FORUM PRAWNICZE

NUMER 6 (38)
2016

Spis treści

ARTYKUŁY

Ks. Franciszek Longchamps de Bérier

3 **Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych**

Piotr Zacharczuk

16 **Aksjologiczne podstawy regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych**

Joanna Ptak

28 **O „ścieżce zależności" w kontekście polityk publicznych przeciwdziałania przemocy „honorowej". Przykład Niemiec i Wielkiej Brytanii**

Ewa Kabza

45 **Zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązku wzajemnej pomocy między małżonkami (art. 27 k.r.o.)**

Michał Derek

62 **Odpowiedzialność karna za współdziałanie w wykonaniu czynu zabronionego popełnionego poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej**

ARTYKUŁ RECENZYJNY

Rafał Szczepaniak

82 **Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi na kanwie monografii Igora Zachariasza**

ORZECZNICTWO

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski

98 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Piotr Sitnik

101 **Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 znaków.

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przesyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

FORUM PRAWNICZE

Numer 6 (38) | 2016
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WYDAWCA
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)
prof. Petr Blaho – Uniwersytet Trnawski (Słowacja)
prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński
prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski
prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indiany (USA)
prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)
prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski
prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa
prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Jerzy Pisuliński – Uniwersytet Jagielloński
prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski
prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Skoczylas – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński
prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński
prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu
ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Sekretarz redakcji: dr Jan Andrzejewski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
mgr Michał Derek – Uniwersytet Jagielloński
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
dr Krzysztof Szczucki – Uniwersytet Warszawski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik, Alicja Dąbrowska-Nowacka
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Piotr Sitnik
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych

Ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Zespołu ekspertów ds. bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski i prezydium Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Judicial Institutionalizing of Same-Sex Marriage in the United States

The paper reviews the cohesion of argumentation of the majority in Obergefell *v.* Hodges *and the accepting critique from outside the bench. It tends to address democracy and federal issues in deciding by the Supreme Court in a matter of public legislative debate all over the states, as under common law jurisdictions 'judges have power to say what the law is, not what it should be.' Indeed, the true questions are what constitutes marriage, and who is to decide what constitutes marriage? Who then is entitled to confer the constellation of benefits that the states have linked to marriage?*

„Ich nadzieja to nie być skazanym na życie w samotności, odepchniętym od jednej z najstarszych instytucji w cywilizacji. Proszą o równą godność w obliczu prawa. Konstytucja przyznaje im to uprawnienie". Tak Anthony Kennedy zakończył opinię Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w głośnej sprawie *Obergefell* v. *Hodges*[1]. Postanowiono zdecydować w dwóch kwestiach. Po pierwsze, czy XIV poprawka do Konstytucji USA wymaga, aby każdy stan pozwalał na małżeństwo między dwiema osobami tej samej płci i był zmuszony rejestrować taki związek w aktach stanu cywilnego? Po drugie, czy ten sam przepis wymaga uznawania przez każdy stan małżeństwa jednopłciowego gdzie indziej zawartego? Zdaniem prezesa Sądu Najwyższego Johna Robertsa rzeczywiste pytanie było inne: „co konstytuuje »małżeństwo« albo precyzyjniej – kto decy-

1 *Obergefell* v. *Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2593 (2015). Wspomniał o niej na łamach „Forum Prawniczego" G. Maroń, *Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 6, s. 52.

duje o tym, co konstytuuje »małżeństwo«?"[2] I rzeczywiście chodziło o kwestię ogólniejszą, cywilizacyjną, o ogromnym od lat znaczeniu politycznym w USA: czy prawo powinno jako małżeństwo instytucjonalizować związek osób tej samej płci? Za pozytywną odpowiedzią opowiadano się od wielu lat z powołaniem na prawa człowieka, a sytuację sprzed wyroku opisywano nie bez emocji jako „rzeczywiste i codzienne ludzkie cierpienie wywołane *status quo*"[3]. Do 26 czerwca 2015 roku, kiedy wydano wyrok, odpowiadając pozytywnie na oba pytania o XIV poprawkę, 36 stanów, a także Dystrykt Kolumbia oraz Terytorium Guamu w pełni instytucjonalizowały małżeństwa między dwiema osobami tej samej płci. Natomiast z pozostałych części składowych federacji – niektóre stany twardo zakazywały, inne dopuszczały w pewnym zakresie lub w różnych okresach. We wszystkich jurysdykcjach toczyła się poważna i gorąca debata społeczna oraz polityczna nad prawnym zrównaniem takich związków z małżeństwami.

Określenia *Obergefell* v. *Hodges* używamy na wyrok w czterech połączonych sprawach, ale tak nazywała się tylko pierwsza z nich – ta z Ohio. Pozostałe, skonsolidowane z nią, pochodziły z Tennessee, Michigan i Kentucky – odpowiednio: *Tanco* v. *Haslam*, *DeBoer* v. *Snyder* oraz *Bourke* v. *Beshear*[4]. Wymienione stany – a wszystkie leżą w okręgu szóstej apelacji – definiowały małżeństwo jako związek jednego mężczyzny i jednej kobiety. Bezpośrednim powodem zajęcia się definicją przez SN USA stał się rozdźwięk w orzecznictwie sądów federalnych. Apelacyjne okręgi czwarty, siódmy, dziewiąty i dziesiąty uznały stanowe zakazy małżeństw jednopłciowych za niezgodne z konstytucją USA. Inaczej okręg szósty, który ocenił takie samo prawne rozwiązanie za konstytucyjne. W konsekwencji leżące w jego apelacji stany Ohio, Tennessee, Michigan i Kentucky nie miały obowiązku licencjonowania małżeństw osób jednej płci ani tychże uznawania, jeśli zostały zawarte w innej jurysdykcji. Sąd Najwyższy postanowił przyjąć i rozpatrzeć odwołanie dwunastu jednopłciowych par oraz dwóch osób samotnych.

Co konstytuuje małżeństwo albo precyzyjniej – kto decyduje o tym, co konstytuuje małżeństwo?

Na początku uzasadnienia wyroku sędzia A. Kennedy zaznaczył, że Sąd jest w pełni świadom argumentacji uczestników procesu, którzy reprezentują władze stanowe i kwestionują sensowność apelacji. Ich przekonanie wynika z dotychczasowej historii jednej z najstarszych cywilizacyjnie instytucji świata. Małżeństwo to związek dwojga osób płci przeciwnych. Zdaniem Sądu historia się tu zaczyna, ale tylko w przekonaniu reprezentantów stanowych na tym się kończy. Uważają, że uderzy w ponadczasową instytucję i umniejszy ją rozszerzenie na dwie osoby tej samej płci. Małżeństwo postrzegają jako będący ze swej natury zróżnicowanym pod względem płci związek mężczyzny i kobiety.

Do tego momentu wywód pozostaje spójny i jednoznaczny. Bez zarzutu nie tylko dla tych, którzy podzielają wyłożony punkt widzenia. Dalsze wywody A. Kennedy'ego wywołały szeroką krytykę i liczne kontrowersje. W polskiej literaturze zauważono na przykład, że „zasadnicza argumentacja sędziego Kennedy'ego jest obarczona błędem *petitio principii*. Argumentacja ta opiera się na identyfikacji przesłanek uznania małżeństwa za wartość konstytucyjną, uznania podstawowego charakteru prawa do zawarcia małżeństwa oraz na stwierdzeniu, że nie ma uzasadnienia dla wykluczenia z zakresu tej wartości czy prawa par osób jednej płci. Jej założeniem jest aprioryczne

2 *Obergefell*…, s. 2612 (Roberts, C.J., *dissenting*).

3 L.M. Seidman, *The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law*, „The Supreme Court Review" 2015, nr 4, s. 145.

4 *Tanco* v. *Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014); *DeBoer* v. *Snyder*, 772 F. 3d 388 (CA6 2014); *Bourke* v. *Beshear*, 996 F. Supp. 2d 542 (WD Ky. 2014).

przyjęcie, że różnica płci nupturientów jest nieistotną cechą w odniesieniu do instytucji małżeństwa"[5]. Wbrew pozorom najsilniejsza krytyka uzasadnienia, które ten sędzia napisał, pojawiła się wcale nie po stronie przeciwników czerwcowego rozstrzygnięcia w łonie Sądu. Ich przekonania brzmią mocno w czterech zdaniach odrębnych. Jednak niezadowolenia, wręcz rozczarowania nie ukrywają zwolennicy wyniku, jaki przyniosły głosy pięciu sędziów tworzących większość w sprawie *Obergefell*.

W tym miejscu trudno powstrzymać się przed kilkoma obserwacjami. Wynik odbił się szerokim echem w prasie, w ogóle w mediach i całej opinii społecznej. Dopuszczalność aborcji, modlitwy w szkole publicznej i właśnie instytucjonalizacji związków osób tej samej płci na równi z małżeństwem stanowiły od kilku ładnych dziesięcioleci kluczowe tematy ogólnonarodowego sporu politycznego. Należało więc się spodziewać, że wyrok z 2015 roku spotka się z przytłaczającym rozmiarami i zniechęcającym liczbą stron ciągiem artykułów naukowych w wiodących czasopismach prawniczych USA. Tymczasem powstały nieliczne prace, głównie wyrażające aprobatę, dlatego dobrze, że przynajmniej czterech sędziów solidnie umotywowało dezaprobatę dla rozstrzygnięcia. Przy okazji warto docenić system amerykański, w którym niezachwiana pozycja mianowanego dożywotnio sędziego daje mu z jednej strony bezpieczną swobodę wyłożenia własnych racji, z drugiej zmusza do zajęcia stanowiska. Szkoda, że mimo wielu ostatnio reform nie wprowadzono w naszym Trybunale Konstytucyjnym obowiązku informowania imiennie o wyniku głosowania oraz podpisania się przez każdego sędziego pod zdaniem sądu, przyłączenia się do cudzej opinii, napisania własnego zdania zbieżnego albo odrębnego. Mamy prawo, po pierwsze, znać wykładnię w podstawowych sporach prawnych każdego z najważniejszych sędziów w kraju; po drugie, liczymy na wzbogacenie debaty prawniczej.

Zdaniem Sądu przekonanie, że małżeństwo to związek jednego mężczyzny z jedną kobietą długo podzielali racjonalnie myślący ludzie w Stanach Zjednoczonych i na całym świecie. Jednak ani dla apelujących par, ani dla Sądu historia nie kończy się na tradycyjnym rozumieniu małżeństwa, choć nikt z nich nie deklaruje dezawuowania ani dewaluowania instytucji małżeństwa. Aspiracje wynikają raczej z docenienia jej trwałego znaczenia i doniosłej roli społecznej. „Apelujący pragną [małżeństwa] dla siebie z uwagi na szacunek – i potrzebę przywilejów, które daje, oraz odpowiedzialności, którą za sobą pociąga. A ich niezmienna natura dyktuje, że jednopłciowe małżeństwo jest ich jedyną realną drogą tak głębokiego zaangażowania"[6]. Oczekiwania zostały wsparte przykładami konkretnych trudności, jakie napotykają zainteresowani. Osoba poślubiona w jednym stanie nie mogła figurować jako współmałżonek zmarłego – w akcie zgonu, który wystawiał stan, gdzie nie dopuszcza się małżeństwa jednopłciowego. Każda z dwóch pielęgniarek urodziła albo adoptowała dziecko, a całą trójkę wspólnie wychowywały, choć w szkole lub w szpitalu każde z dzieci miało, formalnie rzecz biorąc, tylko jednego prawnego opiekuna. Żołnierz po powrocie z misji w Afganistanie do stanu Tennessee był uważany za obcego wobec mężczyzny, którego wcześniej poślubił w stanie Nowy Jork. Tam też pobrały się dwie panie profesor weterynarii. Po roku życia w rozłące znalazły pracę w Uniwersytecie Tennessee. Kupiły wspólnie dom w okolicy, ale nie mogły być objęte tym samym rodzinnym programem ubezpieczeniowym. Gdy zaś jedna z nich urodziła po sztucznym zapłodnieniu, dziecko pozostawało obcą osobą wobec drugiej. Podnoszono tu brak zabezpieczenia socjalnego, obawy o środowisko wychowania i strach przed stygmatyzacją dziecka jako mniej godnego niż rówieśnicy pochodzący z małżeństwa mężczyzny i kobiety[7].

Praca każdego prawnika, a sędziego w szczególności, polega na interpretacji. W stosowaniu, ale też w tworzeniu prawa nie chodzi tylko o podnoszone argumenty. Złudna i niepraktyczna okazuje się fascynacja podjętą decyzją jako taką, czyli korzystaniem z władzy, jej aktualizacją w danym rozstrzygnięciu. Pytanie o trwałość wypracowanych rozwiązań każe być wrażliwym na historię. Dzieje prawa przynoszą aż

5 P. Łącki, *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe a demokracja*, „Przegląd Sejmowy" 2016, nr 1, s. 174.

6 *Obergefell*…, s. 2594.

7 Trzy stany faktyczne przedstawiono w *Obergefell*…, s. 2598–2599, czwarty można poznać z wyroku pierwszej instancji, *Tanco* v. *Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014).

za dużo przykładów na to, jak szybko karta potrafi się odwrócić. Prawo bowiem jest wynikiem procesu, co rzuca się w oczy w prawie rzymskim i anglosaskim, gdzie efekty rozwiązań materialnoprawnych są bezpośrednio zależne od postępowań sądowych. Jednak i w prawie kontynentalnym realizm każe stale mieć na względzie orzecznictwo oraz specyfikę i potencjalną rolę procedur.

Skoro obowiązujące prawo jest wynikiem procesu, odzwierciedleniem przekonań, skutkiem przemian czy rozwoju, oddziaływania rozmaitych czynników społecznych, politycznych lub gospodarczych, w szczególności wyrok nie stanowi tylko wyniku postępowania w danej sprawie. Lokuje się w szerokim kontekście procesu interpretacji, argumentacji oraz podejmowania decyzji. W przypadku Sądu Najwyższego są to decyzje ostateczne – przynajmniej na moment ich wydawania. Wszelako nawet dla *common law*, o czym przypomniał w zdaniu odrębnym prezes J. Roberts, podstawowym wyznacznikiem ustrojowego odróżnienia sądu od prawodawcy jest, że „pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno”[8]. Tak tedy spójność orzeczenia czy raczej jego uzasadnienia oraz całej linii orzecznictwa wydaje się ważnym postulatem i wskazówką interpretacyjną. Należy przyjrzeć się wyrokowi w *Obergefell* jako wynikowi szerszego procesu. A lektura całego dokumentu, który wyszedł 26 czerwca 2015 roku z Sądu Najwyższego USA, czyli orzeczenia oraz czterech zdań odrębnych sugeruje, że przygotowano dwa odmienne uzasadnienia dla dwóch dramatycznie różnych rozstrzygnięć. Jedno ze zdań odrębnych – to przygotowane przez prezesa – brzmi również jak opinia większości, tyle że nie zebrało wystarczającej liczby głosów.

Wynik głosowania zdecydował, który tekst stał się wyrokiem. Często się zdarza, że projekt innego rozstrzygnięcia staje się sążnistym zdaniem odrębnym. Stosunek głosów pięć do czterech jest oczywiście tak samo autorytatywny jak każda inna większość. Niewiele daje ekscytowanie się spostrzeżeniem, że „zadecydował jeden sędzia”. Każdy z piątki jest tymże jednym. Tym z dziewiątki sędziów, który jako jedyny był zdolny podpisać się pod każdym z dwóch przeciwnych rozstrzygnięć, wydawał się A. Kennedy – zwłaszcza wobec widocznej polaryzacji w sprawach obyczajowych między sędziami mianowanymi przez demokratycznych (tych jest czwórka) albo republikańskich prezydentów. Dawno zresztą trzeba się było przyzwyczaić, że wyroki zależą od stanowiska republikańskiej większości i ewentualnie jej wewnętrznych podziałów. Szansa na zmianę pojawiłaby się ze zwycięstwem Hillary Clinton w wyborach prezydenckich 2016 roku. Ich wynik zdecydował, że opisana sytuacja będzie się utrzymywała. Wszelako w przełomowych sprawach, które dotyczyły relacji między osobami tej samej płci, *Lawrence* v. *Texas*[9] oraz *United States* v. *Windsor*[10], a przeważał pogląd liberałów, opinię pisywał A. Kennedy. Pierwsza zapadła stosunkiem głosów 6:3, druga już tylko 5:4. Teraz jak w sprawie *Windsor*, żaden z sędziów większości nie dołączył zdania zbieżnego – pewnie dlatego, żeby nie osłabiać argumentacji wyroku. Pozostała do omówienia lub doprecyzowania przez literaturę naukową. Widoczne niespójności rozumowania pozwalają dostrzec w nim potencjał rozwoju linii orzecznictwa w stronę krytycznych, ale aprobujących głosów w komentarzach prawniczych. Zresztą zdanie pozostałej czwórki tworzącej większość wydawało się – jeszcze przed ogłoszeniem wyroku – jednoznacznie aprobujące dla ogłoszenia małżeństwem stałego związku dwóch osób tej samej płci[11]. W takich sytuacjach *plurality* jest często gotowa przystać na propozycje piątego sędziego, które nieco tępią oczekiwane przez nią ostrze wyroku, ale zapewniają większość i przekucie ich poglądów w obowiązujące prawo. Wszystko tedy każe podejrzewać, że treść orzeczenia *Obergefell* w znacznej mierze jest autorska. Problemem pozostaje klarowność i siła przekonywania w przedstawieniu przez A. Kennedy'ego wyniku

8 *Obergefell*…, s. 2611 (Roberts, C.J., *dissenting*).

9 *Lawrence* v. *Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

10 *United States* v. *Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013).

11 Por. np. S. Frizell, *Here's What 5 Supreme Court Justices Have Said About Gay Marriage*, „Time” 17.01.2015, http://time.com/3672426/supreme-court-gay-marriage-justices/ (dostęp 10.02.2017); M. Dowd, *Presiding at Same-Sex Wedding, Ruth Bader Ginsburg Emphasizes the Word 'Constitution'*, „New York Times” 18.05.2015, https://www.nytimes.com/politics/first-draft/2015/05/18/presiding-at-same-sex-wedding-ruth-bader-ginsburg-emphasizes-a-key-word/ (dostęp 10.02.2017). Por. P. Łącki, *Konstytucja*…, s. 180–181.

głosowania, które ustaliło krótkie odpowiedzi na dwa postawione pytania: tak – XIV poprawka wymaga, aby każdy stan pozwalał na małżeństwo między dwiema osobami tej samej płci; tak – ten przepis każe uznawać małżeństwa jednopłciowe zawarte w innym stanie.

Pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno.

Oczekiwanie spójności uzasadnienia zawartego w wyroku zdaje się być racjonalne i wsparte praktyką Sądu Najwyższego. Dziesięć lat przed wyrokiem *Obergefell* tego samego dnia wydano dwa orzeczenia co do eksponowania Dziesięciu Przykazań na publicznym gruncie. Raz zdecydowano na tak[12], raz na nie[13]. Zawsze stosunkiem głosów 5:4, gdzie decydująca okazywała się postawa sędziego Stephena Breyera. Nieodżałowany Antonin Scalia pisał wówczas w zdaniu odrębnym: „Tym, co odróżnia rządy prawa od dyktatury zmieniającej się większości Sądu Najwyższego jest absolutnie konieczne wymaganie, aby opinie sędziowskie opierały się na spójnie stosowanej zasadzie. Oto co chroni sędziów przed rozstrzyganiem dziś w ten sposób, jutro w tamten – kciuki w górę albo kciuki w dół – jak dyktują ich osobiste preferencje"[14]. I nie wystarczy wskazanie tej zasady albo zasad. Powinny one znaleźć pełne i konsekwentne odzwierciedlenie w wyroku. Jego brzmienie winno być przekonujące i silne prawniczo. Nie wolno przeskoczyć żadnego etapu ani elementu wywodu. Cel szczytny i oczywisty, rozstrzygnięcie sprawiedliwe i pożądane nie mogą zostać słabo uzasadnione, choćby wszyscy sędziowie – całą dziewiątką zgadzali się ze sobą bez zastrzeżeń. I wówczas bowiem nie ma miejsca na grę słów czy precedensów. Wszystko w imię trwałości orzeczenia, które powinno mieć potencjał utrzymania się przez dziesięciolecia. Jeśli zatem wyrok zapada stosunkiem głosów pięć do czterech, tym bardziej trzeba w orzeczeniu zadbać o maksymalne osłabienie spodziewanej rzeczowej krytyki.

Ciekawy jej przykład dała Melissa Murray[15], którą bardziej niż małżeństwa osób przeciwnych czy tej samej płci interesowała prawna sytuacja konkubinatu w postaci związków cywilnych lub różnych form partnerstwa domowego. Ucieszyła ją oczywiście sądowa instytucjonalizacja małżeństw jednopłciowych, ale doszło do niej kosztem innych związków. W jej przekonaniu w wyroku *Obergefell* uprawia się kult małżeństwa w celu demokratyzacji dostępu do tej instytucji, ale w konsekwencji wyklucza się „obietnicę większej ochrony konstytucyjnej nie-małżeństwa, którą dało orzeczenie *Lawrence*"[16]. Jeśli bowiem Sąd Najwyższy mówi teraz, że małżeństwo jest najgłębszą, najdostojniejszą i podstawową instytucją, w jaką kiedykolwiek mogą wstąpić jednostki, czyni to, aby argumentować za równym prawem do pobrania się przez osoby, które chcą tworzyć taką instytucję z osobą tej samej płci. Tym samym jednak dochodzi do

12 *Van Orden* v. *Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

13 *McCreary County, Kentucky* v. *American Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844 (2005).

14 Tamże, s. 890–891 (Scalia, J., *dissenting*). Mówił to bardzo osobiście w Warszawie: „Z pewnością oczywiste jest, że nic, czego nauczyłem się na zajęciach z prawa na Harvardzie, żadne z doświadczeń, jakie nabyłem praktykując prawo, nie kwalifikuje mnie do decydowania, czy powinno być (a zatem czy istnieje) fundamentalne prawo do aborcji czy wspomaganego samobójstwa", A. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters* – Mułłowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni, przeł. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009, s. 34, https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf (dostęp 9.02.2017).

15 M. Murray, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, „California Law Review" 2016, nr 104, s. 1207–1258.

16 Tamże, s. 1212.

oceny życia poza małżeństwem „jako pozbawionego dostojeństwa, mniej głębokiego i mniej wartościowego. Uzasadnienie równości małżeńskiej opiera się – bodaj ironicznie – na fundamentalnej nierówności innych relacji i form powiązań rodzinnych”[17]. Zbytnie wychwalanie małżeństwa w konsekwencji odrzuca życie poza małżeństwem jako gorszej klasy i mniej wartościowe.

Powróćmy do wskazówek interpretacyjnych. W uzasadnieniu jednomyślnej decyzji *Washington* v. *Glucksberg* z 1997 roku[18] prezes William Rehnquist poczynił uwagi natury ogólnej. Z powołaniem całej linii orzecznictwa wskazał, po pierwsze, że klauzula prawidłowego wymiaru sprawiedliwości (*due process of law*) z XIV poprawki chroni te podstawowe prawa i wolności, które są obiektywnie głęboko zakorzenione w narodowej historii i tradycji oraz obecne w sposób dorozumiany w koncepcji danej wolności. Po drugie, w sprawach dotyczących sprawiedliwego procesu, to jest prawidłowego wymiaru sprawiedliwości w aspekcie materialnym (*substantive due process*), Sąd Najwyższy wymaga dokładnej charakterystyki interesów danej podstawowej wolności. „Historia naszego Narodu, tradycje prawne i praktyka dostarczają zatem kluczowych wskazań dla odpowiedzialnego podejmowania decyzji”[19]. W istocie najwyższy organ sądowy USA wielokrotnie wskazywał w XX wieku, a można powiedzieć, że nawet odkrywał prawa, których istnienia dotąd nie uznawano. Podstawę prawną daje tu IX poprawka: „Wymienienie w konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw przysługujących ludowi”[20]. Tak tedy na podstawie klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości XIV poprawki wyinterpretowano prawo do wychowania dzieci i kierowania ich edukacją[21], prawo do zachowania integralności cielesnej[22], prawo do aborcji[23] czy prawo do intymności seksualnej[24]. Na podstawie klauzuli równej ochrony (*equal protection*) z XIV poprawki wskazano prawo do prokreacji[25], zaś na podstawie obu klauzul prawo do antykoncepcji[26] oraz prawo do małżeństwa[27]. Ładnie ujął to Kenji Yoshino: „doszukiwanie się nowych wolności zawsze było i zawsze pozostanie raczej sztuką niż nauką. Po *Obergefell* to jest po prostu znacznie bardziej sztuką”[28]. Zaraz też dodał dla skomentowania przyjętej przez większość metody: „Wyrok *Obergefell* wycofał się z wielu ograniczeń analizy opartej na klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, ożywiając analizę przeprowadzoną przez sędziego Harlana w zdaniu odrębnym do wyroku *Poe*”[29]. W *Obergefell* znalazło się ogólne stwierdzenie, że „identyfikacja i ochrona praw podstawowych jest trwałą częścią sędziowskiego obowiązku interpretowania Konstytucji”[30], po czym od razu nastąpił cytat, że ta odpowiedzialność „nie ogranicza się do żadnej formuły”[31]. Wydaje się mieć rację K. Yoshino, że zdaniem odrębnym, które napisał w 1961 roku sędzia John Marshall Harlan II, Sąd Najwyższy zechciał teraz zastąpić zacytowane wyżej wytyczne jednomyślnego orzeczenia w sprawie *Glucksberg* z 1997 roku[32]. To osobliwy, żeby nie powiedzieć wątpliwy zabieg, nawet jeśli przyjąć, że już w 1992 roku nadano zdaniu odrębnemu J. Harlana moc precedensu poprzez przyjęcie go jako wiążącego przez większość składu[33]. Proporcja dotychczasowej roli przeciwstawionych przekonań co do prowadzenia interpretacji konstytucyjnej rodzi obawy o podważenie autorytetu Sądu i stawia pod znakiem zapytanie legitymację do

17 Tamże, s. 1210, por. *Obergefell*…, s. 2639, przyp. 8 (Thomas, J., *dissenting*).

18 *Washington* v. *Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

19 Tamże, s. 721.

20 Przekład za: *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, przeł. A. Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp 9.02.2017).

21 *Pierce* v. *Society of the Sisters of the Holy names Jesus and Mary*, 268 U.S. 510, 534–35 (1925); *Meyer* v. *Nebraska*, 262 U.S. 390, 400 (1923).

22 *Rochin* v. *California*, 342 U.S. 165, 172–73 (1952).

23 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* v. *Casey*, 505 U.S. 833, 845–46 (1992); *Roe* v. *Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973).

24 *Lawrence*…, s. 578.

25 *Skinner* v. *Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

26 *Eisenstadt* v. *Baird*, 405 U.S. 438, 443 (1972); *Griswold* v. *Connecticut*, 381 U.S. 479, 485–86 (1965).

27 *Loving* v. *Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

28 K. Yoshino, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, „Harvard Law Review” 2015, nr 129, s. 179.

29 Tamże.

30 *Obergefell*…, s. 2598.

31 *Poe* v. *Ullman*, 367 U.S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., *dissenting*).

32 K. Yoshino, *A New Birth*…, s. 149, 176.

33 *Planned Parenthood*…, s. 848–849.

odkrywania w konstytucji kolejnych praw i wolności. Na potrzeby samej sprawy *Obergefell* zabieg dowodzi zdecydowanej woli większości, aby na oba pytania dać jednoznacznie pozytywną odpowiedź.

Trzy są zasadnicze elementy uzasadnienia dla *Obergefell* wyniku głosowania pięć do czterech w łonie Sądu Najwyższego: połączenie dwóch klauzul XIV poprawki, wskazanie na godność oraz wyprowadzenie prawa do wstąpienia w związek małżeński z trzech spraw uznanych tu przez większość za precedensowe. Przypomnijmy, że w zakończeniu pierwszego paragrafu XIV poprawki znajdują się dwie klauzule, służące sądom do oceny wyników już to legislacji, już to praktyki prawnej: „Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości ani odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawa”[34]. Na podstawie klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości wskazywano istnienie praw i wolności oraz dokonywano ich wykładni. Klauzula równej ochrony (*equal protection of the laws*) pozwalała starać się o zapewnienie równego traktowania obywateli, będąc zawsze w napięciu z poprzednią. Wiadomo wszak, że wolność i równość „pozostają z sobą w nieustannym zwarciu, bo im więcej wolności, tym mniej równości; a im więcej równości, tym mniej wolności”[35]. Nie dziwi zatem, że sądy posługiwały się każdą z klauzul XIV poprawki z osobna. Natomiast sędzia A. Kennedy postulował „synergię między dwiema ochronami”[36]. Autorytatywnie stwierdził w imieniu większości orzekających w sprawie *Obergefell*, że „prawo par jednopłciowych do wstępowania w związek małżeński, które jest częścią wolności obiecanej przez XIV poprawkę, jest wywodzone z gwarancji równej ochrony prawa”[37]. Jak to możliwe? Wyrok zaraz spieszy z odpowiedzią: „Klauzula prawidłowego wymiaru sprawiedliwości i klauzula równej ochrony są połączone w głęboki sposób, choć wyprowadza się z nich niezależne zasady”[38]. Właśnie złączenie stało się innowacją, która doprowadziła do wyprowadzenia owego prawa do wstąpienia w związek małżeński niezależnie od tego, z kogo ten związek dwóch osób miałby się składać. „Rdzeniem, wokół którego sędzia Kennedy ciasno zwinął helisę równej ochrony i prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, i rubryką, na której podstawie prawa podstawowe winny być prospektywnie ewaluowane, jest to, co będę nazywał doktryną równej godności”[39]. I powołanie się na godność posłużyło sądowi, aby przyznać osobom tej samej płci wzajemne prawo do wstąpienia w związek małżeński[40]. W istocie prawo do wstąpienia w związek małżeński zawsze im przysługiwało. Nie było tylko mowy, aby związek ten był z osobą tej samej płci. Język polski dobrze to oddaje w wyrażeniach „wyjść za mąż” albo „ożenić się” – w zależności od tego, kogo dotyczy: kobiety czy mężczyzny i z kim mielibyśmy się pobrać. Uniwersalne „wstąpić w związek małżeński” brzmi urzędowo i sztucznie. To z natury ożenku wynika ewentualne „prawo do” jego zawarcia. Nie istnieje zaś abstrakcyjnie, bezosobowe uprawnienie podmiotu. Wstępuje się w związek zawsze z kimś konkretnym i w powszechnie rozpoznawanym celu, czyli utworzenia, mówiąc pogańskim jeszcze prawem rzymskim, *consortium omnis vitae* – wspólnoty całości życia[41].

Zdaniem Sądu równa godność w oczach prawa wynika z tego, że „jest godność w więzi między dwoma mężczyznami lub dwiema kobietami, którzy dążą do wstąpienia w związek małżeński i w ich autonomii w dokonywaniu tak głębokich wyborów”[42]. Chodzi zatem nie tylko o godność związku osób jednej płci, ale o godność dążenia takiego związku do uznania

34 Por. przyp. 19.

35 F. Longchamps de Bérier, *Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 119.

36 *Obergefell*…, s. 2603, ale też por. tamże, s. 2623 (Roberts, C.J., *dissenting*).

37 Tamże, s. 2602–2603, ale też tamże, s. 2632, przyp. 1.

38 Tamże, s. 2602–2603.

39 L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking its Name*, „Harvard Law Review Forum” 2015, nr 127, s. 20.

40 Por. prawnoporównawczo A.J. Wróbel, *Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa Obergefell v. Hodges i inni* (w:) M. Jabłoński (red.), *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, Wrocław 2016, s. 125–141.

41 Modestyn w ks. 1 „Reguł” – D. 23,2,1.

42 *Obergefell*…, s. 2599.

za małżeństwo. W tym miejscu zdaje się tkwić jądro cywilizacyjnej kontrowersji, gdyż albo przyznaje się rację zacytowanemu stwierdzeniu, albo uważa się je za pomyłkę i nadużycie słowa „godność". A przecież z uznania tej godności jako równej[43] wynika oderwanie prawa do wstąpienia w związek małżeński od natury samego małżeństwa. Podobnie abstrakcyjne prawo podmiotu miałoby wynikać z trzech precedensów: *Loving* v. *Virginia*[44], *Zablocki* v. *Redhail*[45] oraz *Turner* v. *Safley*[46]. W pierwszym jednomyślnie unieważniono zakaz małżeństw między osobami różnych ras. Drugi uznał za niekonstytucyjną regulację stanową, która wymagała uzyskania uprzedniej zgody sądu na zawarcie małżeństwa przez rodzica, który nie sprawował opieki nad małoletnim dzieckiem, a był zobowiązany łożyć na jego utrzymanie; celem zastrzeżenia wymogu owej zgody było zbadanie, czy dziecko nie pozostałoby na utrzymaniu państwa. Trzecie z orzeczeń odrzuciło wymóg uzyskania przez więźnia zgody władz penitencjarnych na małżeństwo, którą mógł uzyskać tylko z prawdziwie „ważnych powodów". W pierwszych dwóch podstawą stała się klauzula równej ochrony z XIV poprawki. Trzech precedensów użył Sąd Najwyższy dla pokazania „relacji między wolnością a równością"[47] oraz do potwierdzenia, że istnieje prawo do wstąpienia w związek małżeński. Korzystając z okazji, zaznaczono[48], że w rozumieniu klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości jest to prawo podstawowe. Następnie zadeklarowano, że mogą z tego prawa korzystać pary jednej płci[49].

W kontekście prawnoporównawczym podobne wnioskowanie wydaje się dalece skrócone. W prawie kanonicznym wypracowano koncepcję przeszkody małżeńskiej, a wskazane w precedensach ograniczenia w dostępie do małżeństwa miały najwyraźniej naturę *impedimentum*. Sąd Najwyższy wielokrotnie powoływał sprawę *Lawrence*, ale zakwestionowanie konstytucyjne czy zniesienie zakazu relacji seksualnych między osobami tej samej płci nie wiedzie ku stworzeniu na podstawie takich relacji małżeństwa. Takoż zniesienie przeszkody do małżeństwa czy przyznanie – jak w prawie rzymskim *conubium* – prawa do zawarcia małżeństwa osobom różnego pochodzenia, to co innego niż konstruowanie abstrakcyjnego prawa podmiotowego do wstąpienia w związek małżeński (*right to marry*). Zniesienie przeszkody pozostawia małżeństwo nietkniętym w swej istocie, a rezygnacja z penalizacji pewnych zachowań seksualnych to jeszcze nie wypowiedź na temat ich godności.

Chodzi nie tylko o godność związku osób jednej płci, ale o godność dążenia takiego związku do uznania za małżeństwo. W tym miejscu zdaje się tkwić jądro cywilizacyjnej kontrowersji.

W orzeczeniu *Obergefell* z prawa do zawierania małżeństwa przełożono nagle akcent na samo małżeństwo. Nikt, jako się rzekło, i niezależnie od orientacji, nie był pozbawiony prawa do zawierania, ale związku osób jednej płci nigdy nie postrzegano jako małżeństwo. Podjęto więc próbę zmiany znaczenia słów i prawo par jednopłciowych do zawierania małżeństwa „odnaleziono" w XIV poprawce. Małżeństwo stało się związkiem też osób tej samej płci. W istocie główną konsekwencją wyroku w sprawie *Obergefell* jest, że

43 Tamże, s. 2593.

44 Por. przyp. 27.

45 *Zablocki* v. *Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

46 *Turner* v. *Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

47 *Obergefell*…, s. 2604.

48 Tamże, s. 2598.

49 Tamże, s. 2599.

nie ma sensu mówić o małżeństwie jednopłciowym. Małżeństwo pozostaje jedno, a tylko stanowić je mogą dwie osoby przeciwnej albo tej samej płci.

Zastrzeżenia komparatystyczne słabną, jeśli wykazać, jaki cel ma wskazana właśnie konstrukcja. Sąd wyjaśnił, że chce, aby trwałym i zadeklarowanym związkom osób jednej płci przysługiwały te same przywileje, którymi cieszą się małżeństwa. Sędzia A. Kennedy wymienił tu korzyści w opodatkowaniu, w zakresie dziedziczenia testamentowego, beztestamentowego

Konsekwencją wyroku w sprawie *Obergefell* jest, że małżeństwo pozostaje jedno, a tylko stanowić je mogą dwie osoby przeciwnej albo tej samej płci. Nie ma więc małżeństw jednopłciowych!

i praw rzeczowych, przywilejów małżeńskich co do ewidencji ludności, dostępu szpitalnego i podejmowania decyzji medycznych, praw adopcyjnych, praw i korzyści w razie śmierci drugiej strony, zaświadczeń urodzenia i śmierci, reguł etyki zawodowej, ograniczeń finansowania kampanii, ubezpieczenia pracowniczego czy zdrowotnego[50]. A dotąd pary jednopłciowe były pozbawione „konstelacji dobrodziejstw, jakie stany wiążą z małżeństwem"[51]. Sąd tedy wyraził wolę przyznania tych korzyści i użył w tym celu swej władzy. Nie analizował powodów dotychczasowej dyskryminacji pozytywnej, czyli przyznania lepszej pozycji osobom żyjącym w małżeństwie. Co prawda, pięknie ogłosił, że jest ono fundamentem: „małżeństwo jest kamieniem węgielnym naszego porządku społecznego"[52]. Nie brał natomiast pod uwagę podstawowego społecznego znaczenia małżeństwa, jakie wynika z naturalnej prokreacji i odpowiedzialności za powołane do istnienia życie[53]; wiąże się to przecież z niemałym poświęceniem w znacznej – jeśli nie decydującej – mierze na korzyść społeczeństwa. Raz tylko większość zająknęła się co do prokreacji, aby odeprzeć krytykę wyroku. Uznała, że oparty na niej argument „sprowadza się do nieintuicyjnego przekonania, jak wygląda proces podejmowania decyzji par przeciwnych płci co do pobrania się i macierzyństwa. Decyzje, czy zawrzeć małżeństwo i mieć dzieci, wynikają z wielu osobistych, romantycznych i praktycznych przesłanek, i jest nierealistycznym wnioskować, że para osób płci przeciwnych zdecydowałaby nie wstępować w związek małżeński po prostu dlatego, że pary jednopłciowe mogą weń wstąpić"[54]. Ten tok myślowy daje się zrozumieć, co nie oznacza, że powszechnie zostanie zaakceptowany. Jednak Sąd najwyraźniej za swój przyjął pogląd, że „równość w prawie do wstępowania w związki małżeńskie odpycha biologiczną prokreację i zróżnicowanie płciowe kosztem skupienia się na rodzicielstwie intencjonalnym i funkcjonalnym"[55]. Wobec słabości argumentacji, prowadzonej właściwie obok centralnych rozważań, powraca problem legislacji z ławy sędziowskiej. Uwaga o pozbawieniu konstelacji przywilejów nie prowadzi do pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy to właśnie Sąd ma prawo je przyznawać. Ma on wszelako władzę, aby po takie prawo dla siebie sięgnąć. I tu tkwi podstawowa różnica między wymową zdania większości napisanego przez A. Kennedy'ego a głównym zdaniem odrębnym autorstwa prezesa J. Robertsa.

Przynajmniej niektórzy sędziowie wyraźnie chcieli zmiany prawa i instytucjonalizacji małżeństw jed-

50 Tamże, s. 2601.

51 Tamże.

52 Tamże.

53 Tamże, s. 2641 (Alito, J., *dissenting*).

54 *Obergefell*…, s. 2606–2607.

55 D. NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, „Harvard Law Review" 2016, nr 129, s. 1231.

nopłciowych. Wyglądali na przeświadczonych, że do zmiany dojść powinno – czas dojrzał i nie należy opóźniać zmian, które i tak nadchodzą. Nie wszystkie stany zdecydowały się na dopuszczalność małżeństw jednopłciowych, ale liczba akceptujących rosła. Ustawa z 1996 roku w skrócie nazywana DOMA[56] była ostatnią poważną i bezskuteczną próbą Kongresu, aby ten proces ograniczyć lub zatrzymać. Czy rzeczywiście był nieunikniony? Oświeceniowa wizja postępu przekonuje o nieuchronności osiągania lepszych etapów rozwoju. Sędziom zmiany co do rozumienia małżeństwa mogły się wydawać nieuchronnym procesem dziejowym, który doprowadzi do jedynego racjonalnego i chcianego przez społeczeństwo efektu, tj. do pełnego zrównania[57]. W jakim zakresie wolno ten proces akurat Sądowi przyspieszać? W sprawie *Obergefell* sędziowie dali odpowiedź, głosując za zmianą – wszak wyrok nie był deklaracją niekwestionowanego osiągnięcia nowego etapu. Proces postępu wciąż trwał, ale sąd zdecydował się narzucić unormowanie stanom, które opierały się przed instytucjonalizacją związku osób jednej płci i nie kwapiły się, by związek taki uznać za instytucję małżeństwa.

Rozważanie, czy sięgnięcie po władzę i legislacja przez Sąd Najwyższy są konstytucyjne, czy też nie, zdaje się wtórne. Oczywiście groźniej brzmi: Sąd Najwyższy postąpił niezgodnie z Konstytucją. Albo że dokonana zmiana ma wątłe podstawy w tekście Konstytucji. Jej XIV poprawka jest potężna i nieraz stawała się wręcz wytrychem, choć nawet zwolennicy aktywizmu sędziowskiego[58] starają się nim posługiwać z ostrożnością i wyczuciem. Sąd Najwyższy poważnie ryzykuje, poruszając się po obrzeżach, boć *apices iuris non sunt iura* – „rozwiązania skrajne w prawie nie są prawami"[59]. Wszelako w pytaniu o konstytucyjność zmiany frapuje nie tyle jej dokonanie, co rozumienie niekonstytucyjności. W końcu sędziowie wynikiem głosowania aktualizują swą władzę i nikt nie kwestionuje, że wydają wiążące orzeczenie. „Praktyka ta, jak i jej akceptacja jest szeroko rozpowszechniona w kulturze prawnej"[60]. Wszystko podlega interpretacji – z pojęciem niekonstytucyjności włącznie. W praktyce decyduje ostateczność wyroku. Decyduje dziś, ale wydany teraz wyrok wpisuje się w linię orzecznictwa i w dzieje prawa. Zatem najpoważniejszy zarzut wobec rozstrzygnięcia większości sędziów w sprawie *Obergefell* wydaje się nieść cytowana wyżej uwaga prezesa J. Robertsa: „pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno"[61]. Prawotwórstwo Sądu Najwyższego rodzi bowiem konstytucyjne zastrzeżenia, gdy pytać o proces demokratyczny. Nikt na poważnie nie kwestionuje podejmowania przez Sąd Najwyższy decyzji dlatego, że nie jest demokratyczną reprezentacją. Demokratyczny konsensus konstytucyjny doprowadził do ustanowienia swoistego ciała eksperckiego. Generalny problem stanowi używanie wykładni orzeczeń sądowych dla promocji zmian w prawie. Ocena staje się krytyczna, jeśli dochodzi do przecięcia dyskusji, która na pełnym biegu trwa w wielu stanach. Przecież Sąd dał wyraz świadomości, że na temat małżeństw jednopłciowych organizowano referenda, debaty ustawodawcze, kampanie obywatelskie; wszczęto procesy w sądach stanowych i federalnych, przeprowadzono nieprzeliczone badania i studia, napisano sterty artykułów, książek, prac popularyzatorskich i dydaktycznych[62]. Czy godzi się w to bezceremonialnie wkroczyć? Nawet gdy odpowiemy pozytywnie, bo czasem trzeba dla ochrony indywidualnych praw i konkretnych obywateli, pozostaje kwestia federalna. Czy wolno wprowadzić to zrównanie odgórnie? Fakt, że zraniony napastnik umiera, nie upoważnia, aby go dobić, gdyż dysponuje się urządzeniem do posprzątania jego ciała. Prawo większości stanów już opowiedziało się za „równością małżeńską".

Dwie opinie wydrukowano 26 czerwca 2015 roku: Sądu Najwyższego i alternatywną prezesa – ta druga była również przygotowana „pod piątkę", ale zebraw-

56 *The Defense of Marriage Act*, 110 Stat. 2419 (1996).

57 Por. A. Bryk, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2016, t. 25, nr 3, s. 131–132.

58 W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa*, „Forum Prawnicze" 2016, nr 3, s. 9–13.

59 Por. Ulpian w ks. 7 „Dysputacji" – D. 17,1,29,4.

60 P. Łącki, *Konstytucja…*, s. 183.

61 Por. przyp. 8.

62 *Obergefell…*, s. 2605.

szy cztery głosy, stała się zdaniem odrębnym. Trzy pozostałe zdania odrębne zajmują się poszczególnymi aspektami krytyki wyroku. Złożyli je sędziowie Antonin Scalia, Clarence Thomas i Samuel Alito. Wiele z wątków, jakie poruszyli, już wyżej się pojawiło. Wypada dodać, że A. Scalia widział w wyroku zagrożenie dla amerykańskiej demokracji, gdyż nie da się uzasadnić użycia XIV poprawki w celu zakazania któremukolwiek ze stanów, aby definiował małżeństwo jako związek jednego mężczyzny i jednej kobiety. Jego zdaniem wyrok to „naga sędziowska uzurpacja prawotwórstwa, a w istocie władzy superlegislatora”[63]. I nie były to najmocniejsze słowa, jakie padły. Najstarszy z sędziów oskarżył koleżanki i kolegów tworzących większość orzekającą w sprawie *Obergefell* o sędziowski pucz[64]. Również S. Alito zajął się fundamentami ustrojowymi, choć bardziej kwestią federalną niż zasadą demokratyczną: „Konstytucja pozostawia to pytanie do decyzji obywateli każdego stanu”[65]. Przedstawił szereg uwag dotyczących rozumienia słowa „wolność”, skoro jest aż tak wieloznaczne, a przy okazji nie stronił od oskarżeń: „dla dzisiejszej większości ma ono wyraźnie postmodernistyczne znaczenie”[66]. Obawiał się zatem odklejania słów, a w konsekwencji prawa, od rzeczywistości. Prawnym rozumieniem wolności szczegółowo zajął się również C. Thomas. W jego przekonaniu, nawet jeśli oryginalnie nie sprowadza się ona tylko do wolności od fizycznego ograniczenia, nie może w żadnym razie obejmować tego, co przypisuje pojęciu *liberty* większość sędziów w sprawie *Obergefell*. I całe zdanie odrębne napisał, aby pokazać, że ich wyrok wypacza Konstytucję, bo „nie tylko ignoruje jej tekst, lecz wywraca stosunek między jednostką i państwem w naszej Republice”[67]. W ustawie zasadniczej mowa przecież o „wolności od”, a nie o „wolności do”, więc brak powodów do przyznawania innym związkom dwojga osób przywilejów i dobrodziejstw, jakie przewiduje się dla małżeństwa kobiety i mężczyzny. Dodatkowym wątkiem, jaki się pojawił, było zagrożenie ze strony wyroku dla wolności religijnej: „w naszym społeczeństwie małżeństwo nie jest zwyczajnie instytucją respektowaną przez państwo, ale na równi instytucją religijną”[68].

Wracając na moment do tradycyjnej wizji małżeństwa całkowicie świecko uzasadnionej, nie wolno przeoczyć jeszcze jednego wątku krytyki w sprawie *Obergefell*. Chodzi o konsekwencje orzeczenia – po oderwaniu się na chwilę od subiektywistycznej perspektywy prawa do wstąpienia w związek małżeństwa. Czy zmiana koncepcji małżeństwa, której dokonano, przełamując tradycyjne jego rozumienie, zatrzyma się tylko na dopuszczeniu do związków *dwóch* osób tej samej płci? Podczas rozprawy w Sądzie Najwyższym S. Alito zadał pytanie, które odbiło się szerokim echem: „Załóżmy, że orzekniemy na tak w tej sprawie, po czym grupa dwóch mężczyzn i dwóch kobiet wystąpi o zezwolenie na zawarcie małżeństwa. Czy byłaby wtedy jakakolwiek podstawa, aby odmówić im zezwolenia?”[69]. Sędzia nie nawiązał do kwestii w swym zdaniu odrębnym. Wyręczył go prezes, do którego zdania odrębnego akurat S. Alito – jako jedyny z czwórki – się nie przyłączył. Prezes J. Roberts napisał: „Chociaż większość przypadkowo dodaje liczebnik »dwa« w różnych miejscach, nie proponuje żadnego uzasadnienia, dlaczego dwuosobowy element rdzenia definicji małżeństwa miałby przetrwać, gdy element mężczyzna–kobieta nie. W istocie, z punktu widzenia historii i tradycji, skok od małżeństwa osób płci przeciwnej do małżeństwa jednopłciowego jest znacznie większy niż ze związku dwóch osób do liczniejszego związku, który ma głębokie korzenie w niektórych kulturach na świecie”[70].

Pytanie o skutki wyroku *Obergefell* dla związków poligamicznych nie brzmi abstrakcyjnie w Stanach Zjednoczonych, zwłaszcza w Utah i stanach sąsiednich, które zamieszkują członkowie Kościoła Jezusa

63 Tamże, s. 2629 (Scalia, J., *dissenting*).

64 Tamże. Por. P. Laidler, *Prawno-polityczny spór wokół wyboru sędziego Sądu Najwyższego USA po śmierci Antonina Scalii*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 3, s. 29.

65 Tamże, s. 2640 (Alito, J., *dissenting*).

66 Tamże.

67 Tamże, s. 2631 (Thomas, J., *dissenting*).

68 Tamże, s. 2638 (Thomas, J., *dissenting*), por. tamże, s. 2625 (Roberts, C.J., *dissenting*).

69 *Obergefell* v. *Hodges* – Argument Transcript 14-556-Question-1 (28.04.2015), s. 17, https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2014/14-556q1_l5gm.pdf (dostęp 10.02.2017).

70 *Obergefell*…, s. 2621 (Roberts, C.J., *dissenting*).

Chrystusa Świętych w Dniach Ostatnich, zwani mormonami. Do kamieni węgielnych amerykańskiego porządku konstytucyjnego należy wyrok w sprawie *Reynolds* v. *United States*[71] z 1878 roku. Dziś zwłaszcza fundamentalistyczni mormoni kwestionują i w praktyce kontestują stanowy zakaz ożenku z więcej niż jedną kobietą w tym samym czasie[72]. Kody Brown z „czterema żonami" zyskał sławę dzięki udziałowi w *reality show* pod znamiennym tytułem *Sister Wives*. Występy telewizyjne z początkiem 2011 roku zaczęły wzbudzać zastrzeżenia prawne, co skończyło się wyrokiem w sprawie *Brown* v. *Buhman*: sąd federalny I instancji ograniczył w części stanowy zakaz poligamii w Utah, uznając za niekonstytucyjną karalność życia z kilkoma osobami w związku przedstawianym przez nie jako małżeństwo[73]. „Małżonkowie" próbowali podważyć zakaz z uwagi na wolność religijną i prawo do prywatności. Sąd apelacyjny zdecydowanie odrzucił całość orzeczenia, uznając na wstępie, że powodowie nie mieli legitymacji procesowej[74]. Nie groziła im żadna kara, bo prokuratorzy z Utah od dawna nie ścigali za łamanie zakazu poligamii. Sprawa *Brown* v. *Buhman* nie wzbudziła zainteresowania czterech sędziów SN, a przynajmniej tylu potrzeba, aby przyjął ją do rozpatrzenia[75]. Odmówiono *writ of certiorari* w 2016 roku, a więc nie należy spodziewać się kontynuacji debaty o poligamii w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Niesłabnące spekulacje nie wydają się wątkiem rozwojowym. Przynajmniej na razie.

Skoro rozpoczęliśmy cytatem z podsumowania przez A. Kennedy'ego opinii większości, zakończmy ostatnimi słowami głównego zdania odrębnego.

> **Uwaga o pozbawieniu konstelacji przywilejów nie prowadzi do pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy to właśnie Sąd Najwyższy ma prawo je przyznawać? Ma on wszelako władzę, aby po takie prawo dla siebie sięgnąć.**

Prezes J. Roberts wystąpił na koniec z przesłaniem do wszystkich Amerykanów. „Jeśli należycie do tych licznych Amerykanów – jakiejkolwiek orientacji seksualnej – którzy opowiadają się za rozprzestrzenianiem małżeństw jednopłciowych, oczywiście świętujcie dzisiejszą decyzję. Świętujcie osiągnięcie upragnionego celu. Świętujcie szansę nowego sposobu wyrazu złączenia z partnerem. Świętujcie dostępność nowych przywilejów. Ale nie świętujcie Konstytucji. To nie ma z nią nic wspólnego"[76].

