzeczą”¹⁷). Przytoczony przepis nie zawierał elementów, które by mogły służyć za punkt wyjścia do różnicowania prawa własności zgodnie z potrzebami tworzącego się ustroju socjalistycznego¹⁸. Pojęcie własności ukształtowane zostało w dekreście abstrakcyjnie i jednolicie, tzn. bez jakiegokolwiek rozróżniania rodzajów własności, np. ze względu na właściciela albo przeznaczenie rzeczy. **Nie było więc jeszcze rozróżnienia między własnością społeczną a indywidualną, między własnością środków produkcji a własnością przedmiotów osobistego spożycia**¹⁹. Dla ówczesnych teoretyków powojennego prawa cywilnego, jednym z podstawowych zadań norm cywilnoprawnych było zapewnienie maksimum ochrony **własności społecznej**, jak również zastosowanie środków, potrzebnych do jej dalszego umacniania. Dotyczyło to przede

15 Centralną instytucję tego prawa, to jest prawo własności reguluje ono formalnie jednolicie bez wyodrębnienia poszczególnych typów i form własności. Własność społeczna, będąca podstawą ekonomiczną ustroju socjalistycznego, nie została wskutek tego w przepisach prawa rzeczowego należycie unormowana i jest formalnie traktowana na równi z własnością indywidualną; [...] Dalszą konsekwencją formalnie jednolitego ujęcia prawa własności jest brak w prawie rzeczowym uwzględnienia problematyki własności osobistej, jak też narastających na gruncie rolniczej spółdzielczości produkcyjnej nowych stosunków własnościowych (za: S. Buczkowski, S. Szer, A. Wolter, *Prawo cywilne*, [w:] *Dziesięciolecie prawa Polski Ludowej 1944–1955: zbiór studiów*, pod red. L. Kurowskiego, Warszawa 1955, s. 183).

16 Art. 28 stał się przedmiotem ostrej krytyki, zwłaszcza po ogłoszeniu Konstytucji, za „jednostronność i abstrakcyjność ujęcia treści własności charakterystycznej dla systemów prawnych wyrosłych na gruncie stosunków społeczno-ekonomicznych, w których dominującą formą produkcji jest produkcja towarowa”. Są to słowa jednego z redaktorów tekstu dekretu, Jana Wasilkowskiego i są zapowiedzią zmian w tej części prawa rzeczowego przy okazji kodyfikacji prawa cywilnego, tym bardziej, że Wasilkowski objął już wówczas stanowisko przewodniczącego całej komisji kodyfikacyjnej (za: W. Rozwadowski, *Definicja prawa własności w rozwoju dziejowym*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1984, t. XXXVI, z. 2, s. 24).

17 Dz.U. Nr 57, poz. 319.

18 J. Wasilkowski, *Pojęcie własności we współczesnym prawie polskim*, Książka i Wiedza 1972, s. 27.

19 A. Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa 2005, s. 187.

wszystkim mienia ogólnonarodowego, którego jedynym podmiotem własności jest państwo²⁰.

Na plenum KC PPR w kwietniu 1947 r. zapadły decyzje o zwiększeniu roli państwa w gospodarce, podporządkowaniu mu spółdzielczości oraz ograniczeniu sektora prywatnego w miastach. Był to następny krok na drodze realizacji komunistycznego programu gospodarczego PPR. Partia odrzuciła koncepcję systemu trój sektorowego²¹ i uznała własność państwową za podstawę tworzonego w Polsce ustroju²². Forsując tezę o wywodzeniu źródeł prawa własności z woli państwa stwierdzono, że państwo powinno stać się bezpośrednim właścicielem większości mienia, zachowując wobec pozostałych właścicieli możliwości definiowania zakresu ich praw i obowiązków oraz kontroli interwencyjnej. Stanowisko to nawiązywało wprost do założeń radzieckiej nauki prawa²³.

Do momentu wejścia w życie Konstytucji [z 22 lipca 1952 r. – przyp. M.B.] polskie prawo cywilne operowało abstrakcyjnym, jednolitym pojęciem własności, klasycznie wspartym na liberalnej myśli prawniczej tworzącej niegdyś XIX-wieczne wielkie kodyfikacje cywilne²⁴. Działo

20 Por. S. Buczkowski, S. Szer, A. Wolter, *op. cit.*, s. 185.

21 System trój sektorowego modelu gospodarki oznaczał iż gospodarka w systemie centralnie planowanym dzieli się na trzy sektory: państwowy, prywatny, spółdzielczy. Na kwietniowym plenum KC PPR w 1947, minister handlu i przemysłu, Hilary Minc zdecydowanie wypowiedział się przeciwko traktowaniu spółdzielczości jako trzeciego sektora gospodarczego. Odnośnie sektora prywatnego formułował tezę iż sektor ten przechwytyuje wartość dodatkową, czyli zysk wypracowany przez sektor państwowy. Miało to uzasadnić dążność do likwidacji sektora prywatnego i poddania jego pozostałości ścisłej kontroli państwowej (por. A. Garlicki, *Historia 1939–1996/1997. Polska i Świat*, Warszawa 1997, s. 200–201).

22 J. Skodlarski, *op. cit.*, s. 375.

23 Por. A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 348.

24 W tym miejscu należy przytoczyć dwie następujące wypowiedzi współtwórców kodeksu Napoleona, wygłoszone w toku dyskusji w organach ustawodawczych: „...jest rzeczą pewną, że własność stanowi podstawę każdej struktury (*édifice*) politycznej, że jednym z naczelnych warunków umowy społecznej, jest ochrona i zachowanie własności, że wszystko, co tej materii dotyczy, ma jak największy wpływ na los narodów, wreszcie – że im bardziej prawa dotyczące własności są sprawiedliwe i rozsądne, tym bardziej państwo jest kwitnące i szczęśliwe” (zob. J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. VIII, Paryż 1828, s. 149; za: J. Wasilkowski, *op. cit.*, s. 17). Cytując w tym zakresie ideologa marksizmu – Karola Marksa – w kapitalistycznych ustawodawstwach XIX i XX wieku i w związanej z nimi doktrynie omawiane pojęcie prawne [własności – przyp. M.B.] kształtowało się na kontynencie

się tak mimo narastania nowych koncepcji wiążących się ze zmianami ustawodawczymi, począwszy od 1949 r.²⁵ Jeszcze w projekcie prawa rzeczowego z 1937 r.²⁶ (którego głównym referentem był Fryderyk Zoll) przepisy regulujące prawo własności zostały ujęte w taki sposób, że mogłyby być bezpośrednio stosowane tylko do własności rzeczy, to jest własności przedmiotów materialnych, mimo że projekt przewidywał że przedmiotem własności i innych praw rzeczowych są także dobra majątkowe nie będące rzeczami (np. utwory literackie, przedsiębiorstwa, wierzycelności i inne prawa majątkowe). Projekt zaś określał treść prawa własności jako **prawo korzystania z rzeczy i rozporządzania nią swobodnie w granicach prawa obowiązującego**. Tymczasem w trakcie prac nad unifikacją prawa cywilnego w Polsce Ludowej (lata 1945–1946 r.) zdecydowano ograniczyć przedmiotowy zakres prawa własności do rzeczy w znaczeniu prawnym, a więc do przedmiotów materialnych (art. 28 w zw. z art. 1–9 dekretu o prawie rzeczowym z 11 października 1946 r.)²⁷.

Do końca lat czterdziestych w Polsce wielu przedstawicieli nauki prawa, w tym również sądownictwa, w swoich publikacjach traktowało prawo cywilne jako prywatne operujące standardami jednolitego pojęcia własności i przyporządkowanej mu ochrony. W tym kierunku podążało również kodyfikacja²⁸ i unifikacja prawa²⁹. Jednakże w systemie

europejskim (w większym lub mniejszym stopniu) pod wpływem prawa rzymskiego, które było pierwszym w dziejach światowym prawem społeczeństwa produkującego towary (za: K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane*, t. II, s. 377).

25 A. Lityński, *op. cit.*, s. 205.

26 Otóż zasadniczy art. 20 projektu, zawarty w rozdziale I (przepisy ogólne) miał brzmienie następujące: „Właściciel korzysta z rzeczy i rozporządza ją swobodnie w granicach prawa obowiązującego”, art. 21. projektu stanowił: „§ 1. Właściciel może dochodzić swego prawa przeciwko każdemu, kto przywłaszcza sobie jego rzecz albo bezprawnie jej używa lub z niej skorzysta oraz przeciwko temu, kto czynem niedozwolonym rzecz niszczy. § 2. Wkroczenie w zakres cudzej własności nie jest bezprawne, jeżeli nie sprzeciwia się racjonalnemu interesowi właściciela” (za: W. Zylber, *Istota prawa własności w nowym prawie rzeczowym*, „Państwo i Prawo” 1948, nr. 1, s. 52).

27 Por. J. Wasilkowski, *op. cit.*, s. 39.

28 Wprawdzie – jak twierdzono – projektowana kodyfikacja miała ograniczać się do strony technicznej, celem jej bowiem było „nie tworzenie nowego prawa, lecz tylko techniczne udoskonalanie i usystematyzowanie prawa obowiązującego”, mimo to przynosiła ona w tekście I projektu k. c. szereg istotnych merytorycznych ulepszeń (za: W. Czachórski, *Wybór prac*, Warszawa 2005, s. 513).

29 Naturalnym następstwem unifikacji prawa cywilnego miała być jego kodyfikacja polegająca tylko na scalaniu przepisów rozproszonych w licznych aktach

prawnym zaczęły dominować rozwiązania doraźne. Nieuporządkowany, celowo dezintegrowany stan prawny towarzyszący pierwszym przekształceniom utrudniał orientację w tym procesie. W rzeczywistości narzucane ograniczenia wpływały na istotę prawa cywilnego. Elementy funkcjonujące wcześniej w prawie administracyjnym wprowadzono do wewnętrznej sfery prawa własności³⁰. W ten sposób prywatny właściciel stawał się osobą, na której przede wszystkim ciążyły zobowiązania. Natomiast przy wykonywaniu własności państwowej pojawiał się problem identyfikacji podmiotu wykonującego w imieniu państwa prawo własności³¹.

Pod koniec lat czterdziestych³², rozważano dokonanie zmian w polskim prawie cywilnym, a tym samym uściślenie pojęcia i treści prawa własności. W związku z tym, iż prace nad kodyfikacją prawa cywilnego przedłużały się (kodeks cywilny uchwalono dopiero w 1964 r.), zdecydowano, opierając się m.in. na pracach Józefa Stalina³³, uchwalić ustawę z dnia 18 lipca 1950 r. o przepisach ogólnych prawa cywilnego. Wprowadzała ona dwie generalne klauzule, które co prawda odnosiły się ogólnie do prawa cywilnego, ale tak naprawdę wpłynęły na prawo własności. Pierwsza, mówiła o stosowaniu wykładni uwzględniającej zasady ustroju i cele państwa ludowego („Art. 1 Przepisy prawa winny być tłumaczone

unifikujących – a nie na reformie. Projekt tak pomyślanego kodeksu cywilnego powstał z początkiem 1949 r. (za: Z. Radwański, *Prawo cywilne PRL*, Czasopismo Prawno-Historyczne 1995, t. XLVII, z. 1–2, s. 24).

30 W szczególności dotyczyło to najmu lokali w domach stanowiących nadal własność prywatną, lecz poddanych regulacji czynszów i administracyjnym formom dystrybucji lokali. W odniesieniu do chłopów najbardziej znamiennym tego objawem były obowiązkowe dostawy produktów rolnych. Dla zwykłych konsumentów istotne znaczenie miał nieustanny niedobór towarów na rynku, który zbyt podlegał dlatego reglamentacji administracyjnej – w szczególności w postaci kartek żywnościowych (za: *ibidem*, s. 25–26).

31 Por. A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 330–331.

32 W ciągu 1948 i pierwszej połowy 1949 roku publikowano projekty poszczególnych ksiąg kodeksu **[cywilnego – przyp. M.B.]** w dziedzinie przepisów ogólnych, prawa rodzinnego, zobowiązań, prawa rzeczowego. Przepisy te stały na niezłym poziomie techniki prawniczej. Z przyczyn jednak do wiadomości publicznej podanych w formie bardzo ogólnej, zmieniono koncepcję. Podkreślano, iż prawo cywilne stać się powinno czynnikiem przyspieszającym budowę ustroju socjalistycznego i że pod tym kątem widzenia wymaga ono rewizji swych założeń ideologicznych (za: S. Grodziski, *Z dziejów unifikacji polskiego prawa cywilnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1985, t. XXXVII, z. 2, s. 298).

33 Por. J. Stalin., *Ekonomiczne problemy socjalizmu w ZSRR*, Warszawa 1953.

i stosowane zgodnie z zasadami ustroju i celami Państwa Ludowego³⁴), druga-o stosowaniu zasad współżycia społecznego w przypadku nadużycia prawa podmiotowego („Art. 3 Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by naruszał zasady współżycia społecznego w Państwie Ludowym³⁵”). Stosowanie w praktyce obu klauzul, spowodowało iż uchwalenie jak najszybsze zasad np. prawa rzeczowego, przestało być koniecznością. Tym bardziej iż na treść części norm władze nie miały pomysłu³⁶.

Uchwalona 22 lipca 1952 r. Konstytucja PRL była przełomem³⁷ dla znaczenia prawa własności – wprowadziła nowe rozumienie własności, poprzez wyszczególnienie 3 różnych form (rodzajów).

Pierwszą formą własności była własność społeczna, w której rozróżniano podział na własność: państwową³⁸ i spółdzielczą.

Mówiąc o własności spółdzielczej mamy na myśli własność różnych zrzeszeń spółdzielczych, ale przede wszystkim chodzi nam o podkreślenie własności społecznej rolniczych spółdzielni produkcyjnych, którym państwo nasze udziela szczególnego poparcia i pomocy³⁹. Indywidualna własność ziem, budynków i innych środków produkcji jest uznana i chroniona na podstawie obowiązujących ustaw (projekt Konstytucji

34 Dz.U. Nr 34, poz. 311.

35 *Ibidem*.

36 W sprawie ich brzmienia odsyłano do postanowień Konstytucji, która z racji nadal nieznowelizowanych przepisów cywilnego prawa materialnego stała się podstawowym punktem odniesienia, pomimo że, jak przyznawali przedstawiciele nauki prawa, ujęcie własności w ustawie zasadniczej było znacznie szersze i częściowo inne niż w prawie cywilnym. Utrzymująca się kilkanaście lat defragmentacja systemu spowodowana obecnością kilku reżimów prawnych (odrębne regulacje modyfikowane dodatkowo poprzez prawo powielaczowe) posiadała natomiast dla władzy tę zaletę, że umożliwiała swobodne poszerzanie zakresu administracyjnego zarządzania własnością (za: A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 332).

37 Zasady przyjęte w ustawie zasadniczej zdaniem ministerialnych urzędników stały się wiążącą dyrektywą także dla stosowania jeszcze nie uchylonego prawa rzeczowego. Odtąd mogło ono funkcjonować tylko w wymiarze, który nie był sprzeczny z nowym ustrojem. Za uprawnione uznano wydawanie nowych, już bez sygnatury doraźności, aktów nierespektujących postanowień dekretu z 11 listopada 1946 r., a także poddanie jego przepisów prawotwórczej wykładni (*ibidem*, s. 354).

38 Cechą charakterystyczną własności państwowej jest to iż przysługuje niepodzielnie Państwu. Jedynym podmiotem własności państwowej jest więc Państwo, występujące w stosunkach cywilnoprawnych jako Skarb Państwa. (Por. S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1988, s. 320).

39 J. Górski, *Kilka uwag w sprawie własności*, „Nowe drogi” 1951, nr 6, s. 87.

art. 12). Dotyczy to zarówno własności drobnych wytwórców, jak i własności typu kapitalistycznego⁴⁰. Prawne zaś ujęcie własności osobistej jest oparte na ogólnym założeniu Konstytucji, że:

w społeczeństwie nie ma już wcale klas antagonistycznych, że społeczeństwo składa się z dwóch zaprzyjaźnionych ze sobą klas, z robotników i chłopów, że u władzy stoją te właśnie klasy pracujące⁴¹.

Treść własności państwowej, można było wywieść z przepisu konstytucji, zgodnie z którym:

Mienie ogólnonarodowe: złoża mineralne, wody, lasy państwowe, kopalnie, drogi, transport kolejowy, wodny i powietrzny, środki łączności, banki, państwowe zakłady przemysłowe, państwowe gospodarstwa rolne i państwowe ośrodki maszynowe, państwowe przedsiębiorstwa handlowe, przedsiębiorstwa i urzędy komunalne – podlega szczególnej trosce i opiece państwa oraz wszystkich obywateli⁴².

W przypadku własności państwowej, nie należy przesądzać iż jej podmiotem jest państwo. **Znaczenie rozstrzygające ma fakt jakie jest to państwo, kto w nim sprawuje władzę – nie sam fakt nacjonalizacji lecz sam fakt, kto nacjonalizuje i dla kogo, jaka klasa (robotnicza czy kapitalistyczna) jest gospodarzem znacjonalizowanej gospodarki. Znaczenie rozstrzygające ma tu więc problem władzy.** Dla komunistów tylko państwo ludu pracującego, które rzeczywiście reprezentuje całe społeczeństwo, może swoimi siłami przeprowadzić nacjonalizację gospodarki tak, aby stworzyć podwaliny społeczeństwa socjalistycznego (taka nacjonalizacja nie ogranicza się tylko do zmiany podmiotu własności znacjonalizowanych dóbr, ale tworzy nowy typ własności: socjalistyczną własność państwową). Niezdolne zaś do takiej nacjonalizacji jest państwo typu kapitalistycznego – określane przez komunistów jako dyktatura burżuazji. Zgodnie z doktryną komunistyczną, upaństwowienie

40 J. Wasilkowski, *Typy i formy własności w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1952, nr 3, s. 410.

41 J. Wasilkowski, *Zagadnienia prawne Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Materiały Sesji Naukowej PAN 4–9 lipca 1953 r.*, t. III, Warszawa 1954 r., s. 8.

42 Art. 8 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 (Dz.U., Nr 33, poz. 232).

pewnych środków produkcji lub gałęzi przemysłu w państwie kapitalistycznym (takich jak koleje, kopalnie) sprowadza się jedynie do zmiany podmiotu (gdyż w ustroju kapitalistycznym każde zakłady przemysłowe są własnością kapitalistyczną) i nie oznacza przekształcenia znacjonalizowanych obiektów w elementy układu socjalistycznego⁴³. Istnieje nierozwalny związek między własnością społeczną a pozostałymi formami własności. Związek, który wyraża się m.in. w tym, że inne formy własności są określane w swej dynamice przez własność społeczną, a przede wszystkim przez socjalistyczną własność państwową, w której wzroście i umacnianiu leży gwarancja wzrostu dobrobytu całego narodu i każdego obywatela⁴⁴.

W odniesieniu do własności spółdzielczej⁴⁵ *sensu stricto* Konstytucja z 1952 r. nie określała przedmiotu tej własności. Jednakże można postawić tezę, iż własnością (w szerokim, konstytucyjnym znaczeniu) organizacji spółdzielczej mogą być wszelkie dobra majątkowe, potrzebne do wykonywania zadań tej organizacji, a przedmiotem własności organizacji spółdzielczych wytwory ich produkcji⁴⁶. Należy tu nadmienić iż własność spółdzielcza jest niższą formą własności społecznej niż własność państwowa. Z ekonomicznego bowiem punktu widzenia majątek spółdzielni należy do członków tych spółdzielni. Z prawnego zaś punktu widzenia przedmiotem własności spółdzielczej nie są poszczególni członkowie spółdzielni, lecz dana spółdzielnia jako osoba prawna⁴⁷. Nie bez znaczenia jest fakt iż w ówczesnym czasie, rolnikom proponowano przystąpienie do trzech rodzajów spółdzielni: Zrzeszenie Uprawy Ziemi, Rolnicza Spółdzielnia i Rolniczy Zespół Spółdzielczy. Do tego rozpoczęto wielką kampanię propagandową przeciwko kułakom, czyli właścicielom największych i najbardziej produktywnych gospodarstw. Wreszcie, stosowano represję i terroru wobec chłopów, którzy nie chcieli przystąpić

43 Por. J. Wasilkowski, M. Madey, *Prawo własności w PRL. Zarys wykładu*, Warszawa 1969 r., s. 27–28.

44 J. Górski, *op. cit.*, s. 86–87.

45 „Art. 11 Polska Rzeczpospolita Ludowa popiera rozwój różnych form ruchu spółdzielczego w mieście i na wsi oraz udziela mu wszechstronnej pomocy w wypełnianiu jego zadań, a własności spółdzielczej, jako własności społecznej, zapewnia szczególną opiekę i ochronę” (za: Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952; Dz.U., Nr 33, poz. 232).

46 Por. J. Wasilkowski, M. Madey, *op. cit.*, s. 59.

47 S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, *op. cit.*, s. 322.

do spółdzielni. Tych rolników którzy nie byli w stanie płacić wysokich podatków, zamykano do więzień, a ich majątek konfiskowano. Ponadto rekwirowano zboże i żywiec, zajmowano budynki i ziemię, zastraszano i bito, dochodziło do starć z milicją.

W odniesieniu do drugiej formy własności, własności indywidualnej⁴⁸, należało ją zgodnie z konstytucją kojarzyć z dobrami posiadanymi przez prywatnych właścicieli. Sprowadzała się ona do własności drobnotowarowej, która była efektem pracy osobistej pracy właściciela. W ustroju demokracji ludowej, kwestia własności drobnotowarowej tyczyła się zarówno małych i średnich gospodarstw chłopskich⁴⁹. Doskonale pasuje tu teza Marksa, iż:

Własność prywatna, jako przeciwieństwo własności społecznej, istnieje tam, gdzie środki pracy i inne zewnętrzne warunki pracy należą do ludzi prywatnych. Lecz różny jest charakter tej własności prywatnej, zależnie od tego, czy ci ludzie prywatni są robotnikami, czy też nie robotnikami. Nieskończone odcienie, które własność prywatna przedstawia na pierwszy rzut oka, są tylko odbiciem stanów przejściowych między tymi dwiema skrajnościami⁵⁰.

Zgodnie z poglądem komunistycznych cywilistów, indywidualna własność środków produkcji jest albo własnością wytwórców drobnotowarowych, albo własnością kapitalistyczną, w zależności od tego czy

48 „Art. 12 Polska Rzeczpospolita Ludowa uznaje i ochrania na podstawie obowiązujących ustaw indywidualną własność i prawo dziedziczenia ziemi, budynków i innych środków produkcji należących do chłopów, rzemieślników i chałupników. Art. 10 ust. 1 Polska Rzeczpospolita Ludowa otacza opieką indywidualne gospodarstwa rolne pracujących chłopów i udziela im pomocy – w celu ochrony przed wyzyskiem kapitalistycznym, zwiększenia produkcji, podwyższenia poziomu rolniczo-technicznego oraz podniesienia ich dobrobyt” (za: Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952; Dz.U., Nr 33, poz. 232).

49 Tak pojmowanie własności prywatnej było zgodne ze wskazówkami Stalina, wypowiedzianymi jeszcze w 1928, na rok przed wprowadzeniem w ZSRR masowej kolektywizacji rolnictwa [**łączenie indywidualnych gospodarstw w spółdzielnie – przyp. M.B.**]: „Nie możemy i nie powinniśmy popierać indywidualnych wielkich gospodarstw kułackich. Ale możemy i powinniśmy popierać indywidualne drobne i średnie gospodarstwa chłopskie, podnosząc ich urodzajność i wciągając w łóżysko organizacji spółdzielczej” (za: J. Górski, *op. cit.*, s. 92–93).

50 K. Marks, *Kapitał*, t. I, s. 821.

właściciel opiera produkcję na swojej pracy osobistej, czy też na pracy najemnej⁵¹. Preferowana przez komunistów była własność wytwórców drobnotowarowych (widać w tym nawiązanie do unormowań konstytucji ZSRR z 1936 r., gdzie zgodnie z art. 9 tego aktu, przez prawo dozwolone są drobne prywatne gospodarstwa indywidualnych chłopów, oparte na pracy osobistej i wyłączającej wyzysk cudzej pracy⁵²).

Ostatnią, trzecią formą własności wskazaną w konstytucji, jest własność osobista, której jednak Konstytucja PRL nie określa wprost. Jednakże z zestawienia art. 13 Konstytucji⁵³ z jej przepisami dotyczącymi własności społecznej (art. 8 i art. 11) oraz własności indywidualnej (art. 12 i art. 10 ust. 1) wynika niewątpliwie, że własnością osobistą w rozumieniu Konstytucji jest wszelka własność przedmiotów osobistego spożycia przysługującego jednostce, bez względu na to, z jakich stosunków podziału ta forma własności się wywodzi⁵⁴. Własność przedmiotów spożycia nie stanowi odrębnego typu własności. Jest ona formą pochodną wywodzącą się z poszczególnych typów własności środków produkcji, jest uwarunkowana sposobem produkcji⁵⁵. Własność osobista może być przedmiotem tych, którzy czerpią swe dochody z pracy w gospodarce uspołecznionej, a więc własnością osobistą, której źródłem jest praca i której źródłem jest własność społeczna. Dotyczy to również tych którzy czerpią swe dochody z pracy i którzy własność osobistą zdobywali i zdobywają przede wszystkim nie z własnej pracy, lecz z wyzysku pracy innych, a źródłem ich własności osobistej jest prywatno-kapitalistyczna własność narzędzi i środków produkcji⁵⁶. Konstytucja PRL usankcjonowała kategorię własności osobistej dlatego, że już w czasie, gdy weszła w życie, przeważająca część produktu społecznego podlegała socjalistycznym stosunkom podziału, a kierunek rozwoju kierunku gospodarki

51 J. Wasilkowski, *Typy i formy własności w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1952, nr 3, s. 410.

52 Por. J. Wasilkowski, *Własność i inne prawa rzeczowe*, „Państwo i Prawo” 1951, nr 4, s. 615–616.

53 „Polska Rzeczpospolita Ludowa poręcza całkowitą ochronę oraz prawo dziedziczenia własności osobistej obywateli” (za: Konstytucja z 22 lipca 1952 (Dz.U., Nr 33, poz. 232).

54 J. Wasilkowski, M. Madey, *op. cit.*, s. 89.

55 J. Wasilkowski, *Typy i formy własności w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1952, nr 3, s. 410.

56 Por. J. Górski, *op. cit.*, s. 94–95.

stanowił gwarancję, że absolutnie i relatywne znaczenie tego sposobu podziału będzie stale rosło⁵⁷.

Przyjęty w Konstytucji podział stał się determinantą dla ustawodawstwa zwykłego. Jest jednak charakterystyczne, że nie wszystkie wskazania Konstytucji były w codziennym prawodawstwie realizowane w jednakowym stopniu. Ustawodawca zwykły z pełną konsekwencją i stale dokonywał rozróżnienia tylko między własnością społeczną (państwową, czyli tzw. ogólnonarodową; spółdzielczą oraz traktowaną jako spółdzielcza własnością tzw. organizacji społecznych ludu pracującego) a inną (indywidualną oraz osobistą). Własność indywidualna natomiast (drobnotowarowa i kapitalistyczna) oraz osobista były traktowane w zwykłym ustawodawstwie z reguły jednakowo; nie stworzono dla tych dwóch typów reżimów prawnych. Ustawodawca koncentrował uwagę na ochronie własności społecznej, zgodnie zaleceniami płynącymi z Konstytucji⁵⁸.

W roku 1954 r., komisja powołana przy ministrze sprawiedliwości⁵⁹, przygotowała II projekt kodeksu cywilnego⁶⁰. Przepisy projektu podjęły m.in. próbę ukształtowania wielu instytucji prawa cywilnego pod kątem widzenia ochrony i umocnienia własności społecznej, zasady planowania rozwoju gospodarki narodowej i przewidywanej perspektywy przebudowy struktury rolnej⁶¹.

W wyniku pojawienia się głosów krytycznych, wprowadzono w 1955 r. nową redakcją II projektu, jednakże projekt ten nie został wniesiony do sejmu⁶². W celu zorganizowania na nowo prac kodyfikacyjnych, utworzono

57 J. Wasilkowski, M. Madey, *op. cit.*, s. 91.

58 Por. A. Lityński, *op. cit.*, s. 209.

59 Ówczesny minister sprawiedliwości, Henryk Świątkowski, powołał komisję w skład której weszli: S. Szer, J. Wasilkowski i J. Topiński a sekretarzem komisji został J. Winiarz.

60 W zakresie prawa rzeczowego projekt z 1954 r. m.in. różnicował formy własności i ich ochronę; formułował zasadę jedności własności państwowej. W ogóle projekt próbował kształtować wiele instytucji prawa cywilnego pod kątem umocnienia i ochrony własności społecznej, pod kątem zasady planowanego rozwoju gospodarki narodowej oraz przewidywanej przebudowy struktury gospodarki rolnej (za: A. Lityński, *op. cit.*, s. 206).

61 W. Czachórski, *op. cit.*, s. 516.

62 „Główną przyczyną niepowodzenia [...] prób kodyfikacji było gwałtowne tempo przeobrażeń naszych stosunków – jak czytamy w jednej z wersji uzasadnienia późniejszych projektów k. c.-politycznych i gospodarczych, które utrudniało ustalenie ogólnych założeń nowego prawa cywilnego [...]”. Trafność tego stwierdzenia była

zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 sierpnia 1956 r. Komisję Kodyfikacyjną przy Ministrze Sprawiedliwości⁶³. Na czele Komisji, złożonej z 40 osób (skład później rozszerzono) jako jej przewodniczący stanął powołany przez Prezesa Rady Ministrów profesor Jan Wasilkowski. Pod koniec 1956 r. podjęto działania kodyfikacyjne, tym razem zapowiadając przygotowanie projektu, który uwzględniłby socjalizację własności i stypizowaną postać tego prawa, natomiast do unormowania jego statusu wykorzystywał zarówno tradycyjne instytucje prawa cywilnego, jak i te które eksponowały jej funkcje i wspierały rozwój jednostek gospodarki społecznej⁶⁴. Spektakularną decyzją było uchylenie części okólników i innych aktów prawa powielaczowego, które dotychczas w różny sposób, niezależnie od ustanowionych oficjalnie ograniczeń, blokowały wykonywanie prawa własności prywatnej oraz jakąkolwiek samodzielność jednostek społecznych⁶⁵. Po gruntownych poprawkach całości materiału w toku licznych posiedzeń roboczych, toczących się od grudnia 1956 r. do września 1959 r. zespół⁶⁶ uchwalił nowy tekst III projektu k. c. PRL jako wynik pierwszego czytania zespołu. Tekst ten ogłoszono drukiem w 1960 r.⁶⁷ Podkreślić należy iż wszystkie realia ustrojowe i gospodarcze musiały zostać uwzględnione w kodeksie cywilnym, jeżeli miał on odgrywać istotną rolę w polskim systemie prawnym. W przeciwnym razie uległby zmarginalizowaniu, tak jak to stało się w Czechosłowacji i w NRD. Korzystne natomiast było to, iż kodyfikacji nie ukończono przed 1956 r.: można ją było kontynuować w warunkach częściowej choćby swobody wypowiedzi, co w konsekwencji przyczyniło się do wyraźnego rozwoju nauki prawa cywilnego⁶⁸.

aż nadto prawdziwa. W istocie w owym czasie trudno było oczekiwać czego innego w kraju, który miał w ciągu niespełna roku przejść przez dalsze przeobrażenia swej wewnętrznej struktury (za: *ibidem*, s. 518).

⁶³ Ministra Henryka Świątkowskiego zastąpiła Zofia Wasilkowska.

⁶⁴ A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 332.

⁶⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, s. 357.

⁶⁶ W ramach Komisji Kodyfikacyjnej powstały wydziały, zwane sekcjami. W ramach wydziału prawa cywilnego, przemianowano go na Zespół Prawa Cywilnego. Członkami tego zespołu byli: A. Chelmoński, H. Dawidowicz, J. Gwiazdomorski, J. Marowski (przewodniczący), J. Mayzel, K. Przybyłowski, Z. Rzepka, S. Szer, A. Szpunar, J. Topiński, J. Wasilkowski (referent główny k.c.), A. Wolter, Sekretarzem zespołu był J. Winiarz.

⁶⁷ W. Czachórski, *op. cit.*, s. 519.

⁶⁸ Por. A. Lityński, *op. cit.*, s. 220.

W latach 1944–49, komuniści mimo uchwalenia znamiennej dekretu z dnia 11 października 1946 r. „prawo rzeczowe” – w którym ujęto pojęcie prawa własności i określono granice własności, zgodnie z tradycją prawa cywilnego – nie przewidzieli w nowym systemie podziałów i różnic uwzględniających kryteria podmiotowości właściciela i funkcjonalności prawa własności. Władze administracyjne podejmowały starania aby wyłączyć w ogóle drogę sądową w sprawach, w których ingerowały w prawo własności na mocy nowych przepisów szczególnych. Wprowadzano różne, fragmentaryczne regulacje, także karno-skarbowe dotyczące własności, prywatnej jak i państwowej, w postaci okólników, uchwał Rady Ministrów i zarządzeń. Różnicowano nimi zakres obowiązków i ochrony w zależności od tego kto był podmiotem własności i rodzaju jego dóbr, które dokonywano również w trybie przymusowym. Przeważało abstrakcyjne pojęcie własności, które było elementem konstrukcji zagrażającej własności społecznej lub przynajmniej obniżającej jej potencjał. Pod koniec lat czterdziestych, komuniści forsowali tezę iż to państwo powinno stać się bezpośrednim właścicielem, zachowując wobec pozostałych właścicieli możliwość definiowania zakresu praw i obowiązków oraz kontroli interwencyjnej⁶⁹.