Bibliografia

Bryk A., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2016, t. 25, nr 3, s. 119–137.

Dajczak W., Longchamps de Bérier F., *Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa*, „Forum Prawnicze" 2016, nr 3, s. 3–22.

Laidler P., *Prawno-polityczny spór wokół wyboru sędziego Sądu Najwyższego USA po śmierci Antonina Scalii*, „Przegląd Sejmowy" 2016, nr 3, s. 21–44.

71 *Reynolds* v. *United States*, 98 U.S. 145 (1878).

72 Utah Code Annotated § 76–7–101.

73 *Brown* v. *Buhman*, 947 F. Supp.2d 1170 (D. Utah 2013).

74 *Brown* v. *Buhman*, 822 F.3d 1151 (10th Cir. 2016).

75 O odmowie *certiorari* wiadomo z wydanych 23.01.2017 *Orders in Pending Cases*, s. 2, poz. 16–333, https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/012317zor_qol1.pdf (dostęp 10.02.2017).

76 *Obergefell*…, s. 2626 (Roberts, C.J., *dissenting*).

Longchamps de Bérier F., *Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 115–130.

Łącki P., *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe a demokracja*, „Przegląd Sejmowy" 2016, nr 1, s. 169–183.

Maroń G., *Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 6, s. 51–69.

Murray M., *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, „California Law Review" 2016, nr 104, s. 1207–1258.

NeJaime D., *Marriage Equality and the New Parenthood*, „Harvard Law Review Forum" 2016, nr 129, s. 1185–1266.

Scalia A., *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters – Mułłowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni*, przeł. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009.

Seidman L.M., *The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law*, „The Supreme Court Review" 2015, nr 4, s. 115–146.

Tribe L.H., *Equal Dignity: Speaking its Name*, „Harvard Law Review" 2015, nr 127, s. 16–32.

Wróbel A.J., *Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa Obergefell v. Hodges i inni* (w:) M. Jabłoński (red.), *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, Wrocław 2016, s. 125–141.

Yoshino K., *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, „Harvard Law Review" 2015, nr 129, s. 147–179.

Orzecznictwo

Bourke v. *Beshear*, 996 F. Supp. 2d 542 (WD Ky. 2014).

Brown v. *Buhman*, 947 F. Supp.2d 1170 (D. Utah 2013).

Brown v. *Buhman*, 822 F.3d 1151 (10th Cir. 2016).

DeBoer v. *Snyder*, 772 F. 3d 388 (CA6 2014).

Eisenstadt v. *Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

Griswold v. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Lawrence v. *Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

Loving v. *Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

McCreary County, Kentucky v. *American Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844 (2005).

Meyer v. *Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

Obergefell v. *Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

Pierce v. *Society of the Sisters of the Holy names Jesus and Mary*, 268 U.S. 510 (1925).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Poe v. *Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

Reynolds v. *United States*, 98 U.S. 145 (1878).

Rochin v. *California*, 342 U.S. 165 (1952).

Roe v. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Skinner v. *Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

Tanco v. *Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014).

Turner v. *Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

United States v. *Windsor* 133 S.Ct. 2675 (2013).

Van Orden v. *Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

Zablocki v. *Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

Piotr Zacharczuk

Aksjologiczne podstawy regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych

Piotr Zacharczuk

Doktor nauk prawnych, pracownik naukowo-dydaktyczny w Katedrze Zarządzania Publicznego i Prawa Administracyjnego w Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Radca prawny w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie. Specjalizuje się w prawie administracyjnym i prawie ochrony środowiska.

An Axiological Basis for Legal Regulations which Regulate the Creation and Functioning of Special Zones

An analysis of the relevant current legislation evinces the following types of substantive values that underpin the practice of creation and functioning of special zones: the environment, public order, listed site, health, state security and socio-economic development. All those values are fundamental as they form the basis of many a special zones. Nevertheless, other, more detailed values are liable to be gleaned from legislative provisions. Altogether they constitute a very complex, internally diverse and multi-layered system of values that provides an axiological underpinning for legal regulations governing the creation and functioning of special zones.

Wprowadzenie

Obszary specjalne były już niewątpliwie przedmiotem licznych badań naukowych. Rezultatem dotychczasowych rozważań doktryny prawa administracyjnego było w pierwszej kolejności wypracowanie koncepcji obszarów specjalnych. Na podstawie tego pierwotnego ogólnego ujęcia doszło następnie do opracowania szeregu definicji doktrynalnych pojęcia „obszar specjalny" oraz do zaliczenia obszarów specjalnych do podstawowych instytucji materialnego prawa administracyjnego. W ramach dotychczasowych badań analizie poddawane były także środki prawne uznane za obszary specjalne. Niemniej jednak, mimo znacznego już niewątpliwie w tym zakresie dorobku doktryny nauki prawa administracyjnego, zauważalny jest brak pogłębionej refleksji nad aksjologiczną podstawą regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych. W tej sytuacji poszukiwanie i analizowanie wartości, jakie stanowią podłoże dla obowiązujących regulacji prawnych normujących tworze-

nie i funkcjonowanie obszarów specjalnych, wydaje się niezwykle potrzebne i ważne. Z tego też względu celem niniejszego opracowania jest ukazanie wartości leżących u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych.

Wskazany powyżej cel badawczy pozwolił na sformułowanie następującej tezy:

Bez wątpienia u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych zawsze leżą wartości, które łącznie tworzą rozbudowany zarówno w aspekcie poziomym, jak i pionowym zbiór.

Struktura opracowania i jego treść odpowiadają postawionemu celowi i tezie badawczej. W pierwszej bowiem części ukazana zostanie istota obszaru specjalnego. W drugiej zaś wskazane będą wartości, w tym w szczególności istotne dla powstania i funkcjonowania obszarów specjalnych wartości podstawowe. W ramach procesu badawczego wykorzystanych zostanie kilka metod. Z uwagi na dążenie badawcze zasadne będzie posłużenie się przede wszystkim metodą aksjologiczną, która umożliwi ustalenie wartości leżących u podstaw tworzenia obszarów specjalnych. Ponadto zastosowana zostanie podstawowa dla prac prawniczych metoda dogmatycznoprawna. Posłużenie się tą metodą umożliwi dokonanie analizy obecnie obowiązującego prawa odnoszącego się do obszarów specjalnych.

Obszar specjalny

Na gruncie prawa administracyjnego nie ma definicji legalnej terminu „obszar specjalny", nie jest on nawet używany w języku prawnym. Jest natomiast konstrukcja wypracowana przez doktrynę prawa administracyjnego. Co więcej, obszary specjalne są uznawane w doktrynie za jedną z podstawowych instytucji prawa administracyjnego materialnego[1] i w związku z tym ujmowane są w osobny dział materialnego prawa administracyjnego[2]. Niemniej jednak, mimo że ta doktrynalna zbiorcza konstrukcja ma trwale ugruntowaną już pozycję w ramach materialnego prawa administracyjnego, jest niejednolicie prezentowana, już choćby w zakresie określenia jej terminologicznego. Przedstawiciele doktryny najczęściej używają terminu „obszar specjalny" (np. Jan Boć[3], Jerzy Stelmasiak[4], Jerzy Sommer[5]), lecz dosyć często też doktryna prawa administracyjnego posługuje się terminem „strefa specjalna" (np. Zbigniew Leoński[6], Lidia N. Zacharko[7]). Co więcej, ta doktrynalna zbiorcza konstrukcja jest niejednolicie prezentowana również w zakresie rozumienia tego terminu. W ujęciu Andrzeja Wasilewskiego obszarem specjalnym będzie ta część przestrzeni państwa, w granicach której – z uwagi na jej szczególne przeznaczenie – wprowadzony zostaje aktem prawnym specjalny, tj. odbiegający od obowiązującego na całym obszarze państwa, system norm prawnych mających zabezpieczyć, tzn. umożliwić lub ułatwić realizację priorytetowych zadań i celów państwa na danym obszarze. W ocenie A. Wasilewskiego realizacja priorytetowych zadań i celów państwa na tych terenach nie byłaby możliwa lub byłaby utrudniona bez jednoczesnego wprowadzenia całego systemu szczególnych norm prawnych[8]. Natomiast zdaniem J. Bocia prawna istota obszarów specjalnych sprowadza się do powiązania wyodrębnionej konkretnie części terytorium ze swoistą regulacją prawną dotyczącą zachowania się w obrębie tego terytorium. Wyraża się to w zastąpieniu części porządku prawnego powszechnego unormowaniem sformułowanym specjalnie na potrzeby obszaru, bądź na poszerzeniu porządku po-

1 Zob. Z. Duniewska, *Zakres regulacji prawa administracyjnego materialnego – wyznaczenie pojęcia instytucji tego prawa* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne*, „System Prawa Administracyjnego", t. 7, Warszawa 2012, s. 178.

2 Zob. Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, wyd. 9, Warszawa 2009, s. 23–24.

3 Zob. J. Boć, *Obywatel w sytuacjach reżimów specjalnych* (w:) tegoż (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 485 i n.

4 Zob. J. Stelmasiak, *Obszary specjalne o charakterze ekologicznym w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa sądów administracyjnych* (w:) J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński (red.), *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005, s. 410 i n.

5 Zob. J. Sommer, *Obszary specjalne w ochronie środowiska* (w:) W. Radecki (red.), *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza, rozwój, perspektywy*, Warszawa 2010, s. 164 i n.

6 Zob. Z. Leoński, *Materialne prawo…*, dz. cyt., s. 165 i n.

7 Zob. L.N. Zacharko, *Strefy specjalne w prawie administracyjnym*, Katowice 2012, s. 18 i n.

8 A. Wasilewski, *Obszar górniczy. Zagadnienia prawne*, Warszawa 1969, s. 118.

wszechnego o pewne regulacje specjalne, bądź wreszcie na jednym i drugim jednocześnie[9]. Według zaś J. Stelmasiaka obszar specjalny obejmuje oznaczoną przestrzeń, na której obowiązuje specyficzny reżim prawny, wyłączający lub co najmniej ograniczający dotychczasowy porządek prawny (normy powszechnie obowiązujące). Przy czym obszar specjalny tworzony jest dla realizacji nadrzędnych zadań państwa na danym, wyodrębnionym terenie. W przekonaniu tego autora obszar specjalny jest środkiem bezpośredniego gospodarowania przestrzenią[10]. Ponadto z dalszych jego rozważań wynika, iż prawną istotą obszaru specjalnego jest powiązanie wyodrębnionej określonej przestrzeni ze swoistą regulacją prawną wyłączającą lub ograniczającą unormowania powszechnie obowiązujące. W odniesieniu do obszarów specjalnych zawsze chodzi bowiem o tego rodzaju zespoły powszechnie obowiązujących norm prawnych, które mają służyć realizacji określonych – stypizowanych – celów i zadań państwa. Oznacza to, że wyodrębnienie danego obszaru specjalnego następuje w oparciu o konkretne przepisy materialnego prawa administracyjnego, jeżeli przemawia za tym interes publiczny[11].

Opierając się na dotychczasowym znacznym już niewątpliwie w tym zakresie dorobku doktryny nauki prawa administracyjnego, a w szczególności na wskazanych powyżej rozważaniach, można tę kategorię pojęciową określić w sposób skondensowany następująco:

> **Aktualnie obowiązuje duża liczba znacznie zróżnicowanych regulacji ustawowych stanowiących podstawy prawne dla tworzenia lub funkcjonowania obszarów specjalnych.**

obszar specjalny to instytucja prawna materialnego prawa administracyjnego rozumiana jako teren niebędący obiektem, znajdujący się w granicach objętych prawem i jurysdykcją Rzeczypospolitej Polskiej, wyodrębniony konkretnie aktem prawnym w związku z realizacją na tym terenie określonego priorytetowego zadania publicznego, na którym obowiązuje specjalny reżim prawny, ograniczający lub poszerzający dotychczasowy powszechny porządek prawny.

Przyjęcie określonej definicji obszaru specjalnego jest niewątpliwie kwestią wyjściową w ramach procesu badawczego mającego na celu ustalanie wartości leżących u podstaw regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych, ponieważ definicja obszaru specjalnego ma istotne znaczenie w kontekście uznawania poszczególnych ustawowo wskazanych środków prawnych jako obszarów specjalnych. Aktualnie obowiązuje duża ilość znacznie zróżnicowanych regulacji ustawowych stanowiących podstawy prawne dla tworzenia lub funkcjonowania obszarów specjalnych. Z analizy prawodawstwa wynika, że środki prawne, które można uznać za obszary specjalne, charakteryzują się różnorodną terminologią, ponieważ w ustawodawstwie określane są jako np. obszary, strefy, otuliny, obwody, tereny, pasy. Ponadto są one znacznie zróżnicowane nie tylko w zakresie terminologicznym, lecz także co do charakteru, np. obowiązującego w ich granicach specjalnego reżimu prawnego. Na gruncie obecnie obowiązującego prawa administracyjnego występują środki prawne, których zaliczenie do kategorii obszarów specjalnych nie jest

9 J. Boć, *Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji*, Wrocław 1985, s. 103.

10 J. Stelmasiak, *Instytucja obszaru specjalnego w materialnym prawie administracyjnym na przykładzie obszarów specjalnych o charakterze ekologicznym* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne*…, dz. cyt., s. 652–653.

11 Tamże, s. 653.

w piśmiennictwie w ogóle sporne, np. rezerwaty przyrody[12], specjalne strefy ekonomiczne[13]. Niemniej jednak, w związku z wewnętrzną znaczną niejednolitością tej instytucji, na gruncie prawa administracyjnego występują także środki prawne, które należy uznawać za obszary specjalne, mimo że nie jest to takie oczywiste i w związku z tym zaliczanie tych środków prawnych do grupy obszarów specjalnych może budzić wątpliwości, z poglądami przeciwnymi w doktrynie włącznie, np. co do obwodów łowieckich[14]. W prawodawstwie występuje też szereg przestrzennych środków prawnych o bardzo zbliżonym do obszarów specjalnych charakterze, lecz niebędących obszarami specjalnymi, np. strefy ochrony konserwatorskiej. W ramach tej ostatniej grupy można wyodrębnić również takie środki prawne, które przez niektórych przedstawicieli doktryny są uznawane za obszary specjalne, np. drogi publiczne[15]. Poszczególne rodzaje obszarów specjalnych, stanowiące szczególne środki prawne, normowane są szeregiem regulacji ustawowych, które określają zasady ich tworzenia i funkcjonowania. Z regulacji tych wyprowadzić można wartości leżące u podstaw tworzenia i funkcjonowania poszczególnych rodzajów obszarów specjalnych.

Wartości leżące u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych

Normy prawne zawsze powinny być osadzone w wartościach. Z tego też względu nie powinno być prawa ani jego stosowania bez wartości. Katalog wartości, na jakich opiera się uzasadnienie aksjologiczne norm, jest różny w każdej dziedzinie prawa[16], a nawet w każdym dziale materialnego prawa administracyjnego prezentującym jego poszczególne instytucje.

U podstaw środków prawnych w postaci poszczególnych rodzajów obszarów specjalnych leżą zawsze określone wartości.

W tle każdej instytucji prawa, w tym także materialnego prawa administracyjnego, przy założeniu racjonalności prawodawcy, leży zawsze jakiś zespół wartości[17]. Przy czym wartości stanowią aksjologiczne podstawy nie tylko tworzenia prawa, ale również jego stosowania[18]. Dlatego też badanie regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych powinno obejmować także ustalanie charakterystycznej treści uzasadnienia aksjologicznego tych norm. Istnieją bowiem skonkretyzowane wartości stanowiące aksjologiczną podstawę obowiązujących regulacji normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych. To zaś oznacza, iż u podstaw środków prawnych w postaci poszczególnych rodzajów obszarów specjalnych leżą zawsze określone wartości. Są one zróżnicowane, a ich charakter związany jest z funkcjami danych ustawowych regulacji określających poszczególne środki prawne w postaci obszarów specjalnych. Wartości te wpisują się w szerszą grupę wartości, które w literaturze określa się jako wartości

12 Zob. np. M.A. Waligórski, *Obszary specjalne* (w:) Z. Leoński (red.), *Węzłowe problemy materialnego prawa administracyjnego*, cz. 2, Poznań 2000, s. 121.

13 Zob. np. M. Ofiarska, *Obszar specjalny* (w:) J. Sługocki (red.), *Prawo administracyjne materialne. Wybrane zagadnienia*, Bydgoszcz 2005, s. 262.

14 Tak np. Z. Leoński, *Materialne prawo…*, dz. cyt., s. 166.

15 Tak np. Z. Janku, *Administracyjnoprawna regulacja korzystania z rzeczy powszechnego użytku – na przykładzie dróg publicznych* (w:) Z. Leoński (red.), *Węzłowe problemy…*, dz. cyt., s. 7.

16 J. Zimmermann, *Wprowadzenie* (w:) tegoż (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 12–13.

17 Tamże, s. 13.

18 Z. Cieślak, *Istota i zakres prawa administracyjnego* (w:) Z. Niewiadomski (red.), *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2000, s. 59.

merytoryczne, stanowiące aksjologiczną podstawę ustaw z zakresu materialnego prawa administracyjnego. Są one często wprost formułowane w ustawach, najczęściej w przepisach ogólnych, i leżą u podstaw ujawniania się skutków prawnych o charakterze materialnoprawnym. I tak wartością leżącą u podstaw ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[19] (dalej: u.o.z.o.z.) i ochrony obszarów specjalnych regulowanych tą ustawą, np. w postaci parków kulturowych, są zabytki[20]. Przy czym niewątpliwie najprościej refleksję o wartościach zawęzić można tylko do tych wartości, które w polskim systemie prawnym są imiennie nazwane i normatywnie wskazane. Nie znaczy to jednak, że gdyby takiego określenia normatywnego nie było, nie można by i nie trzeba prowadzić refleksji nad aksjologią prawa, m.in. określającego kwestie tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych. Do osoby stosującej prawo należy bowiem w sposób konieczny nazwanie tych wartości i określenie ich treści. Bez odniesienia się do nich stosowanie normy prawnej może być nieprawidłowe[21]. To zaś oznacza, iż niektóre wartości znajdują wyraźne odbicie w unormowaniach prawa, a prawo nadaje im postać normatywną[22]. Wskazać też można i takie wartości, których prawo wyraźnie nie formułuje.

W piśmiennictwie krajowym, jak i światowym wskazuje się różne atuty wartości w administracji publicznej, które można odnieść szerzej do wartości w regulacjach administracyjnoprawnych. Po pierwsze wartości służą temu, co dobre, eliminując wszystko to, co jest dobra negacją[23]. Stanowią zatem miernik do przeprowadzenia oceny tego, co jest pożądane i dobre, a co nie jest. Po drugie systemy wartości są tak skonstruowane, aby zrównoważyć wiele elementów, m.in. potrzeb społeczeństwa, ochrony określonych dóbr – z działaniami jednostki – poprzez nakreślenie dopuszczalnych zachowań. Po trzecie stanowią zabezpieczenie przed różnego typu nadużyciami ze strony organów władzy państwowej czy jednostek[24]. Niewątpliwie system wartości zmienia się w toku rozwoju jednostek, organizacji krajów i cywilizacji. Jeżeli wartości byłyby całkowicie stabilne, zmiany indywidualne i społeczne nie byłyby możliwie. Jednakże jeżeli wartości byłyby całkowicie niestabilne, ciągłość osobowości ludzkiej i społeczeństwa byłaby niemożliwa[25]. Każdy system wartości, aby był skuteczny, musi zatem gwarantować odpowiednią trwałość poszczególnym wartościom. Ponadto niezmiernie ważne jest dokładne zrozumienie wartości. Brak zrozumienia prowadzi bowiem do nieskuteczności celów, jakie powinny zostać osiągnięte za pomocą systemu wartości[26].

Najczęściej wartość kojarzona jest z walorem, pozytywną cechą, ale nadto z dobrem materialnym lub niematerialnym. W szczególności w filozofii przywiązuje się wagę do rozróżnienia wartości od dóbr. Dobra poczytywane są za ucieleśnienie (korelaty) wartości. Wartości wnikają w dobra, które istnieją dla ludzi przez wartości osadzone w nich z różnym nasileniem. Wartość może też istnieć bez jej odpowiednika w dobrach, ma ona wówczas charakter potencjalny, w przeciwieństwie do realnego charakteru egzystujących dóbr. Immanentnym atrybutem każdego dobra jest wpisana w nie wartość. Dobra są nośnikiem wartości, stąd też w doktrynie prawa, przy pewnym uproszczeniu, dobra zrównywane są często z wartościami, a wartości z dobrami. To skutkuje tym, iż termin „dobra" używany jest zamiennie z określeniem „wartości", zwłaszcza

19 Dz.U. z 2014 r. poz. 1446 z późn. zm.

20 Zob. Z. Cieślak, *Istota i zakres prawa*…, dz. cyt., s. 57.

21 Por. S. Fundowicz, *Aksjologia prawa administracyjnego* (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 634.

22 Z. Duniewska, *Zakres regulacji prawa*…, dz. cyt., s. 129.

23 Tamże, s. 127.

24 M. Van Wart, *Changing Public Sector Values*, New York 1998, s. 158.

25 M. Rokeach, *The Nature of Human Values*, New York 1973, s. 5–6.

26 Zob. M.S. de Vries, P. Suk Kim, *Introduction to Value and Virtue in Public Administration* (w:) tychże (red.), *Value and Virtue in Public Administration. A Comperative Perspective*, Hampshire 2011, s. 17–19; J.M. Bryson, B.C. Crosby, L. Bloomberg, *Public Value and Public Administration*, Washington 2015, s. 131–134; B. Jorgensen, *Public Values, their Nature, Stability and Change. The Case of Denmark*, „Public Administration Quarterly" 2007, vol. 30, nr 4, s. 365–398; T. Busch, A. Murdock, *Value-based Leadership in Public Proffessions*, Hampshire 2014, s. 52–64; B. Bozeman, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Washington 2007, s. 27; G. Anthony, J.B. Auby, J. Morison, T. Zwart, *Values in Global Administrative*, Oregon 2011, s. 2.

wtedy, gdy nie prowadzi to do nieporozumień oraz gdy te same twierdzenia odnoszą się zarówno do dóbr, jak i do wartości. Rozgraniczenie tych terminów ważne jest wówczas, gdy każde z nich, choć bliskie sobie, przybiera inną, doniosłą dla wywodów rolę znaczeniową. Unormowania prawa administracyjnego materialnego, w tym ustawowe regulacje określające tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych, powinny być nastawione na ochronę wartości lub dóbr ważnych w ludzkim współistnieniu. Ingerencja prawa w życie człowieka zawsze jest związana z prawną ochroną pewnych wartości lub dóbr[27]. Przy czym ochronę określonych wartości leżących u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych należy rozumieć w ujęciu szerokim. Bowiem ochrona wartości nie tylko może wiązać się z wprowadzeniem publicznoprawnych ograniczeń, lecz także publicznoprawnych przywilejów. Ochrona wartości nie musi się opierać wyłącznie na publicznoprawnych ograniczeniach w postaci zakazu naruszania określonych dóbr, nakazu ochrony tych dóbr i innych ograniczeń wprowadzonych w związku z potrzebą tej ochrony. Co istotne, ochrona danych wartości lub dóbr nie wyklucza możliwości korzystania z nich. Trzeba bowiem pamiętać, iż w zakres działań ochronnych może się również wpisywać korzystanie z tych dóbr, lecz na ściśle określonych zasadach. Poza tym ochrona wskazanych dóbr może być dokonywana poprzez wprowadzenie publicznoprawnych obowiązków, ale również poprzez wprowadzenie publicznoprawnych uprawnień związanych z funkcjonowaniem obszarów specjalnych.

Wartości leżących u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych nie należy utożsamiać z ich celami. O czym już była mowa powyżej, aksjologicznymi podstawami regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych są określone wartości lub dobra (np. środowisko). Natomiast ich celem jest ochrona określonego dobra rozumiana w szerokim ujęciu (np. ochrona środowiska).

Na gruncie obecnie obowiązującego prawodawstwa istnieje bardzo duża liczba środków prawnych, które należy uznać za obszary specjalne. Ponadto w polskim materialnym prawie administracyjnym nie ma i zapewne nigdy nie będzie jednej kompleksowej ustawy regulującej tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych. Obecnie zagadnienie to regulowane jest w wielu ustawach. Z tego też względu wartości leżące u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych tworzą rozbudowany i wewnętrznie zróżnicowany zbiór. To oczywiście nie sprzyja prowadzeniu badań mających na celu ustalenie katalogu tych wartości. Poza tym trudność w owym ustaleniu potęguje także to, iż nie wszystkie wartości stanowiące podstawy aksjologiczne obszarów specjalnych są normatywnie wyraźnie formułowane. Nie oznacza to jednak, iż nie można podjąć próby ich ustalenia i ich usystematyzowania. Z natury rzeczy systematyka ta będzie obejmować wartości jedynie podstawowe, gdyż przy znacznej rozległości regulacji normujących obszary specjalne niezwykle trudnym zadaniem jest skatalogowanie wszystkich konkretnych wartości ustawowych[28].

Analizując obowiązujące ustawodawstwo, wskazać można następujące rodzaje merytorycznych wartości leżących u podstaw regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych: środowisko, rzecz i urządzenie publiczne, zabytek, zdrowie, bezpieczeństwo państwa oraz rozwój gospodarczo-społeczny. Wszystkie one mają charakter podstawowy, ponieważ leżą u podstaw prawnych tworzenia i funkcjonowania wielu rodzajów obszarów specjalnych.

Niektóre z tych wartości nie tylko są przywoływane w unormowaniach prawa, lecz także są normatywnie definiowane. Jak wynika z art. 3 pkt 39 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska[29] (dalej: pr.o.ś.) pod pojęciem „środowisko" należy rozumieć ogół elementów przyrodniczych, w tym także przekształconych w wyniku działalności człowieka, a w szczególności powierzchnię ziemi, kopaliny, wody, powietrze, krajobraz, klimat oraz pozostałe elementy różnorodności biologicznej, a także wzajemne oddziaływania pomiędzy tymi elementami. Środowisko jako wartość leży u podstaw wielu regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych. Do tej wartości zaliczyć można nie tylko zamieszczone w pr.o.ś. przepisy określające tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych (np. art. 135

27 Z. Duniewska, *Zakres regulacji prawa*…, dz. cyt., s. 127–128.

28 Por. Z. Cieślak, *Istota i zakres prawa*…, dz. cyt., s. 58.

29 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 672 z późn. zm.

ust. 1 pr.o.ś. regulujący obszary ograniczonego użytkowania), lecz także przepisy wielu innych ustaw zaliczanych do szeroko rozumianego prawa ochrony środowiska, określających również tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych, np. przepisy art. 15 i art. 16 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach[30] (dalej: u.l.) normujące podstawy wyznaczania i funkcjonowania lasów ochronnych stanowiących obszary specjalne. Z przeprowadzonych badań wynika, iż środowisko stanowi niewątpliwie podstawę aksjologiczną dla największej liczby rodzajów obszarów specjalnych. leży niewątpliwie u podstaw przepisów ustawowych określających tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych (np. przepisu art. 16 u.o.z.o.z. regulującego tworzenie parków kulturowych). Poza tym zabytek jako wartość stanowi aksjologiczną podstawę obszarów specjalnych regulowanych przepisami ustawy z dnia 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady[32] (dalej: u.o.b.h.o.z.), np. przepis art. 2 u.o.b.h.o.z. dotyczący terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady. Regulowane przepisami u.o.b.h.o.z. tereny są niewątpliwie szczególnymi obszarami, które

Analizując obowiązujące ustawodawstwo, wskazać można następujące podstawowe rodzaje merytorycznych wartości leżących u podstaw regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych: środowisko, rzecz i urządzenie publiczne, zabytek, zdrowie, bezpieczeństwo państwa oraz rozwój gospodarczo-społeczny.

Ze wskazanych powyżej wartości prawodawca określił normatywnie nie tylko pojęcie „środowisko", lecz także pojęcie „zabytek". Zgodnie z brzmieniem art. 3 pkt 1 u.o.z.o.z. zabytkiem jest nieruchomość lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową. Zabytkiem jest więc każda nieruchomość lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, która ma wskazane w definicji legalnej cechy, niezależnie od istnienia w tym zakresie władczego rozstrzygnięcia organu administracji publicznej[31]. Zabytek jako wartość przed wejściem w życie wskazanej ustawy były wpisywane do rejestru zabytków (np. teren byłego obozu Gross-Rosen w Rogoźnicy[33]). Obecnie tereny te nie są już wpisywane do rejestru zabytków z uwagi na to, iż podlegają one szczególnej, dalej idącej, niż to wynika z przepisów u.o.z.o.z., ochronie przewidzianej przepisami u.o.b.h.o.z. – jako przepisami odrębnymi. To zaś oznacza, iż zabytek będący wartością chroniony jest m.in. poprzez zastosowanie środków prawnych w postaci poszczególnych rodzajów obszarów specjalnych normowanych nie tylko przepisami u.o.z.o.z., lecz także przepisami u.o.b.h.o.z.

Inne wartości leżące u podstaw regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów

30 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2100 z późn. zm.

31 Por. K. Zalasińska, *Prawna ochrona zabytków* (w:) M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 506.

32 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2120.

33 *Muzeum*, http://www.gross-rosen.eu/muzeum/ (dostęp 28.11.2016).

specjalnych nie są obecnie normatywnie definiowane. W prawodawstwie nie ma bowiem żadnej legalnej definicji rzeczy publicznej i urządzenia publicznego. Pojęcia te są przedmiotem zainteresowania przede wszystkim doktryny prawa administracyjnego. Jednak z uwagi na brak definicji legalnych tych pojęć kwestia ich rozumienia nie jest jednolicie prezentowana. W najnowszym piśmiennictwie przyjmuje się, iż rzeczami publicznymi są przedmioty materialne, wykreowane aktem właściwego organu władzy publicznej przeznaczającym je na osiąganie celu publicznego służącego dobru wspólnemu, do których państwowym i samorządowym osobom prawnym przysługuje prawo własności lub inne prawa rzeczowe, używane i wykorzystywane na zasadach określonych prawem administracyjnym[34]. W literaturze wyodrębnia się osobno pojęcie urządzeń publicznych obejmujące wszystkie rzeczy publiczne będące wytworem działalności człowieka. Przy czym w doktrynie pojęcie to rozumie się szeroko, ponieważ na urządzenia publiczne składają się nie tylko przedmioty materialne. Urządzeniami publicznymi są nie tylko same rzeczy publiczne wytworzone w wyniku działań organów władzy publicznej i należące do podmiotów realizujących funkcje publiczne, ale również takie rzeczy wraz z niematerialnymi składnikami majątkowymi, prawami o charakterze niemajątkowym oraz personelem, bez których zaangażowania spełnianie celów publicznych nie byłoby możliwe[35].

Rzecz publiczna stanowi aksjologiczną podstawę obszarów specjalnych regulowanych przepisami ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej[36] (dalej: u.o.m.RP). Z art. 1 u.o.m.RP wynika, iż określa ona położenie prawne obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej, pasa nadbrzeżnego, portów i przystani morskich oraz zasady korzystania z tych obszarów. Bez wątpienia poszczególne wskazane w ustawie obszary morskie Rzeczypospolitej Polskiej (np. morze terytorialne, o którym stanowi art. 5 u.o.m.RP) można zaliczyć do kategorii rzeczy publicznych i jednocześnie stanowiących obszary specjalne. Przy czym w niektórych przypadkach obszary specjalne obejmują wprawdzie dobra publiczne, lecz celem ich wyodrębniania jest w pierwszej kolejności ochrona środowiska, a nie potrzeba określenia zasad korzystania z tych dóbr publicznych, np. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym[37] (dalej: u.r.ś.) wynika, że w obwodzie rybackim w wodach, w których znajdują się miejsca stałego tarła oraz rozwoju narybku gromadnego zimowania, bytowania i przepływu ryb, mogą być ustanawiane obręby ochronne). To zaś oznacza, iż w przypadku tego typu obszarów specjalnych u ich podstaw aksjologicznych należy wskazać środowisko przede wszystkim jako wartość, a nie rzecz publiczną, mimo że obszary te bądź obejmują obszary publiczne (np. z art. 12 ust. 1 u.r.ś. wynika, że obwody rybackie obejmują tylko ściśle określone publiczne śródlądowe wody powierzchniowe płynące) lub są wyznaczane w związku z potrzebą gospodarowania dobrem stanowiącym własność Skarbu Państwa (np. z analizy art. 1 i 2 ustawy z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie[38] wynika, że obwody łowieckie obejmują także nieruchomości prywatne, na obszarze których prowadzi się łowiectwo oznaczające ochronę zwierząt łownych stanowiących własność Skarbu Państwa i gospodarowanie ich zasobami w zgodzie z zasadami ekologii i w związku z tym wchodzące w zakres ochrony środowiska przyrodniczego).

Aksjologiczną podstawę tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych może również stanowić urządzenie publiczne, np. strefy płatnego parkowania, o których stanowi art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych[39], wyznaczane są w związku z wprowadzeniem obowiązku ponoszenia opłat za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych stanowiących niewątpliwie urządzenia publiczne. W tym miejscu podkreślić jednak trzeba, iż nie wszystkie rzeczy i urządzenia publiczne o przestrzennym charakterze należy klasyfikować jako obszary specjalne.

Analiza ustawodawstwa pozwala zauważyć, iż nie istnieje jedna legalna definicja zdrowia, którą można

34 D. Kijowski, *Rzeczy i urządzenia publiczne* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne*…, dz. cyt., s. 411.

35 Tamże, s. 419.

36 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 2145 z późn. zm.

37 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 652.

38 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2168 z późn. zm.

39 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1440 z późn. zm.

by potraktować jako uniwersalną i obiektywną. Wieloaspektowość pojęcia stwarza trudności w przyjęciu neutralnej definicji. Jest to ważne, ponieważ od zdefiniowania np. pojęcia zdrowia będzie zależeć to, jaki system ochrony zdrowia zostanie przyjęty przez dane społeczeństwo. W doktrynie wskazuje się, iż zdrowie to dobrostan fizyczny, psychiczny i umysłowy organizmu, pozwalający jednostce na funkcjonowanie w szeroko rozumianym środowisku oraz pełnienie przez nią różnorakich ról. Niewątpliwie zdrowie ludzkie jest pierwszoplanową wartością, jaką posiada każdy człowiek, w związku z tym podlega ono szczególnej ochronie[40]. Choć zdrowie jako wartość leży u podstaw wielu regulacji ustawowych, to tylko przepisy ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych[41] (dalej: u.l.u.o.g.u.) regulują środki prawne w postaci obszarów specjalnych, np. przepis art. 2 pkt 3 u.l.u.o.g.u. definiuje pojęcie uzdrowiska.

Nie istnieje również definicja ustawowa pojęcia „bezpieczeństwo państwa", mimo że prawodawca w wielu regulacjach prawnych nim się posługuje. Próby zinterpretowania tego pojęcia podjęte zostały natomiast przez niektórych przedstawicieli doktryny. W piśmiennictwie powoływana jest w szczególności definicja zaliczana do tzw. tradycyjnego ujęcia, w ramach której wskazuje się, że bezpieczeństwo państwa dotyczy bezpieczeństwa instytucji politycznej, posiadającej suwerenną władzę, określone terytorium oraz ludność podległą ciału władczemu. W bezpieczeństwie państwa zawsze chodzi o utrzymanie porządku w zbiorowości państwowej, zapewnienie jej bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego – głównie jej części władczej[42]. Wartość ta podlega ochronie z zastosowaniem przewidzianych szeregiem regulacji ustawowych środków prawnych, w tym w postaci obszarów specjalnych, jak np. obszary podlegające obowiązkowej ochronie, o których mowa w ramach art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia[43].

Na gruncie polskiego prawodawstwa terminy takie jak „rozwój", „rozwój gospodarczy" i „rozwój społeczny" nie są normatywnie definiowane. W piśmiennictwie przyjmuje się, iż rozwój gospodarczy to zmiana stopnia wykorzystania czynników produkcji, zmiany w metodach wytwarzania, stosowanie nowych technologii, rozwój nowoczesnych gałęzi przemysłu[44]. Natomiast pod pojęciem rozwoju społecznego rozumie się poprawę jakości życia mieszkańców[45]. Mimo że rozwój gospodarczy i rozwój społeczny to pojęcia odmienne, osobne ich ujmowanie jako odrębnych wartości leżących u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych nie jest w pełni uzasadnione. Najczęściej bowiem z rozwojem gospodarczym wiąże się także dodatkowo rozwój społeczny (np. z przepisu art. 3 ustawy z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych[46] wynika, że specjalne strefy ekonomiczne mogą być ustanawiane w celu przyspieszenia rozwoju gospodarczego części terytorium kraju), ale też i niekiedy odwrotnie: z rozwojem społecznym wiąże się rozwój gospodarczy (np. z przepisu art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji[47] wynika, że obszary rewitalizacji mogą być wyznaczane dla terenów obejmujących całość lub część obszarów zdegradowanych, cechujących się szczególną koncentracją m.in. negatywnych zjawisk społecznych). Przy czym bardzo często sam prawodawca wskazuje normatywnie, jaki rodzaj rozwoju jest w pierwszej kolejności pożądany. Dlatego też jako wartość leżącą u podstaw tworzenia i funkcjonowania tego typu obszarów specjalnych można wskazać rozwój gospodarczo-społeczny. Łącznie ujmowany rozwój gospodarczo-społeczny jest niewątpliwie stanem pożądanym. Dlatego też prawodawca w ramach wielu regulacji ustawowych wprowadził różnego rodzaju środki prawne, w tym także w postaci obszarów

40 R. Michalska-Badziak, *Zagadnienia ogólne* (w:) Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne materialne*, Warszawa 2014, s. 227–228.

41 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 879 z późn. zm.

42 Zob. B. Szmulik, *Zagadnienia ogólne* (w:) M. Paździor, B. Szmulik (red.), *Instytucje bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2012, s. 4.

43 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1432 z późn. zm.

44 K. Wlaźlak, *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej*, Warszawa 2010.

45 Tamże.

46 Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 282 z późn. zm.

47 Dz.U. z 2015 r., poz. 1777 z późn. zm.

specjalnych stymulujących łącznie rozwój gospodarczy i społeczny.

Poza wartościami podstawowymi z poszczególnych ustawowych podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych wywieść można szereg innych wartości szczegółowych tworzących bardzo rozbudowany i wewnętrznie niezwykle zróżnicowany zbiór. Jak bowiem wynika z przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie przyrody[48] (dalej: u.o.p.), obszary specjalne w postaci obszarów chronionego krajobrazu stanowią jedną z form ochrony przyrody. Tym samym wartością szczegółową leżącą u podstawy tych obszarów specjalnych jest przyroda. Niemniej jednak trzeba pamiętać, iż przyroda wchodzi w zakres szerszego pojęcia, jakim jest środowisko[49]. Ponadto już z samej nazwy tego obszaru specjalnego wynika, iż w przypadku tej formy ochrony przyrody wartością chronioną jest krajobraz. Poza tym z przepisu art. 23 ust. 1 u.o.p. regulującego definicję legalną obszaru chronionego krajobrazu wynika, że ten obszar specjalny obejmuje tereny chronione ze względu na wyróżniający się krajobraz o zróżnicowanych ekosystemach. Biorąc pod uwagę powyższe, wskazać należy, iż u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów chronionego krajobrazu leży środowisko jako wartość podstawowa, przyroda jako wartość szczegółowa oraz krajobraz jako wartość jeszcze bardziej uszczegółowiona. Z wartościami szczegółowymi mamy do czynienia nie tylko w przypadku regulacji ustawowych leżących u podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów chronionego krajobrazu, lecz także w przypadku pozostałych regulacji – leżących u podstaw tworzenia i funkcjonowania innych obszarów specjalnych. To zaś oznacza, iż aksjologiczne podstawy regulacji prawnych normujących obszary specjalne stanowią wielopoziomowy system wartości.

Z poszczególnych ustawowych podstaw tworzenia i funkcjonowania obszarów specjalnych wywieść można szereg wartości szczegółowych tworzących bardzo rozbudowany i wewnętrznie zróżnicowany zbiór.

Co więcej, u podstaw tworzenia niektórych rodzajów obszarów specjalnych leżą wartości szczegółowe tworzące łącznie wiązkę równorzędnych wartości (np. uznanie lasu za las ochronny może nastąpić w celu ochrony licznych wartości wymienionych w art. 15 u.l., w tym m.in. takich jak: lasy stanowiące drzewostany nasienne, ostoje zwierząt i stanowiska roślin podlegających ochronie gatunkowej, a także lasy mające szczególne znaczenie dla obronności i bezpieczeństwa państwa), które mogą wpisywać się w różne wartości podstawowe (np. w przypadku lasów ochronnych wartością podstawową może być zarówno środowisko, jak i bezpieczeństwo państwa). W sytuacji występowania w ramach jednego rodzaju obszarów specjalnych dwóch lub więcej wartości podstawowych za zasadne wydaje się posłużenie się pewnym uproszczeniem poprzez wskazanie jako wartości podstawowej tylko tej jednej wartości dominującej. Przy czym wartość podstawową dominującą można wyprowadzić w szczególności z uwagi na przedmiot regulacji, tj. z miejsca zamieszczenia przepisów dotyczących określonego rodzaju obszaru specjalnego w ramach regulacji ustawowej lub z miejsca zakwalifikowania

48 Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., nr 0, poz. 2134).

49 Por. J. Stelmasiak, *Interes indywidualny a interes publiczny w ochronie środowiska w obszarze specjalnym o charakterze ekologicznym*, Rzeszów 2013, s. 8.

regulacji ustawowej zawierającej przepisy dotyczące określonego rodzaju obszaru specjalnego w grupie ustaw pokrewnych (np. jako wartość podstawową leżącą u podstaw tworzenia lasów ochronnych zasadne wydaje się wskazać środowisko). W związku z olbrzymią ilością ustawowo wskazanych środków prawnych w postaci obszarów specjalnych wskazanie pełnego katalogu wszystkich wartości szczegółowych wykracza poza ramy objętościowe niniejszego opracowania.

Podsumowanie

Obecnie obowiązuje duża ilość znacznie zróżnicowanych regulacji ustawowych, z których wyprowadzić można wartości leżące u podstaw prawnych tworzenia i funkcjonowania poszczególnych rodzajów obszarów specjalnych. Analizując obowiązujące ustawodawstwo, wyprowadzić można i ująć w katalog wartości podstawowe leżące u podstaw prawnych tworzenia i funkcjonowania wielu rodzajów obszarów specjalnych. Z wszystkich wartości podstawowych bez wątpienia wartością niezwykle istotną jest środowisko, ponieważ to ona leży u podstaw największej liczby rodzajów obszarów specjalnych. Nie oznacza to jednak, że pozostałe wartości podstawowe, takie jak: rzecz i urządzenie publiczne, zabytek, zdrowie, bezpieczeństwo państwa oraz rozwój gospodarczo-społeczny, nie są istotne.

Poza wartościami podstawowymi z regulacji ustawowych wyprowadzić można również szereg innych wartości szczegółowych. Łącznie wszystkie te wartości stanowią bardzo rozbudowany, wewnętrznie niezwykle zróżnicowany oraz wielopoziomowy system wartości, stanowiący aksjologiczną podstawę regulacji prawnych normujących tworzenie i funkcjonowanie obszarów specjalnych. Co więcej, u podstaw tworzenia i funkcjonowania niektórych rodzajów obszarów specjalnych występują różne wartości. Wynika to stąd, iż prawodawca, określając cele tworzenia określonych rodzajów obszarów specjalnych, nie zawsze wskazuje cel pojedynczy, lecz niekiedy wiązkę celów równorzędnych, z których z kolei można wyprowadzić wartości szczegółowe równorzędne, determinujące tworzenie poszczególnych rodzajów obszarów specjalnych. Przy czym w takich przypadkach nie zawsze wszystkie wartości szczegółowe leżące u podstaw tworzenia określonego rodzaju obszarów specjalnych wpisują się w jedną wartość podstawową. Może być bowiem tak, iż określone ustawowo wartości szczegółowe, tworzące łącznie wiązkę równorzędnych wartości konkretnego rodzaju obszarów specjalnych, będą wpisywać się w różne wartości podstawowe. W przypadku występowania w ramach jednego rodzaju obszarów specjalnych dwóch lub więcej wartości podstawowych zasadne jest posłużenie się pewnym uproszczeniem poprzez wskazanie jako wartości podstawowej tylko jednej wartości dominującej. Z uwagi na powyższe należy wskazać, iż aksjologiczne podstawy regulacji prawnych normujących obszary specjalne stanowią rozbudowany system wartości – zarówno w aspekcie poziomym, jak i pionowym.

Bibliografia

Anthony G., Auby J.B., Morison J., Zwart T., *Values in Global Administrative*, Oregon 2011.

Boć J., *Obywatel w sytuacjach reżimów specjalnych* (w:) J. Boć, (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 485–494.

Boć J., *Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji*, Wrocław 1985.

Bozeman B., *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Washington 2007.

Bryson J.M., Crosby B.C., Bloomberg L., *Public Value and Public Administration*, Washington 2015.

Busch T., Murdock A., *Value-based Leadership in Public Proffesions*, Hampshire 2014.

Cieślak Z., *Istota i zakres prawa administracyjnego* (w:) Z. Niewiadomski (red.), *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2000, s. 50–76.

Duniewska Z., *Zakres regulacji prawa administracyjnego materialnego – wyznaczenie pojęcia instytucji tego prawa* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne*, „System Prawa Administracyjnego", t. 7, Warszawa 2012, s. 49–178.

Fundowicz S., *Aksjologia prawa administracyjnego* (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 633–654.

Janku Z., *Administracyjnoprawna regulacja korzystania z rzeczy powszechnego użytku – na przykładzie dróg publicznych* (w:) Z. Leoński (red.), *Węzłowe problemy materialnego prawa administracyjnego*, cz. 2, Poznań 2000, s. 7–35.

Jorgensen B., *Public Values, their Nature, Stability and Change. The Case of Denmark*, „Public Administration Quarterly" 2007, vol. 30, nr 4, s. 365–398.

Kijowski D., *Rzeczy i urządzenia publiczne* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne*, „System Prawa Administracyjnego", t. 7, Warszawa 2012, s. 403–454.

Leoński Z., *Materialne prawo administracyjne*, wyd. 9, Warszawa 2009.

Michalska-Badziak R., *Zagadnienia ogólne* (w:) Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne materialne*, Warszawa 2014, s. 227–231.

Muzeum, http://www.gross-rosen.eu/muzeum/ (dostęp 28.11.2016).

Ofiarska M., *Obszar specjalny* (w:) J. Sługocki (red.), *Prawo administracyjne materialne. Wybrane zagadnienia*, Bydgoszcz 2005, s. 239–268.

Rokeach M., *The Nature of Human Values*, New York 1973.

Sommer J., *Obszary specjalne w ochronie środowiska* (w:) W. Radecki (red.), *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza, rozwój, perspektywy*, Warszawa 2010, s. 164–203.

Stelmasiak J., *Instytucja obszaru specjalnego w materialnym prawie administracyjnym na przykładzie obszarów specjalnych o charakterze ekologicznym* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne*, „System Prawa Administracyjnego", t. 7, Warszawa 2012, s. 651–682.

Stelmasiak J., *Interes indywidualny a interes publiczny w ochronie środowiska w obszarze specjalnym o charakterze ekologicznym*, Rzeszów 2013.

Stelmasiak J., *Obszary specjalne o charakterze ekologicznym w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa sądów administracyjnych* (w:) J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński (red.), *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005, s. 410–418.

Szmulik B., *Zagadnienia ogólne* (w:) M. Paździor, B. Szmulik (red.), *Instytucje bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2012, s. 1–14.

Van Wart M., *Changing Public Sector Values*, New York 1998.

Vries M.S. de, Suk Kim P., *Introduction to Value and Virtue in Public Administration* (w:) tychże (red.), *Value and Virtue in Public Administration. A Comperative Perspective*, Hampshire 2011, s. 15–30.

Waligórski M.A., *Obszary specjalne* (w:) Z. Leoński (red.), *Węzłowe problemy materialnego prawa administracyjnego*, cz. 2, Poznań 2000, s. 71–145.

Wasilewski A., *Obszar górniczy. Zagadnienia prawne*, Warszawa 1969.

Wlaźlak K., *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej*, Warszawa 2010.

Zacharko L.N., *Strefy specjalne w prawie administracyjnym*, Katowice 2012.

Zalasińska K., *Prawna ochrona zabytków* (w:) M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 506–511.

Zimmermann J., *Wprowadzenie* (w:) tegoż (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 11–18.

Joanna Ptak

O „ścieżce zależności" w kontekście polityk publicznych przeciwdziałania przemocy „honorowej".

Przykład Niemiec i Wielkiej Brytanii

Joanna Ptak

Doktorantka w Katedrze Socjologii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. W ramach projektu naukowego „Problem przemocy «honorowej» wśród muzułmanów w Europie – w poszukiwaniu skutecznych rozwiązań" zajmuje się zagadnieniem skuteczności polityk publicznych w kontekście pluralizmu kulturowego.

"Path Dependency" in the Context of Public Policies of Combating Honour-Related Violence. The Examples of Germany and the United Kingdom

The main aim of this paper is to analyze the factors which have an influence on the framing of honour-based violence (hereinafter referred to as HBV) and the shape of public policies of combating HBV in European countries. Research presented in the paper is based on the examples of public policies in the United Kingdom and Germany, as policies introduced in those countries can be described as opposite paradigms. The presentation of definitions of HBV is followed by an analysis of the historic development of public policies of combating HBV in the aforementioned countries and their comparison. Looking at the issue in question through the lens of "path dependency" leads to the conclusion that the shape of public policy of combating HBV depends not only on the model of integration policy and the wider social context, but is rooted deeply in the past and is connected – at least to some extent – with previous decisions by state officers that evince the meaning-making of the phenomenon.

Wprowadzenie

Przemoc „honorowa"[1] nie jest problemem nowym, ograniczonym do określonej grupy etnicznej czy religijnej. Dla przykładu, w południowych Włoszech jesz-

1 W najogólniejszym ujęciu pod pojęciem „przemoc honorowa" należy rozumieć takie bezprawne działanie, którego celem jest ochrona lub przywrócenie utraconego honoru. Zagadnienie definicji przemocy „honorowej" jest omówione szerzej w dalszej części tekstu.

cze w pierwszej połowie XX wieku obowiązywało *matrimonio riparatore*[2], zwyczaj nakazujący kobiecie przymusowe poślubienie człowieka, z którym utraciła dziewictwo. Obowiązek ten dotyczył nie tylko kobiet dobrowolnie nawiązujących pozamałżeńskie kontakty seksualne, ale również ofiar gwałtów. Sankcją za odmowę wzięcia ślubu było wykluczenie społeczne kobiety oraz jej rodziny, uważanej za okrytą dyshonorem[3]. Wspomniany zwyczaj obecnie nie jest praktykowany, jednak problem przemocy motywowanej chęcią przywrócenia utraconego honoru nie uległ dezaktualizacji. Wręcz przeciwnie, przemoc „honorowa" od kilkunastu lat jest istotnym zagadnieniem, powracającym systematycznie w debacie publicznej w krajach Europy Zachodniej wraz z nagłośnieniem w mediach kolejnych przypadków zabójstw „honorowych" popełnianych przez sprawców wywodzących się z mniejszości etnicznych[4]. Ze względu na to ukontekstowienie, przemoc „honorowa" jest obecnie najczęściej łączona z określonymi grupami etnicznymi czy religijnymi. W konsekwencji badany problem dotyczy bardzo delikatnych kwestii, odgrywających jednocześnie szczególną rolę wobec kryzysu migracyjnego. Wśród nich można wskazać takie zagadnienia, jak polityka integracji czy stosunek społeczeństwa przyjmującego do imigrantów o odmiennym pochodzeniu etnicznym czy religii. W krajach europejskich podjęto próby stworzenia polityki przeciwdziałania przemocy „honorowej". Trudnością towarzyszącą tworzeniu takich strategii, w założeniu prowadzących do zmniejszenia skali problemu, jest konieczność rozstrzygnięcia, jakie sposoby i metody mogą w najpełniejszym stopniu przyczynić się do osiągnięcia zamierzonego celu.