Zmiana nastąpiła w latach 1950–1956. Uchwalając m.in. kolejno: ustawę z 18 lipca 1950 r. o przepisach ogólnych prawa cywilnego oraz ustawy z 20 lipca 1950 r.: o zmianach w kodeksie postępowania cywilnego oraz prawo o ustroju sądów powszechnych, gdzie zaakcentowano obronę uspołecznionego mienia oraz zapobiegania wykorzystywania własności prywatnej niezgodnie z zasadami współżycia społecznego. Własność obywateli ograniczano nie już z powodu pilnych potrzeb ale także ideowych pryncypiów, gdzie własność państwowa nie mogła być poddana sformalizowanemu prawu cywilnemu. Następnie uchwalono Konstytucję z 1952 r., która określała typy i rodzaje własności a zasady w niej przyjęte stały się wiążącą dyrektywą także dla zastosowania jeszcze nie uchylonego prawa. Tym samym uprawnione było wydawanie nowych, aktów, które nie respektowały jednak postanowień dekretu z dnia 1 października 1946 r. „prawo rzeczowe”, a także poddanie jego przepisów wykładni⁷⁰.

Pod koniec 1956 r., wraz ze zmianą na szczytach władzy (objęcia funkcji I sekretarza PZPR przez Władysława Gomułkę), uchylono część

69 Por. J. Stalin, *Zagadnienia leninizmu*, Warszawa 1947.

70 Por. A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 354.

ogólników i aktów które blokowały wykonywanie prawa własności. Istotne było odejście od retoryki obowiązku i funkcji społecznych towarzyszącej wcześniejszym prezentacjom własności, położono akcent na prawa podmiotowe właścicieli i ich systemowe gwarancje. Odchodziło się od przekazu iż własność prywatna to szkodliwy, anachroniczny element systemu⁷¹.

Podsumowując mój wywód odnośnie ewolucji prawa własności w początkach Polski Ludowej, przyłączę się do jednego z poglądów⁷², który wyrażał się tym, iż to prawo własności zawsze **było i jest tylko jedno**, a tzw. rozróżnienia najrozmaitszych typów i form prawa własności są niczym jak ograniczeniami o charakterze podmiotowym, przedmiotowym lub ograniczeniami treści tego prawa. Treść pojęcia prawa własności jest zawsze specyfikacją ogólnego pojęcia o treści rodzajowej, a wszelkie jego wzbogacenia o odpowiednie różnice gatunkowe, np. własność feudalna, socjalistyczna itp. są niczym innym, jak określeniem granic treści tego prawa, bądź też granic podmiotowych lub przedmiotowych.

Bibliografia

- Buczkowski S., Szer S., Wolter A., *Prawo cywilne*, [w:] *Dziesięciolecie prawa Polski Ludowej 1944–1955: zbiór studiów*, pod red. L. Kurowskiego, Warszawa 1955.
- Czachórski W., *Wybór prac*, Warszawa 2005.
- Eisler J., *Siedmiu wspaniałych. Poczet pierwszych sekretarzy PZPR*, Warszawa 2014.
- Friszke A., *Polska. Losy Państwa i Narodu 1939–1989*, wyd. I, Warszawa 2003.
- Garlicki A., *Historia 1939–1996/1997. Polska i Świat*, Warszawa 1997.
- Górski J., *Kilka uwag w sprawie własności*, Nowe drogi 1951, nr 6.
- Grodziski S., *Z dziejów unifikacji polskiego prawa cywilnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1985, t. XXXVII, z. 2.
- Grzybowski S., Skąpski J., Wójcik S., *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1988.
- Grzybowski S., *Własność w projekcie prawa rzeczowego*, „Państwo i Prawo” 1946, nr 4.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Por. W. Rozwadowski, *op. cit.*, s. 5.

- Ignatowicz J., *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1979.
- Kaliński J., Landau Z., *Gospodarka Polski Ludowej 1944–1955*, Warszawa 1986.
- Lityński A., *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa 2005.
- Machnikowska A., *Prawo własności w Polsce w latach 1944–1981*, Gdańsk 2001.
- Marks K., Engels F., *Dzieła wybrane*, t. II.
- Marks K., *Kapitał*, t. I.
- Radwański Z., *Prawo cywilne PRL*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1995, t. XLVII, z. 1–2.
- Rozwadowski W., *Definicja prawa własności w rozwoju dziejowym*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1984, t. XXXVI, z. 2.
- Skodlarski J., *Zarys polityki gospodarczej Polski*, Warszawa 2005.
- Wasilkowski J., *Pojęcie własności we współczesnym prawie polskim*, Książka i Wiedza 1972.
- Wasilkowski J., *Typy i formy własności w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1952, nr 3.
- Wasilkowski J., *Zagadnienia prawne Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Materiały Sesji Naukowej PAN 4–9 lipca 1953 r.*, t. III, Warszawa 1954.
- Wasilkowski J., Madey M., *Prawo własności w PRL. Zarys wykładu*, Warszawa 1969.
- Wasilkowski J., *Własność i inne prawa rzeczowe*, „Państwo i Prawo” 1951, nr 4.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998.
- Zylber W., *Istota prawa własności w nowym prawie rzeczowym*, „Państwo i Prawo” 1948, nr 1.

Andrzej Lichwa
(Uniwersytet Wrocławski)

KOŚCIÓŁ KATOLICKI W WOJEWÓDZTWIE WROCŁAWSKIM W LATACH 1945–1949, W RAPORTACH MILICJI I WŁADZ LOKALNYCH

ABSTRACT

THE CATHOLIC CHURCH IN WROCLAWSKIE PROVINCE DURING 1945–1949 IN THE REPORTS OF CITIZENS' MILITIA AND LOCAL AUTHORITIES

The article presents a portrayal of the Catholic Church from the perspective of reports and records drawn up by the bodies of the citizens' militia (pol. *milicja obywatelska*) and local authorities. The research period covers the years 1945–1949 and concerns the area of the then wroclawskie province.

KEYWORDS: Church, Catholic, Lower Silesia, reports, statements

SŁOWA KLUCZOWE: kościół, katolicki, Dolny Śląsk, raporty, sprawozdania

Istnienie Kościoła katolickiego w powojennej rzeczywistości było sprzeczne z dążeniami komunistów. W rządzonym przez nich kraju nie wchodziło w rachubę zachowanie wolności religijnej. W początkowym okresie unikali oni jednak jawnej walki z Kościołem. Wiązało się to z jego wielką rolą w Polsce i słabością komunistów. Receptą było podjęcie prób szerzenia laicyzacji, kontroli Kościoła i stopniowego osłabiania jego wolności. Walka z religią nasilała się w miarę ich umacniania aż do momentu uzyskania przez nich pełni władzy. Sytuacja z punktu widzenia komunistów nie była prosta zważywszy na fakt, że katolicy stanowili ponad 90% populacji powojennej Polski. Próby przekonania w większości katolickiego

społeczeństwa do nowej władzy znalazły wyraz już w deklaracji programowej PPR „O co walczymy” z listopada 1943 r., która przewidywała m.in. swobodę wyznań religijnych. Kwestie wolności sumienia i wyznania, poruszono także w Manifeście PKWN z dnia 22 lipca 1944 r. O pozorach pozytywnego stanowiska wobec Kościoła świadczył zwrot majątków zagarniętych przez Niemców, nie objęcie reformą rolną dóbr kościelnych czy zgoda na nauczanie religii w szkołach. Przedstawiciele władz i Kościoła często wspólnie uczestniczyli w różnych uroczystościach państwowych i religijnych. Jednocześnie już we wrześniu 1945 r., Tymczasowy Rząd Jedności Narodowej uznał że konkordat zawarty pomiędzy Rzeczpospolitą Polską, a Stolicą Apostolską, przestał obowiązywać, przy czym jako powód podawano naruszenie jego postanowień przez Watykan przy obsadzie stanowisk kościelnych w czasie wojny. Kampania antykościelna nasiliła się w 1948 r. Zasady walki z Kościołem zostały przedstawione przez Aleksandra Zawadzkiego w trakcie kongresu zjednoczeniowego PPR i PPS. Kolejne ataki ze strony komunistów wywołał dekret papieski zabraniający katolikom przynależności do partii komunistycznej oraz współpracy z komunistami. Podjęto kroki zmierzające do ograniczenia wpływu Kościoła na dzieci i młodzież szkolną, jak również umożliwiające rozwój laickiego państwa, którego wyrazem był dekret „o ochronie wolności sumienia i wyznania”. Lata te to także liczne aresztowania księży w tym za działalność antypaństwową, czy sprzyjanie podziemiu wolnościowemu. Kolejne kroki stanowiło odebranie Kościołowi po przeprowadzonej akcji propagandowej, organizacji „Caritas” i upaństwowienie jej dóbr. Próby osłabienia Kościoła podejmowano także wykorzystując tzw. „księży patriotów”¹. Wolność Kościoła znacznie osłabiło podpisane w 1950 r., porozumienie w wyniku którego duchowieństwo zobowiązane było do lojalności wobec komunistycznego państwa i popierania jego działalności.

Sytuacja związana ze zmianą granic powojennej Polski skutkowałą koniecznością utworzenia na Ziemiach Zachodnich i Północnych struktur polskiej administracji kościelnej. W lipcu 1945 r., do Polski powrócił

1 Tzw. księża patrioci byli ruchem księży współpracujących z władzami, przedstawiani byli jako reprezentanci szeregowego duchowieństwa i stawiani w opozycji do hierarchii kościelnej. Ruch został zainicjowany w 1949 r., na zjeździe księży byłych więźniów obozów koncentracyjnych. W 1950 r., księża ci utworzyli odrębną komisję przy ZboWiD.

kardynał August Hlond². Na podstawie posiadanych pełnomocnictw papieskich, w sierpniu 1945 r., powołał pięciu administratorów apostołskich. Administratorem apostołskim Dolnego Śląska, stanowiącego część przedwojennej archidiecezji wrocławskiej, został ksiądz dr Karol Milik³. Czynności te objął on w dniu 1 września 1945 r.

We wrześniu 1945 r., Pełnomocnik Rządu na Okręg Dolnego Śląska informował o przygotowaniach do objęcia stanowiska administratora apostołskiego przez księdza dr Karola Milika. Ingres miał się odbyć w Trzebnicy w dniu 14 września 1945 r., przy czym uroczystość ta nie miała mieć charakteru oficjalnego⁴. W kolejnych sprawozdaniach za lata 1945–1946, informowano o napływie polskich księży oraz systematycznym i planowym organizowaniu przez nich życia duchowego polskiej ludności. Poruszano kwestie przekazywania Kościołowi katolickiemu poniemieckich nieruchomości kościelnych. Przekazywano je w tymczasowy zarząd i użytkowanie. Często było to podyktowane koniecznością zabezpieczenia nieruchomości przed rozkradaniem i dewastacją⁵, a tak-

-
- 2 August Hlond – biskup śląski, a następnie od 1926 r. do 1946 r. arcybiskup gnieźnieński i poznański, w latach 1946–1948 metropolita gnieźnieński i warszawski, prymas Polski.
 - 3 Karol Milik – ksiądz infułat, kapelan wojskowy, doktor nauk prawno-ekonomicznych, od 1933 r., dyrektor Towarzystwa Czytelni Ludowych w Poznaniu. Od 1945 r. – pierwszy administrator apostołski archidiecezji wrocławskiej. W styczniu 1951 r., internowany przez władze i osadzony w Rywałdzie Królewskim.
 - 4 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/28 Sprawozdanie miesięczne za miesiąc wrzesień 1945 r., z Okręgu Administracyjnego Dolnego Śląska.
 - 5 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/28 Sprawozdanie sytuacyjne nr 1 Pełnomocnika Rządu Rzeczypospolitej Polskiej na Obwód XIX Dolnego Śląska za miesiąc wrzesień 1945 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie miesięczne z ruchu społeczno-politycznego na miesiąc grudzień 1945 r., z Okręgu Administracyjnego Dolnego Śląska. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie miesięczne z ruchu społeczno-politycznego za miesiąc styczeń 1946 r., z Okręgu Administracyjnego Dolnego Śląska. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie miesięczne z ruchu społeczno-politycznego za miesiąc czerwiec 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie Wydziału Społeczno-Politycznego za miesiąc lipiec 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie Wydziału Społeczno-Politycznego za miesiąc sierpień 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie Wydziału Społeczno-Politycznego za miesiąc wrzesień 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie Wydziału Społeczno-Politycznego za miesiąc październik 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski,

że tym, że przeważająca liczba ludności polskiej była wyznania rzymsko-katolickiego. Przykładowo w powiecie jaworskim określano ją na 86% ogółu ludności polskiej, milickim ponad 99%, w kłodzkim 95%, w dzierzoniowskim 70%, bolesławieckim ponad 90%, bystrzyckim 99%, głogowskim 95%, górowskim 95%, złotoryjskim 99%⁶.

Jako jedno z ważniejszych zdarzeń zaistniałych w lipcu 1946 r., odnotowano wizytę we Wrocławiu Prymasa Polski kardynała Augusta Hlonda. Prymas nie był witany przez przedstawicieli władz państwowych. Komendant Wojewódzki MO we Wrocławiu, umniejszając wagę wizyty pisał, że nieznanymi sprawcy rozebrali nocą bramy triumfalne zbudowane na granicy województwa. Dodawał, że Prymas we Wrocławiu był witany przez duchowieństwo i małą, bo 400 osobową grupę wiernych (stwierdzał, że były to dzieci, dewotki i nieliczna grupa studentów), a z powodu uszkodzenia mikrofonu zaniechano transmisji radiowej z akademii zorganizowanej w trakcie jego wizyty. W akademii tej uczestniczyło około 2000 osób⁷. W kolejnym raporcie, poruszającym okoliczności obchodu ofiarowania diecezji w święto Wniebowzięcia NMP, odnotowano, że ksiądz Milik zwrócił uwagę na bierną postawę reprezentantów władz, w trakcie wizyty Prymasa⁸. W grudniu 1946 r., księdza Milika zaproszono do udziału

nr VI/30 Sprawozdanie z działalności Wydziału Społeczno-Politycznego Urzędu Wojewódzkiego Wrocławskiego za miesiąc październik 1946 r.

- 6 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/33 Sprawozdanie miesięczne za miesiąc czerwiec 1946 r., z dnia 2 lipca 1946 r. Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc czerwiec 1946 r., z dnia 23 lipca 1946 r., Sprawozdanie sytuacyjne z dnia 30 lipca 1946 r., za miesiąc lipiec 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/37 Sprawozdanie za miesiąc październik 1946 r., z dnia 4 listopada 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/43 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc grudzień 1947 r., z dnia 29 grudnia 1947 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc kwiecień 1948 r., z dnia 30 kwietnia 1948 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1949 r., z terenu powiatu bystrzyckiego. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/47 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc luty 1948 r., z 28 lutego 1948 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/48 sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc grudzień z dnia 27 grudnia 1947 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/77 sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1948 r.
- 7 IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za miesiąc lipiec 1946 r. IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za czas od 1 lipca do 1 sierpnia 1946 r., na terenie Wojewódzkiej Komendy MO Dolny Śląsk.
- 8 IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za miesiąc lipiec 1946 r. Komendant Wojewódzki MO Eugeniusz Dowkan pisał nadto: „Biskup

w Wojewódzkim Komitecie Daniny Narodowej. Zaproszenia nie przyjął, decyzję tłumacząc parcelacją dóbr kościelnych. Wnioskowano z tego, że duchowieństwo do akcji tej nastawione jest negatywnie. Notowano także negatywne nastawienie duchowieństwa do akcji wyborów⁹. Jednocześnie współpracę z Administracją Apostolską Dolnego Śląska określano jako coraz lepszą¹⁰.

Kościół organizował i prowadził sierocińce i zakłady rzemieślnicze. Widziano w tym próbę objęcia wpływami młodzieży. Zwracano uwagę na niechętny stosunek Kościoła do podobnych inicjatyw podejmowanych przez władze świeckie¹¹. W powiecie kłodzkim zauważano częstą inicjatywę duchowieństwa w kierunku rewindykacji mienia kościelnego w postaci fundacji, ochronek czy szpitali. Przytaczano przykład proboszcza ze Szczytnej, który wraz z przełożonym miejscowego klasztoru, wystąpił o rewindykację szpitala, przejętego przez zarząd gminy na szpital gminny¹². W raporcie z grudnia 1946 r., zwrócono uwagę na podział biskupstwa na dekanaty, organizację Sodalicii Mariańskich i Krucjat Eucharystycznych. Komentowano również kwestie przekazywania przez proboszczów funduszy na utrzymanie kurii biskupiej¹³. Zwracano uwagę, że księża nie mogą brać udziału w życiu politycznym bez zgody władz kościelnych, a w sprawach wyborczych zachowują rezerwę. Zdarzały się wyjątki. W powiecie średzkim miejscowy proboszcz brał udział

Milik oświadczył, że czuje się dotknięty zachowaniem władz podczas pobytu prymasa Hlonda we Wrocławiu i zapowiedział, że nie zaprosi nikogo z władz państwowych na uroczystości kościelne, dopóki wojewoda lub ktoś w jego imieniu nie przeprosi go”.

- 9 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/39 Sprawozdanie z sytuacji politycznej na Dolnym Śląsku w drugiej dekadzie grudnia 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/39 Sprawozdanie z sytuacji politycznej na Dolnym Śląsku w trzeciej dekadzie grudnia 1946 r.
- 10 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie sytuacyjne Wydziału Społeczno-Politycznego za miesiąc listopad 1946 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/30 Sprawozdanie sytuacyjne Wydziału Społeczno-Politycznego za miesiąc grudzień 1946 r.
- 11 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/35 Sprawozdanie miesięczne sytuacyjne za okres od 31 lipca do 30 sierpnia 1946 r., z dnia 31 sierpnia 1946 r. (powiat jeleniogórski).
- 12 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/53 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc luty 1947 r., z 2 marca 1947 r.
- 13 IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za grudzień 1946 r.

w pracach komitetu wyborczego i złożył podpis pod odezwą do miejscowej ludności¹⁴.

Księża w Środzie Śląskiej prowadzili zbiórki pieniędzy na odbudowę świątyni katolickich. Informowano, że „dała ona nadspodziewane wyniki, w każdym razie o wiele większe niż wszystkie inne zbiórki na cele społeczne”¹⁵.

Początkowo rządzący starali się zachowywać pozory dobrych relacji z przedstawicielami Kościoła katolickiego. Jednym z przejawów tej polityki było uczestnictwo w obchodach świąt kościelnych oraz udział księży w obchodach świąt i uroczystości państwowych.

W 1946 r., w dolnośląskich jednostkach milicji obchodzono Święta Wielkanocne. We Wrocławiu były obchodzone uroczyscie¹⁶. Przygotowania do organizacji święta MO w 1946 r., nie przewidywały obecności w nich duchowieństwa¹⁷. Biorący udział w uroczystości we Wrocławiu w dniu 7 października 1946 r., uczestniczyli jednak we mszy świętej odprawionej w kościele garnizonowym¹⁸. W dniu 1 maja 1947 r., w kościele parafialnym w Namysławie odbyło się nabożeństwo, w którym wzięli udział członkowie wszystkich partii politycznych¹⁹. W dniu 25 maja 1947 r., dokonano poświęcenia sztandaru Zarządu Powiatowego Stronnictwa Ludowego w Oleśnicy. W uroczystości uczestniczyli przedstawiciele partii i organizacji społecznych²⁰. W tym dniu odbyły się też nabożeństwa w Namysławie²¹ i w Strzelinie²². W dniu 22 lipca 1947 r.,

14 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/39 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc grudzień 1946 r., z 1 stycznia 1947 r. (powiat średzki).

15 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/66 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1947 r., z dnia 31 maja 1947 r.

16 IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z obchodu Świąt Wielkanocnych w jednostkach MO województwa dolnośląskiego.

17 IPN Wr 145/172 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za wrzesień 1946 r.

18 IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z przebiegu obchodu drugiej rocznicy powstania MO.

19 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/60 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1947 r., z 31 maja 1947 r.

20 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/61 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1947 r., z dnia 31 maja 1947 r.

21 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/60 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1947 r., z 31 maja 1947 r.

22 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/63 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc maj 1947 r., z dnia 2 czerwca 1947 r.

w Oleśnicy pochod uformowany z przedstawicieli partii politycznych, organizacji społecznych i związków zawodowych i ich pocztów sztandarowych udał się do miejscowego kościoła parafialnego, gdzie odbyła się uroczysta msza święta²³. Tego dnia w nabożeństwie w Namysławie uczestniczyli między innymi członkowie partii politycznych, organizacji społecznych i związków zawodowych²⁴, a księży ze Środy Śląskiej urządzili z własnej inicjatywy uroczyste nabożeństwa na których wygłosili okolicznościowe kazania²⁵.

Końcem lipca 1947 r., w Świdnicy aresztowano miejscowego księdza. Miał być w posiadaniu odpisów tajnych dokumentów PUBP oraz dotyczących stanu osobowego Komendy Powiatowej MO w Świdnicy. Informacji tych miał księdzu dostarczać w trakcie spowiedzi jeden z milicjantów. Sprawa ta, niski poziom pracy partyjnej, objawiający się biernością funkcjonariuszy na zebraniach, przychodzeniem na nie ze strachu, czy wypadkami uznawania przez pracowników aparatu polityczno-wychowawczego milicji jako jedynie właściwych wyłącznie ślubów kościelnych, prowadziło komendanta wojewódzkiego milicji Eugeniusza Dowkana do wniosku, że z pracą partyjną i polityczno-wychowawczą „nie jest w porządku”. Uważał za stosowne zasugerowanie przełożonym z KGMO opracowania „jakieś dyskretnej akcji anty-klerykalnej”²⁶. Zwracano przy tym uwagę na ożywianie się ruchu katolickiego, który miał skupiać się wokół Stronnictwa Pracy i Instytutu Katolickiego, którego pierwsze zebranie odbyło się we Wrocławiu w dniu 21 września 1947 r. Na poparcie powyższego zawarto w raporcie fragmenty referatów z powyższego zebrania oraz słowa księdza Milika, które miał wypowiedzieć w trakcie rozmowy z „jednym z towarzyszy z PPR”²⁷.

23 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/61 Miesięczne sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc lipiec 1947 r., z dnia 31 lipca 1947 r.

24 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/60 Sprawozdanie za miesiąc lipiec 1947 r., z dnia 1 sierpnia 1947 r.

25 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/66 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc lipiec 1947 r., z 2 sierpnia 1947 r.

26 IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za sierpień 1947 r.

27 IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za wrzesień 1947 r. Dowkan pisał [dziekan Łagosz] „[...] chwilę obecną określił jako pożar, który pochłania kościół katolicki i dlatego nie może zabraknąć ani jednego katolika przy ratowaniu kultury katolickiej”. Dalej przytaczał słowa biskupa Milika „w Polsce nie ma swobody, wszystko drży pod terrorem rządów Bezpieczeństwa. Chcieliśmy

List pasterski do wiernych wydany w wyniku obrad Konferencji Episkopatu Polski na Jasnej Górze w dniach 5–7 września 1947 r., miał wśród miejscowych dziekanów wywołać negatywny odbiór z uwagi na zaognianie stosunków między państwem, a Kościołem. Z informacji wynikało nadto, że w powiatach Syców i Wołów list ten odczytano tylko w dwóch kościołach, a w wielu innych był czytany „szybko i niezrozumiale”²⁸.

W styczniu 1948 r., donoszono o trzech konferencjach, którym przewodniczył ksiądz Milik, a które odbyły się we Wrocławiu, Wałbrzychu i Legnicy. Myślą przewodnią konferencji miała być walka katolicyzmu z komunizmem²⁹.

W marcu 1948 r., omawiając kwestie dotyczące akcji siewnej, informowano, że księża podczas kazań w związku z parcelacją gruntów kościelnych, przytaczają przepisy prawa kanonicznego traktujące o ekskomunice dla osób bezprawnie zajmujących dobra kościelne³⁰. Miało to być czynione na polecenie administratora apostolskiego³¹.

Donoszono, że księża często wygłaszają kazania przeciwko partiom robotniczym, starają się zjednać młodzież w organizacjach katolickich. Parafie z terenu powiatu bystrzyckiego występowały o pozwolenia na organizowanie zabaw tanecznych i przedstawień teatralnych. Z uwagi na decyzje odmowne ze strony starostwa, wnioski składano w imieniu „Sodalicii Mariańskiej”, a następnie „Caritasu”³².

Zwracano uwagę na milczenie miejscowych księży na temat listu papieża Piusa XII skierowanego w dniu 1 marca 1948 r., do biskupów niemieckich. Stwierdzano, że istnieje grupa księży głoszących nienawiść do Związku Radzieckiego i wyrażających poglądy o konieczności zwrotu Ziemi Zachodnich Niemcom. Sytuacje takie miały mieć miejsce w Żaganiu, Brzegu, Oleśnicy i Górze Śląskiej. Nadto księża odczytywali list pasterski biskupów polskich i informowali o założeniach materializmu.

zorganizować centrową partię katolicką, ale poniechaliśmy na razie ten projekt, bo nasi ludzie – inteligencja i robotnicy, boją się występować na zebraniach”..

28 IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za październik 1947 r.

29 IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za styczeń 1948 r.

30 IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za marzec 1948 r.

31 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/66 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc marzec 1948 r., z dnia 1 kwietnia 1948 r.

32 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc kwiecień 1948 r., z dnia 30 kwietnia 1948 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie za II kwartał 1948 r.

Motywuując negatywną postawę księży przytoczono także poszczególne przypadki, a to nazywanie uczniów nie uczęszczających na religię – komunistami i rzucenie klątwy na wójta gminy Wilków za zaoranie ugoru będącego dobrami kościelnymi. Jako wypowiedź antypaństwową uznano słowa księdza z Ludwikowic, który podczas mszy w dniu 9 maja 1948 r., stwierdził „będziemy budować Polskę o innym obliczu”³³. W powiecie głogowskim zarzucano, że księża niewłaściwie tłumaczą list papieski, twierdząc „jakoby papież nie kwestionował naszych granic zachodnich” lub próbowali „przyczyn tego stanu szukać w braku konkordatu Polski z Watykanem”³⁴.

W czerwcu 1948 r., miały miejsce wizyty administratora apostolskiego księdza dra Karola Milika w miejscowościach dolnośląskich. W większości z nich był uroczystie przyjmowany. Jego przyjęcie przez mieszkańców Wałbrzycha zostało określone jako obojętne, a on sam w wydanym liście pasterskim ubolewał nad postępowaniem miejscowych władz³⁵. W lipcu 1948 r., podczas pobytu w Oleśnicy nie był witany przez przedstawiciela rządu z uwagi na fakt, że „czynnik rządowy oficjalnego udziału w powitaniu nie brał”³⁶.

W sprawozdaniu za lipiec 1948 r., pisano, że księża występują publicznie przeciwko milicji i ORMO. Do sytuacji takiej miało dojść w parafii w Karłowicach powiatu brzeskiego. Stwierdzenie proboszcza z Łomnicy, że „Wilno i Lwów znajdują się pod okupacją”, miało być natomiast dowodem, że kler występuje przeciwko istniejącym granicom Polski. Przytaczano przypadki występowania księży przeciwko osadnikom wojskowym, skutecznego wpływania na urzędnika stanu cywilnego, aby nie udzielał ślubów cywilnych czy wyrażania się z sympatią o Josipie Broz Tito. Księża często wyjeżdżali celem wygłaszania kazań do innych parafii³⁷. We wrześniu 1948 r., ponownie donoszono o wzmożonej aktywności kleru i jego

33 IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za maj 1948 r. Raport miesięczny KWMO we Wrocławiu (bez daty) za kwiecień 1948 r. Raport miesięczny KWMO we Wrocławiu (bez daty) za maj 1948 r.

34 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/47 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc październik 1948 r., z 5 listopada 1948 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/47 Sprawozdanie Starosty Powiatowego Głogowskiego za IV kwartał 1948 r.

35 IPN Wr 145/229 Raport miesięczny KWMO (bez daty) za czerwiec 1948 r.

36 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/61 Miesięczne sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc lipiec 1948 r., z dnia 29 lipca 1948 r.

37 IPN Wr 145/229 Raport miesięczny KWMO we Wrocławiu z dnia 9 sierpnia 1948 r.

negatywnym wpływie na proces uspołeczniania wsi. Jako jeden z przykładów przytoczono słowa księdza z Wąsosza z powiatu górowskiego, który mówił, że „bezbożnicy będą potępieni w Polsce przez Boga” oraz że „nad Polską wiszą czarne chmury niebezpieczeństwa ze strony tychże bezbożników”. Raportowano, że w powiecie brzeskim działalność kleru osłabła, na co miało wpływ osadzenie w więzieniu księdza Żółczyńskiego. W powiecie bystrzyckim ujawniono ulotki o treści antyradzieckiej. Sugerowano, że ich autorem jest kler i miejscowa młodzież katolicka³⁸. Stosunek duchowieństwa w powiecie kłodzkim do władz określano jako negatywny. Zwracano jednak uwagę, że niektórzy proboszczowie współpracowali z Komitetem Odbudowy Stolicy poprzez wygłaszanie okolicznościowych kazania³⁹. Z powiatu lwóweckiego donoszono o wrogim ustosunkowaniu kleru do ruchów lewicowych, a w szczególności partii politycznych oraz o jego dużym wpływie na miejscowe społeczeństwo. Księża w kazaniach nawoływali młodzież, aby nie brała udziału we współzawodnictwie pracy⁴⁰.

W listopadzie 1948 r., informowano o licznym uczestnictwie ludności wiejskiej w odbywających się w powiecie bystrzyckim nabożeństwach związanych ze śmiercią kardynała Hlonda⁴¹. W listopadzie 1948 r., infor-

38 IPN Wr 145/229 Sprawozdanie miesięczne KWMO we Wrocławiu za okres od dnia 1 sierpnia do dnia 1 września 1948 r.

39 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/53 Ogólne Sprawozdanie Starosty Powiatowego za III kwartał 1948 r., z dnia 1 października 1948 r.

40 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/58 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc sierpień 1948 r., z 1 września 1948 r. Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc listopad 1948 r., z dnia 4 grudnia 1948 r. Sprawozdanie za miesiąc kwiecień 1949 r., z 6 maja 1949 r. Starosta pisał: „Taktyka reakcyjnej roboty kleru rzym.-kat. omija bezpośrednie wrogie wystąpienia, a przybrała formę przenikania przez swoje grupy zfanatyzowane religianstwem lub też reakcją, która się związała z tut. klerem, jak kupcy, którzy charakterystycznie obwieszają swoje sklepy i zakłady elementami religijnymi, oraz częścią tut. inteligencji bogatszego chłopstwa. Z oficjalnych wystąpień są: w Mirsku, gdzie ksiądz katecheta specjalnie wyprowadza dzieci na dziedziniec szkolny, celem wspólnych modlitw – fama głosi, że jak zabronią modlitw w szkole, to będą się dzieci modliły tak jak obecnie – na dziedzińcu. Ksiądz Pyclik z Lubomierza wyraża się na oficjalnych zebraniach, że będzie mówił co chce i jak mu się podoba, a więzienia się nie obawia ponieważ dla niego ta historia jest znana i niestraszna... – na terenie naszym ogólnie wiadomo o jego wrogim ustosunkowaniu się do Rządu za co przebywał w więzieniu i został zwolniony jedynie z powodu swojej anormalności” – pisownia oryginalna.

41 IPN Wr 145/229 Raport miesięczny KWMO we Wrocławiu z dnia 10 listopada 1948 r.

owano o podjęciu przez księży „otwartej walki” podając za przykłady postępowanie dziekana Grodzianowskiego z powiatu bolesławieckiego, który miał przygotowywać księży do walki (choć nie przytaczano szczegółów) oraz informował ich o możliwości aresztowań. Miało ją również stanowić opuszczanie pracy przez pracowników fabryki zapalek w Bystrzycy w czasie trwania misji. Zwracano także uwagę na fakt kolportowania w gimnazjum w Karpaczu przez proboszcza Lisowskiego broszur „Bezbożny Komunista Wojujący” i „Światła Serafińskie”, które były „wybitnie antydemokratyczne i antyradzieckie”. W tym też czasie jednostka milicji z Milicza meldowała, „że kilku milicjantów jest pod wpływem kleru”⁴².

W raporcie za grudzień 1948 r., pisano, że działalność kleru wzmożła się w odpowiedzi na referat Aleksandra Zawadzkiego, wygłoszony na zjeździe zjednoczeniowym PPS i PPR. Z niepokojem patrzono na rozrost organizacji kościelnych i ich wpływ na mieszkańców wsi, a szczególnie na młodzież. Walkę uznawano za tym trudniejszą, że pod wpływem księży pozostawali funkcjonariusze milicji. Ich stopień uświadomienia politycznego uznawano za niski. Widziano to w złej pracy pionu polityczno-wychowawczego. Wypadki popierania księży przez milicjantów notowano w Miliczu, Wałbrzychu, Żarach – gdzie do rady kościelnej należeli niektórzy członkowie PZPR⁴³. W powiecie legnickim zgłaszano większą aktywność w działalności stowarzyszeń kościelnych (Sodalicji Mariańskiej, Koła Ministrantów i Caritas)⁴⁴.

W styczniu 1949 r., w starostwie kłodzkim doszło do spotkania z miejscowym dziekanem – księdzem Juszczykiem. Dotyczyło angażowania się księży w sprawy polityki państwa. Dziekan zobowiązał się do

42 IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu z dnia 9 grudnia 1948 r.

43 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu z dnia 10 stycznia 1949 r. Pisząc o wpływie księdza z powiatu milickiego na milicjantów zawarto następującą uwagę: „Co gorsze wpływ księdza niejednokrotnie sięga funkcjonariuszy M.O. (Żona K-dta Posterunku haftuje dla księdza poduszkę – co za wyrafinowana perfidja)” (*sic*). Pisano nadto: „[...] Sekretarz K.P. Żary przysłała w imieniu Komendy „Bóg zapłać” księdzu za ofiarowany opłatek”. Aleksander Zawadzki: od 1923 r., w KPP, Współzałożyciel ZPP i Centralnego Biura Komunistów Polskich. Generał LWP. Członek Sekretariatu KC PPR, a następnie sekretarz KC PZPR (1944–1964). Wicepremier (1949 i 1950). Przewodniczący Rady Państwa PRL (1952–1964).

44 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/55 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc grudzień 1948 r.

napomnienia podległych mu księży⁴⁵. Kolejnym problemem eksponowanym w raportach było zbieranie podpisów w sprawie zwiększenia godzin religii w szkołach. Akcja ta wzmogła się w miesiącu lutym. Były one kierowane do Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej i kuratora szkolnego. Zbierano je w pierwszej połowie stycznia w starostwie głogowskim⁴⁶. O akcji tej zgłaszano także z powiatu koźuchowskiego⁴⁷ i lubińskiego⁴⁸. Piętnowano fakt, że w powiecie koźuchowskim na listy te wpisywali się również członkowie PZPR, a w jednej z gmin członek PZPR zbierał podpisy w tej sprawie. Jako organizację szkodliwą określano „Caritas Academica”, liczącą ponad 2000 studentów. Przytaczano nadto konkretne przykłady „prowokacji” ze strony księży. Jednym z nich miała być propozycja złożona przez księdza z Jeleniej Góry, poświęcenia miejscowego lokalu PZPR. Jako inny przedstawiano zorganizowanie w kościele koncertu w dacie zebrania członków PZPR (Głuszycy), agitację wśród chorych w szpitalach (Ząbkowice), obecność wśród pracowników zakładów pracy, czy szkół wyższych⁴⁹. W raporcie z lutego 1949 r., informowano o „szpiegowskiej działalności” księdza Sapoty w Bardzie. Stwierdzano, że rewizja ujawniła kompromitujące dokumenty przeznaczone dla kurii biskupiej⁵⁰. Zanotowano negatywne stanowisko duchowieństwa w związku z oświadczeniem wydanym w dniu 14 marca 1949 r., przez Ministra Administracji Publicznej Władysława Wolskiego w sprawie Kościoła. Informowano o wzmożeniu działalności stowarzyszeń religijnych w stosunku do młodzieży. Komentowano wypowiedź prasową księdza dziekana z Jeleniej Góry, który w pisemnym oświadczeniu skierowanym do redakcji „Słowa Polskiego” miał zgadzać się ze stanowiskiem rządu. Wypowiedź

45 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/53 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc styczeń 1949 r., z 5 stycznia 1949 r. Sprawozdanie za I kwartał 1949 r., z dnia 4 kwietnia 1949 r.

46 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/47 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc styczeń 1949 r., z dnia 31 stycznia 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/47 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc luty 1949 r., z dnia 2 marca 1949 r.

47 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/54 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc styczeń 1949 r., z 31 stycznia 1949 r.

48 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/57 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc styczeń 1949 r.

49 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO we Wrocławiu za styczeń 1949 r.

50 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO z dnia 8 marca 1949 r., za miesiąc luty 1949 r.

ta miała doprowadzić do rozdzwienku pomiędzy miejscowymi duchowymi⁵¹. Z powiatu bystrzyckiego donoszono o milczeniu kleru w tej kwestii. Wyjątkiem był ksiądz z Bystrzycy Kłodzkiej, który w kazaniu mówił „o dziejowej walce władzy świeckiej z papieżem, z której papież zawsze wychodził zwycięsko” co odbierano jako aluzję do stosunku państwa do Kościoła, który „chce zdobyć władzę nad władzą świecką”⁵².

Oświadczenie rządu w sprawie stosunku państwa do Kościoła było popularyzowane przez aktywność PZPR na zebraniach organizowanych w zakładach pracy, gminach i gromadach. Z informacji wynikało, że w zebraniach tych brało udział łącznie około 130 tysięcy ludzi. Dochodziło do wypadków demonstracyjnego ich opuszczania. W konsekwencji powyższego w dwóch szkołach w Żarach ujawniono ulotki, w Szczawnie zniszczono oświadczenia rządu, w Głuszycy miała miejsce procesja w której brało udział 3000 wiernych. W jej trakcie w oknach siedziby PZPR wywieszono krzyże. W Środzie Śląskiej księża mieli nakazywać niszczenie literatury marksistowskiej. Sygnalizowano, że „fanatyzm” ogarnął niektórych członków PZPR. Księża z Namysłowa, Wołowa, Jeleniej Góry, Lubinia mieli natomiast wyrażać aprobatę dla opcji prezentowanej przez rząd⁵³.

Widziano problem w ciągłych kontaktach dostojników kościelnych ze społeczeństwem. Rozumiano, że ich celem było zatrzymanie w kościele wiernych. Wizyty księdza Milika miały bardzo uroczysty przebieg. Były organizowane przez komitety kościelne do których należeli często członkowie PZPR. Witano go banderą konną, budowano bramy triumfalne, dekorowano okna, organizowano procesje. Ludzie w czasie wizyt często zaprzestawali prac polowych. Z działalnością „reakcyjnej części” księży wiązano bojkotowanie spółdzielni, podatku gruntowego, pomocy sąsiedzkiej czy pozostawiania odłogów⁵⁴. W Bardzie w powiecie ząb-

51 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO za miesiąc marzec 1949 r., z dnia 8 kwietnia 1949 r.

52 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc marzec 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie sytuacyjne za I kwartał 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc kwiecień 1949 r.

53 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO za miesiąc kwiecień 1949 r., z dnia 7 maja 1949 r.

54 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO za miesiąc maj 1949 r., z dnia 9 czerwca 1949 r.

kowickim, w dniu 1 maja 1949 r., księża przygotowali procesję uliczną. Planowano także odczytanie w kościołach parafialnych w Kamieńcu oraz Ząbkowicach Śląskich listu pasterskiego. Ksiądz dziekan Wiszniewski wskutek „energicznego działania” starosty odstąpił od tych planów. List pasterski odczytano w dniu 3 maja 1949 r. W powiecie kłodzkim na zorganizowanym spotkaniu sugerowano księżom, aby w czasie pochodów pierwszomajowych nie prowadzili nabożeństw⁵⁵. W Koźuchowie księża nie skorzystali z zaproszenia starosty⁵⁶. W dniu 3 maja 1949 r., świętowała ludność niektórych wsi. Księża zrezygnowali jednak z urządzenia planowanych procesji⁵⁷.

W uroczystościach Bożego Ciała w Kłodzku brak było gości oficjalnych. Starosta delegował jedynie swego przedstawiciela na nabożeństwo⁵⁸. W Jeleniej Górze informowano o pociągnięciu do odpowiedzialności w trybie karno-administracyjnym sześciu osób za udekorowanie wystaw sklepowych chorągiewkami z barwami watykańskimi⁵⁹. W powiecie sycowskim kilkunastu kupców również wywiesiło flagi. Część z nich na polecenie władz usunęła je przed procesją. Pozostali, którzy nie chcieli usunąć flag, zostali ukarani grzywną⁶⁰. Jako formy oporu duchowieństwa przytaczano organizowanie procesji, nawoływanie do wiary, pokory i bojkotu organizacji partyjnych⁶¹.

„Nowe luki i niedomagania [...] w walce z wrogiem” ujawniły dekret Świętego Oficjum z 1 lipca 1949 r., zabraniający katolikom pod groźbą ekskomuniki przynależności i popierania partii komunistycznych i „cud lubelski”. Raportowano, że informacje o tych zdarzeniach były

55 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/53 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc kwiecień 1949 r., z 28 kwietnia 1949 r.

56 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/54 Ogólne sprawozdanie Starosty Powiatowego Koźuchowskiego za II kwartał 1949 r., z 29 czerwca 1949 r.

57 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/75 Sprawozdanie sytuacyjne z dnia 31 maja 1949 r.

58 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/53 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc czerwiec 1949 r., z dnia 30 czerwca 1949 r.

59 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/50 Sprawozdanie sytuacyjne z terenu miasta Jeleniej Góry za miesiąc czerwiec 1949 roku, z dnia 23 czerwca 1949 r.

60 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/64 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc czerwiec 1949 r.

61 IPN Wr 145/248 Raport Sytuacyjny KWMO za miesiąc czerwiec 1949 r., z dnia 9 lipca 1949 r.

propagowane przez zakonników, którzy będąc w dużej liczbie, docierali do ludności województwa. Mieszkańcy otrzymywali mnóstwo listów od rodzin zamieszkałych na terenie Lublina, udawali się tam osobiście. Negatywnie oceniano reakcję organizacji partyjnych w terenie. Zebrania nie przynosiły zamierzonych efektów. Uczestnicy opuszczali je i nie głosowali za rezolucją partyjną. Najgorzej sytuacja przedstawiała się w Żąbkowicach, Kątach, Żarach, Dzierżoniowie, Brzegu i Strzelinie. Notowano wypadki występowania PZPR przeciw religii co uznawano za zjawisko szkodliwe. Pisano o nasileniu pielgrzymek, odpustów, procesji. „Cud lubelski” wpłynął na funkcjonariuszy milicji. Wykorzystywali możliwość wyjazdów do Lublina w konwojach, a następnie „sami rozsiewali wieści „o cudzie”, widzianym przez nich na własne oczy”⁶². W powiecie głogowskim ludność miała pozostać obojętna, a księża zdarzenie to przemilczeć. Podobna sytuacja miała mieć miejsce w powiecie górowskim⁶³ i jeleniogórskim⁶⁴. W powiecie trzebnickim jeden z księży w wygłoszonym kazaniu miał stwierdzić, że „cud lubelski” „nie jest prawdą, a zorganizowany został przez podżegaczy wojennych”. Inni księża nie wypowiadali się w tej sprawie⁶⁵.

W sierpniu 1949 r., prowadzono na terenie województwa akcję partyjną, związaną z dekretem Świętego Oficjum oraz dekretem o wolności sumienia i wyznania. Akcję tą oceniano pozytywnie. Zebrania miały dużą frekwencję, przebiegały na ogół bez zakłóceń. Zwracano uwagę na bierną, a nawet wrogą postawę niektórych urzędników państwowych,

62 IPN Wr 145/248 Raport Sytuacyjny KWMO za miesiąc lipiec 1949 r. Pod nazwą „cud lubelski” określane jest zdarzenie które miało miejsce w dniu 3 lipca 1949 r. Wtedy to na obrazie Matki Bożej znajdującym się w lubelskiej katedrze, zauważono krwawą łzę. Wiadomość o tym zdarzeniu spowodowała masowy napływ do Lublina pielgrzymów z całej Polski. Władze uznały je za prowokację ze strony środowiska kościelnego, starały się ograniczyć napływ wiernych.

63 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/47 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc lipiec 1949 r., z dnia 8 sierpnia 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/48 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc lipiec 1949 r., z dnia 1 sierpnia 1949 r.

64 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/51 Sprawozdanie sytuacyjne za III kwartał 1949 r., z dnia 29 września 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/50 Ogólne sprawozdanie miasta Jelenia Góra za III kwartał 1949 r., z października 1949 r.

65 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/69 Sprawozdanie sytuacyjne za miesiąc lipiec 1949 r., z 1 sierpnia 1949 r.

wypowiedzi pochwalające postawę Watykanu, ale i na fakt, że „[...] do tej pory niewykorzeniona gorliwość antyreligijna niektórych tow. partyjnych, gotowych przy każdej sposobności do wypowiedzenia wojny kościołowi, obracały zebrania w nic”. Podkreślano liczne wypowiedzi ze strony „postępowej części kleru” polegające na przyjęciu prorządowego stanowiska i krytyki postawy Watykanu. Sytuacje takie miały mieć miejsce w Kłodzku, Kątach, Ząbkowicach, Wałbrzychu, Kamiennej Górze, Środzie Śląskiej, Oławie i Lubiniu. Zwracano uwagę na często kierowane przez społeczeństwo żądania ustanowienia stałych władz kościelnych na obszarze Ziem Odzyskanych⁶⁶. W powiecie bystrzyckim na czternastu księżych tylko trzech wypowiedziało się przeciwko polityce Watykanu. Pozostali wraz z dziekanem Łopacińskim stwierdzali, że będą wykonywać zarządzenia władz kościelnych. Pisano, że księża do czasu wejścia w życie dekretu o wolności sumienia i wyznania, potępiali spółdzielczość produkcyjną, współzawodnictwo pracy, brali w obronę „elementy bandycie” czym „jawnie występowali przeciwko ustrojowi demokratycznemu”. W okresie późniejszym nawet księża, którzy byli pozytywnie ustosunkowani do obecnej rzeczywistości, przestali wypowiadać się w sprawach politycznych⁶⁷. W Dzierżoniowie miejscowy starosta przeprowadził sierpniu 1949 r., rozmowy z czternastoma księżmi w sprawie dekretu o ochronie wolności sumienia i wyznania. Został on przez nich przyjęty z „utajoną rezerwą”. Starosta donosił, że tylko jeden z księżych był pozytywnie ustosunkowany⁶⁸. W powiecie jeleniogórskim stanowisko kleru odebrano jako obojętne⁶⁹. W powiecie kamiennogórskim stwierdzono pozytywne ustosunkowanie się księżych poza jednym proboszczem⁷⁰. W powiecie świdnickim postawę księżych w większości odebrano jako pozytywną⁷¹.

66 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO za miesiąc sierpień 1949 r., z dnia 10 września 1949 r.

67 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie doraźne z dnia 31 sierpnia 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/45 Sprawozdanie za miesiąc grudzień 1949 r.

68 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/46 Sprawozdanie sytuacyjne za III kwartał 1949 r.

69 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/51 Sprawozdanie sytuacyjne za III kwartał 1949 r., z dnia 29 września 1949 r.

70 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/52 Ogólne sprawozdanie Starosty Powiatowego Kamiennogórskiego za III kwartał 1949 r.

71 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/68 Sprawozdanie sytuacyjne za III kwartał 1949 r., z dnia 22 października 1949 r.

W powiecie ząbkowickim jeden z księży w artykule wydrukowanym na łamach „Gazety Robotniczej” miał potępiać stanowisko papieża i wypowiadać się bardzo pozytywnie na temat obecnej rzeczywistości. Inni księża nie ujawniali swego stanowiska⁷².

Księża negatywnie odnosili się także do dekretu z dnia 5 sierpnia 1949 r., zmieniającego przepisy o stowarzyszeniach i nie rejestrowali organizacji kościelnych. Zgłaszali, że stowarzyszenia religijne zostały rozwiązane i nie prowadzą żadnej działalności⁷³. Informowano również, że w powiecie lubańskim niektórzy księża występowali na wiecach pokojowych, a ich wystąpienia odbierano jako lojalne. U części księży natomiast nadal obserwowano „wrogi stosunek do Polski Ludowej”. Pozostali nie ujawniali swoich poglądów⁷⁴. We wrześniu i październiku donoszono, że kler „konspiruje swą działalność”, księża unikają jawnych wystąpień, odbywają się wyłącznie misje i zbiórki pieniężne⁷⁵. Za wrogie wystąpienie uważano zorganizowanie przez księdza z Boguszowa w trakcie żniw, pielgrzymek konnych do sąsiedniego powiatu⁷⁶. Informowano, że wierni z dwóch wrocławskich parafii, w jednym wypadku podjęli decyzję o wysłaniu do Prymasa Polski, pisma dotyczącego uregulowania problemu administracji kościelnej, a w drugim wierni wystosowali w tej sprawie rezolucję⁷⁷. Było to odbiciem postaw konkretnych księży.

Sytuacja Kościoła wrocławskiego podobnie jak i czterech pozostałych administracji apostołskich zasadniczo nie różniła się od sytuacji Kościoła

72 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/75 Sprawozdanie sytuacyjne za sierpień 1949 r.

73 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/52 Ogólne sprawozdanie Starosty Powiatowego Kamiennogórskiego za IV kwartał 1949 r. AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/55 Sprawozdanie periodyczne za IV kwartał 1949 r., z dnia 8 stycznia 1950 r.

74 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/56 Ogólne sprawozdanie za II kwartał 1949 r.

75 IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny KWMO za miesiąc październik 1949 r. Raport sytuacyjny KWMO za miesiąc listopad 1949 r.

76 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/70 Sprawozdanie miesięczne z działalności referatu społeczno-politycznego za miesiąc wrzesień, z 29 września 1949 r.

77 AP Wrocław, Urząd Wojewódzki Wrocławski, nr VI/73 Sprawozdanie sytuacyjne z Oddziału Społeczno-Politycznego za miesiąc sierpień 1949 r., z dnia 1 września 1949 r. Sprawozdanie sytuacyjne z Oddziału Społeczno-Politycznego za miesiąc wrzesień 1949 r., z dnia 6 października 1949 r.

w pozostałej części kraju. Również tu dochodziło do inwigilacji i aresztowań księży. Przykładem mogą być osoby ks. Tomasza Sapety, Bernarda Pyclika, Władysława Lorka. Podstawowa różnica wiązała się ze złożoną sytuacją wynikającą z ustanowienia na tym terenie wyłącznie administracji apostolskiej. Wiązało się to z ciągłymi zarzutami kierowanymi przez rządzących do władz kościelnych i naciskami w celu zmiany tej sytuacji. Choć z punktu widzenia prawa kanonicznego kwestia ta nie mogła w tym czasie zostać rozwiązana, rządzący wykorzystując nastroje społeczeństwa oraz postawę części księży, podejmowali próby naruszenia aury Kościoła. Działania komunistów mające na celu przejęcie kontroli nad Kościołem katolickim, poprzez powierzenie w nim władzy zależnym od nich księżom, dotknęły także administratorów apostolskich, w tym wielkiego patrioty, orędownika polskości ziem piastowskich – ks. dr Karola Milika, który w 1951 r., został pozbawiony przez władze piastowanego urzędu i aresztowany. Decyzja ta w konsekwencji godziła w wolność Kościoła i umacniała jego uzależnienie od ówczesnie rządzących Polską.

Bibliografia

Archiwalia

Archiwum Państwowe we Wrocławiu
Instytut Pamięci Narodowej Oddział we Wrocławiu

Literatura

- Dominiczak Henryk, *Organy bezpieczeństwa PRL w walce z Kościołem katolickim 1944–1990. W świetle dokumentów MSW*, Wydawnictwo Bellona 2000.
- Dudek Antoni, Gryz Ryszard, *Komuniści i Kościół w Polsce 1945–1989*, Wydawnictwo Znak.
- Kallas Marian, *Historia ustroju Polski*, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2006.
- Kallas Marian, Lityński Adam, *Historia ustroju i prawa Polski Ludowej*, wyd. 1, Wydawnictwo Prawnicze PWN 2000.
- Markiewicz Stanisław, *Państwo i Kościół w Polsce. Krajowa Agencja Wydawnicza*, Warszawa 1984.

Droga do stabilizacji polskiej administracji kościelnej na Ziemiach Zachodnich i Północnych po II wojnie światowej, pod red. Wojciecha Kucharzkiego, Ośrodek „Pamięć i Przyszłość”, Wrocław 2013.

Represje wobec Kościoła katolickiego na Dolnym Śląsku i Opolszczyźnie 1945–1989, pod red. Stanisława A. Bogaczewicza i Sylwii Krzyżanowskiej, Wydawnictwo Instytutu Pamięci Narodowej, Wrocław 2004.

Urząd Bezpieczeństwa na Dolnym Śląsku 1945–1956, pod redakcją Roberta Klementowskiego i Krzysztofa Szwagrzyka, wyd. 1, Wydawnictwo Instytutu Pamięci Narodowej, Wrocław 2012.

Wójcik Stefan, *Katechizacja w warunkach systemu totalitarnego na przykładzie Administracji Apostolskiej Dolnego Śląska w latach 1945–1961*, Instytut Historyczny Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995.

Żaryn Jan, *Dzieje Kościoła katolickiego w Polsce 1944–1989*, Wydawnictwo Neriton 2003.

Aleksander Kiliszkiwicz
(Uniwersytet Wrocławski)

PRAWNE ASPEKTY WŁASNOŚCI MUZUŁMAŃSKIEJ W PRAWIE POLSKIM

ABSTRACT

LEGAL ASPECTS OF MUSLIM PROPERTY IN POLISH LAW

The article addresses the issue of legal regulations on Muslim property in Poland. It contains information concerning a *waqf* and the principles of managing the assets of the Muslim Religious Union in Poland, with particular emphasis on the assets of the Union and the assets of the Muslim communities. The author analyses the legal situation on the basis of statutory regulations, as well as the bylaws of the Muslim Religious Union and the provisions of *Sharia* law. In addition, the article includes a brief historical background of Islam in Poland.

KEYWORDS: Islam, Muslims, Muslim Religious Union in Poland, Tatars, religion, waqf, property

SŁOWA KLUCZOWE: Islam, muzułmanie, Muzułmański Związek Religijny w RP, Tatarzy, religia, wakuf, własność

1. Zarys historyczny islamu na ziemiach polskich

Islam to monoteistyczna religia, powstała na terenie półwyspu arabskiego w czasach średniowiecza. Jego twórcą jest Muhammad ibn Abd Allah al-Muttalib (ok. 570–632 ne). Islam to obecnie druga religia na świecie, jeżeli weźmie się pod uwagę liczbę jej wyznawców (wg PEW Research Center's Forum 2010). Dokładną liczbę muzułmanów ciężko jest oszacować – prawdopodobnie jest ich około 1,6 miliarda.

Kwestie zasad i doktryny islamu należy w niniejszej pracy pominąć. Wskazać jednak należy, skąd wziął się na terenach polskich islam. Wiadomym jest, że muzułmanie dotarli do terenów polskich (na potrzeby niniejszego artykułu uznajemy, że chodzi i o tereny Polski jak i Wielkiego Księstwa Litewskiego, oraz tereny geograficznie należące do Polski czy też wcześniej Rzeczypospolitej Obojga narodów) jeszcze przed oficjalnym powstaniem państwa polskiego, a więc przed czasami Mieszka I. Byli to głównie kupcy, którzy wędrowali bursztynowym szlakiem. Kontakty polsko-islamskie były więc mocno ograniczone i raczej incydentalne. Ponieważ państwo polskie¹ jako takie nie brało udziału w krucjatach krzyżowych², więc także w ten sposób nie nawiązano bliższych kontaktów z islamem. Nie zmienia to oczywiście w żaden sposób faktu, że rycerze pochodzący z terenów polskich prywatnie brali udział w krucjatach i przez to obcowali z muzułmanami. Nie jest pewne, kiedy na ziemiach polskich pojawili się pierwsi muzułmańscy osadnicy. Istnieje kilka różnych teorii tego dotyczących. Wedle informacji Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP pierwszy potwierdzony historycznie przypadek osadnictwa muzułmańskiego na terenach polskich miał miejsce w 1397 roku – chodziło o tatarskich jeńców Wielkiego Księcia Witolda³. Wskazać należy jednak, że inne źródła przesuwają tę datę na rok 1324⁴. Dodatkowo, prócz Tatarów pojawiło się zagrożenie ze strony wyznających islam Turków osmańskich i stworzonego przez nich imperium osmańskiego. Państwo to w połowie XV wieku zaczęło zagrażać polskiemu interesom. Wracając do Tatarów, trzeba zauważyć, że imigracja tatarska na ziemię polskie nasiliła się do lat 30 XV wieku⁵ a następnie z różnym nasileniem trwała do końca XVII wieku. Późniejsza fala imigracji, to okres po roku 1917, kiedy to wielu Tatarów uciekało z terenów zajętych

-
- 1 Rozumiemy pod tym pojęciem też księstwa powstałe w wyniku rozbitcia dzielnicowego.
 - 2 Słynna już jest anegdota o tym, jaka była odpowiedź Leszka Białego, który na wezwanie do udziału w krucjacie, wystosowane przez papieża Honoriusza III. Władca odparł bowiem, że na wyprawę ruszyć nie może, albowiem w Palestynie brak jest piwa i miodu, przez co nie byłby on w stanie tam przeżyć.
 - 3 *Historia islamu w Polsce*, <http://mzr.pl/historia-islam-u-w-polsce-2/> [dostęp: 20 października 2016].
 - 4 *Szlak Tatarski*, <http://www.kruszyny.pl/szlak.html> [dostęp: 20 października 2016].
 - 5 *Historia. Tatarzy – Muzułmanie Polscy*, http://www.tatarzy.pl/historia/tatarzy_polscy.html [dostęp: 20 października 2016].

przez bolszewików na ziemi polskie⁶. Zdecydowana większość z nich osiedlała się na terenach wschodnich – ówczesnego Wielkiego Księstwa Litewskiego, a po 1917 na tzw. Kresach.

Większość imigrantów przybywających na ziemi polskie należała do tatarskiej arystokracji. Wartym zaznaczenia jest, że w zasadzie nie byli oni w Polsce prześladowani – mogli zachować odrębność kulturową i religijną, choć oczywiście z biegiem czasu mocno się zasymilowali i wersja islamu wyznawana przez polskich Tatarów zaczęła się dość istotnie różnić od islamu arabskiego. Wynikało to w dużej mierze z odizolowania nie-dużej mniejszości tatarskiej od wpływów z terenu półwyspu arabskiego.

Osiedlanie się osób odmiennych kulturowo i religijnie spowodowało konieczność prawnego uregulowania ich statutu. Pierwsze znane regulacje prawne dotyczące muzułmanów w Polsce pochodzą z roku 1529 – w I Statucie Litewskim ograniczono możliwość zeznawania muzułmanów przed sądami, ale tylko w sprawach przeciwko chrześcijanom. Ograniczenie to nie utrzymało się długo, albowiem w 1561 roku król Zygmunt II August zniósł wszakże te ograniczenia. W 1566 roku II Statut Litewski na nowo je wprowadził, ale już w dwa lata później znów zostały one uchylone i tym razem była to decyzja definitywna. Wiadomo, że już w XVI wieku powszechne było ograniczanie Tatarom dostępu do urzędów publicznych, ale zakaz ten dotyczył tylko osób, które wyznały islam. Przejście na chrześcijaństwo pozwalało piastować dowolne stanowiska. Najprawdopodobniej już wcześniej wydawano akty prawne regulujące status Tatarów na terytorium polskim, ale najpewniej były to różnego rodzaju porozumienia ustne, tudzież zwyczajowe⁷. Wiadomo też o różnych indywidualnych aktach prawnych skierowanych do Tatarów. Przykładowo syn chana Wielkiej Ordy – Szacha Achmata o imieniu Aziubek Sołtan otrzymał w początkach XVI wieku od króla Zygmunta Starego spory majątek w postaci 70 domostw chłopskich. Aziubek Sołtan przyjął wówczas polskie nazwisko Ożarowski⁸.

Ja powszechnie wiadomo nie ma islamu bez meczetu. O świątyniach tych najwcześniejsze wzmianki pochodzą z 1558 roku, kiedy to

6 S. Mirza-Jurzeński Chazbijewicz, *Szlachta tatarska w Rzeczypospolitej*, „Verbum Nobile” 1993, nr 2.

7 P. Borawski, A. Dubiński, *Dzieje Tatarów polskich XII–XX w.*, <http://tataria.eu/index.php/menu-historia/podmenu-dzieje-tatarow/36-pod-wadz-jagiellonow> [dostęp: 4 lipca 2016].

8 *Ibidem*.

anonimowe źródło stwierdza, że na Litwie są biedne i proste meczety. Dodatkowo to samo źródło wskazuje, że aby wybudować meczet potrzeba było uzyskać zgodę władcy⁹. Pierwsze meczety na ziemiach polskich powstawały jeszcze w XIV wieku. Najprawdopodobniej najstarszy z nich istniał we wsi Sorok Tatarzy¹⁰. Nieznana jest dokładnie liczebność meczetów w Polsce. Polskie dane mówią o istnieniu 28 meczetów na terenach polskich, podczas gdy badania tureckie dokonane przez Ibrachima Pa-szę Peczewi wskazują, że było ich ok. 60¹¹. Ponieważ liczebność Tatarów w Polsce szacuje się na 3–4 tys. w XVI wieku i ok. 5,5 tys. w XX leciu międzywojennym to należy stwierdzić, że nie była to liczba mała. Wska-zuje to na dość liberalną politykę ówczesnych władz w zakresie pozwa-lania na budowę meczetów.

Tatarzy w dawnej Rzeczypospolitej cieszyli się wieloma przywilejami – zapewnioną mieli wolność osobistą, liczne zwolnienia fiskalne, prawo do wolności wyznania itp. W zamian za to zobowiązani byli do służby wojskowej, gdyż znani byli, jako doskonali wojownicy¹². Część z tatarów otrzymywała także nadania ziemskie (tzw. tatarszczyznę). Warte zauważenia jest, że istniały odrębne uregulowania prawne dotyczące zasad służby wojskowej Tatarów, ich wynagradzania, zaopatrzenia itp.¹³ Zaznaczyć należy, że Tatarzy wiernie służyli Rzeczypospolitej i nie raz dawali świadectwo tego, że są lojalni wobec swej nowej ojczyzny nawet w sytuacji, w której przychodziło im walczyć po stronie „niewiernych” przeciwko swoim współwyznawcom. Oddziały tatarskie walczyły też podczas wojny polsko-bolszewickiej (Pułk Jazdy Tatarskiej wstawiony w obronie Płocka) oraz wojny obronnej 1939 roku (1 Szwadron Tatarski wstawiony szarżą na Niemców koło Maciejowic). Wspomnieć należy też, że w obliczu zagrożenia wojną Tatarzy, którzy przez lata zbierali pieniądze na budowę nowego meczetu przeznaczyli całe zebrane środki na Fundusz Obrony Narodowej.

Warte odnotowania jest, że pomimo stosunkowo intensywnych kontaktów z Imperium Osmańskim (nie tylko handlowych, ale też licznych wojen i wzajemnych najazdów) nie zanotowano z tego kierunku ani

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Obecnie Litwa – okręg wileński.

¹¹ *Ibidem*.

¹² P. Borawski, *Tatarzy w dawnej Rzeczypospolitej*. Warszawa 1986, s. 5–7, 31–36.

¹³ Na ten temat patrz szerzej K. Łopatecki, *Organizacja, prawo i dyscyplina w polskim i litewskim pospolitym ruszeniu*, Białystok 2013, s. 234–247.

większej imigracji muzułmanów na tereny polskie, ani ekspansji samej religii. Można więc stwierdzić, że aż do końca XX wieku zdecydowana większość muzułmanów w Polsce była pochodzenia tatarskiego. Byli to ludzie doskonale zasymilowani, traktowani przez resztę społeczeństwa, jako swoi. Szczególnie dziś bardzo wyraźny jest w polskim społeczeństwie podział muzułmanów na „naszych dobrych Tatarów, którzy są w Polsce, czyli u siebie” i „tamtych złych Arabów, którzy powinni się stąd wynosić”¹⁴. Dopiero w II połowie XX wieku, a szczególnie po 1989 roku rozpoczął się napływ do polski muzułmanów pochodzenia nietatarskiego – głównie z terenów Kaukazu i krajów arabskich. Szacuje się, że obecnie liczba muzułmanów w Polsce wynosi 15–25 tys.¹⁵ Liczba konwersji Polaków na islam nie jest duża. Szacuje się, że jest to ok. 300 osób rocznie a w sumie jest ich około 2–2,5 tysiąca¹⁶. Spowodowało to, że obecnie Tatarzy nie są już większością polskich muzułmanów. Zdecydowanie więcej jest przybyszów z krajów arabskich i Kaukazu.

Nie wchodząc bliżej w szczegóły stwierdzić należy, że uregulowania prawne dotyczące islamu w Polsce mają przynajmniej 500 lat, zaś sama historia islamu na terytorium polskim sięga 700 lat. Warto przyjrzeć się więc bliżej przepisom, które regulują kwestie własności majątku islamskiego w Polsce, albowiem są to rozwiązania niezwykle specyficzne i niepowtarzalne.

2. Współczesne rozwiązania prawne

Konstytucja RP¹⁷ gwarantuje w art. 53 wolność sumienia i wyznania, zaś w art. 25 zawiera postanowienie o równouprawnieniu związków religijnych. Szczegółowe uregulowania dotyczące tej materii w tej materii

¹⁴ Kiedy w lipcu 2014 roku na tatarskim meczecie w Kruszynianach pojawiły się obraźliwe, antyislamskie napisy, wówczas słowa potępienia sprawców padły także ze strony Narodowego Odrodzenia Polski, które to ustami swojego rzecznika Pawła Naskręta nazwało Tatarów „wypróbowanymi przyjaciółmi” i „wiernymi sojusznikami”.

¹⁵ M. Wojtalik, *Muzułmanie w Europie*, <http://www.newsweek.pl/swiat/ilu-muzulmanow-mieszka-w-europie-i-w-polsce-mapa,artykuly,354745,1.html> [dostęp: 10 października 2016].

¹⁶ R. Kulig, *Dlaczego Polacy przechodzą na islam?*, <http://wiadomosci.onet.pl/religia/dlaczego-polacy-przechodza-na-islam/5n9dk> [dostęp: 10 października 2016].

¹⁷ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

zawiera ustawa z dnia 17 maja 1989 roku o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (UoGWSiW)¹⁸. Jest w niej zawarte między innymi prawo do posiadania przez kościoły i związki religijne własnego majątku. Ustawa ta ponadto przewiduje, że w drodze kolejnej ustawy mogą być regulowane stosunki prawne pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a konkretnymi związkami wyznaniowymi. Przykładem takiej regulacji tego jest Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r.¹⁹ W przypadku islamu sytuacja jest zdecydowanie bardziej złożona. Islam nie posiada bowiem jednego głównego przedstawiciela – takiego, jakiego ma kościół katolicki w postaci Stolicy Apostolskiej. Nie ma więc żadnej możliwości podpisania umowy z całym islamem, a jedynie z jego poszczególnymi nawet nie tyle odłamami, co organizacjami muzułmańskimi.