Charakterystyka przemocy „honorowej" była przedmiotem wielu publikacji. W literaturze brakuje natomiast szczegółowych opracowań, które wyjaśniałyby kwestię występowania różnic w sposobie ramowania[5] problemu przemocy „honorowej" w poszczególnych krajach europejskich, i to już na poziomie podstawowych założeń, a nieliczne istniejące publikacje na ten temat zazwyczaj stanowią zbyt wąskie ujęcie problemu[6]. Celem niniejszego artykułu jest uzupełnienie tej luki przez udzielenie odpowiedzi na główne pytanie badawcze: jakie czynniki wpływają na kształt publicznej polityki i sposób ramowania przemocy „honorowej"? Pełna analiza tej kwestii wymaga udzielenia odpowiedzi na szereg pytań pomocniczych, wśród których najważniejsze dotyczy tego, czy rozumienie problemu przemocy „honorowej" w poszczególnych krajach europejskich jest różne i czy pociąga to za sobą różnice w podejmowanych działaniach.

Przyczynkiem do dyskusji będzie porównanie polityki publicznej przeciwdziałania przemocy „honorowej" w Niemczech i w Wielkiej Brytanii. Selen A. Ercan uważa, że sposoby ramowania przemocy „honorowej"

2 W dosłownym tłumaczeniu „małżeństwo rehabilitacyjne".

3 Anthony Appiah do ogólnej kategorii przemocy „honorowej" zalicza takie dawne tradycje i zwyczaje, jak pojedynkowanie, niewolnictwo w czasach kolonialnych czy chińską tradycję wiązania stóp (A. Appiah, *The Honor Code: How Moral Revolutions Happen,* W.W. Norton & Company 2011). Jego zdaniem „moralna rewolucja", skutkująca eliminacją opisanych zwyczajów, była efektem zbiorowego potępienia poszczególnych praktyk (ang. *collective shaming*) przez członków zbiorowości, w których dane tradycje były kultywowane.

4 Dla przykładu, zgodnie z danymi statystycznymi opublikowanymi przez Narodowe Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy Honorowej (LEC EGG, Holandia), w większości z przeanalizowanych w Centrum spraw – od około 66% (2013) do 50% (2015) – żadna ze stron (ofiara lub sprawca) nie była z pochodzenia autochtonem. Źródło: *Terugblik Op 2013. Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, Haga 2013, s. 28. *Terugblik Op 2015. Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, Haga 2015, s. 28.

5 Przez sposób ramowania przemocy „honorowej" rozumiem posługiwanie się w polityce publicznej określonym rozumieniem przemocy „honorowej", przejawiającym się głównie w przyjętej definicji problemu, prowadzącym do określonego ujmowania przyczyn zjawiska, reakcji organów państwa oraz stosowanych rozwiązań (ang. *framing*).

6 Szerzej zob. m.in.: S.A. Ercan, *Same Problem, Different Solutions: The Case of „Honour Killing" in Germany and Britain* (w:) A.K. Gill, C. Strange, K. Roberts (red.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice,* London 2014, s. 199–217; G. Yurdakul, A. Korteweg, *Gender equality and immigrant integration: Honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany, and Britain,* „Women's Studies International Forum" 2013, nr 41, s. 204–214; R. Reddy, *Gender, Culture and the Law: Approaches to 'Honour Crimes' in the UK*, „Feminist Legal Studies" 2008, vol. 16, s. 305–321.

w Niemczech i w Wielkiej Brytanii stanowią dwa przeciwstawne paradygmaty[7]. Jeżeli w wybranych krajach rozumienie opisywanego problemu rzeczywiście różni się już na poziomie podstawowych założeń, powstaje pytanie o przyczyny tych różnic. Analiza tej kwestii pozwoli na udzielenie odpowiedzi na główne pytanie badawcze. Nie sposób jednak rozpocząć rozważań bez zdefiniowania opisywanego zjawiska.

Zgodnie z definicją zawartą w rezolucji 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy przez przemoc „honorową" należy rozumieć „wszelkie formy przemocy wobec kobiet i dziewcząt, popełniane w imię tradycyjnych norm honoru, stanowiące poważne naruszenie podstawowych praw człowieka".

Definicje przemocy „honorowej"

W literaturze definicje przemocy „honorowej" dzieli się na dwie kategorie: proste – jednoczynnikowe – i złożone – wieloczynnikowe[8]. Kryterium rozstrzygającym podział jest wielość dominujących czynników użytych przy opisywaniu definiowanego zjawiska.

Zgodnie z definicją zawartą w rezolucji 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy[9], przez przemoc „honorową" należy rozumieć „wszelkie formy przemocy wobec kobiet i dziewcząt, popełniane w imię tradycyjnych norm honoru, stanowiące poważne naruszenie podstawowych praw człowieka. Taka przemoc może przybrać różne postaci, takie jak zabójstwo „honorowe", napaść, tortury, ograniczenie swobody zrzeszania się, zniewolenie, pozbawienie wolności, ingerencja w wybór partnera"[10]. W tym ujęciu dominującym czynnikiem opisującym przemoc „honorową" jest przejawiająca się w tradycyjnych normach honoru nierówność płci, prowadząca do różnych form przemocy wobec kobiet. Przemoc wobec mężczyzn nie została uwzględniona w zakresie definicji, choć jednocześnie nie określono w sposób bezpośredni płci sprawców. Takie ujmowanie przemocy „honorowej" można zaliczyć do definicji jednoczynnikowych. Zwolennicy tego podejścia zakładają, że możliwe jest wyodrębnienie jednego, dominującego elementu, determinującego występowanie zjawiska przemocy „honorowej"[11]. Takim czynnikiem może być określona kultura, religia, płeć, ale także patriarchalne wzorce społeczne[12]. Prostota tych teorii jest równocześnie ich podstawową wadą, bowiem problem przemocy „honorowej" jest zbyt złożony i skomplikowany, aby scharakteryzować go przy użyciu jednego czynnika. Przemoc „honorowa" występuje (i występowała) zarówno wśród społeczności muzułmańskich, jak i sikhijskich, hinduskich, chrześcijańskich czy żydowskich. Wprawdzie zgodnie z danymi statystycznymi w skali całego świata 91%

7 S.A. Ercan, *Same Problem…*, dz. cyt.

8 K. Roberts, *Towards a Psychologically Oriented Motivational Model of Honour-Based Violence* (w:) A.K. Gill, C. Strange, K. Roberts (red.), *'Honour Killing and Violence…*, dz. cyt, s. 71–78.

9 Rezolucja 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 26 czerwca 2009 roku, 1681 (2009).

10 Tamże, tłum. własne autorki.

11 K. Roberts, *Towards…*, dz. cyt., s. 71.

12 W tym kontekście przemoc „honorowa" jest wynikiem męskiej dominacji i chęci kontrolowania kobiecego zachowania. Szerzej: R. Reddy, *Gender…*, dz. cyt., s. 308.

sprawców zabójstw „honorowych" to muzułmanie[13], nie usprawiedliwia to jednak ścisłego powiązania tego rodzaju przemocy z jedną religią. Podobnie jak inne dominujące religie islam nie jest monolitem, a wyznawcy tej wiary działają w obrębie wielu zwyczajowych porządków. Podobnie przedstawia się kwestia utożsamiania działania motywowanego honorem wyłącznie z przemocą wobec kobiet, bowiem w zależności od regionu i dobranej próby badawczej, od 7 do 43% ofiar przemocy „honorowej" to mężczyźni[14]. Co więcej, żadna z takich teorii nie objaśnia w sposób satysfakcjonujący specyfiki szczególnie pojmowanego honoru, stającego się motywacją działania sprawcy.

Przykładem złożonych teorii, odnoszących się do przemocy „honorowej", jest podjęta przez Karla Robertsa próba opisania przemocy „honorowej" przy użyciu modelu motywacyjnego opartego na teorii planowanego zachowania (ang. *theory of planned behaviour*). W tym ujęciu określone działanie (albo zaniechanie) jednostki jest motywowane trzema rodzajami przekonań – behawioralnymi, normatywnymi i kontrolnymi. Przez przekonania behawioralne należy rozumieć ocenę rezultatów ewentualnego zachowania. Druga kategoria przekonań – normatywnych – odwołuje się do wyobrażenia jednostki na temat tego, jakie zachowanie jest pożądane przez innych, a trzecia – kontrolnych – do osądu własnych możliwości i zdolności do realizacji zamierzeń. W sytuacji gdy splot wszystkich czynników sprawi, że jednostka uzna, iż dane zachowanie jest związane z osiągnięciem korzyści, jest pożądane przez innych i jest możliwe do przedsięwzięcia, istnieje duża szansa, że postąpi w określony sposób. Nasilenie poszczególnych czynników wpływa na stopień prawdopodobieństwa zachowania. Co za tym idzie, na działanie jednostki (albo jego brak) duży wpływ mają takie uwarunkowania, jak presja otaczającego społeczeństwa czy – z drugiej strony – przekonanie o nieuniknionych, negatywnych konsekwencjach czynu. Skoro tak, odnosząc opisaną teorię do badanego zjawiska, można wysunąć wniosek, że skala prawdopodobieństwa popełnienia przemocy „honorowej" jest związana z przeżyciami potencjalnego sprawcy i nasileniem poszczególnych bodźców, w szczególności presji ze strony otoczenia, w tym członków najbliższej rodziny[15]. Taka teoria jest złożona, niemniej jednak aktualna względem każdego działania społecznego i nie pozwala na udzielenie pełnej odpowiedzi na pytanie o pochodzenie norm nakazujących popełnienie przemocy „honorowej". Duże wątpliwości budzi również poprawność samego podziału rodzajów przekonań, bowiem przekonania kontrolne – zakładające standard porównania – są jednocześnie normatywne, a także skupiają się na jednostce jako sprawcy czynu, podczas gdy najczęściej wymienianą cechą przemocy „honorowej" jest jej kolektywny charakter.

Wskazane definicje nie wyczerpują pełni proponowanych ujęć analizowanego problemu, jednak ze względu na obszerność tematyki i brak ścisłego związku z badaną problematyką, szczegółowy opis pozostałych teorii nie jest przedmiotem niniejszego artykułu.

Podsumowując tę część rozważań, w najogólniejszym ujęciu pojęcie przemocy „honorowej" obejmuje swoim zakresem czyny popełniane w celu przywrócenia utraconego honoru lub zapobieżenia jego utracie. Taka definicja ma charakter generalny i odnosi się do szerokiego katalogu zjawisk. Doprecyzowanie jej znaczenia wymaga wyjaśnienia, jak należy rozumieć specyficznie pojmowany „honor" będący motywacją działania sprawców.

W polityce publicznej państw określenie definicji, a przez to wyznaczenie zakresu spraw zaliczanych do kategorii przemocy „honorowej", jest zadaniem organów władzy publicznej. Przedmiotem dalszej części artykułu jest analiza polityki publicznej i sposobu ramowania przemocy „honorowej" w dwóch krajach europejskich – w Wielkiej Brytanii i w Niemczech.

Zarówno w Niemczech, jak i w Wielkiej Brytanii przemoc „honorowa" występuje wśród społeczności imigranckich, wywodzących się głównie z Turcji, Bliskiego Wschodu i Południowej Azji[16]. W samej Wielkiej Brytanii odnotowuje się około 3000 przypadków

13 P. Chesler, *Worldwide Trends in Honor Killings*, http://www.meforum.org/2646/worldwide-trends-in-honor-killings (dostęp 10.01.2016).

14 K. Roberts, *Towards…*, dz. cyt., s. 71.

15 Tamże, s. 74–78.

16 *Honor Violence West Factsheet,* http://www.honordiaries.com/wp-content/uploads/2013/06/HD-FactSheet-Honor-ViolenceWest.pdf (dostęp 12.01.2016).

przemocy „honorowej" rocznie, w tym 12 zabójstw[17]. Szacuje się jednak, że ze względu na specyficzne cechy owej przemocy, takie jak społeczne przyzwolenie dla sprawców czy silne poczucie wstydu i strach przed upublicznieniem odczuwanej hańby, liczba ta jest zaniżona[18]. Według danych statystycznych skala problemu w Niemczech jest podobna[19]. Analiza przypadków zaliczonych w obu krajach do przemocy „honorowej" pozwala na stwierdzenie, że pomimo różnic definicyjnych zarówno niemiecka, jak i brytyjska polityka publiczna odnosi się do tego samego zjawiska.

Na obecny kształt niemieckiego rozumienia zjawiska przemocy „honorowej" szczególny wpływ miała debata publiczna tocząca się w 2005 roku po pierwszym z nagłośnionych zabójstw „honorowych" – sprawy Hatun Sürücü, Niemki kurdyjskiego pochodzenia.

Polityka publiczna przeciwdziałania przemocy „honorowej" w Niemczech

Na obecny kształt niemieckiego rozumienia zjawiska przemocy „honorowej" szczególny wpływ miała debata publiczna tocząca się w 2005 roku po pierwszym z nagłośnionych zabójstw „honorowych" – sprawy Hatun Sürücü, Niemki kurdyjskiego pochodzenia. W literaturze często podkreśla się, że w mediach i w wypowiedziach polityków przemoc „honorowa" została przedstawiona przede wszystkim jako konsekwencja współistnienia obok siebie „równoległych społeczności"[20] oraz nierozwiązywalnych różnic między imigrantami a społeczeństwem przyjmującym, dotyczących takich sfer, jak styl życia czy postrzeganie roli kobiet[21]. Selen Ercan uważa, że takie ujęcie problemu przemocy „honorowej" było uwarunkowane szczególnym kontekstem społeczno-politycznym, w którym postrzegano imigrantów przez pryzmat niepowodzenia ich integracji z niemieckim społeczeństwem przyjmującym[22]. Istnienie „równoległych społeczności" zostało uznane za poważne zagrożenie dla podstaw niemieckiego prawa, a debata publiczna została zredukowana do sprzeczności między wartościami dominującymi w Niemczech i wśród imigrantów[23]. Podobny wniosek płynie z badań przeprowadzonych przez Annę Korteweg i Gökçe Yurdakul[24].

17 Tamże.

18 Szerzej: C. Eshareturi, C. Lyle, A. Morgan, *Policy Responses to Honor-Based Violence: A Cultural or National Problem?*, „Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma" 2014, nr 23, s. 370.

19 *Honor Violence West Factsheet*, dz. cyt.

20 S.A. Ercan, *Same Problem…*, dz. cyt., s. 202.

21 Szerzej: S.A. Ercan, *Creating and Sustaining Evidence for „Failed Multiculturalism": The Case of „Honor Killing" in Germany*, „American Behavioral Scientist" 2015, vol. 59, nr 6, s. 658–678; tenże, *Same Problem…*, dz. cyt.; A. Korteweg, G. Yurdakul, *Islam, gender, and immigrant integration: boundary drawing in discourses on honour killing in the Netherlands and Germany*, „Ethnic and Racial Studies" 2009, vol. 32, nr 2, s. 218–238; A. Korteweg, G. Yurdakul, *Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence. A Critical Analysis of Media and Policy Debates in Western Europe and North America*, publikacja Instytutu Badawczego Narodów Zjednoczonych dla Rozwoju Społecznego 2010, http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpPublications)/E61F80827BF3409FC1257744004DC465?OpenDocument (dostęp 10.06.2016).

22 S.A. Ercan, *Same Problem…*, dz. cyt., s. 201–202.

23 Tamże.

24 A. Korteweg, G. Yurdakul, *Islam…*, dz. cyt.

Autorki przeanalizowały artykuły prasowe z 2005 roku, ukazujące się w gazetach reprezentujących całe spektrum niemieckiej sceny politycznej. W większości artykułów ukazano sprawców przemocy „honorowej" jako osoby etnicznie lub kulturowo odmienne od większości społeczeństwa, wyjaśniając występowanie opisywanego zjawiska przez pryzmat etniczności lub kultury mniejszości imigranckich, niezdolnych do integracji ze społeczeństwem przyjmującym.

Wskazany sposób ramowania przemocy „honorowej" znalazł swoje odzwierciedlenie w działaniach organów rządowych oraz policji. W raporcie Federalnego Biura Policji Kryminalnej (*Bundeskriminalamt*) z 2005 roku zdefiniowano zabójstwa „honorowe" jako „zabójstwa popełniane w kontekście własnej rozszerzonej rodziny, motywowane wypełnieniem domniemanych kulturowych obowiązków, w celu służenia honorowi rodziny"[25]. W tym ujęciu czynnikiem determinującym występowanie przemocy „honorowej" jest kultura sprawców, będąca źródłem określonych wzorców postępowania. Raport zawierał wnioski płynące z analizy 70 zabójstw, popełnionych w latach 1996–2005. Jego autorzy podkreślili, że liczba badanych spraw mogłaby ulec zmianie w zależności od sposobu sformułowania definicji.

Zebranie szczegółowych danych na temat całokształtu niemieckiej polityki publicznej utrudnia federacyjny charakter kraju. Pomimo tego, że nadrzędną rolę pełni prawo ogólnokrajowe, część rozwiązań jest wprowadzana i realizowana na poziomie lokalnym. Brak koordynacji prowadzi do dużych różnic w działaniach podejmowanych w poszczególnych landach. W niektórych z nich przemoc „honorowa" w ogóle nie jest przedmiotem polityki władz regionalnych, w innych odgrywa rolę marginalną. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługują Północna Nadrenia-Westfalia oraz Hessen, jako ośrodki prowadzące aktywną politykę przeciwdziałania przemocy „honorowej", zwłaszcza w porównaniu do pozostałych regionów kraju. W Północnej Nadrenii-Westfalii Rada Prewencji Kryminalnej (*Kriminalpräventiver Rat*) przeprowadziła serię projektów opartych na współdziałaniu organizacji pozarządowych, przedstawicieli różnych władz, członków organizacji imigranckich oraz uczestników istniejących struktur sieciowych, których efektem było opracowanie broszury dotyczącej przemocy „honorowej" oraz przymusowych małżeństw. W publikacji, zawierającej podsumowanie informacji zdobytych w trakcie realizowania wspomnianych projektów, podkreślono trudności definicyjne związane z tym, że „honor patriarchalny", będący motywacją działania sprawców przemocy „honorowej", znacznie różni się od „honoru" w potocznym rozumieniu tego słowa[26]. Z kolei rząd w Hessen w 2006 roku zadecydował o podjęciu działań mających na celu prewencję przemocy „honorowej" i ochronę ofiar. Wśród proponowanych rozwiązań postulowano między innymi organizację szkoleń dla nauczycieli, opracowanie planów interwencji kryzysowej, a także dystrybucję materiałów informacyjnych. W 2009 roku Sieć Przeciwko Przemocy (*Netzwerk gegen Gewalt*), międzyministerialna jednostka działająca przy rządzie, wydała specjalną publikację dotyczącą przemocy „honorowej". W 2011 roku Ministerstwo Kultury opublikowało broszurę skierowaną do szkół i nauczycieli. Zawarto w niej dane na temat przemocy „honorowej" uzyskane po przeanalizowaniu 24 spraw poważnych gróźb karalnych, w tym gróźb dotyczących pozbawienia życia, odnotowanych od 2005 do 2007 roku. Celem broszury było uwrażliwienie nauczycieli na potencjalne symptomy przemocy „honorowej", w tym przymusowych małżeństw, oraz przekazanie instrukcji o sposobach omawiania tych tematów na forum klasy[27].

Przemoc „honorowa" jest lub była obiektem zainteresowania władz lokalnych również w niektórych z pozostałych landów, w tym w Berlinie i w Hamburgu, jednak głównie w kontekście przymusowych małżeństw.

Podsumowując tę część rozważań, ze względu na trudności definicyjne i kontrowersje towarzyszące przemocy „honorowej", w większości landów unika się posługiwania się tym pojęciem. Najczęściej struktury walki z przemocą „honorową" są włączone w istniejącą infrastrukturę zapobiegania przymusowym

25 *Country Report Flying Team: Germany,* https://www.movisie.com/sites/www.movisie.com/files/files/documenten_projecten/German%20Country%20Report_FT%20against%20Violence.pdf, s. 13 (dostęp 15.04.2016).

26 Tamże, s. 35.

27 Tamże, s. 31.

małżeństwom, które stanowią główny obiekt zainteresowania władz zarówno na szczeblu regionalnym, jak i ogólnokrajowym. W konsekwencji o przemocy „honorowej" mówi się najczęściej albo w kontekście przymusowych małżeństw (na przykład w Badenii-Wirtembergii), albo jednej z form opisywanej przemocy – zabójstw „honorowych". Co więcej, zdarza się, że dopiero na etapie realizacji różnego rodzaju projektów okazuje się, że przeciwdziałanie przemocy „honorowej" jest niejako efektem ubocznym strategii walki z innymi niepożądanymi zjawiskami. Nie wprowadzono skoordynowanej, ogólnokrajowej strategii walki z przedmiotowym zjawiskiem jako wyłącznym obiektem zainteresowania organów państwa. Pomimo tego, że w Niemczech statystycznie jest popełnianych ponad 20 zabójstw „honorowych" rocznie[28], działania nakierowane na walkę z tym rodzajem przemocy mają charakter marginalny.

Polityka publiczna w Wielkiej Brytanii

Brytyjska polityka przeciwdziałania przemocy „honorowej" jest znacznie bardziej złożona niż polityka niemiecka i różni się od niej już na poziomie podstawowych założeń. Ze względu na obszerność tematyki poniższy opis zostanie ograniczony do wybranych, najważniejszych działań, jednocześnie jednak w pełni odzwierciedlających tendencje aktualne w opisywanym okresie.

Przedstawiciele metropolitalnej policji po raz pierwszy posłużyli się określeniem „zabójstwo honorowe" po nagłośnieniu sprawy zabójstwa Heshu Yones z 2002 roku[29]. Zorganizowano specjalne seminaria, których celem było przedyskutowanie problemu zabójstw „honorowych" z przedstawicielkami środowisk kobiecych, reprezentantami poszczególnych społeczności oraz przywódcami religijnymi[30]. W ramach działalności instytucjonalnej policji utworzono specjalną grupę roboczą, w całości poświęconą kwestii zabójstw „honorowych" (*Metropolitan Police Working Group on Honour Killing*)[31]. Początkowo, podobnie jak w Niemczech, podkreślano rolę kultury jako czynnika wyjaśniającego występowanie przemocy „honorowej". Z czasem strategia walki z opisywanym zjawiskiem została włączona we wcześniej istniejące struktury, mające na celu zwalczanie przemocy domowej[32]. Za wprowadzeniem takiego rozwiązania przemawiało wiele argumentów, również natury ekonomicznej. Koszty walki z przemocą „honorową" przy wykorzystaniu zastanej infrastruktury były niższe niż tworzenie od podstaw nowego systemu prewencji i ścigania sprawców[33]. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych zmieniło funkcjonującą definicję przemocy domowej, uwzględniając wśród sprawców członków dalszej rodziny, tak aby poszerzyć zakres branych pod uwagę spraw o przemoc „honorową" oraz małżeństwa przymusowe[34]. Inną przesłanką zmiany sposobu ramowania opisywanego zjawiska była chęć uniknięcia stygmatyzacji członków mniejszości

Najczęściej sposoby walki z przemocą „honorową" są włączone w istniejącą infrastrukturę zapobiegania przymusowym małżeństwom.

28 W Niemczech funkcjonuje prywatna strona internetowa poświęcona odnotowywaniu przypadków przemocy „honorowej" – *Ehrenmord*, http://ehrenmord.de/doku/doku.php (dostęp 10.05.2016).

29 H. Siddiqui, *'There is no „honour" in domestic violence', only shame!' Women's struggles against 'honour' crimes in the UK* (w:) L. Welchman, S. Hossain (red.), *'Honour'. Crimes, paradigms and violence against women*, London 2005, s. 269.

30 Tamże, s. 269–270.

31 Grupa Robocza Policji Metropolitarnej ds. Zabójstw Honorowych. Tamże, s. 270.

32 C. Eshareturi, C. Lyle, A. Morgan, *Policy…*, dz. cyt., s. 374.

33 Tamże, s. 375.

34 H. Siddiqui, *'There is…*, dz. cyt., s. 275.

etnicznych i religijnych oraz przedstawienie przemocy „honorowej" jako problemu całego społeczeństwa, nieograniczonego do konkretnych grup.

Z czasem okazało się, że taki sposób ujmowania przemocy „honorowej" w polityce organów publicznych może prowadzić do nieprawidłowej reakcji organów i niewykrycia realnego zagrożenia. Przemoc „honorową" wyróżnia szereg specyficznych cech, takich jak kolektywny charakter, szczególna motywacja działania sprawców, społeczne przyzwolenie dla popełnionego czynu w obrębie rozszerzonej rodziny i otaczającej społeczności[35]. Brak ich znajomości i strach przed oskarżeniem o rasizm doprowadziły do licznych nieprawidłowości w postępowaniu organów ścigania w przypadku zabójstwa „honorowego" Banaz Mahmod, Brytyjki kurdyjskiego pochodzenia. W raporcie *Independent Police Complaints Commission*[36] (dalej: IPCC) z 2008 roku stwierdzono, że działanie sił policyjnych cechował brak świadomości wpływu czynników kulturowych na przemoc domową i jego możliwe skutki. IPCC zaleciła, aby organy policyjne zwróciły uwagę na to, że przemoc „honorowa" jest zjawiskiem bardziej powszechnym, niż uważano pierwotnie, przekraczającym granice kulturowe. Skoro tak, zarekomendowano rozwój współpracy z przedstawicielami mniejszości, a także weryfikację oraz zmianę polityki odnoszącej się do przemocy domowej i kwestii kulturowych[37]. ACPO (*Association of Chief Police Officers*), organ odpowiedzialny za formułowanie programów działań policyjnych na terenie Anglii, Walii i Irlandii Północnej, w 2008 roku wprowadził *Honour Based Violence Strategy*[38], strategię mającą na celu zapewnienie pomocy potencjalnym i faktycznym ofiarom przemocy „honorowej", a także doprowadzenie sprawców przed organy sprawiedliwości. W publikacji stanowiącej podsumowanie założeń Strategii przemoc „honorowa" została zdefiniowana jako „przestępstwo lub zdarzenie, które jest lub może być dokonane w celu ochrony lub obrony honoru rodziny lub społeczności"[39]. Sama definicja jest sformułowana w sposób neutralny, jednak w dalszej części Strategii doprecyzowano, że opisywane zjawisko jest formą przemocy domowej. Podobnie jak w raporcie IPCC jednocześnie jednak podkreślono, że motywacją działania sprawców prze-

Przemoc „honorową" wyróżnia szereg specyficznych cech, takich jak kolektywny charakter, szczególna motywacja działania sprawców, społeczne przyzwolenie dla popełnionego czynu w obrębie rozszerzonej rodziny i otaczającej społeczności.

35 Szerzej: J. Janssen, *Your Honour or Your Life?*, Haga 2009, s. 59–62; *Flying Team Against Violence. Combating Honor Related Violence, Forced Marriage and Abandonment*, MOVISIE, Utrecht 2012, s. 6.

36 Raport IPCC (Niezależnej Komisji ds. Skarg na Policję), *Independent Investigation – Executive Summary. Contact between Banaz Mahmod and the Metropolitan Police Service and West Midlands Police September 2005 – January 2006* (Niezależne Śledztwo – Podsumowanie. Kontakty między Banaz Mahmod a Policją Metropolitalną oraz w West Midlands między wrześniem 2005 a styczniem 2006), dostępny pod adresem https://www.ipcc.gov.uk/investigations/banaz-mahmood-metropolitan-police-service-and-west-midlands-police (dostęp 12.01.2016).

37 Tamże, s. 12–13.

38 *Honour Based Violence Strategy* (Strategia dot. Przemocy Honorowej), http://www.talk2someone.org.uk/CHttpHandler.ashx?id=4657&p=0, (dostęp 27.01.2016).

39 Tamże, s. 5.

mocy „honorowej" jest chęć zachowania zgodnego z tradycją lub kulturą danej społeczności.

Opisana zmiana sposobu ramowania przemocy „honorowej" znalazła swoje odzwierciedlenie w późniejszych działaniach rządu. W planie rządowym zatytułowanym *Call to End Violence Against Women and Girls: Action Plan*[40] z 2011 roku, będącym częścią projektu realizowanego od 2010 roku, wyszczególniono przemoc „honorową" jako formę przemocy wobec kobiet, jednocześnie podkreślając, że przemoc ze względu na płeć nie jest ograniczona tylko do konkretnych grup ekonomiczno-społecznych czy społeczności. Głównym czynnikiem ryzyka jest samo bycie kobietą, jednakże nie można pominąć faktu, że wiek, niepełnosprawność, pochodzenie etniczne, religia, orientacja seksualna i kultura również odgrywają rolę. Co za tym idzie, uznano możliwość wpływu kultury czy pochodzenia etnicznego na występowanie różnego rodzaju form przemocy, w tym przemocy „honorowej". Pomimo tej zauważalnej zmiany, w dalszym ciągu dominującym czynnikiem determinującym występowanie przemocy „honorowej" była nierówność płci. Z czasem sytuacja uległa zmianie. W planie rządowym z 2014 roku[41], będącym kontynuacją realizowanego od 2010 projektu, odniesiono się do przemocy „honorowej" niemalże wyłącznie w kontekście przymusowych małżeństw i FGM[42], a zatem podobnie jak w Niemczech. W tym ujęciu sama przemoc „honorowa", jako specyficzny rodzaj przemocy, zaczęła odgrywać rolę marginalną.

Pomimo opisanych zmian przemoc „honorowa" nadal jest obiektem zainteresowania różnego rodzaju organów państwowych. W grudniu 2015 roku HMIC (*Her Majesty's Inspectorate of Constabulary*), inspektorat zajmujący się oceną działania brytyjskich sił policyjnych, wydał raport zatytułowany *The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes*[43], poświęcony krytycznej analizie reakcji policji na przemoc „honorową", przymusowe małżeństwa i FGM. W tym samym czasie ukazała się zrewidowana strategia walki z przemocą „honorową", opracowana przez Krajową Radę Komendantów Policji (*National Police Chief's Council,* dalej również NPCC), zatytułowana *Honour-based Abuse, Forced Marriage and Female Genital Mutilation: a Policing Strategy for England, Wales & Northern Ireland – Eradicating Honour-based Abuse, Forced Marriage and Female Genital Mutilation Together*[44]. Opisywana strategia, opracowana na lata 2015–2018, jest kontynuacją prac ACPO z 2008 roku. Zawarta w niej definicja przemocy „honorowej" różni się od definicji opracowanej w 2008 roku. Twórcy strategii posłużyli się określeniem „abuse"[45], a więc pojęciem szerszym znaczeniowo niż dotychczas stosowane „violence" (przemoc). Takie sformułowanie miało na celu zwiększenie spektrum spraw zaliczanych do kategorii przemocy „honorowej". W strategii tej podkreślono, że ofiarami przemocy „honorowej" są zarówno kobiety, jak i mężczyźni oraz dzieci. Stwierdzono, że źródłem opisywanego zjawiska są płynące z określonej tradycji wyobrażenia na temat patriarchatu, przedmiotowej roli kobiet oraz wzorców akceptowanego postępowania, a przemoc „honorowa" nie jest zjawiskiem tożsamym z przemocą domową. Czynnikiem odróżniającym obie kategorie jest kolektywny charakter przemocy „honorowej"[46]. Jednocześnie jednak zaakcentowano, że czynnikiem determinującym występowanie przemocy „honorowej", obok nierówności płci, jest przede wszystkim kultura, a nie religia sprawców.

Co za tym idzie, obecnie przemoc „honorowa" nie jest już zaliczana do ogólnej kategorii przemocy do-

40 *Wezwanie do zakończenia przemocy wobec kobiet i dziewcząt: plan działania,* HM Government, marzec 2011.

41 *Wezwanie do zakończenia przemocy wobec kobiet i dziewcząt: plan działania*, HM Government, marzec 2014.

42 *Female Genital Mutilation*, okaleczanie żeńskich narządów płciowych.

43 *Głębie dyshonoru: ukryte głosy i hańbiące przestępstwa,* https://www.justiceinspectorates.gov.uk/hmic/wp-content/uploads/the-depths-of-dishonour.pdf (dostęp 28.01.2016).

44 *Przemoc honorowa, małżeństwa przymusowe i obrzezanie kobiet: Strategia dla Anglii, Walii i Północnej Irlandii – wspólne zwalczanie przemocy honorowej, przymusowych małżeństw i obrzezania kobiet*, http://www.npcc.police.uk/Publication/Final%20NPCC%20HBA%20strategy%202015%202018December%202015.pdf (dostęp 15.05.2016), dalej również: Strategia.

45 Pojęcie „abuse" (ang.) ma wiele znaczeń, na przykład nadużywanie, maltretowanie, znęcanie się, krzywdzenie, wykorzystywanie, znieważanie, złe traktowanie, wyzywanie.

46 *Przemoc honorowa, małżeństwa przymusowe i obrzezanie kobiet…*, dz. cyt., s. 14.

mowej lub uznawana wyłącznie za przemoc wobec kobiet. W polityce publicznej państwa podkreśla się specyficzne cechy opisywanego zjawiska, pozwalające na jego odróżnienie od innych rodzajów przemocy. Choć położono nacisk na kulturowe uwarunkowanie przemocy „honorowej", w dalszym ciągu jest ona uznawana za problem społeczeństwa jako całości, nieograniczony do konkretnych grup religijnych lub mniejszości etnicznych. Działania podejmowane w Wielkiej Brytanii są koordynowane na poziomie krajowym i oparte na współpracy między organami rządowymi a organizacjami pozarządowymi oraz innymi instytucjami spoza środowisk politycznych.

Choć w Wielkiej Brytanii położono nacisk na kulturowe uwarunkowanie przemocy „honorowej", w dalszym ciągu jest ona uznawana za problem społeczeństwa jako całości, nieograniczony do konkretnych grup religijnych lub mniejszości etnicznych.

Porównanie niemieckiej i brytyjskiej polityki publicznej

Na podstawie przedstawionej analizy można wysunąć wniosek, że niemieckie i brytyjskie działania rządowe skierowane na walkę z problemem przemocy „honorowej" różnią się między sobą. W niemieckiej polityce publicznej skupiono się przede wszystkim na szerokim problemie integracji imigrantów ze społeczeństwem przyjmującym, pomijając węższe zagadnienia, takie jak przemoc „honorowa"[47]. W przeciwieństwie do niemieckich, brytyjskie organy rządowe podjęły szereg działań ukierunkowanych na walkę z przemocą „honorową", nawet jeżeli niektóre z nich były częścią szerszego planu walki z przemocą wobec kobiet. W Niemczech zabrakło ogólnokrajowej strategii koordynowanej na poziomie federalnym. Działania podejmowane w poszczególnych landach były bardzo zróżnicowane, od całkowitego pomijania problemu po pełne zaangażowanie w walkę z nim.

Możliwych przyczyn takiego stanu rzeczy jest wiele. W związku z opisaną tendencją do łączenia opisywanego zjawiska z kulturą mniejszości, z pewnością wpływ na obecną sytuację ma duże zróżnicowanie pod względem geograficznego rozmieszczenia i liczby imigrantów. Ośrodkami o dużym odsetku mieszkańców o pochodzeniu imigranckim są w szczególności największe miasta, takie jak Berlin czy Hamburg. Jak wspomniałam, w tych regionach problem przemocy „honorowej" budzi zainteresowanie władz lokalnych, które podejmują lub popierają różne inicjatywy mające na celu walkę z opisywanym zjawiskiem. Nie zmienia to jednak faktu, że podejmowane działania są bardzo zróżnicowane, a ich koordynacja na szczeblu federacyjnym lub rozwój współpracy na poziomie lokalnym pozwoliłyby na eliminację tych różnic. Taki stan rzeczy byłby pożądany z wielu względów, wśród których najważniejsze znaczenie miałaby wymiana doświadczeń, możliwość poznania prawdopodobnej skali problemu, a także czynników ryzyka przemocy „honorowej" przez porównanie sytuacji i tendencji zauważalnych w poszczególnych landach.

Inna różnica jest związana z rolą organizacji pozarządowych i społeczeństwa obywatelskiego w procesie podejmowania decyzji na szczeblu rządowym. O ile

47 A.C. Korteweg, G. Yurdakul, *Religion*..., dz. cyt., s. 17.

w przypadku Wielkiej Brytanii organizacje takie jak *Southall Black Sisters* czy *Iranian and Kurdish Women Rights Organisation* wzięły udział w konsultacjach podejmowanych działań i miały na nie realny wpływ, o tyle znaczenie niemieckich organizacji pozarządowych dla formalnych procesów decyzyjnych było marginalne[48]. Kwestia ta jest niezwykle istotna, bowiem opisana zmiana sposobu ramowania przemocy „honorowej" w brytyjskiej polityce publicznej na neutralną pod względem kultury jest uznawana za efekt działalności wspomnianych organizacji pozarządowych. Zdaniem Selen Ercan różnice między skalą wpływu społeczeństwa obywatelskiego na politykę publiczną w Niemczech i w Wielkiej Brytanii dotyczą dwóch sfer – instytucjonalnych i dyskursywnych możliwości udziału w procesach decyzyjnych[49]. Rząd brytyjski przeprowadził z organizacjami pozarządowymi szereg konsultacji, uznając ich rolę jako ekspertów w omawianej dziedzinie i podkreślając konieczność współpracy w celu efektywnego przeciwdziałania przemocy „honorowej". W Niemczech zabrakło współdziałania między organami państwa a organizacjami pozarządowymi, które nie miały dostępu do formalnych procesów decyzyjnych. Podejmowane inicjatywy nie wpłynęły na kształt niemieckiej polityki. Uprawnienie do kształtowania sposobu rozumowania i ramowania zjawisk zostało przyznane niemalże wyłącznie partiom politycznym, niezainteresowanym konsultacją swoich założeń z instytucjami spoza środowisk politycznych[50].

Skoro polityka w Niemczech i w Wielkiej Brytanii skierowana przeciwko przemocy „honorowej" jest tak zróżnicowana, powstaje pytanie o przyczyny tych rozbieżności. Poza opisanymi – różnicami dotyczącymi ustroju oraz instytucjonalnej i dyskursywnej możliwości wpływania na procesy decyzyjne przez organizacje pozarządowe i inne instytucje spoza kręgów politycznych – jednym z nasuwających się wniosków jest wpływ samego sposobu postrzegania zjawiska na podejmowane działania. Taka odpowiedź nie jest jednak w pełni satysfakcjonująca, bowiem nie wyjaśnia innej, podstawowej kwestii – jakie czynniki spowodowały, że to właśnie takie, a nie inne ujęcie problemu jest dominujące w danym państwie. Innymi słowy, jeżeli – powtarzając za S. Ercan – na niemiecką debatę publiczną odnoszącą się do przemocy „honorowej" oddziaływała ówczesna sytuacja społeczno-polityczna, co zatem ukształtowało tę sytuację? Przed podjęciem próby udzielenia odpowiedzi na tak zadane pytanie przeanalizuję badany problem w szerszym kontekście – polityki integracji wobec imigrantów.

Polityka integracji w Niemczech i w Wielkiej Brytanii

Najogólniej przez „politykę integracji" należy rozumieć wszelkie ujęte w strukturalne ramy działania podejmowane przez organy państwa, które obejmują kwestie związane z różnie rozumianą integracją imigrantów ze społeczeństwem przyjmującym[51]. W zależności od przyjętego modelu polityki integracji, ich cel jest różny. Analizując omawiane zagadnienie, James Hollifield podzielił strategie państw na trzy podstawowe paradygmaty: model asymilacyjny, model pracowników-gości i model mniejszości etnicznych[52]. Model pracowników-gości opiera się na założeniu, że pobyt imigrantów na terenie państwa przyjmujące-

48 S.A. Ercan, *Same problem…*, dz. cyt., s. 211–213. Instytucjonalne możliwości udziału w procesach decyzyjnych dotyczą systemu politycznego oraz struktur ułatwiających albo utrudniających dostęp obywateli do udziału w podejmowaniu decyzji oraz wpływania na procesy decyzyjne. Możliwości dyskursywne dotyczą tego, kto w danej sferze jest uznawany za główną instytucję kształtującą rozumienie i sposób ramowania określonej kwestii (ang. *meaning-making body*).

49 Tamże, s. 211.

50 Tamże, s. 212–213.

51 W literaturze i politykach publicznych państw pojęcie „integracji" ma wiele znaczeń i dotyczy różnych sfer życia społecznego. W najbardziej popularnym ujęciu pod pojęciem integracji należy rozumieć społeczno-kulturową emancypację, partycypację, adaptację albo „dobre obywatelstwo". Polityka integracji obejmuje wiele kwestii, od regulacji dostępu imigrantów do rynku pracy po zasady ich uczestnictwa w życiu politycznym państwa. Szerzej: P. Scholten, *Constructing Dutch Immigrant Policy: Research-Policy Relations and Immigrant Integration Policy-Making in the Netherlands,* „The British Journal of Politics and International Relations" 2011, vol. 13, s. 75–92.

52 R. Włoch, *Polityka integracji muzułmanów we Francji i w Wielkiej Brytanii,* Warszawa 2011, s. 52, za: J. Holifield, *L'immigration et l'Etat-nation à la recherche d'un modèle national,* Paris 1997.

go ma charakter tymczasowy, a skoro tak, to nie ma potrzeby wykształcania stałych struktur uwzględniających pluralizm kulturowy. Pozostałe modele zakładają wcielanie imigrantów do społeczeństwa przyjmującego. Podstawowa różnica dotyczy samego sposobu, w jaki dany proces ma się odbyć – w przeciwieństwie do modelu asymilacyjnego, w modelu mniejszości etnicznych imigranci nie są postrzegani jako jednostki, ale jako członkowie określonych grup etnicznych czy narodowościowych, a ich włączanie do społeczeństwa przyjmującego polega na wcielaniu wspólnot, do których przynależą[53]. W modelu mniejszości etnicznych różnorodność jest wartością, a współistniejące obok siebie grupy etniczne, narodowe lub religijne tworzą wielokulturową całość. Przedstawiony podział nie jest już obecnie aktualny, bowiem w ciągu ostatnich lat, zwłaszcza na terenie Holandii, wykształcił się kolejny, czwarty model – tak zwanej integracji obywatelskiej[54], zakładający pełne włączenie imigrantów do społeczeństwa przyjmującego – przyznanie obywatelstwa – pod warunkiem spełnienia przez nich szeregu wymogów, takich jak znajomość języka urzędowego danego państwa, przy jednoczesnym zapewnieniu prawa do zachowania własnej tożsamości kulturowej.

Brytyjski model polityki integracji, przynajmniej do 2011 roku, był klasycznym modelem polityki mniejszości etnicznych. Wskazana cezura jest związana z wypowiedzią brytyjskiego premiera Davida Camerona, który w 2011 roku w czasie swojego oficjalnego wystąpienia odnoszącego się do problemów radykalizacji i przyczyn terroryzmu stwierdził, że „state multiculturalism has failed"[55]. Pomimo złożonej deklaracji polityka integracji w Wielkiej Brytanii nie uległa znacznej zmianie i co do zasady nadal wpisuje się w model mniejszości etnicznych. Jak argumentuje Renata Włoch, ciągłość instytucjonalna brytyjskiej polityki integracji jest uzasadniona „zależnością od szlaku"[56]. Zgodnie z tą koncepcją „historia ma znaczenie" – działania podjęte w przeszłości determinują decyzje podejmowane w przyszłości, stopniowo zmniejszając liczbę potencjalnych opcji wyboru i prowadząc do standaryzacji określonych wzorców[57]. W sferze polityki prowadzonej przez państwo oznacza to, że „instytucje państwowe i stosowane polityki wpływają na przyszłe polityczne wybory, strukturyzują je i ograniczają", a „kiedy państwo lub region obierze pewien kurs, koszty odwrotu są bardzo wysokie"[58].

W Wielkiej Brytanii społeczeństwo jest postrzegane jako harmonijna całość składająca się z różnych, równouprawnionych pod względem podstawowych praw grup społecznych, etnicznych i religijnych. Pomimo ostatnich wydarzeń politycznych, w szczególności wyników referendum oraz poprzedzającej je dyskusji wokół członkostwa Wielkiej Brytanii w strukturach Unii Europejskiej, podnoszone przez brytyjski rząd postulaty dotyczące takich kwestii, jak ograniczenie dostępu imigrantów do świadczeń socjalnych, nie odnoszą się do kwestii zasadniczych, takich jak dostęp do pełni uprawnień płynących z brytyjskiego obywatelstwa[59].

Kierując się koncepcją „ścieżki zależności", przyczyn takiej konstrukcji brytyjskiej polityki integracji należy poszukiwać między innymi w historycznym ukształtowaniu państwowych instytucji. Jak wskazała R. Włoch, „imperialna płaszczyzna brytyjskiej tożsamości narodowej wyrażała się (…) w konstrukcji prawa naturalizacyjnego, uznającego za brytyjskich poddanych wszystkich mieszkańców Imperium. W 1945 roku liczba osób, które mogły powiedzieć o sobie *civis Britannicus sum* wynosiła około 800 milionów. Po II wojnie światowej kilkaset tysięcy z nich skorzystało

53 Tamże.

54 F. Fischler, *Integration Policy Netherlands Country Report*, INTERACT Research Report 2014/15, s. 9, dostępny pod adresem: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32657/INTERACT-RR-2014%20-%2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp 10.08.2016).

55 Z ang. „polityka multikulturalizmu poniosła porażkę", źródło: http://www.bbc.com/news/uk-politics-12371994 (dostęp 29.01.2016).

56 R. Włoch, *Polityka integracji…*, dz. cyt., s. 16. Dalej również: „ścieżka zależności".

57 Zob. szerzej J. Sydow, G. Schreyögg (red.), *The Hidden Dynamics of Path Dependence. Institutions and Organizations*, Palgrave Macmillan 2010.

58 R. Włoch, *Polityka integracji…*, dz. cyt., s. 17.

59 *„No 10 claims 'progress' in UK-EU renegotiation talks"*, http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-35456633 (dostęp 1.02.2016).

ze swoich praw i przybyło na Wyspy w poszukiwaniu pracy, co odebrało sens zabiegom terytorializacji tożsamości narodowej, zwłaszcza że posiadali oni takie same uprawnienia, w tym prawo do osiedlenia się, pracy oraz do głosowania, jak dotychczasowi mieszańcy Zjednoczonego Królestwa"[60]. Co znamienne, sama Wielka Brytania historycznie jest państwem, w którym pod szyldem „brytyjskości" połączono cztery narody o silnym poczuciu narodowej przynależności – Anglików, Szkotów, Walijczyków i Irlandczyków. O aktualności tego narodowościowego podziału i słabości poczucia „brytyjskości" świadczą chociażby niedawne działania separatystyczne Szkotów, takie jak referendum niepodległościowe z 2014 roku. Sposób postrzegania kwestii narodu, „brytyjskości" i charakteru brytyjskiego społeczeństwa miał niewątpliwy wpływ na to, że dyskurs polityczny o istnieniu obok siebie „równoległych społeczności", tak popularny w niemieckiej debacie publicznej odnoszącej się do kwestii przemocy „honorowej", w Wielkiej Brytanii – poza początkowym etapem rozwoju polityki publicznej – miał raczej marginalne znaczenie. Skoro cechą „brytyjskości" jest pluralizm tożsamości, opieranie dyskusji na podziale „my – oni" nie znajdowało swojego uzasadnienia w brytyjskim kontekście społeczno-politycznym.

W przeciwieństwie do strategii przyjętej w Wielkiej Brytanii, początkowo polityka integracji obowiązująca w Niemczech była klasycznym modelem pracowników-gości. Pomimo tego, że imigranci przybywali na teren Niemiec już od lat sześćdziesiątych poprzedniego stulecia, dopiero w wydanej w 2004 roku ustawie (*Zuwanderungsgesetz*) po raz pierwszy stwierdzono, że Niemcy są krajem imigracji[61]. Wcześniej uważano, że imigranci przybywający do Niemiec kierują się celem ściśle zarobkowym, a co za tym idzie, ich pobyt na terytorium kraju ma charakter tymczasowy. Skoro tak, nie dostrzegano konieczności tworzenia stałych struktur, zaspokajających potrzeby wielokulturowego społeczeństwa i długofalowej polityki integracji. Stosowane rozwiązania miały charakter *ad hoc*.

Dyskurs polityczny o istnieniu obok siebie „równoległych społeczności" (tak popularny w niemieckiej debacie publicznej odnoszącej się do kwestii przemocy „honorowej") w Wielkiej Brytanii miał znaczenie raczej marginalne, czego przyczyny można upatrywać głównie w sposobie postrzegania „brytyjskości" i charakteru brytyjskiego społeczeństwa.

Nawiązując do koncepcji „ścieżki zależności", należy wskazać, że w porównaniu z Wielką Brytanią Niemcy nie były potęgą kolonialną, a problem statusu narodowego mieszkańców kolonii miał charakter uboczny. Pojęcie niemieckiego obywatelstwa zostało powiązane z etnicznością[62]. Konsekwencją takiego ujęcia statusu narodowego był utrudniony dostęp imigrantów do

60 R. Włoch, *Polityka integracji…*, dz. cyt., s. 62.

61 S.A. Ercan, *Creating…*, dz. cyt., s. 663.

62 A. Korteweg, G. Yurdakul, *Islam…*, dz. cyt., s. 222.

niemieckiego obywatelstwa, nadawanego w drodze naturalizacji. Ograniczenia dotyczyły nie tylko nowo przybyłych, ale również kolejnych pokoleń imigrantów[63]. Model polityki integracji, w którym imigranci mają dostęp do niektórych sfer życia społecznego, takich jak rynek pracy, natomiast są pozbawieni pełni praw politycznych i obywatelskich, jest określany mianem „zróżnicowanego wykluczenia" (ang. *differential exclusion*)[64]. Z czasem niemiecka polityka integracji uległa pewnemu złagodzeniu, natomiast nigdy nie przekształciła się w pełni w strategię wielokulturowości. Obecne podejście niemieckich organów decyzyjnych wpisuje się w definicję „integracji obywatelskiej" (ang. *civic integration*). Zgodnie z tą koncepcją nadanie pełni praw obywatelskich jest uzależnione od spełnienia szeregu wymogów, takich jak znajomość języka urzędowego danego kraju na określonym poziomie, a także systemu prawnego i norm obowiązujących w społeczeństwie. Taki test wprowadzono również w Wielkiej Brytanii, jednak brytyjskie wymagania są obiektywnie łatwiejsze do spełnienia niż niemieckie[65].

Podsumowując tę część rozważań, można wysunąć wniosek, że model polityki integracji przyjęty w danym państwie jest zależny od historycznego ukształtowania takich kwestii jak konstrukcja obywatelstwa czy relacji między społeczeństwem przyjmującym a imigrantami. W niemieckim kontekście społeczno-politycznym wykształcenie się w debacie publicznej silnego podziału na „my – oni" było – między innymi – konsekwencją tych korelacji. Skoro tak, powstaje pytanie o to, czy opisana zależność wpływa na sposób postrzegania problemu przemocy „honorowej", dominujący w danym państwie, a przez to na stosowane rozwiązania.