Podstawowym aktem regulującym wzajemne stosunki pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a islamem jest ustawa z dnia 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁰ (zwana dalej USM). Przypomnieć trzeba, że w chwili ustanawiania tego aktu w Polsce praktycznie rzecz biorąc nie było islamu niezwiązanego z polskimi Tatarami, stąd też w swoim czasie ustawa ta w sposób kompleksowy regulowała kwestie dotyczące funkcjonowania islamu w Polsce. Muzułmański Związek Religijny w Polsce (zwany w dalszej części pracy, jako MZR) powstał w Wilnie, w roku 1925 i praktycznie rzecz biorąc aż do końca XX wieku był jedyną liczącą się organizacją muzułmańską w Polsce. Prócz ustawy istotnym aktem jest statut MZR (zwany dalej Statutem), który to ustanowiony został Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 1936 r. o ustanowieniu statutu Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP²¹. Tak Statut, jak i USM nie były od czasów II wojny nowelizowane, stąd ich postanowienia w wielu fragmentach są bardzo specyficzne. Oba akty te odwołują się np. do nieistniejących już urzędów ministerialnych. Wskazać należy, że kompetencje ówczesnego Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego wykonuje dziś (17 października 2016 roku) Minister Administracji i Cyfryzacji oraz Minister Edukacji Narodowej. Wskazać należy, że w roku 2009 uchwalony został nowy statut

18 Dz.U. z 2005 r. nr 231, poz. 1965.

19 Dz.U. z 1998 r., nr 51, poz. 318.

20 Dz.U. nr 30, poz. 240.

21 Dz.U. 72, poz. 517.

MZR. Jednakże wzięwszy pod uwagę fakt, że zgodnie z art. 2 USM statut MZR jest uznawany w drodze rozporządzenia Rady Ministrów nowy statut nie ma mocy prawnej i jest nieważny. Nie zmienia to faktu, że funkcjonuje on w obrocie prawnym i MZR działa na jego podstawie.

W zakresie uregulowań dotyczących własności islamskiej w Polsce zarówno ustawa jak i statut będący załącznikiem do niej zawiera szereg ciekawych uregulowań. W myśl ustawy zarówno MZR jak też i też poszczególne gminy mużulmańskie posiadają osobowość prawną. Podmioty te mogą nabywać, posiadać, obciążać i zbywać majątek²². Zaznaczyć należy jednak, że niektóre operacje na majątku nieruchomym (zmiana przeznaczenia, obciążenie, zamiana albo sprzedaż) wymagają zgody właściwego miejscowo wojewody²³. Ustawa określa też, że MZR corocznie otrzymuje dotację z budżetu Państwa²⁴. W roku 2016 MZR otrzymał 7 dotacji na różne działania, w tym na funkcjonowanie kwartalnika „Przegląd tatarski”²⁵. Dodatkowo majątek zabytkowy (ruchomy i nieruchomy) podlega ochronie na mocy przepisów ogólnych²⁶, zaś cmentarze mużulmańskie podlegają reżimowi prawnemu takiemu, jak inne cmentarze wyznaniowe²⁷. Nieruchomości, które należą do MZR lub gmin mużulmańskich i które służą tylko i wyłącznie do celów religijnych (np. meczety, domy modlitw) oraz prawa majątkowe, które nie służą do celów komercyjnych, ani zarobkowych podlegają ulgom i zwolnieniom podatkowym. Pomieszczenia osób oraz organów duchownych są zaś z mocy prawa traktowane tak, jak pomieszczenia urzędowe funkcjonariuszy i organów państwowych²⁸. Zaznaczyć też należy, że na mocy art. 42 USM budynki i pomieszczenia MZR podlegają ochronie w zakresie świadczeń rzeczowych na rzecz obrony RP²⁹, czyli nie mogą być w takich celach wykorzystywane³⁰.

22 Art. 35 USM.

23 Art. 37 USM.

24 Art. 38 USM.

25 MZR w RP, *Dotacje 2016 rok*, <http://mzr.pl/dotacje-2016-rok/> [dostęp: 17 listopada 2016].

26 Art. 39 USM.

27 Art. 40 USM.

28 Art. 41 USM.

29 Patrz art. 208 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 21 listopada 1967 roku o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2015 r. poz. 827).

30 Patrz szerzej na ten temat A. Kiliszkiwicz, *Świadczenia rzeczowe na rzecz obrony*, [w:] *Studia Erasmiiana Wratislaviensia*, z. III: *Własność – idea, instytucje, ochrona*, Wrocław 2009.

Art. 43–6 USM zawierają niezwykle ciekawe i niespotykane w polskim systemie prawnym uregulowanie. Jeżeli na rzecz MZR zostanie w drodze testamentu przekazana nieobciążona hipotecznie nieruchomości, wówczas uchwałą MZR, za zgodą Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego³¹ w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych³² nieruchomości tej może być nadany status wakuf. Nieruchomość ze statusem wakuf staje się wyłączona z obrotu. Nie może ona być sprzedana, zastawiona, zasiedzona, objęta hipoteką etc. Jest to chyba jedyny w prawie polskim przypadek wyłączenia możliwości zasiedzenia nieruchomości. Wydaje się, że także zasiedzenie służebności na ziemi objętej statusem wakuf jest niemożliwe. Wzmiankę o nadaniu statusu wakuf czyni się w księdze wieczystej danej nieruchomości. Jedyną dozwoloną operacją na wakufie jest jedynie zamiana go na inną nieruchomość. Wymaga to za zgody Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych. Nieruchomość o statusie wakuf służyć może jedynie celom religijnym lub dobroczynnym. Art. 44 ust. 2 USM przewiduje jednakże dopuszczalność wywłaszczenia wakufa na zasadach ogólnych. W dawnej Polsce wakuf służył potrzebom społeczności muzułmańskiej – tworzone na ich terenach cmentarze a także służyły one utrzymaniu się Imama i Mueżina. Wakufy podlegają zwolnieniom i ulgom podatkowym. Samych wakufów nie jest wiele. Status taki posiada np. ziemia należąca do MZR w Kruszynianach (35,89 ha).

Geneza historyczna wakufów sięga czasów Muhammada. Co prawda Koran nie wspomina nic o nich, ale wspomina o nim jeden z hadisów Ibn Unnara³³. W myśl tego hadisu, kiedy Umar ibn Al-Hattab odziedziczył wartościową ziemię, spytał Muhammada co ma z nią uczynić. Ten zaś powiedział, by uczynił ją niesprzedawalną a zysk z niej przeznaczył na cele dobroczynne.

Warto zaznaczyć, że ustawa nie do końca precyzuje, w jaki dokładnie sposób MZR ma dokonać uznania nieruchomości za wakuf. Stwierdzenie „na podstawie uchwały organów Związku³⁴” nie daje odpowiednio

31 Obecnie Minister Administracji i Cyfryzacji oraz Minister Edukacji Narodowej.

32 Obecnie Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

33 S.W. Witkowski, *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego. Wybrane instytucje*, Warszawa 2009, s. 176–177.

34 Art. 43 USM.

konkretnych informacji w tej materii. Ustawa w art. 36 stwierdza, że do działań prawnych MZR powołany jest Mufti, ale jednocześnie Mufti, jako organ jednoosobowy nie może wydać uchwały, o której mowa w art. 43 USM. Wziąwszy pod uwagę, że uchwałę wydać może albo Najwyższe Kolegium Muzułmańskie (które jest organem pomocniczym Muftiego), albo Wszechpolski Kongres Muzułmański (który zbiera się nieregularnie – min. co 5 lat). Bliższa analiza przepisów, a mianowicie § 12 Statutu MZR wskazuje nam odpowiedź – to że organem właściwym w tej materii jest Najwyższe Kolegium Muzułmańskie. Nie można więc uznać za właściwy poglądów M. i Z. Zaporowskich, że decyzję w tej sprawie podejmuje Mufti³⁵. Warto też zaznaczyć, że ogólne zasady przyjmowania i zarządzania Wakufami ustala Wszechpolski Kongres Muzułmański na wniosek Najwyższego Kolegium Muzułmańskiego³⁶.

Pozostałe kwestie majątkowe są uregulowane w dość wąskim zakresie. Zarówno MZR, jak i jego gminy mogą posiadać własny majątek. Statut pozwala im też zakładać instytucje i fundacje dobroczynne i religijne³⁷. Ponadto § 43 Statutu przewiduje możliwość pobierania dobrowolnych składek, oraz przymusowych opłat za wykonywanie czynności religijnych, których wysokość w myśl § 12 określa Najwyższe Kolegium Muzułmańskie.

Trochę odmiennie reguluje kwestie majątkowe nowy statut MZR – z 2009 roku (zwany dalej NS), którego legalność jest (jak wyżej wspomniałem) bardzo wątpliwa. W § 1 ust. 14 NS zawarte jest uprawnienie MZR do przyjmowania spadków, subwencji, dotacji, darowizn etc. krajowych i zagranicznych, co rodzi sprzeczność z postanowieniami ustawy. NS tworzy nowe organy MZR – na przykład Wszechpolski Kongres MZR, któremu daje kompetencje do decydowania o zbyciu nieruchomości należących do MZR oraz o nabywaniu, zamianie lub obciążaniu majątku należącego do MZR, z zastrzeżeniem że do pewnej wartości majątku decyzje takie może podejmować samodzielnie inny organ, tzn. Najwyższe Kolegium Muzułmańskie (pisane tym razem przez „i” a nie „j”). Tenże organ w myśl § 24 NS sprawuje ogólny nadzór nad majątkiem MZR. W myśl § 35 NS zgoda tego organu jest niezbędna do zbycia majątku trwałego posiadanego przez

35 Patrz szerzej M. Zaporowska, Z. Zaporowska, *Wakuf cementarny. Zarys problematyki prawnej*, [w:] *Non omnis moriar: osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka: zagadnienia wybrane*, J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkuta (red. nauk.), Wrocław 2015, s. 909.

36 § 46 Statutu.

37 § 42 Statutu.

gminę muzułmańską. Mimo więc, że gmina ma osobowość prawną, to jest mocno ograniczona w swej niezależności.

3. Podsumowanie.

Jak więc widać zasady dotyczące majątku i własności islamskiej w Polsce są niezwykle ciekawe. Niespotykane rozwiązania dotyczące wakufów, oraz specyficzna sytuacja niezgodnego z prawem, ale funkcjonującego statutu Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP tworzą sytuację niepowtarzalną, w której na dodatek istnieje bardzo wyrazisty podział na to, co w anglosaskiej kulturze prawa nazywa się *law in books* i *law in action*. Niedostosowane do dzisiejszych realiów przepisy sprzed przeszło 80 lat wymagają pilnej zmiany i rozszerzenia ich obowiązywania także na nowe organizacje islamskie – takie jak chociażby Liga Muzułmańska w RP.

Bibliografia

- Borawski P., *Tatarzy w dawnej Rzeczypospolitej*, Warszawa 1986.
- Łopatecki K., *Organizacja, prawo i dyscyplina w polskim i litewskim pospolitym ruszeniu*, Białystok 2013.
- Mirza-Jurzeński Chazbijewicz S., *Szlachta tatarska w Rzeczypospolitej*, „*Verbum Nobile*” 1993, nr 2.
- Kiliszkiewicz A., *Świadczenia rzeczowe na rzecz obrony*, [w:] *Studia Erasmiانا Wratislaviensia*, z. III: *Własność – idea, instytucje, ochrona*, Wrocław 2009.
- Witkowski S.W., *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego. Wybrane instytucje*, Warszawa 2009.
- Zaporowska M., Zaporowska Z., *Wakuf cmentarny. Zarys problematyki prawnej*, [w:] *Non omnis moriar: osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka: zagadnienia wybrane*, J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkuta (red. nauk.), Wrocław 2015.

Źródła internetowe

- Borawski P., Dubiński A., *Dzieje Tatarów polskich XII–XX w.*, <http://tataria.eu/index.php/menu-historia/podmenu-dzieje-tatarow/36-pod-wadz-ja-giellonow> [dostęp: 4 lipca 2016].

Historia islamu w Polsce, <http://mzr.pl/historia-islam-u-w-polsce-2> [dostęp: 20 października 2016].

Historia. Tatarzy – Muzułmanie Polscy, http://www.tatarzy.pl/historia/tatarzy_polscy.html [dostęp: 20 października 2016].

Kulig R., *Dlaczego Polacy przechodzą na islam?*, <http://wiadomosci.onet.pl/religia/dlaczego-polacy-przechodza-na-islam/5n9dk> [dostęp: 10 października 2016].

MZR w RP, *Dotacje 2016 rok*, <http://mzr.pl/dotacje-2016-rok/> [dostęp: 17 listopada 2016].

Szlak Tatarski, <http://www.kruszyniany.pl/szlak.html> [dostęp: 20 października 2016].

Wojtalik W., *Muzułmanie w Europie*, <http://www.newsweek.pl/swiat/ilu-muzulmanow-mieszka-w-europie-i-w-polsce-mapa,artykuly,354745,1.html> [dostęp: 10 października 2016].

Akty prawne

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.)

Ustawa z dnia 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 30, poz. 240).

Ustawa z dnia 21 listopada 1967 roku o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2015 r. poz. 827).

Ustawa z dnia 17 maja 1989 roku o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz.U. z 2005 r. nr 231, poz. 1965).

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 1936 r. o ustanowieniu statutu Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP (Dz.U. nr 72, poz. 517).

Davide Artico

(Uniwersytet Wrocławski)

LIBERTÀ, UGUAGLIANZA E PROPRIETÀ NELLA NARRATIVA DI RAFAEL SABATINI

ABSTRACT

LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY RIGHTS IN RAFAEL SABATINI'S FICTION

The purpose of the article is to analyse a few examples of Rafael Sabatini's approach as a novelist to the civil rights of liberty and equality, first implemented in Europe in the early nineteenth century to curb the property rights of the feudal system. Given Sabatini's vast production as a writer, of fiction and not only, three of his reference works have been singled out for analysis. Besides *Scaramouche*, whose plot partially unfolds during the early stages of the French Revolution, the almost coeval (1922 versus 1921) *Captain Blood* has been selected because of its religious and, thus, ideological background issues relating to the 1688 Glorious Revolution in Britain and the question of slavery, i.e. property rights of people to other people. The issue of slavery, alongside piracy, is also present in the third work subjected to analysis – the 1915 novel *The Sea Hawk*, in which Sabatini reconstructs, through his fiction, the property-like relationship in the sixteenth century Muslim world between a wealthy man and his wives.

Since the analysed works of Sabatini feature a stylistic trait that borders on polyphony, as defined by Mikhail M. Bakhtin, the research results cannot be deemed to precisely mirror the author's convictions. Albeit, his choice of themes, coupled with historical accuracy in rendering the story background, permits the extrapolation of recurring ideological patterns with reference to the three aforementioned concepts.

KEYWORDS: Rafael Sabatini, historical fiction, slavery

PAROLE CHIAVE: Rafael Sabatini, narrativa storica, schiavismo

Scopo della ricerca e corpus

Scopo della ricerca è stata l'analisi di alcuni esempi dell'assiologia che emerge dalla narrativa di Rafael Sabatini per quanto concerne, in particolare, i diritti civili di libertà ed uguaglianza, applicati per la prima volta su larga scala in Europa a cavallo fra Sette- ed Ottocento, i quali talvolta risultano in contrasto con il diritto di proprietà. Data l'enorme produzione del Sabatini scrittore, che fra l'altro non si limita alle sole opere d'invenzione ma sconfinava anche nella saggistica d'argomento storico, si è reso necessario estrapolarne un numero limitato di casi di studio. Oltre naturalmente a *Scaramouche*, la cui azione si svolge alla vigilia e nelle primissime fasi della Rivoluzione francese, si è scelto il quasi coevo *Captain Blood*, redatto un solo anno dopo; la constatazione alla radice di tale scelta è stata che questo secondo romanzo, la cui trama si dipana ai tempi della Rivoluzione orangista nella Gran Bretagna degli anni Ottanta del XVII secolo, non soltanto solleva la questione della commistione liberticida fra religione e politica, ma soprattutto si impernia sul problema della schiavitù, cioè del diritto di proprietà di alcune persone su altri esseri umani. Essendo inoltre *Captain Blood* un'avventura di bucanieri, si è deciso di completare il *corpus* di testi con un'altra storia di pirati, antecedente di una dozzina d'anni per epoca di composizione ed ambientata nel Mediterraneo ai tempi dei corsari nordafricani del Cinquecento: *The Sea Hawk*. Anche in essa Sabatini solleva il tema della schiavitù, nella forma particolare cui erano sottoposti i rematori delle galere delle varie potenze europee dell'epoca, e giustapposta al rapporto di proprietà che i musulmani facoltosi vantavano nei confronti delle loro mogli.

Essendosi da tempo estinti i diritti d'autore sulle opere di Sabatini, il *corpus* cui ci si riferirà nel prosieguo dell'articolo proviene da testi elettronici di pubblico dominio (PG 2016).

Informazioni minime su autore e strumenti di teoria della letteratura

Esiste un problema epistemologico fondamentale che riguarda la definizione stessa di "letteratura italiana". Una delle possibili analisi strutturali della comunicazione artistica può articolarla in due tappe distinte. Dapprima l'autore costituisce un ordine inteso quale sistema di probabilità,

o ne sceglie uno preconstituito; ha dunque un codice. Nel caso di un artista della parola, cioè di uno scrittore, il codice sarà rappresentato dalle norme di grammatica e lessico della sua lingua d'elezione. Ciò fatto, all'interno di questo sistema l'autore introduce elementi di disordine attraverso l'elaborazione di messaggi ambigui rispetto alle regole del codice. Nel caso di uno scrittore si tratta di enunciati sintatticamente e/o lessicalmente insoliti, innovativi rispetto agli schemi consolidati della comunicazione utilitaristica. Tale disordine va a creare una "tensione dialettica rispetto all'ordine di fondo" (Eco 2010), vale a dire che il messaggio artistico, per sua natura, mette in crisi il codice. Anzi, secondo Umberto Eco,

nell'arte, uno degli elementi di singolarità del discorso estetico [è] dato proprio dal fatto che viene rotto l'ordine probabilistico del linguaggio, atto a veicolare significati normali, proprio per accrescere il numero dei significati possibili (Eco 2010).

Detta in altri termini, quando si parla di letteratura artistica è lo stesso concetto classico di lingua quale sistema di segni a risultare fuorviante (De Angelis 2014). Infatti, citando ancora una volta Eco (corsivi nell'originale):

Condizione di un segno non è dunque solo quella della sostituzione (*aliquid stat pro aliquo*) ma quella che vi sia una possibile *interpretazione*.

Per interpretazione [...] deve intendersi [...] che ogni *interpretante* (segno, ovvero espressione o sequenza di espressioni che traduce una espressione precedente) non solo ritraduce l'«oggetto immediato» o contenuto del segno, ma ne allarga la comprensione.

[...] Il contenuto interpretato mi fa andare *oltre* il segno originario, [...] il segno è sempre ciò che mi apre a qualcosa d'altro. Non c'è interpretante che, nell'adeguare il segno che interpreta, non ne sposti sia pure di poco i confini (Eco 1997, 58).

Si potrebbe inoltre affermare che, nella ricezione dei segni linguistici, esistano due modi: uno generico e uno interpretativo, fra loro gerarchicamente ordinati a seconda degli scopi del testo che vanno a comporre (Couégnas 2014, 63–69). Tipica della letteratura artistica è la precedenza accordata al modo interpretativo, che è per sua natura "cinetico", cioè trascende il valore generico del segno per indurre il lettore ad aggiungere significati suoi propri all'atto della sua personale interpretazione (Couégnas 2014, 83–84).

Le conseguenze di tale disordine necessariamente introdotto nel codice, se si vuole che il testo acquisisca i valori estetici necessari a classificarlo quale letteratura artistica, rendono il tema della lingua scelta per la produzione letteraria una questione che trascende la lingua stessa come sistema. In altri termini il letterato, se intende produrre un testo esteticamente valido, non si serve mai, ad esempio, dell'italiano già normalmente impiegato nella comunicazione utilitaristica, bensì modifica dinamicamente quell'italiano, facendolo evolvere attraverso la sua stessa scrittura. Si può insomma affermare che la letteratura italiana prescinde dalla lingua italiana genericamente intesa. Portando questa constatazione alle sue estreme conseguenze, si può dunque parlare di letteratura italiana indipendentemente dalla lingua in cui vengono prodotte le opere ad essa afferenti. Esistono del resto celeberrimi esempi di opere che nessuno si sognerebbe mai di escludere dalla categoria epistemologica "letteratura italiana" e che pure furono composte in altre lingue. Si pensi, a mero titolo d'esempio, al latino del *Secretum* petrarchiano, del *De Aetna* di Pietro Bembo e dell'*Ipercalisse* foscoliana. Ciò asseverato, risultano necessari altri criteri di catalogazione che, pur non escludendolo *a priori*, prescindano comunque dal sistema-lingua italiano. Possono qui tornare utili concetti quali lo *ius soli*. Autore di letteratura italiana potrebbe essere considerato qualunque scrittore nato in Italia, soprattutto qualora, nella sua produzione complessiva, si occupi di argomenti afferenti all'Italia. Accettato questo postulato, Sabatini non può che rientrare nella categoria anche se, per consapevole scelta artistica, scrisse tutte le sue opere in inglese.

Nato a Jesi nel 1875, quando già da tempo le Marche facevano parte del Regno d'Italia, di padre italiano e madre inglese, Rafael fin dall'infanzia viaggiò molto, venendo in contatto con molte altre lingue oltre all'italiano e all'inglese. Stabilitosi definitivamente in Gran Bretagna all'età di 17 anni, scelse di scrivere esclusivamente in inglese perché in questa lingua, a suo dire, erano composte "tutte le storie migliori" (Knight 2010, 1–30). Soprattutto all'inizio della sua carriera, quando non aveva ancora compiuto quarant'anni, produsse saggistica a tema storico, trattando sia dell'Inquisizione spagnola del Quattrocento sia dell'argomento, tutto machiavelliano, delle gesta di Cesare Borgia (Knight 2010, 34–110). Fu soltanto nel 1921 che, sulla scia del successo di *Scaramouche*, Sabatini prese a dedicarsi soprattutto alla narrativa "popolare", di tema avventuroso e da pubblicarsi in edizioni economiche. Non a caso la datazione critica delle sue opere anteriori al 1921 rappresenta fino ad oggi un controverso campo di ricerca bibliografica

(Knight 2010, 135–143). Fra le opere narrative di questo primo periodo, quelle che raggiunsero il successo come *The Sea Hawk*, da cui nel 1924 fu anche tratto un film muto (Knight 2010, 130–131), lo dovettero soprattutto alle ristampe posteriori al 1921 (Knight 2010, 111–117).

Sabatini e i diritti dell'uomo e del cittadino

Vista la cronologia della *ricezione* della narrativa sabatiniana, almeno parzialmente incoerente con la cronologia di composizione e prima pubblicazione delle sue opere, sarà d'uopo cominciare proprio da *Scaramouche*, cui l'autore deve l'inizio della sua fama di grande infabulatore. La tematica dei diritti dell'uomo e del cittadino, uno dei principali postulati della Rivoluzione francese, appare tutto sommato secondaria nell'economia della narrazione. Il ruolo di oratore capace di eccitare folle già propense alla ribellione contro i privilegi nobiliari, svolto (fra i molti suoi altri) dal protagonista André-Louis Moreau, non sembra doversi tanto al suo atteggiamento propositivo rispetto alle idee da tempo propagate dai *philosophes*, quanto alla sua capacità di trasmettere la rabbia contro una classe sociale che fra l'altro, nella sua esperienza personale, non fa che ricapitolare vizi e difetti di una persona in particolare: l'antagonista Marchese de la Tour d'Azyr che fra l'altro, con un colpo di scena finale, si rivelerà essere genitore in incognito di André-Louis, ignorando egli stesso di esserlo¹. Nel caso di André-Louis, insomma, non soltanto libertà e uguaglianza non assurgono al ruolo di ideali per cui mettersi in gioco totalmente, anche a rischio della

1 Il tema dei genitori ignoti che l'eroe, dopo varie peripezie, finisce tuttavia per incontrare, appartiene a un classico della letteratura italiana: il prolisso *Guerrin Meschino*, diffusosi nel Settecento soprattutto nella sua versione in veneziano ma redatto originariamente nel toscano del XV secolo (Andrea da Barberino 2005). Da notarsi che il protagonista delle favolose vicende viene egli stesso venduto schiavo, come sarebbe accaduto all'Oliver Tressilian di *The Sea Hawk*, divenendo però *famulus* dell'Imperatore bizantino e in seguito combattendo contro il sultanato turco, invece di mettersi al suo servizio con l'intermediazione del Pascià algerino, come fa invece lo Sparviero del mare. Circa quest'ultimo nome, che figura nel titolo dell'unica traduzione italiana (Sabatini 1931), si è di fronte a un inspiegabile latinismo. Il termine "sparviero", ignoto agli ornitologi contemporanei che invece parlano di "gheppio", deriva infatti dal latino *sparverius*, che a sua volta indica soltanto una specie del genere *Falco*. È un evidente caso di retorica della *pars pro toto* i cui scopi, tuttavia, rimangono poco chiari.

propria incolumità. Né la sua foga oratoria è mossa soltanto dall'odio verso i privilegiati in quanto tali. Quel che in fondo Scaramouche intende fare non è che, per parafrasare il Cicerone del Libro III di *De oratore*, "cum intelligi volumus [...] ex toto partem" (Cicerone 1976).

Che le motivazioni del protagonista siano innanzitutto personali, si evince dal fatto che, in apertura di romanzo, proprio il Marchese uccide il migliore amico di André-Louis, Philippe de Vilmorin, provocandolo per poi sfidarlo a un duello all'arma bianca, ben sapendo che il giovane, in quanto seminarista, non era affatto uso a schermire. André-Louis, nella sua prima arringa pubblica, riprende la retorica vagamente illuminista di Philippe, ma non perché gli argomenti di quest'ultimo l'avessero mai convinto, bensì in memoria dell'amico la cui morte (e soltanto quella) intende vendicare.

Costretto alla fuga dopo i disordini di Nantes che egli stesso, con le sue infocate arringhe, aveva contribuito a scatenare, André-Louis passa la notte in un fienile, per scoprire l'indomani che una *troupe* di attori ambulanti aveva scelto il medesimo luogo per le sue prove. Dopo aver aiutato gli attori ad evitare una multa grazie alla sua parlantina da aspirante avvocato, il latitante si aggrega al gruppo. È dapprima un semplice uomo di fatica ma poi, in seguito a un banale incidente che immobilizza colui che impersonava Scaramouche, assume il ruolo di scena di quest'ultimo, contribuendo in maniera determinante al successo degli spettacoli e poi, addirittura, scrivendo nuove commedie.

Sono qui chiaramente presenti temi già ampiamente sviluppati da Goethe nella *Wilhelm Meisters theatralische Sendung*, abbozzo di quelli che sarebbero poi diventati gli "anni di noviziato" del protagonista: da un lato la rivolta quasi edipica contro lo spirito del padre, in quanto proprio il padre putativo di André-Louis, M. de Kercadiou, appartiene a una piccola nobiltà di campagna pragmatica ed assai conservatrice, dagli strettissimi orizzonti, per la quale la vita di un attore ambulante non è equiparabile che a un disdicevole vagabondaggio; dall'altro, la socialità di una convivenza e un lavoro condiviso che portano al crearsi di una vera e propria comunità (Eppers 2003, 31–56) capace anche di opporsi alle decisioni del padre-padrone della compagnia, il sanguigno M. Binet. Questi due temi, del resto, si potrebbero riassumere proprio in termini di *libertà* dai condizionamenti che l'individuo subisce in ragione del suo strato sociale di provenienza e di *uguaglianza* dei membri di una comunità quale chiave per il successo della comunità stessa.

Soprattutto però la scelta del personaggio che André-Louis va, dapprima per caso, a interpretare, ma con cui finisce per identificarsi, induce a riflettere su una sorta di doppia anima del Sabatini che, da una parte, ricostruisce (in maniera peraltro storicamente abbastanza accurata) la realtà dell'italianissima commedia dell'arte, rendendo così omaggio alle sue origini culturali; però, dall'altra, si guarda bene dal farlo in modo troppo alieno alla sua cultura d'adozione: non sceglie infatti uno Zanni qualsiasi, ma specificatamente quello Scaramouche che, grazie soprattutto all'attore Tiberio Fiorilli, era divenuto popolarissimo in Inghilterra fin dalla fine del Seicento (Ferrone 2011).

L'esperienza teatrale di André-Louis giunge al termine a causa di una svolta nell'intreccio che ha dello shakespeariano, in quanto riprende dall'*Amleto* sia il filone incestuoso, sia quello della messa in scena allegorica mirata a stigmatizzare l'omicida fino ad allora impunito. Fidanzatosi con la figlia di Binet, André-Louis viene a sapere che questa, sperando nel suo sostegno per sfondare nei teatri della capitale, intrattiene una relazione sessuale con il Marchese. Quando il Marchese si reca a teatro, André-Louis organizza insieme con gli altri attori una messa in scena provocatoria. Il parapiglia che ne consegue manda M. Binet su tutte le furie, onde per cui André-Louis è ancora una volta costretto alla fuga. Giunto fortunatamente a Parigi, privo di mezzi di sostentamento, per sopravvivere s'improvvisa insegnante di scherma in un'anonima scuola gestita da un certo Bertrand des Amis. Dopo un'ardua gavetta da tuttofare, che lo vede anche fare le pulizie nella scuola, André-Louis conquista la fiducia del *maître* grazie a una nuova tecnica di scherma, da lui stesso sviluppata.

Con l'uccisione di des Amis in uno dei molti incidenti che accompagnano le fasi iniziali della Rivoluzione, André-Louis eredita inaspettatamente la scuola di scherma. La fama che conquista grazie alla sua nuova tecnica gli attira le attenzioni dei rivoluzionari, nella persona di un suo vecchio conoscente. Ancora insensibile a politica e ideologia, André-Louis inizialmente rifiuta di farsi coinvolgere. Quando però viene a sapere dei cosiddetti spadassinicidi, cioè dei nobili che provocano apposta i deputati del Terzo stato per ucciderli poi in duello alla spada, decide di accettare la proposta di diventare deputato agli Stati generali. Interessante è, in questo frangente, la descrizione dell'incontro con Danton, che ancora una volta ci mostra il protagonista alieno agli slogan rivoluzionari e preoccupato piuttosto della vendetta personale contro la classe nobiliare, da ottenersi uccidendo a sua volta in duello gli spadassinicidi. Giunge anche

a un confronto diretto col Marchese, che si conclude con il ferimento di quest'ultimo.

Giunti l'agosto del 1792 e i primi segnali dell'imminente Terrore giacobino, André-Louis sfrutta i suoi privilegi di deputato per ricevere salvacondotti che gli permettano di far fuggire da Parigi sua cugina Aline e quella Madame de Plougastel che si sarebbe poi rivelata la sua madre naturale. Venuto a sapere da quest'ultima che il Marchese è il suo vero padre, decide di salvare anche lui, facilitandogli la fuga in territorio austriaco. Con la passione per il lieto fine che è uno dei tratti caratteristici dell'opera di Sabatini, il romanzo si conclude con una dichiarazione di amore reciproco fra André-Louis ed Aline, lasciando intendere che anch'essi si sarebbero visti costretti ad andare in esilio, abbandonando la proprietà avita dei de Kercadiou.

L'assiologia che, in definitiva, emerge dalle avventure di Scaramouche si può definire moderatamente liberale e decisamente individualista. Generalmente scettico verso le parole d'ordine della Rivoluzione, André-Louis vede in *libertà* ed *uguaglianza* soltanto una maniera di arginare gli abusi di una nobiltà arrogante e senza scrupoli, senza che però questo debba condurre a mettere in discussione i rapporti di proprietà consolidati. L'esempio delle sue vicende, al contrario, sembra teso a dimostrare che la mobilità sociale è da raggiungersi non attraverso l'esproprio, bensì con l'intraprendenza individuale. Non è infatti il suo ruolo di deputato agli Stati generali che ne determina il successo, ma il libero svilupparsi del suo genio, sia nel ruolo di commediografo sia in quello, posteriore, di maestro d'armi.

Schiavitù e proprietà dei mezzi di produzione

Quella di Scaramouche è senza dubbio una vicenda d'invenzione, che però Sabatini è in grado di collocare nella realtà della fase monarchico-costituzionale della Rivoluzione francese con apprezzabile accuratezza di storiografo. Del resto, come si ricordava in apertura, nel decennio antecedente a questo suo *exploit* di romanziere del 1921 Sabatini si era occupato seriamente di saggistica di argomento storico, dimostrando di saper padroneggiare gli strumenti narrativi caratteristici della scrittura non finzionale (Knight 2010, 34–110).

Non stupisce dunque che, sull'onda del successo di *Scaramouche*, l'autore abbia deciso di ricorrere nuovamente alla formula "personaggio

d'invenzione più realtà storica" nel successivo romanzo, *Captain Blood* del 1922. Il Blood in questione non è un nome d'arte, come nel caso di Scaramouche. Non è nemmeno un soprannome, anche se in seguito il rimando al "sangue" svolgerà un ruolo nel crearsi di un'aura di terrore intorno al comandante dei bucanieri². Si tratta piuttosto del vero cognome del dottor Peter Blood, un medico irlandese che, dopo svariate peripezie cui in apertura di romanzo si accenna soltanto, decide infine di stabilirsi nella quieta campagna del Somerset. Nonostante la sua ricerca di una vita finalmente tranquilla, nel 1685 (lo stesso anno della revoca dell'Editto di Nantes al di là della Manica) il dottore viene coinvolto suo malgrado nella rivolta contro la restaurazione cattolica compiuta in Gran Bretagna da Giacomo II (Claydon 1996; Claydon 2007, 241–251).

Nonostante che i conflitti religiosi della seconda metà del Seicento britannico abbiano contribuito al consolidarsi del processo d'identificazione fra confessione professata e nazionalità, soprattutto in ambito irlandese (Walsham 2015), il personaggio del dottor Blood ci appare fin dall'inizio decisamente refrattario alla problematica. Per sua stessa ammissione, pur essendo irlandese di nascita, è papista solo quando gli conviene esserlo; d'altra parte però considera i rivoltosi al seguito del Duca di Monmouth alla stregua di illusi che o verranno severamente repressi dai giacobiti (come poi infatti avverrà) o, nella migliore delle ipotesi, saranno abbandonati a se stessi una volta che il pretendente sia salito al trono. Notiamo qui ancora una volta, come in *Scaramouche*, l'individualismo liberale di Sabatini, i cui personaggi vengono coinvolti nella politica "alta" nonostante che risultino estremamente scettici nei confronti dei vari slogan

2 Del termine *boucan*, da cui anche l'italiano "bucaniere", Sabatini, per mezzo di riferimenti testuali indiretti, fornisce un'etimologia discutibile che lo fa risalire al nome di una preparazione di carne affumicata diffusa nei Caraibi. A suo dire, si trattava della vivanda tipicamente immagazzinata dai pirati sulle navi in vista delle loro spedizioni per mare. Esiste però anche un'altra, più probabile spiegazione, che fa derivare il sostantivo dal francese medio *boucaner*, inteso nel senso di "comportarsi come un caprone", *un bouc*, cfr. l'italiano "becco" (GDL 2005). Quest'ultima etimologia pare assai più adatta a descrivere l'educazione, o mancata tale, degli avventurieri in questione. L'incursione di Sabatini in questioni di lingua francese dipende dal collocarsi di parte della trama del romanzo sull'isola della Tortuga, oggi appartenente ad Haiti ma allora colonia francese. Detto per inciso, ciò può far supporre che l'autore fosse a conoscenza del romanzo *Il corsaro nero*, nota opera di Emilio Salgari pubblicata originariamente nel 1898, la cui trama si svolge in parte proprio alla Tortuga.

rivoluzionari. In luce assai positiva è posta, al contrario, la loro ricerca della *libertà* dai condizionamenti derivanti esclusivamente dalla nascita, siano essi di ordine sociale, come nel caso di André-Louis, cliente della piccola nobiltà della campagna francese di fine Settecento, ovvero di ordine confessionale-nazionale, come appunto nel caso dell'irlandese dottor Blood.

Le disavventure cui il dottor Blood deve far fronte soltanto perché, fedele al giuramento di Esculapio, ha prestato soccorso a un ferito che è poi risultato essere uno dei ribelli, ci consentono un approfondimento sul tema dell'*uguaglianza*. Da una parte Sabatini stigmatizza, attraverso la narrazione, l'arbitrarietà di un potere giudiziario asservito alla Corona, quindi all'esecutivo. Prima ancora però si scaglia contro il sistema ancora feudale allora in vigore, per cui i *commoners*, cioè borghesi e contadini coinvolti anche soltanto indirettamente nella rivolta, vengono giustiziati sul posto dagli stessi soldati giacobiti, mentre il processo penale rimane riservato a chi, in un modo o nell'altro, risulti legato alla nobiltà (fra cui anche lo stesso Blood). Le stesse assise che svolgono i processi per direttissima, inoltre, sono ben lungi dal trattare tutti gli imputati secondo lo stesso metro di giudizio. Dopo le prime condanne a morte, intese soprattutto a dare un esempio che disincentivi possibili future ribellioni, imputati con le stesse accuse a carico vengono invece condannati alla deportazione nelle colonie caraibiche per esservi venduti come schiavi addetti alle locali piantagioni. Questa differenza di trattamento, insinua Sabatini con la mediazione delle riflessioni di Blood, ha ben poco a che spartire con l'applicazione *erga omnes* della legge, essendo piuttosto dettata da bisogni contingenti: una volta compiute le esemplari esecuzioni pubbliche dei rivoltosi, ciò che più preme alla casta cattolica dominante è trarre vantaggi finanziari, foss'anche risultanti dal commercio di esseri umani che fra l'altro sono *ex lege* sudditi del medesimo sovrano, cioè concittadini.

Sabatini non si limita, tuttavia, a un'apologia indiretta dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge, ma sottolinea anche quanto sia aberrante un'interpretazione dell'uguaglianza in termini di presunzione di una responsabilità collettiva per i fatti commessi. Le assise giacobite condannano indistintamente sia chi abbia attivamente preso le armi contro il potere reale, sia chi abbia soltanto prestato soccorso ai feriti per motivi di semplice solidarietà umana. Sebbene la trama di *Captain Blood* si collochi nell'Inghilterra di due secoli dopo, vi si sente dunque l'eco degli studi di Sabatini su Torquemada e l'Inquisizione di fine Quattrocento

nella penisola iberica. Da buon individualista, Sabatini vede nel manicheismo cattolico, che traccia appunto un segno di uguaglianza fra tutti coloro che non ne condividono metodi e ideologia, una mostruosità da considerarsi addirittura antitetica ai migliori istinti dell'essere umano.

Ciò detto, e tenuto comunque presente quanto si ricordava sopra, cioè che la lingua, in special modo la lingua d'arte, non si compone di significanti, ma di interpretanti nell'accezione echiana, e che dunque un'analisi delle idee di Sabatini soltanto sulla base dei suoi romanzi è sempre discutibile, rimane comunque il fatto che lo stesso Sabatini adotta un procedimento di indiscriminata identificazione collettiva quando si riferisce a persone che non siano europei bianchi. I neri, pur deportati alle Barbados come il dottor Blood, ed anzi condannati alla schiavitù pur non avendo commesso nessuna violazione del diritto positivo, neanche presunta, sono e restano semplicemente neri: una massa indistinta che, benché non le si neghi *a priori* il diritto di godere della libertà inalienabile all'essere umano, rimane comunque una massa di diversi, una specie di alveare collettivo in cui i tratti individuali non sono presi in considerazione. Parrebbe anzi che, nel non detto di Sabatini rispetto agli schiavi trasportati dall'Africa, si celi una resistenza dell'autore a liberarsi dei pregiudizi che alcuni ritenevano "scientifici" ancora all'inizio del Novecento. Vendere esseri umani come schiavi, insomma, è per Sabatini un'aberrazione degna di aperta stigmatizzazione quando le vittime sono sudditi bianchi della Corona britannica. È invece normale, anche se forse moralmente ingiusto, qualora siano africani caduti preda di razzie europee e trasportati attraverso l'Atlantico in condizioni inaccettabili. Da questo punto di vista il concetto sabatiniano di uguaglianza non si discosta molto da quello giacobino, cioè si applica soltanto a chi non abbia il "sangue impuro", locuzione che peraltro troviamo addirittura nel testo della Marsigliese.

Non che Sabatini fosse razzista in senso gobinista. Benché l'assurdo biologismo positivista del Conte de Gobineau godesse in Europa di enorme popolarità nel periodo fra le due guerre mondiali (Castradori 1991, 184–196), cioè proprio quando la narrativa di Sabatini raggiunse i suoi massimi successi di pubblico, l'autore non lascia mai intendere, nemmeno fra le righe, di dividerne i postulati. Per Sabatini, insomma, neri o, come vedremo nel caso dello Sparviero del mare, berberi "semiti" non sono biologicamente inferiori. Il suo è piuttosto il razzismo sottotono dell'epoca vittoriana, che non si arroga diritti coloniali in nome di una presunta migliore eredità genetica dell'europeo, ma lo fa in quanto

suppone che la cultura europea sia destinata a civilizzare popolazioni fino a quel momento barbare, e lo fa mascherando la sua violenza conclamata con il pretesto del “bene comune” (Zulli 2011, 29–40). Sabatini insomma non sostiene che sia normale che i neri vengano schiavizzati perché sono meno umani degli europei, ma infratestualmente lascia indendere, anche sulla scorta di Tocqueville, che ciò avviene perché hanno una cultura inferiore (Re 2012, 61–106). È per questo che la schiavizzazione di sud-diti bianchi della Corona inglese, fra l’altro così ben istruiti da praticare la medicina come il dottor Blood, risulta essere per Sabatini una *hybris* assai più grave del commercio degli schiavi rapiti in Africa dai negrieri.

Con tutte le limitazioni inerenti al suo razzismo *soft*, l’avversione di Sabatini per lo schiavismo, inteso quale *proprietà* di altri esseri umani sancita nel diritto positivo, emerge in *Captain Blood* in maniera artisticamente assai apprezzabile. Non ci sono disquisizioni metafisiche su quanto sia eticamente inappropriato mantenere una tale istituzione di diritto privato. L’avversione ad essa da parte del lettore viene piuttosto evocata attraverso la scena dell’asta dei deportati che si svolge non appena questi vengono sbarcati alle Barbados. Mentre i pensieri del dottor Blood tradiscono un’umanità fatta di altissimo senso morale, fra acquirenti e venditori si dipanano invece contrattazioni tipiche del mercato del bestiame. Chi esercita (o vuole acquisire) il diritto di proprietà su altri uomini ne risulta eticamente assai inferiore a chi invece si è visto trasformare in merce viva.

Ciò non inficia l’atteggiamento di Sabatini verso il diritto di proprietà in quanto tale. La profonda ingiustizia subita da Blood e compagni non li fa sentire autorizzati, ad esempio, a commettere furti. Per procurarsi la barca che, nei loro piani originali, dovrebbe portarli lontano dalla piantagione verso l’agognata libertà, gli schiavi non intendono rubarla, ma comprarla. Sabatini si tiene ben stretto il concetto liberale dello scambio per compravendita anche se, per farlo, deve inventarsi una circostanza assai improbabile per spiegare come gli schiavi possiedano denaro loro proprio. Diverso è il discorso per un’altra istituzione britannica, quella delle spoglie di guerra. *Captain Blood* esce nel 1922, cioè nel momento della più profonda crisi della Repubblica di Weimar, causata soprattutto dalle esorbitanti riparazioni di guerra pretese dalle potenze dell’Intesa, Gran Bretagna compresa. Si è ancora lontanissimi dalle politiche del secondo dopoguerra di sostegno alla rifondazione degli Stati totalitari in Stati democratici con l’aiuto dei vincitori. Il senso comune delle società uscite dalla Prima guerra mondiale prevede ancora che lo sconfitto debba

pagare per il fatto stesso di aver condotto una guerra contro il vincitore. Il conservatore moderato Sabatini non mette assolutamente in discussione tale principio. Ecco dunque che, quando una nave spagnola assalta con l'inganno la colonia britannica, i fuggitivi si sentono autorizzati ad appropriarsene con un abile colpo di mano. La Spagna, infatti, era ancora formalmente in stato di guerra con la Gran Bretagna, anche se la restaurazione cattolica giacobita aveva portato un significativo disgelo nei rapporti fra le due potenze.

Sconfitti nell'atto di guerra cui essi stessi avevano dato corso, gli spagnoli possono perdere la loro proprietà senza che questo si configuri come furto. Questa stessa proprietà, la nave, diventa una sorta di mezzo di produzione per i futuri bucanieri. Consente loro infatti di svolgere l'attività di guerra di corsa. In quanto mezzo di produzione, la sua proprietà è collettiva. Sabatini lascia intendere che, al di là del fatto che è Blood a prenderne il comando operativo, sulle politiche generali dell'equipaggio a decidere è collettivamente la ciurma stessa. Ciò non implica che non venga rispettato il diritto individuale di proprietà. Vengono anzi applicate rigorosamente le regole di divisione del bottino secondo le consuetudini dei bucanieri. Collettiva è appunto soltanto la proprietà del mezzo di produzione, secondo lo schema già visto per la *troupe* degli attori di Scaramouche: la comunanza di destini, per quanto casuale, porta al costituirsi di una società, la prosperità della quale dipende in egual misura da ogni suo membro. Ancora una volta il diritto di *proprietà* risulta per Sabatini inviolabile, ma soltanto fino al momento in cui non mette in pericolo *libertà* ed *uguaglianza*.

Per onor di cronaca possiamo qui riportare la conclusione del romanzo, per certi versi analoga a quella di *Scaramouche*. Assodato che la presenza catartica di un lieto fine era stata uno dei punti di forza del romanzo dell'anno prima, Sabatini decide di riproporla secondo il medesimo schema, cioè quello della reciproca dichiarazione d'amore fra il protagonista e la figlia del suo mentore divenuto suo nemico. Al posto di Aline e M. de Kercadiou incarnano questi idealtipi Arabella e il colonnello Bishop. Nel contempo, così come in *Scaramouche* aveva lasciato filtrare nella narrazione gli eventi storici della svolta repubblicana francese del 1792, Sabatini in *Captain Blood* accenna con rigore di storico alla Gloriosa rivoluzione del 1688, che condusse alla caduta degli Stuart a favore della casa d'Orange-Nassau e, soprattutto, alla fine della restaurazione cattolica in Gran Bretagna.

Antecedente: lo Sparviero del mare

Della fortuna di *The Sea Hawk*, di datazione incerta ma presumibilmente del 1915 (Knight 2010), si è già detto in precedenza come sia stata dilazionata, seguendo più che anticipare quella del pur posteriore *Captain Blood*. Il romanzo sullo Sparviero del mare, in effetti, presenta un intreccio più debole rispetto alle vicende del medico irlandese perseguitato dai suoi correligionari giacobiti. Una delle ragioni è che il procedimento di collocazione storica di *The Sea Hawk*, la cui trama si svolge nell'Età dell'oro della Spagna di Filippo II, si discosta in parte dai successivi stilemi di letteratura di consumo, che avrebbero fatto di Sabatini un autore affermato, per riprendere invece, peraltro in misura abbastanza netta, alcuni elementi della sua quasi contemporanea saggistica polemica, sia sull'Inquisizione spagnola sia, indirettamente, sulla ragnatela di tradimenti fra parenti cui s'improntò il Cinquecento italiano.

Nel primo caso vale naturalmente l'episodio in cui il protagonista, sir Oliver Tressilian, viene intercettato insieme ai suoi catturatori da una nave dell'*Armada* spagnola. I prigionieri, trasportati in terraferma, vengono dapprima costretti a un *auto da fé* (interessante che Sabatini usi l'espressione portoghese invece di quella castigliana), dopodiché vengono condannati a remare sulle galere. È abbastanza evidente come Sabatini intenda qui polemizzare con l'ipocrisia cattolica, che dapprima vuole riaffermare il postulato ideologico della penitenza quale sacramento, ma poi non rinuncia alla risorsa rappresentata dalla forza lavoro dei penitenti schiavizzati. Benché storicamente accurata, questa ricostruzione è decisamente più diretta, dunque meno sottile, della fitta rete di piccole meschinità che invece Sabatini avrebbe saputo intrecciare in *Captain Blood* per gettare discredito sulle autorità giacobite.

Nel secondo caso il ruolo del Borgia della situazione viene svolto da Lionel, il fratello di Oliver che, assassinato Peter Godolphin in duello, dapprima induce Oliver stesso a mentire per proteggerlo, dopodiché ne organizza il rapimento perché venga venduto come schiavo e quindi non possa più rivelare la verità, infine approfitta dell'assenza del fratello maggiore non solo per ereditare da solo la proprietà avita, ma anche per soffiargli la fidanzata Rosamund.

Rosamund, sorella dell'ucciso Peter, è figura ambigua che permette a Sabatini un'ingegnoso capovolgimento del luogo comune salgariano del pirata che diventa tale per vendicare la morte dei fratelli, retroscena

di tutta la vicenda de *Il corsaro nero*. È infatti a causa di suo fratello che Oliver si dà alla pirateria, ma non per vendicarlo, bensì per vendicarsene. Mentre il fratello ucciso è proprio quello di Rosamund, il quale svolge a suo volta un ruolo causale, in quanto il suo omicidio alimenta il desiderio di vendetta della ragazza e, di conseguenza, l'accanimento del suo tutore, sir John Killigrew, nel perseguire lo Sparviero fino a farlo condannare in contumacia, bloccandogli così ogni via di ritorno in Inghilterra per farsi scagionare. Da questo punto di vista il romanzo di Sabatini è più raffinato di quello salgariano, il che senza dubbio ha contribuito alla sua riscoperta negli anni Venti.

Scritto nel primo anno della Prima guerra mondiale, prima della Rivoluzione russa e, soprattutto, prima che crollasse l'Impero ottomano ed avesse inizio la rivoluzione laica di Atatürk, *The Sea Hawk* propone fra le righe un'assiologia ancora quasi ottocentesca, assai meno comprensibile nella cornice culturale di quell'epoca di estremismi che fu il breve XX secolo³. Le questioni della libertà dell'individuo e dell'uguaglianza dei cittadini, inseparabili nel quadro della Rivoluzione francese, con l'instaurarsi dello Stato socialista nel 1917 divennero invece fra loro antitetiche, accompagnandosi a un uso massiccio e metodico della propaganda ideologica. Questo spiega perché Sabatini, sia in *Scaramouche* sia in *Captain Blood*, metta al centro dell'intreccio personaggi refrattari alla retorica politica, sia essa giacobina o giacobita; personaggi che, inoltre, pur opponendosi con forza alle classi nobiliari privilegiate, e dunque non negando affatto l'uguaglianza fondamentale di tutti gli esseri umani (con le limitazioni viste sopra, derivanti dai pregiudizi razziali dell'epoca) non rinunciano comunque ad affermazioni pragmatiche, anche energiche, della loro libertà individuale. Tutto questo, nel 1915, all'epoca della composizione di *The Sea Hawk*, non s'inscriveva ancora fra i temi di pubblica discussione. Attuali erano piuttosto i difetti conclamati dell'età edoardiana, fra cui due spiccavano in maniera particolare: la posizione subordinata delle donne e la xenofobia derivante dal timore di un presunto accerchiamento della Gran Bretagna da parte delle altre potenze (Pugh 2012, 147–159).

Nella trama di *The Sea Hawk* Sabatini polemizza indirettamente con entrambi questi atteggiamenti, tentando di dimostrarne la debolezza epistemologica. Se la figura della moglie siciliana del Pascià, intrigante

3 La definizione richiama ovviamente il titolo della celeberrima opera di Eric Hobsbawm (Hobsbawm 1995).

e spietata nei suoi complotti, può sembrare a prima vista essere frutto della misoginia dell'autore, nell'economia della narrazione essa svolge piuttosto il ruolo della padrona di casa al cui spregiudicato egocentrismo tutte le restanti mogli del serraglio, a somiglianza della servitù femminile nell'Inghilterra dei primi del Novecento, devono sottostare pena punizioni inenarrabili. Anche la scena al mercato degli schiavi di Algeri, in cui Oliver dà ordine di comprare Rosamund, pare voler stigmatizzare una cultura dell'assoggettamento femminile che era tutt'altro che esclusiva del mondo islamico del XVI secolo, ma risultava ben radicata anche nella "civile" Inghilterra che vietava per legge i contraccettivi e metteva in prigione le suffragette.

Per quanto concerne il rapporto con l'Altro, il "diverso" rispetto agli schemi radicati nella società britannica dell'epoca, Sabatini adotta un espediente narrativo che ha quasi del geniale, in quanto risulterebbe efficace anche oggi, a un secolo di distanza. Il suo protagonista si fa musulmano. E non per semplice convenienza. In varie parti del romanzo lo Sparviero cita da sure del Corano massime di cui appare essere profondamente convinto. Anzi, per certi versi le dottrine islamiche risultano essere moralmente superiori al cattolicesimo ipocrita degli Spagnoli.

Il ricorso alla sfera religiosa, mai troppo importante per Sabatini, che le oppone invece un'etica tutta laica e liberale, è dettato, come si accennava sopra, dalla realtà della Prima guerra mondiale, in cui l'Impero ottomano era schierato dalla parte opposta rispetto alla Gran Bretagna. Gli Altri, insomma, non erano i musulmani in quanto tali, bensì l'Islam quale caratteristica saliente dei Turchi, dunque di nemici immanenti, come in età edoardiana non potevano che essere tutti gli avversari politici e militari.

Conclusioni

Per compiere una sintesi conclusiva della poetica sabatiniana, così com'essa emerge dai romanzi qui considerati, è necessario operare una distinzione fra il piano delle tecniche narrative e il piano dell'assiologia veicolata attraverso la narrazione.

Dal punto di vista della trama tutti e tre i romanzi presentano una struttura tipica dei racconti di magia, così come questa fu elaborata da Vladimir Propp (Propp 1970). In tutti e tre i casi si parte da una situazione

bucolica, con l'eroe inserito a vario titolo in un ambiente di campagna presumibilmente tranquillo e felice. Interviene però una violazione delle regole: per Scaramouche si tratta dell'opporci all'arbitrio del Marchese; il dottor Blood si fa coinvolgere in una rivolta antimonarchica; Oliver infine entra in conflitto con il suo vicino sir John. Seguono peripezie varie, con l'intervento di "aiutanti magici" i cui poteri, però, non sono soprannaturali ma derivati da conoscenze specialistiche: i piloti di nave nei casi di Blood e dello Sparviero, l'insegnante di scherma nel caso di Scaramouche. Si ha infine lo smascheramento o la punizione del cattivo di turno e il ripristinarsi dell'idillio sotto forma di felicità coniugale. Non si può dunque affermare che Sabatini sia innovatore in questo ambito.

È invece sul piano dell'intreccio che l'autore fa valere tutto il suo mestiere, inserendovi scene ed episodi che trasmettono una serie di convinzioni etiche, sebbene queste possano apparire abbastanza incoerenti. Ai nostri scopi la morale di Sabatini si può riassumere come segue:

- la *libertà* è innanzitutto libertà dai condizionamenti derivanti dalla nascita, relativi allo strato sociale od alla comunità confessionale d'appartenenza; è però anche una libertà dalla propaganda, cioè dai tentati condizionamenti successivi a scopo *sensu lato* politico;
- l'*uguaglianza* non implica che debbano essere liquidate le differenze di classe nell'intera società, ma piuttosto che, all'interno di una ristretta comunità d'interessi, quale può essere una ciurma di pirati o una *troupe* di guitti, tutti i membri abbiano uguale facoltà di partecipare ai processi decisionali;
- la *proprietà* è inviolabile e desiderabile, a patto che non neghi l'umanità del prossimo, ad esempio rendendolo schiavo; la violazione del diritto di proprietà è ammessa sotto forma di appropriazione delle spoglie nel caso di aperto conflitto armato.

La trasmissione di questa assiologia è messa in pratica attraverso episodi apparentemente accessori alla trama principale, in cui fra l'altro appaiono fenomeni storici quali la Convenzione francese o l'Inquisizione spagnola, ricostruiti in maniera filologicamente accurata e credibile.

Bibliografia

Andrea da Barberino 2005: *Il Guerrin Meschino*. Edizione critica secondo l'antica vulgata fiorentina a cura di Mauro Cursietti. Roma: Antenore.

- Castradori, Francesca 1991: *Le radici dell'odio: Il conte de Gobineau e le origini del razzismo*. Milano: Xenia.
- Cicerone, Marco Tullio 1976: *Opere retoriche*. A cura di Giuseppe Norcio. Volume 1. Torino: UTET.
- Claydon, Tony 1996: *William III and the Godly Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Claydon, Tony 2007: *Europe and the Making of England, 1660–1706*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Couégnas, Nicolas 2014: *Du genre à l'œuvre. Une dynamique sémiotique de la textualité*. Limoges: Lambert-Lucas.
- De Angelis, Rossana 2014: Saussure, Hjelmslev, Rastier: la lingua come sistema e istituzione, dalla linguistica alla semiotica. In: Paolo Fabbrì, Tiziana Migliore (a cura di) 2014: *Saussure e i suoi segni*. Roma: Aracne, 161–180.
- Eco, Umberto 1997: *Semiotica e filosofia del linguaggio*. Terza edizione. Torino: Einaudi.
- Eco, Umberto 2010: *Opera aperta. Forma e indeterminazione delle poetiche contemporanee*. Prima edizione digitale 2010 da edizione Tascabili Bompiani marzo 2006. Milano: RCS Libri.
- Eppers, Arne 2003: *Miteinander im Nebeneinander: Gemeinschaft und Gesellschaft in Goethes Wilhelm-Meister-Romanen*. Tübingen: Stauffenburg-Verlag.
- Ferrone, Siro 2011: Scaramouche, Scaramuccia, Scaramouchi: l'attore Tiberio Fiorilli tra Francia, Italia e Inghilterra (1673–1683). In: Susan Payne, Valeria Pellis (a cura di) 2011: *Il teatro inglese tra Cinquecento e Seicento: testi e contesti*. Padova: CLEUP, 103-122.
- GDL 2005: *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*. Paris: Larousse.
- Hobsbawm, Eric 1995: *Age of Extremes: The Short Twentieth Century 1914–1991*. Settima edizione. Londra: Joseph.
- Knight, Jesse F., Stephen Darley 2010: *The Last of the Great Swashbucklers: A Bio-Bibliography of Rafael Sabatini*. New Castle, DE: Oak Knoll Press.
- PG 2016: Project Gutenberg – Books by Sabatini, Rafael (sorted by release date). In: http://www.gutenberg.org/ebooks/author/640?sort_order=release_date ED 23 maja 2016.
- Propp, Vladimir 1970: *Morphologie du conte*. Traduzione dal russo di Claude Ligny. Parigi: Gallimard.

- Pugh, Martin 2012: *State and Society: A Social and Political History of Britain since 1870*. Quarta edizione. Londra: Bloomsbury Academic.
- Re, Lucia 2012: *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*. Torino: Giappichelli (Ethos-nomos 4).
- Sabatini, Rafael 1931: *Lo Sparviero del mare*. Milano: Sonzogno (Biblioteca Romantica Mondiale).
- Walsham, Alexandra 2015: Reformation Legacies. In: Peter Marshall (a cura di) 2015: *The Oxford Illustrated History of the Reformation*. Oxford; New York: Oxford University Press, 227–268.
- Zulli, Tania 2011: *Colonial transitions: literature and culture in the late Victorian age*. Berna: Lang.

Część II

ARTYKUŁY RECENZYJNE

REVIEW ARTICLES

Dariusz Szpopier
(Olsztyn)

CZY NA PEWNO *FINIS CORONAT OPUS*? REFLEKSJE WOKÓŁ KRAKOWSKIEGO „SŁOWNIKA HISTORII DOKTRYN POLITYCZNYCH”

ABSTRACT

DOES *FINIS CORONAT OPUS* HOLD TRUE? REFLECTIONS ON THE KRAKOW “DICTIONARY OF THE HISTORY OF POLITICAL DOCTRINES”

The author reviews the *Dictionary of the History of Political Doctrines* edited by Michał Jaskólski and Krystyna Chojnicka. He notes that the dictionary is impressive in size (comprising six volumes) and content, and contributes significantly to popularizing political and legal doctrines for practical use. What is more, it supplements existing publications on the subject and serves to deepen reflection on political and legal thought. The dictionary under review is of great academic and epistemic value.

KEYWORDS: Dictionary of the History of Political Doctrines

SŁOWA KLUCZOWE: Słownik historii doktryn politycznych

W 2015 roku nakładem Wydawnictwa Sejmowego ukazała się na rynku wydawniczym ostatnia, szósta część *Słownika Historii Doktryn Politycznych* przygotowana pod redakcją Krystyny Chojnickiej i Michała Jaskólskiego – pomysłodawcy całej serii i autora znamienitej większości haseł. Ów znaczący projekt zapoczątkowany został w 1997 roku, kiedy to pod redakcją Michała Jaskólskiego grono pięciu autorów z krakowskiego środowiska naukowego wydało pierwszy tom całego cyklu. Poza

redaktorem naukowym hasła zredagowali wówczas: Włodzimierz Bernacki, Krystyna Chojnicka, Jacek M. Majchrowski, Bogdan Szlachta oraz Marek Waldenberg. Skład autorski drugiego tomu, który ukazał się dwa lata później i pozostawał nadal pod redakcją Michała Jaskólskiego uległ nieznacznej zmianie: Marek Waldenberga zastąpił bowiem Antoni Dudek. Zespół przygotowujący poszczególne hasła począwszy od trzeciego tomu słownika, wydanego w 2007 roku, został znacząco rozszerzony i objął dodatkowo: Iwonę Barwicką-Tylek, Agatę Glinkę, Jacka Malczewskiego, Marka Niechwieja oraz Arkadego Rzegockiego. Tym razem zabrakło w tym gronie Antoniego Dudka, jednak do składu redakcyjnego powrócił Marek Waldenberg. W stosunku do poprzedniej części pracy do grona autorów czwartego tomu z 2009 roku dołączyli: Sergiusz Bober, Anna Budzanowska, Anna Citkowska-Kimla, a także Piotr Kimla, Barbara Stoczevska, Michał Śliwa i Agnieszka Walecka-Rynduch. W pracach nie uczestniczyli Agata Glinka oraz Jacek M. Majchrowski. Ten ostatni pojawił się jednak w składzie autorów piątego tomu, który wyszedł drukiem w 2012 roku. Zespół opuścili wtedy jednak: Anna Budzanowska, Marek Niechwiej, Marek Waldenberg, a także Agnieszka Walecka-Rynduch. Największa grupa autorów przygotowywała wszakże hasła szóstego tomu. W stosunku do wcześniejszej części skład autorski został wzbogacony o: Annę Ceglarską, Agnieszkę Czarnecką, Marcina Kalińskiego, Marcina Lubertowicza, Mirosława Sadowskiego oraz Michała Stryszyka. Redaktorem naukowym całości był Michał Jaskólski, natomiast współredaktorem trzech ostatnich tomów – Krystyna Chojnicka. Dość wspomnieć, iż jest to pierwsza praca, która zachowując konwencję słownika porusza zagadnienia historii myśli politycznej. U podstaw tego unikatowego przedsięwzięcia, jak przyznali autorzy we wstępie do swej pracy, leżał **model dokonywania syntezy historii idei politycznych na rozległych przestrzeniach czasu i w różnorodnych obszarach tematycznych** wypracowany przez twórców podręczników z zakresu historii doktryn politycznych i prawnych oraz historii myśli politycznej.

Przyjęte we wstępie pierwszego tomu założenia pozwoliły stworzyć syntezę właściwą zarówno dla celów naukowych, jak i dydaktycznych. Przystępne przedstawienie nawet relatywnie skomplikowanych treści znacząco poszerzyło bowiem zakres adresatów owej publikacji, czyniąc ją właściwą także dla osób chcących pojąć rudymenarne wiadomości z zakresu myśli politycznej i prawnej lub usystematyzować intuicyjnie pojmowane zagadnienia. Również odstąpienie od przesadnej

erudycyjności użytego języka przy jednoczesnym zaniechaniu nadmiernych uproszczeń sprawiło, iż przedstawione pojęcia są klarowne, a tym samym przystępne nawet dla nieprofesjonalnego odbiorcy, co jest niewątpliwym walorem całości.

Hasła zostały uporządkowane w sposób alfabetyczny. Ostatni tom zawiera dodatkowo suplement uzupełniający wcześniejsze dokonania o kolejnych kilkadziesiąt pozycji. Łącznie pozwoliło to na przekazanie odbiorcom pracy liczącej znacząco ponad tysiąc haseł. Ich twórcom udało się przy tym uniknąć hermetyczności encyklopedycznej formy sprawdzającej opracowywane zagadnienia do jedynie bezosobowych stwierdzeń faktów, nie pozwalających czytelnikowi właściwie ocenić charakteryzowanej postaci. Ważną rolę odgrywa tu zwłaszcza uwzględnienie cytatów, które mogą wręcz pełnić rolę aforyzmów. Poszczególne hasła zawierają nierzadko również zestawienie różnych poglądów na temat dorobku opisywanych sylwetek oraz opatrzone są wykazem ich ważniejszych prac, a także podstawową bibliografią. Autorzy nie unikali jednak osobistej odpowiedzialności za przedstawione treści, imiennie podpisując się poniżej poszczególnych haseł. Niezaprzeczalnie udanym pomysłem jest także wskazanie tych zagadnień, które znajdują szersze omówienie w dalszej części słownika. Ułatwiło to poruszanie się po niełatwej materii myśli politycznej, pozwalając jednocześnie na wzbogacenie wiedzy o pojęcia z nimi związane, bez konieczności każdorazowego ich poszukiwania w obszernej przecież pracy. Słownik zawiera przy tym nie tylko znane z tego rodzaju publikacji hasła imienne i rzeczowe, ale również zagadnienia, do których przedstawiciele różnych doktryn się odnoszą, jak choćby: *państwo*, *papiestwo* czy *społeczeństwo*. Percepcję zawartości pracy ułatwia dodatkowo znajdująca się przy każdej z prezentowanych postaci przynajmniej krótka nota biograficzna jej poświęcona. Mnożyć można bowiem przypadki, w których życiorys wywierał niepośledni wpływ na prezentowane następnie poglądy. Na uznanie zasługuje przy tym kompleksowe uwzględnienie przedstawicieli europejskiej myśli politycznej, wraz z godnym uwagi wyszczególnieniem realizacji poszczególnych kierunków albo nurtów w myśli politycznej w Polsce, jak miało to miejsce przy hasle *agraryzm* lub *jakobinizm* czy też rozbudowaniu poświęconych Polsce treści, jak uczyniono to choćby przy terminie *integracja europejska*. Nawet jednak w razie nieobjęcia przez ramy słownika danej postaci, niejednokrotnie można znaleźć stosowne odesłanie do przywołującego ją hasła rzeczowego.

Niemal wszystkie tomy słownika kończy skorowidz haseł. Szkoda wszakże, że odstąpiono od tej reguły przy edycji trzeciej części tego wielotomowego dzieła. Pozytywnie jednak należy ocenić zastąpienie zastosowanego w pierwszej części cyklu jedynie określonego kolejnymi numerami ich wyliczenia na rzecz uwzględnienia stron, na których się one znajdują. Ułatwia to w sposób znaczny ewentualne poszukiwania czytelnika. W tym miejscu należałoby skierować w stronę Wydawnictwa Sejmowego edytorską sugestię *pro futuro*, by w kolejnych edycjach dokonać w tym względzie stosownej zmiany.