Wnioski

Niemiecki i brytyjski sposób ramowania problemu przemocy „honorowej" jest zróżnicowany. Analiza polityki publicznej w obu krajach pozwala na wysunięcie wniosku, że pociąga to za sobą odmienność stosowanych rozwiązań i stopnia zaangażowania organów państwowych w walkę z tym zjawiskiem. W Wielkiej Brytanii, kraju, w którym w związku z przyjętym modelem polityki integracji mniejszości etniczne, religijne i społeczne są co do zasady traktowane jako równouprawnione części składowe harmonijnej całości, przemoc „honorowa" została potraktowana jako problem całego społeczeństwa, a nie poszczególnych wspólnot. Z kolei w Niemczech, państwie, w którym w dyskusji publicznej podkreśla się różnice między społeczeństwem przyjmującym a imigrantami, skutkujące powstaniem „równoległych społeczności", przemoc „honorowa" została ujęta jako problem określonych mniejszości etnicznych lub religijnych. W konsekwencji brytyjskie organy rządowe zaangażowały się intensywnie w walkę z tym problemem, jednocześnie jednak włączając podejmowane działania w strategie walki z przestępczością „neutralną" etnicznie lub kulturowo. W Niemczech zabrakło szerokich polityk skierowanych przeciwko przemocy „honorowej", a w stosowanych rozwiązaniach podkreślano etniczny lub religijny charakter tego rodzaju przestępczości.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie przeprowadzonej analizy można wysunąć wniosek, że przyjęta w danym kraju polityka integracji – zależna od szerszego kontekstu i historycznego ukształtowania różnych instytucji państwa – jest jednym z czynników wpływających na sposób ramowania problemu przemocy „honorowej", a przez to na podejmowane działania. Pociąga to za sobą liczne konsekwencje. Jedną z nich jest problem upolitycznienia przemocy „honorowej". Kwestie dotyczące imigrantów znajdują się w centrum zainteresowania organów państwa, zwłaszcza w kontekście obecnego kryzysu migracyjnego. Pomimo „ścieżki zależności" polityki integracji, nie sposób pominąć faktu, że na poszczególne stosowane rozwiązania duży wpływ ma strategia aktualnie rządzącej siły politycznej. Taki stan rzeczy grozi brakiem stałości podejmowanych działań.

Inny problem jest związany z tym, że zarówno brytyjskie, jak i niemieckie ujęcie przemocy „hono-

63 J.P. Haisken-DeNew, M. Sinning, *Social Deprivation and Exclusion of Immigrants in Germany*, 2007, http://ftp.iza.org/dp3153.pdf (dostęp 2.02.2016).

64 A. Rudiger, S. Spencer, *Social Integration of Migrants and Ethnic Minorities. Policies to Combat Discrimination*, OECD, 2003, http://www.oecd.org/migration/mig/15516956.pdf (dostęp 2.02.2016).

65 Patrz: http://www.bamf.de/EN/Einbuergerung/InDeutschland/indeutschland-node.html oraz https://www.gov.uk/becoming-a-british-citizen/check-if-you-can-apply (dostęp 2.02.2016).

rowej" wpisuje się w nurt teorii jednego czynnika. Jak wspomniałam, takie teorie są zbyt wąskie. Choć przemoc „honorowa" występuje wśród społeczności o patriarchalnych wzorcach społecznych, wpisanie jej w neutralne etnicznie ramy „przemocy ze względu na płeć" prowadzi do licznych paradoksów, widocznych chociażby w reakcji służb policyjnych w opisanej sprawie dotyczącej Banaz Mahmod. Z kolei ścisłe powiązanie przemocy „honorowej" z kulturą lub religią określonych społeczności może prowadzić do ich stygmatyzacji i bagatelizacji problemu. Zarówno brytyjskie, jak i niemieckie ujęcie badanej kwestii ma swoje wady i zalety, jednak żadne z nich nie oddaje w pełni charakterystyki przemocy „honorowej". Ze względu na obszerność tematyki kwestia zależności między skutecznością rozwiązań problemu a przyjętą definicją przemocy „honorowej" wymaga osobnego opracowania. Jest to niezwykle istotne, bowiem wąskie ujęcie zagadnienia przemocy „honorowej" dominuje nie tylko w podejściu poszczególnych państw, ale i na szczeblu międzynarodowym. Przykładem może być wspomniana rezolucja 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. Wśród zawartych w niej zaleceń zabrakło rozwiązań odnoszących się do kwestii etniczności i tradycji społeczności czy polityki integracji, za to skupiono się na konieczności zapewnienia edukacji seksualnej i równouprawnienia płci.

Takie podejście jest powielane w pracach niektórych autorów. Gökçe Yurdakul i A. Korteweg stoją na stanowisku, że na nastawienie do kwestii integracji imigrantów ze społeczeństwem i – w konsekwencji – na postrzeganie problemu przemocy „honorowej" dominujący wpływ ma samo rozumienie pojęcia „równości płci"[66]. Autorki wychodzą z założenia, że przemoc „honorowa" jest formą przemocy ze względu na płeć. W tym kontekście dochodzą do wniosku, że idea „równości płci" odgrywa szczególną rolę w marginalizacji społeczności imigranckich, które są postrzegane jako „zacofane" i niezdolne do przyjęcia obowiązujących w danym społeczeństwie norm. Z takim podejściem nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, argumentacja autorek jest oparta na błędnym założeniu. Przyjęte przez nich tezy na temat czynników determinujących występowanie przemocy „honorowej" wpisują się w nurt skrytykowanych przeze mnie teorii jednego czynnika. Po drugie, równość płci jest tylko jednym z wielu aspektów, przez pryzmat których postrzega się „zacofanie imigrantów", zwłaszcza muzułmańskich. Równie kluczowe są takie kwestie, jak stosunek do norm prawnych czy innych zwyczajów społeczeństwa przyjmującego. Na uwagę zasługuje próba powiązania przyjętej definicji przemocy „honorowej" z szerszym kontekstem społeczno-politycznym, zwłaszcza z polityką integracji, jednak autorki ujęły problem w sposób zbyt wąski.

Dla pełnego obrazu analizowanego zagadnienia dalszego rozważenia wymaga kwestia wpływu polityki integracji na sposób postrzegania przemocy

Przyjęta w danym kraju polityka integracji – zależna od szerszego kontekstu i historycznego ukształtowania różnych instytucji państwa – jest jednym z czynników wpływających na sposób postrzegania problemu przemocy „honorowej", a przez to na podejmowane działania.

66 Szerzej na ten temat G. Yurdakul, A. Korteweg, *Gender equality...*, dz. cyt.

„honorowej" i stosowanych rozwiązań w krajach innych niż Niemcy i Wielka Brytania. Jest to szczególnie interesujące w kontekście Holandii, kraju, który w pewien sposób wyłamał się z „zależności od szlaku", przechodząc w przeciągu dziesięcioleci od specyficznego modelu filaryzacji, przez wielokulturowość, po integrację obywatelską. Ponadto powstaje pytanie o to, czy zmiana polityki integracji pociąga za sobą zmianę postrzegania problemu przemocy „honorowej", a także – niejako z drugiej strony – czy możliwe jest oderwanie tych dwóch kwestii przez zmianę przyjętej definicji przemocy „honorowej" bez jednoczesnej zmiany strategii integracji. Opisana problematyka będzie przedmiotem osobnego opracowania.

Na zakończenie warto zaznaczyć, że pomimo tego, iż przedmiotem niniejszego artykułu była kwestia polityk publicznych nakierunkowanych na przeciwdziałanie konkretnemu problemowi – przemocy „honorowej", zasygnalizowane trudności towarzyszące tworzeniu polityk publicznych, takie jak polityzacja czy „zależność od szlaku", mają charakter uniwersalny. Płynąca z doświadczeń niemieckich i brytyjskich konieczność uświadomienia sobie ograniczeń i wielości czynników wpływających na kształt przyjętych rozwiązań, w tym ryzyka trudnej do przezwyciężenia standaryzacji określonych, niekoniecznie efektywnych wzorców, jest cenną wskazówką dla twórców polityk publicznych w innych krajach, w tym także w Polsce.

Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2014–2018 jako projekt badawczy w ramach programu pod nazwą „Diamentowy Grant".

Bibliografia

Appiah A., *The Honor Code: How Moral Revolutions Happen*, W.W. Norton & Company 2011.

Chesler P., *Worldwide Trends in Honor Killings*, http://www.meforum.org/2646/worldwide-trends-in-honor-killings (dostęp 10.01.2016).

Country Report Flying Team: Germany, https://www.movisie.com/sites/www.movisie.com/files/files/documenten_projecten/German%20Country%20Report_FT%20against%20Violence.pdf, s. 13 (dostęp 15.04.2016).

„Ehrenmord", http://ehrenmord.de/doku/doku.php (dostęp 10.05.2016).

Ercan S.A., *Creating and Sustaining Evidence for „Failed Multiculturalism": The Case of „Honor Killing" in Germany*, „American Behavioral Scientist" 2015, vol. 59, nr 6, s. 658–678.

Ercan S.A., *Same Problem, Different Solutions: The Case of „Honour Killing" in Germany and Britain* (w:) A.K. Gill, C. Strange, K. Roberts (red.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, London 2014, s. 199–217.

Eshareturi C., Lyle C., Morgan A., *Policy Responses to Honor-Based Violence: A Cultural or National Problem?*, „Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma" 2014, nr 23, s. 369–382.

Fischler F., *Integration Policy Netherlands Country Report*, INTERACT Research Report 2014/15, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32657/INTERACT-RR-2014%20%2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp 10.08.2016).

Flying Team Against Violence. Combating Honor Related Violence, Forced Marriage and Abandonment, MOVISIE, Utrecht 2012.

Głębie dyshonoru: ukryte głosy i hańbiące przestępstwa, https://www.justiceinspectorates.gov.uk/hmic/wp-content/uploads/the-depths-of-dishonour.pdf (dostęp 28.01.2016).

Haisken-DeNew J.P., Sinning M., *Social Deprivation and Exclusion of Immigrants in Germany*, 2007, http://ftp.iza.org/dp3153.pdf (dostęp 2.02.2016).

Honour Based Violence Strategy (Strategia dot. Przemocy Honorowej), http://www.talk2someone.org.uk/CHttpHandler.ashx?id=4657&p=0 (dostęp 27.01.2016).

Honor Violence West Factsheet, http://www.honordiaries.com/wp-content/uploads/2013/06/HD-FactSheet-HonorViolenceWest.pdf (dostęp 12.01.2016).

IPCC, *Independent Investigation – Executive Summary. Contact between Banaz Mahmod and the Metropolitan Police Service and West Midlands Police September 2005 – January 2006*, https://www.ipcc.gov.uk/investigations/banaz-mahmood-metropolitan-police-service-and-west-midlands-police (dostęp 12.01.2016).

Janssen J., *Your Honour or Your Life?*, Haga 2009.

Korteweg A., Yurdakul G., *Gender equality and immigrant integration: Honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany, and Britain*, „Women's Studies International Forum" 2013, vol. 41, s. 204–214.

Korteweg A., Yurdakul G., *Islam, gender, and immigrant integration: boundary drawing in discourses on honour killing in the Netherlands and Germany*, „Ethnic and Racial Studies" 2009, vol. 32, nr 2, s. 218–238.

Korteweg A.C., Yurdakul G., *Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence. A Critical Analysis of Media and Policy Debates in Western Europe and North*

America, publikacja Instytutu Badawczego Narodów Zjednoczonych dla Rozwoju Społecznego, 2010, http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpPublications)/E61F80827BF3409FC1257744004DC465?OpenDocument (dostęp 10.06.2016).

„*No 10 claims 'progress' in UK-EU renegotiation talks*", http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-35456633 (dostęp 1.02.2016).

Przemoc honorowa, małżeństwa przymusowe i obrzezanie kobiet: Strategia dla Anglii, Walii i Północnej Irlandii – wspólne zwalczanie przemocy honorowej, przymusowych małżeństw i obrzezania kobiet, http://www.npcc.police.uk/Publication/Final%20NPCC%20HBA%20strategy%202015%202018December%202015.pdf (dostęp 15.05.2016).

Reddy R., *Gender, Culture and the Law: Approaches to 'Honour Crimes' in the UK*, „Feminist Legal Studies" 2008, vol. 16, nr 3, s. 305–321.

Rezolucja 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 26 czerwca 2009 roku, 1681(2009).

Roberts K., *Towards a Psychologically Oriented Motivational Model of Honour-Based Violence* (w:) A.K. Gill, C. Strange, K. Roberts (red.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice,* London 2014, s. 69–88.

Rudiger A., Spencer S., *Social Integration of Migrants and Ethnic Minorities. Policies to Combat Discrimination*, OECD, 2003, http://www.oecd.org/migration/mig/15516956.pdf (dostęp 2.01.2016).

Scholten P., *Constructing Dutch Immigrant Policy: Research-Policy Relations and Immigrant Integration Policy-Making in the Netherlands*, „The British Journal of Politics and International Relations" 2011, vol. 13, s. 75–92.

Schreyögg G., Sydow J. (red.), *The Hidden Dynamic of Path Dependence*, Palgrave Macmillan 2011.

Siddiqui H., *'There is no „honour" in domestic violence', only shame!' Women's struggles against 'honour' crimes in the UK* (w:) L. Welchman, S. Hossain (red.), *'Honour'. Crimes, paradigms and violence against women*, London 2005, s. 263–281.

State multiculturalism has failed, says David Cameron, http://www.bbc.com/news/uk-politics-12371994 (dostęp 29.01.2016].

Strona internetowa http://www.bamf.de/EN/Einbuergerung/InDeutschland/indeutschland-node.html (dostęp 2.02.2016).

Strona internetowa https://www.gov.uk/becoming-a-british-citizen/check-if-you-can-apply (dostęp 2.02.2016).

Terugblik Op 2013. Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld, Haga 2013.

Terugblik Op 2015. Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld, Haga 2015.

Wezwanie do zakończenia przemocy wobec kobiet i dziewcząt: plan działania, HM Government, marzec 2011.

Wezwanie do zakończenia przemocy wobec kobiet i dziewcząt: plan działania, HM Government, marzec 2014.

Włoch R., *Polityka integracji muzułmanów we Francji i w Wielkiej Brytanii*, Warszawa 2011.

Ewa Kabza

Zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązku wzajemnej pomocy między małżonkami (art. 27 k.r.o.)

Ewa Kabza

Magister, asystent w Katedrze Prawa Cywilnego i Rodzinnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

The Objective and Subjective Scope of the Marital Duty to Help and Support

The relevant provisions of Article 27 of the Polish Family and Guardianship Code that institute a marital duty to help and support are mandatory and apply "by default," i.e. to each and every marriage, irrespective of the specific matrimonial property regime or other pre-nuptial agreements between husband and wife. The paper explores the scope of this support obligation (both substantive and personal), and considers the impact of the spousal cohabitation status on the support obligation both in Polish and foreign law. Despite being commonly accepted and invoked in both everyday parlance and judicial discourse, several contrasts may be drawn with regard to the duty between family codes in force across European jurisdictions, and the Model Family Code.

Uwagi wprowadzające

Wzajemna pomoc (zarówno o majątkowym, jak i niemajątkowym charakterze) jest najbardziej podstawowym obowiązkiem małżeńskim, niepodlegającym dyspozycji stron, który występuje we wszystkich europejskich uregulowaniach, także w modelowym kodeksie rodzinnym opracowanym przez Komisję Europejskiego Prawa Rodzinnego (CEFL – *Commission on European Family Law*)[1]. Pomimo powszechności obowiązku wzajemnej pomocy, trudno jednak nie dostrzec istotnych różnic w sposobie unormowania chociażby tak podstawowych kwestii jak

1 Zob. art. 1.15 i 1.16 modelowego kodeksu rodzinnego opracowanego przez CEFL: I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code: From a global perspective*, Antwerpen–Oxford 2006, s. 33–36. CEFL jest to organizacja naukowo-badawcza z siedzibą w Utrechcie, założona 1 września 2001 r., która zapoczątkowała prace nad harmonizacją prawa rodzinnego w Europie; więcej: http://ceflonline.net/. Zob. też A. Stępień-Sporek, *Wspólne prawo majątkowe małżeńskie dla Unii Europejskiej*, Gdańsk 2014, s. 186–213.

podmiotowy i przedmiotowy zakres obowiązku współdziałania małżonków w celu zaspokajania potrzeb indywidualnych i wspólnych (potrzeb założonej rodziny).

Celem niniejszego artykułu jest analiza podmiotowego i przedmiotowego zakresu obowiązku z art. 27 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[2] w świetle orzecznictwa sądów polskich z uwzględnieniem wątków prawnoporównawczych.

Zakres podmiotowy przepisu

Przepis art. 27 k.r.o. stanowi, że małżonkowie są obowiązani „przyczyniać się do zaspakajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli". Trzeba na samym początku określić krąg osób wchodzących w skład rodziny w rozumieniu tego przepisu[3].

Po pierwsze, są to bez wątpienia sami małżonkowie, również bezdzietni. I dotyczy to nie tylko małżonka występującego z roszczeniem, ale też zobowiązanego do świadczenia.

Po drugie, przepis ten uprawnia każdego z małżonków do wystąpienia z roszczeniem względem współmałżonka, aby ten przyczyniał się do utrzymywania wspólnych dzieci. Tak więc nie tylko dziecku przysługuje względem każdego z rodziców roszczenie alimentacyjne (art. 133 k.r.o.), lecz także każdy z rodziców – jeżeli pozostaje w związku małżeńskim – ma własne roszczenie względem współmałżonka o przyczynianie się do utrzymywania dziecka[4] („dwutorowość roszczeń"[5]). Są to roszczenia różne, lecz zbieżne ze sobą. Skoro oczywiste jest, że powyższe roszczenie nie jest bezterminowe, należy rozważyć, od jakiej chwili potrzeby dziecka przestają już wchodzić w skład „potrzeb rodziny" w rozumieniu art. 27 k.r.o. Przepis tego artykułu – podobnie jak art. 23 k.r.o. – dotyczy tej rodziny, którą małżonkowie „przez swój związek założyli". Jeżeli więc dziecko zawrze małżeństwo, to jednocześnie „wyjdzie" ono z rodziny założonej przez małżeństwo swych rodziców. Przepisy art. 23 i 27 k.r.o. działają od tej chwili „wewnątrz" nowej rodziny, a nie „na zewnątrz" niej. Tym samym potrzeby tego dziecka nie mieszczą się już w „potrzebach rodziny" założonej przez małżeństwo jego rodziców[6]. Niemniej jednak może ono mieć ewentualnie roszczenie alimentacyjne względem każdego ze swych rodziców na ogólnych zasadach. Rozważenia wymaga także sytuacja dziecka pełnoletniego. Trzeba pamiętać, że ani ustanie władzy rodzicielskiej, ani osiągnięcie przez dziecko pełnoletniości nie powoduje zgaśnięcia roszczenia alimentacyjnego z art. 133 § 1 k.r.o. Brak też, w mojej ocenie, podstaw do przyjęcia, by roszczenie małżonka względem współmałżonka o środki na zaspokojenie potrzeb dziecka ustało wcześniej niż roszczenie dziecka z art. 133 § 1 k.r.o.[7] Należy więc dojść do wniosku, że każdy z małżonków ma względem współmałżonka roszczenie o przyczynianie się do utrzymywania dziecka, dopóki dziecko ani nie zawarło małżeństwa, ani nie uzyskało jeszcze możności utrzymywania się samodzielnie, przy czym nie jest wymagane wspólne zamieszkiwanie rodziców i dzieci[8]. W judykaturze zakwestionowano jednak (jak się wydaje, niesłusznie) celowość poszukiwania podstawy prawnej dla alimentacji dzieci małżonków w trakcie trwania związku w art. 27 k.r.o.[9] Zrekonstruowanie normy prawnej o charakterze alimentacyjnym z przepisu art. 27 k.r.o. znajdowałoby (zdaniem sądu)

2 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. nr 9, poz. 59, z późn. zm.).

3 Co do rozumienia pojęcia „rodzina" zob. np. A. Szwed, *Rodzina – ujęcie socjologiczne i prawne*, „Rodzina i Prawo" 2007, nr 3, s. 23–40; B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 7, s. 352–361.

4 Uchwała SN(7) z dnia 29 stycznia 1960 r., I CO 43/59, OSNCK 1960, nr 3, poz. 66. Zob. jednak T. Smyczyński, *Alimentacja dzieci a obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1977, nr 2, s. 54.

5 Uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 77/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 62.

6 Uchwała SN(7) z dnia 29 stycznia 1960 r., I CO 43/59, OSNCK 1960, nr 3, poz. 66. Odmiennie (moim zdaniem niesłusznie) S. Szer, *Prawo rodzinne w zarysie*, Warszawa 1969, s. 31, według którego „mogą jednak wchodzić do takiej rodziny także dzieci pełnoletnie, mimo że nawet same zawarły związek małżeński, o ile przebywają z rodzicami pod wspólnym dachem".

7 T. Smyczyński, *Alimentacja dzieci…*, dz. cyt., s. 55.

8 Tak też J. Strzebińczyk, *Obowiązek ojczyma (macochy) według art. 27 k.r.io.*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1979, seria „Prawo", t. 74, s. 44; T. Smyczyński, *Alimentacja dzieci…*, dz. cyt., s. 46.

9 Zob. postanowienie SA w Katowicach z dnia 10 września 2014 r., I ACz 670/14.

uzasadnienie tylko wtedy, gdyby ustawa nie zawierała innych, wyraźnych podstaw zasądzenia tego typu świadczeń. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku roszczeń o dostarczanie środków utrzymania między małżonkami (choć i w tym przypadku, jeśli pozostają oni we wspólnym pożyciu, roszczenia te według SN realizowane być powinny w oparciu o normę art. 28 k.r.o.). Inaczej jest natomiast w przypadku alimentacji dzieci (zarówno małoletnich, jak i pełnoletnich, ale niezdolnych do samodzielnego utrzymania się), która wyczerpująco uregulowana jest w dziale III tytułu II kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Nie ma zatem potrzeby poszukiwać innych podstaw prawnych, w szczególności tworzyć konkurencyjnych względem siebie roszczeń, zwłaszcza z pominięciem woli dzieci dorosłych, które samodzielnie chciałyby zrealizować swoje roszczenie alimentacyjne na podstawie art. 133 § 1 k.r.o. Gdyby bowiem dziecko skierowało do sądu żądanie zasądzenia na jego rzecz alimentów, powstałaby konieczność zmiany wcześniejszego rozstrzygnięcia wydanego na podstawie art. 27 k.r.o.[10] i „wyjęcia" z potrzeb rodziny potrzeb dziecka.

Po trzecie, dzieci jednego ze współmałżonków z poprzedniego małżeństwa wchodzą do rodziny, która powstaje przez zawarcie nowego związku małżeńskiego przez tego małżonka[11]. Małżonek, który zawiera związek z osobą posiadającą małoletnie dzieci z poprzedniego małżeństwa, jakkolwiek nie sprawuje pieczy prawnej nad nimi, powinien wspólnie ze współmałżonkiem starać się o ich utrzymanie i wychowanie[12]. To, że obowiązek alimentacyjny między ojczymem/macochą a pasierbem/pasierbicą unormowany jest odrębnymi przepisami (art. 144 k.r.o.), nie stoi na przeszkodzie domaganiu się środków na zaspokojenie jego potrzeb w ramach roszczenia opartego na art. 27 k.r.o. W tym przypadku można mówić o „dwutorowości roszczeń" – podobnie w odniesieniu do dzieci wspólnych małżonków. Niemniej jednak trzeba wskazać, że w art. 144 k.r.o. dostarczanie pasierbowi środków utrzymania i wychowania przez ojczyma/macochę jest uzależnione od zgodności takiego zachowania z zasadami współżycia społecznego. W doktrynie postuluje się, aby tę regułę stosować również na gruncie art. 27 k.r.o. Tym samym, jeżeli w skład rodziny wchodzi pasierb, ojczym/macocha powinien przyczyniać się do zaspokajania jego potrzeb tylko wtedy, gdy odpowiada to zasadom współżycia społecznego[13], czyli np. gdy pasierbowie oraz małżonkowie będą funkcjonować w obrębie jednego gospodarstwa domowego[14]. Takie rozwiązanie uzasadnia się m.in. zasadą dobra dziecka, wzajemnej pomocy oraz równej stopy życiowej członków rodziny i równouprawnienia dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich[15].

Konkludując: ustawodawca w art. 27 k.r.o. odwołuje się do funkcjonującego w nauce socjologii pojęcia tzw. rodziny małej, którą tworzą sami małżonkowie, bądź małżonkowie z dziećmi. Chodzi przy tym zarówno o dzieci małoletnie, jak i też pełnoletnie, które nie uzyskały jeszcze możliwości samodzielnego utrzymania się, dzieci wspólne małżonków (biologiczne – urodzone zarówno przed zawarciem małżeństwa, jak i po jego zawarciu oraz przysposobione), dzieci tylko

10 Tamże.

11 J. Strzebińczyk, *Obowiązek ojczyma (macochy)…*, dz. cyt., s. 41; tenże, *Udział powinowatych dziecka w jego utrzymaniu i wychowaniu według KRO*, Wrocław 1985, s. 22–29; T. Smyczyński, *Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna państwa*, Wrocław 1978, s. 36; J. Gajda (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 23, nb 8, Legalis. Odmiennie: J. Gwiazdomorski, *Krewni uprawnieni do żądania i obowiązani do dostarczania utrzymania*, „Państwo i Prawo" 1954, nr 1, s. 80. Zob. także: orzeczenie SN z dnia 7 marca 1953 r., C 2031/52, OSNCK 1953, nr 4, poz. 123; orzeczenie SN z dnia 3 maja 1955 r., II CR 1221/54, Lex.

12 Orzeczenie SN z dnia 7 marca 1953 r., C 2031/52, OSNCK 1953, nr 4, poz. 123; orzeczenie SN z dnia 16 kwietnia 1952 r., C 697/52, „Nowe Prawo" 1953, nr 5, s. 80. Tak też T. Mróz, *Zgoda małżonka na dokonanie czynności prawnej w ustroju majątkowej wspólności ustawowej*, Warszawa 2011, s. 101 oraz w odniesieniu do prawa szwajcarskiego B. Bugajski – tenże, *Majątkowe skutki małżeństwa niezależne od ustroju majątkowego w prawie szwajcarskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2015, nr 4, s. 852 i cytowana tam literatura.

13 J. Strzebińczyk, *Obowiązek ojczyma (macochy)…*, dz. cyt., s. 48.

14 Tak np. K. Pietrzykowski (w:) tegoż (red.), *Kodeks rodzinny…*, dz. cyt., komentarz do art. 144, nb 9, Legalis. Wydaje się, że takie zastrzeżenie będzie również przydatne w sytuacji, gdy już w trakcie trwania małżeństwa pojawia się u jednego z małżonków dziecko pozamałżeńskie.

15 T. Smyczyński, *Alimentacja dzieci…*, dz. cyt., s. 42–43.

jednego małżonka oraz dzieci przyjęte do wspólnoty rodzinnej – jeśli pozostają na wychowaniu lub utrzymaniu rodziny[16]. Jak się jednak wydaje, w odniesieniu do pasierba obowiązek alimentacyjny rodzica rozwiedzionego lub matki/ojca pozamałżeńskiego dziecka wyprzedza obowiązek z art. 27 ojczyma (macochy), który pozostaje z dzieckiem i z drugim jego rodzicem we wspólnym gospodarstwie domowym[17]. Ponadto dzieci, które mieszkają u rodziców, są obowiązane pomagać im we wspólnym gospodarstwie (jeśli są na utrzymaniu rodziców) lub też przyczyniać się do pokrywania kosztów utrzymania rodziny (jeżeli mają dochody z własnej pracy)[18]. Ze względu na tak skonstruowany zakres podmiotowy można mówić o wielopodmiotowej stronie uprawnionej w przypadku roszczenia formułowanego na podstawie art. 27 k.r.o.[19]

W prawie obcym dostrzec można zarówno tendencję do rozszerzania kręgu podmiotów, na których ciąży obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, jak i do jego zawężania. Zdarza się bowiem, że w ustawodawstwach zagranicznych *expressis verbis* przesądzono obowiązek partycypacji krewnych (innych niż dzieci), mieszkających wspólnie z małżonkami, w wydatkach na utrzymanie rodziny, odpowiednio do własnych możliwości i generowanych kosztów (Katalonia)[20]; ewentualnie wywodzi się taką zasadę w drodze wykładni. Na przykład na podstawie art. 3 § 2 maltańskiego kodeksu cywilnego z 1868 r. uznano, że małżonkowie są zobowiązani dostarczać środków nie tylko sobie nawzajem oraz dzieciom, ale również wstępnym i zstępnym w linii prostej. Po nowelizacji kodeksu z 1993 r. z kręgu tego wyłączono teściów[21]. Natomiast m.in. na Węgrzech, Ukrainie, w Rosji, Szwecji, Finlandii czy Irlandii brak przepisów, które nakładają na małżonków obowiązek współdziałania w celu zaspokajania potrzeb rodziny (na wzór np.

Ustawodawca w art. 27 k.r.o. odwołuje się do używanego w nauce socjologii pojęcia tzw. rodziny małej, którą tworzą sami małżonkowie bądź małżonkowie z dziećmi.

16 M. Goettel, *Koncepcja podstawowych praw i obowiązków małżonków w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym* (w:) T. Płoski, J. Krzywkowska (red.), *Matrimonium spes mundi: małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym, polskim i międzynarodowym: księga pamiątkowa dedykowana ks. prof. Ryszardowi Sztychmilerowi*, Olsztyn 2008, s. 349–350. Zob. także orzeczenie SN z dnia 7 marca 1953 r., C 2031/52, OSNCK 1953, nr 4, poz. 123. Tak też np. w Holandii (M. de Rooij, G. Schmidt, B.J. van het Kaar, *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law. National report – the Netherlands*, Commission Européenne JAI/A3/2001/03, s. 8), Belgii (K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law in Action. Volume IV: Property Relations between Spouses*, Antwerp–Oxford–Portland 2009, s. 141); Katalonii. Odmiennie m.in. T. Smyczyński, *Prawa i obowiązki małżonków*, „Studia Prawa Prywatnego" 2007, z. 5, s. 11.

17 T. Smyczyński (w:) tegoż (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, „System Prawa Prywatnego", t. 11, Warszawa 2014, s. 229.

18 Art. 91 k.r.o. Analogicznie np. art. 4 § 2 katalońskiego kodeksu rodzinnego.

19 J.M. Łukasiewicz, *Strony stosunku zobowiązaniowego – zarys problematyki* (w:) tegoż, I. Ramus (red.), *Prawo alimentacyjne. Zagadnienia systemowe i proceduralne*, t. 1, Toruń 2015, s. 125.

20 Zob. art. 5 § 3 katalońskiego kodeksu rodzinnego („Els altres parents que conviuen amb la família").

21 Tak K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 150. Obowiązek alimentacyjny względem teściów był unormowany w art. 206 Kodeksu Napoleona i art. 239 k.c. Królestwa Polskiego.

art. 27 polskiego k.r.o.). Uregulowano natomiast obowiązek alimentacyjny między małżonkami w trakcie trwania związku[22] (obok oczywiście obowiązku alimentacyjnego rodziców względem dzieci, który jest unormowany odrębnie[23]). W modelowym kodeksie rodzinnym mówi się natomiast o przyczynianiu się małżonków do zaspokajania ich potrzeb osobistych i wspólnych, nie zaś potrzeb rodziny[24].

W prawie obcym dostrzec można zarówno tendencję do rozszerzania kręgu podmiotów, na których ciąży obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, jak i do jego zawężania.

Warto dodać, że polski ustawodawca w kodeksie postępowania cywilnego w art. 445 § 1 czyni *expressis verbis* rozróżnienie na sprawy o zaspokojenie potrzeb rodziny i o alimenty pomiędzy małżonkami albo między nimi a ich wspólnymi małoletnimi dziećmi[25]. W literaturze nie ma wątpliwości, że pod pojęciem „spraw o zaspokojenie potrzeb rodziny i o alimenty pomiędzy małżonkami" należy rozumieć sprawy określone w art. 27 k.r.o.[26], mimo że w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym brak wyraźnego rozróżnienia na istniejące między małżonkami w czasie trwania małżeństwa roszczenie o zaspokojenie potrzeb rodziny i roszczenie o alimenty między małżonkami[27].

Zakres przedmiotowy

Celem obowiązku alimentacyjnego przewidzianego w art. 27 k.r.o. jest uzyskanie od obojga małżonków środków materialnych do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rodziny jako całości oraz zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb jej poszczególnych członków[28], przy uwzględnieniu majątkowych

22 Sec. 5 irlandzkiego *Family Law (Maintenance of Spouses and Children) Act* z 1976 r., sec. 4:29 węgierskiego kodeksu cywilnego z 2013 r., art. 89 rosyjskiego kodeksu rodzinnego z 1995 r., art. 75 ukraińskiego kodeksu rodzinnego z 2002 r., rozdz. 6, § 1 szwedzkiego kodeksu małżeńskiego (*Äktenskapsbalk*) z 1987 r., § 46(3) fińskiej ustawy o małżeństwie z 1929 r. Liczba spraw sądowych o alimenty od małżonka przewyższa na Węgrzech sprawy o alimenty od krewnych – zob. O. Szeibert, *Solidarity and Maintenance Obligations in the Family – Old and New Elements in the New Hungarian Civil Code*, „ELTE Law Journal" 2014, nr 2, s. 84.

23 Zob. np. szwedzki kodeks rodzicielski (*Föräldrabalk*) z 1949 r.

24 Art. 1.15 modelowego kodeksu rodzinnego opracowanego przez CEFL (*Commission on European Family Law*): I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code…*, dz. cyt., s. 33. Por. jednak K. Boele-Woelki, M. Jänterä-Jareborg (w:) K. Boele-Woelki, J. Miles, J.M. Scherpe (red.), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge–Antwerp–Portland 2011, s. 59.

25 Co do art. 445 k.p.c. zob. np. B. Janiszewska, *Zwrot kwoty uiszczonej tytułem zabezpieczenia roszczenia alimentacyjnego na czas trwania procesu o rozwód*, „Radca Prawny" 2011, nr 2, s. 86–89; Z. Krzemiński, W. Żywicki, *Zbieg procesu rozwodowego z procesem o alimenty*, „Palestra" 1967, nr 4, s. 28–42.

26 A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód*, Warszawa 2013, Legalis; J. Jagieła (w:) A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz. Art. 730–1088*, Warszawa 2015, komentarz do art. 753, nb 1. Zob. uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 77/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 62.

27 Por. uchwała SN z dnia 20 października 2010 r., III CZP 59/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 52.

28 Uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 77/12, OSNC 2013, z. 5, poz. 62. Por. też brzmienie art. 15 dekretu Prawo małżeńskie z 25 września 1945 r., w którym *expressis verbis* wskazano, że „każdy z małżonków obowiązany jest przyczyniać się do ponoszenia ciężarów i utrzymania wspólnego

i zarobkowych możliwości osób zobowiązanych[29] i o ile jest to zgodne z interesem rodziny oraz odpowiada zasadom współżycia społecznego[30]. Potrzeby małżonków oraz ich dzieci uzasadnione są wieloma względami, np. wiekiem, stanem zdrowia, słusznymi zainteresowaniami. Nie budzi jednak wątpliwości, że w zakresie obowiązku alimentacyjnego nie mieszczą się potrzeby nieusprawiedliwione oraz związane z utworzeniem lub powiększeniem dorobku[31], czy też wydatki inwestycyjne, chyba że chodzi o drobne inwestycje niewymagające zaangażowania większych środków finansowych.

Celem obowiązku alimentacyjnego przewidzianego w art. 27 k.r.o. jest uzyskanie od obojga małżonków środków materialnych do zapewnienia prawidłowego życia rodziny jako całości oraz zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb jej poszczególnych członków.

W orzecznictwie zagranicznym za potrzeby rodziny uznaje się wydatki poczynione w związku z dokonywaniem czynności prawnych w toku normalnego zarządzania gospodarstwem domowym[32] (w szczególności koszty zakupu żywności, benzyny[33], książek, odzieży i obuwia, naprawy sprzętów domowych – np. pralki[34], koszty ubezpieczenia mieszkania na wypadek kradzieży[35], spłaty kredytów zaciągniętych w celu nabycia/remontu/naprawy rzeczy[36]; w tym spłata wspólnie zaciągniętego kredytu hipotecznego[37]), utrzymaniem, wychowaniem dzieci[38] i ich wykształceniem[39], ale także wydatki na zaspokajanie potrzeb kulturalnych[40], na wakacje i wypoczynek, edukację, koszty leczenia[41],

gospodarstwa, do wychowania dzieci oraz do zaspokojenia potrzeb osobistych drugiego małżonka".

29 J. Gwiazdomorski (w:) J.St. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985, s. 254; wyrok SN z dnia 17 listopada 1999 r., III CKN 446/98, Lex nr 1126908.

30 Uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 42.

31 Wyrok SN z dnia 24 sierpnia 1990 r., I CR 422/90, OSNC 1991, z. 10–12, poz. 124; postanowienie SA w Poznaniu z dnia 22 października 2013 r., I ACz 1805/13.

32 Orzeczenie OG z dnia 20.12.1977 r., „Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen" (EFSlg) 1978, t. 14, 28.534.

33 Tamże.

34 Orzeczenie OG z dnia 23 kwietnia 1963 r., „Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen" 36/64.

35 Orzeczenie *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* z dnia 24 stycznia 1989 r., „Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (EFSlg)" 1991, t. 26, 58.715.

36 K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 143.

37 Wyrok SA w Katowicach z dnia 26 listopada 2015 r., I ACa 671/15.

38 Art 1:84 holenderskiego k.c. Ale już alimenty świadczone np. na rzecz dzieci z poprzedniego małżeństwa, które nie tworzą z małżonkami wspólnoty rodzinnej, nie są kwalifikowane jako przyczynianie się do zaspokajania potrzeb rodziny – tak M. de Rooij, G. Schmidt, B.J. van het Kaar, *Study on…*, dz. cyt., s. 8.

39 Wyraźnie o kosztach wykształcenia dzieci wspomina w art. 17 bułgarski kodeks rodzinny z 2009 r.

40 Tak w orzecznictwie szwajcarskim: B. Bugajski, *Majątkowe skutki małżeństwa…*, dz. cyt., s. 853.

41 H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wiedeń 2007, s. 55. Koszty edukacji *expressis verbis* wymienia bułgarski kodeks rodzinny z 2009 r. w art. 17.

ubezpieczenia[42], pogrzebu[43]. Czasami do kosztów utrzymania gospodarstwa domowego zalicza się również kieszonkowe dla małżonka[44], wynagrodzenie dla pomocy domowej (jeśli takie wydatki są uzasadnione pozycją rodziny[45]), drobne zabiegi chirurgii plastycznej[46], czy też wydatki związane z utrzymaniem zwierząt hodowanych (po części jako hobby, po części jako zwierzęta gospodarskie)[47]. Potrzeby rodziny mogą w konkretnych okolicznościach obejmować także zobowiązania z tytułu kosztów sądowych jednego z małżonków[48], które należy traktować jako wydatki bieżące w budżecie, na równi z innymi podstawowymi wydatkami[49], a wysokość osiąganych przez małżonkę skarżącego dochodów wpływa na ocenę możliwości płatniczych wnioskodawcy[50]. Sporna jest natomiast kwestia zaliczenia zobowiązań podatkowych do kosztów utrzymania rodziny[51] – niekiedy uwzględnia się tylko te podatki dochodowe i majątkowe, które były powiązane z dochodem lub majątkiem służącym do zaspokajania potrzeb rodziny[52].

Zakres obowiązku z art. 27 k.r.o. zależy od sił i możliwości zarobkowych oraz majątkowych[53], przy równoczesnym uwzględnieniu kryterium jednakowej stopy życiowej wszystkich członków rodziny[54]. Przy czym

42 Wątpliwości (np. w Katalonii) budzi zakwalifikowanie do kosztów utrzymania rodziny składek na dobrowolne programy emerytalne. Zob. w tym zakresie literaturę przytoczoną przez K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 143, przypis 31.

43 Art. 259 par. 2 katalońskiego kodeksu rodzinnego.

44 Tak w odniesieniu do Danii: I. Lund-Andersen (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 145. W prawie szwajcarskim małżonek prowadzący gospodarstwo domowe, opiekujący się dziećmi lub wspomagający wykonywanie zawodu czy prowadzenie działalności gospodarczej może żądać od drugiego małżonka kwoty pieniężnej przeznaczonej do swobodnego dysponowania (art. 164 ZGB), o ile nie posiada jakichkolwiek własnych dochodów; zob. B. Bugajski, *Majątkowe skutki małżeństwa…*, dz. cyt., s. 856.

45 Tak w Hiszpanii – zob. C. Gonzáles Beilfuss (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 154.

46 Tak w Danii – zob. H. Viggo Godsk Pedersen, I. Lund-Andersen, *Family Law in Denmark*, The Netherlands 2011, s. 106.

47 Wyrok SO w Poznaniu z dnia 17.12.2013 r., II Ca 727/13. W sprawie chodziło o ok. 20 kur, dwie kozy, małego konia, cztery psy rasy pinczer oraz piątego, należącego do córki powódki, oraz o 9 nierasowych kotów.

48 Postanowienie NSA z dnia 30 września 2008 r., I FZ 374/08; postanowienie NSA z dnia 2 lipca 2009 r., I FZ 216/09; postanowienie NSA z dnia 2 grudnia 2011 r., II OZ 1266/11; postanowienie NSA z dnia 12 stycznia 2016 r., II FZ 996/15; postanowienie NSA z dnia 15 grudnia 2015 r., I GZ 876/15; postanowienie NSA z dnia 28 września 2011 r., I FZ 196/11; postanowienie NSA z dnia 2 grudnia 2011 r., I FZ 395/11; postanowienie NSA z dnia 18 kwietnia 2014 r., II FZ 519/14; postanowienie NSA z dnia 8 września 2014 r., I FZ 388/14; postanowienie NSA z dnia 12 listopada 2012 r., I FZ 42/12; postanowienie NSA z dnia 13 listopada 2014 r., I GZ 486/14. Analogicznie w przypadku *litis expensas* w prawie hiszpańskim: C. Gonzáles Beilfuss (w:) K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 154. Por. też § 1360a (4) BGB. W prawie polskim odmienne – nietrafne – stanowisko zajął NSA w postanowieniu z dnia 3 września 2013 r., I GZ 311/13 („Wadliwe jest uznanie, że obowiązek wzajemnej pomocy między małżonkami, wynikający z art. 23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, może być utożsamiany z obowiązkiem pokrywania przez małżonka strony postępowania sądowego wszelkich kosztów, w tym również kosztów sądowych, w sytuacji gdy małżonkowie zawarli umowę majątkową małżeńską o rozdzielności majątkowej. Taki pogląd jest sprzeczny z celem i naturą instytucji rozdzielności majątkowej").

49 Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 19 stycznia 2016 r., VIII SA/Wa 831/14.

50 Postanowienie WSA w Gliwicach z dnia 13 stycznia 2016 r., I SA/Gl 1231/15; postanowienie WSA w Poznaniu z dnia 21 stycznia 2016 r., I SA/Po 1101/13.

51 Tak w Holandii: M. de Rooij, G. Schmidt, B.J. van het Kaar, *Study on…*, dz. cyt., s. 8.

52 Tak w prawie szwajcarskim: B. Bugajski, *Majątkowe skutki małżeństwa…*, dz. cyt., s. 853.

53 Co do definicji „możliwości majątkowych i zarobkowych" zob. uchwałę ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, nr 4, poz. 42. Uzależnienie rozmiaru świadczenia od możliwości majątkowych i zarobkowych odnaleźć można również w orzecznictwie zagranicznym – por. np. orzeczenie belgijskiego Sądu Kasacyjnego (*Hof de Cassatie*) z dnia 27 listopada 2007 r., „Tijdschrift voor familierecht" 2008, nr 2, s. 62 (notka P. Senaeve).

54 Oczywiście realizacja zasady egalitaryzmu nie może być rozumiana w ten sposób, że niezależnie od konkretnych okoliczności sumuje się dochody małżonków, dzieli je na

zasada ta nie obejmuje sfery zachowań związanych bezpośrednio z działalnością zawodową[55]. Jeśli w skład rodziny, obok małżonków, wchodzą małoletnie dzieci, wówczas zasada wyrażona w art. 135 k.r.o. ulega w stosunkach między rodzicami i dziećmi zmodyfikowaniu o tyle, że rodzice powinni dzielić z dziećmi nawet środki niezbędne do własnego utrzymania[56]. W razie zmiany stosunków, czyli okoliczności istotnych z punktu widzenia ustawowych przesłanek obowiązku alimentacyjnego i jego zakresu[57], a zwłaszcza możliwości zarobkowych i majątkowych stron[58], małżonek może żądać zmiany orzeczenia lub umowy, które dotyczą obowiązku alimentacyjnego (art. 138 k.r.o.)[59].

Zakres obowiązku z art. 27 k.r.o. zależy od sił i możliwości zarobkowych oraz majątkowych, przy równoczesnym uwzględnieniu kryterium jednakowej stopy życiowej wszystkich członków rodziny.

Obowiązek małżonka wynikający z art. 27 k.r.o. nie zależy od tego, czy drugi małżonek znajduje się w niedostatku[60]. Małżonek nie jest też obowiązany do konsumowania substancji majątkowej na pokrycie swego utrzymania, gdy drugi ze względu na swą sytuację majątkową i zarobkową jest w stanie spełniać obowiązek alimentacyjny[61]. Przesłanką dochodzenia świadczenia jest sytuacja, w której jeden z małżonków nie może zaspokajać swoich potrzeb w takim zakresie, w jakim czyni to drugi[62]. Odmienne rozwiązania przyjął np. ustawodawca rosyjski. W Rosji rozmiar świadczenia małżonka zależy przede wszystkim od tego, czy środki na zaspokojenie potrzeb są dostarczane dobrowolnie, czy też na skutek ingerencji sądu. Jeśli na podstawie zgodnego porozumienia małżonków (w formie umowy o alimenty lub kompleksowej umowy majątkowej małżeńskiej), wówczas mogą być one wypłacane do rąk zdolnego do pracy małżonka, który nie jest w niedostatku. Kwota takich świadczeń może być również wyższa, tzn. małżonkowie

dwie równe części i zasądza stosowną sumę dla tego, który uzyskuje mniejsze dochody; wyrok SN z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97, OSP 1999, nr 2, poz. 29. Zob. też A. Szlęzak, *Zasada równej stopy życiowej w prawie rodzinnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1985, nr 1, s. 37–50.

55 Wyrok SN z dnia 17 listopada 1999 r., III CKN 446/98, Lex nr 1126908; T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 102.

56 Orzeczenie SN z dnia 1 lipca 1954 r., I CR 214/54, „Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości" 1955, z. 5, s. 35.

57 Postanowienie SN z dnia 19 lipca 1974 r., II CO 9/74, Lex nr 7560.

58 Wyrok SN z dnia 26 marca 1969 r., III CRN 54/69, Lex nr 6480.

59 Drugim środkiem ochrony prawnej małżonka spełniającego świadczenie z art. 27 k.r.o. na podstawie orzeczenia sądu jest powództwo z art. 840 k.p.c., które umożliwia zwalczenie wykonalności prawomocnego wyroku, jeśli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie alimentacyjne wygasło albo nie może być egzekwowane. Zob. uchwała SN z dnia 5 października 1982 r., III CZP 38/82, Lex nr 2812; postanowienie SN z dnia 19 października 1999 r., II CZ 108/99, Lex nr 38565.

60 Analogicznie np. w prawie belgijskim: por. orzeczenie Sądu Kasacyjnego (*Cour de cassation*) z dnia 18 października 1963 r., cytowane w: K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (red.), *European Family Law…*, dz. cyt., s. 140, przypis 14; w prawie greckim: A. Douga, V. Koumpli, *On the regulation of maintenance obligations in Greece*, „Revue hellénique de droit international" 2014, t. 67, s. 941.

61 Wyrok SN z dnia 25 września 1978 r., III CRN 161/78, Legalis.

62 Uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 42; wyrok SO w Gliwicach z dnia 2 grudnia 2015 r., III Ca 1582/14. Podobnie: art. 213 belgijskiego k.c.

mogą postanowić, że mają prawo do równej stopy życiowej[63]. Jeśli natomiast zachodzi konieczność interwencji sądu, uzyskanie środków zależy od spełnienia dodatkowych przesłanek. Najpierw trzeba ustalić, czy małżonek-płatnik ma możliwości finansowe i czy mimo to odmawia dostarczania – w całości lub części – niezbędnych drugiemu środków utrzymania.

Obowiązek małżonka wynikający z art. 27 k.r.o. nie zależy od tego, czy drugi małżonek znajduje się w niedostatku.

Ponadto należy zbadać, czy występuje jeden z trzech ściśle określonych w kodeksie przypadków, w których to małżonek może na drodze sądowej żądać środków od drugiego[64].

Po pierwsze, czy małżonek jest niezdolny do pracy (np. osiągnął wiek emerytalny[65] – wówczas nie jest analizowana faktyczna zdolność do pracy[66]) i nie zaspokaja swoich podstawowych potrzeb[67]. W tym przypadku nie obowiązuje zasada równej stopy życiowej małżonków. Punktem wyjścia dla sądu jest zapewnienie uprawnionemu środków niezbędnych do wyjścia ze stanu niedostatku. A następnie, przy uwzględnieniu np. długości pożycia małżeńskiego[68], wieku i stanu zdrowia uprawnionego, przyczyn powstania niezdolności do pracy (np. nadużywanie alkoholu, narkotyków) może tę kwotę podwyższyć, obniżyć lub w ogóle zwolnić małżonka z obowiązku materialnego wsparcia współmałżonka[69]. Po drugie, żona ma prawo żądać alimentów od męża w czasie ciąży i w ciągu 3 lat od daty urodzenia wspólnego dziecka[70]. Nie jest wymagane wykazanie niedostatku, czy też niezdolności do pracy – ciąża i trzyletni okres po urodzeniu dziecka są jedynymi i wystarczającymi przesłankami[71]. Zakres potrzeb żony może mieć jedynie znaczenie przy ustalaniu wysokości należnych świadczeń[72].

Po trzecie, prawo do alimentów ma małżonek w niedostatku, który opiekuje się niepełnosprawnym wspólnym dzieckiem małżonków (do ukończenia przez nie 18. roku życia); ewentualnie bez ograniczeń czasowych, jeśli opiekuje się dzieckiem legitymującym się od urodzenia znacznym stopniem niepełnosprawności[73].

Wpływ separacji faktycznej na realizację obowiązku z art. 27 k.r.o.

Obowiązek alimentacyjny przewidziany w art. 27 k.r.o. powstaje przez zawarcie małżeństwa i gaśnie z chwilą jego ustania lub unieważnienia oraz w przypadku orzeczenia separacji małżonków – zgodnie bowiem z art. 61[4] k.r.o. sąd orzeka w sprawie o sepa-

63 М.В. Антокольская, *Семейное право: Учебник*, Москва 2002, s. 261.

64 Б.М. Гонгало (w:) П.В. Крашенинников (red.), *Семейное право*, Москва 2008, s. 211.

65 Wiek emerytalny dla kobiet wynosi 55 lat; dla mężczyzn – 60 lat (art. 7 par. 1 ustawy *О трудовых пенсиях в Российской Федерации* z 2001 r.).

66 А.А. Травкин, Ю.М. Фетюхин, *Имущественные отношения супругов по новому семейному законодательству Российской Федерации*, Волгоград 1999, s. 37.

67 Zakres tych potrzeb określany jest przez odniesienie do „koszyka potrzeb podstawowych". Por. tamże, s. 38.

68 W przypadku krótkiego czasu trwania małżeństwa (3–5 lat) sąd może albo w ogóle nie zasądzić alimentów, albo ograniczyć je czasowo – na okres równy długości pożycia małżonków.

69 М.В. Антокольская, *Семейное право…*, dz. cyt., s. 264.

70 Co ciekawe, mimo że alimenty zostały przyznane w omawianym przypadku wyłącznie żonie, to w art. 256 rosyjskiego kodeksu pracy (*Трудовой Кодекс РФ*) z 2001 r. prawo do urlopu tzw. macierzyńskiego ma zarówno matka, jak i ojciec dziecka.

71 О.Н. Низамиева, *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный)*, Москва 2010, s. 296.

72 Tamże.

73 Art. 89 par. 2 rosyjskiego kodeksu rodzinnego z 1995 r.

rację, tak jak w sprawie rozwodowej, o alimentach między rozłączonymi małżonkami oraz o obowiązku alimentacyjnym rodziców względem ich wspólnych dzieci[74]. Kwestią natomiast niejednolicie rozstrzyganą w doktrynie i judykaturze jest istnienie obowiązku z art. 27 k.r.o. w sytuacji zerwania przez małżonków wspólnego pożycia, gdy z okoliczności wynika zamiar jednego lub obojga małżonków pozostania w rozłączeniu. Prezentowane są dwa stanowiska[75].