Przyjęty tytuł – *Słownik Historii Doktryn Politycznych* na pozór jedynie zdaje się pomijać nierozłącznie związaną z ową dyscypliną badawczą problematykę doktryn prawnych, gdyż szczegółowa lektura pozwala stwierdzić ich niezbędną obecność. Cieszy zatem fakt, iż zagadnienia państwa autorzy nie usiłowali odizolować od immanentnie z nim związanego prawa. Żałować jednak należy, iż brakuje wzmianki biograficznej poświęconej Janowi Crelłowi, któremu zawdzięczamy między innymi znaczące rozbudowanie pojęcia sprawiedliwości, jak również hasła dotyczącego Hipolita Korwin-Milewskiego, założyciela Wileńskiego Towarzystwa Rolniczego, żywo uczestniczącego w życiu społecznym guberni wileńskiej i zarazem jednej z czołowych postaci polskiego konserwatyizmu początku XX wieku, czy choćby innego przedstawiciela myśli zachowawczej jakim był Edward Woyniłłowicz. Niestety istotnych luk doznało opracowanie całego środowiska krajowców. Możliwe jest bowiem znalezienie jedynie nielicznych wzmianek poświęconych tym przedstawicielom polskojęzycznej szlachty zamieszkującej obszar byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego, którzy dążyli do zapewnienia tym ziemiom jednolitości politycznej przy poszanowaniu odrębności kulturowej narodów je zamieszkujących. Chociaż praca zawiera omówienie sylwetki politycznej Mieczysława Niedziałkowskiego, to jednak pomija tak znakomitych reprezentantów tego nurtu ideowego jak: Michał Römer, Ludwik Abramowicz, Ludwik Chomiński, Tadeusz Wróblewski czy też Kazimierz Okulicz. Brak ten jest szczególnie dotkliwy z perspektywy niezmiernie interesujących koncepcji, niejednokrotnie wysuwanych przez pominiętych, jak choćby proponowanej przez Michała Römera federacji Polski i Litwy. Dostrzegalne jest też nieuwzględnienie części przedstawicieli

1 A. Szwarc, P. Wiczorkiewicz, *Wstęp*, [w:] H. Korwin-Milewski, *Siedemdziesiąt lat wspomnień (1855–1925)*, Warszawa 1993, s. IX.

rosyjskiej myśli polityczno-prawnej. Brakuje zatem wzmianki poświęconej chociażby Michaiłowi Sperańskiemu, politykowi niebłahych zdolności i wielkiego formatu, autorowi propozycji znaczących reform w Cesarstwie Rosyjskim, którego sam cesarz Aleksander I nazywał swą **prawą ręką**². Nie ujęto także mającego istotny wpływ na rozwinięcie filozofii i teorii prawa Konstantina Niewolina, podobnie jak zwolennika państwowej myśli zachowawczej rosyjskiej Michaiła Katkowa, czy też księcia Władimira Mieszczerskiego, a także głosiciela idei prawa naturalnego Pawła Nowgorodcewa, czy też wybitnego przedstawiciela tego samego kierunku – związanego z rosyjską emigracją Iwana Ilina³. Nie sposób odżałować także nieobecności Georgija Gurwicza, socjologa, filozofa i prawnika, którego prace weszły do światowej klasyki nauk socjologicznych, a koncepcje prawno-filozoficzne stały się podstawą dla postklasycznej szkoły prawoznawstwa⁴. Ponadto niedosyt pozostawia jakże krótka wzmianka dotycząca Pawła Pestela, jedynie wspomnianego przy charakteryzowaniu pojęcia *dekabryści*, a także pominięcie sylwetki wiodącego przedstawiciela rosyjskiego liberalizmu – Borysa Cziczerina, który położył podwaliny pod wskrzeszenie idei prawa naturalnego⁵. Mimo wszystko nawet te wydawałoby się liczne nazwiska zdają się niknąć na tle monumentalizmu recenzowanej pracy, a ich podanie przeze mnie jest jedynie postulatem dotyczącym potrzeby kontynuacji pracy krakowskich uczonych.

Stąd też kilka uwag chciałbym wnieść także wobec najnowszej jej części. Pragnę jednak raz jeszcze zauważyć, iż w żadnej mierze nie deprecjonują one jakże dostrzegalnego wysiłku autorów tej przemyślanej publikacji i mają charakter propozycji. Pierwsza z nich dotyczy hasła *pokój*. Jego twórca Marcin Kaliński definiując najogólniejsze jego znaczenie najzupełniej słusznie nie ograniczył stanu mu przeciwstawnego do wojny, lecz użył szerszego pojęcia konfliktu. Słowo to pozostaje jednak dość niejednoznaczne, a stan konfliktu pomiędzy państwami nie zawsze wyłącza pokój. Stąd też trafniejszym antonimem wydaje się, stosowane także przez Kartę Narodów Zjednoczonych, szersze pojęcie *użycia siły*.

2 A. Andrusewicz, *Carowie i cesarze Rosji. Szkice biograficzne*, Warszawa 2001, s. 308.

3 I.Ju. Kozlichin, A.W. Poliakov, E.W. Timoszina, *Istoria polityczeskich i prawowych uczenij*, Sankt Peterburg 2007, s. 813.

4 *Ibidem*, s. 823.

5 A. Walicki, *Filozofia prawa rosyjskiego liberalizmu*, Warszawa 1995, s. 13.

Autorzy zdecydowali się ponadto objąć ramami słownika relatywnie nieliczne hasła o znaczeniu nieco szerszym niż te mieszczące się li tylko w ramach myśli politycznej. Dlatego też równie drobna, choć ze względu na poczytność pracy warta odnotowania wskazówka dotyczy pełnej nazwy Zakonu Krzyżackiego, charakteryzowanego przy okazji omawiania szerszego pojęcia *zakonów rycerskich*. Ta oficjalna zawierała odniesienie do szpitala⁶. Był to bowiem zakon utworzony w Ziemi Świętej dla sprawowania opieki medycznej⁷.

Autorzy byli wprawdzie świadomi ograniczeń związanych zarówno z rozległością, jak i interdyscyplinarnością doktryn, a także wymaganiami edytorskimi toteż z pełną odpowiedzialnością zaznaczyli na początku konieczność dokonania trudnych z tych względów wyborów. Być może słuszniejsze byłoby z tych względów pominięcie wskazanych wyżej, ogólnej natury haseł i zastąpienie ich brakującymi pozycjami, ściśle związanymi z materią myśli polityczno-prawnej.

Słownik Historii Doktryn Politycznych stanowi znaczący wkład zarówno w upowszechnienie mających praktyczne zastosowanie doktryn polityczno-prawnych, jak i satysfakcjonująco uzupełnia istniejące dotychczas pozycje z tego zakresu oraz służy pogłębieniu refleksji. Ukazanie się szóstego i zarazem ostatniego tomu pozwoliło oddać w ręce szerokiego grona czytelników gotowe już kompendium wiedzy, którego walory dają podstawę do oczekiwania kolejnych wydań tej bardzo udanej publikacji. Warto byłoby jednak przemyśleć, czy na pewno tom szósty powinien być tomem ostatnim! Z całą pewnością wszakże, bez względu na dalsze losy *Słownika*, Autorom haseł, a w szczególności Krystynie Chojnickiej i Michałowi Jaskólskiemu należą się już teraz gratulacje za stworzenie naprawdę świetnego dzieła, które traktując o historii idei zajmie poczesne miejsce w polskiej historiografii.

Bibliografia

A. Andrusiewicz, *Carowie i cesarze Rosji. Szkice biograficzne*, Warszawa 2001.

⁶ M. Kosman, *Krzyżacy w historii i legendzie wieków. W 600 rocznicę grunwaldzkiej wiktarii*, Toruń 2010, s. 12.

⁷ W. Urban, *Krzyżacy*, Warszawa 2005, s. 27.

- Kosman M., *Krzyżacy w historii i legendzie wieków. W 600 rocznicę grunwaldzkiej wiktorii*, Toruń 2010.
- Kozlichin I.Ju., A.W. Poliakow, E.W. Timoszina, *Istorija polityczeskich i prawowych uczenij*, Sankt Peterburg 2007.
- Szwarc A., Wieczorkiewicz P., *Wstęp*, [w:] H. Korwin-Milewski, *Siedemdziesiąt lat wspomnień (1855–1925)*, Warszawa 1993.
- Walicki A., *Filozofia prawa rosyjskiego liberalizmu*, Warszawa 1995.
- Urban W., *Krzyżacy*, Warszawa 2005.

Część III

ARTYKUŁY SPRAWOZDAWCZE

REPORT ARTICLES

Aleksandra Spsychalska
(Uniwersytet Wrocławski)

SPRAWOZDANIE Z 5TH GLOBAL CONFERENCE ON GENOCIDE, 26–30 CZERWCA 2016 JEROZOLIMA

ABSTRACT

REPORT FROM THE 5TH GLOBAL CONFERENCE ON GENOCIDE, JUNE 26–30, 2016, JERUSALEM

On June 26–30, 2016, an international 5th Global Conference on Genocide took place in Jerusalem. The conference was entitled: Intersections: Holocaust Scholarship, Genocide Research, and Histories of Mass Violence. It was organized by International Network of Genocide Scholars in cooperation with Hebrew University and Van Leer Institute. During three session days, over 200 scholars from all over the world presented their research concerning the issue of genocide, the Holocaust and mass violence.

KEYWORDS: scientific conference, genocide, Holocaust, INOGS

SŁOWA KLUCZOWE: konferencja naukowa, ludobójstwo, Holocaust, INOGS

W dniach 26–30 czerwca 2016 r. w Jerozolimie odbyła się piąta edycja ogólnościatowej konferencji naukowej poświęconej problematyce ludobójstwa organizowanej przez International Network of Genocide Scholars¹, tym razem przy współpracy z Uniwersytetem Hebrajskim

¹ INOGS powstało w styczniu 2005 w Berlinie. Stowarzyszenie zrzesza badaczy zbrodni ludobójstwa i Holocaustu z całego świata. Wydaje międzynarodowe czasopismo *Journal of Genocide Research*; więcej na temat organizacji na: <http://inogs>.

w Jeruzolimie oraz Instytutem Van Leer². Tematem przewodnim obrad były związki i zależności między studiami nad Holocaustem i badaniami nad innymi przypadkami ludobójstw czy historii masowej zbrodni.

Spotkanie naukowców z całego świata odbywało się w miejscu szczególnym – mieście, w którym obok siebie koegzystują cztery różne społeczności i które od lat targane jest przemocą powodowaną jakże żywym konfliktem izraelsko-palestyńskim. Nie dziwi zatem fakt, iż emocje konferencja wzbudzała na długo zanim do niej doszło. Organizatorzy musieli zmierzyć się z ostrą krytyką, zarówno ze strony środowisk proizraelskich, jak i propalestyńskich. Te pierwsze zarzucały im oraz uczestnikom antysemityzm, wyrażając oburzenie, że w ramach wydarzenia tego rodzaju podejmowana jest w ogóle tematyka Nakby³. Te drugie z kolei wzywały do bojkotu konferencji z uwagi na miejsce jej organizacji, podkreślając, że w ich opinii Izrael sam prowadzi politykę ludobójczą. Skandalicznym jest zatem według nich fakt, iż to w tym kraju, na Uniwersytecie Hebrajskim, zaplanowano dyskusję o genocydzie, jego historii i mechanizmach zapobiegania. Na temat ten rozgorzała nawet dyskusja w izraelskich mediach, do uczestników wysyłane były zaś prywatne maile nawołujące do rezygnacji z udziału w wydarzeniu. Obustronna krytyka wydała się

com/; natomiast na temat samej konferencji na: <http://www.inogs2016.org/> [dostęp: październik 2016].

- 2 Więcej o Van Leer Institute na: <http://www.vanleer.org.il/en> [dostęp: październik 2016]. Wśród Partnerów Konferencji znaleźli się: The Avraham Harman Institute of Contemporary Jewry (The Hebrew University of Jerusalem), The Leonard Davis Institute for International Relations (The Hebrew University of Jerusalem), The Faculty of Law (The Hebrew University of Jerusalem), The Harry S. Truman Institute for the Advancement of Peace (The Hebrew University of Jerusalem), The Richard Koebner Minerva Center for German History (The Hebrew University of Jerusalem), The Vidal Sassoon International Center for the Study of Antisemitism (The Hebrew University of Jerusalem), The Department of American Studies (The Hebrew University of Jerusalem), The Louis Frieberg Center for East Asian Studies (The Hebrew University of Jerusalem), Louise Bethlehem of the Program in Cultural Studies (The Hebrew University of Jerusalem), The Authority for Research and Development (The Hebrew University of Jerusalem), The Israel Office of the Rosa Luxemburg Stiftung, The Open University of Israel, The Stephen Roth Institute for the Study of Contemporary Antisemitism and Racism (Tel Aviv University), The Faculty of Humanities and Social Sciences (Ben-Gurion University of the Negev), The Armenian Community of Jerusalem, Instytut Polski w Tel Avivie.
- 3 Nakba – exodusu Palestyńczyków towarzyszący powstaniu Izraela 13 maja 1948 roku.

być jednak najlepszym dowodem na to, iż organizatorzy nie uciekali od dyskusji na najbardziej kontrowersyjne tematy. Dołożyli oni wszelkich starań, by wypełnić standardy akademickiej rzetelnej dyskusji, żadna wypowiedź czy referat nie był blokowany. Co więcej, wydaje się, że międzynarodowe grono uczestników wniosło pewien powiew świeżości i obiektywnego, zewnętrznego spojrzenia na tą problematykę.

Konferencję otworzyło przemówienie pana Adama Diengi – Specjalnego Doradcy Sekretarza ONZ ds. Zapobiegania Ludobójstwu⁴ – poświęcone problematyce zapobiegania zbrodni ('Preventing Genocide Today: Applying the Lessons of the Past to Protect Future Generations'). Dieng podkreślał znaczenie badań nad mechanizmami ludobójstwa w systemie jego prewencji. Wyraził także nadzieję, że dzięki badaniom nad naturą zbrodni i wspólnemu współdziałaniu wszystkich państw na arenie międzynarodowej uda się ją skutecznie powstrzymać. Trudno było jednak oprzeć się wrażeniu, iż słowa Dienga miały raczej charakter sloganów, życzeń i ogólnikowych deklaracji – brak było tu natomiast konkretnych i precyzyjnych wskazówek dotyczących działania w przyszłości.

Wykład p. Dienga i wieczorny bankiet w urokliwym kampusie Uniwersytetu Hebrajskiego na wzgórzu Mount Scopus zapoczątkował trzy dni pełne intensywnych obrad. W ramach każdego z nich codziennie odbywały się trzy bloki sesyjne, każdy składający się z sześciu lub siedmiu równoległe prowadzonych paneli. Łącznie odbyło się zatem 53 paneli, w czasie których wygłoszono ponad 200 prelekcji. Na konferencję przybyli badacze z całego świata: Armenii, Australii, krajów europejskich (Belgii, UK, Holandii, Szwecji, Niemiec czy Francji), USA, Meksyku, Gwatemali, Indii, Nigerii, Rwandy, RPA czy Ugandy⁵. Uniwersytet Wro-

4 Adama Dieng od 2012 r. pełni funkcję Specjalnego Doradcy Sekretarza Generalnego ONZ ds. Zapobiegania Ludobójstwu; wcześniej zaangażowany był w prace Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy oraz prace nad stworzeniem Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów. Przez 10 lat pełnił funkcję Sekretarza Generalnego Międzynarodowej Komisji Prawników z siedzibą w Genewie. Więcej o nim na: <https://www.un.org/sg/en/content/profiles/adama-dieng> [dostęp: październik 2016].

5 Reprezentowali oni najbardziej znamienite światowe ośrodki naukowe, m.in. Harvard University, U.S. Holocaust Memorial Museum, Clark University, Queen's University, The University of Queensland, University of California, University of London, Johannesburg Holocaust and Genocide Centre, NIOD Institute for

clawski i Pracownię Badań Praw Orientalnych reprezentowała autorka niniejszego tekstu – mgr Aleksandra Spychalska, która w referacie „Raphael Lemkin’s concept of cultural genocide – archaic idea or relevant project?” (panel: Genocide Conceptualization and Prevention) prezentowała wyniki swoich badań w ramach prac nad rozprawą doktorską.

Formuła obrad przyjęta przez Organizatorów – z oczywistych względów zrozumiała z uwagi na dużą liczbę uczestników i niezwykle szeroki zakres poruszanej tematyki – zmuszała jednak do wyborów pomiędzy kolidującymi ze sobą wystąpieniami. Tymczasem właściwie każdy z referatów stał na niezwykle wysokim poziomie – poruszano w nich najbardziej kontrowersyjne tematy, analizowano aktualną problematykę, prezentowano wyniki nowatorskich na skalę światową badań. Pozostaje jedynie żałować, że niemożliwym było wysłuchanie każdego z nich.

Sesje panelowe przerywane były wykładami oraz sesjami plenarnymi. Jako key-note speakerzy wystąpili prof. Atina Grossmann⁶ (The Cooper Union), która w swoim wystąpieniu zatytułowanym „Remapping Death and Survival: Jewish Refugees and Lost Memories of Displacement, Trauma, and Rescue on the Margins of the Holocaust” poruszyła problematykę losu żydowskich uchodźców w Azji w czasie II Wojny Światowej oraz prof. Charles S. Maier⁷ (Harvard University), z referatem poświęconym narracjom dotyczącym XX-wiecznego kolonializmu, niewolnictwa i ludobójstwa (w wystąpieniu pt. „Contending and Demanding Narratives: Genocide, Slavery, Colonialism”). Z kolei pierwsza z sesji plenarnych poświęcona została problematyce traumy kolektywnej i tożsamości narodowej po doświadczeniach zbrodni ludobójstwa w społeczności

War, Holocaust, and Genocide Studies, University of Toronto, Holocaust Museum Houston, University of Cambridge, czy University of Paris-Sorbonne.

- 6 Atina Grossmann – wykłada na the Cooper Union, specjalizuje się w historii Niemiec i women’s gender studies; współautorka *Crimes of War: Guilt and Denial in the Twentieth Century*; The New Press, Nowy Jork 2002., autorka *After the Nazi Racial State: Difference and Democracy in Germany and Europe*; University of Michigan Press, 2009. Więcej o niej na: <https://cooper.edu/humanities/people/atina-grossmann> [dostęp: październik 2016].
- 7 Charles S. Maier – profesor historii na Uniwersytecie Harvarda, autor licznych książek, m.in.: *The Unmasterable Past: History, Holocaust, and German National Identity*, Harvard University Press, 1988; *Once within Borders: Territories of Power, Wealth, and Belonging since 1500* Harvard University Press, 2016, *Leviathan 2.0: Inventing Modern Statehood*, Harvard University Press, 2014; więcej o nim na: <http://history.fas.harvard.edu/people/charles-maier> [dostęp: październik 2016].

żydowskiej, palestyńskiej, armeńskiej i afrykańsko-amerykańskiej. W ramach sesji tej wystąpili: Marzuq Al-Halabi⁸, Yair Auron⁹, Aida Boudjikianian¹⁰, Susan O'Donovan¹¹ oraz Manuela Consonni¹². Najwięcej emocji, jeszcze tuż przed samą konferencją wzbudziła ostatnia z sesji poświęcona konfliktowi izraelsko-palestyńskiemu, zatytułowana „The INoGS in Jerusalem – What Does It Mean to Study the Holocaust and Genocide in Israel/Palestine, A Site of Conflict?”. W sesji głos zabrali: Sidra DeKoven Ezrahi¹³, Yehudit Kol-Inbar¹⁴, Dan Michman¹⁵, funkcję moderator pełnił

-
- 8 Marzuq Al-Halabi – dziennikarz, pisarz, poeta i krytyk literacki; opublikował wiele esejów i artykułów, większość z nich po arabsku. Zajmuje się problematyką stosunków żydowsko-arabskich, konfliktem żydowsko-arabskimi i żydowsko-palestyńskim oraz sposobami jego rozwiązania; arabską kulturą i literaturą, naukami społecznymi i filozofią, w tym filozofią etyki i prawa, problematyką Holocaustu i Nakby.
 - 9 Yair Auron – profesor na Open University of Israel; zajmuje się problematyką ludobójstwa i współczesnym judaizmem. Opublikował wiele esejów i książek, głównie na temat ludobójstwa i wpływu Holocaustu na tożsamość żydowską w Izraelu i Europie m.in: *The Banality of Indifference: Zionism and the Armenian Genocide*, Transaction Publishers, 2001.
 - 10 Aida K. Boudjikianian – bada Armeńską Diasporę, aktualnie pracuje nad publikacją poświęconą jej historii.
 - 11 Susan Eva O'Donovan-Associate Professor na Wydziale Historii Uniwersytetu w Memphis; pełniła funkcję redaktora w Freedmen & Southern Society Project na Uniwersytecie w Merylnad a także czasopiśmie British American Nineteenth-Century History Association – *American Nineteenth-Century History*. Specjalizuje się w historii afroamerykańskiej ze szczególnym uwzględnieniem problematyki niewolnictwa i emancypacji.
 - 12 Manuela Consonni – Associate Professor w Department of Jewish History and Contemporary Jewry. Od 2015 r. pełni funkcję Dyrektora Vidal Sassoon International Center for the Study for Antisemitism.
 - 13 Sidra DeKoven Ezrahi – profesor emerytowana Comparative Literature na Uniwersytecie Hebrajskim. Visiting professor na Uniwersytetach Duke, Princeton, Yale, Michigan, Dartmouth i Toronto. Autorka wielu książek, m.in: *The Holocaust in Literature*, University of Chicago Press, 1980; *Booking Passage: Exile and Homecoming in the Modern Jewish Imagination*, University of California Press, 2000.
 - 14 Yehudit Kol-Inbar – do niedawna Dyrektor Museums' Division w Yad V; wcześniej przewodniczyła Departamentowi Sztuki i Muzeów w izraelskim Ministerstwie Edukacji i Kultury. Autorka wielu artykułów i kuratorka licznych wystaw, poświęconych głównie problematyce sytuacji kobiet i dzieci w czasie Holocaustu.
 - 15 Dan Michman – profesor emerytowany Modern Jewish History oraz Dyrektor Finkler Institute of Holocaust Research na Uniwersytecie Bar-Ilan, Przewodniczący International Institute for Holocaust Research and Incumbent w Yad Vashem.

zaś: Alon Confino¹⁶. Mimo wcześniejszych deklaracji z zaproszenia do udziału w panelu nie skorzystał przedstawiciel środowisk palestyńskich. Niektórzy z uczestników zauważyli, iż zapewne spowodowane byłoby to nierównym rozkładem sił w dyskusji (3 przedstawiciele żydowskich i 1 palestyński). Inni tłumaczyli to samą niechęcią naukowców palestyńskich do udziału w wydarzeniach organizowanych przez stronę żydowską. Dla obserwatorów zewnętrznych uderzającym był przede wszystkim fakt, iż nawet na takim międzynarodowym wydarzeniu, gdzie wśród niezależnych naukowców, w ramach debaty akademickiej, która przecież winna rządzić się swoimi prawami, każda ze stron mogła zaprezentować swoje racje i zarzuty, a strona palestyńska nie skorzystała z tej możliwości.

Sesje panelowe zostały pogrupowane tematycznie. I tak w programie konferencji znalazły się sesje poświęcone badaniom nad Holocaustem (Holocaust jako paradygmat – historiografia i pamięć; polskie spojrzenie na Shoah; władza i siła – rola policji w gettach żydowskich; problematyka antysemityzmu; motywacje sprawców zbrodni; Holocaust a Nakba, Holocaust i przemoc polityczna we Włoszech w czasie II Wojny Światowej), genocydom w czasach kolonialnych, ludobójstwem rwandyjskim i armeńskim, roli ideologii i religii, kwestii sprawstwa zbrodni, płciowymi aspektami zbrodni, problematyce negocjowania ludobójstwa i jego prawnym konsekwencjom, konceptualizacji zbrodni i jej zapobiegania, ochrony ludności cywilnej w XX i XXI wieku czy swoistej polityce sprawiedliwości po zbrodni¹⁷. Co ważne, organizatorzy przewidzieli także odrębny panel poświęcony osobie Rafała Lemkina („A Grain of Salt”: Genocide Legal History beyond the Lemkin Myth) – twórcy samej

Członek redakcji i rad doradczych wielu czasopism: *Yad Vashem Studies, Holocaust and Genocide Studies, Zeitschrift für Genozidforschung*. Autor wielu książek: *Holocaust Historiography: A Jewish Perspective. Conceptualizations, Terminology, Approaches and Fundamental Issues*, Mitchell Vallentine & Company 2003; *The Emergence of Jewish Ghettos During the Holocaust*, Cambridge University Press 2014.

16 Alon Confino – profesor historii na Uniwersytecie Virginia i Uniwersytecie Ben-Guriona; zajmuje się przede wszystkim współczesną historią Niemiec i Europy, problematyką pamięci, tożsamości, narodowości i metod historycznych. Jest autorem wielu książek, m.in.: *Foundational Pasts: The Holocaust As Historical Understanding*, Cambridge University Press 2012; *A World Without Jews: The Nazi Imagination from Persecution to Genocide*, New Haven: Yale University Press 2014.

17 Szczegółowy program konferencji wraz z abstraktami każdego z wystąpień i krótką informacją na temat prezentującego dostępny jest na stronie www konferencji: <http://www.inogs2016.org/> [dostęp: październik 2016].

koncepcji zbrodni ludobójstwa w prawie, nieco zapomnianemu przez polską historiografię. Niezwykle interesujące referaty wygłosili Rotem Giliadi z Uniwersytetu w Helsinkach („‘Troubles of Our Own’: Lemkin, the Genocide Convention, and the Jewish State”) oraz James Loeffler z Uniwersytetu Virginia („Becoming Cleopatra: The Forgotten Jewish Politics of Raphael Lemkin”).

Obradom towarzyszyły żywiołowe i owocne dyskusje, które wielokrotnie z powodu ograniczeń czasowych kontynuowane były w kuluarach i trwały do długich godzin wieczornych.

Ostatni dzień konferencji był dniem wydarzeń towarzyszących, w ramach których uczestnicy mogli zwiedzić muzeum Yad Vashem, Wschodnią część Jerozolimy lub kwaterę ormiańską na Starego Miasta. Konferencję wieńczył pokaz filmu *The Look of Silence* Joshuy Oppenheimera oraz rozmowa z reżyserem, w której udział wzięły także Debórah Dwork¹⁸ oraz Kartika Pratiwi¹⁹.

Jerozolimska konferencja była jednym z najważniejszych naukowych spotkań poświęconych tematyce badań nad ludobójstwem, które miały miejsce w tym roku. Konferencja przyszłoroczna zorganizowana zostanie tym razem przez International Association of Genocide Scholars w Brisbane w Australii. Tematem przewodnim będzie ‘Sprawiedliwość i Zapobieganie Ludobójstwu’.

Bibliografia

- Auron Y., *The Banality of Indifference: Zionism and the Armenian Genocide*, Transaction Publishers 2001.
- Bartow O., Grossman A., Nolan M. (red.), *Crimes of War: Guilt and Denial in the Twentieth Century*, The New Press, Nowy Jork 2002.

¹⁸ Debórah Dwork – Founder i Dyrektor Strassler Center for Holocaust and Genocide Studies na Uniwersytecie Clark – jednego z najlepszych i najbardziej znanych ośrodków badań nad ludobójstwem. Zajmuje się przede wszystkim problematyką Holocaustu i jego historią.

¹⁹ Kartika Pratiwi – niezależna badaczka, absolwentka studiów kulturowych w Dżakarcie. Od 2008 roku jest częścią Kotakhitam Forum – niezależnej organizacji, która skupia się na badaniach, organizacji warsztatów, przygotowywaniu filmów dokumentalnych poświęconych i służących zmianie społecznej.

- Chin R., Fehrenbach H., Eley G., Grossmann A., *After the Nazi Racial State: Difference and Democracy in Germany and Europe*, University of Michigan Press 2009.
- Confino A., *A World Without Jews: The Nazi Imagination from Persecution to Genocide*, New Haven: Yale University Press, 2014.
- Confino A., *Foundational Pasts: The Holocaust As Historical Understanding*, Cambridge University Press 2012.
- DeKoven Ezrahi S., *Booking Passage: Exile and Homecoming in the Modern Jewish Imagination*, University of California Press 2000.
- DeKoven Ezrahi S., *The Holocaust in Literature*, University of Chicago Press 1980.
- Maier Ch.S., *Leviathan 2.0: Inventing Modern Statehood*, Harvard University Press 2014.
- Maier Ch.S., *Once within Borders: Territories of Power, Wealth, and Belonging since 1500*, Harvard University Press 2016.
- Maier Ch.S., *The Unmasterable Past: History, Holocaust, and German National Identity*, Harvard University Press 1988.
- Michman D., *Holocaust Historiography: A Jewish Perspective. Conceptualizations, Terminology, Approaches and Fundamental Issues*, Mitchell Vallentine & Company 2003.
- Michman D., *The Emergence of Jewish Ghettos During the Holocaust*, Cambridge University Press 2014.

Agnieszka Kuriata
(Uniwersytet Wrocławski)

„WORKSHOP. HUMAN RIGHTS – CONTEMPORARY THREATS AND CHALLENGES”. SPRAWOZDANIE Z MIĘDZYNARODOWEJ KONFERENCJI NAUKOWEJ, WROCLAW 2016

ABSTRACT

“WORKSHOP: HUMAN RIGHTS – CONTEMPORARY THREATS
AND CHALLENGES”: A REPORT FROM AN INTERNATIONAL
ACADEMIC CONFERENCE, WROCLAW 2016

On May 30–31, 2016, an international academic conference “Workshop: Human Rights – Contemporary Threats and Challenges” took place at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław. The participants included representatives of many research centers from both Poland (Jagiellonian University and the University of Lodz, among others) and abroad (the University of Manchester, the University of Oslo, and Victoria University of Wellington). During the conference the participants presented their research on broadly-understood human rights and their functioning in the contemporary world.

KEYWORDS: report, human rights, international conference, oriental laws research
SŁOWA KLUCZOWE: sprawozdanie, prawa człowieka, konferencja międzynarodowa, pracownia badań praw orientalnych

W dniach 30–31 maja 2016 r., na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, odbyła się międzynarodowa konferencja naukowa pt. *Workshop: Human rights – Contemporary threats and challenges*. Była to pierwsza konferencja zorganizowana przez Pracownię

Badań Praw Orientalnych działającą przy Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz przez Międzywydziałowe Koło Kultur Bliskiego i Dalekiego Wschodu.

Pracownia Badań Praw Orientalnych (PBPO) jest ośrodkiem analityczno-badawczym zajmującym się problematyką prawa państw szeroko rozumianego Bliskiego i Dalekiego Wschodu. Pracownia działa przy Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Powstała w 2013 r. z inicjatywy prof. dr hab. Mirosława Sadowskiego. Członkowie zrzeszeni w jej ramach prowadzą badania nad relacjami tego prawa z prawem polskim i europejskim, jak i również dokonują analiz różnych wydarzeń społeczno-politycznych w krajach regionu. Pracownia Badań Praw Orientalnych pełni niewątpliwie rolę forum komunikacyjnego umożliwiającego wymianę doświadczeń i wiedzy między naukowcami, praktykami i przedsiębiorcami zainteresowanymi tematyką prawa Orientu. W jej ramach poruszane są bowiem zagadnienia dotyczące zarówno cywilnego, karnego oraz rodzinnego prawa muzułmańskiego, a także prawa krajów Dalekiego Wschodu, takich jak Japonia i Chiny. Członkowie Pracowni występując na prestiżowych, międzynarodowych i ogólnopolskich konferencjach naukowych podejmują szereg tematów, związanych również z problematyką praw człowieka, w tym zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni ludobójstwa. Wraz z Międzywydziałowym Kołem Kultur Bliskiego i Dalekiego Wschodu Pracownia organizuje od kilku lat cykl certyfikowanych wykładów pt. *Orient Daleki i Bliski*, który cieszy się nieustannie dużym zainteresowaniem, zarówno ze strony studentów Uniwersytetu Wrocławskiego, jak i mieszkańców Wrocławia. Obecnie Pracownia Badań Praw Orientalnych jest jedną z najprężniej rozwijających się w kraju instytucji, które zajmują się problematyką prawa Bliskiego i Dalekiego Wschodu¹.

Głównym celem konferencji zorganizowanej przez PBPO było przedstawienie wyników badań prowadzonych przez naukowców z różnych ośrodków naukowych, dotyczących szeroko rozumianej problematyki

1 Więcej informacji o działalności Pracowni Badań Praw Orientalnych, o profilach zainteresowań poszczególnych jej członków oraz bieżących działaniach i planowanych konferencjach czy spotkaniach naukowych można znaleźć na dynamicznie rozwijającej się stronie internetowej pod adresem: <http://prawaorientu.prawo.uni.wroc.pl> [dostęp: 6 listopada 2016].

praw człowieka, mechanizmów ich ochrony oraz egzekwowania we współczesnym świecie.

Podczas pierwszego dnia moderatorem wszystkich paneli była członkini komitetu organizacyjnego konferencji, Aleksandra Spychalska. Jednak zgodnie z tradycją, na samym początku zgromadzonych gości, zarówno z Polski jak i zza granicy, powitał Dziekan Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii prof. Włodzimierz Gromski, a następnie przekazał głos dr Agacie Wnukiewicz-Kozłowskiej z Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Uniwersytetu Wrocławskiego. Jako drugi w pierwszym panelu wystąpił gość z think-tanku Thinkdom Wiktor Pastucha, który wygłosił niezwykle ciekawą prelekcję pt. *Brand is a Weapon* poświęconą propagandzie Państwa Islamskiego i wykorzystywaniu przez tę organizację narzędzi współczesności, czyli środków masowego przekazu, mediów społecznościowych oraz filmów propagandowych, do szerzenia swojej ideologii.