Obowiązek alimentacyjny przewidziany w art. 27 k.r.o. powstaje przez zawarcie małżeństwa i gaśnie z chwilą jego ustania lub unieważnienia oraz w przypadku orzeczenia separacji małżonków.

Zwolennicy pierwszego z nich twierdzą, że obowiązek wzajemnej pomocy małżonków wygasa dopiero w momencie rozwiązania związku małżeńskiego przez rozwód, unieważnienia i sądowego orzeczenia separacji, a nie w razie pozostawania w ustroju rozdzielności majątkowej czy nieprowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego[76]. W procesie o alimenty z art. 27 k.r.o. sąd ustala jedynie, czy związek małżeński istnieje i nie został rozwiązany przez rozwód, oraz bada, czy zachodzą przesłanki zasądzenia alimentów ze względu na potrzeby małżonka żądającego ich i ze względu na możliwości drugiego małżonka[77]. Przez faktyczną separację małżonek nie przestaje nim być, nie przestaje istnieć rodzina, ani nie ustaje w zasadzie obowiązek współudziału „w ponoszeniu ciężaru utrzymania rodziny"[78]. Z formalnoprawnego punktu widzenia rodzinę tworzą też sami małżonkowie[79] (argument z art. 23 k.r.o. – rodzinę zakładają małżonkowie „przez swój związek"). *Lege non distinguente* – skoro obowiązujące prawo rodzinne nie normuje skutków prawnych faktycznej separacji, roszczenie z art. 27 k.r.o. przysługuje małżonkowi niezależnie od tego, czy istnieje wspólne gospodarstwo i czy właśnie on

74 Zob. np. G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Małżeństwo. Komentarz do art. 1–61⁶*, Warszawa 2013, s. 121; J. Ignaczewski (w:) tegoż (red.), *Rozwód i separacja*, „Sądowe Komentarze Tematyczne", Warszawa 2010, s. 156; A. Sylwestrzak, *Skutki prawne separacji*, Warszawa 2007, s. 84–86. Nie wydaje się trafna konkluzja M. Sychowicza, że w razie orzeczenia separacji obowiązek przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny na podstawie art. 27 k.r.o. w zw. z art. 61⁴ § 3 k.r.o. ogranicza się do przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb innych członków rodziny niż współmałżonek. Podstawą do alimentowania dzieci nie będzie przecież w takiej sytuacji art. 27 k.r.o. lecz art. 61³ k.r.o. w zw. z art. 58 k.r.o. Zob. M. Sychowicz (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 145.

75 Zob. zamiast wielu m.in. przegląd orzecznictwa dokonany przez G. Jędrejka; tenże, *Kodeks rodzinny…*, dz. cyt., s. 122–125.

76 Tak np. uchwała SN z dnia 20 października 2010 r., III CZP 59/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 52; uchwała SN(7) z dnia 29 stycznia 1960 r., I CO 43/59, OSNCK 1960, nr 3, poz. 66; uchwała SN z dnia 7 czerwca 1972 r., III CZP 43/72, OSNCP 1972, nr 11, poz. 198 z glosą B. Dobrzańskiego, „Nowe Prawo" 1973, nr 9; uchwała SN z dnia 13 października 1976 r., III CZP 49/76, Lex nr 7855; uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNCP 1988, nr 4, poz. 42; uchwała SN z dnia 29 stycznia 1960 r., I CO 43/59, OSN 1960, poz. 66. Por. też wyrok TK z dnia 25 października 2012 r., SK 27/12, Legalis nr 540084.

77 Uchwała SN z dnia 7 sierpnia 1974 r., III CZP 46/74, OSNCP 1975, nr 12, poz. 160.

78 Uchwała IC SN z dnia 19 września 1947 r., C 4/47, OSNC 1947, nr 3, poz. 60. Zob. też J. Panowicz-Lipska, *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991, s. 70.

79 J. Panowicz-Lipska, *Skutki prawne separacji faktycznej. Zarys problematyki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1977, nr 2, s. 75.

nim faktycznie zarządza. Ustawodawca nie czyni w przypadku tego artykułu dodatkowych zastrzeżeń o pozostawaniu we wspólnym pożyciu, jak w przypadku art. 28 czy art. 29 k.r.o.; nie wymaga też, aby małżonkowie mieli wspólne miejsce zamieszkania[80]. Nie można więc w drodze analogii *legis* uzupełniać treści przepisu art. 27 k.r.o. o dodatkowy wymóg. To, że trafność takiego unormowania może być przedmiotem krytyki, nie uzasadnia twierdzenia, że istnieje luka konstrukcyjna, do wypełniania której upoważnione są sądy. Można mówić co najwyżej o luce niewłaściwej (aksjologicznej)[81]. Co więcej, doświadczenie sądowe w sprawach alimentacyjnych i natura rzeczy wskazują na to, że do żądania przez małżonków rozstrzygnięcia sądowego w sprawie ustalenia ich udziału w ponoszeniu ciężarów utrzymania rodziny dochodzić będzie bardzo rzadko w takich przypadkach, gdy pożycie małżeńskie trwa nadal, natomiast najczęściej właśnie do żądania tego dochodzić będzie w przypadku małżonków separowanych faktycznie. Tak więc niedopuszczalność stosowania art. 27 k.r.o. w przypadku małżonków, którzy zerwali wspólne pożycie, oznaczałaby stosowanie przepisu zupełnie wyjątkowo[82]. Ponadto gdyby przyjąć, że separacja faktyczna pociąga za sobą wygaśnięcie obowiązku alimentacyjnego między małżonkami, to trzeba byłoby zaakceptować również możliwość samowolnego kształtowania układu stosunków w małżeństwie (regulowanych przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym) przez jednego małżonka[83]. A teza ta nie może być zaakceptowana.

Wypełnianie przez małżonka obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny odbywa się z reguły inaczej wówczas, gdy rodzina mieszka razem i prowadzi wspólne gospodarstwo, a inaczej wtedy, gdy członkowie rodziny (wszyscy lub niektórzy) mieszkają oddzielnie. Dlatego też zerwanie pożycia małżeńskiego może wpłynąć na jego ukształtowanie i zakres[84]. Gdy małżonkowie są w separacji faktycznej, realizacja powinności każdego z małżonków do ponoszenia ciężarów i utrzymania gospodarstwa oraz do zaspokojenia potrzeb osobistych drugiego małżonka odbywać się będzie zasadniczo w formie renty alimentacyjnej[85]. Wyłączona jest możliwość zasądzenia realizacji obowiązku w trybie uproszczonym z art. 28 k.r.o. poprzez wydanie przez sąd nakazu wypłacania wynagrodzenia za pracę lub innych należności do rąk współmałżonka. Ponadto, ustalając odpowiednią kwotę tytułem świadczeń zasądzonych na podstawie art. 27 k.r.o., należy zwrócić uwagę, że prowadzenie dwóch gospodarstw domowych jest bardziej kosztochłonne niż jednego wspólnego[86] i małżonek, który nie przebywa z resztą rodziny, również potrzebuje odpowiednich środków na własne utrzymanie[87].

Co do zasady, stopa życiowa małżonków, nawet pozostających w faktycznym rozłączeniu, powinna być równa[88]. Oboje więc powinni w ramach swoich sił i możliwości troszczyć się nie tylko o siebie, ale

80 Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 września 2010 r., III AUa 474/10.

81 Uchwała SN z dnia 18 listopada 1994 r., III CZP 146/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 48. Zob. też E. Kabza, *Problem stosowania analogii w prawie cywilnym*, „Forum Prawnicze" 2010, nr 1, s. 44–65.

82 Uchwała IC SN z dnia 19 września 947 r., C 4/47, OSNC 1947, nr 3, poz. 60.

83 Wyrok SN z 23 stycznia 1975 r., III CRN 369/74, Legalis nr 18518.

84 Zamiast wielu: J. Gwiazdomorski, *„Alimentacyjny" obowiązek między małżonkami*, Warszawa 1970, s. 55 i n; tenże, *Obowiązek z art. 27 k.r.o. w wypadkach zerwania pożycia małżeńskiego (Uwagi do uchwały SN z dnia 7 sierpnia 1974 r., III CZP 46/74, OSNCP 1975, poz. 160)*, „Nowe Prawo" 1976, nr 6, s. 843 i n.

85 Orzeczenie SN z dnia 25 lipca 1946 r., C III 383/46, OSNC 1947, nr 1, poz. 30. Tak też np. w Belgii: por. orzeczenie Sądu Apelacyjnego (*Hof van Beroep*) w Brukseli z dnia 13.01.2005 r., „Nieuw juridisch weekblad" 2005, nr 114, s. 707; w Grecji: art. 1391 greckiego k.c. oraz A. Douga, V. Koumpli, *On the regulation of maintenance obligations…*, dz. cyt., s. 941.

86 J. Stewart (red.), *Family Law. Jurisdictional comparisons*, London 2011, s. 119.

87 J. Panowicz-Lipska, *Skutki prawne separacji faktycznej*, wyd. cyt., s. 70.

88 Uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 42; wyrok SR w Środzie Śląskiej z dnia 3 września 2013 r., III RC 2/13; uchwała SN z dnia 13 października 1976 r., III CZP 49/76, Lex nr 7855; uchwała SN z dnia 7 czerwca 1972 r., III CZP 43/72, OSNC 1972, nr 11, poz. 198; wyrok SO w Sieradzu z dnia 2 października 2013 r., I Ca 354/13. Analogicznie w prawie greckim: I. Androulidaki-Dimitriadi, *Family Law in Greece*, The Netherlands 2010, s. 69.

też o współmałżonka[89]. Niemniej jednak obowiązek wzajemnej pomocy i współdziałania zależy od konkretnych okoliczności, a zwłaszcza zachowania się każdego z małżonków. Sąd, mając na uwadze m.in. liczbę i wiek dzieci, a także kwalifikacje zawodowe, wiek i stan zdrowia opuszczonego małżonka, może zmienić zakres obowiązku współmałżonka do przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny[90]. Nie bez znaczenia jest też przyczyna sprawcza separacji faktycznej[91]. Może być tak, że separacja taka nie powstała na skutek obopólnego porozumienia stron, lecz była usprawiedliwioną reakcją jednego małżonka na naganne, zawinione zachowanie drugiego (np. faktyczny związek z inną osobą[92], przemoc) i wina żądającego alimentów w spowodowaniu rozkładu pożycia jest oczywista[93]. Wówczas, jeśli małżonek „winny" żąda alimentów od małżonka „niewinnego", to żądanie takie co do zasady nie zasługuje na ochronę i stanowi nadużycie prawa (art. 144^1 k.r.o.)[94]. Nie do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której małżonek winny będzie odnosił korzyść ze swojego niemoralnego zachowania. Nie oznacza to jednak przeniesienia zasad rządzących obowiązkiem alimentacyjnym między rozwiedzionymi małżonkami na obowiązek alimentacyjny małżonków, których małżeństwo jeszcze trwa, mimo że uległo definitywnemu rozbiciu[95]. Chodzi wyłącznie o zastosowanie klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego do obowiązku alimentacyjnego między małżonkami. Odmowa uwzględnienia roszczeń alimentacyjnych z uwagi na zasady współżycia społecznego będzie miała miejsce jedynie w wypadkach zupełnie wyjątkowych, szczególnie rażących i budzących powszechną dezaprobatę[96]. Proces o dostarczanie środków do zaspokajania potrzeb rodziny nie może przekształcić się w proces quasi-rozwodowy[97]. Jest to stanowisko dość ugruntowane w prawie polskim i obcym. Niegodność alimentacji

Stopa życiowa małżonków, nawet pozostających w faktycznym rozłączeniu, powinna być równa.

89 Postanowienie SO w Słupsku z dnia 28 lutego 2013 r., IV Cz 96/13.

90 Wyrok SN z 23 stycznia 1975 r., III CRN 369/74, Legalis nr 18518.

91 Stanowisko takie ma dość ugruntowaną pozycję; zob. np. orzeczenie SN z dnia 9 listopada 1953 r., I C 201/53, OSNCK 1955, nr 2, poz. 23; orzeczenie SN z dnia 26 marca 1954 r., I CR 327/54, OSNCK 1954, nr 4, poz. 90.

92 Uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987, III CZP 91/86, OSNCP 1988, nr 4, poz. 42, teza 8.

93 Wyrok SN z dnia 26 maja 1999 r., III CKN 153/99, Lex nr 50731.

94 Tak na gruncie dekretu Prawo małżeńskie z 1945 r.: uchwała IC SN z dnia 19 września 1947 r., C 4/47, OSNC 1947, nr 3, poz. 60; orzeczenie z dnia 25 lipca 1946 r., C III 383/46, OSNC 1947, nr 1, poz. 30; orzeczenie SN z dnia 26 listopada 1948 r., C 537/48, „Państwo i Prawo" 1949, z. 2, s. 112. Zob. też M. Grudziński, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny. Komentarz*, Warszawa 1959, s. 103; J. Panowicz-Lipska, *Skutki prawne separacji faktycznej*, wyd. cyt., s. 84; taż, *Skutki prawne separacji faktycznej. Zarys…*, dz. cyt., s. 75; J. Górecki, *Obowiązek alimentacyjny między małżonkami*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prawo" 1957, nr 4, s. 196–198; T. Smyczyński, *Roszczenia alimentacyjne a zasady współżycia społecznego*, „Studia Prawnicze" 1983, nr 1, s. 61–66. Na gruncie aktualnie obowiązującego prawa: uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976, nr 9, poz. 184; uchwała SN z dnia 7 czerwca 1972 r., III CZP 43/72, OSNCP 1972, nr 11, poz. 198. Odmienne stanowisko zajął J. Gwiazdomorski, *Obowiązek z art. 27 k.r.o. w wypadkach…*, dz. cyt., s. 843 i n.

95 Postanowienie SA w Gdańsku z dnia 22 marca 2013 r., V ACz 213/13; B. Szymańska, *Przegląd orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia roszczeń o zaspokajanie potrzeb rodziny lub alimenty na rzecz małoletnich dzieci w toku sprawy o rozwód lub separację ze szczególnym uwzględnieniem lat 2012–2013*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej" 2014, nr IV, s. 42.

96 Uchwała SN z dnia 7 sierpnia 1974 r., III CZP 46/74, OSNCP 1975, nr 12, poz. 160

97 Wyrok SN z dnia 26 maja 1999 r., III CKN 153/99, Lex nr 50731.

została wprost uregulowana np. w Rosji[98], Serbii[99], Portugalii[100], Grecji[101], Szwecji[102] czy Danii[103]. Jeśli natomiast separacja faktyczna została zawiniona przez jednego z małżonków, to drugi z nich („niewinny"), będąc w gorszej sytuacji finansowej, nie może ponosić negatywnych konsekwencji rozstania. Ma on prawo do równej stopy życiowej z małżonkiem, który go porzucił[104], i możliwość żądania środków od małżonka „winnego". W takim przypadku wykonywanie obowiązku z art. 27 k.r.o. nie będzie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Prezentowane jest także przeciwne stanowisko, zgodnie z którym separacja faktyczna małżonków uzasadnia oddalenie powództwa o świadczenie alimentów z art. 27 k.r.o.[105]. Zwolennicy tego poglądu twierdzą, że o potrzebach rodziny można mówić w zasadzie wówczas, gdy rodzina jest związana węzłem wspólnego pożycia. Tylko bowiem w takiej sytuacji powstają potrzeby dotyczące zespołu osób tworzących rodzinę[106]. Z wykładni funkcjonalnej można wyprowadzić zatem wniosek, że skoro więzi rodzinne pomiędzy małżonkami *de facto* już nie istnieją, to tym samym gaśnie obowiązek przewidziany w art. 27 k.r.o.[107] Utrzymanie obowiązku alimentacyjnego między małżonkami w sytuacji, gdy nie ma wspólnego gospodarstwa i małżonkowie decydują się na pozostawanie w separacji faktycznej (która jest zjawiskiem społecznie niepożądanym), może być postrzegane jako sprzeczne z konstytucyjną zasadą ochrony małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa (art. 18 Konstytucji)[108]. Jak się wydaje, pominięte zostały w tym przypadku dwie istotne okoliczności. Po pierwsze, zdarza się, że każdy z mał-

> **Odmowa uwzględnienia roszczeń alimentacyjnych z uwagi na zasady współżycia społecznego będzie miała miejsce jedynie w wypadkach zupełnie wyjątkowych, szczególnie rażących i budzących powszechną dezaprobatę.**

98 М.В. Антокольская, *Семейное право…*, dz. cyt., s. 262. Wymaga się jednak spełnienia dodatkowych przesłanek – więcej: А.А. Травкин, Ю.М. Фетюхин, *Имущественные отношения…*, dz. cyt., s. 36.

99 Art. 151 par. 2 kodeksu rodzinnego z 2005 r.

100 R.T. Pedro, *Family Solidarity and the Principle of Self-Sufficiency – The Role Played by the Obligation of Spousal Maintenance: An Overview of the Portuguese Law*, „International Journal of Law, Policy and the Family" 2011, t. 25(2), s. 244.

101 Art. 1391 par. 1 kodeksu cywilnego z 1946 r. Zob. też I. Androulidaki-Dimitriadi, *Family Law…*, dz. cyt., s. 69.

102 Kodeks małżeński z 1920 r., sec. 7, rozdział 5.

103 L. Nielsen, *Family Rights and the „Registered Partnership" in Denmark*, „International Journal of Law and the Family" 1990, nr 4, s. 303.

104 Uchwała SN z dnia 7 czerwca 1972 r., III CZP 43/72, OSNC 1972, nr 11, poz. 198.

105 Wyrok SN z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97, OSP 1999, nr 2, poz. 29 oraz częściowo krytyczna glosa T. Smyczyńskiego do tego wyroku opublikowana w OSP 1999, nr 2, poz. 29; orzeczenie SN z dnia 17 marca 1950 r., C 340/49, „Nowe Prawo" 1951, nr 11, s. 46; wyrok SO w Białymstoku z dnia 6 marca 2013 r., II Ca 73/13.

106 Uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 42; wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 maja 2014 r., III AUA 1441/13.

107 Wyrok SN z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97, OSP 1999, nr 2, poz. 29.

108 Postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 maja 2013 r., I ACz 797/13.

żonków, mimo pozostawania w separacji faktycznej, nadal wykonuje prace na rzecz rodziny, m.in. poprzez dbałość o utrzymanie i prawidłowe funkcjonowanie wspólnego majątku[109]. Po drugie, w pojęciu „potrzeby rodziny" zawierają się także indywidualne potrzeby małżonków i dzieci. A te są niezależne od istnienia czy też nieistnienia wspólnego pożycia między małżonkami. Tak więc w sytuacji braku wspólnego pożycia obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny przekształci się w obowiązek alimentowania drugiego małżonka, ewentualnie małżonka oraz dzieci.

Dodatkowego komentarza wymaga sytuacja małżonków bezdzietnych i takich, którzy wprawdzie mają dzieci, ale te utrzymują się samodzielnie (pracują i zarobkują). W tej kwestii również zarysowały się dwa poglądy.

W świetle pierwszego z nich bezdzietni małżonkowie tworzą od chwili zawarcia związku małżeńskiego rodzinę, której materialne potrzeby muszą być zaspokojone. Wówczas obowiązek małżonka przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny sprowadza się do obowiązku alimentowania współmałżonka[110] i tym samym kojarzy się ze zwykłym obowiązkiem alimentacyjnym[111], chociaż unormowanym w innym rozdziale kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[112]. Obowiązek z art. 27 k.r.o. jest wtedy bowiem „obowiązkiem jednego małżonka względem drugiego, a przeciwstawione temu obowiązkowi prawo podmiotowe drugiego małżonka przysługuje temu małżonkowi tylko i wyłącznie w jego własnym interesie"[113]. Okoliczność, że małżonek pozostający w separacji faktycznej i nieobarczony obowiązkiem wychowania dzieci jest zdolny do pracy zarobkowej i bądź pracuje, bądź ma możność taką pracę uzyskać, sama przez się nie pozbawia go roszczenia na podstawie art. 27 k.r.o. o zaspokojenie swych potrzeb w zakresie odpowiadającym zasadzie równej stopy życiowej małżonków[114].

Pogląd przeciwny, choć zdecydowanie mniejszościowy i nieznajdujący odzwierciedlenia w ustawodawstwach zagranicznych, został wyrażony w kilku orzeczeniach. Między innymi w jednym z nich Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że istnienie jedynie formalnego węzła małżeńskiego bez wspólnego pożycia nie wystarcza, aby można było mówić o rodzinie, jeśli dodatkowo małżonkowie nie mają dzieci. A skoro nie ma rodziny, to nie może istnieć obowiązek zaspokajania jej potrzeb[115]. Paradoksalnie jednak trzeba byłoby przyjąć, że choć w sytuacji rozłączenia bezdzietnych małżonków nie można byłoby domagać się od siebie żadnych świadczeń o alimentacyjnym charakterze, to możliwe byłoby zabezpieczenie takich roszczeń dla współmałżonka podczas sprawy rozwodowej. Przywołany art. 445 k.p.c. wyraźnie stanowi o alimentach między małżonkami. Taka wykładnia nie zasługuje na aprobatę.

Podsumowanie

Obowiązek dostarczania środków na zaspokojenie potrzeb rodziny jest gwarancją właściwej realizacji funkcji rodziny oraz umożliwia jej członkom normalną egzystencję. Na podstawie art. 27 k.r.o. każdy z małżonków obowiązany jest przyczyniać się do ponoszenia ciężarów i utrzymania wspólnego gospodarstwa, do wychowania dzieci oraz do zaspokojenia

109 Wyrok SR w Strzelcach Opolskich z dnia 14 listopada 2012 r., III RC 93/10.

110 Uchwała ICiA SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 42; wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 27 lutego 2014 r., II Ca 70/14; postanowienie SA w Poznaniu z dnia 25 lutego 2014 r., I ACz 108/14. Tak też m.in. M. Sychowicz (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny…*, dz. cyt., s. 140.

111 J. Gwiazdomorski, *„Alimentacyjny" obowiązek…*, dz. cyt., s. 63 i 68.

112 T. Smyczyński (w:) tegoż (red.), *Prawo rodzinne…*, dz. cyt., s. 226.

113 J. Gwiazdomorski, *Obowiązek z art. 27 k.r.o. w wypadkach zerwania…*, dz. cyt., s. 849.

114 Uchwała SN z 13 października 1973 r., III CZP 49/76, Lex nr 7855.

115 Wyrok SN z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97, OSP 1999, nr 2, poz. 29; wyrok SN z dnia 26 maja 1999 r., III CKN 153/99, Lex nr 50731. Zob. też M. Sychowicz (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny…*, dz. cyt., s. 143, który twierdzi, że „z natury rzeczy" nie można o obowiązku przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny mówić wtedy, gdy małżonkowie, którzy nie mają dzieci lub których dzieci się usamodzielniły, pozostają w separacji faktycznej. W takiej jednak sytuacji obowiązek przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny będzie sprowadzał się do obowiązku alimentowania jednego z małżonków przez drugiego, którego podstawą będzie art. 27 k.r.o.

potrzeb osobistych drugiego małżonka. Obowiązek ten powstaje w momencie zawarcia małżeństwa i wygasa na skutek rozwiązania związku małżeńskiego przez rozwód, bądź w wyniku unieważnienia małżeństwa lub sądowego orzeczenia separacji. Pozostawanie przez małżonków w separacji faktycznej, czy też brak wspólnych dzieci, nie wpływają na jego istnienie, lecz mogą oddziaływać na sposób ukształtowania obowiązku z art. 27 k.r.o., a w wyjątkowych sytuacjach dają możliwość uchylenia się od jego wykonywania ze względu na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego (art. 144^1 k.r.o.).

Bibliografia

Androulidaki-Dimitriadi I., *Family Law in Greece*, The Netherlands 2010.

Антокольская М.В., *Семейное право: Учебник*, Москва 2002.

Banaszak B., Zieliński M., *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 7, s. 352–361.

Boele-Woelki K., Braat B., Curry-Sumner I. (red.), *European Family Law in Action. Volume IV: Property Relations between Spouses*, Antwerp–Oxford–Portland 2009.

Boele-Woelki K., Miles J., Scherpe J.M. (red.), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge–Antwerp–Portland 2011.

Bugajski B., *Majątkowe skutki małżeństwa niezależne od ustroju majątkowego w prawie szwajcarskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2015, nr 4, s. 849–874.

Dobrzański B., *Glosa do uchwały SN z dnia 7.06.1972 r., III CZP 43/72*, „Nowe Prawo" 1973, nr 9, s. 1352–1358.

Dolecki H., Sokołowski T. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010.

Douga A., Koumpli V., *On the regulation of maintenance obligations in Greece*, „Revue hellénique de droit international" 2014, t. 67, s. 931–960.

Godsk Pedersen H.V., Lund-Andersen I., *Family Law in Denmark*, The Netherlands 2011.

Goettel M., *Koncepcja podstawowych praw i obowiązków małżonków w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym* (w:) T. Płoski, J. Krzywkowska (red.), *Matrimonium spes mundi: małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym, polskim i międzynarodowym: księga pamiątkowa dedykowana ks. prof. Ryszardowi Sztychmilerowi*, Olsztyn 2008.

Górecki J., *Obowiązek alimentacyjny między małżonkami*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prawo" 1957, nr 4, s. 177–226.

Grudziński M., Ignatowicz J. (red.), *Kodeks rodzinny. Komentarz*, Warszawa 1959.

Gwiazdomorski J., *„Alimentacyjny" obowiązek między małżonkami*, Warszawa 1970.

Gwiazdomorski J., *Krewni uprawnieni do żądania i obowiązani do dostarczania utrzymania*, „Państwo i Prawo" 1954, nr 1, s. 80–106.

Gwiazdomorski J., *Obowiązek z art. 27 k.r.o. w wypadkach zerwania pożycia małżeńskiego (Uwagi do uchwały SN z dnia 7 sierpnia 1974 r., III CZP 46/74, OSNCP 1975, poz. 160)*, „Nowe Prawo" 1976, nr 6, s. 843–858.

Ignaczewski J. (red.), *Rozwód i separacja*, „Sądowe Komentarze Tematyczne", Warszawa 2010.

Janiszewska B., *Zwrot kwoty uiszczonej tytułem zabezpieczenia roszczenia alimentacyjnego na czas trwania procesu o rozwód*, „Radca Prawny" 2011, nr 2, s. 86–89.

Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Małżeństwo. Komentarz do art. 1–61[6]*, Warszawa 2013.

Kabza E., *Problem stosowania analogii w prawie cywilnym*, „Forum Prawnicze" 2010, nr 1, s. 44–65.

Koziol H., Bydlinski P., Bollenberger R. (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wiedeń 2007.

Крашенинников П.В. (red.), *Семейное право*, Москва 2008.

Krzemiński Z., Żywicki W., *Zbieg procesu rozwodowego z procesem o alimenty*, „Palestra" 1967, nr 4, s. 28–42.

Łukasiewicz J.M., *Strony stosunku zobowiązaniowego – zarys problematyki* (w:) J.M. Łukasiewicz, I. Ramus (red.), *Prawo alimentacyjne. Zagadnienia systemowe i proceduralne*, t. 1, Toruń 2015.

Marciniak A., Piasecki K. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz. Art. 730–1088*, Warszawa 2015.

Mróz T., *Zgoda małżonka na dokonanie czynności prawnej w ustroju majątkowej wspólności ustawowej*, Warszawa 2011.

Nielsen L., *Family Rights and the „Registered Partnership" in Denmark*, „International Journal of Law and the Family" 1990, nr 4, s. 297–307.

Низамиева О.Н., *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный)*, Москва 2010.

Panowicz-Lipska J., *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991.

Panowicz-Lipska J., *Skutki prawne separacji faktycznej. Zarys problematyki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1977, nr 2, s. 71–86.

Pedro R.T., *Family Solidarity and the Principle of Self-Sufficiency – The Role Played by the Obligation of Spousal Maintenance: An Overview of the Portuguese Law*, „International Journal of Law, Policy and the Family" 2011, t. 25(2), s. 244–259.

Piasecki K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009.

Piątowski J.St. (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985.

Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015.

Rooij de M., Schmidt G., Kaar van het B.J., *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law. National report – the Netherlands*, Commission Européenne JAI/A3/2001/03.

Schwenzer I., Dimsey M., *Model Family Code: From a global perspective*, Antwerpen–Oxford 2006.

Smyczyński T., *Alimentacja dzieci a obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1977, nr 2, s. 36–56.

Smyczyński T., *Glosa do wyroku SN z dnia 28.01.1998 r., II CKN 585/97*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1999, nr 2, poz. 29.

Smyczyński T., *Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna państwa*, Wrocław 1978.

Smyczyński T., *Prawa i obowiązki małżonków*, „Studia Prawa Prywatnego" 2007, z. 5, s. 3–19.

Smyczyński T. (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, „System Prawa Prywatnego", t. 11, Warszawa 2014.

Smyczyński T., *Roszczenia alimentacyjne a zasady współżycia społecznego*, „Studia Prawnicze" 1983, nr 1, s. 51–90.

Stępień-Sporek A., *Wspólne prawo majątkowe małżeńskie dla Unii Europejskiej*, Gdańsk 2014.

Stewart J. (red.), *Family Law. Jurisdictional comparisons*, London 2011.

Strzebińczyk J., *Obowiązek ojczyma (macochy) według art. 27 k.r.io.*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1979, seria „Prawo", t. 74, s. 37–50.

Strzebińczyk J., *Udział powinowatych dziecka w jego utrzymaniu i wychowaniu według KRO*, Wrocław 1985.

Sylwestrzak A., *Skutki prawne separacji*, Warszawa 2007.

Szeibert O., *Solidarity and Maintenance Obligations in the Family – Old and New Elements in the New Hungarian Civil Code*, „ELTE Law Journal" 2014, nr 2, s. 77–88.

Szer S., *Prawo rodzinne w zarysie*, Warszawa 1969.

Szlęzak A., *Zasada równej stopy życiowej w prawie rodzinnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1985, nr 1, s. 37–50.

Szwed A., *Rodzina – ujęcie socjologiczne i prawne*, „Rodzina i Prawo" 2007, nr 3, s. 23–40.

Szymańska B., *Przegląd orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia roszczeń o zaspokajanie potrzeb rodziny lub alimenty na rzecz małoletnich dzieci w toku sprawy o rozwód lub separację ze szczególnym uwzględnieniem lat 2012–2013*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej" 2014, nr IV, s. 39–52.

Травкин А.А., Фетюхин Ю.М., *Имущественные отношения супругов по новому семейному законодательству Российской Федерации*, Волгоград 1999.

Zieliński A., *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód*, Warszawa 2013.

Orzecznictwo

Orzecznictwo sądów polskich

Wyrok TK z dnia 25 października 2012 r., SK 27/12, Legalis nr 540084.

Orzeczenie SN z dnia 25 lipca 1946 r., C III 383/46, OSNC 1947, nr 1, poz. 30.

Uchwała Izby Cywilnej SN z dnia 19 września 1947 r., C 4/47, OSNC 1947, nr 3, poz. 60.

Orzeczenie SN z dnia 26 listopada 1948 r., C 537/48, „Państwo i Prawo" 1949, z. 2.

Orzeczenie SN z dnia 17 marca 1950 r., C 340/49, „Nowe Prawo" 1951, nr 11.

Orzeczenie SN z dnia 16 kwietnia 1952 r., C 697/52, „Nowe Prawo" 1953, nr 5.

Orzeczenie SN z dnia 7 marca 1953 r., C 2031/52, OSNCK 1953, nr 4, poz. 123.

Orzeczenie SN z dnia 9 listopada 1953 r., I C 201/53, OSNCK 1955, nr 2, poz. 23.

Orzeczenie SN z dnia 26 marca 1954 r., I CR 327/54, OSNCK 1954, nr 4, poz. 90.

Orzeczenie SN z dnia 1 lipca 1954 r., I CR 214/54, „Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości" 1955, z. 5.

Orzeczenie SN z dnia 3 maja 1955 r., II CR 1221/54, Lex.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 29 stycznia 1960 r., I CO 43/59, OSNCK 1960, nr 3, poz. 66.

Wyrok SN z dnia 26 marca 1969 r., III CRN 54/69, Lex nr 6480.

Uchwała SN z dnia 7 czerwca 1972 r., III CZP 43/72, OSNCP 1972, nr 11, poz. 198.

Postanowienie SN z dnia 19 lipca 1974 r., II CO 9/74, Lex nr 7560.

Uchwała SN z dnia 7 sierpnia 1974 r., III CZP 46/74, OSNCP 1975, nr 12, poz. 160.

Wyrok SN z 23 stycznia 1975 r., III CRN 369/74, Legalis nr 18518.

Uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976, nr 9, poz. 184.

Uchwała SN z dnia 13 października 1976 r., III CZP 49/76, Lex nr 7855.

Wyrok SN z dnia 25 września 1978 r., III CRN 161/78, Legalis.

Uchwała SN z dnia 5 października 1982 r., III CZP 38/82, Lex nr 2812.
Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej i Administracyjnej SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 42.
Wyrok SN z dnia 24 sierpnia 1990 r., I CR 422/90, OSNC 1991, z. 10-12, poz. 124.
Uchwała SN z dnia 18 listopada 1994 r., III CZP 146/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 48.
Wyrok SN z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97, OSP 1999, nr 2, poz. 29.
Wyrok SN z dnia 26 maja 1999 r., III CKN 153/99, Lex nr 50731.
Postanowienie SN z dnia 19 października 1999 r., II CZ 108/99, Lex nr 38565.
Wyrok SN z dnia 17 listopada 1999 r., III CKN 446/98, Lex nr 1126908.
Uchwała SN z dnia 20 października 2010 r., III CZP 59/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 52.
Uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 77/12, OSNC 2013, z. 5, poz. 62.
Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 września 2010 r., III AUa 474/10.
Postanowienie SA w Gdańsku z dnia 22 marca 2013 r., V ACz 213/13.
Postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 maja 2013 r., I ACz 797/13.
Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 22 października 2013 r., I ACz 1805/13.
Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 25 lutego 2014 r., I ACz 108/14.
Wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 maja 2014 r., III AUA 1441/13.
Postanowienie SA w Katowicach z dnia 10 września 2014 r., I ACz 670/14.
Wyrok SA w Katowicach z dnia 26 listopada 2015 r., I ACa 671/15.
Postanowienie SO w Słupsku z dnia 28 lutego 2013 r., IV Cz 96/13.
Wyrok SO w Białymstoku z dnia 6 marca 2013 r., II Ca 73/13.
Wyrok SO w Sieradzu z dnia 2 października 2013 r., I Ca 354/13.
Wyrok SO w Poznaniu z dnia 17 grudnia 2013 r., II Ca 727/13.
Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 27 lutego 2014 r., II Ca 70/14.
Wyrok SO w Gliwicach z dnia 2 grudnia 2015 r., III Ca 1582/14.
Wyrok SR w Strzelcach Opolskich z dnia 14 listopada 2012 r., III RC 93/10.
Wyrok SR w Środzie Śląskiej z dnia 3 września 2013 r., III RC 2/13.
Postanowienie NSA z dnia 30 września 2008 r., I FZ 374/08.
Postanowienie NSA z dnia 2 lipca 2009 r., I FZ 216/09.
Postanowienie NSA z dnia 28 września 2011 r., I FZ 196/11.
Postanowienie NSA z dnia 2 grudnia 2011 r., I FZ 395/11.
Postanowienie NSA z dnia 2 grudnia 2011 r., II OZ 1266/11.
Postanowienie NSA z dnia 12 listopada 2012 r., I FZ 42/12.
Postanowienie NSA z dnia 3 września 2013 r., I GZ 311/13.
Postanowienie NSA z dnia 18 kwietnia 2014 r., II FZ 519/14.
Postanowienie NSA z dnia 8 września 2014 r., I FZ 388/14.
Postanowienie NSA z dnia 13 listopada 2014 r., I GZ 486/14.
Postanowienie NSA z dnia 15 grudnia 2015 r., I GZ 876/15.
Postanowienie NSA z dnia 12 stycznia 2016 r., II FZ 996/15.
Postanowienie WSA w Gliwicach z dnia 13 stycznia 2016 r., I SA/Gl 1231/15.
Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 19 stycznia 2016 r., VIII SA/Wa 831/14.
Postanowienie WSA w Poznaniu z dnia 21 stycznia 2016 r., I SA/Po 1101/13.

Orzecznictwo sądów zagranicznych

Orzeczenie *Oberster Gerichtshof* (Austria) z dnia 23 kwietnia 1963 r., „Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen" 36/1964.
Orzeczenie *Oberster Gerichtshof* (Austria) z dnia 20 grudnia 1977 r., „Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen" 1978, t. 14, 28.534.
Orzeczenie *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* z dnia 24 stycznia 1989 r., „Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen" 1991, t. 26, 58.715.
Orzeczenie *Hof van Beroep te Brussels* (Belgia) z dnia 13 stycznia 2005 r., „Nieuw juridisch weekblad" 2005, nr 114.
Orzeczenie *Hof de Cassatie van België* z dnia 27 listopada 2007 r., „Tijdschrift voor Familierecht" 2008, nr 2.

Michał Derek

Odpowiedzialność karna za współdziałanie w wykonaniu czynu zabronionego popełnionego poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Michał Derek

Doktorant w Zakładzie Bioetyki i Prawa Medycznego przy Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, asystent radcy w Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Zastępca sekretarza redakcji czasopisma „Forum Prawnicze".

Criminal Liability for Co-Perpetration of an Act Committed Abroad

The aim of the paper is to expound the issue of criminal liability of a co-perpetrator of an offence (for instance, an aider or abettor), particularly in the case where the act, permissible by the legislation in force in the country where the chief perpetrator operated, is prohibited under penalty in the Republic of Poland. In this connection, matters such as state sovereignty, the functions of criminal law and the scope of protection of legal goods are discussed. In the first part of the article, provisions of the Polish Criminal Code that regulate co-perpetration are presented. Furthermore, a dogmatic analysis of the term "prohibited act" is attempted, followed by a corollary that for the sake of the protection of legal goods it is required that Polish criminal law react to the acts of the co-perpetrator even where the perpetrator acted within the bounds of the overseas law. The legality of the act committed by the perpetrator abroad is of no consequence as against the assessment of the criminal character of the co-perpetrator's acts insofar as they were criminal pursuant to the law of the Republic of Poland.

Wprowadzenie

W 2014 r. Sąd Najwyższy stanął przed próbą odpowiedzi na pytanie, czy stanowi przestępstwo czyn polegający na udzieleniu pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży[1], poprzez przekazanie numeru telefonu kontaktowego do znajdującego się poza granicami kraju ośrodka zajmującego się wykonywaniem aborcji i zapewnienie o możliwości osobistego transportu do tego miejsca, a ponadto czyn polegający

1 Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 z późn. zm.

na nakłanianiu do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy o planowaniu rodziny. Wcześniej, wyrokiem z dnia 27 listopada 2013 r.[2], Sąd Okręgowy w Krakowie uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu, który stanowi występek z art. 152 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny[3] (dalej: kodeks karny, k.k.), a w konsekwencji wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności. Wskutek apelacji oskarżonego Sąd Apelacyjny w Krakowie wyrokiem z dnia 22 kwietnia 2014 r.[4] uniewinnił go, zauważył bowiem, że desygnatem znamienia „przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy" może być tylko takie przerwanie ciąży, które podlega przepisom polskiego prawa, a skoro aborcja poza terytorium Polski nie jest objęta polskimi regulacjami, zatem nie jest tam możliwe naruszenie polskiej ustawy. Sąd ponadto wskazał, iż przywołaną regułę należy stosować również do zrealizowanych na terytorium Polski typów podżegania i pomocnictwa do przerwania ciąży, gdy sam zabieg jest lub ma być dokonany za granicą, wszak „[n]iesprawiedliwe byłoby (…) karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem"[5]. Do orzeczenia zgłoszono zdanie odrębne, którego istota sprowadzała się do wyrażenia poglądu, iż zarzucone udzielenie pomocy w przerwaniu ciąży ma charakter formalny, a więc zostaje dokonane, gdy sprawca zrealizował znamiona bez względu na to, czy samo przerwanie ciąży zostało przeprowadzone w Polsce, czy w kraju, w którym zabieg ten jest zgodny z prawem.

Przytoczone orzeczenie II instancji zostało zaskarżone kasacją na niekorzyść oskarżonego. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 20 listopada 2014 r. uznał kasację za zasadną, w związku z czym uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu. W uzasadnieniu wskazał, że zważywszy na treść art. 6 § 2 k.k., miejscem popełnienia przestępstwa jest miejsce działania sprawcy, zaś zachowania odpowiadającego znamionom przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. oskarżony dopuścił się na terytorium Polski. Sąd uznał zatem, że miejsce dopuszczenia się samej czynności przerwania ciąży jest irrelewantne. Na ocenę zachowania oskarżonego nie może ponadto wpływać okoliczność, iż na terytorium obcego państwa zabieg ten jest legalny.

Przytoczone wyroki ukazują problem prawny, jakim jest ustalenie odpowiedzialności karnej za współdziałanie w wykonaniu czynu popełnionego poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W doktrynie prawa karnego brakuje szerszych opracowań dotyczących odpowiedzi na pytania stanowiące istotę tego zagadnienia. Taki stan polskiej nauki prawa w zakresie omawianej problematyki należy uznać za niezadowalający co najmniej z kilku powodów. Po pierwsze, wskazany przypadek nie był jedynym tego rodzaju, który został rozpatrzony przez polską judykaturę[6]. Po drugie, w związku z sygnalizowanym w mediach nietrudnym dostępem do placówek zajmujących się przeprowadzaniem zabiegu przerwania ciąży legalnym z punktu widzenia krajów, w których zabieg ten jest dokonywany (m.in. Austrii, Słowacji, Niemiec i Holandii), należy spodziewać się, że przypadki nakłaniania i pomocy do takich czynów nie będą zjawiskiem rzadkim. Po trzecie zaś, zagadnienie odpowiedzialności za współdziałanie w wykonaniu czynu popełnionego za granicą nie jest ograniczone wyłącznie do zabiegu przerwania ciąży, ale może również dotyczyć współdziałania w wielu innych czynach zabronionych z punktu widzenia prawa polskiego, a dozwolonych z punktu widzenia prawa państwa, na terytorium którego działał (lub miał działać) sprawca bezpośredni czynu. Wydaje się, że gałęzią prawa, w której napięcia pomiędzy zakresem penalizacji określonych zachowań w różnych krajach mogą wystąpić często, a zachowania te wkraczają w obszar kluczowych wolności człowieka – przede wszystkim życia i zdrowia – jest prawo medyczne. Właśnie w sferze tej dziedziny standard postępowania nie jest jednolity, co ujawnia się m.in.

2 Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 listopada 2013 r., III K 281/12, niepubl.

3 Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 z późn. zm.

4 Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., II AKa 37/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe" 2014, z. 5 (281).

5 Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., II AKa 37/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe" 2014, z. 5 (281), s. 31–32.

6 Zob. również wyrok SO w Świdnicy z dnia 20 stycznia 2015 r., III K 96/14, a także wyrok SA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2015 r., II AKa 401/15. Orzeczenia dostępne online na portalach orzeczeń odpowiednich sądów: http://orzeczenia.swidnica.so.gov.pl/ oraz http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/.

w przypadku metod leczenia, zakresu zgody pacjenta na leczenie oraz określonego podejścia do zasady nienaruszalności ciała ludzkiego. Takie zróżnicowanie uregulowań, których przedmiot wielokrotnie stanowią kwestie bioetyczne, stwarza potrzebę odpowiedzi na pytanie o zakres odpowiedzialności karnej za realizację czynów zabronionych w myśl polskiej ustawy, które są jednak legalne w państwie, w którym czynność realizująca znamiona określone w typie czynu była (lub miała być) podjęta.

Wartości zakorzenione w kulturze, historii i przekonaniach moralnych społeczeństwa stanowią fundament wspólnoty obywateli tworzącej państwo. Prawo karne służy ochronie tych wartości. Gdy natomiast ochrony tej brakuje, pod znakiem zapytania stoi prawidłowa egzystencja wspólnoty.

Kwestia ustalenia odpowiedzialności karnej sprawcy bezpośredniego, który działa poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zasadniczo nie powoduje trudności interpretacyjnych. Niemniej jednak, wziąwszy pod uwagę fakt, że polski kodeks karny normuje ponadto inne formy sprawczego bądź niesprawczego współdziałania w czynie zabronionym, należy ustalić, czy podlega odpowiedzialności karnej współdziałający w czynie legalnym za granicą, a zabronionym pod groźbą kary w Polsce.

Ustosunkowanie się do tak zarysowanego problemu nie powinno być traktowane wyłącznie jako techniczna odpowiedź na pytanie o to, czy czyn realizuje znamiona typu opisane w polskiej ustawie karnej. Rzecz jasna i ta kwestia nie powinna być bagatelizowana, bowiem ustalenie odpowiedzialności karnej rzutuje na zakres korzystania z praw i wolności zagwarantowany przez Konstytucję RP i normy prawa międzynarodowego. Wydaje się jednak, że próba prawnej oceny sytuacji, w której sprawca współdziała w czynie legalnym za granicą, otwiera na nowo dyskusję dotyczącą funkcji prawa karnego. Wiadomo wszak, że wobec norm prawa karnego wyraża się wiele oczekiwań co do ich roli w porządku prawnym. Wyróżnia się zatem zazwyczaj trzy lub cztery funkcje tej dziedziny prawa: ochronną, sprawiedliwościową, gwarancyjną, a czasem również kompensacyjną[7]. Spośród nich za fundamentalną uznaje się funkcję ochronną, która determinuje znaczenie prawa karnego jako zespołu norm nakierowanego na ochronę dóbr prawnych uznanych przez ustawodawcę za cenne przed zachowaniem, które mogłoby prowadzić do ich naruszenia lub narażałoby je na niebezpieczeństwo unicestwienia[8]. W konsekwencji trzeba więc określić, jakie stany rzeczy wchodzą w zakres tych dóbr, a także to, jakim systemem aksjologicznym kieruje się ustawodawca.

Rozwiązanie dylematu dotyczącego odpowiedzialności współdziałającego w czynie legalnym za granicą dotyka jeszcze dalej idących kwestii. Wątpliwości może dostarczyć przecież nie tylko to, czy państwo może

7 Zob. np. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 14–16; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 6–7; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 39–46.

8 Zob. K. Szczucki, *Dobro wspólne u podstaw decyzji kryminalizacyjnej* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 267. Zob. także W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo*…, dz. cyt., s. 39–40.

(i powinno) karać za sprzeciwiające się polskiej ustawie karnej czyny popełnione za granicą, ale także pytanie, czy dopuszczalne jest w ogóle wartościowanie z punktu widzenia własnych norm zakazujących i nakazujących określone zachowanie. Powyższe zagadnienie jest uwikłane ponadto w problem odpowiedniego rozumienia suwerenności państwa – zarówno tego, w którym działał (lub miał działać) sprawca bezpośredni, jak i tego, w którym swój czyn realizował współdziałający. Stąd przedmiotem zainteresowania powinny być również obowiązki i zadania państwa w kontekście dóbr prawnych, które ze względu na określony system wartości uważane są za godne ochrony, w tym także za pomocą prawa karnego. W największym uogólnieniu zagadnienie wymaga określenia roli wspólnoty państwowej oraz jej suwerenności w kontekście uznawanych wartości; wszak to właśnie wartości zakorzenione w kulturze, historii i przekonaniach moralnych społeczeństwa stanowią fundament wspólnoty obywateli tworzącej państwo. Prawo karne służy ochronie tych wartości. Gdy natomiast ochrony tej brakuje, pod znakiem zapytania stoi prawidłowa egzystencja wspólnoty[9]. Niemniej jednak, nawet gdy powyższą tezę uzna się za prawdziwą, nie jest bynajmniej oczywisty zakres zaangażowania prawa państwowego w ochronę dóbr; tę zaś ujawniają poddane interpretacji reguły zawarte w odpowiednich przepisach kodeksu karnego.

Konstrukcja przestępnych form współdziałania w kodeksie karnym z 1997 r.

Zasady odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie opisują materialne podstawy reakcji karnej na przypadki, w których w popełnieniu przestępstwa uczestniczy więcej niż jedna osoba, a czynności poszczególnych osób wypełniające znamiona czynu w znacznym stopniu różnią się między sobą. Punktem wyjścia do szczegółowych rozważań jest art. 18 k.k. Przepis ten wprowadza cztery formy sprawcze: sprawstwo pojedyncze, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze oraz sprawstwo polecające (§ 1), a ponadto dwie formy niesprawcze: podżeganie (§ 2) i pomocnictwo (§ 3). Warunki uznania odpowiedzialności karnej sprawcy działającego w formie sprawstwa pojedynczego poza granicami RP regulowane są przez normy zawarte w rozdziale XIII kodeksu karnego zatytułowanym *Odpowiedzialność za przestępstwa popełnione za granicą*. Nie budzą one wątpliwości interpretacyjnych z perspektywy zagadnienia będącego przedmiotem niniejszego artykułu, stąd zostają w tym miejscu pominięte, podobnie jak współsprawstwo, które – szczególnie przy przyjęciu koncepcji formalno-obiektywnej – nie zarysowuje w modelowy sposób istoty problemu. Z tej racji przedmiot analizy będzie stanowić sprawstwo kierownicze i polecające (niewykonawcze formy sprawstwa), podżeganie oraz pomocnictwo (niesprawcze formy współdziałania).

Zarówno sprawstwo kierownicze, jak i polecające stanowią wyraz rozszerzenia zakresu odpowiedzialności za sprawstwo. Sprawstwo pojedyncze dla swej realizacji wymaga wykonania czynu zabronionego przez tę samą osobę, zaś formy sprawstwa z art. 18 § 1 zd. 3 i 4 k.k. zawsze wymagają współdziałania z inną osobą. Kierujący wykonaniem czynu zabronionego albo polecający jego dokonanie samodzielnie nie wypełnia żadnego z elementów typu określonego w części szczególnej kodeksu karnego. Wskazuje się, że sprawca kierowniczy i polecający popełniają czyn zabroniony o szczególnych znamionach, właściwych dla tych form[10]. Nie jest to wyłącznie zespół znamion przedmiotowych określony w odpowiednim typie czynu z części szczególnej kodeksu karnego rozszerzony o znamię strony podmiotowej, gdyż może on znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku sprawstwa pojedynczego. Forma sprawstwa kierowniczego i polecającego opisana w kodeksie karnym jawi się jako struktura złożona, zawierająca zespół znamion typu zawartego w części szczególnej, charakterystyczny dla zachowania sprawcy pojedynczego, oraz szczególne znamiona określone w art. 18 § 1 k.k. (odpowiednio zd. 3 albo 4), wskazujące na popełnienie przestępstwa w specyficznych formach sprawczych. W procesie wykładni łączy się zatem przepis art. 18 § 1 k.k. z odpowiednim przepisem części szczególnej. Dzięki takiemu zabiegowi czynność karalna polega nie na

9 Tak K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 142.

10 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 491; A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 59.

bezpośrednim zrealizowaniu zachowania właściwego dla jednosprawstwa (np. zabiciu człowieka), ale na kierowaniu wypełnieniem tych znamion przez inną osobę albo wydaniu innej osobie polecenia wypełnienia tych znamion (np. kierowaniu zabiciem człowieka dokonanym przez inną osobę albo polecaniu innej osobie zabicie człowieka)[11].

Taka konstrukcja określa dwie czynności sprawcze. Pierwsza z nich dotyczy kierującego zachowaniem (albo polecającego to zachowanie) i opisuje samodzielne znamię czynnościowe przypisywalne sprawcy niewykonawczemu. Druga z nich odnosi się do sprawcy bezpośredniego, który realizuje te same znamiona typu, które zrealizowałby sprawca pojedynczy. Znamię odnoszące się do sprawcy kierowniczego stanowi „kierowanie". Z kolei w przypadku sprawcy polecającego znamieniem czynnościowym jest „wydanie innej osobie polecenia spełnienia zachowania stanowiącego realizację znamion opisanych w przepisie części szczególnej"[12]. Jak już wskazano, samo kierowanie zachowaniem stanowiącym czyn zabroniony albo polecenie jego dokonania nie jest wystarczające do przypisania odpowiedzialności sprawcy. Formy sprawstwa podlegające analizie nie są bowiem współdziałaniem abstrakcyjnym, a jednocześnie nie występują typy opisujące *sui generis* przestępstwo kierowania dokonaniem czynu zabronionego bądź jego polecenia. Formy z art. 18 § 1 zd. 3 i 4 k.k. są związane z konkretną czynnością dokonywaną przez inną osobę. Stąd też dla wypełnienia znamion czynu zabronionego w tych formach konieczne jest ponadto wystąpienie „skutku" w postaci wypełnienia znamion typu przez zachowanie osoby kierowanej (przyjmującej polecenie)[13]. W tym wyraża się akcesoryjność odpowiedzialności sprawcy niewykonawczego, bowiem warunkiem jej przypisania jest w każdym przypadku wypełnienie znamion typu czynu przez sprawcę bezpośredniego. W przypadku gdyby sprawca bezpośredni nie dokonał czynu zabronionego, który stanowił przedmiot czynności kierowania albo wykonania polecenia, sprawca kierowniczy lub polecający nie odpowiadałby za dokonanie czynu zabronionego, a jedynie za usiłowanie jego popełnienia[14].

Zarysowanie konstrukcji, której konstytutywną cechą jest wystąpienie owych dwóch elementów, ujmowanych w uproszczeniu jako realizacja znamienia kierowania (polecenia) wykonaniem czynu zabronionego oraz realizacja tego czynu przez inną osobę, nie byłoby pełne, gdyby pominąć *ratio* takiego ujęcia. Dlaczego zatem uznaje się za zasadne użycie reakcji karnej wobec sprawcy kierowniczego i polecającego? Z perspektywy bezprawności, stanowiącej podstawową przesłankę odpowiedzialności karnej, sprawca taki przekracza określony zakaz/nakaz, a zatem sprzeciwia się normie sankcjonowanej. Przyjmuje się, że jej treść jest tożsama z treścią normy sankcjonowanej stanowiącej podstawę odpowiedzialności sprawcy pojedynczego. Odpowiedni nakaz lub zakaz trzeba odnosić do odpowiedniego dobra prawnego, dla istnienia którego zachowanie sprawcy kierowniczego lub polecającego jest zagrożeniem. Popełnienie przestępstwa w formie sprawstwa kierowniczego lub polecającego nie narusza odrębnego dobra prawnego, jakim mogłaby być choćby integralność porządku prawnego[15]. Jak już sygnalizowano, podstawową funkcją prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych. Realizacja czynu z art. 18 § 1 zd. 3 lub 4 k.k. może być powiązana z odpowiednim typem czynu zabronionego z części szczególnej k.k. w formie dokonania jedynie wówczas, gdy rzeczywiście określone dobro prawne stanowiące przyczynę istnienia w systemie tego czynu zostanie naruszone bądź narażone. Sprawstwo kierownicze i polecające czerpie swój sens z dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę[16]. Naganność tych zachowań ma natomiast związek z faktem, że stanowią one istotny wkład w realizację czynu popełnionego przez sprawcę bezpośredniego, nierzadko będąc inspiracją do zachowania wkraczającego w fazę dokonania

11 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 505 i 537.

12 Tamże, s. 536.

13 Zob. np. tamże, s. 515; A. Liszewska, *Współdziałanie…*, dz. cyt., s. 61. Por. odmiennie Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 139–161; tenże, *Prawo karne. Wykład części szczególnej*, Warszawa 2015, s. 161–165.

14 Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 267.

15 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 501. Por. odmiennie A. Liszewska, *Współdziałanie…*, dz. cyt., s. 67.

16 Zob. J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 156.

działań naruszających reguły postępowania z dobrem prawnym albo znacznie ułatwiające osiągnięcie tego stanu. Ocena sprawstwa kierowniczego i polecającego w kontekście zachowań innych współdziałających wskazuje na szczególną zawartość bezprawia i społecznych konsekwencji przekroczenia norm prawnych. Nie należy ponadto abstrahować od czynności sprawcy bezpośredniego, która jest nierozerwalnie związana z czynnością pozostałych współdziałających na poziomie generowania stanu niebezpieczeństwa dla chronionych praw i wolności. Jednocześnie należy pamiętać o indywidualizacji odpowiedzialności karnej każdego ze współdziałających w tym sensie, iż do przypisania odpowiedzialności sprawcy kierowniczego lub polecającego nie jest konieczne popełnienie przestępstwa, lecz jedynie wypełnienie znamion czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego.

Naganność zachowania zrealizowanego przez sprawcę kierowniczego lub polecającego wiąże się z faktem, że stanowi ono istotny wkład w realizację czynu popełnionego przez sprawcę bezpośredniego, nierzadko będąc inspiracją do zachowania wkraczającego w fazę dokonania działań naruszających reguły postępowania z dobrem prawnym albo znacznie ułatwiające osiągnięcie tego stanu.

Wyrazem rozszerzenia odpowiedzialności poza formy określone w art. 18 § 1 k.k. jest występowanie w kodeksie karnym tzw. form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, których podstawą jest art. 18 § 2 (podżeganie) i § 3 k.k. (pomocnictwo). Zgodnie z tą koncepcją podżeganie i pomocnictwo stanowią odrębne przestępstwa, co powoduje, że odpowiedzialność współdziałającego podżegacza lub pomocnika nie wynika z udziału w przestępstwie sprawcy bezpośredniego, który był nakłaniany (lub któremu udzielono pomocy). Podobnie jak w przypadku sprawstwa kierowniczego i polecającego, podżeganie i pomocnictwo to przestępstwa o złożonej strukturze normatywnej. Składają się na nią elementy określone odpowiednio w art. 18 § 2 lub 3 k.k. oraz w odpowiednim typie czynu zabronionego zawartym w części szczególnej kodeksu karnego. W przypadku podżegania znamionami stałymi jest „nakłanianie" oraz opis strony podmiotowej przyjmującej postać działania z zamiarem bezpośrednim. Analogicznie w odniesieniu do pomocnictwa, znamieniem stałym jest „ułatwienie" innej osobie dokonania czynu zabronionego. Pomocnik ma działać „w zamiarze", a zatem umyślnie. Znamiona zmienne są natomiast zaczerpnięte z części szczególnej, gdyż to tam opisana jest konkretna czynność, którą zgodnie z intencją podżegacza (lub według zamiaru pomocnika) ma zrealizować sprawca bezpośredni. Stąd zaś należy zważyć, że obie niesprawcze formy współdziałania nie mają charakteru przestępstw *sui generis*. Nie wynika z nich zakaz podżegania lub pomocnictwa *in abstracto* do każdego zachowania bezprawnego, czy też w stosunku do bliżej nieokreślonego kręgu podmiotów, *ad incertam personam*[17]. Odnoszą się one do konkretnej czynności sprawcy bezpośredniego opisanej jako typ czynu zabronionego w części szczególnej ko-

17 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 582.

deksu karnego. Konieczne jest jednak zwrócenie uwagi na to, że kodeksowe ujęcie form zjawiskowych – idąc w ślad za koncepcją Juliusza Makarewicza – odrywa się od akcesoryjności w tym znaczeniu, że dla realizacji przestępstw z art. 18 § 2 i 3 k.k. w formie dokonania nie jest konieczne dokonanie, a nawet usiłowanie popełnienia przestępstwa przez sprawcę bezpośredniego.

W doktrynie sporne jest, kiedy następuje wypełnienie znamion podżegania ze względu na brak zgody co do formalnego bądź skutkowego charakteru tego przestępstwa. Zgodnie z pierwszym poglądem podżeganie jest dokonane po podjęciu przez podżegacza czynności nakłaniania, choćby była ona bezskuteczna[18]. W drugim ujęciu za skutek uznaje się wywołanie u nakłanianego zamiaru dokonania czynu zabronionego[19]. Podżeganie jest więc dokonane wtedy, gdy nakłanianie podżegacza znajdzie odzwierciedlenie w nastawieniu osoby nakłanianej w tym znaczeniu, iż ma ona zamiar zrealizowania zachowania stanowiącego zawarty w treści podżegania czyn zabroniony.

W przeciwieństwie do niewykonawczych form sprawstwa uznaje się, że norma sankcjonowana niesprawczych form współdziałania nie jest tożsama z normą sankcjonowaną właściwą dla sprawstwa pojedynczego, wyraża się natomiast w zakazie nakłaniania innej osoby do przekroczenia stosownej normy sankcjonowanej z danego przepisu[20]. Z samego przepisu części szczególnej kodeksu karnego nie wynika podstawa do stwierdzenia bezprawności czynności polegającej na podżeganiu lub pomocnictwie. W tym ujęciu ujawnia się raz jeszcze indywidualizacja odpowiedzialności sprawcy wskazanych form zjawiskowych, bowiem również w perspektywie bezprawności zupełnie irrelewantne jest przekroczenie normy postępowania przez sprawcę bezpośredniego. Aby zatem zdekodować normę sankcjonowaną podżegania lub pomocnictwa, należy odczytać zarówno art. 18 § 2 lub 3 k.k., jak i artykuł opisujący typ z części szczególnej. Wówczas okazuje się, że zachowanie współdziałającego naraża na niebezpieczeństwo określone dobro prawne. Owo niebezpieczeństwo jest zupełnie niezależne od tego, czy w istocie dojdzie do negatywnej oceny prawnej ewentualnie zaistniałego zachowania osoby nakłanianej lub otrzymującej pomoc. Zagrożone jest zatem to samo dobro prawne, a różnica wynika z odmiennych form ataku na to dobro.

Ratio wprowadzenia odpowiedzialności podżegacza lub pomocnika wiąże się z tym, że ich czyny stwarzają prawdopodobieństwo realizacji przez sprawcę bezpośredniego zachowania określonego w części szczególnej kodeksu karnego. Bez względu na uznanie skutkowego bądź formalnego charakteru podżegania, w każdym wypadku takiego zachowania występuje niebezpieczeństwo dla podlegającego ochronie dobra prawnego. Co prawda wówczas, gdy sprawca bezpośredni nawet nie usiłował dokonać swojego czynu, zagrożenie dla dobra prawnego jest pośrednie – by nie powiedzieć abstrakcyjne – ale jego bezprawność wynika z potencjalnej możliwości wykonania konkretnego zachowania przez osobą nakłanianą (lub osobę, której udzielono pomocy). Ocena form z art. 18 § 2 i 3 k.k. odrywa się więc od ściśle rozumianego faktycznego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego[21], a za punkt odniesienia uznaje się poziom ryzyka zrealizowania znamion przez sprawcę bezpośredniego. Jednocześnie uważa się, że „stopień bezprawia podżegania, a jeszcze w większym stopniu pomocnictwa, zależeć będzie od stopnia zagrożenia dobra prawnego wynikającego z zaawansowania realizacji czynu zabronionego przez jego sprawcę wykonawczego"[22]. Mając

18 Zob. pogląd A. Zolla wskazany w: W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 277; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 187; A. Liszewska, *Współdziałanie…*, dz. cyt., s. 118.

19 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 576; J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 165–166.

20 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 600–602. O relacjach między normą sankcjonowaną a normą sankcjonującą w prawie karnym zob. przede wszystkim A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1990, R. XXIII, s. 69–95.

21 Zob. A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, „Państwo i Prawo" 2000, z. 6, s. 60. Niemniej jednak należy wskazać, że zgodnie z art. 22 k.k. podżegacz lub pomocnik odpowiada „jak za usiłowanie", jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać, a jeżeli realizacja czynu zabronionego nie wkroczyła jeszcze nawet w stadium usiłowania, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpić od jej wymierzenia.

22 A. Zoll, *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób* (w:) Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.) *Problemy*

powyższe na uwadze, można uznać, że zasadniczą *ratio essendi* podżegania i pomocnictwa jest ochrona dóbr prawnych, stale jednak mając na względzie fakt, że istotą niebezpieczeństwa jest okoliczność, iż to sprawca bezpośredni zrealizuje znamiona typu czynu zabronionego i właśnie on w sposób realny spowoduje „zewnętrzny" efekt w formie zamachu na określone dobra zakorzenione w wartościach uznanych za doniosłe dla wspólnoty politycznej. Takie stwierdzenie nie stoi w sprzeczności z tezą podkreślającą odrzucenie akcesoryjności podżegania i pomocnictwa. Za taką interpretacją opowiedział się również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 17 lipca 2014 r.[23], w którym orzekł o zgodności usiłowania podżegania z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał przychylił się do poglądu, że za regulacją art. 18 § 2 k.k. stoją przede wszystkim względy ochrony dóbr prawnych, a kryminalizacja „na przedpolu" ich naruszenia jest dopuszczalna, a nawet pożądana z punktu widzenia racji kryminalnopolitycznych.

Z powyższej analizy wynika przede wszystkim, że każda ze wskazanych wcześniej form popełnienia przestępstwa stanowi złożoną strukturę normatywną. Elementem zmiennym tej struktury jest w przypadku niewykonawczych form sprawstwa popełnienie czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego, a w przypadku niesprawczych form współdziałania – podżeganie lub pomoc do czynu zabronionego. Sprawca kierowniczy i polecający uczestniczy zatem w realizacji czynu zabronionego poprzez „kierowanie wykonaniem czynu zabronionego" albo „polecenie wykonania czynu zabronionego". Z kolei podżegacz „nakłania inną osobę do dokonania czynu zabronionego", a pomocnik „ułatwia innej osobie popełnienie czynu zabronionego".

W każdym przypadku podżegania lub pomocnictwa występuje niebezpieczeństwo dla podlegającego ochronie dobra prawnego. Bezprawność czynu wynika wówczas z potencjalnej możliwości zrealizowania konkretnego zachowania przez osobą nakłanianą lub osobę, której udzielono pomocy.

Trzeba przypomnieć, że z punktu widzenia niniejszej pracy niezbędne jest ustalenie, czy współdziałający w czynie legalnym za granicą, a nielegalnym w Polsce, popełnia przestępstwo. Miejscem zachowania osoby X jest w założeniu terytorium RP, gdyż właśnie na terenie tego państwa może mieć miejsce działanie polegające np. na pomocy do dokonania czynu Y w innym państwie Z. Kluczowe pytanie, które można uznać za jedno z najważniejszych w tym obszarze badań, sprowadza się do tego, w jakich stanach faktycznych uprawnione jest stwierdzenie, że osoba X współdziałała w wykonaniu czynu zabronionego. Innymi słowy, kwestia dotyczy tego, w jaki sposób należy wartościować treść zachowania, do którego sprawca nakłaniał, którego wykonanie ułatwiał, czy też którym kierował lub które polecał. Określony czyn jest bowiem czynem zabronionym w Polsce, gdzie działał współdziałający, z kolei nie jest czynem zabronionym z perspektywy państwa obcego, w którym nastąpiło (lub miało nastąpić) zachowanie sprawcy bezpośredniego.

odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, s. 324.

23 Wyrok TK z dnia 17 lipca 2014 r., SK 35/12, OTK ZU nr 7A/2014, poz. 74.

Rozumienie pojęcia „czyn zabroniony”

W tym miejscu należy podjąć próbę określenia tego, jaką treść normatywną zawiera sformułowanie „czyn zabroniony” użyte w poszczególnych częściach art. 18 k.k.[24] Definicja czynu zabronionego znajduje się w art. 115 § 1 k.k., zgodnie z którym czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Można na tej podstawie stwierdzić, że za zwrotem „czyn zabroniony” kryją się dwa elementy. Pierwszym z nich jest zachowanie, które podlega ocenie, drugim zaś – kryterium oceny, którym jest przyporządkowanie do znamion zawartych w ustawie karnej[25]. Kryterium oceny stanowią znamiona typu czynu, będące jego szczególnymi cechami. „Czyn zabroniony” można jednak rozumieć dwojako[26]. W pierwszym znaczeniu jest to określenie samego wzorca zachowania, a zatem abstrakcyjnego opisu ustawowego stanowiącego normę abstrakcyjno-generalną. Taka perspektywa odnosi się do czynu zabronionego, do którego ma nakłaniać podżegacz, albo którego dokonanie ma ułatwiać pomocnik, bowiem – jak już wskazano – do dokonania czynu nie jest potrzebne zachowanie sprawcy bezpośredniego[27]. W drugim znaczeniu czyn zabroniony stanowi zachowanie człowieka, które w rzeczywistości realizuje opis zawarty w ustawowym wzorcu[28]. Takie ujęcie występuje w odniesieniu do sprawstwa kierowniczego i polecającego, gdyż o realizacji tej formy sprawstwa można mówić jedynie uznawszy wcześniej, że sprawca znajdujący się pod kierownictwem bądź otrzymujący polecenie w rzeczywistości zachował się w sposób opisany w danym typie w części szczególnej kodeksu karnego.

Polska ustawa karna na poziomie wykładni językowej nie dostarcza informacji o tym, co kryje się pod pojęciem znamion typu czynu zabronionego.

Polska ustawa karna na poziomie wykładni językowej nie dostarcza informacji o tym, co kryje się pod pojęciem znamion typu czynu zabronionego. Wskazuje się, że spór dotyczący tego zagadnienia trwa już od ponad stu lat i do dziś nie został rozstrzygnięty w sposób ostateczny[29]. Rozbieżności pojawiają się przede wszystkim ze względu na różnice w przedmiocie funkcji przypisywanej znaczeniu ustawowych znamion

24 P. Kardas, wskazując na działanie, jakie ma podjąć sprawca bezpośredni, wprowadza zamiennie następujące określenia w odniesieniu do niewykonawczych form sprawstwa: „wypełnienie określonych w ustawie znamion czynu zabronionego” (s. 503), „wypełnienie wszystkich przesłanek wyrażonych w przepisie części szczególnej”, „opis czynności sprawczej”, „realizacja znamienia czynnościowego określonego w konkretnym przepisie części szczególnej” (s. 505), „zachowanie odpowiadające charakterystyce zawartej w znamionach strony przedmiotowej czynu zabronionego określonego w przepisie części szczególnej” (s. 538), oraz w odniesieniu do niesprawczych form współdziałania: „normatywna charakterystyka czynu zabronionego (…) [odpowiadająca] opisowi, który w prawie karnym określa się mianem znamion czynu zabronionego” (s. 563), „opis konkretnego czynu zabronionego” (s. 568), „normatywny punkt odniesienia czynności wykonawczej” (s. 569). Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., *passim*.

25 P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 78.

26 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 27.

27 Zob. np. uwaga P. Kardasa: „Odniesienie się do ustawowej definicji podżegania do konkretnego czynu zabronionego opisanego w części szczególnej ma jedynie pojęciowy charakter”. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 578.

28 Zob. J. Majewski (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, s. 944.

29 Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 25; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009, s. 217; J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 36.

czynu, określanych jako „istota czynu", w literaturze niemieckiej nazywanej *Tatbestand*. Spośród licznych koncepcji warto przytoczyć kilka, pomocnych w kontekście przedmiotu tej pracy. W ujęciu Ernsta L. Belinga istota czynu jest zewnętrznym opisem, który jest w zupełności pozbawiony wartościowania. Zarys typu czynu ma zatem charakter obiektywny i czysto deskryptywny (*rein deskriptiv*)[30]. Zabieg myślowy polegający na badaniu wypełnienia znamion czynu odbywa się w sposób neutralny. Istota czynu nie przesądza o bezprawności, którą należy wywodzić z norm zawartych w innych niż ustawa karna źródłach prawa, stąd zatem uznanie, że osoba wypełniła istotę czynu, nie prowadzi wprost do przesądzenia o jej odpowiedzialności karnej. Kontynuatorem tej myśli był Hans Welzel. Co prawda odrzucił on koncepcję istoty czynu jako efektu rozumowania wolnego od wartościowania, bowiem „z wielkiej liczby ludzkich zachowań istota czynu «wycina» takie, które są prawnokarnie relewantne, i to relewantne w tym szczególnym znaczeniu, że są one albo bezprawne, albo zgodne z prawem, nigdy zaś neutralne"[31], niemniej jednak zachowanie uznane za zgodne z istotą czynu nie świadczy jeszcze o bezprawności, gdyż może być dozwolone. Istota czynu jawi się jako pojęciowa konstrukcja opisująca możliwe ludzkie zachowanie, ale nie wynika z niej tym samym zakaz takiego sposobu zachowania. Ustawowy zespół znamion czynu opisuje obiektywnie i wyłącznie przedmiotowo coś, co określa się jako „wzór zachowania"[32]. Odmiennie postrzegana była rola istoty czynu u A. Heglera, W. Sauera i E. Mezgera. Uważali oni, że opis czynu przestępnego powinien uwzględniać te znamiona, które decydują o społecznej szkodliwości danego zachowania, oraz inne znamiona konstytutywne dla bezprawności; według nich „*Tatbestand* to stypizowana bezprawność"[33], co wiąże się z tym, że istota czynu musi obejmować również znamiona podmiotowe, a nawet obiektywne warunki karalności.

Stanowisku współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego towarzyszy konstatacja, że nie istnieje pojęcie ustawowego zespołu znamion czynu, które mogłoby pełnić wszystkie funkcje, jakich należałoby od niego oczekiwać[34]. Andrzej Zoll uznał, że istota czynu to konstrukcja czysto teoretyczna, stanowiąca opis zachowania, który przy współwystępowaniu bezprawności oraz ogólnych warunków przestępności czynu może stanowić punkt wyjścia do ustalenia dalszych przesłanek odpowiedzialności karnej[35]. Przesądzenie tego, że konkretne zachowanie realizuje znamiona określone w części szczególnej kodeksu karnego, prowadzi jedynie do wniosku, że zachowanie to należy do kategorii zachowań, które ustawodawca polski uznaje za społecznie szkodliwe w sposób abstrakcyjny. Autor podkreślił jednak, że w żadnym przypadku nie można bezpośrednio na tej podstawie wnioskować ani o bezprawności tego konkretnego zachowania, ani tym bardziej o winie sprawcy[36]. Ryszard Dębski wskazał, że cechy czynu określone *expressis verbis* w części szczególnej kodeksu karnego tworzą zespół znamion, który można określić jako „ustawowy stan faktyczny" albo „ustawowy opis czynu"[37]. Rzeczą wtórną jest powiązanie tego opisu z funkcją informacyjną (dzięki której można otrzymać odpowiedź na pytanie, które zachowania są karalne, a które nie należą do tej kategorii) lub selekcyjną (pozwalającą rozróżnić poszczególne zachowania karalne pomiędzy sobą). Czyn zabroniony jest ustawowym wzorcem naruszenia normy sankcjonowanej[38], a zgodność z typem – choć tworzy domniemanie bezprawności – w konkretnym przypadku logicznie tej cechy zachowania nie przesądza[39].

Terytorialny aspekt karnoprawnego wartościowania czynów

Po wskazaniu koncepcji ogólnych warto teraz wskazać szereg wniosków wynikających z analizy. Po pierwsze, określenie, czy jednostka współdziała w czynie zabronionym, jeżeli czyn ten ma miejsce za

30 Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 70; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*…, dz. cyt., s. 223.

31 Tamże, s. 243.

32 Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona*…, dz. cyt., s. 76.

33 Tamże, s. 74.

34 Tamże, s. 90.

35 Zob. A. Zoll, *Okoliczności*…, dz. cyt., *passim*.

36 Tamże, s. 40.

37 R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona*…, dz. cyt., s. 100.

38 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy*…, dz. cyt., s. 563.

39 Zob. J. Majewski, *Okoliczności*…, dz. cyt., s. 38–40.

granicą, wymaga określenia, jaki model ustalenia jej odpowiedzialności przyjmuje się jako obowiązujący. W ujęciu ontologicznym (naturalistycznym) wcale nie będzie brany pod uwagę związek terytorialny ani personalny przy ustaleniu, czy dany czyn może być uznany za realizujący znamiona czynu zabronionego przez polską ustawę. W tej perspektywie nie jest konieczne ustalenie, czy możliwe jest wartościowanie czynu popełnionego za granicą z punktu widzenia polskiej ustawy karnej. Przedmiotem zainteresowania jest wówczas jedynie wydzielony odcinek zewnętrznego zachowania się człowieka, relewantny z punktu widzenia prawa miejsca, w którym ustaleniu podlega odpowiedzialność współdziałającego[40]. Niemniej jednak argumentem przeciwko temu stanowisku jest fakt, iż od wartościowania nie można abstrahować w żadnym przypadku, gdy wiążemy określone konstrukcje prawne z rzeczywistymi zjawiskami. Skoro już sam czyn zawiera elementy wartościowania, tym bardziej zachowanie charakteryzujące się znamionami określonymi w typie czynu zabronionego odnosi się do wyznaczonego obiektu podlegającego złożonym ocenom prawnym, fragmentu wyselekcjonowanego z *continuum* ze względu na odpowiedni kontekst normatywny[41]. Jeżeli zatem uzna się, że konieczne jest stwierdzenie dopuszczalności wartościowania zachowania mającego miejsce za granicą, powstaje dalsza wątpliwość co do podstaw tego wartościowania[42]. Nie byłaby wszak pożądana sytuacja, w której odpowiedzialności karnej podlegałby sprawca kierowniczy kierujący czynem zabronionym popełnionym za granicą przez obywatela polskiego albo cudzoziemca, który godzi w polskie interesy, natomiast nie podlegałby odpowiedzialności ten sam sprawca kierowniczy, gdyby kierował czynem popełnionym przez cudzoziemca niezwiązanego żadnym węzłem z polską jurysdykcją.

Rozstrzygnięcie kwestii rozumienia pojęcia „obowiązywanie prawa" jest przedmiotem sporu, a weryfikowalność poszczególnych teorii nie jest możliwa poza określonym paradygmatem filozoficznoprawnym.

Rzecz jasna, inaczej przedstawia się sytuacja wówczas, gdy uzna się, że normy obowiązują w sposób uniwersalny, ale wszelkie skutki związane z posłuszeństwem bądź przekroczeniem tych norm mogą być wywołane tylko w granicach polskiej suwerenności. Należy jednak w tym miejscu zasygnalizować, że rozstrzygnięcie tej kwestii jest przedmiotem sporu, a weryfikowalność poszczególnych teorii obowiązywania prawa nie jest możliwa poza określonym paradygmatem filozoficznoprawnym[43]. Mimo to można wyrazić stanowisko, zgodnie z którym wartościowanie czynów

40 O ontologicznym ujęciu czynu zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 286.

41 Zob. P. Kardas, *Zbieg…*, dz. cyt., s. 80.

42 Zagadnienie to dotyczy kwestii obowiązywania norm sankcjonowanych. Należy uznać, że normy zakazu i nakazu obowiązują za granicą wówczas, gdy z państwem polskim związane są określonym łącznikiem (terytorium, obywatelstwo, jurysdykcja), co znajduje wyraz w formie ochrony dóbr prawnych zawartej w rozdziale XIII k.k.

43 Zob. przede wszystkim J. Stelmach, *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym* (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 323–327, w tym spostrzeżenie, iż „spór o obowiązywanie prawa jest sporem wieloaspektowym i złożonym. Przekonanie niektórych teoretyków prawa, że można znaleźć jedno

popełnionych za granicą jest możliwe nawet w przypadku przyjęcia, że wykluczone jest uznanie ich jako bezprawnych z polskiej perspektywy. Ustalenie tego, czy dany czyn wypełnia ustawowy opis znamion, nie jest wszak równoznaczne z choćby logicznie wyprzedzającym tę operację założeniem, jakoby czyn ten był *in concreto* bezprawny. Wyraża jedynie nastawienie ustawodawcy do abstrakcyjnie ujętych zachowań, które w jego przekonaniu z zasady naruszają dane normy postępowania z dobrami prawnymi, stwarzając w ten sposób dla tych dóbr zagrożenie.

Łatwo w tym miejscu użyć kontrargumentu, iż takie ujęcie *de facto* stanowi wkroczenie w sferę suwerenności innego państwa. Optując za takim rozumieniem, dopuszcza się bowiem konkludentnie, że zachowanie, które – chociażby abstrakcyjnie – ustawodawca krajowy uznał za niedopuszczalne, a nawet karalne, pozostaje takim również poza sferą jurysdykcji krajowej. Na ów problem można jednak spojrzeć również z drugiej strony. Co prawda podlega wartościowaniu czyn popełniony za granicą (lub taki, który za granicą miał być popełniony), ale owo wartościowanie dotyczy wyłącznie ustawowego opisu znamion czynu. W żadnym zaś wypadku nie jest celem tego wartościowania ustalenie odpowiedzialności karnej sprawcy bezpośredniego. Jak podkreślał w wywodzie dotyczącym istoty czynu A. Zoll, stwierdzenie, że dane zachowanie posiada ujemną wartość, dotyczy li tylko negatywnej oceny zachowania, lecz nie prowadzi wprost do ustalenia konsekwencji prawnych tej oceny. Nawet jeżeli nastąpi kwalifikacja czynu z punktu widzenia jego wartości dla danego społeczeństwa, to „w razie negatywnej oceny nie rozstrzygamy również konsekwencji takiego czynu ani w ogóle środków podjętych w celu zwalczania czy zapobiegania tego rodzaju zjawiskom negatywnym”[44]. Mówiąc w uproszczeniu, rozstrzygnięcie, że za granicą popełniony został czyn zabroniony, nie musi prowadzić do naruszenia gwarancyjnych funkcji prawa karnego wobec sprawcy bezpośredniego. Ponadto zabieg ten nie oznacza – choć może tak się zdarzyć w przypadkach przewidzianych w ustawie – że następuje wkroczenie polskiej jurysdykcji w sferę *ius puniendi* innego państwa. W powyższym ujęciu państwo polskie nie pretendowałoby do roli nadrzędnego suwerena, czyli takiego, który decydowałby o zachowaniach karalnych za granicą, a zatem tam, gdzie z reguły nie aktualizują się zadania państwa określone w art. 5 Konstytucji RP. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 1 lipca 1993 r.[45], stwierdzając, że „[p]odstawą oceny czy czyn wypełnia chociażby przedmiotowe znamiona przepisu karnego jest polska ustawa karna. (…) «Czynem zabronionym» stanowiącym jedno ze znamion przestępstwa określonego w art. 215 § 1 k.k. [kodeksu karnego z 1969 r. – przyp. M.D.], jest każdy czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę polską, za pomocą którego można „uzyskać” rzecz, jaka stać się może następnie przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa. (…) zwrot stanowiący znamię przestępstwa w przepisie tym określonym: «rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego» obejmuje również rzecz, która uzyskana została za pomocą czynu zabronionego przez polską ustawę karną, popełnionego także za granicą”.

Dodatkowym wsparciem dla zaprezentowanego stanowiska jest argument natury pragmatycznej. Ustalenie, czy sprawca bezpośredni w przypadku niewykonawczych form sprawstwa popełnił polski czyn zabroniony, albo czy nakłanianie lub udzielanie pomocy wiązało się z popełnieniem polskiego czynu zabronionego, koreluje wyłącznie z ustaleniem odpowiedzialności karnej współdziałającego, który dokonał przestępstwa na terytorium RP. Truizmem byłoby w tym miejscu stwierdzenie, że do niego w całej rozciągłości stosuje się ustawę karną polską, a – odwołując się do art. 5 Konstytucji – do zadań państwa należy prawidłowa reakcja karna na czyny, które sprzeciwiają się normom postępowania i są karalne. Dokonanie wartościowania czynu popełnionego za granicą w złożonej strukturze normatywnej, z jaką mamy do czynienia w opisywanych formach popełnienia przestępstwa, jest zatem niezbędne, by przesądzić o odpowiedzialności karnej współdziałającego. Konieczne jest bowiem stwierdzenie, że ów „element zmienny” struktury jest albo „czynem zabronionym” albo „nie-czynem zabronionym”. Jeżeli uznałoby się,

powszechnie akceptowalne rozwiązanie, jest (…) całkowicie bezpodstawne”.

44 A. Zoll, *Okoliczności*…, dz. cyt., s. 58.

45 Uchwała SN z dnia 1 lipca 1993 r., I KZP 11/93, OSNKW 1993, nr 7–8, poz. 45.

że nie jest w ogóle uprawnione przesądzenie tej kwestii, to co prawda sprawcę chroniłoby domniemanie niewinności, jednak niepożądana byłaby sytuacja, w której okoliczności natury prawnej nie dałoby się rozstrzygnąć ze względu na brak jurysdykcji, która to okoliczność nie dotyczy jednak sprawcy oskarżonego w sprawie.

Na tle przedstawionego zagadnienia powstają inne jeszcze problemy interpretacyjne. Jak już zostało wskazane, „czyn zabroniony", do którego ma nakłaniać albo który ma ułatwiać sprawca czynu z art. 18 § 2 lub 3 k.k., ma charakter „pojęciowy" w tym sensie, że powinien być rozumiany jako wzorzec normatywny, opis czynu, „czyn wyobrażony" nieurzeczywistniony przez sprawcę[46], ale zawierający znamiona zawarte w ustawie karnej. Efektem zdekodowania treści przepisu art. 18 § 2 jest norma: „Kto chcąc, aby osoba X zachowała się w sposób Y, realizując w ten sposób znamiona x, y, z…". Teoretycznie możliwe jest do zaprezentowania stanowisko, zgodnie z którym właśnie abstrakcyjny, oderwany od rezultatu w postaci dokonania czynu przez sprawcę bezpośredniego, charakter niesprawczych form współdziałania może przesądzać o tym, że karalne jest podżeganie i pomocnictwo do czynów legalnych za granicą, a karalnych w Polsce. Wartościowaniu nie podlega wówczas konkretny czyn zrealizowany za granicą, ale abstrakcyjnie ujęta idea zachowania, zawarta w treści podżegania[47].

Odmiennie mogłaby być potraktowana ocena sprawstwa kierowniczego i polecającego, gdyż w tych przypadkach faktyczne wypełnienie znamion typu czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego jest warunkiem *sine qua non* przypisania odpowiedzialności za dokonanie niewykonawczych form sprawstwa. Nie można zatem wówczas twierdzić, że „czyn zabroniony" pojmuje się w sposób oderwany od zmian w rzeczywistości. „Czynem zabronionym" w tym przypadku nie jest sam wzorzec zachowania, ale konkretne zachowanie człowieka, które nosi znamiona określonego typu. Konsekwentnie należałoby zakładać, że jest możliwa ocena czynu sprawcy pojedynczego z punktu widzenia prawa polskiego (*par excellence* jedynie na potrzeby ustalenia, czy zrealizowane zostały znamiona czynu zabronionego), choć działa on legalnie z punktu widzenia miejsca, w którym następuje zachowanie. Jeżeli

Truizmem byłoby stwierdzenie, że do współdziałającego na terytorium RP w całej rozciągłości stosuje się ustawę karną polską, a – odwołując się do art. 5 Konstytucji – do zadań państwa należy prawidłowa reakcja karna na czyny, które sprzeciwiają się normom postępowania i są karalne.

46 Zob. R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 1998, t. 58, s. 124; zob. także P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 568, A. Liszewska, *Współdziałanie…*, dz. cyt., s. 108.

47 Teza powyższa może być zmodyfikowana w zależności od tego, jak potraktuje się fakt, iż sprawca nakłania do czynu (lub ułatwia jego popełnienie) co prawda zabronionego w polskiej ustawie karnej, ale jednocześnie niezabronionego w miejscu, które sam zawarł w treści podżegania lub pomocnictwa. Zob. dalsze rozważania w tej pracy.

przyjęłoby się pogląd odmienny, ze względu na różne znaczenia pojęcia czynu zabronionego możliwe byłoby ustalenie odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika, a wykluczona byłaby ta operacja wobec sprawcy kierowniczego i polecającego. Taka interpretacja byłaby niepożądana, a nawet nieprawidłowa. Niezależnie od stanowisk prezentowanych na tle określenia treści norm sankcjonowanych dekodowanych z art. 18 § 2 i 3 k.k., zasadniczym celem penalizacji wszystkich form sprawczych i niesprawczych określonych w kodeksie karnym jest ochrona dóbr prawnych zakorzenionych w akceptowanym porządku aksjologicznym. Ułatwianie zabicia człowieka jest naganne, gdyż stanowi okoliczność uprawdopodobniającą, że dobro w postaci życia ludzkiego będzie znajdowało się w stanie niebezpieczeństwa. Analogicznie w dobro to godzi kierowanie zabiciem człowieka, choć przy zastosowaniu innej konstrukcji.

Interpretacja zezwalająca na ukaranie sprawców form niesprawczych, a jednocześnie powodująca odstąpienie od karania sprawców kierowniczych i polecających, byłaby niespójna również z innych powodów. W doktrynie zasygnalizowano trudność we wskazaniu różnic pomiędzy podżeganiem i pomocnictwem a niewykonawczymi formami sprawstwa, przede wszystkim na poziomie normy sankcjonującej[48]. Typy te – jak opisano wyżej – różnią się konstrukcyjnie, niemniej jednak pewne znamiona są na tyle podobne do siebie (np. w odniesieniu do podżegania i sprawstwa polecającego odpowiednio „nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego" i „wydanie innej osobie polecenia zrealizowania czynu zabronionego"), że wysoce niegwarancyjne z punktu widzenia sprawcy, a przede wszystkim niespójne aksjologicznie byłoby karanie tylko pierwszego z tych zachowań. Co więcej, takie ujęcie doprowadziłoby do paradoksu, który się ujawnia, gdy zwróci się uwagę na zachowanie podlegające karze. Jeśli karalne byłoby podżeganie i pomocnictwo, a sprawstwo kierownicze i polecające nie wiązałoby się z pociągnięciem do odpowiedzialności, oznaczałoby to, że penalizacji podlega zachowanie, które niejako „na przedpolu", abstrakcyjnie stwarza zagrożenie dla dobra prawnego, a zachowanie wykonawcze, godzące bezpośrednio w dobro prawne, pozbawione jest sankcji. Przypomnieć należy raz jeszcze, że nawet przy przyjęciu skutkowego charakteru podżegania, do jego dokonania dochodzi wtedy, gdy sprawca bezpośredni poweźmie zamiar wykonania czynu zabronionego. Bez znaczenia jest natomiast zachowanie mające miejsce w późniejszym czasie, w tym również dokonanie czynu, do którego nakłaniał podżegacz[49]. Jasne wydaje się więc to, że nieodpowiednim zabiegiem jest wyciąganie zaprezentowanej wyżej konsekwencji, wynikającej z dwojakiego rozumienia pojęcia „czyn zabroniony".

Należy jeszcze rozstrzygnąć ważną kwestię, która znów odnosi się do rozumienia pojęcia „czyn zabroniony", a zatem – czy znamię to ma wyłącznie charakter przedmiotowy, czy obejmuje również stronę podmiotową sprawcy. Innymi słowy, wymaga ustalenia to, czy dla przypisania odpowiedzialności sprawcy relewantny jest zamiar wywołania w rzeczywistości zachowania stanowiącego przekroczenie polskiej normy. Należy bowiem wskazać, że jedną z motywacji, dla których współdziałający podejmuje określone zachowanie, jest fakt, iż kieruje się on okolicznością braku karalności czynu, w którym współdziała, w miejscu jego popełnienia (rzeczywistego bądź abstrakcyjnego, w zależności od formy popełnienia przestępstwa z art. 18 k.k.). Zazwyczaj zatem współdziałający obejmuje swym zamiarem to, by sprawca pojedynczy zrealizował swój czyn za granicą, gdyż wówczas ów sprawca pojedynczy najprawdopodobniej uniknie odpowiedzialności karnej za ten czyn.

Pytanie jednak, czy ta okoliczność jest relewantna z punktu widzenia odpowiedzialności karnej współdziałających. W przypadku podżegania do popełnienia przestępstwa dochodzi jedynie wówczas, gdy podżegacz działa z zamiarem bezpośrednim[50]. Piotr

48 Zob. A. Liszewska, *Współdziałanie*…, dz. cyt., s. 119.

49 Zob. uwagi J. Giezka: „[P]olecenie jest jednak czymś więcej niż samo podżeganie. Polecający nie ogranicza się bowiem do samego tylko nakłaniania (będącego jedynie swoistym kuszeniem czy też zachęcaniem), lecz – poprzez wykorzystanie stosunku zależności pomiędzy nim a wykonawcą – wywiera presję będącą szczególnym rodzajem przymusu psychicznego. Presja ta może niekiedy okazać się tak silna, że polecenie stanie się nakazem, a nawet rozkazem wykonania czynu zabronionego". J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks*…, dz. cyt., s. 159.

50 Uwagi dotyczące podżegania należy odnieść również do niewykonawczych form sprawstwa oraz pomocnictwa.

Kardas ujmuje tę kwestię w ten sposób, iż zamiar ma odnosić się do właściwej czynności podżegania, a więc podżegacz musi mieć pełną świadomość oraz chęć, by jego zachowanie stanowiło nakłanianie do dokonania czynu zabronionego. Ponadto w jego psychice ma znaleźć odbicie świadomość prawnej kwalifikacji czynu, do którego nakłania[51]. Odmiennie odnosi się do tej kwestii Jacek Giezek, wskazując, że świadomością sprawcy czynu zrealizowanego w formie określonej w art. 18 § 2 k.k. mają być objęte wszystkie znamiona czynu zabronionego, do którego nakłania podżegacz, niezależnie jednak od ich prawnokarnego wartościowania[52]. Taka dychotomia ujawnia pytanie: „czy sprawca musi chcieć popełnić przestępstwo?"[53]. Zgodnie z art. 9 ust. 1 k.k. czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić, albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. Jak wskazano już wcześniej, czynem zabronionym jest zachowanie, które realizuje znamiona określone w ustawie karnej. Umyślne popełnienie czynu zabronionego zachodzi więc wówczas, gdy wystąpi u sprawcy zamiar zrealizowania stanu opisanego znamionami przedmiotowymi typu czynu zabronionego[54]. Nie jest natomiast wymagana świadomość sprawcy co do tego, że popełniony czyn stanowi zachowanie bezprawne[55]. W uproszczeniu twierdzenie to wyraża myśl, że sprawca ma być świadomy (oraz mieć zamiar) czynności zabijania człowieka, co jednak nie wiąże się z wymogiem świadomości tego, że istnieje w systemie norma „nie zabijaj", a tym bardziej norma sankcjonująca ten zakaz. Stąd do przypisania umyślności każdej z form zawartych w art. 18 k.k. nie jest konieczne to, by sprawca miał zamiar (a w przypadku podżegacza bezwzględnie działał *cum dolo directo*) popełnienia czynu niezgodnego z prawem, a jedynie by w psychice sprawcy występowały łącznie świadomość oraz zamiar zachowania się w sposób opisany przez znamiona określonego typu czynu zabronionego w kodeksie karnym[56].

Argument z ochrony dóbr prawnych

Jak wspomniano, ochrona dóbr prawnych – stojąca zresztą na czele *rationes* prawa karnego – jest ważkim argumentem w dyskursie dotyczącym odpowiedzi na pytanie uzasadniające podjęcie kwestii stanowiącej przedmiot niniejszej pracy. Przypomnieć trzeba fragment uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r.: „[n]iesprawiedliwe byłoby (…) karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem"[57]. Prawdą jest, że owo zachowanie sprawcy bezpośredniego zrealizowane za granicą może być zgodne z zagranicznym prawem, a przynajmniej na terytorium obcego państwa niekaralne. Dlaczego jednak ustawodawca polski podjął decyzję kryminalizacyjną, włączając do kategorii zachowań karalnych wszystkie te, które popełnione są w formach innych niż sprawstwo pojedyncze? Materialna istota przestępstwa wynika z faktu, że atakuje ono określone dobro prawne. Ze

W przypadku sprawstwa kierowniczego i polecającego strona podmiotowa odnosi się do świadomości, że czynnością sprawcy pojedynczego realizującego czyn zabroniony kieruje się lub poleca się dokonanie czynu zabronionego (pamiętając jednak, że np. W. Wróbel i A. Zoll dopuszczają możliwość popełnienia tych form sprawstwa nieumyślnie w przypadkach, gdy nieumyślne popełnienie przestępstwa dopuszcza odpowiedni typ czynu zabronionego. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 268), a w przypadku pomocnictwa świadomość ułatwiania dokonania przez inną osobę czynu zabronionego przy zamiarze (bezpośrednim lub ewentualnym) zrealizowania tego ułatwienia. Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 613; J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 171.

51 Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy…*, dz. cyt., s. 583. W tym duchu wyraziła się również M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 238–240.

52 Zob. J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 162.

53 M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, dz. cyt., s. 238.

54 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 209.

55 Zob. J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 55. Por. odmiennie stanowisko M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, dz. cyt., s. 240, przytaczająca argumenty zaprezentowane przez J. Makarewicza, S. Śliwińskiego, S. Pławskiego i W. Woltera.

56 Można z łatwością zauważyć, iż w tym miejscu raz jeszcze pojawia się zagadnienie dotyczące kwestii tego, czy sprawca pojedynczy realizuje za granicą znamiona polskiego typu czynu zabronionego.

57 Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., II AKa 37/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe" 2014, z. 5 (281), s. 31–32.

stwierdzenia, że zachowanie jest uznane za naganne, można wywieść logicznie wniosek, że istnieje ustalona hierarchia wartości uzależniona od preferencji ustawodawcy. Celem jego działania jest porządkowanie rzeczywistości w taki sposób, który najlepiej chroni podstawowe prawa, wolności i interesy[58]. Skoro uznał on, że dane dobro (np. życie człowieka) jest wartością fundamentalną, oraz że minimalny poziom prawnokarnej ochrony wyznaczony przez zasadę dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych nakazuje ingerencję prawa karnego[59], objął on zakresem penalizacji zachowania wyczerpujące znamiona wszystkich form z art. 18 k.k. Temu ujęciu towarzyszy założenie, iż wówczas, gdy sprawca pojedynczy realizuje znamiona właściwe dla typu czynu zabronionego w części szczególnej, następuje niedopuszczalna z perspektywy aksjologicznej ingerencja w chronione dobra.

Ze stwierdzenia, iż zachowanie jest uznane za naganne, można wywieść logicznie wniosek, że istnieje ustalona hierarchia wartości uzależniona od preferencji ustawodawcy. Celem jego działania jest porządkowanie rzeczywistości w sposób, który najlepiej chroni podstawowe prawa, wolności i interesy.

Naganność udzielenia na terytorium RP pomocy do zabójstwa, które nie jest z jakichś powodów karalne w państwie realizacji znamion sprawstwa bezpośredniego, pozostaje tożsama z naganością pomocnictwa do zabójstwa urzeczywistniającego się w Polsce, rzecz jasna z tym zastrzeżeniem, iż cel tej kwalifikacji jest ograniczony do ustalenia odpowiedzialności współdziałającego w Polsce. Nie wydaje się, by przeciw temu stwierdzeniu można przedstawiać argument z suwerenności państwa, w którym czyn został popełniony przez sprawcę bezpośredniego. Państwo polskie przy powyższej wykładni nie rości sobie prawa do regulowania stosunków społecznych za granicą, lecz reaguje na naruszenie stosunków społecznych, które ma miejsce w Polsce. Artykuł 5 k.k., traktujący o „stosowaniu ustawy karnej polskiej", zezwala na prawnokarną reakcję względem sprawcy (w każdej z form określonych w art. 18 k.k.) atakującego chronione dobra prawne w sposób opisany w części szczególnej kodeksu karnego, jeśli jego zachowanie ma miejsce na terytorium RP. Można zatem postawić tezę, iż w razie odstąpienia państwa polskiego od reakcji karnej na zachowania w postaci współdziałania w czynach legalnych za granicą to nie Rzeczpospolita Polska narusza suwerenność innych państw, ale wprost przeciwnie. Przy takim ujęciu to inne państwa mogłyby ingerować w zakres odpowiedzialności za zachowania mające miejsce w całości w Polsce, atakujące dobra prawne, co do których istnieje wymóg

58 Zob. W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego" w wykładni przepisów prawa karnego* (w:) T. Sokołowski, Ł. Pohl, R. Zawłocki (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 619–623. Podobnie o istocie prawa F. Longchamps de Bérier, *Prawo a moralność i polityka – na przykładzie zagadnień bioetycznych*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 6, s. 17.

59 Zob. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, z. 2, s. 46; K. Szczucki, *Wykładnia*…, dz. cyt., s. 200–221.

ochrony przy pomocy prawa karnego. Od zakresu karalności zachowania w innym państwie zależałby zakres karalności zachowania realizowanego w całości w Polsce, i to najczęściej przez obywatela polskiego[60]. Zjawisko to zachodziłoby jedynie dlatego, że zachowanie sprawcy pojedynczego miało miejsce pod innym reżimem prawnym, a w przypadku niesprawczych form współdziałania – wyłącznie ze względu na intencję podżegacza lub pomocnika, by czyn zabroniony był dokonany w takim miejscu za granicą, gdzie jest on niekaralny.

Błąd co do bezprawności czynu?

Sposobem uadekwatnienia reakcji karnej w przypadkach braku *świadomości* bezprawności zachowania jest art. 30 k.k., decydujący o odstąpieniu od wymierzenia odpowiedzialności karnej sprawcy, który dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności. Jeżeli zaś błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd dysponuje możliwością zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Taka regulacja jest konsekwencją przyjęcia teorii winy (*Schuldtheorie*), „ograniczonej relewancji błędu co do prawa", uniezależniającej kwestię błędu co do oceny prawnej od umyślności, traktującej kwestię oceny prawnej czynu jako zagadnienie dotyczące wyłącznie płaszczyzny zawinienia[61]. „Błąd" należy potraktować jako mylne odbicie w świadomości sprawcy rzeczywistości mającej znaczenie normatywne[62]. Kiedy jednak można twierdzić, że zaistniał taki błąd, który powoduje wyłączenie winy sprawcy? Gdy w opracowaniach doktrynalnych mówi się o błędzie co do bezprawności czynu, często podkreśla się trudności w szczegółowym rozeznaniu w całym systemie prawa obowiązującym w danym kraju, zwłaszcza przy coraz wyraźniej dostrzegalnej inflacji przepisów prawa pozytywnego. Inne powody, dla których ustanowiono ów wentyl bezpieczeństwa, to choćby różnice kulturowe poszczególnych państw wpływające na odmienne regulacje prawne (co dotyczy przede wszystkim cudzoziemców popełniających czyn zabroniony w Polsce) czy też brak odpowiedniego doświadczenia związanego z daną dziedziną życia społecznego (np. w prawie podatkowym).

Ustawodawca posłużył się konstrukcją „błędu usprawiedliwionego", który uwalnia sprawcę od odpowiedzialności karnej. Usprawiedliwienie błędu ocenia się na podstawie kryterium obiektywno-subiektywnego. Aspekt obiektywny uwzględnia zastosowanie wzorca normatywnego modelowego obywatela; to jego rozpoznanie bezprawności zachowania podlega badaniu. W tym ujęciu odpowiada się zatem na pytanie, czy modelowy obywatel w okolicznościach tożsamych z okolicznościami, w jakich znajdował się sprawca w chwili czynu, również nie zdawałby sobie sprawy z bezprawności zachowania. Z kolei aspekt subiektywny odnosi się do konkretnego sprawcy, a w szczególności stanu jego świadomości prawnej, który wynikaja ze zdolności przyswajania informacji o prawie, umiejętności prawidłowego wnioskowania czy też aktualnie posiadanej wiedzy. Ten ostatni ze wskazanych czynników łączy się w szczególności z obywatelstwem, miejscem zamieszkania, a także znajomością systemu aksjologicznego właściwego dla społeczeństwa polskiego[63].

Zachowując w pamięci powyższe uwagi, należy mieć jednak świadomość, że współdziałający w czynie legalnym za granicą zwykle zdaje sobie sprawę z faktu, iż czyn sprawcy pojedynczego – gdy zostaje popełniony w Polsce – jest zabroniony. Sprawca orientuje się więc w stanie prawnym z perspektywy osoby realizującej bezpośrednio znamiona typu z części szczególnej kodeksu karnego. Rzecz jednak w tym, czy może on zasadnie twierdzić, iż jego niewiedza o bezprawności własnego czynu jest obiektywnie usprawiedliwiona. Na tę kwestię można spojrzeć z dwóch punktów widzenia. Współdziałając w czynie, który nie wywołuje prawnokarnej reakcji wobec sprawcy pojedynczego, współdziałający może oczekiwać, że

60 Tę sytuację należy ściśle odróżnić od przypadków określonych w rozdziale XIII k.k. Wówczas rzeczywiście godzi się uwzględnić prawo obcego państwa (wymóg podwójnej karalności), należy niemniej pamiętać, że istotną różnicą wpływającą na tę regulację jest fakt popełnienia przestępstwa poza granicami RP albo popełnienie go przez cudzoziemca.