Po krótkiej przerwie, którą uczestnicy przeznaczyci na zapoznanie się ze sobą, nadszedł czas na prezentacje prelegentów drugiego panelu. Wystąpiły w nim Magdalena Nazimek, Monika Nawrocka, Paulina Marucha oraz Ewa Górńska.

Jako pierwsza zaprezentowała się Magdalena Nazimek z Uniwersytetu Łódzkiego, która w swojej prelekcji zatytułowanej *Refugee Procedure In Poland And Its Influence On The Effectiveness Of Human Rights* opowiedziała o procedurze dotyczącej przyjmowania uchodźców w Polsce.

Następnie wystąpiły we wspólnej prezentacji reprezentantki Uniwersytetu Przyrodniczego w Lublinie – Monika Nawrocka oraz Paulina Marucha. Przygotowały oraz zaprezentowały one wystąpienie oparte na własnych badaniach pt. *Man And Women Migration In Poland: The Gender Dynamic Changes Since 1990*. Autorki wskazały w nim, że w ostatnich latach mamy do czynienia z bardzo dynamiczną zmianą w kontekście migracji kobiet i mężczyzn w Polsce, przy czym wskazuje się że dynamika imigracji jest większa niż dynamika emigracji. Stanowi to więc ważne i ciekawe zjawisko z dziedziny społeczno-demograficznej. Jak wskazały prelegentki – Monika Nawrocka oraz Paulina Marucha – zauważalne anomalie we wskaźniku migracji widoczne były już w 1946 r., kiedy to osiągnął on wartość ujemną -654,8 tys., przy czym po 1950 roku ustabilizował się na poziomie -4,4 do 5,8 tys. Niestety po 1960 r. saldo migracji znów powróciło do wartości ujemnych, co utrzymuje się do dnia dzisiejszego. Jak wskazywały prelegentki, tylko w latach 1955–1956 oraz

w roku 1959 zauważono pozytywne saldo migracji międzynarodowych w Polsce. Prognozy na lata 1990–2023 wskazują, że problem imigracji będzie dotyczył 59% mężczyzn i 41% kobiet w Polsce.

Jako ostatnia w tym panelu wystąpiła Ewa Górską z Uniwersytetu Jagiellońskiego, która zaprezentowała referat pt. *Effectivity Of Human Rights Protection System In The XXI Century. The Case Of Occupied Palestinian Territories*.

Następnie przyszedł czas na dyskusję, która jak to zwykle bywa, okazała się niezwykle pouczająca, a ze względu na kontrowersyjne kwestie podejmowane przez uczestników spotkania, także burzliwa. Kolejnym punktem programu był lunch, przygotowany przez restaurację „Motyla Noga”, usytuowaną w dawnym wrocławskim więzieniu miejskim.

Na popołudniowy panel zostały zaplanowane wystąpienia Oksany Koshulko oraz Łukasza Kołtuniaka.

Pierwsza uczestniczka, Oksana Koshulko, przyjechała na konferencję z Association for Women in Slavic Studies na Ukrainie. Skupiła się ona na aktualnej kwestii kryzysu migracyjnego z punktu widzenia Ukrainy, prezentując wystąpienie zatytułowane *Ukrainians In The Light Of Migration Crisis In Europe*. Kolejny z prelegentów, Łukasz Kołtuniak, reprezentując Uniwersytet Jagielloński, opowiedział o prawach człowieka w referacie pt. *Human Rights In The Balcan States” 20 Years After Dayton. The Region On The Difficult Path To EU*.

Również i po tej części spotkania uczestnicy zostali zaproszeni na przerwę kawową, którą poprzedziła ciekawa dyskusja.

Ostatni panel podczas pierwszego dnia obrad otworzyło wystąpienie Andrzeja Bryła z Uniwersytetu Wrocławskiego, który przedstawił w nim swoje uwagi i spostrzeżenia na temat zbrodni przeciwko ludzkości w wystąpieniu *Crimes Against Humanity – In Pursuit Of An International Convention*. Jako ostatnia wystąpiła Aleksandra Spychalska, reprezentantka Pracowni Badań Praw Orientalnych Uniwersytetu Wrocławskiego, która jednocześnie zakończyła merytoryczną część pierwszego dnia obrad.

Aleksandra Spychalska rozpoczęła swoje wystąpienie od przypomnienia pracy Lecha Nijakowskiego², który wyraził w niej nadzieję że wiek XXI

2 L.M. Nijakowski, *Cień XX wieku. Możliwość ochrony ludności cywilnej w czasie czystek etnicznych i ludobójstw*, „Bezpieczeństwo i Ochrona. Kwartalnik Naukowy Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa i Ochrony” 2008, t. 1–2, <http://www.download.technijakowski.com/CienXXwieku-BiOnr1-2.pdf> [dostęp: 6 listopada 2016].

będzie wiekiem, który „pogrzebie ludobójstwo”. Tymczasem jednak, jak stwierdziła mgr Spychalska, zbrodnia ludobójstwa stanowi wciąż jedno z najpoważniejszych zagrożeń dla praw człowieka, czego przykłady możemy oglądać w mediach codziennie. Jak wskazała prelegentka, ze zbrodnią ludobójstwa mamy współcześnie do czynienia m.in. w Syrii i Iraku – w związku z ekspansją tzw. Państwa Islamskiego, gdzie tysiące Jazydów i Chrześcijan jest systematycznie prześladowanych i zabijanych, w Nigerii – gdzie fundamentaliści islamscy z ugrupowania Boko Haram, chcą siłą narzucić prawo szariat, a dla realizacji tego celu zabili już ponad 18 tysięcy wyznawców Chrystusa, czy w Birmie – gdzie buddyjskie bojówki pod wodzą Ashina Wirathu systematycznie atakują i eksterminują birmańskich muzułmanów. Jak trafnie stwierdziła Aleksandra Spychalska, problematyka zapobiegania tego typu zbrodniom nie jest zjawiskiem nowym, była bowiem przedmiotem licznych analiz czy raportów różnych organizacji międzynarodowych. Jednak, co najbardziej znamienne to pytanie, które nadal pozostaje bez odpowiedzi: czy istniejące regulacje międzynarodowe są wystarczające, by zbrodni ludobójstwa zapobiegać? W wystąpieniu mgr Spychalska przedstawiła przede wszystkim zagadnienia związane ze skutecznością międzynarodowego systemu zapobiegania zbrodni ludobójstwa, omawiając podstawowe regulacje prawne, które są z tą kwestią związane (przede wszystkim uregulowania *Konwencji w sprawie zapobiegania i karnia zbrodni*). Prelegentka zwróciła dużo uwagi nie tylko na same regulacje, ale i na ich efektywność wymieniając podstawowe cechy, które niejednokrotnie uniemożliwiają sprawną realizację wynikających z nich zobowiązań jak np.: liczne niejasności i brak precyzji w regulacjach, które pozostawiają bardzo duży luz decyzyjny oraz sprzyjają nadużywaniu władzy dyskrecyjnej w ich interpretacji. Co ciekawe, mgr Spychalska zastanawiała się także, czy ich skuteczność nie zależy czasem wyłącznie od woli międzynarodowych podmiotów politycznych, a w zasadzie od chęci do ich przestrzegania. Takie pojmowanie tego problemu wyklucza nawet te najbardziej doskonałe rozwiązania prawne. Jak trafnie podsumowała, współcześnie prawdziwym wyzwaniem jest zatem przede wszystkim wygenerowanie woli politycznej i stworzenie zdolności do wypełnienia zobowiązań wynikających z międzynarodowych regulacji prawnych. I przede wszystkim od tego zależeć będzie skuteczność międzynarodowego systemu zapobiegania zbrodni.

W godzinach wieczornych goście i uczestnicy spotkania zostali zaproszeni do obejrzenia filmu *Watchers of the sky* a następnie do integracji w ramach bankietu.

Następny dzień konferencji *Human rights – contemporary threats and challenges* podzielony był na trzy sesje tematyczne. Pierwsza z nich dotyczyła problematyki zbrodni honorowych. Podczas jej obrad wystąpiły przedstawicielki różnych ośrodków badawczych, prezentując wyniki swoich badań oraz wyciągnięte na ich podstawie wnioski. Kolejno zaprezentowały się Katarzyna Sadowa, Joanna Ptak oraz Hellen Parra-Florez.

Katarzyna Sadowa, podczas swojego wystąpienia *Contemporary Migration Trends and the Risk of 'Honour' Violence's Increase in Europe* zwróciła przede wszystkim uwagę na raport Rady Europy z 2003 r., w którym podkreślono, iż problem tzw. zbrodni 'honorowych' dotyczy w coraz większym stopniu państw europejskich. Ta tendencja została ponownie zaobserwowana w raporcie Rady Europy z 2009 r. Prelegentka omawiając kwestię zabójstw honorowych wskazała m.in. na obszar, gdzie ich występowanie wydaje się być największe, a więc teren państw o znacznym odsetku mniejszości pochodzącej z krajów bliskowschodnich, północnoafrykańskich czy środkowoazjatyckich, czyli przede wszystkim tych dla których charakterystyczne jest występowanie tzw. kultur honoru. Równocześnie, jak słusznie zauważyła mgr Katarzyna Sadowa, z raportu UNHCR wynika, że w 2015 r. ponad milion migrantów przybyłych do Europy pochodziło właśnie ze wskazanych regionów. Celem wystąpienia było więc przedstawienie różnych statystyk i badań, które zobrazowałyby skalę zjawiska „zbrodni honorowych” na terenie wybranych państw Europy, jak i podkreślenie konieczności wypracowania pewnych środków natury prawnej, które byłyby skuteczną bronią przeciwko ich występowaniu. Co warto podkreślić, prelegentka wskazywała, że środki takie, powinny zostać wprowadzone również w tych krajach, w których wydaje się, że problem „zabójstw honorowych” do tej pory nie występuje albo jego skala nie jest duża, ze względu na ich potencjalny charakter prewencyjny.

Zagadnienie „zabójstw honorowych” było również tematem wystąpienia Joanny Ptak z Uniwersytetu Jagiellońskiego (*Politicization Of Human Rights. The Example Of Honour Based Violence*) oraz Hellen Parra-Florez z Uniwersytetu w Manchesterze (*Cultural Defences of Honour Killings within Muslim Communities in the United Kingdom*).

Po niezwykle ciekawych wystąpieniach i gorącej dyskusji, nadszedł czas na kolejny panel, poprzedzony krótką przerwą kawową. Wystąpili podczas niego Claudio Coradetti oraz Joanna Siekiera.

Claudio Coradetti z Uniwersytetu w Oslo wystąpił z referatem pt. *Emotional Politics and the "Militant Turn" of the European Court of*

Human Rights. The Case of the Party Bans. Prelegent swoje wystąpienie rozpoczął od próby zdefiniowania szeregu paradoksów pomiędzy kwestią demokracji i praw człowieka, jakie pojawiają się w sprawach kierowanych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zauważając jednocześnie pewien przełom w jego działalności. W swoim wystąpieniu skupił się na dwóch zastanawiających kwestiach. Po pierwsze, starał się on ocenić jak ten wspomniany paradoks pomiędzy prawami człowieka a demokracją normatywnie funkcjonuje w ramach zachodniego, liberalnego konstytucjonalizmu. Po drugie, próbował wykazać jak bardzo niektóre oceny Europejskiego Trybunału Praw Człowieka są problematyczne z punktu widzenia respektowania standardów demokracji (np. sprawa Refaha Partisi ze względów zarówno formalnych, jak i merytorycznych). W przypadku tej analizy prawnej, prelegent zasugerował, że zdecydowanie bardziej ustandaryzowane schematy powinny być wykorzystywane przez Trybunał w procesie formułowania swojego stanowiska.

Kolejna z uczestniczek, Joanna Siekiera z Uniwersytetu w Wellington w Nowej Zelandii, wygłosiła referat o tytule *Protection Of Maori Heritage In The New Zealand Legal System.*

Po przerwie uczestnicy zgromadzili się aby wysłuchać wystąpień ostatniego panelu, podczas którego dwie reprezentantki Pracowni Badań Praw Orientalnych – głównego organizatora spotkania – przedstawiły prowadzone przez siebie badania. I tak, Agnieszka Kuriata opowiedziała o regulacjach prawnych dotyczących muzułmańskiego stroju w Iranie (*The Hijab in modern Iran – legal regulations*), natomiast Barbara Jelonek, skupiając się na temacie małżeństwa w Japonii przedstawiła referat *Why Minpō Stil Injures Japanese Women?*. Były to jednocześnie dwa ostatnie wystąpienia.

Agnieszka Kuriata nakreśliła zgromadzonym problem regulacji prawnych dotyczących konieczności noszenia muzułmańskiego stroju (hidżabu) w Iranie. Jest to o tyle ciekawe zagadnienie, iż jest to przepis prawny występujący wyłącznie w ustawodawstwie Iranu, czyniąc go jedynym krajem muzułmańskim, w którym regulacje dotyczące religijnego stroju zostały dodatkowo sformułowane jako artykuł w Kodeksie Karnym³. Źródło tych regulacji jest bowiem kwestią dyskusyjną. Według

3 Art. 638 Kodeksu Karnego Islamskiej Republiki Iranu: „Anyone who explicitly violates any religious taboo in public beside being punished for the act should also be imprisoned from ten days to two months, or should be flogged (74 lashes)”; „Każdy kto jawnie narusza zakazy religijne w miejscu publicznym, obok bycia ukaranym

niektórych teologów muzułmańskich pochodzą one z Koranu i sunny, a według innych wynikają wyłącznie z odpowiedniej interpretacji źródeł prawa muzułmańskiego. Art. 638 Kodeksu Karnego przewiduje więc karę w postaci pozbawienia wolności od dziesięciu dni do dwóch miesięcy albo karę grzywny dla tych kobiet, które nie noszą właściwego hidżabu w miejscu publicznym. Jak przekonywała mgr Kuriata, podstawową kwestią jest brak definicji „właściwego hidżabu”, co w oczywisty sposób prowadzi do nadużyć interpretacyjnych i rozciągnięcia decyzji co do ukarania potencjalnego sprawcy przestępstwa na policję obyczajową, która została powołana do pilnowania moralności na ulicach miast. Dodatkową kwestią jest efektywność tych środków prawnych, która w dzisiejszych czasach bardzo często sprowadza się wyłącznie do pokazowych akcji łapania przypadkowych kobiet, które w uznaniu funkcjonariuszy są ubrane w sposób nieodpowiedni i przewożenia ich na posterunek policji, gdzie następnie wykonuje się telefon do rodziny aby poinformować o przewinieniu i prosi się, aby przy okazji odebrania przez rodzinę tej kobiety, zostało jej dostarczone odpowiednie ubranie, czyli najczęściej tradycyjny czador. Pomimo tego wiele Iranek nie przestrzega regulacji w pełni, odstawiając coraz większą część włosów i pokazując się w ten sposób na widok publiczny. Kobiety ubierają też zakazane obcisłe ubrania oraz ostentacyjnie się malują wyrażając w ten sposób swój sprzeciw przeciwko kolejnej próbie wykorzystywania hidżabu jako narzędzia do walki politycznej, narzędzia opresji kobiet, które powinno być raczej symbolem islamskich wartości, a przede wszystkim skromności⁴.

Barbara Jelonek, doktorantka w Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych oraz członkini Pracowni Badań Praw Orientalnych podczas swojego wystąpienia opowiedziała o podstawach prawnych regulujących instytucję

za ten czyn, podlega karze pozbawienia wolności w wymiarze od 10 dni do 2 miesięcy albo karze chłosty w wymiarze 74 batów”, tłum. własne (Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran, <http://www.iranhrdc.org/english/human-rights-documents/iranian-codes/3200-islamic-penal-code-of-the-islamic-republic-of-iran-book-one-and-book-two.html> [dostęp: 27 października 2016]) oraz adnotacja do wyżej przytoczonego przepisu „Women who appear in public without a proper hijab should be imprisoned from ten days to two months or pay a fine of 50,000 to 500,000 Ryal”; „Kobieta, która pojawia się w miejscu publicznym bez odpowiedniego hidżabu, podlega karze pozbawienia wolności w wymiarze od 10 dni do 2 miesięcy albo karze grzywny w wysokości od 50,000 do 500,00 riali”, tłum. własne (*Ibidem*)”.

4 Więcej na ten: A. Kuriata, *Regulacje prawne dotyczące hidżabu we współczesnym Iranie*, [w:] *Wrocławskie Studia Erazmiańskie*, t. 9: *Kobieta w prawie i polityce*, Wrocław 2015.

małżeństwa w Japonii. Współcześnie, ewoluująca od wieków instytucja małżeństwa, regulowana jest przez m.in. Konstytucję i inne ustawy szczegółowe. Jak podkreślała, w związku z tym, że tematyka małżeństwa jest w Kraju Kwitnącej Wiśni bardzo silnie związana z kulturą jak i społeczeństwem, dawne tradycje oraz współczesne problemy, oddziałują na społeczeństwo i implikują powstawanie nowych zjawisk społecznych czy trendów. Nieodzowne więc było wskazanie pewnych historycznych implikacji tej instytucji, a także tendencji od 1950 do 2015 roku. Prelegentka wykorzystała do tego oficjalne badania licznych organizacji rządowych, jak i organizacji non-profit od 1950 roku (tj. np. badania statystyczne The National Institute of Population and Social Security Research w Japonii dotyczące ankiety zatytułowanej Japanese National Fertility Survey – National Survey on Marriage and Birth in Japan, gdzie główną uwagę prelegentka poświęciła badaniu z 2010 roku, przedstawionemu w opracowaniu wydanym w październiku 2011 roku, ponieważ zawiera ono dane z poprzednich ankiet.) Przedstawiane przez mgr Jelonek analizy dotyczyły zarówno małżeństwa, rozvodu, typów małżeństw, wieku zawarcia małżeństwa, wieku pierwszego spotkania przyszłych małżonków, powodów zawarcia małżeństwa, a także roli kobiety, jako matki i żony, zjawiska soushoku danshi oraz matahara. Mgr Barbara Jelonek podczas swojego wystąpienia zaprezentowała również niezwykle ciekawe kazusy prawne np. wyrok Sądu Najwyższego w Tokio dotyczący wspólnych nazwisk oraz ojcostwa, a także kazusy dotyczące problematyki legalności zawieranych ślubów m.in. w kosmosie, z postacią anime, z poduszką czy też ślubu robotów.

Sesję jak i całą konferencję, uroczyście zamknęła Aleksandra Spychalska, która podziękowała zgromadzonym gościom oraz zaprosiła wszystkich zainteresowanych do udziału w przyszłorocznej edycji wydarzenia. Zapowiedziała też publikację wygłoszonych podczas konferencji referatów w nowym czasopiśmie wydawanym przez Pracownię Badań Praw Orientalnych „Oriental Law Research”.

Bibliografia

Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran, <http://www.iranhrdc.org/english/human-rights-documents/iranian-codes/3200-islamic-penal-code-of-the-islamic-republic-of-iran-book-one-and-book-two.html> [dostęp: 27 października 2016].

- Kuriata A., *Regulacje prawne dotyczące hidżabu we współczesnym Iranie*, [w:] *Wrocławskie Studia Erazmiańskie*, t. 9: *Kobieta w prawie i polityce*, Wrocław 2015.
- Nijakowski L.M., *Cień XX wieku. Możliwość ochrony ludności cywilnej w czasie czystek etnicznych i ludobójstw*, „Bezpieczeństwo i Ochrona. Kwartalnik Naukowy Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa i Ochrony” 2008, t. 1–2, <http://www.download.lechnijakowski.com/CienXXwieku-BiOnr1-2.pdf> [dostęp: 27 października 2016].
- Pracownia Badań Praw Orientalnych, <http://prawaorientu.prawo.uni.wroc.pl> [dostęp: 6 listopada 2016].

Barbara Jelonek
(Uniwersytet Wrocławski)

OGASAWARA—RYŪ 2016 – HISTORYCZNA WIZYTA PRZEDSTAWICIELA RODU OGASAWARA W POLSCE

ABSTRACT

OGASAWARA—RYŪ 2016: HISTORICAL VISIT OF AN OGASAWARA FAMILY MEMBER TO POLAND

This article briefly summarizes the events associated with the first visit of the Ogasawara family to Poland and Austria in 2016.

KEYWORDS: Ogasawara, Reiho, label, Wrocław, PBPO

SŁOWA KLUCZOWE: Ogasawara, reiho, etykieta, Wrocław, PBPO

*W kamieniu, krzewie i potoku
W źdźbłach trawy, w płatkach białej lilii
Mieszkają duchy naszych przodków
Patrzące na nas w każdej chwili
Kształt, barwa, zapach, śpiew gałązki
Przypominają obowiązki
Wobec tych, co przed nami żyli.
W sposobie ułożenia szaty
W ukłonie według starych reguł,
W tym, jak przyrządza się herbatę
Jak się szanuje każdy szczegół
Wyraża się nasz dług wdzięczności
Dla stwarzającej nas przeszłości
Od której uciekamy w biegu...*

*Wreszcie wyborem umierania,
Gdy honorowe ostrze w dłoniach
Śmierć czyni przedłużeniem trwania
(Bo życie przecież – to agonია)
– Stwarzamy wodę, kwiat i kamień
W których na zawsze zamieszkamy
Wśród tych, co będą żyli po nas¹.*

Jacek Kaczmarski,
Japońska rycina, 1989

Sylwetki gości wydarzenia

XXXII głowa Rodu Ogasawara, czyli dr Kiyomoto Ogasawara, w dniach 16–26 czerwca 2016² roku na zaproszenie Fundacji UMEMI³ i współpracujących z nią organizacji złożył pierwszą w historii wizytę przedstawiciela

-
- 1 J. Kaczmarski, *Japońska rycina*, <http://www.kaczmarski.art.pl/tworczosc/wiersze/japonska-rycina/> [dostęp: 28 października 2016].
 - 2 Harmonogram wydarzeń w Polsce: 20.06 Kraków, 21–22.06 Wrocław i 23–25.06 Warszawa. Partnerami wydarzenia byli m.in. EU–Japan Fest Japan Committee, Ambasada Japonii, Toyota, Uniwersytet Warszawski, Japonistyczne Koło Naukowe Maru, Uniwersytet Wrocławski, Pracownia Badań Praw Orientalnych, Muzeum Sztuki i Technik Japońskiej Manggħa, Japonistyczne Koło Naukowe Maru, Służewski Dom Kultury, Fundacja Przyjaźni Polsko-Japońskiej NAMI, Matsumi – szkoła języka japońskiego, 喜びの公園 Yorokobi no kōen, Stowarzyszenie Drogi Herbaty Urasenke, Gmina Lesznowola, Klub Kyudo Tametomo, Polskie Stowarzyszenie Kyudo, Ryokurankai Polska Grupa Nō, SENSU. Wszelkie pozostałe informacje można znaleźć na oficjalnej stronie wydarzenia: Ogasawara–ryū 2016, <http://umemi.pl/aktualnosci/ogasawara-2016> [dostęp: 28 października 2016].
 - 3 Inicjatorem powstania Fundacji Umemi był Witold Rychłowski. Jednym z najważniejszych projektów Fundacji Umemi jest stworzenie w stolicy Polski ośrodka japońskiego, który miałby być miejscem rozwoju kultury, sztuki oraz tradycyjnych japońskich sportów. W centrum tym założyciele pragną stworzyć przestrzeń dla pasjonatów kultury japońskiej, by mogli rozwijać w nim swoje pasje, a także zaprosić wszystkich do zapoznania się z dziedzictwem Japonii. Było by też to miejsce, w którym można by przeprowadzać treningi, warsztaty oraz konferencje poświęcone Krajowi Kwitnącej Wiśni. Na stronie internetowej Fundacji, przeczytamy, że działa ona w kilku obszarach, ponieważ jej głównymi celami jest m.in. wspieranie wymiany kulturalnej między Polską i Japonią, a także upowszechnianie Kyudo oraz innych tradycyjnych sportów japońskich. Zob. więcej o Fundacji Umemi na stronie internetowej: *Umemi – O Fundacji*, <http://umemi.pl/o-nas> [dostęp: 28 października 2016].

Ogasawara-ryū w Polsce oraz Austrii. Członkami Rodu Ogasawara, którzy odwiedzili podczas tego wydarzenia Polskę był wspomniany wcześniej dr Kiyomoto Ogasawara, a ponadto Pan Akiyoshi Kawamura oraz Panie Junko Ogasawara i Kimiko Fukada⁴.

K. Ogasawara urodził się w japońskiej stolicy Tokio w 1980 roku, a obecnie jest XXXII zwierzchnikiem szkoły Ogasawara-ryū, która zajmuje się etykietą, łucznictwem i łucznictwem konnym. Jest absolwentem Osaka University School of Engineering Science oraz Tsukuba University, gdzie uzyskał stopień doktora neurobiologii. W Japonii naucza Kyū-hō, pracuje dla firmy farmaceutycznej, jest managerem grupy tradycyjnego łucznictwa konnego w Japan Women's College of Physical Education, a od 2008 roku prowadzi organizację non-profit, czyli Szkołę Ogasawara-ryū⁵. Kolejnym gościem była Pani Junko Ogasawara, żona Kiyotady Ogasawara, który z kolei jest XXXI Wielkim Mistrzem Szkoły Etykiety, Łucznictwa i Łucznictwa Konnego Ogasawara-ryū. Junko Ogasawara jest absolwentką Keio University i na co dzień uczy etykiety Ogasawara-ryū w całej Japonii⁶. Wśród japońskich przedstawicieli pojawiła się też Pani K. Fukada⁷ oraz Pan A. Kawamura⁸.

-
- 4 Oficjalna strona internetowa rodu Ogasawara znajduje się pod adresem www.ogasawara-ryu.gr.jp. Znajdziemy na niej wszelkie informacje dotyczące historii rodu, rozwoju Ogasawara-ryū, książek autorstwa dr Kiyomoto Ogasawara, a także wszelkich informacji o aktualnych wydarzeniach (<http://www.ogasawara-ryu.gr.jp/english/about.html> [dostęp: 28 października 2016]).
 - 5 Oficjalna strona wydarzenia, http://umemi.pl/?page_id=517 [dostęp: 28 października 2016]. Warto zaznaczyć na wstępie, że jest on jednym z współautorów wielu publikacji m.in. *About the Ogasawara-ryū, Ogasawara-ryū Etiquette for Washoku, the Cuisine of Japan – The Etiquette of the Samurai Ogasawara-ryū Arts, DVD Ogasawara-ryū Reibō, Conduct of the Samurai, How to Build a Tireless Body: Practical, Efficient and Beautiful Japanese Physical Etiquette*, oraz *Graceful Manners for Sophisticated Adults – The Ogasawara Way* (<http://umemi.pl/> [dostęp: 28 października 2016]).
 - 6 *Ibidem*. Junko Ogasawara ponadto wydaje książki m.in. *Ogasawara-ryū Etiquette for Children* and *Ogasawara-ryū Etiquette for Washoku, the Cuisine of Japan – The Etiquette of the Samurai* (<http://umemi.pl/> [dostęp: 28 października 2016]).
 - 7 K. Fukada posiada stopień Kyōshi 6 dan nadany przez All Nippon Kyūdō Federation oraz trzeci stopień Sōikyū, a także jest instruktorką pomocniczą w zajęciach reihō, wiceprzewodniczącą Nara Prefecture Kyūdō Federation, instruktorką w Nara University Kyūdō Club dla dorosłych jak i dla uczniów gimnazjów i liceów, jest także wiceprzewodniczącą w Nara City Kyūdō Association, a w 2014 roku brała również udział w pokazie *Ōmatoshiki* w Finlandii (<http://umemi.pl/> [dostęp: 28 października 2016]).
 - 8 A. Kawamura posiada stopień Kyōshi 7 dan nadany przez All Nippon Kyūdō Federation, z kolei na co dzień jest on członkiem komitetu organizującego coroczny

Warto podkreślić, że ród ten opiekuje się zbiorem spisanych zasad i licznych przekazów ustnych dotyczących kluczowych elementów tworzących kulturę od ponad 850 lat. Dzięki tej wieloletniej praktyce powstał spójny system, znany dziś jako Ogasawara-ryū, który obejmuje zasady Reiho (etykiety), czyli dobrych wzorców zachowań i gestów, które mają zastosowanie w życiu codziennym, w polityce i biznesie, a jej najlepsze odzwierciedlenie można zobaczyć w *chado*, *kyūdō* czy też *yabusame*. Znajomość logicznych zasad etykiety ułatwia dostosowanie swojego zachowania do rangi rozmówcy w każdej sytuacji i w każdych czasach.

Japońscy goście zaprezentowali zasady wywodzące się z różnych tradycji tworzących kulturę Japonii np. elementy tradycyjnego japońskiego łucznicstwa (*kyūdō*), etykiety w budo, elementów sztuki przygotowywania oraz wręczania prezentów, które w ramach wykładów, prezentacji, dyskusji, pokazów i warsztatów z udziałem publiczności odbyły się w Warszawie, Krakowie, we Wrocławiu oraz w Wiedniu. Warto zaznaczyć, że wstęp na wszystkie wydarzenia był dla wszystkich potencjalnych uczestników bezpłatny.

Przebieg wydarzeń i organizacja

Zgodnie z bardzo skumulowanym w czasie harmonogramem wydarzeń rodzina Ogasawara przyjechała najpierw do Wienerbergu w Wiedniu w dniach 16–19 czerwca, gdzie odbyło się wydarzenie *Ogasawara in Vienna Workshop*⁹. Następnie przedstawiciele Rodu udali się 20 czerwca do Krakowa do Muzeum Sztuki i Techniki Japońskiej „Manggha” mieszczącym się przy ul. Marii Konopnickiej 26, gdzie w godz. 17:00–20:00 zgodnie z planem nastąpiła prelekcja dotycząca wprowadzenia do Reiho, analizy wpływu zasad etykiety na kulturę Japonii, a ponadto interaktywne spotkanie z publicznością, prezentacja tradycyjnego łucznicstwa japońskiego (Kyūdō) w stylu Ogasawara-ryū, przygotowanie i wręczanie upominków, a także kitsuke, czyli sztuki zakładania i noszenia tradycyjnych strojów japońskich, kimon i jukat w wykonaniu grupy Yorokobi no kōen.

majowy turniej ANKF, Dyrektorem Zarządzającym Kyoto Prefecture Kyūdō Federation oraz uczy kyūdō studentów uczęszczających do Kyoto Institute of Technology (<http://umemi.pl/> [dostęp: 28 października 2016]).

- ⁹ *Ogasawara-ryu in Vienna, Austria, June 16th – June 19th, 2016*, <http://umemi.pl/wp-content/uploads/2016/04/Ogasawara-in-Vienna-Workshop-Schedule.pdf>.

W dniach 21–22 czerwca rodzina gościła na wydarzeniach we Wrocławiu – najpierw w Imparciu, przy ul. Mazowieckiej 17, a następnie drugiego dnia na Uniwersytecie Wrocławskim oraz w Ogrodzie Japońskim. 21 czerwca w sali kameralnej w Teatrze Piosenki w Imparciu w godz. 16:30–18:00 odbyły się warsztaty, na które należało się zapisać za pomocą strony internetowej Fundacji UMEMI, na których nastąpiła prezentacja Reiho, historii Ogasawara-ryū oraz elementów praktycznych i zastosowania etykiety. Po tych intensywnych warsztatach odbyło się spotkanie przy współpracy Fundacji UMEMI z Fundacją Przyjaźni Polsko-Japońskiej NAMI, czyli taniec Jiyutama i – „Japoński taniec z polską muzyką”. Następnego dnia odbył się trzygodzinny wykład i warsztat na Uniwersytecie Wrocławskim, który rozpoczął się o godz. 12:00. To wydarzenie było współorganizowane przez Pracownię Badań Praw Orientalnych, które koordynowała jedyna w PBPO przedstawicielka Japonii, czyli mgr Barbara Jelonek. Spotkanie dotyczyło sposobu zastosowania Reiho w biznesie. Od godziny 17:00 w Ogrodzie Japońskim, przy ul. Adama Mickiewicza 1, odbyła się prezentacja plenerowa Reiho Ogasawara-ryū oraz pokaz Kyūdō. Tu warto podkreślić, że spotkania, które odbyły się we Wrocławiu stanowią część Japońskiego Programu w ramach Europejskiej Stolicy Kultury Wrocław 2016. Wszystkie wydarzenia były prowadzone w języku japońskim i tłumaczone na język polski.

Reiho w zastosowaniach biznesowych na Uniwersytecie Wrocławskim¹⁰

Podczas trzygodzinnego wykładu oraz warsztatów, które odbyły się na Uniwersytecie Wrocławskim dr Kiyomoto Ogasawara wskazał na kilka

¹⁰ Wszystkie informacje w tym fragmencie artykułu zostały zaczerpnięte z prelekcji wygłoszonej na wykładzie i warsztatach mających miejsce dnia 22 czerwca 2015 roku na WPAIE UW. Zob. Strona internetowa Uniwersytetu Wrocławskiego poświęcona temu wydarzeniu: <http://uni.wroc.pl/wiadomo%C5%9Bci/reiho/reiho-w-biznesie-%E2%80%93-wyk%C5%82ad-i-warsztat> [dostęp: 28 października 2016] oraz strona internetowa Pracowni Badań Praw Orientalnych, która była współorganizatorem wydarzenia wraz z informacjami dotyczącymi prelekcji pt. *Reiho w zastosowaniach biznesowych – wykład i warsztat* poprowadzonej przez dr Kiyomoto Ogasawara na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego dostępna pod adresem <http://prawaorientu.prawo.uni.wroc.pl/reiho-w-zastosowaniach-biznesowych-wykład-i-warsztat/> [dostęp: 28 października 2016].

podobieństw pomiędzy Japonią a Polską – przykładowo wyszczególnił, że w każdym z tych krajów można naocznie rozróżnić cztery pory roku – akurat teraz można porównać japońską sakurę i polskie kwitnące majowe wiśnie. Jednakże wskazał też na pewną różnicę – gdy Europejczyk patrzy na mapę świata to widzi, że w jej centrum znajduje się Europa, zaś japońskie mapy mają inne ułożenie kontynentów i tam w centrum znajduje się Japonia. Co istotne, nie wynika to z indywidualności czy też egoizmu obywateli mieszkających na tych geograficznych terenach, a z użyteczności tychże map.

Gość już na wstępie starał się wytłumaczyć pewne rozbieżności mentalne pomiędzy Japończykami a Obywatelami Świata. Powiedział, że Japonia nigdy nie miała surowców naturalnych ani też dostępnych powszechnie innych złóż, a brak ten przyczynił się do opracowania przez Japończyków optymalnego wykorzystania dostępnych na ich terenie surowców np. drewna. Z kolei wykorzystywano całościowo inne dostępne surowce takie jak np. zwierzęta – gdy zabijano je, w celu pożywienia się ich mięsem, to jednocześnie wykorzystywano także ich skóry, kości, rogi, futra w przeróżny sposób. Tu prelegent wspomniał też o tym, że Polska z pewnością sprzeciwia się polowaniu na wieloryby – ale dodał też, że ma nieodparte wrażenie, iż świat zachodni nieco inaczej wyobraża sobie sposób przetwarzania wielorybów oraz podkreślił, że także inne kraje inaczej ujmują te działania Japończyków, ponieważ rozpatrują je z punktu widzenia świata zachodniego i jego kręgu kulturowego. Na świecie panuje przekonanie, że wieloryby zabija się w wyłącznie celu uzyskania oleju – czyli m.in. do celów spożywczych i leczniczych – a w Japonii wykorzystuje się w celach przetwórczych całe zwierzę tj. wszystkie części wieloryba np. jego skórę, kości i wszystkie inne elementy tego zwierzęcia są przetwarzane, gdyż wynika to z użyteczności. Jest to oczywiście tylko jeden z przykładów działań w których różnica kulturowa daje zupełnie inny punkt widzenia na dane zjawisko, jednakże prelegent nieco zachowawczo dodał, że obecnie prowadzone są działania na rzecz ograniczenia połowów w Japonii.

Inną płaszczyzną na której uwidaczniają się istotne różnice jest religia. W Polsce przez lata przewijały się kultury zarówno związane z judaizmem lub z protestantyzmem oscylujące wokół nurtu związanego z wiarą chrześcijańską, w Japonii sytuacja jest podobna – w historii przewijał się shintoizm (japońska miejscowa religia z elementami buddyjskimi zaimportowanymi do Japonii). Następnym zagadnieniem poruszonym przez doktora Ogasawarę

były elementy kultury japońskiej, które przetrwały w życiu codziennym – jednakże mówca zaznaczył, że japońska kultura dotknięta jest naleciałościami dziedzictw kulturowych takich państw jak Rosja, Chiny czy pochodzących z obszaru Azji Południowej, których nowe trendy i elementy były w pewien sposób adoptowane do japońskich warunków w różnych etapach. W obrębie kultury japońskiej rozróżniamy poszczególne sfery, które różnicujemy jako osobne zjawiska. Wszystkie te dziedziny mają pewne punkty wspólne, które przetrwały dzięki temu, że Japonia nigdy nie była okupowana lub nie podlegała silnym wpływom militarnym na przestrzeni swoich dziejów – przykładowo Japonia słynna jest z regionalnych świąt i festiwali pochodzących z różnych krajów. Kiyomoto Ogasawara zaznaczył, że do pierwszej połowy XIX wieku Japonia była społeczeństwem klasowym i że pewne elementy czy też dziedziny życia trzeba odnosić do klasowości społecznej. W XVII wieku miała miejsce pierwsza rewolucja społeczna kiedy to warstwa wojowników przejęła władzę i pozbawiła ona dostępu do *no* – teatru. Na wzór teatru ludzie, którzy nie należeli do klasy wojowniczej stworzyli teatr *kabuki*, z którego z czasem wyodrębnił się taniec japoński *budo*. W Japonii dominującą klasą byli artyści do 1187 roku, gdyż potem środek ciężkości przesunął się w stronę klasy wojowników.

Ważną datą był jednak rok 1335, kiedy to opublikowano księgi, które zawierały wszystkie wskazówki *reiho*. Od lat 70 XII wieku aż do połowy XIX wieku rodzina Ogasawara była wyłącznie nauczycielami ówczesnych szogunów. Od tego zaszły społeczne i kulturalne zmiany w Japonii powodujące, że połowa dorobku kultury japońskiej została zniweczona i zanikła. Przedstawiciele Rodu Ogasawara, którzy zajmowali się dotąd szkoleniem szogunów stali się bezrobotni i stracili źródło utrzymania. Był to punkt przełomowy w historii Rodu, ponieważ w obliczu bezrobocia, wielkie rodzinne rody, które zajmowały się konkretnymi działaniami kultury i utrzymywały się z tego, że szkoliły tylko grupę określonych ludzi, zdecydowały się na poszukiwanie innych źródeł utrzymania, aczkolwiek z zachowaniem tradycji i wiedzy jakie przez wiele lat zebrały. Taka decyzja polegała na utrzymaniu czystości formy, tak by jej nie zanieczyszczając elementami komercyjnymi, czyli wpływem rynkowych potrzeb i tak, aby nie powstała konieczność zdefiniowania na nowo wykorzystywania technik, co stanowiło główną obawę osób podejmujących decyzję o kontynuacji tradycji i jej nauczaniu w dalszej perspektywie czasowej.

Rodzina Ogasawara zajmuje się etykietą dotyczącą różnych aspektów życia codziennego (prowadzone szkolenia dotyczą wielkich wydarzeń

w życiu Japończyków, czyli przykładowo osiągnięcie pełnoletniości lub zaślubin). Kolejną dziedziną jaką zajmuje się Ród jest łucznictwo piesze, z kolei trzecią jest łucznictwo konne, które jest dopełnieniem zagadnień wielopokoleniowej działalności. Do 1960 roku stosowano zasadę zaproszenia do dołączenia do szkoły Ogasawara–ryū, która polegała na tym, że aby móc rozpocząć naukę w szkole konieczne było wprowadzenie przez co najmniej trzy osoby (gwaranty). Obecnie każdy chętny może uczestniczyć w prowadzonych przez rodzinę zajęciach.

Wiele osób zastanawia się na tym, czy przekazywanie czystej formy tradycji ma sens, ponieważ może wydawać się, że taka nauka nie ma zastosowania do życia codziennego, gdyż nauczane są zasady, które od lat pozostają niezmienione. Jednak chociażby prosty przykład dotyczący odpowiedniego zachowania w czynnościach życia codziennego, a mianowicie nauki zachowania odpowiedniej sylwetki, czyli takiej by linia pionowa ciała nie została zakłócona, wskazuje nam na to, że ta ćwiczona od pokoleń zasada raczej nie mogłaby ewoluować, ponieważ wciąż wskazane jest utrzymanie pionowej sylwetki ciała w pozycji stojącej i wyprostowanej. Od lat o minimalizm, użyteczność i estetykę tych prostych czynności zabiega cała rodzina Ogasawara, zaznaczając, że właśnie z minimalizmu wydobywa się piękno. Uproszczenie, czyli minimum tego, co robimy np. by usiąść (tym minimum w tym przypadku jest zgięcie nóg w kolanach) tworzy krótką, acz esencjonalną definicję, która nie przewiduje dodatkowych ruchów tj. uginanie się podczas siadania. Ważne jest też zsynchronizowanie oddechu z ruchem – pochylanie się powolne, jak wydech, a wstawanie szybko jak wdech: zasadą jest więc siadanie w tempie, w jakim oddychamy. Ćwiczeniom podlegają więc proste ruchy – ruchy składowe, a nie taktyki całych czynności. Każdy ruch ma znaczenie, gdyż wszelkie ruchy nieistotne podlegają eliminacji. Ruch i jego intencja powinny tworzyć homogeniczną całość – wtedy ruch i emocja, którą odczuwamy jest pełna. Wykonywanie cykliczne podstawowych ruchów ma za cel uświadomienie znaczenia każdego gestu i wzmocnienie konkretnych partii mięśniowych, zaś aspekt powtarzalności ma zahartować naszego ducha. Mogą to być takie czynności jak ustawianie obuwia w pokoju, zamykanie i otwieranie drzwi, rozkładanie krzesielek na których siedzimy – aby nie rozkładać ich gwałtownie. Zasadniczo przyjmuje się w Japonii, że trzaskanie drzwiami, czyli wykonywanie tej czynności w sposób zbyt akustyczny, jest nietaktowny i traktowany jako niegrzeczny (np. kłanianie się podczas powitań – synchronizacja ruchu

z oddechem). Należy mieć stale na uwadze warunki w jakich się znajdujemy i to, co czuje zarówno partner, ja i my sami, a także sposób w jaki manifestujemy nasze uczucia. Dla każdej sytuacji istnieje stosowne nasilenie ruchu i jego manifestacji i właśnie to cały czas badają członkowie rodziny Ogasawara – zgodność i stosowność ruchu do sytuacji, w ramach której chcą osiągnąć efekt. Japończycy niezwykle szanują przestrzeń wokół siebie i starają się tę przestrzeń utrzymać w stanie nietkniętym, gdy przestrzeń zostaje naruszona odczuwają dyskomfort – jest to podstawa nieporozumień między światem japońskim a zachodnim np. podczas spotkań kontrahentów, na skutek nie zachowania stosownego dystansu chociażby podczas powitania. Prelegent na końcu dodał, że odpowiednie przygotowanie do takiego spotkania może przyczynić się do długofalowej współpracy między Japończykiem a obcokrajowcem.

Efekty

Na wielu uniwersytetach jednym z głównych elementów dydaktycznych jest teraz nauczanie o kulturze azjatyckich krajów, ich prawie oraz tradycji. Znajomość tych zagadnień może przyczynić się do rozwoju praktycznie wszystkich gałęzi nauki, stąd też wizyta członków Rodu Ogasawara może przynieść wiele wymiernych rezultatów – zarówno dla studentów, biznesmenów jak i wszystkich zainteresowanych kulturą japońską, a tych na spotkaniach nie brakowało. Podczas wykładów i warsztatów można było dowiedzieć się jak kształtowały się zasady i obyczaje japońskiej etykiety na przestrzeni dziejów, a także poznać wpływ historycznych norm i zasad społecznych w Japonii w życiu codziennym, zrozumieć wpływ etykiety na tworzenie skutecznej komunikacji międzyludzkiej, sposobów na rozwój własnych umiejętności, pogłębić swoją wiedzę i zainspirować się na przyszłość.

Bibliografia

- Kaczmarek J., *Japońska rycina*, <http://www.kaczmarek.art.pl/tworczość/wiersze/japonska-rycina/> [dostęp: 28 października 2016].
- Ogasawara-ryū, www.ogasawara-ryu.gr.jp [dostęp: 28 października 2016].
- Ogasawara–ryū 2016, <http://umemi.pl/aktualności/ogasawara-2016> [dostęp: 28 października 2016].

Ogasawara-ryu in Vienna, Austria, June 16th – June 19th, 2016, <http://umemi.pl/wp-content/uploads/2016/04/Ogasawara-in-Vienna-Workshop-Schedule.pdf> [dostęp: 28 października 2016].

Reiho w zastosowaniach biznesowych – wykład i warsztat, <http://prawaorientu.prawo.uni.wroc.pl/reiho-w-zastosowaniach-biznesowych-wyklad-i-warsztat/> [dostęp: 28 października 2016].

Reiho w biznesie – wykład i warsztat, <http://uni.wroc.pl/wiadomo%C5%9Bci/reiho/reiho-w-biznesie-%E2%80%93-wyk%C5%82ad-i-warsztat> [dostęp: 28 października 2016].

Umemi – O Fundacji, <http://umemi.pl/o-nas> [dostęp: 28 października 2016].

Katarzyna Sadowa
(Uniwersytet Wrocławski)

SPRAWOZDANIE Z MIĘDZYNARODOWEJ KONFERENCJI „INTERNATIONAL RELATIONS AND HUMAN RIGHTS”, TALLINN 11–13 MARCA 2016 R.

ABSTRACT

REPORT FROM THE CONFERENCE “INTERNATIONAL RELATIONS AND HUMAN RIGHTS”, MARCH 11–13, 2016, TALLINN

In the paper Author recounts scientific conference – International Relations and Human Rights, which took place in Tallinn in March 2016. Author not only summarizes the event, but also shows aims and functioning of the Nordic Summer University – an organization which initiated the conference.

KEYWORDS: report, conference, Tallinn, Nordic Summer University, human rights, migration

SŁOWA KLUCZOWE: sprawozdanie, konferencja, Tallinn, Nordic Summer University, prawa człowieka, migracje

W dniach 11–13 marca w stolicy Estonii, Tallinnie, odbyła się międzynarodowa konferencja o temacie przewodnim Human Rights and Migration. Poprzez czynny udział, Pracownię Badań Praw Orientalnych¹ oraz Międzywydziałowe Studenckie Koło Kultur Bliskiego i Dalekiego Wschodu reprezentowały w ramach wydarzenia mgr Aleksandra Spychalska oraz mgr Katarzyna Sadowa. Konferencja godna jest uwagi przede

¹ Szerzej zob. *The Centre of Oriental Law Research (COLR)*, <http://prawaorientu.prawo.uni.wroc.pl/eng/> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

wszystkim ze względu na jej specyfikę – było to bowiem jedno z cyklicznych spotkań odbywających się dwa razy do roku (jako winter session i summer session) w ramach prężnie działającej organizacji the Nordic Summer Univeristy² (NSU), zrzeszającej naukowców głównie z krajów bałtyckich. Celem przybliżenia inicjatywy warto najpierw przedstawić choćby po krótko historię oraz założenia działalności NSU.

NSU jest funkcjonującą od ponad 65 lat niezależną instytucją naukową, której działalność finansowana jest ze środków Nordyckiej Rady Ministrów (Nordic Council of Ministers). W jej ramach organizowane są spotkania naukowe z zakresu nauk społecznych i humanistycznych, w których udział biorą naukowcy z całego świata, w tym także doktoranci. Na strukturę organizacji składa się 8 stałych tematycznych *study circles*, do których należą:

1. Transformations in welfare in the Nordic countries;
2. Appearances of the political;
3. Crisis and Crisis Scenarios: Normativity, Possibilities and Dilemma;
4. Psychoanalysis in Our Time;
5. International relations and human rights;
6. Appropriating science and technology for societal change;
7. Practicing Communities: Transformative societal strategies of artistic research;
8. Comparative Futurologies oraz dodatkowe *study circle X* – Feminist philosophy: Ethics.

Każde ze *study circle* funkcjonuje przez 3 lata, co oznacza, że jego członkowie spotykają się sześciokrotnie – 3 razy w ramach winter session trwającej przez trzy dni oraz 3 razy w ramach tygodniowej summer session. Następnie *study circle* zastępowane jest przez nowe bądź zmianie ulega jego tematyka przewodnia. Głównym celem inicjatywy jest stworzenie interdyscyplinarnego forum, w ramach którego uczestnicy nawiązują współpracę, co w efekcie przyczyniać się ma do rozwoju nowych przedsięwzięć naukowych. Realizacji celu sprzyja regularny i długotrwały wymiar każdego z obszarów współdziałania. Atutem organizacji jest jej otwarty wymiar: każdy z uczestników bowiem (niezależnie od stażu członkostwa w organizacji) ma możliwość złożenia propozycji stworzenia nowego *study circle*. Z kolei same tematy przewodnie kolejnych spotkań wybierane są spośród propozycji członków po zatwierdzeniu ich przez

2 Szerzej zob. Nordic Summer University, <http://nordic.university/> [dostęp: 8 sierpnia 2016].

Radę Naczelną. Taki sposób funkcjonowania organizacji umożliwia jej ciągły i dynamiczny rozwój, zwłaszcza iż na każdą sesję aplikować mogą nie tylko stali członkowie danego *study circle*, ale równie mile widziani są nowi uczestnicy, co istotne – nie tylko z państw bałtyckich. Dodatkowym plusem jest fakt, że wszystkie spotkania odbywają się każdorazowo w innym miejscu – co do zasady w miastach państw bałtyckich.

Konferencja w Tallinnie – sesja zimowa, była trzecim spotkaniem *study circle* numer 5, a więc International Relations and Human Rights. Wystąpienia uczestników skupiały się wokół aktualnego oraz niezwykle istotnego aspektu, a mianowicie praw człowieka i migracji. Myśl przewodnia spotkania odnosiła się bezpośrednio do kryzysu migracyjnego którego jesteśmy świadkami, odpowiadając tym samym potrzebie poruszenia tej bezsprzecznie naglącej kwestii. W sesji w Tallinnie obradowało łącznie 20 osób. Kameralny charakter wydarzenia uznać należy za jego atut, gdyż zagwarantował niezwykle pozytywną, a zarazem profesjonalną atmosferę, dzięki czemu sprzyjał owocnej dyskusji na najwyższym poziomie. Konferencja zainaugurowana została w piątkowe popołudnie 11 marca niezwykle interesującą prelekcją Profesora Jean Pierre Clero³ z University of Ruen, poświęconą zagadnieniu *May Bentham's critic of Human Rights be applied to a contemporary expression of them?* oraz wystąpieniem Profesora Asger Sorensen⁴ na temat *Kant's Toward Perpetual Peace*. Oba wykłady wywołały żywą i długą dyskusję, kontynuowaną jeszcze podczas przerwy kawowej. W ramach kolejnej sesji, także przybierającej wymiar filozoficznej, jako pierwszy zaprezentował się Profesor Adam Diderichsen⁵ podejmując kwestię *Ius Praedicandi and Cosmopolitanism as an Imperial Strategy*. Następnie problem *The contemporary significance of Kant's cosmopolitan rights and its importance for a cosmopolitan constitution* przedstawił Profesor Claudio Coradetti⁶. Podsumowaniem

3 Profesor filozofii na Uniwersytecie w Rouen, specjalizuje się w myśli Dawida Hume'a. Por. Jean-Pierre Cléro, <http://www.philomag.com/jean-pierre-clero> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

4 Profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Aarhus, filozof. Szerzej zob. Asger Sørensen, <http://pure.au.dk/portal/en/aso@dpu.dk> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

5 Profesor nadzwyczajny Danish National Police College. Szerzej zob. Adam Diderichsen, [http://vbn.aau.dk/en/persons/adam-diderichsen\(81975c22-b50d-48a0-964c-fd35311a03cc\).html](http://vbn.aau.dk/en/persons/adam-diderichsen(81975c22-b50d-48a0-964c-fd35311a03cc).html) [dostęp: 9 sierpnia 2016].

6 Profesor filozofii politycznej, szerzej zob. Claudio Corradetti, <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/claudio-corradetti/> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

prelekcji była owocna dyskusja, natomiast zwieńczeniem pierwszego dnia obrad uroczysta kolacja, podczas której kontynuowano dywagacje naukowe.

Drugi dzień konferencji był dużo bardziej intensywny, jako że obejmował aż 11 prelekcji. Inauguracją był wykład keynote speaker'a, Profesora Uniwersytetu Sorbona, Yves Charles Zarka⁷, który poruszył z filozoficznego punktu widzenia, trudną a zarazem niezwykle istotną kwestię rozumienia pojęć: obcokrajowiec, migrant, uchodźca w odniesieniu do koncepcji kosmopolityzmu oraz z uwzględnieniem aspektu polityczności. Wykład przykuł uwagę wszystkich uczestników. Po prelekcji wywiązała się (momentami burzliwa) dyskusja, zdominowana intensywną wymianą poglądów pomiędzy samym prelegentem, prof. Zarką, a profesorem Clero. W kolejnym panelu wystąpił specjalista w zakresie polityki bliskowschodniej i problematyki terroryzmu Lars Erslev Andersen⁸, który podjął kwestię *Migration, Security, and the Mediterranean Sea: European Security Discourse between the end of the Cold War and 9/11. A Historical Note to the current situation*. Wraz z nim w panelu zaprezentowała się Emnet Berhanu Gebre. Doktorantka Uniwersytetu w Tuluzie podała analizie problem przeciwstawiania praw człowieka terroryzmowi. Po przerwie jako pierwszy wystąpił Drago Župarić-Iljić z zagadnieniem *Public opinion on actual refugees and migrants flows in the light of recent events*. Wraz z nim w panelu zaprezentowała się reprezentantka Pracowni Badań Praw Orientalnych, doktorantka Uniwersytetu Wrocławskiego – Katarzyna Sadowa, naświetlając problematykę ryzyka wzrostu przemocy motywowanej honorem w Europie na skutek współczesnych trendów migracyjnych. Po kolejnej owocnej dyskusji uczestnicy udali się na wspólny lunch, gdzie kontynuowali konwersacje.

Kolejna sesja poświęcona została działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. *The ECHR Scrutiny Over Immigration Policies* był tematem przewodnim wystąpienia Profesora Maxim'a Timofeev. Następnie Athanasia Petropoulou, prawnik Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przedstawiła tendencje orzecznicze Trybunału w kontekście

7 Filozof, Profesor paryskiego Uniwersytetu Sorbona, specjalizuje się w filozofii politycznej. Szerzej zob. Yves-Charles Zarka, <https://philepoleng.wordpress.com/yves-charles-zarka/> [dostęp 10 sierpnia 2016].

8 Szerzej zob. Maxim Timofeev, <https://legal.ceu.edu/people/maxim-timofeev> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

kosmopolityzmu na przykładzie wybranych orzeczeń dotyczących m.in. aktualnej problematyki wprowadzania w krajach europejskich zakazu zakrywania twarzy. Po żywiołowej dyskusji i kolejnej przerwie kawowej wystąpiła Iryna Ivankiv⁹, koordynator projektu OSCE na Ukrainie, która przedstawiła analizy dotyczące problematyki możliwości otrzymania wizy ukraińskiej. W tym samym panelu prelegentką była także doktorantka Uniwersytetu Nanterre, Camille de Vulpillieres, która skupiła się na kwestii *Travellers, refugees, visa-applicants: the Rule of law in the light of hospitality*. Drugi dzień obrad zamknęły wystąpienia Profesor Olgi Breskaya¹⁰ (jednej z koordynatorek wydarzenia) oraz doktorantki Uniwersytetu Primorska – Barbary Gornik. Profesor Breskaya przedstawiła wyniki badań w ramach realizowanego przez nią projektu *The attitudes of Belarusian youth towards the right of refugees*, z kolei B. Gornik skupiła się na kwestii Słoweńskiej, a tematem przewodnim jej wystąpienia było: *Migration, Human Rights and Nationalism: Implications Revealed through Slovenian Public Opinion*. Zwieńczeniem sobotnich obrad była uroczysta kolacja podczas której uczestnicy konferencji zacieśniali nowe znajomości w klimatycznej włoskiej restauracji znajdującej się w uroczym centrum Tallinna.

Niedziela była dniem zamykającym wydarzenie, podczas którego wystąpił pięciu prelegentów oraz dodatkowo – grupa studentów. Obrady rozpoczęło niezwykle interesujące przemówienie Profesora japońskiego Uniwersytetu w Meiji, Patricka Hein’a zatytułowane *Riding with the devils: Chinese and Russian human rights voting behavior in the UN Security Council and the Geneva Human Rights Council*. Następnie swoją pracę zaprezentowała grupa studentów European Humanities University: Anna Sergeichik, Georgia Baryshnikov, Cheslyk Kseniya. Wystąpienie *Whose responsibility to protect “environmental” refugees?* było debiutem w ich naukowej karierze, przez co towarzyszyło mu sporo stresu, jednak pomimo tego prelekcja spotkała się z bardzo pozytywnym odbiorem uczestników konferencji. W kolejnym panelu jako pierwszy wystąpił Enver Ethemer¹¹ podejmując aspekt: *Human Rights and Gender in European Union: A Socio Legal Perspective of Constitutionalisation of European Union*. Następnie zaprezentowała

⁹ Zob. Iryna Ivankiv, https://www.researchgate.net/profile/Iryna_Ivankiv [dostęp: 9 sierpnia 2016].

¹⁰ Profesor European Humanities University, zob. Olga Breskaya, <http://ehu-lt.academia.edu/OlgaBreskaya/Following> [dostęp: 10 sierpnia 2016].

¹¹ Profesor prawa, więcej zob. Oleg Bresky, https://www.researchgate.net/profile/Oleg_Bresky [dostęp: 10 sierpnia 2016].

się druga z reprezentantek Uniwersytetu Wrocławskiego i Pracowni Badań Praw Orientalnych – Aleksandra Spychalska, która przedstawiła niektóre tezy swojej rozprawy doktorskiej poświęconej ludobójstwu i myśli polskiego specjalisty Rafała Lemkina. Tematem wystąpienia było *The obligation to prevent the crime of genocide: utopia or attainable plan?*. Obie prelekcje w ramach sekcji cieszyły się dużym zainteresowaniem.

Ostatni dzień obrad a zarazem całą konferencję zamknęły wystąpienia dwóch koordynatorów *circle study* numer 5 – Oleg Bresky oraz Mogensa Chroma Jacobsen. Pierwszy z nich, Profesor European Humanities University przedstawił zagadnienie *Multy-level citizenship in the internal and external policy in the Eastern Europe*, natomiast M. Jacobsen poddał analizie kwestię *Citizenship, Open Borders and Human Rights*. Zwieńczeniem obrad była długa dyskusja oraz podziękowania ze strony organizatorów. Następnie wszyscy udali się na wspólny lunch pożegnalny.

Nie ulega wątpliwości, iż *winter session* w Tallinnie była wydarzeniem niezwykle efektywnym. Obrady odbyły się w niesamowicie przyjaznej i równocześnie profesjonalnej atmosferze. Udział w konferencji zaowocował nawiązaniem nowych znajomości i współpracy. Za szczególnie owocny mogą go niewątpliwie uznać reprezentantki Uniwersytetu Wrocławskiego, które nie tylko zawarły nowe, wartościowe relacje ze specjalistami z ośrodków zagranicznych, ale także zostały zaproszone do dalszej współpracy z samym NSU, w tym między innymi do wzięcia udziału w kolejnej sesji letniej w Finlandii. Wydarzenie należy więc z pewnością ocenić pozytywnie.

Bibliografia

- Adam Diderichsen, [http://vbn.aau.dk/en/persons/adam-diderichsen\(81975-c22-b50d-48a0-964c-fd35311a03cc\).html](http://vbn.aau.dk/en/persons/adam-diderichsen(81975-c22-b50d-48a0-964c-fd35311a03cc).html) [dostęp: 9 sierpnia 2016].
- Asgar Sørensen, <http://pure.au.dk/portal/en/aso@dpu.dk> [dostęp: 9 sierpnia 2016].
- Claudio Corradetti, <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/claudio-corradetti/> [dostęp: 9 sierpnia 2016].
- Iryna Ivankiv, https://www.researchgate.net/profile/Iryna_Ivankiv [dostęp: 9 sierpnia 2016].
- Jean-Pierre Cléro, <http://www.philomag.com/jean-pierre-clero> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

Maxim Timofeev, <https://legal.ceu.edu/people/maxim-timofeev> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

Nordic Summer University, <http://nordic.university/> [dostęp: 8 sierpnia 2016].

Oleg Bresky, https://www.researchgate.net/profile/Oleg_Bresky [dostęp: 10 sierpnia 2016].

Olga Breskaya, <http://ehu-lt.academia.edu/OlgaBreskaya/Following> [dostęp: 10 sierpnia 2016].

The Centre of Oriental Law Research (COLR), <http://prawaorientu.prawo.uni.wroc.pl/eng/> [dostęp: 9 sierpnia 2016].

Yves-Charles Zarka, <https://philepoleng.wordpress.com/yves-charles-zarka/> [dostęp 10 sierpnia 2016].

Wrocławskie Studia Erazmiańskie Studia Erasmiana Wratislaviensia

Interdyscyplinarny rocznik naukowy,
którego kolejne zeszyty mają charakter monotematyczny

WYDAWCA / PUBLISHER

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław
Tel. 71 3752331, Fax. 71 3752332, e-mail: sadowski@prawo.uni.wroc.pl

REDAKTOR NACZELNY / EDITOR-IN-CHIEF

Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Mirosław Sadowski

I ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO / FIRST SUBEDITOR

Aleksandra Spychalska

II ZASTĘPCY REDAKTORA NACZELNEGO I SEKRETARZ REDAKCJI /

SECOND SUBEDITOR AND SECRETARY OF THE EDITORIAL BOARD

Katarzyna Sadowa

REDAKTORZY JĘZYKOWI / LANGUAGE EDITORS

Dr Ted Lewandowski, PhD (Opole)

Dr Davide Artico (Wrocław)

Dr Anna Kochan (Wrocław)

Mgr Marzena Lewandowski (Opole)

REDAKTORZY TEMATYCZNI / SUBJECT EDITOR

Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Łukasz Błaszczak (Wrocław)

Prof. nadzw. UŁ dr hab. Justyna Jurewicz (Łódź)

Dr hab. Małgorzata Łuszczzyńska (Lublin)

Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Rafał Wojciechowski (Wrocław)

REDAKTOR STATYSTYCZNY / STATISTICAL EDITOR

Dr Ewa Mika (Wrocław)

LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW / PERMANENTLY-APPOINTED REVIEWERS

Prof. dr hab. Włodzimierz Bernacki, UJ

Prof. dr Laura Carballo Piñeiro, Hiszpania

Prof. nadzw. UŁ dr hab. Maciej Chmieleński, UŁ

Prof. nadzw. UJ dr hab. Anna Citkowska-Kimla, UJ

Prof. nadzw. UJ dr hab. Piotr Kimla, UJ

Prof. William Koprowski, Ph. D., J. D., USA

Prof. nadzw. UR dr hab. Artur Łuszczzyński

Prof. nadzw. UG dr hab. Anna Machnikowska, UG

Prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ, UWŕ

Prof. Pavelas Ravluševičius, Litwa

Prof. nadzw. UJ dr hab. Arkady Rzegocki, UJ

Prof. nadzw. UWŕ dr hab. Janusz Sawicki, UWŕ

Prof. nadzw. UŁ dr hab. Tomasz Tulejski, UŁ

Dr Krzysztof Urbaniak UAM

Procedura recenzowania i kwalifikowania tekstów do druku

Na osiem miesięcy przed końcowym terminem nadsyłania prac, którym jest koniec września każdego roku, Redakcja podaje tematykę kolejnego zeszytu. Redakcja przyjmuje prace drogą elektroniczną, zapisane w plikach programu Microsoft Word z rozszerzeniami *.doc* lub *.docx*, przy czym teksty powinny być złożone czcionką Times New Roman 12 punktów (przypisy – tą samą czcionką wielkości 10 punktów) i zawierać streszczenie w językach polskim i angielskim (wraz z tłumaczeniem tytułu pracy); podane muszą być także dane kontaktowe autora (autorów). Nadsyłane prace powinny mieć objętość 0,75–1,5 arkuszy wydawniczych, w wyjątkowych przypadkach Redakcja może przyjąć pracę dłuższą, jeśli uzasadnia to jej poziom merytoryczny i nowatorstwo (wymogi dotyczące objętości nie dotyczą artykułów recenzyjnych). Procedurze recenzowania poddawane są jedynie prace odpowiadające wskazanej tematyce zeszytu. Do oceny artykułu powoływanych jest dwóch niezależnych recenzentów, spoza jednostki naukowej afiliowanej przez autora publikacji, przy czym nie znają oni tożsamości autora (autorów), podobnie jak autorzy nie otrzymują informacji o tożsamości recenzentów konkretnej pracy, a jedynie treść recenzji. Recenzje, przedstawiane na przygotowanym przez Redakcję formularzu, zawierają jednoznaczny wniosek dotyczący przyjęcia pracy do druku w formie zaproponowanej przez autora, przyjęcia do druku po wprowadzeniu zmian redakcyjnych albo odrzucenia pracy. Publikowane są prace, w których przypadku obie recenzje zawierały konkluzję o przyjęciu do druku. Autorzy prac zakwalifikowanych do wydania muszą ponadto nadesłać podpisane oświadczenia o nienaruszaniu praw osób trzecich, a także – w przypadku współautorstwa – dotyczące wskazania wkładu każdego ze współautorów.

Guidelines concerning the review and acceptance of texts for publication

Eight months prior to the submission deadline, i.e. the end of September of each year, the editorial staff announces a general theme for the succeeding volume. Editors accept papers in electronic form, saved in Microsoft Word files as *.doc* or *.docx*, with texts written in Times New Roman font size 12 (footnotes size 10), accompanied by summaries in both Polish and English (including a translation of the title) and author's (authors') contact information. Submitted papers should not exceed 40,000 characters including spaces. In special cases the editorial staff might accept a longer paper if it boasts innovative and valuable content (guidelines for the size exclude reviews). Only texts that comply with the volume's given theme are subject to review. Articles are reviewed by two independent referees unaffiliated with the research unit of the author of the article, who are unaware of the author's (authors') identity, just as the authors are not provided with the identity of the reviewers of a given text, short of the content of the review. Reviews provided on a form supplied by the editors contain a definitive conclusion about the acceptance for publication in the original form, the acceptance for publication after completing editorial changes, or the rejection of the paper. Published papers receive two positive reviews regarding the acceptance for publication. The authors of papers accepted for publication are required to send a signed statement regarding non-violation of third-party rights, and – in cases of co-authorship – statements about the contribution of each of the co-authors.



ISSN 2080-332X

ISBN 978-83-65158-08-6



9 788365 158086 >