61 Zob. Z. Ćwiąkalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 104 i n.; zob. też np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo…*, dz. cyt., s. 391.

62 Zob. Z. Ćwiąkalski, *Błąd…*, dz. cyt., s. 67.

63 Zob. J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 261.

odpowiedzialność karna nie będzie konsekwencją jego własnego zachowania. Skoro współdziałanie odnosi się do czynu (rzeczywistego lub wyobrażonego) niekaralnego, można zakładać, że własny czyn również nie stanowi przestępstwa. Przeciwko temu argumentowi można wszak słusznie wskazywać, iż usprawiedliwienie wiązałoby się z przekonaniem współdziałającego o akcesoryjności jego zachowania, ta zaś okoliczność najczęściej nie przesądza o całkowitym wyłączeniu winy sprawcy. Poza tym powołanie się na ograniczoną akcesoryjność może stanowić oparcie (również w perspektywie usprawiedliwienia błędu co do bezprawności) wyłącznie w odniesieniu do niewykonawczych form sprawstwa, gdyż – jak wiadomo – polska koncepcja podżegania i pomocnictwa prawie w zupełności akcesoryjność odrzuca. Trudno uznać *in abstracto*, że właśnie „oderwanie" niesprawczych form współdziałania od sprawstwa bezpośredniego miałoby stanowić okoliczność usprawiedliwiającą błąd co do bezprawności. Wcześniej bowiem wskazano główną rację, dla których rozszerzono katalog form popełnienia przestępstwa o formy z art. 18 § 2 i 3 k.k., którą stanowi naganność intensyfikacji zagrożenia dla dóbr prawnych uznanych przez ustawodawcę za wymagające ochrony. Raz jeszcze okazuje się, że odpowiedzialność współdziałającego zależałaby od tego, czy popełnia on czyn zabroniony w niewykonawczej formie sprawstwa, czy niesprawczej formie współdziałania. Takie ujęcie, jak już wykazano, zdecydowanie sprzeciwiałoby się funkcji, jaką pełnią te formy w systemie prawa, przede wszystkim w perspektywie ochrony dóbr prawnych.

Poważnym argumentem na rzecz zastosowania art. 30 zd. 1 k.k. – znów oceniając jedynie *in abstracto*, bez odniesienia się do elementów subiektywnych usprawiedliwienia – jest to, iż „niesprawiedliwe byłoby karanie współdziałania w czynie, który jest legalny". Niemniej jednak należy mieć na uwadze, że współdziałający całe swoje zachowanie wypełniające znamiona typu czynu zabronionego realizuje na terytorium RP, a fakt, iż współdziała w czynie, który ma być dokonany za granicą (gdzie zachowanie jest niekaralne), może w sposób dorozumiany świadczyć o tym, że w jego świadomości jego zachowanie (jak również czyn sprawcy pojedynczego) stanowi w Polsce czyn karalny. Wskazuje się, że błąd może być usprawiedliwiony w szczególności wówczas, gdy czyn dotyczył przestępstw o charakterze *mala prohibita*, a zatem w przypadkach, gdy świadomość bezprawności wynika wyłącznie z zapoznania się wprost z odpowiednimi regulacjami prawnymi[64]. W pozostałych przypadkach możliwe jest przypisanie odpowiedzialności karnej ze względu na konstrukcję legalizmu karnego wywodzonego ze sprawiedliwości materialnej. Występowanie normatywnie pojmowanej sprawiedliwości materialnej oznacza, że istnieje obowiązek ochrony wspólnoty politycznej przed działaniami, które naruszają fundamentalne dla niej wartości (najczęściej chronione już na poziomie konstytucyjnym). Ochrona ta aktualizuje się nawet w sytuacji, gdy formalne

Brak rozpoznania bezprawności czynu godzącego w fundamentalne dla państwa polskiego dobra nie stanowi *in abstracto* okoliczności ekskulpującej współdziałającego w czynie legalnym za granicą, jeśli on sam działał na terytorium RP.

64 Zob. M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2014, s. 551–552.

reguły prawne nie oddają w sposób dostateczny istoty zakazu. W zakresie prawa karnego zastosowanie wskazanej konstrukcji skutkuje m.in. tym, że nie jest możliwe powoływanie się na okoliczności wyłączające winę sprawcy wtedy, gdy nie rozpoznaje on znaczenia swojego czynu, choć jest on bezprawny[65]. Jeśli się uzna, że prawa i wolności konstytucyjne strzegą określonego „obiektywnego porządku wartości"[66], to nawet nie rozstrzygając zasięgu terytorialnego norm sankcjonowanych, można przyjąć, że skuteczna ochrona tych praw i wolności dokonuje się m.in. przy pomocy penalizacji zachowań popełnionych we wszystkich formach określonych w art. 18 k.k. Jeśli podąży się jeszcze dalej w interpretacji zakresu bezprawności, to uzna się, że państwo polskie wymaga od obywatela polskiego respektowania polskich zakazów i nakazów, choć skutki jego działań nie będą powodowały zmian w rzeczywistości ograniczonej polską jurysdykcją. Stąd zatem brak rozpoznania bezprawności czynu godzącego w fundamentalne dla państwa polskiego dobra nie stanowi *in abstracto*[67] okoliczności ekskulpującej współdziałającego w czynie legalnym za granicą, jeśli on sam działał na terytorium RP.

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe uwagi, należy wskazać, iż *de lege lata* współdziałający w czynie legalnym za granicą (a karalnym, gdyby był dokonany na terytorium RP), o ile swój czyn zrealizował na terytorium Polski, wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa w formie określonej w art. 18 § 1 zd. 3 lub 4, § 2 lub § 3 k.k. Na wyłączenie odpowiedzialności nie wpływa ani fakt, iż sprawca pojedynczy nie ponosi odpowiedzialności ze względu na brak karalności w miejscu zrealizowania zachowania, ani to, że zamiarem współdziałającego było objęte dokonanie przez sprawcę pojedynczego zachowania w miejscu, gdzie nie grozi mu sankcja karna za ten czyn.

Dokonanie interpretacji prawa (zwłaszcza w przypadkach trudnych, *hard cases*) jest bardzo utrudnione bez podjętej uprzednio filozoficznej refleksji o człowieku i wspólnocie, którą tworzy; nie byłoby możliwe wówczas pełne odniesienie się do pytania o sens karania. Stąd więc rozwiązanie kwestii stanowiącej przedmiot tego artykułu wymaga uwzględnienia kontekstu antropologicznego, a ponadto jako punkt wyjścia powinno przyjmować próbę ustalenia funkcji prawa karnego oraz racji, dla których wprowadzono odpowiednie formy popełnienia przestępstwa. Prawo karne nie może być postrzegane jako środek omnipotentny, rozwiązujący wszelkie problemy społeczne. Jeśli wszak wspólnota polityczna uznaje, iż dane dobro prawne jest warte ochrony, nie powinna wówczas uchylać się od reakcji na zachowanie stwarzające zagrożenie dla tego dobra w granicach suwerennej władzy państwa.

65 Zob. tamże, s. 73–74.

66 Taki pogląd przyjął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 maja 1999 r., K 2/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 38.

67 Podkreślić trzeba, że wyrażone w tym miejscu poglądy należy odnosić wyłącznie do rozwiązania abstrakcyjnego i modelowego. W żadnym wypadku nie można wykluczyć jednak, że *in concreto* zajdą okoliczności, które zdecydują o całkowitym braku winy lub niewielkiej jej zawartości, czego konsekwencją może być wyłączenie odpowiedzialności sprawcy bądź zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Bibliografia

Budyn-Kulik M., *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015.

Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995.

Ćwiąkalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991.

Dębski R., *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 1998, t. 58, s. 105–127.

Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2011.

Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012.

Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009.

Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001.

Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.

Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2014.

Liszewska A., *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, „Państwo i Prawo" 2000, z. 6, s. 51–62.

Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004.

Longchamps de Bérier F., *Prawo a moralność i polityka – na przykładzie zagadnień bioetycznych*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 6, s. 14—21.

Majewski J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013.

Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części szczególnej*, Warszawa 2015.

Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.

Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.

Stelmach J., *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym* (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 315–327.

Szczucki K., *Dobro wspólne u podstaw decyzji kryminalizacyjnej* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 266–282.

Szczucki K., *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.

Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, z. 2, s. 33–51.

Wróbel W., *Pojęcie „dobra prawnego" w wykładni przepisów prawa karnego* (w:) T. Sokołowski, Ł. Pohl, R. Zawłocki (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 619–631.

Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014.

Zoll A., *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób* (w:) Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 323–334.

Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982.

Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1990, R. XXIII, s. 69–95.

Rafał Szczepaniak

Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi na kanwie monografii Igora Zachariasza

Rafał Szczepaniak

Doktor habilitowany, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, radca prawny.

The Dichotomy of Public and Private Law. A Review of the Monograph by Igor Zachariasz

This article is a review of the monograph by Igor Zachariasz entitled Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne *(Law in structural terms. A study on the dichotomous division of the law into public and private law). An analysis of the statements contained in this monograph gives ground to some considerations about the nature and meaning of cultivating the division between public and private law. The main thesis of the monograph that the division of law as a whole into public and private law is a cognitive matter is questionable, and the border separating the two areas of the law could be established in a clear and certain manner. Too little space appears to have been devoted to explain which area, private or public, should take the central role in the law or, in other words, what is the essence and rationale for the division of the legal system into public and private law. In particular, it is objectionable to assume a priori that this division is a dichotomy.*

Wprowadzenie

Sięgnąłem po monografię Igora Zachariasza[1] ze względu na jej wielce wymowny i obiecujący tytuł. Od lat zajmuję się tematyką stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym. U podłoża mych zainteresowań legło przekonanie, iż sektor publiczny jest obecnie jedną z kilku głównych płaszczyzn stosowania prawa prywatnego. W trakcie badań zauważyłem, iż kwestia podziału na prawo publiczne i prywatne urasta do jednego z kluczowych dylematów, z jakim nieodparcie musi się zmierzyć autor analizujący stosowanie prawa prywatnego

1 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, stron 256.

w sektorze publicznym[2]. Podział ten nie pozwala o sobie zapomnieć, daje znać w wielu aspektach. Można więc odnieść wrażenie, że wręcz nie sposób od niego na obecnym etapie rozwoju kontynentalnej nauki prawa uciec, w konsekwencji trzeba się doń w jakiś sposób odnieść. Pomimo, wydawać by się mogło, abstrakcyjnego charakteru tego podziału można odnotować liczne przypadki powoływania się na niego przez organy stosujące prawo, zarówno sądy powszechne, jak i administracyjne, a także organy administracji publicznej. W konsekwencji podział ten ma nie tylko wymiar teoretyczny, ale i praktyczny[3].

Dlatego też ciągle powraca nieodparte pytanie o sensowność podziału na prawo publiczne i prywatne. W szczególności pojawia się kwestia, czy jego podstawą jest jedynie tradycja, sięgająca czasów rzymskich, którą najpełniej wyraża nie do końca zrozumiała myśl Ulpiana[4] oraz tradycyjny podział dyscyplin prawniczych uzasadniający wyodrębnianie katedr i innych jednostek organizacyjnych na uniwersyteckich wydziałach prawa.

Można odnieść wrażenie, że od podziału na prawo publiczne i prywatne nie sposób na obecnym etapie rozwoju kontynentalnej nauki prawa uciec. W konsekwencji trzeba się do niego w jakiś sposób odnieść.

Żeby dowieść głębszego sensu owego podziału, trzeba by było wykazać, iż determinuje on strukturę systemu prawego, tzn. że system ten zgodnie ze swą naturą rozbija się na dwie wielkie części (prawo publiczne i prawo prywatne), odnoszące się do odmiennych dziedzin życia społecznego, cechujące się daleko idącą autonomią, co w konsekwencji wyklucza stosowanie przynajmniej niektórych zasad prawa prywatnego w sferze społecznej przypisanej prawu publicznemu – i *vice versa*. Trzeba byłoby w szczególności dowieść, że prawo publiczne to coś więcej niż tylko efekt technicznego procesu klasyfikacji czy też typologii tej wielkiej materii, jaką jest prawo w oparciu o jakiś utrwalony siłą tradycji klucz, a więc że nie chodzi tu tylko o kilka gałęzi prawa, takich jak prawo administracyjne, podatkowe czy ubezpieczenia społeczne – historycznie i organizacyjnie wyodrębnianych jako

2 Należy w tym miejscu wyjaśnić, że pojęcie „sektor publiczny" rozumiem szeroko. W szczególności jest ono według mnie szersze niż „sektor finansów publicznych" określony w art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.), obejmuje bowiem również działalność np. spółek komunalnych, słowem – całą sferę aktywności państwa i innych podmiotów publicznych. Dotyczy ono więc zarówno stosunków między samymi podmiotami publicznymi, jak i między podmiotami publicznymi i prywatnymi. Autor pod tym pojęciem rozumie państwo, a także jednostki organizacyjne pochodne w stosunku do państwa, takie jak państwowe osoby prawne i jednostki samorządu terytorialnego. Należy przy tym zauważyć, że pojęcia „podmiot publiczny" czy „podmiot prawa publicznego" budzą wątpliwości, gdyż nie zostały zdefiniowane w polskim prawie.

3 Zob. R. Szczepaniak, *Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 1, s. 3 i n.

4 Na temat różnych sposobów rozumienia wypowiedzi Ulpiana zob.: H. Müllejans, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München 1961, s. 17 i n.; E. Molitor, *Über öffentliches Recht und Privatrecht. Eine rechtssystematische Studie*, Karlsruhe 1949, s. 8–9.

opozycja do prawa cywilnego – lecz pewną spójną, większą całość ukształtowaną według jasnych, konsekwentnych kryteriów nierozerwalnie związanych z naturą prawa. Co prawda, już nawet dość pobieżna analiza może przemawiać za istnieniem owego głębszego sensu omawianego podziału, by wspomnieć chociażby wyróżnianą w doktrynie i orzecznictwie autonomię zaliczanych do prawa publicznego takich gałęzi, jak prawo podatkowe czy prawo ubezpieczeń społecznych[5], tym niemniej tego rodzaju wycinkowa obserwacja nie pozwala jeszcze ferować jakichś przesądzających w sensie naukowym twierdzeń.

W tym miejscu wracam do tytułu monografii wyraźnie wskazującego, iż autor wychodzi z podobnych założeń. Ten rozbudowany tytuł w świetle powyższych uwag dobrze ujmuje dylemat podziału na prawo publiczne i prywatne. Sugeruje, że do problematyki tego podziału należy podejść poprzez analizę struktury prawa, a więc rozmieszczenia elementów składowych danej zorganizowanej całości, jaką jest prawo, i zespołu relacji (wzajemnych powiązań) między elementami charakterystycznymi dla tego układu[6]. Tytuł pracy jest więc wielce obiecujący.

Zapowiedź przełomu w naukach prawnych

Moje zaintrygowanie recenzowaną pracą dodatkowo wzrosło po przeczytaniu pierwszych stron *Wprowadzenia*, na których znalazła się zapowiedź wykazania przez autora, iż rozgraniczenie prawa publicznego i prawa prywatnego jest „kwestią poznania, a granicę wyodrębnienia tych dwóch części prawa można przeprowadzić w sposób jasny i pewny, wbrew spotykanym w naukach prawnych sceptycznym poglądom w tym względzie”[7]. Autor polemizuje w tym zakresie m.in. z poglądem Józefa Nowackiego oraz Jana Zimmermanna. Ten drugi w ślad za J. Nowackim podkreślił, że „rozgraniczenie prawa publicznego od prywatnego nie jest sprawą poznania, a sprawą pewnej konwencji, aprobaty, uznania pewnych wartości, określonej ideologii społeczno-gospodarczej. Granica wyodrębnienia nie jest jasna i pewna”[8].

Słowa I. Zachariasza były więc zapowiedzią, nie waham się użyć tego określenia, swoistego przewrotu kopernikańskiego w naukach prawnych, i to w wymiarze przynajmniej europejskiej kultury prawnej. W ostatnich dwóch wiekach w nauce prawa powstało bowiem co najmniej kilkanaście teorii próbujących wskazać precyzyjne kryteria rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego[9]. Jak dotychczas żadne z nich nie dały zadowalającego rezultatu. Dlatego też sam wielokrotnie w swych tekstach przyjmowałem wypowiedź J. Nowackiego za pewnik. Pomimo tego jako cywilista, a więc przedstawiciel szczegółowych nauk prawnych, z otwartością i zadowoleniem powitałbym metodę, która rozwikłałaby odwieczny niemal dylemat podziału na prawo publiczne i prywatne. W ten sposób bowiem zyskalibyśmy potężny oręż metodologiczny pozwalający rozwiązać szereg praktycznych problemów w procesie stosowania prawa narosłych na kanwie kultywowania tego podziału. Byłby to z pewnością wielki wkład ogólnej teorii prawa, a personalnie samego autora w rozwój szczegółowych nauk prawnych. Już w tym miejscu, antycypując

5 Na temat autonomii prawa ubezpieczeń społecznych zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., V CSK 63/2012, LexPolonica nr 5157863, w którym czytamy: „Autonomiczność i odrębność przepisów prawa ubezpieczeń społecznych wobec przepisów prawa cywilnego sprawia, iż na gruncie stosunków ubezpieczenia społecznego dopuszcza się tylko na zasadzie wyjątku stosowanie wskazanych *expressis verbis* regulacji cywilistycznych”. Na temat autonomii prawa podatkowego w kontekście podziału na prawo publiczne i prywatne zob.: M. Goettel, A. Goettel, *Prawo cywilne a prawo podatkowe* (w:) M. Goettel, M. Lemonnier (red.), *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, Warszawa 2011, s. 49; R. Szczepaniak, *Glosa do wyroku NSA z 2 kwietnia 2015 r., II FSK 719/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 9, s. 123 i n.

6 Na temat rozumienia pojęcia „struktura” zob.: I. Kamińska-Szmaj (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 2009; *Leksykon naukowo-techniczny*, oprac. S. Czerni i in., wyd. 3 popr. i uzup. Warszawa 1984.

7 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu…*, dz. cyt., s. 10.

8 Zob. J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 55; zob. także J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 107, s. 132.

9 J. Holliger doliczył się siedemnastu takich teorii; zob. tenże, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipe und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, Zürich 1904, s. 11.

dalsze wywody i konkluzje, stwierdzam jednak, iż po lekturze pracy, przynajmniej w moim przypadku, dominuje uczucie niedosytu, a nawet zawodu. W szczególności początkowa jakże śmiała zapowiedź autora nie została zrealizowana. Można postawić tezę, że na wprowadzenie konwencji znaczeniowych, w tym definicji[11]. Wychodząc z tych przekonujących założeń epistemologicznych, I. Zachariasz dochodzi do twierdzenia, które można wyrazić w sposób następujący: „to nieprawda, że rozgraniczenie prawa publicznego

W ostatnich dwóch wiekach w nauce prawa powstało co najmniej kilkanaście teorii próbujących wskazać precyzyjne kryteria rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego. Żadne z nich nie dały zadowalającego rezultatu.

kolejnych kartach monografii czytelnik jest świadkiem stopniowego wycofywania się autora z tej wielce ambitnej zapowiedzi.

Autor, chcąc zrealizować swą zapowiedź, przeprowadza następujące rozumowanie. Powołując się m.in. na poglądy Kazimierza Ajdukiewicza, wychodzi z założenia, iż w naukach empirycznych, do których zalicza również nauki prawne, poznanie jest „pochodną przyjmowanych językowych narzędzi poznawczych", co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że poznanie w swej istocie ma charakter konwencjonalny[10]. Założenie to jest przekonujące i w większości środowiska naukowego nie budzi poważniejszych kontrowersji. Poglądy K. Ajdukiewicza od wielu lat wywierają wpływ na prace przedstawicieli nauk prawnych. W szczególności panuje konsensus wokół innej znanej wypowiedzi tego filozofa, iż jedną z tendencji w ramach rozwoju nauki jest ciągłe dążenie do doskonalenia aparatury pojęciowej. Tendencja ta przejawia się w przechodzeniu od języków, w których pewne problemy są zasadniczo nierozstrzygalne, do języków, w których problemy te stają się coraz rzadsze. Przykładem tej tendencji jest od prywatnego nie jest sprawą poznania, a sprawą pewnej konwencji. Granica wyodrębnienia jest jasna i pewna, pod warunkiem że przyjmiemy określoną konwencję terminologiczną". Rodzi się jednak pytanie, czy przy takim ujęciu przytoczone tu twierdzenie autora rzeczywiście odbiega od kontestowanego przez niego twierdzenia, iż rozgraniczenie prawa publicznego i prywatnego nie jest kwestią poznania, lecz kwestią pewnej konwencji. Rozumowanie I. Zachariasza, choć oparte na przekonujących założeniach metodologicznych, niepokojąco przyjmuje kształt swoistego sofizmatu.

Na kartach monografii wielokrotnie możemy znaleźć wypowiedzi, których w gruncie rzeczy nie da się ocenić inaczej niż jako zaprzeczenie przyjętej we *Wprowadzeniu* tezy. I tak np. na s. 169 czytamy: „O zaliczeniu ich (stosunków – dop. R.S.) do kategorii stosunków prawa prywatnego bądź publicznego nie decyduje zatem wola czy przymus, ale konwencja, którą w opisie stosunku prawnego przyjęliśmy". Z kolei na s. 198 natrafiamy na myśl, iż norma „może być adresowana do podmiotów prawa prywatnego lub publicz-

10 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, dz. cyt., s. 29. Zob. K. Ajdukiewicz, *Obraz świata i aparatura pojęciowa* (w:) tegoż, *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920–1939*, t. 1, Warszawa 1985, s. 175.

11 K. Ajdukiewicz, tamże, s. 175. Do założeń metodologicznych K. Ajdukiewicza odwoływałem się w monografii *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 353.

nego, a przyjęcie cech różnicujących te podmioty jest kwestią czysto konwencjonalnego poznania prawa".

Kwestia stosunku prawnego i wątki cywilistyczne

Nieodparcie nasuwa się pytanie, co przedstawiciele szczegółowych nauk prawnych zyskaliby dzięki zabiegowi myślowemu autora. Zabieg ten mógłby mieć sens, gdyby zaproponowana przez autora konwencja terminologiczna rzeczywiście przyczyniała się w sposób niezaprzeczalny do postępu w naukach prawnych, a w szczególności prowadziła do rozstrzygania problemów dotąd nierozstrzygalnych. W tym miejscu pojawia się jednak kolejna obiekcja pod adresem monografii I. Zachariasza. Autor podjął się bowiem także bardzo ambitnego zadania zaprezentowania własnej teorii, którą nazywa „opisową teorią prawa". Buduje ją, jak twierdzi, w programowej opozycji do normatywizmu prawniczego. Przy czym autor rozumie normatywizm dość szeroko, jako określone założenie metodologiczne dominujące we współczesnej teorii prawa. Polega ono na dążeniu do „wytłumaczenia prawa w kategoriach normy". Takie ujęcie prawa zdaniem autora posiada istotne wady, o czym będzie mowa niżej.

W ramach swych zakrojonych na szeroką skalę analiz autor rzeczywiście zaproponował konwencje terminologiczne modyfikujące znaczenie szeregu pojęć prawnych, takich jak „stosowanie prawa", „stanowienie prawa", „akt prawny". Jednak na czoło dociekań wybija się fundamentalne pojęcie o utrwalonym znaczeniu, jakim jest „stosunek prawny". W koncepcji autora pojęcie to obok pojęcia normy prawnej ma kluczowe znaczenie w budowanej przez niego „opisowej teorii prawa", jednak w obecnym rozumieniu nie odpowiada ono specyfice wszystkich gałęzi prawa. Proponuje więc autor zasadniczo odmienne rozumienie tego pojęcia, postulując zarazem zaadoptowanie go w całym systemie prawnym. Wyraża też nadzieję, że dzięki przyjęciu jednolitego rozumienia „stosunku prawnego" na gruncie wszystkich nauk prawnych zostanie wprowadzony pojęciowy porządek[12].

Modyfikacje znaczeniowe idą tu jednak u autora bardzo daleko, burząc po drodze utrwalone np. rozumienie cywilistyczne. Jak sam autor przyznaje, dotychczasowe rozumienie tego pojęcia wywodziło się w nauce prawa z cywilistyki. Zgodnie z ujęciem autora o stosunku prawnym można mówić w przypadku takiego względem siebie oddziaływania podmiotów prawnych za pomocą uprawnień i obowiązków, którego celem jest przyjęcie aktu prawnego[13]. W konsekwencji za stosunek prawny należy „uważać zespół uprawnień i obowiązków przysługujący podmiotom, które przy ich pomocy oddziałują na siebie, aby w efekcie wydać (ustawę) czy też zawrzeć (np. umowę) akt prawny, który będzie miał moc obowiązującą (wiążącą podmioty prawa w realnej sferze działania)"[14].

> **Trudno na obecnym etapie rozwoju teorii prawa zakwestionować walory wypracowanej w cywilistyce koncepcji stosunku prawnego.**

Jak widać, immanentnym elementem tak rozumianego stosunku prawnego jest „akt prawny". Przy czym autor pojęcie „akt prawny" rozumie szeroko. Będzie to każdy akt zawierający normy postępowania, zarówno abstrakcyjne i generalne, jak indywidualne i konkretne. W tym rozumieniu aktem prawnym jest zarówno ustawa, jak i umowa.

Przyjęcie tej konwencji znaczeniowej, jak sam autor zauważa, pociągać będzie za sobą taki skutek, iż „to co dziś cywiliści, a w ślad za nimi także administratywiści nazywają stosunkiem prawnym, np. relacje między dłużnikiem a wierzycielem" będzie „stosowa-

12 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, dz. cyt., s. 122.

13 Tamże, s. 146.

14 Tamże, s. 146.

niem się do prawa (realną sferą działania podmiotu prawnego)"[15]. Po wydaniu bowiem tak rozumianego aktu prawnego, a więc np. po zawarciu umowy, nie mamy już do czynienia ze stosunkami prawnymi, lecz ze stosowaniem się do prawa.

Autor stara się podkreślić znaczenie pojęcia „stosunek prawny" w propagowanym przez siebie znaczeniu, gdyż nie można jedynie przy pomocy kategorii normy „opisać złożonej rzeczywistości prawnej". Skutkiem normatywizmu jest jego zdaniem „pewna wizja prawa, którą tworzą wyizolowane zachowania, a nie wzajemny układ zachowań podmiotów prawnych, zorganizowany w jakimś celu"[16]. Aby dowieść trafności swego twierdzenia, autor przyrównuje sytuację prawną stron umowy do sytuacji przechodzących na czerwonym lub zielonym świetle. Zdaniem autora ich sytuacja prawna „odnoszona do norm prawnych" jest w zasadzie identyczna[17]. W jednym i drugim przypadku mamy do czynienia z osobami obowiązanymi normą do określonego działania. Różnica między nimi polega jedynie na tym, że w pierwszym przypadku obowiązek podmiotu wynika z normy konkretnej i indywidualnej, a w drugim może także wynikać z normy generalnej i abstrakcyjnej[18].

W mojej ocenie przykład nie jest przekonujący, o czym możemy się przekonać, prezentując osiągnięcia cywilistyki. Przedstawiony przykład dowodzi, że autor nie docenia dorobku cywilistyki w zakresie analizy różnego rodzaju modalności normatywnych, a zwłaszcza wypracowania precyzyjnych kwalifikacji prawnych zachowań określonych osób jako zachowań odnoszących się do innych osób[19]. To właśnie cywilistyka, dostrzegając nierzadko zniuansowane, w wysokim stopniu złożone sytuacje prawne rożnych podmiotów w wielorakich konfiguracjach społecznych, opracowała rozbudowaną teorię praw podmiotowych, a wśród nich np. podział na prawa podmiotowe względne i bezwzględne, uprawnienia kształtujące roszczenia czy też koncepcję ekspektatyw przyjętą w innych gałęziach prawa, jak np. prawie ubezpieczeń społecznych czy prawie konstytucyjnym[20]. Przy czym osiągnęła to bez porzucania utrwalonego tradycyjnego rozumienia stosunku prawnego.

Cywilistyka potrafi precyzyjnie uchwycić całą odmienność sytuacji prawnej osoby przechodzącej na czerwonym czy zielonym świetle, jak i strony umowy. W przypadku stron umowy mamy do czynienia z bezpośrednim oddziaływaniem (interakcją) indywidualnie oznaczonych osób, które w cywilistyce zostały nazwane stosunkami prawnymi. Istotnym elementem tych stosunków są prawa podmiotowe stron. Taka interakcja nie ma miejsca w przypadku osób przechodzących na czerwonym lub zielonym świetle. Co najwyżej możemy wtedy mówić tylko o pewnych „refleksach prawa", czyli korzystnych sytuacjach prawnych dla pozostałych członków społeczeństwa, które nie przybierają jednak postaci praw podmiotowych[21].

Cywilistyka w żadnym wypadku nie lekceważy relacji między stronami przed zawarciem umowy. Dowodzi tego chociażby tematyka *culpa in contrahendo*, której poświęca wiele uwagi. Cywiliści zauważają jednak, że po zawarciu umowy wzajemne oddziaływania między jej stronami nabierają dodatkowych cech, a cywilistyka potrafi dobrze ująć istotę ich sytuacji prawnych przy wykorzystaniu tradycyjnego rozumienia stosunku prawnego, wypracowanej w cywilistyce koncepcji praw podmiotowych oraz dorobku współczesnej polskiej teorii prawa, którą autor określa mianem normatywizmu.

15 Tamże, s. 155.

16 Zob. tamże, s. 83.

17 Tamże, s. 165.

18 Tamże, s. 165.

19 Na temat rodzajów modalności patrz S. Wronkowska (w:) A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 143.

20 Zob. S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 16 i n. Na temat wykorzystywania cywilistycznej koncepcji praw podmiotowych w ubezpieczeniach społecznych, a zwłaszcza koncepcji ekspektatywy zob. C. Jackowiak, *Oczekiwania i ekspektatywy w ubezpieczeniach społecznych* (w:) J. Jończyk (red.), *Koncepcje i problemy ubezpieczenia społecznego. Materiały IV Kolokwium Ubezpieczenia Społecznego*, Wrocław 1987, s. 35. Na temat wykorzystywania cywilistycznego dorobku w tym zakresie w innych gałęziach prawa publicznego zob. J. Kuropatwiński, *Ekspektatywa powstania wierzytelności w polskim prawie cywilnym*, Bydgoszcz 2006, s. 45, 55.

21 Na temat różnić między „prawem podmiotowym" a „refleksem prawa" zob. S. Wronkowska, *Analiza…*, dz. cyt., s. 35.

Osiągnięcia cywilistyki dowodzą, że krytyka tak rozumianego normatywizmu jest przesadzona.

Wydaje się także, iż to właśnie cywilistyka potrafiła w sposób zrównoważony i optymalny pogodzić dorobek tak rozumianego normatywizmu z jednoczesnym eksponowaniem pojęcia „stosunek prawny". Dowodzą tego opracowane w poznańskiej szkole teorii prawa (Zygmunt Ziembiński, Sławomira Wronkowska) we współpracy z poznańską cywilistyką (Zbigniew Radwański) wielorakie modalności normatywne, koncepcja normy kompetencyjnej, a w ślad za nią koncepcja czynności prawnej jako rodzaju czynności konwencjonalnych, dość powszechnie już dzisiaj akceptowane w skali kraju[22]. Jak zauważył Piotr Machnikowski, koncepcja prawa nazywana też imperatywistyczną i pozytywistyczną, uznająca, że cały system prawny składa się wyłącznie z norm nakazująco-zakazujących, ma tę niebagatelną zaletę, iż zapewnia większą dyscyplinę dyskursu prawniczego. Kładzie nacisk bowiem bardziej na formalną poprawność rozumowania niż na siłę przekonywania dokonywanego za pomocą argumentów słuszności owych[23]. Niedostatki pracy I. Zachariasza, trudności, na jakie napotyka autor przy próbie budowania własnej teorii w opozycji do tradycyjnej imperatywistycznej koncepcji prawa, w jakimś sensie dowodzą trafności powyższego twierdzenia.

Jak widać, przyjęcie koncepcji autora oznaczałoby zerwanie z istotną częścią dorobku cywilistyki, zaadoptowanej *notabene* w innych szczegółowych naukach prawnych. Rodzi się pytanie, co zyskalibyśmy w zamian. Jak bowiem sam autor trafnie zauważył, ogólna teoria prawa powinna pełnić funkcję służebną wobec szczegółowych nauk prawnych i doktryny. Problem polega na tym, że ta nowa konwencja proponowana przez autora, burząc dotychczasową tradycję i dorobek, ani nie przyczynia się do wprowadzenia porządku pojęciowego, ani nie prowadzi do realizacji zapowiedzi wyrażonej we *Wprowadzeniu* do pracy. W szczególności z kart monografii nie wyłania się wyjaśnienie istoty i sensu podziału na prawo publiczne i prywatne, jak również nie wyłania się spójny katalog kryteriów pozwalających rozgraniczyć instytucje i stosunki prawa prywatnego i publicznego, nawet w obrębie tylko przyjętej przez autora konwencji.

Na ostatnich stronach pracy propagowaną przez siebie koncepcję autor określa mianem „wstępnej"[24]. W konsekwencji dowiadujemy się, że prezentowana koncepcja stosunku prawnego nie tylko nie stanowi takiego jasnego kryterium rozgraniczenia prawa prywatnego i publicznego, ale w dodatku autor przyznaje, iż nie przybrała ona jeszcze dojrzałego kształtu.

Na zakończenie analizy cywilistycznego wątku recenzowanej pracy pojawia się jeszcze jedna refleksja. Jako cywilista musiałem się do tych kontrowersyjnych wątków pracy I. Zachariasza odnieść. Nasuwa się jednak nieodparcie wrażenie, iż ustosunkowując się do koncepcji stosunku prawnego autorstwa I. Zachariasza, nie dotykamy zagadnienia, które powinno być w pracy najważniejsze. Wszak podtytuł pracy brzmi *Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prywatne*. Dopuszczam i taką możliwość, że tylko ja tych związków nie dostrzegam. Tym niemniej autor nie wyjaśnił w sposób dostatecznie klarowny, jaki związek z głównym zagadnieniem ma jego koncepcja stosunku prawnego.

Umowa w sektorze publicznym a akt administracyjny

Natomiast bezsprzecznie interesująca jest myśl autora, w świetle której umowa jest *sui generis* aktem prawnym, gdyż zawiera normy postępowania. W konsekwencji można ją zaliczyć do szerokiego zbioru aktów prawnych, razem z ustawami czy aktami administracyjnymi. Tego rodzaju myśl na temat umowy pojawiająca się w pracy poświęconej podziałowi systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne jest jak najbardziej godna rozważenia. Nie jest ona do końca oryginalna. W kręgach administratywistów od dawna zwraca się uwagę na zjawisko pewnej wymienności w działaniach administracji publicznej takich form jak decyzja administracyjna i umowa, a ta ostatnia, jak wiadomo, uważana jest powszechnie za klasyczny instrument prawa cywilnego.

Wymienność ta sprawia, że w skrajnych przypadkach realna natura umowy jako formy działania administracji może wręcz upodabniać się do jedno-

22 Patrz na ten temat P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353[1] k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 5, 20–21,

23 Tamże, s. 23–24.

24 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, dz. cyt., s. 224.

stronnego aktu administracyjnego, na co zwraca się uwagę w orzecznictwie i doktrynie innych państw. Także w polskiej literaturze w przeszłości dostrzegano możliwość zawierania przez administrację umowy jako szczególnego rodzaju aktu administracyjnego[25]. Jest to zjawisko wieloaspektowe. Niejednokrotnie przybiera ono postać wręcz swoistej żonglerki ustawodawczej cywilnoprawną i administracyjnoprawną metodą regulacji stosunków społecznych. Jak zauważa bowiem Ewa Łętowska, niekiedy „państwo ubiera swoje decyzje w szaty umowy", ukrywając, że pozbywa się w ten sposób zobowiązań i gwarancji wobec obywatela związanych z posiadaniem i wykonywaniem władzy publicznej[26]. W ten sposób państwo ukrywa również władczy charakter swych działań, tworząc iluzję partnerskiego traktowania jednostek. Wszystko to sprawia, że pojęcie władztwa ewoluuje we współczesnej nauce prawa, pojawiają się swoiste hybrydy prawne i zjawisko coraz intensywniejszego przeplatania cywilnoprawnych i administracyjnoprawnych metod regulacji. Szkoda, iż autor tego wątku nie rozwinął. Żeby jednak to interesujące zagadnienie upodabniania się umowy jako formy działania administracji do aktu administracyjnego poruszyć, nie jest konieczna kontestacja dotychczasowego rozumienia pojęcia „stosunek prawny".

25 Przykłady podaje K. Ziemski, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 21 i podana tam literatura.

26 Zob. E. Łętowska, *Prawo w „płynnej nowoczesności"*, „Państwo i Prawo" 2014, z. 3, s. 23.

Istota i sens podziału na prawo publiczne i prywatne jako zagadnienie kluczowe

W ramach budowania swej „opisowej teorii prawa" autor porusza cały szereg zagadnień. Nie jestem kompetentny, by wszystkie je omówić, zresztą przekraczałoby to ramy niniejszej publikacji. Na pewno omówieniu wszystkich zagadnień poruszonych w pracy nie sprzyja również omawiane przez autora zjawisko „autarkii naukowo-badawczej" szczegółowych nauk prawnych[27]. W tej kwestii w znacznym stopniu muszę się zgodzić z autorem.

W kręgach administratywistów od dawna zwraca się uwagę na zjawisko pewnej wymienności w działaniach administracji publicznej takich form jak decyzja administracyjna i umowa. Zagadnienie to jest warte głębszej analizy.

W pracy zawartych jest wiele interesujących, inspirujących myśli. Budzi uznanie oczytanie autora monografii, w tym wszechstronna orientacja w literaturze światowej. Szczególnie swobodnie porusza się on w ogólnej teorii prawa oraz w nauce prawa administracyjnego. Można jednak odnieść wrażenie, że nie do końca zapanował nad swą erudycją. W pracy znajdujemy prawdziwe bogactwo zagadnień i cennych stwierdzeń. Czytelnik co chwila musi jednak stawiać pytanie, jaki jest związek interesujących wywodów z głównym zagadnieniem badawczym. Myśli autora nie zawsze bowiem przybliżają do opracowania zapowiadanego przełomowego rozwiązania. W niektórych tylko przypadkach pod koniec wywodu autor monografii związek poruszanego wątku z głównym tematem wyjaśnia, w niektórych innych przypadkach przy zastosowaniu metody *benigna interpretatio* udaje się taki związek dostrzec czytelnikowi. Niekiedy jednak nawet zastosowanie tej metody nie pozwala owego

27 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, dz. cyt., s. 41.

związku odkryć. W konsekwencji narzuca się wniosek, że treść pracy nie do końca odpowiada jej tytułowi.

W szczególności brakuje refleksji nad dwoma kluczowymi, co wynika z tytułu pracy, kwestiami, to jest istotą i sensem podziału na prawo publiczne oraz prywatne a także dychotomicznym charakterem tego podziału. Brak ten budzi zdziwienie, zwłaszcza w kontekście pogłębionych refleksji autora nad metodologią nauk prawnych wyrażanych tezą o potrzebie weryfikacji zastanych aksjomatów[28], a przede wszystkim programową tezą głoszącą potrzebę stałego doskonalenia zastanej aparatury pojęciowej i modyfikacji konwencji znaczeniowych. Autor jest krytykiem ujęcia arbitralnego w prawie i „nieuzasadnionego poczucia obiektywności"[29]. Takie nastawienie jest logiczną konsekwencją propagowanego przez niego konwencjonalizmu poznawczego, skąd więc to arbitralne, wręcz aksjomatyczne założenie, że podział na prawo publiczne i prywatne ma charakter dychotomiczny? Z metodologiczną postawą autora kontrastuje więc fakt, iż sensowność tego podziału, jak i jego dychotomiczny charakter przyjmowane są przez autora jako pewnik. Przynajmniej ani razu kwestie te nie zostały podane w wątpliwość. Co prawda autor przytacza poglądy reprezentowane w nauce prawa kwestionujące ten podział lub jego dychotomiczny charakter, tym niemniej nie towarzyszy temu jakaś głębsza refleksja samego autora[30].

Obserwacja praktyki stosowania prawa skłania przedstawiciela szczegółowych nauk prawnych do postawienia pytania, czy kultywowanie tego podziału jest nieodzowne, czy musi on być stałym elementem naszej europejskiej kultury prawnej.

Analiza stosowania prawa przez sądy i organy administracji publicznej prowadzi do wniosku, że odwoływanie się do tego podziału niejednokrotnie rodzi wielorakie negatywne skutki[31]. Jakby to powiedziała E. Łętowska, przyczynia się do wytworzenia jednej z poważniejszych „barier w naszym myśleniu o prawie"[32]. Bariery takie, nazywane przez autorkę „zdezaktualizowanymi stereotypami prawniczego myślenia", „osłabiają wrażliwości sądów i ich hermeneutyczne umiejętności w zakresie odczytania tekstu prawa" oraz „dostrzegania wielowymiarowości systemu prawnego, na który składają się nie tylko przepisy, ale także niepisane zasady, konstytucyjne standardy"[33]. Ponadto przejawy absolutyzowania, czyli wyolbrzymiania znaczenia tego podziału[34], przyczyniają się do wewnętrznej dezintegracji systemu prawnego, a w efekcie osłabiają jego spójność, prowadząc m.in. do pogłębiania dostrzeganego również przez I. Za-

28 Tamże, s. 234.

29 Tamże, s. 137.

30 Tamże, s. 63–65.

31 Zob.: R. Szczepaniak, *Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne (na kanwie uchwały SN)*, „Państwo i Prawo" 2013, z. 5, s. 31 i n.; tenże, *Przyczyny…*, dz. cyt., s. 3 i n.; tenże, *W zaklętym kręgu podziału na prawo publiczne i prywatne*, „Studia Prawa Prywatnego" 2015, nr 3, s. 52 i n.

32 Patrz E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, „Państwo i Prawo" 1996, z. 4–5, s. 46.

33 Tamże.

34 Sformułowanie „absolutyzowanie podziału na prawo publiczne i prywatne" występuje w literaturze niemieckiej dla nazwania zjawiska wyolbrzymiania znaczenia tego podziału, zob. H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999, s. 61.

chariasza zjawiska „autarkii naukowo-badawczej" szczegółowych nauk prawnych.

Obserwacja praktyki stosowania prawa skłania więc przedstawiciela szczegółowych nauk prawnych do postawienia pytania, czy kultywowanie tego podziału jest nieodzowne, czy musi on być stałym elementem naszej europejskiej kultury prawnej. Ponadto, jeżeli nawet odpowiemy twierdząco na to pytanie, należy jeszcze odpowiedzieć, czy dychotomia jest wpisana w sens owego podziału. Zacznę od drugiego pytania, gdyż zakwestionowanie dychotomiczności automatycznie osłabienia sens tego podziału.

Zaprezentowane poniżej rozumowanie, prowadzące po pierwsze do weryfikacji tezy o dychotomicznym charakterze tego podziału, a po drugie do weryfikacji konieczności kultywowania samego podziału, rozbija się więc na dwa etapy.

Kwestia dychotomiczności podziału na prawo publiczne i prywatne

Igor Zachariasz, przyjmując jako pewnik dychotomiczny charakter tego podziału, nie wyjaśnia, jak rozumie ową dychotomię. Przyjmuję więc, że chodzi o rozumienie istniejące w klasycznej logice, zwłaszcza że autor podkreśla programowo przydatność klasycznej logiki w prawoznawstwie[35]. W logice mianem podziału dychotomicznego (zwanego też logicznym) określa się podział rozłączny. Zachodzi on wtedy, gdy żaden z desygnatów nazwy, której zakres dzielimy, nie może być zaliczony do dwóch członów podziału naraz[36].

Prawdą jest, iż dla niektórych teoretyków, ale także praktyków o teoretycznym zacięciu dychotomia podziału na prawo publiczne i prywatne może być w pewnym sensie pociągająca. Niekiedy można dostrzec swoistą tęsknotę za logicznymi podziałami (klasyfikacjami), które porządkowałyby nasze myślenie o prawie i niejako automatycznie dostarczały gotowego rozwiązania, niczym algorytmy. Analizowany podział na prawo publiczne i prywatne ma natomiast z założenia obejmować cały system prawny, w konsekwencji również nadzieja na jego porządkujące walory w odniesieniu do całej skomplikowanej materii prawnej jest odpowiednio duża. Tymczasem myślenie sprowadzające się do tworzenia konstrukcji opartych na dychotomicznych, a więc logicznych podziałach (klasyfikacjach) w obrębie prawa jest najprawdopodobniej sprzeczne z jego naturą. Jak się swego czasu wyraził wybitny sędzia amerykańskiego Sądu Najwyższego Oliver Wendell Holmes, „The life of the law has not been logic, it has been experience"[37]. Wydaje się, że podobną myśl wyraził kilkadziesiąt lat temu Witold Czachórski, zdaniem którego ważniejsze od konsekwentnego trzymania się jednej wybranej teorii jest opracowanie rozwiązań przydatnych w praktyce i akceptowanych ze względu na przyjęty system ocen[38]. Oczywiście można by wyżej cytowane twierdzenia wybitnych prawników potraktować jako swego rodzaju bon moty. Głębsza refleksja prowadzi jednak do wniosku, iż ukryta w nich jest wielka mądrość.

W tym miejscu nasuwa się generalna uwaga, iż w naukach prawnych bardzo często występują problemy z klasyfikacjami. Niejednokrotnie nie udaje się ich przeprowadzić zgodnie z wymogami tzw. podziału logicznego, a więc w sposób wyczerpujący i rozłączny (dychotomiczny). W konsekwencji, jak zauważają teoretycy prawa, w naukach prawnych podziały mają najczęściej charakter typologiczny, a nie logiczny. Taka prawidłowość wynika niejako z samej natury prawa[39]. Uświadomienie sobie tej prawidłowości może być metodologicznie pożyteczne.

Pojawia się w tym miejscu szersza refleksja, iż źródłem trudności w uchwyceniu istoty niektórych fundamentalnych instytucji prawnych jest dążenie do wtłoczenia ich w ramy wykoncypowanego *a priori* dychotomicznego podziału[40].

35 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu*…, dz. cyt., s. 31.

36 Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1990, s. 235.

37 Podaję za: R. Serick, *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, Berlin–Tübingen 1955, s. 103.

38 Patrz W. Czachórski, *Odpowiedzialność osób prawnych za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym. Studium z zakresu prawa obligacyjnego* (maszynopis), „Prace Uniwersytetu Warszawskiego" 1948, nr 179, Biblioteka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Podobnie S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937, s. 73.

39 Podaję za: A. Grabowski, *Podział logiczny* (w:) *Logika dla prawników* (skrypt), Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

40 Jako cywiliście od razu nasuwa mi się nierozwikłana w skali międzynarodowej kwestia podmiotowości prawnej holdingu.

W ostatnich latach dość przekonująco wykazano, że podział, o którym mówimy, nie ma charakteru dychotomicznego, tzn. nie jest to podział logiczny, a więc rozłączny. W gruncie rzeczy podział ten wykazuje charakter niedychotomiczny, ze względu na swą multifunkcjonalność i kontekstowość[41]. Co najważniejsze jednak, ceptowali twierdzenie, że np. umowy zawierane w sektorze publicznym nie są umowami cywilnoprawnymi, lecz publicznoprawnymi. Wobec braku kompleksowej regulacji tego rodzaju umów w prawie administracyjnym, a w szczególności wobec braku tzw. części ogólnej prawa administracyjnego i tak zachodzi potrzeba

Myślenie sprowadzające się do tworzenia konstrukcji opartych na dychotomicznych, a więc logicznych podziałach (klasyfikacjach) w obrębie prawa jest najprawdopodobniej sprzeczne z jego naturą.

niedychotomiczne podejście przyczynia się do przyjęcia rozwiązań efektywniej chroniących prawa jednostek, poszerza bowiem możliwości realizacji standardów demokratycznego państwa prawnego. Dla przykładu: dzięki takiemu ujęciu, nawet gdy przypiszemy umowie zawieranej w sektorze publicznym charakter cywilnoprawny, nie negujemy oceny jej również przez pryzmat zapisanych w konstytucji, jak i w ustawodawstwie zwykłym wymogów adresowanych do organów władzy publicznej. Dlatego też w całości zgadzam się z myślą wyrażoną przez Jana Bocia, iż analiza istoty umów, czy innych instytucji o cywilnoprawnej proweniencji stosowanych w administracji, nie powinna przybierać postaci „walki o przynależność, tylko o ulepszenie koncepcyjne i normatywne systemu obowiązującego prawa"[42]. Rodzi się bowiem pytanie, co byśmy zyskali, gdybyśmy zaakstosowania, przynajmniej w drodze analogii względnie jako wyraz naczelnych zasad systemu prawnego, do tego rodzaju umów przepisów cywilistycznych z kodeksem cywilnym na czele. Jak doskonale wiadomo, w żadnej innej gałęzi prawa umowa nie została tak gruntownie uregulowana jak w prawie cywilnym. Z kolei dorobek nauki prawa cywilnego poświęcony umowom jest nieporównanie większy od osiągnięć na tym polu administratywistów. W konsekwencji, jak sami administratywiści przyznają, nie udało im się dotąd wypracować spójnej kompleksowej teorii umów w administracji[43]. Dlatego też zamiast toczyć boje o przynależność, należy dążyć do osiągnięcia efektu synergii poprzez naukową współpracę cywilistów i administratywistów w analizie umów sektora publicznego. Należy też przyjąć założenie, że każda instytucja stosowana w administracji publicznej powinna być oceniana przez pryzmat konstytucyjnych zasad i wartości, w tym zwłaszcza standardów demokratycznego państwa prawa[44].

Wydaje się, że dychotomia podmiot – przedmiot w odniesieniu do różnego rodzaju jednostek organizacyjnych wywołuje wiele problemów. Błąd metodologiczny polega na bezrefleksyjnej antropomorfizacji jednostek organizacyjnych, to znaczy traktowaniu ich podmiotowości z taką samą bezwzględnością jak podmiotowości człowieka (osoby fizycznej).

41 Zob. G. Jurgens, F. van Ommeren, *The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context – Dependant Divide*, „Cambridge Law Journal" 2012, vol. 71, nr 1, s. 172 i n.

42 J. Boć (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Formy prawne w sferze działań zewnętrznych administracji*, „System Prawa Administracyjnego", t. 5, Warszawa 2013, s. 258.

43 Zob. W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych* (w:) E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczyca (red.), *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, Kraków 1999, s. 124.

44 Z takiego założenia najwyraźniej wyszedł holenderski ustawodawca. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na treść

Kwestia konieczności kultywowania podziału na prawo publiczne i prywatne

Należy w tym miejscu zadać fundamentalne pytanie, którego nie postawił I. Zachariasz. Czy kultywowanie podziału na prawo publiczne i prywatne jest konieczne? Szkoda, iż autor nie przeprowadził eksperymentu intelektualnego w oparciu o metodę brzytwy Ockhama i nie rozważył rezygnacji z pojęć „prawo publiczne" i „prawo prywatne" w ramach próby tworzenia tzw. opisowej teorii prawa. Eksperyment taki w imię dążenia do doskonalenia aparatury pojęciowej, którego znaczenie tak bardzo podkreślał K. Ajdukiewicz, byłby niezwykle interesujący. Wydaje się, że na obecnym etapie rozwoju nauki o prawie i państwie trudno byłoby od tych pojęć uciec, aczkolwiek nie jest to niemożliwe. Przede wszystkim stoi za tym podziałem tradycja sięgająca jeszcze czasów rzymskich, klasyfikacja dyscyplin prawniczych i właśnie panująca aparatura pojęciowa. Jak zauważył J. Nowacki, jest to nie tylko podział systemu prawnego, ale i nauki prawa[45]. W dodatku w ostatnich dziesięcioleciach można nawet mówić o jego renesansie, wykazuje się bowiem dużą żywotnością. Nie tylko odrodził się w byłych państwach socjalistycznych, także w Polsce, ale doszedł do głosu również w państwach anglosaskich, takich jak Wielka Brytania czy Australia, które tradycyjnie go nie eksponowały i to m.in. odróżniało ich systemy prawne od systemów państw Europy kontynentalnej[46]. W konsekwencji zdaniem niektórych teoretyków podział ten wypływa niejako z samej natury prawa[47].

Z drugiej zaś strony już samo wykazanie, że nie musimy owego podziału traktować jako dychotomiczny, skłania do wniosku, że jego kultywowanie nie jest konieczne.

Źródłem trudności w uchwyceniu istoty niektórych fundamentalnych instytucji prawnych jest dążenie do wtłoczenia ich w ramy wykoncypowanego *a priori* dychotomicznego podziału.

Sądzę, że siła i żywotność tego podziału bierze się stąd, iż dość dobrze wyraża on nie zawsze wyartykułowane, lecz gruntownie zakorzenione trafne przekonanie, że specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów publicznych wymaga szczególnych unormowań ich funkcjonowania, odbiegających od reguł tzw. prawa powszechnego, za które od kilkuset już lat wielu prawników uważa prawo cywilne. Zarówno ustawodawca, jak i organy stosujące prawo, a zwłaszcza sądy, powinny sobie z tego zdawać sprawę. Świadomość ta jest większą wartością niż kultywowanie podziału. Same pojęcia „prawo publiczne", „prawo prywatne" można wówczas uznać za niedoskonałe hasła, mające w gruncie rzeczy na celu przypomi-

art. 3:14 holenderskiego kodeksu cywilnego w zw. z art. 3:1 pkt 2 holenderskiej ustawy *General Administrative Law Act*. Ze wskazanego przepisu holenderskiego kodeksu cywilnego wynika, iż kompetencje, które przysługują komukolwiek na podstawie przepisów prawa cywilnego, nie mogą być wykonywane z pogwałceniem pisanych lub niepisanych zasad prawa publicznego. Z kolei wskazany przepis *General Administrative Law Act* stanowi, że zapisane w tej ustawie zasady odnoszące się do wydawania aktów administracyjnych stosowane są również do innych form aktywności administracji, o ile tylko dadzą się te zasady pogodzić z naturą tych innych form.

45 J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 12.

46 Zob. na ten temat G. Jurgens, van Ommeren, *The Public-Private Divide*…, dz. cyt., s. 172 i n.

47 Zob.: O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, s. 29; A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 203. Patrz także J. Nowacki, *Prawo publiczne*…, dz. cyt., s. 6.

nanie o specyfice funkcjonowania państwa i innych podmiotów stanowiących jego emanację, która czasem jest na tyle intensywna, że uzasadnia potrzebę wyodrębnienia różnych gałęzi prawa. Tak jest w przypadku posługiwania się przez te podmioty formą aktu administracyjnego, a więc klasycznego władczego aktu jednostronnego. Niekiedy specyfika ta nie objawia się z tak wielką siłą i w konsekwencji wystarczy wyodrębnienie jedynie grupy przepisów w ramach jednej gałęzi, a nawet jednego aktu prawnego. Tak jest np. w przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów publicznych (art. 417–421 k.c.). Niewykluczone, iż w niektórych przypadkach charakter podmiotów publicznych nie wymaga nawet wprowadzenia takiej grupy przepisów. Wystarczające może się okazać odpowiednie nastawienie sądów, zwane niekiedy tzw. prawem sędziowskim. Jak się wydaje, przykładem tego jest fenomen umów w sektorze publicznym. Wszak umowa, w przeciwieństwie do decyzji administracyjnej, nie jest bynajmniej formą działania przypisaną jedynie do podmiotów publicznych.

W doktrynie prawa cywilnego kilka lat temu wysunięto postulat ukształtowania w orzecznictwie na potrzeby obrotu cywilnego z udziałem podmiotów publicznych specjalnego katalogu zasad współżycia społecznego uwzględniającego ich specyfikę [48].

Programowe odejście od dychotomii prawo publiczne – prawo prywatne, a nawet rezygnacja z samego podziału, wydaje się bardziej praktyczne. Unikamy wtedy wikłania się w często jałowe spory, czy dana instytucja, np. umowa, ma charakter cywilnoprawny czy publicznoprawny, zwłaszcza że nawet zgodne opowiedzenie się za którymś z wariantów niejednokrotnie jest niejednoznaczne, a przez to mało komunikatywne. Jak zostało bowiem wyżej wskazane, przyjęcie, że umowa czy inna instytucja stosowana w administracji ma charakter publicznoprawny, samo w sobie jeszcze w obecnych polskich realiach nie wyklucza stosowania do niej przepisów kodeksu cywilnego ani też rozstrzygania sporów na kanwie tej umowy przez sąd cywilny, a jednocześnie uwzględniania zasad funkcjonowania władzy publicznej.

Wydaje się, że wyrazem podobnej myśli jest terminologia używana w nauce zagranicznej i polskiej prawa administracyjnego. Terminologia ta świadczy bowiem o podejmowanych próbach usuwania niepotrzebnych barier między gałęziami prawa, to jest prawem cywilnym i administracyjnym. Ilustracją zjawiska niech będzie sformułowanie „akty quasi-prywatnoprawne" dla nazwania określonych form działania administracji, które wykazują wiele cech typowych dla prawa cywilnego[49] czy wprowadzone już wiele lat temu w nauce francuskiej rozróżnienie na prawo administracyjne *sensu stricto* i prawo administracji (prawo administracyjne *sensu largo*)[50]. Z kolei w nauce niemieckiej ukształtowało się określenie *Verwaltungsprivatrecht*, które przez polskich administratywistów tłumaczone jest jako „prawo cywilno-administracyjne"[51].

Kwestia prawa cywilnego jako prawa powszechnego

Była już mowa, iż w pracy I. Zachariasza zawartych jest wiele interesujących, wręcz frapujących myśli. Niestety autor często myśli te pozostawia bez wystarczającego rozwinięcia. Tak jest np. w przypadku kontestowania przez niego twierdzenia, w świetle którego prawo prywatne jest tzw. prawem powszechnym, a więc w konsekwencji powinno być podstawą rozstrzygania sporów w stosunkach z państwem. Autor zarzuca temu poglądowi, że jest przejawem „zbliżającej się do anarchizmu postawy liberalnej", „zmierzającej do zastąpienia prawa publicznego przez prawo prywatne"[52]. Tak mocne stwierdzenie wymagałoby szerszego uzasadnienia, tymczasem myśl ta nie jest rozwinięta wystarczająco. Jeżeli autor chciał w ten sposób wyrazić, iż specyfika podmio-

48 Zob. P. Stec, *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013, s. 73.

49 Zob. W. Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994, s. 63.

50 Na temat pojęcia „prawo administracji" zob. W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji…*, dz. cyt., s. 120. Na temat tego rozróżnienia zob. także A. de Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, wyd. 9, Paris 1994, s. 20.

51 Zob.: H. de Wall, *Die Anwendbarkeit…*, dz. cyt., s. 35; D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984, s. 212 i n.; Z. Leoński, *Glosa do wyroku NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Łodzi z dnia 27 września 1994 r., SA/Łd 1906/94*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1996, z. 3. Na temat tego sformułowania zob. P. Stec, *Umowy w administracji…*, dz. cyt., s. 13.

52 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu…*, dz. cyt., s. 63.

tów sektora publicznego niekiedy uniemożliwia pełne respektowanie klasycznych zasad prawa cywilnego, to należy się z taką myślą w pełni zgodzić. W przeciwnym razie mogłyby zostać naruszone określone zasady konstytucyjne. W szczególności stosowanie w administracji publicznej instytucji cywilnoprawnych z umową na czele nie gwarantuje, wbrew dość powierzchownemu sądowi, partnerskiego traktowania obywateli przez podmioty publiczne. Trybunał Konstytucyjny w jednym z wyroków posłużył się określeniem „fikcja cywilnoprawnej równości stron"[53]. Nieuwzględnienie tego zjawiska przez prawodawcę, jak i organy stosujące prawo może prowadzić do różnego rodzaju nadużyć czy aberracji, które nie dają się pogodzić z aksjologią konstytucyjną. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku o istnieniu konstytucyjnych granic swobody ustawodawcy co do wyboru metody regulacji stosunków społecznych. Z drugiej strony nie należy zapominać, iż traktowanie prawa cywilnego jako tzw. prawa powszechnego ma długą, sięgającą XVIII w. tradycję. Prawo cywilne stanowiło punkt odniesienia dla rodzącego się w XIX w. prawa administracyjnego. Poszczególne instytucje prawa administracyjnego kształtowały się jako swoiste paralele instytucji cywilnoprawnych. Nie jest żadną przesadą, jeżeli uznamy prawo cywilne za gałąź dojrzalszą i lepiej ukształtowaną. Najlepszym tego dowodem jest fakt, iż jak dotąd nie powstały kodyfikacje materialnego prawa administracyjnego ani nawet zasadniczy fragment kodyfikacji w postaci tzw. przepisów ogólnych prawa administracyjnego. W konsekwencji traktowanie niektórych przepisów prawa cywilnego jak zasad całego systemu prawnego jest z przyczyn praktycznych nieuniknione. Dotyczy to np. przepisów o umowach, o odpowiedzialności odszkodowawczej, o bezpodstawnym wzbogaceniu czy potrąceniu, o mieniu, zwłaszcza zaś prawie własności. Bronienie przeciwnego poglądu byłoby przejawem absolutyzowania podziału na prawo publiczne i prywatne, o którym była mowa wyżej, a ponadto prowadziłoby do problemów praktycznych. Jakie bowiem przepisy stosować do zawarcia porozumienia administracyjnego czy jego rozwiązania, jeżeli nie ogólne przepisy kodeksu cywilnego o umowach, skoro kwestia ta nie została uregulowana w prawie administracyjnym? Dlatego również uwagi poświęcone kwestii powszechności zasad prawa cywilnego dostarczają argumentów za przyjęciem tezy, iż jeżeli nawet podział na prawo publiczne i prywatne ma sens i jest godny kultywowania, to przynajmniej powinniśmy

Siła i żywotność podziału na prawo publiczne i prywatne bierze się stąd, iż dość dobrze wyraża on nie zawsze wyartykułowane, lecz gruntownie zakorzenione trafne przekonanie, że specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów publicznych wymaga szczególnych unormowań ich funkcjonowania, odbiegających od reguł tzw. prawa powszechnego, za które od kilkuset już lat wielu prawników uważa prawo cywilne.

53 Zob. wyrok TK z dnia 27 maja 2014 r., P 51/13, OTK-A 2014/5/57.

odrzucić pogląd o jego dychotomiczności (rozłączności). W konsekwencji stosowanie prawa prywatnego w sektorze publicznym powinno następować zawsze z uwzględnieniem konstytucyjnych standardów odnoszących się do podmiotów publicznych.

Spójność systemu prawnego wymaga, by pewne zasady traktować jako naczelne (powszechne) zasady całego porządku prawnego. Tymczasem ten tradycyjny podział niekiedy przypomina gorset ograniczający efektywność systemu prawnego, a w szczególności staje na przeszkodzie kompleksowemu spojrzeniu na prawo i wyszukaniu pewnych zasad przenikających cały system prawny. Nie powinno się utrudniać stosowania w szeroko pojętym sektorze publicznym określonych zasad naczelnych tylko dlatego, że zostały wypracowane przez cywilistów. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że we wszelkim prawniczym definiowaniu czy też klasyfikowaniu, zwłaszcza wówczas gdy tworzone klasyfikacje miałyby mieć charakter dychotomiczny, kryje się pewne zagrożenie doktrynerstwem.

Zakończenie

Reasumując, recenzowana praca Igora Zachariasza dostarcza – zdaje się, że wbrew intencji samego autora – dalszych dowodów na poparcie twierdzenia J. Nowackiego, iż „walory »publiczny« i »prywatny« są przypisywane określonym zjawiskom, ale nie w nich odkrywane; nie istnieje niezależne od danego podmiotu, empirycznie sprawdzalne, kryterium pozwalające na odróżnianie tego, co publiczne, od tego co prywatne”[54]. W konsekwencji „odróżnienie prawa publicznego od prywatnego, a także przypisywanie całemu prawu waloru »publiczne«, nie jest sprawą poznania, lecz sprawą aprobaty, uznania określonych wartości, określonej ideologii politycznej czy społeczno-politycznej”[55].

Bibliografia

Ajdukiewicz K., *Obraz świata i aparatura pojęciowa* (w:) tegoż, *Język i poznanie, Wybór pism z lat 1920–1939*, t. 1, Warszawa 1985, s. 175–181.

Boć J. (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Formy prawne w sferze działań zewnętrznych administracji*, „System Prawa Administracyjnego”, t. 5, Warszawa 2013, s. 234–277.

Buczkowski S., *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937.

Chróścielewski W., *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994.

Czachórski W., *Odpowiedzialność osób prawnych za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym. Studium z zakresu prawa obligacyjnego* (maszynopis), „Prace Uniwersytetu Warszawskiego” 1948, nr 179, Biblioteka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Ehlers D., *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984.

Gierke O., *Deutsches Privatrecht*, t. 1. *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895.

Goettel M., Goettel A., *Prawo cywilne a prawo podatkowe* (w:) M. Goettel, M. Lemonnier (red.), *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, Warszawa 2011, s. 12–49.

Holliger J., *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipe und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, Zürich 1904.

Jackowiak C., *Oczekiwania i ekspektatywy w ubezpieczeniach społecznych* (w:) J. Jończyk (red.), *Koncepcje i problemy ubezpieczenia społecznego. Materiały IV Kolokwium Ubezpieczenia Społecznego*, Wrocław 1987, s. 33–42.

Jurgens G., Ommeren F. van, *The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context – Dependant Divide*, „Cambridge Law Journal” 2012, vol. 71, nr 1, s. 172–199.

Kamińska-Szmaj I. (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 2009.

Kuropatwiński J., *Ekspektatywa powstania wierzytelności w polskim prawie cywilnym*, Bydgoszcz 2006.

Leksykon naukowo-techniczny, oprac. S. Czerni i in., wyd. 3 popr. i uzup., Warszawa 1984.

Laubadère A. de, Venezia J.C., Gaudemet Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, wyd. 9, Paris 1994.

Leoński Z., *Glosa do wyroku NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Łodzi z dnia 27 września 1994 r., SA/Łd 1906/94*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1996, z. 3, s. 127–129.

Łętowska E., *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 4–5, s. 44–60.

Łętowska E., *Prawo w „płynnej nowoczesności”*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 3, s. 6–27.

Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353[1] k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.

Molitor E., *Über öffentliches Recht und Privatrecht. Eine rechtssystematische Studie*, Karlsruhe 1949.

Müllejans H., *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksich-*

54 Zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne*…, dz. cyt., s. 107.

55 Tamże, s. 132.

tigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum, München 1961.

Nowacki J., *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992.

Ross A., *On Law and Justice*, London 1958.

Serick R., *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, Berlin–Tübingen 1955.

Stec P., *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013.

Szczepaniak R., *Glosa do wyroku NSA z 2 kwietnia 2015 r., II FSK 719/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2016, nr 9, s. 1123–1133.

Szczepaniak R., *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.

Szczepaniak R., *Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 1, s. 3–17.

Szczepaniak R., *Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne (na kanwie uchwały SN)*, „Państwo i Prawo" 2013, z. 5, s. 31–45.

Szczepaniak R., *W zaklętym kręgu podziału na prawo publiczne i prywatne*, „Studia Prawa Prywatnego" 2015, nr 3, s. 52–60.

Taras W., Wróbel A., *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych* (w:) E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczyca (red.), *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, Kraków 1999, s. 115–125.

Wall H. de, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999.

Wronkowska S., *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973.

Wronkowska S. (w:) A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994.

Zachariasz I., *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016.

Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 55.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (pierwsza izba) z dnia 11 listopada 2016 r. w sprawie Karapetyan i in. przeciwko Armenii, *skarga nr 59001/08 – wolność wypowiedzi*

Stan faktyczny

Skarżący, czterej Ormianie, pracownicy Ministerstwa Spraw Zagranicznych Armenii, zostali odwołani z funkcji po wydaniu publicznego oświadczenia, w którym skrytykowali rząd. Krytyka dotyczyła sfałszowanych, zdaniem opozycji, wyborów prezydenckich z 2008 r. W oświadczeniu skarżący (imiennie przez nich podpisanym) wyrazili przekonanie o nieprawidłowościach procesu wyborczego i zażądali reakcji władz międzynarodowych. Następnego dnia Minister Spraw Zagranicznych pozbawił ich funkcji, uzasadniając to wymogiem apolityczności służb dyplomatycznych, które nie powinny wspierać jakichkolwiek środowisk politycznych ani manifestować swych poglądów politycznych.

Odwołania skarżących zostały oddalone przez sądy krajowe. Sądy uznały, że pozbawienie skarżących zajmowanych stanowisk nie było bezprawne, gdyż urzędnicy ci wykorzystali swoje stanowiska w celu przedstawienia swoich poglądów politycznych.

Stanowisko ETPC – wolność wypowiedzi (art. 10 EKPC[1]*)*

Trybunał uznał, że odwołanie skarżących z zajmowanych stanowisk było ingerencją w ich wolność wypowiedzi, a prawodawstwo armeńskie ją przewidujące spełniało standardy Konwencji. W szczególności przepisy ustawy o służbie dyplomatycznej stanowiły o odwołaniu dyplomaty z urzędu w razie przekroczenia określonych granic. Trybunał podzielił pogląd sądów krajowych, zgodnie z którym urzędnicy manifestowali przekonania polityczne, wykorzystując w tym celu zajmowane przez siebie stanowiska. Zdaniem ETPC oświadczenia urzędników dotyczące fałszerstw wyborczych były przejawem ich politycznego zaangażowania. Nawet uznając, że każdemu przysługuje wolność wypowiedzi, władze krajowe mogą zasadnie oczekiwać, że aktywność polityczna urzędników zostanie zredukowana. Biorąc powyższe pod uwagę, większością głosów Trybunał orzekł, że Armenia nie dopuściła się naruszenia art. 10 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

1 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284), dalej: konwencja lub EKPC.

Decyzja ETPC (druga izba) z dnia 15 listopada 2016 r. w sprawie Simić przeciwko Bośni i Hercegowinie, *skarga nr 75255/10 – prawo do rzetelnego procesu i wolność wypowiedzi*

Stan faktyczny

Skarżący, obywatel Bośni i Hercegowiny, w 2007 r. został wybrany sędzią Sądu Konstytucyjnego. W 2009 r. sąd ten został poinformowany, że ów sędzia w piśmie skierowanym do prezesa partii, do której kiedyś należał, skomentował działalność Sądu Konstytucyjnego. Następnie udzielił kilku wywiadów telewizyjnych oraz zwołał konferencję prasową, podczas których krytykował Sąd Konstytucyjny, oskarżył go o stronniczość, korupcję i uleganie wpływom politycznym oraz świata przestępczego. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego sędzia – orzeczeniem Sądu Kon-

stytucyjnego – został usunięty ze stanowiska za naruszenie reputacji zarówno Sądu Konstytucyjnego, jak i sędziego. Sąd Konstytucyjny uznał również, że sędzia przekroczył obowiązujące go ograniczenia przy korzystaniu z wolności wypowiedzi.

Stanowisko ETPC – niedopuszczalność skargi

Trybunał jednomyślnie uznał skargę za niedopuszczalną i podlegającą odrzuceniu. Trybunał nie dopatrzył się naruszenia standardów proceduralnych w postępowaniu wewnątrzkrajowym. Skarżącemu zagwarantowano dostęp do dokumentów, możliwość wyrażenia swoich racji pisemnie oraz ustnie na posiedzeniu Sądu, mógł też domagać się publicznego rozpatrzenia dotyczącej go sprawy. W istocie więc sam pozbawił się możliwości sądowej ochrony swych praw.

Trybunał stwierdził ponadto, że utrata urzędu była związana z brakiem możliwości sprawowania funkcji sędziego, a nie z faktem wyrażania publicznie poglądów w mediach, gdyż bezpośrednim powodem pozbawienia funkcji były wątpliwości co do bezstronności i niezawisłości skarżącego jako sędziego. Na tej podstawie Trybunał uznał, że zarzuty podniesione przez skarżącego w kontekście naruszenia jego prawa do wolności wypowiedzi wyrażonego w art. 10 EKPC były bezzasadne.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (trzecia izba) z dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie Osmanoğlu i Kocabaş przeciwko Szwajcarii, *skarga nr 29086/12 – wolność myśli, sumienia i wyznania*

Stan faktyczny

Skarżący – Szwajcarzy pochodzenia tureckiego – z powodów religijnych sprzeciwiali się udziałowi swoich córek w obowiązkowych lekcjach pływania w szkole przeprowadzanych razem z chłopcami. Władze szkolne nie zgodziły się na zwolnienie uczennic z tych lekcji, ponieważ nie osiągnęły one wieku dojrzewania i nie można było takiego zwolnienia żądać według obowiązującego prawa. Rodzice nie zmienili jednak decyzji, a z uwagi na brak obecności uczennic departament edukacji kantonu Bazylea-Miasto upomniał rodziców, a następnie – po nieskutecznej mediacji ze szkołą – ukarał ich grzywną za naruszenie obowiązków rodzicielskich.

Stanowisko ETPC – wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9 EKPC)

Trybunał zwrócił uwagę, że odmowa władz dotycząca zwolnienia z udziału w lekcjach pływania kolidowała z prawem do uzewnętrzniania swego wyznania i stanowiła ingerencję w to prawo. W przekonaniu Trybunału ograniczenie to mieściło się jednak w ramach dozwolonego marginesu oceny, który przysługuje państwom w odniesieniu do określenia miejsca religii w społeczeństwie i w edukacji publicznej.

Zważywszy na rolę, jaką szkoła odgrywa w asymilacji i integracji społecznej, obowiązek szkolny należy postrzegać jako wymóg bezwzględny, od którego wyjątki muszą mieć charakter jednostkowy i muszą być szczególnie uzasadnione. Trybunał zauważył również, że spór dotyczył zajęć sportowych mających duże znaczenie dla prawidłowego rozwoju i zdrowia człowieka. Podkreślił także, że interesom rodziców w zakresie prawa do posiadania własnych przekonań odpowiada interes dzieci w odebraniu pełnego wykształcenia, które jednoznacznie ułatwi ich społeczną integrację ze zwyczajami państwa zamieszkania. Zdaniem Trybunału uczestnictwo w lekcjach pływania nie tylko pozwala posiąść tę umiejętność, ale również stwarza możliwości udziału w zajęciach z innymi uczniami, na równi z nimi, tj. bez rozróżnienia związanego z ich pochodzeniem bądź przekonaniami religijnymi lub światopoglądowymi ich rodziców. Nie bez znaczenia dla oceny zachowania władz Szwajcarii było to, że uczennice mogły uczestniczyć w lekcjach w tradycyjnych strojach kraju ich pochodzenia. Nie doszło zatem do naruszenia standardów konwencyjnych, gdyż interesy uczennic można było uznać za nadrzędne wobec racji rodziców – wolności i prawa poręczone przez art. 9 EKPC nie doznały uszczerbku.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (pierwsza izba) z dnia 9 lutego 2017 r. w sprawie Selmani i inni przeciwko Byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii, *skarga nr 67259/14 – wolność wypowiedzi*

Stan faktyczny

Skarżący to macedońscy dziennikarze, którzy w grudniu 2012 r. relacjonowali parlamentarną debatę nad ustawą budżetową. Jej uchwalenie wiązało się z silnym konfliktem między partią rządzącą a opozycją. Na sali obrad doszło do przepychanek, grupa posłów zablokowała mównicę i uniemożliwiła prowadzenie debaty. Wypchnięty z sali przewodniczący izby zarządził przywrócenie porządku, wezwał straż parlamentarną, która następnie wypraszała dziennikarzy z sali obrad. Ci, którzy odmówili dobrowolnego jej opuszczenia, zostali usunięci siłą.

Stanowisko ETPC – wolność wypowiedzi (art. 10 EKPC)

Trybunał przypomniał, iż w demokratycznym społeczeństwie prasa pełni rolę strażnika demokracji i ma obowiązek informowania opinii publicznej o ważnych sprawach publicznych, do których należy przebieg debaty parlamentarnej nad ustawą budżetową, zwłaszcza w sytuacji poważnego sporu między frakcjami parlamentarnymi, który przeradza się w zakłócenie porządku obrad. Usunięcie dziennikarzy z sali obrad było ograniczeniem prawa do informacji „przewidzianym przez ustawę" i miało na celu zapewnienie porządku publicznego i zapobieżenie jego zakłóceniom, jednakże rząd pozwanego państwa nie przedstawił uzasadnienia, dlaczego usunięcie dziennikarzy z sali obrad było niezbędne w społeczeństwie demokratycznym. Dla oceny postępowania władz państwowych istotne znaczenie miało to, że skarżący nie brali udziału w zakłóceniu porządku obrad, byli jedynie pasywnymi obserwatorami przebiegu obrad, a przy tym wypełniali swe podstawowe obowiązki w zakresie realizacji obywatelskiego prawa do informacji. W ocenie Trybunału władze nie uprawdopodobniły, że istniało jakiekolwiek zagrożenie dla bezpieczeństwa dziennikarzy, co mogłoby uzasadnić opuszczenie przez nich sali obrad. Nic nie wskazywało również na to, by ich bezpieczeństwo osobiste było zagrożone. Zdaniem ETPC – ingerencja w dziennikarską wolność wypowiedzi skarżących nie została wystarczająco uzasadniona, dlatego usunięcie przedstawicieli mediów należało uznać za naruszenie art. 10 EKPC.

Przy okazji Trybunał odniósł się do standardu rozpoznania sprawy przez sąd konstytucyjny Byłej Jugosłowiańskiej Republiki Macedonii i uznał, że doszło do złamania art. 6 ust. 1 EKPC. Wynikało to z wielu powodów. Po pierwsze, sprawa skarżących została rozpoznana pod ich nieobecność. Po drugie, spór w sprawie dotyczył faktów i mimo że ich istnieniu skarżący zaprzeczali, sąd konstytucyjny odstąpił od ich wysłuchania i arbitralnie odrzucił wersję zdarzeń prezentowaną przez dziennikarzy.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Piotr Sitnik

Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich

Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie R v Golds *[2016] UKSC 61*

Stan faktyczny

Ława przysięgłych uznała apelanta, M. Goldsa, winnym zabójstwa swojej partnerki. Z dokumentacji medycznej wynikało, że cierpiał on na nieprawidłowości w funkcjonowaniu umysłowym, które były wynikiem choroby. Golds w sądzie przyznał się do zabicia swojej ofiary. Kwestią sporną było to, czy w momencie popełnienia czynu sprawca znajdował się pod wpływem choroby psychicznej i czy w związku z tym jego poczytalność była na tyle ograniczona, by – zgodnie z doktryną *diminished responsibility* – zmienić kwalifikację popełnionego przezeń czynu z zabójstwa na nieumyślne spowodowanie śmierci. Relewantnym przepisem jest sekcja 2 ustawy *Homicide Act* z 1957 r. (dalej: *Homicide Act* 1957), znowelizowana na mocy ustawy *Coroners and Justice Act* z 2009 r. Kluczową przesłanką stwierdzenia ograniczonej poczytalności jest to, czy zdolność sprawcy do zrozumienia swojego czynu, formowania racjonalnych osądów lub sprawowania samokontroli była „poważnie ograniczona" (pkt 5 wyroku[1]).

Sędzia pierwszej instancji właściwie poinstruował ławę przysięgłych w zakresie pytań, na które należało udzielić odpowiedzi przed wydaniem wyroku o winie, i udzielił w formie pisemnej wskazówek zawierających przesłanki stwierdzenia ograniczonej poczytalności. W kwestii „poważnego ograniczenia" sędzia stwierdził, że nie będzie udzielał wyjaśnień co do znaczenia wyrażenia „poważny", uznając je za słowo rozumiane powszechnie i używane w mowie codziennej, chyba że ława przysięgłych poweźmie wątpliwości i zawnioskuje o pomoc. Ława nie zwróciła się z wnioskiem o klaryfikację tego terminu.

Golds złożył apelację od skazania, odnosząc się w szczególności do dwóch kwestii warunkujących poprawne stwierdzenie spełnienia ustawowych przesłanek wynikających z sekcji 2 *Homicide Act* 1957. Po pierwsze, Sąd Apelacyjny musiał rozstrzygnąć, czy sędzia miał obowiązek udzielić ławie przysięgłych instrukcji co do znaczenia terminu „poważny" w zwrocie „poważnie ograniczony" stanowiącym przesłankę ograniczonej poczytalności w myśl sekcji 2(1)(b) *Homicide Act* 1957. Po drugie, zakładając, że taki obowiązek istnieje lub że sędzia korzysta z takiego uprawnienia, sąd musiał zdecydować, czy znaczenie wyrażenia „poważny" w ustawie konotuje stopień ograniczenia, który jest „wyższy niż marginalny", czy też chodzi o ograniczenie, które choć nie całkowite, jest znaczne i dostrzegalne[2].

Sąd Apelacyjny odrzucił apelację – jego zdaniem na sądzie nie ciąży prawny obowiązek złożenia instrukcji co do znaczenia wyrażenia „poważny", jeżeli zaś sędzia na złożenie takich wyjaśnień by się zdecydował, uznanie, że chodzi o jedynie „wyższy niż marginalny" stopień ograniczenia poczytalności, jest błędne. Golds wniósł apelację od tego wyroku do Sądu Najwyższego.

Wyrok

Sąd Najwyższy jednogłośnie odrzucił apelację. W sprawach o zabójstwo, w ocenie sądu, sędzia nie ma obowiązku udzielenia ła-

1 Dalej: [2016] UKSC 61, [5] itd. Wyrok dostępny w całości na stronie internetowej: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0053-judgment.pdf.

2 Tamże, [4].

wie przysięgłych wyjaśnień wykraczających poza literę ustawy i nie powinien podejmować prób zdefiniowania terminu „poważny". Udzielenie instrukcji jest niezbędne jedynie wtedy, gdy istnieje ryzyko, że ława przysięgłych źle zinterpretuje powszechnie przyjęte znaczenie terminu. Stwierdzenie, czy zachodzi takie ryzyko, należy do dyskrecji sędziego. Sytuacja taka może nastąpić na przykład wtedy, gdy w toku rozprawy ławie przysięgłych przedstawiono do rozstrzygnięcia kwestię kwantyfikacji poziomu ograniczenia poczytalności w odniesieniu do stopnia marginalności lub gdy obrona wprowadziła rozgraniczenie pomiędzy większym niż marginalny a całkowitym stopniem ograniczenia. Sędzia powinien wtedy wyjaśnić, że warunkiem koniecznym, by przesłanka *diminished responsibility* została spełniona (a co za tym idzie, by pojawiła się możliwość przekwalifikowania popełnionego czynu z zabójstwa na nieumyślne spowodowanie śmierci), jest stopień ograniczenia wyższy niż marginalny, przy czym nie jest to warunek wystarczający[3].

Lord Hughes dokonał literalnej wykładni przepisu przed nowelizacją i po niej, stwierdzając, że w dawnym jego kształcie stopień poczytalności należało określić w odniesieniu do ogólnego stanu zdolności psychicznej, w obecnym zaś – zdolności do wykonania szeregu działań wyszczególnionych w sekcji 2(1A) *Homicide Act* 1957[4]. Sędzia skonkludował, że nie ma dowodów na to, iż ustawodawca zamierzał zmienić znaczenie wyrażenia „poważne ograniczenie" i precedensy wypracowane na podstawie prawa w dawnym kształcie mają w dalszym ciągu moc obowiązującą[5].

Poddawszy analizie szereg spraw sądowych rozstrzygniętych na podstawie brzmienia przepisu sprzed nowelizacji, sędzia doszedł do wniosku, że żadna z nich nie odnosiła się do pożądanego stopnia niepoczytalności w słowach przywodzących na myśl intensywność mniejszą niż poważna, znacząca. W kontekście jednej konkretnie sprawy, *R v Lloyd* [1967] 1 QB 775, sąd zwrócił uwagę, że „minimalność" i „trywialność" stopnia ograniczenia pojawiła się tam w treści instrukcji danych ławie przysięgłych, z których wynikało, że „poważne ograniczenie" leży pomiędzy dwoma ekstremami: czymś większym niż minimalność oraz mniejszym niż całkowitość[6].

Nie istnieje generalny obowiązek instruowania ławy przysięgłych w zakresie znaczenia słów używanych powszechnie w mowie codziennej. Proponowanie synonimów lub redefiniowanie komplikuje jedynie zadanie ławy przysięgłych i prowokuje długie i zbędne debaty semantyczne. W większości spraw, w ocenie Sądu Najwyższego, nie zachodzi potrzeba wyjaśnienia znaczenia terminu „poważny", gdyż w oparciu o stan faktyczny stwierdzenie stopnia ograniczenia poczytalności jest sprawą oczywistą. Jeżeli natomiast pomoc jest potrzebna, sędzia powinien unikać próby sugerowania jednego synonimu, nie powinien również odwoływać się do spektrum stopni ograniczenia, które zastosowano w sprawie *R v Lloyd*[7].

Znaczenie

Należy zauważyć, że szereg decyzji sądowych, w tym na szczeblu Sądu Apelacyjnego, dokonało wnikliwej analizy sekcji 2 *Homicide Act* 1957, poświęcając jednak niewiele miejsca szczegółowemu znaczeniu terminu „poważne ograniczenie" w odniesieniu do stopnia niepoczytalności. Przykładowo, sąd w wyroku w sprawie *R v Brennan*[8] zaznaczył, że ocena stopnia niepoczytalności, w tym stwierdzenia, czy doszło do „poważnego ograniczenia", powinna w modelowych warunkach należeć do biegłego psychiatry i powinna dotyczyć wyłącznie aspektów medycznych. Zasygnalizowano także, że jednoznaczna opinia biegłego specjalisty może skutkować odebraniem ławie przysięgłych prawa do zakwestionowania tej decyzji[9].

Waga orzeczenia Sądu Najwyższego polega na ucięciu spekulacji przedstawicieli świata naukowego, jakoby po nowelizacji w 2009 r. na mocy *Coroners and Justice Act* 2009 doszło do zmiany znaczenia terminu i, co za tym idzie, rezultaty subsumpcji obu regulacji, starej i nowej, do jednakowych stanów faktycznych mogą się różnić. Jakkolwiek Sąd Najwyższy przyznał, że po nowelizacji ława przysięgłych

3 Tamże, [43].

4 Tamże, [6].

5 Tamże, [30]–[35].

6 Tamże, [9]–[26].

7 Tamże, [37]–[42].

8 Sprawa [2014] EWCA Crim 2387, [51].

9 Tamże.

nie musi już poddawać ocenie zdolności sprawcy do świadomego podejmowania działań i racjonalnego odpowiadania za nie w ogólności (istotna jest bowiem zdolność do podjęcia czynności ściśle określonych w sekcji 2(1A)), określenie „poważny" znajduje się w ustawie od samego początku i należy uznać, że intencją ustawodawcy było pozostawienie jego znaczenia w niezmiennym stanie. Zdanie to sąd niejako potwierdził, poddając termin „poważny" analizie słownikowej i badając jego znaczenie w codziennych kolokacjach gramatycznych z takimi rzeczownikami jak „posiłek" czy „wypłata", a następnie dochodząc do wniosku, że najbliżej mu do takich określeń jak „ważny", „ważki", „istotny", „mający długofalowe konsekwencje"[10]. Podkreślono również ogólną zasadę, zgodnie z którą przekwalifikowanie czynu zabronionego z zabójstwa na nieumyślne spowodowanie śmierci musi być oparte na silnej podstawie, którą może być jedynie poważne ograniczenie poczytalności – takie, które znacznie przekracza stopień minimalny[11].

Wyrok Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii z dnia 6 grudnia 2016 r. w sprawie Worrall v Antoniadou *[2016] EWCA Civ 1219*

Stan faktyczny

Sędzia pierwszej instancji przyznał powódce (Worrall) odszkodowanie od chirurga plastycznego. Z zeznań powódki wynikało, że przeszła ona zabieg powiększenia biustu w oparciu o niedokładną, niekompletną i niedbałą poradę pozwanej, która następnie osobiście wykonała zabieg. Efekty miały być krótkotrwałe i po 10 miesiącach powódka została poinformowana o konieczności wykonania bardziej inwazyjnego zabiegu, mastopeksji (uniesienia piersi). Powódka podnosiła, że przed wykonaniem zabiegu powiększenia pozwana zapewniła ją, że w jego wyniku perspektywa wykonania uniesienia zostanie odsunięta w czasie o 5–10 lat. Worrall zeznała również, że gdyby wiedziała o braku skuteczności operacji, nie poddałaby się jej[12].

Pozwana (Antoniadou) utrzymywała, że w żadnym momencie nie złożyła oświadczenia, które imputowała jej powódka, i że byłoby to nieodpowiedzialne z uwagi na delikatność wykonywanych zabiegów i często nieprzewidywalne reakcje organizmu pacjenta. Miała ona jedynie uświadomić pacjentkę, że prędzej czy później zabieg mastopeksji będzie koniecznością[13].

Dodatkowo powódka twierdziła, że w wyniku zabiegu powiększenia biustu doznała niepotrzebnego cierpienia. Prywatna klinika, w której przeprowadzono operację, zaoferowała powódce darmowe przeprowadzenie zabiegu uniesienia piersi, jednak w grudniu 2011 r. doznała ona przemijającego ataku niedokrwiennego, co doprowadziło następnie do wystąpienia problemów kardiologicznych. W obliczu niemożności przeprowadzenia zabiegu klinika zwróciła powódce pieniądze wpłacone na poczet operacji powiększenia biustu[14].

Sędzia pierwszej instancji uznał, że niedbalstwo pozwanej polegało na niewyprowadzeniu powódki podczas wizyty lekarskiej z błędnego przekonania, że może być ona niezwłocznie poddana operacji powiększenia biustu i że w przeciągu 5–10 lat nie będzie konieczności przeprowadzenia mastopeksji[15]. Pomimo tego że lekarka miała nie udzielić porady, którą jej zarzucała powódka, pozostawiła jednak pacjentkę w błędnym przekonaniu, że poważniejszy zabieg zostanie odsunięty w czasie co najmniej o 5 lat. Nawet jeżeli doszło do tego nieumyślnie, w tym aspekcie, zdaniem sądu, zachowanie pozwanej miało znamiona niedbałości i jako takie podlega odpowiedzialności deliktowej[16]. Pozwana wniosła apelację.

Wyrok

Apelacja pozwanej została uwzględniona. Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że powódka opuściła gabinet chirurga nie zrozumiawszy lub zrozumiawszy błędnie. Powódka dopowiedziała sobie to, czego Antoniadou, z racji doświadczenia zawodowego i świadomości ryzyka związanego z przeprowadzeniem operacji plastycznej, nie mogła obiecać. Pozwana dała niezobowiązującą odpowiedź na pytanie powódki o konieczność przeprowa-

10 Sprawa [2016] UKSC 61, [7], [27].
11 Tamże, [36].
12 Sprawa [2016] EWCA Civ 1219, [1], [13]. Wyrok dostępny w całości na stronie internetowej: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/1219.html.
13 Tamże, [13].
14 Tamże, [2].
15 Tamże, [14].
16 Tamże, [3].

dzenia zabiegu uniesienia piersi. Zdaniem sądu pozwana nie wiedziała, że powódce bardzo zależy na sukcesie operacji powiększenia piersi i że nie podjęłaby się jej, gdyby wiedziała o rychłej konieczności mastopeksji. Sędzia pierwszej instancji w rezultacie uznał za niedbałe zachowanie lekarki polegające na udzieleniu niezobowiązującej odpowiedzi, która nie wyprowadziła powódki z błędnego, nieuzewnętrznionego wrażenia[17].

Pytanie, które należy rozstrzygnąć w przedmiotowej sprawie, jest następujące: czy usłyszawszy poradę lekarza, rozsądny pacjent mógł racjonalnie dojść do wniosku, że stanowi ona zapewnienie o możliwości odłożenia operacji uniesienia piersi o 5–10 lat. W opinii Sądu Apelacyjnego sędzia pierwszej instancji dokonał błędnej oceny materiału dowodowego i nie uświadomił pozwanej w toku przesłuchania, że treść jej porady mogła zostać rozsądnie zinterpretowana jako silne zapewnienie, deklaracja[18]. Jego decyzja nie daje się uzasadnić nawet w oparciu o ustalony przezeń stan faktyczny. Jeżeli na pytanie powódki: „czy chodzi o miesiące? lata? pięć lat? dziesięć?", pozwana udziela niezobowiązującej odpowiedzi w rodzaju „prędzej czy później", nie można rozsądnie zinterpretować takiej odpowiedzi jako zapewnienie dające podstawę do odpowiedzialności deliktowej. Z ustaleń wynika, że powódka nie poprosiła lekarki o doprecyzowanie wypowiedzi i nie dała jej do zrozumienia, że na jej podstawie wypracowała silne przekonanie o sensowności przeprowadzenia zabiegu powiększenia biustu[19].

Sąd Apelacyjny przyjął odmienną interpretację przebiegu spotkania między powódką a pozwaną w dniu 16 sierpnia 2011 r., ponad rok od daty przeprowadzenia operacji. Sąd podał w wątpliwość opinię sędziego pierwszej instancji, jakoby powódka dokładnie zapamiętała niezobowiązującą sugestię pozwanej, że zabieg mastopeksji trzeba będzie przeprowadzić dopiero po upływie co najmniej 5 lat od powiększenia piersi. Nic nie wskazuje na to, by w trakcie wizyty z 28 lipca 2010 r. w poradach pozwanej pojawiły się dokładne liczby[20].

Do uwzględnienia powództwa nie jest wystarczające wykazanie, że gdyby pozwana złożyła deklarację o braku konieczności przeprowadzenia operacji uniesienia piersi przez 5–10 lat, stanowiłoby to, w obliczu nieprawdziwości tego stwierdzenia, złamanie obowiązku dochowania staranności (niedbalstwo). Jeżeli podstawą powództwa jest nieudzielenie przez lekarkę jasnej porady co do przewidywanego harmonogramu zabiegów, należy zauważyć, że odpowiedzi pozwanej były niezobowiązujące i nie odwoływały się do konkretnych terminów[21].

Biegli eksperci w zakresie chirurgii plastycznej nie byli zgodni co do tego, jaka odpowiedź pozwanej byłaby rozsądna w danych okolicznościach. Zakładając, że lekarz musiałby podać konkretny termin koniecznego poddania się mastopeksji, jeden ekspert zasugerował 6 miesięcy, drugi zaś 2–3 lata[22].

Podsumowując, powódka nie dowiodła, że pozwana zapewniła ją o realnej możliwości odsunięcia w czasie zabiegu uniesienia piersi o 5–10 lat. Wersja wydarzeń ustalona przez sędziego pierwszej instancji nie składała się z rozsądnych interpretacji zeznań stron i nie leżała w orbicie wersji prawdopodobnych, została natomiast oparta o błędną interpretację materiału dowodowego i nie potwierdzała złamania obowiązku zachowania staranności przez pozwaną[23].

Znaczenie

Lekarz ma obowiązek zachowania staranności, informując pacjenta o grożącym mu znaczącym ryzyku w związku z danym sposobem leczenia lub zabiegiem medycznym. Ryzyko uznaje się za znaczące, jeżeli rozsądna osoba w pozycji pacjenta najprawdopodobniej za takie ryzyko by je uznała lub jeżeli lekarz był, lub powinien być świadom faktu, że konkretny pacjent najprawdopodobniej uznałby ryzyko za znaczące. Lekarz, zapytany wprost przez pacjenta o ryzyko wiążące się z konkretnym zaproponowanym sposobem leczenia, ma obowiązek udzielenia szczerej i wyczerpującej odpowiedzi, zależnie od potrzeb pacjenta[24].

17 Tamże, [20].

18 Tamże, [28].

19 Tamże, [22]–[23], [25]–[26]

20 Tamże, [30].

21 Tamże, [32].

22 Tamże, [33].

23 Tamże, [35].

24 Tamże, [31]. W tym zakresie Sąd Apelacyjny potwierdza zasady proklamowane w wyrokach w sprawach: *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] AC 1430; przemowa Lorda

Praktyczny wymiar wyroku wyraża się w tym, że Sąd Apelacyjny nie zobowiązał lekarzy medycyny do wyprowadzania z błędu swoich pacjentów, jeżeli ci nie zadają właściwych pytań lub pozostają pod wpływem błędnego wrażenia lub złudzenia. Sędziowie zauważyli, że pacjenci niejednokrotnie mogą, wskutek uciążliwości trapiącej ich choroby czy dolegliwości, nadinterpretowywać informacje udzielone im przez lekarza i uporczywie tkwić w swoich błędnych przekonaniach pomimo oznak wskazujących, że są one nieuzasadnione. Pomimo sceptycyzmu, z jakim sąd odniósł się do trybu pracy pozwanego lekarza (niewielka ilość czasu poświęcana pacjentowi, poniżej przyjętych nieformalnie norm zawodowych, wysoka liczba pacjentów przyjmowanych dziennie, przedłużające się nadgodziny, przemęczenie, rutyna), nie implikował obowiązku wyprowadzenia pacjenta z błędu co do przewidywanego terminu przeprowadzenia zabiegu mastopeksji. Na marginesie można zauważyć, że kluczowe znaczenie dla oceny Sądu Apelacyjnego miał fakt błędnego stwierdzenia przez sędziego pierwszej instancji, że lekarka powódki zapewniła ją o trwałości zabiegu medycznego. Pozostaje bezsporne, że lekarka użyła słów niejasnych – zachowała się niejako asekurancko. Nie dopuściła się jednak niedbalstwa w klasycznym znaczeniu, tj. złamania obowiązku zachowania staranności.

Bridge'a w *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital* [1985] AC 871.

Wyrok Sądu Okręgowego Anglii i Walii z dnia 1 grudnia 2016 r. w sprawie Bellman v Northampton Recruitment Limited *[2016] EWHC 3104 (QB)*

Stan faktyczny

Wczesnym porankiem 17 grudnia 2011 r., podczas gdy grupa pracowników przedsiębiorstwa *Northampton Recruitment Limited* przebywała w lobby hotelowym, spożywając alkohol, prezes spółki J. Major dokonał napaści na pokrzywdzonego, C. Bellmana, uderzając go dwukrotnie pięścią. Pokrzywdzony niefortunnie upadł na ziemię, w wyniku czego doznał rozległych obrażeń głowy. W przedmiotowym powództwie Bellman pozwał pracodawcę, wyżej wymienioną spółkę, w celu uzyskania odszkodowania za delikt popełniony przez jej prezesa[25]. Głównym powodem obrania takiej drogi powództwa była niewypłacalność samego sprawcy.

Skutkami doznanych obrażeń mózgu są: objawiające się u pokrzywdzonego bóle głowy, wahania nastrojów, anosmia (upośledzenie funkcji węchu), przewlekłe zmęczenie, problemy z koncentracją, pamięcią krótkotrwałą, mówieniem. W wyniku tych dolegliwości ograniczona została jego zdolność do czynności prawnych. Jego szanse na powrót do płatnego zatrudnienia są niewielkie[26].

25 Sprawa [2016] EWHC 3104 (QB), [1]–[2]. Wyrok dostępny w całości na stronie internetowej: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2016/3104.html.

26 Tamże, [17].

Ostatecznie ustalona przez sędziego wersja wydarzeń brzmi następująco: podczas spotkania firmowego z okazji zbliżających się Świąt Bożego Narodzenia pokrzywdzony Bellman usiłował nawiązać ze sprawcą, J. Majorem – swoim pracodawcą i prezesem *Northampton Recruitment Limited* – rozmowę dotyczącą niedawnego przyjęcia do pracy osoby o nazwisku Steve Kelly, która zdaniem pokrzywdzonego została niesłusznie zatrudniona z pominięciem procesu rekrutacyjnego, otrzymywała wyższe wynagrodzenie od reszty zespołu i cieszyła się preferencyjnym traktowaniem ze strony prezesa. Major, znajdując się pod wpływem alkoholu, zaatakował Bellmana, zadając mu dwa silne ciosy w głowę, po których pokrzywdzony upadł na ziemię[27].

Sąd w toku rozprawy odrzucił zeznania sprawcy po zapoznaniu się z materiałem z kamery monitoringu, która ukazała prawdziwy przebieg zdarzenia[28]. Odrzucono także zeznanie jednego ze świadków, który jak się okazało, przedstawił w toku śledztwa wersję zdarzeń zasugerowaną mu przez Majora. Sędzia doszedł do wniosku, że z powodu „nieuzasadnionej i niesłusznej" lojalności względem pracodawcy świadek przedstawił niepełną wersję wydarzeń, która w dodatku była miejscami niezgodna z zapisem z kamer monitoringu i zgodnymi zeznaniami pozostałych świadków zdarzenia[29].

27 Tamże, [40]–[43].

28 Tamże, [19]–[24].

29 Tamże, [28]–[32].

Wyrok

Rozważając kwestię odpowiedzialności pracodawcy za delikt popełniony przez pracownika, sędzia Cotter przypomniał, że warunkiem jej zaistnienia jest fakt popełnienia przez pracownika kwestionowanego czynu podczas lub w ramach wykonywania obowiązków służbowych[30]. Następnie przystąpił on do omówienia prawnego uzasadnienia dla tego rodzaju odpowiedzialności cywilnej. W tym celu zacytowane zostały dwie opinie: Lorda Milletta w sprawie *Lister v Helsey Hall*[31] i Lorda Nichollsa w *Dubai Aluminium Co. Ltd v Salaam and others*[32].

Jak powiedział Lord Millett w sprawie *Lister*, „[p]ochodna odpowiedzialność pracodawcy jest mechanizmem dystrybucji szkód opartym na pewnym zamyśle polityki socjalnej i ekonomicznej. Jest ona ograniczona do zachowań pracownika powiązanych z jego zatrudnieniem"[33]. Lord Nicholls w wyroku w sprawie *Dubai Aluminium* zaznaczył natomiast, że „bezprawne zachowanie musi być tak blisko powiązane z zadaniami, które zostały mu powierzone lub do których został upoważniony, że można je słusznie zakwalifikować jako dokonane w toku prowadzenia działalności gospodarczej przez pracodawcę"[34].

Sędzia rozróżnił pomiędzy zasadniczą częścią przyjęcia w klubie golfowym a mającym miejsce później nieformalnym spotkaniem w hotelu Hilton, na które stawiło się około 14 spośród 24 osób, które były w klubie golfowym. Spontaniczne drinki, w ocenie sędziego, nie były prostym przedłużeniem przyjęcia bożonarodzeniowego w klubie golfowym. Co istotne, znaczny fragment rozmowy pracowników w hotelu dotyczył spraw niezwiązanych z pracą – dopóki pokrzywdzony i kilku innych obecnych nie wspomniało o podejrzanej sytuacji S. Kelly'ego, na co Major zareagował agresywnie[35]. Sąd przyznał, że od bezpośredniego znaczenia wypowiadanych słów ważniejsze – w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy – są miejsce i okoliczności, w jakich doszło do konfrontacji między sprawcą i pokrzywdzonym. Spięcia i nieporozumienia są nieodłączną cechą każdego stosunku pracy, podobnie jak rozmowy ich dotyczące – stwierdzenie odpowiedzialności pracodawcy za delikt popełniony przez pracownika zawsze wtedy, gdy stosunek pracy był tematem rozmowy poprzedzającej popełnienie czynu, sprawiłoby olbrzymie trudności dla przedsiębiorstw w zakresie ubezpieczenia od ryzyka poniesienia takowej odpowiedzialności[36]. Sąd za istotny uznał także stopień, w którym Bellman i inni byli, w związku z ich stosunkiem pracy, poddani ryzyku bycia ofiarą deliktu, biorąc pod uwagę bliskość relacji pomiędzy sprawcą a jego czynem[37].

Biorąc powyższe pod uwagę, sąd doszedł do wniosku, że w momencie popełnienia deliktu nie było dostatecznie bliskiego związku pomiędzy stanowiskiem zajmowanym przez J. Majora i jego obowiązkami a popełnionym deliktem, by można było rozsądnie uznać odpowiedzialność cywilną *Northampton Recruitment Limited*[38].

Znaczenie

Sędzia w wyroku podjął próbę skondensowania zasad będących podstawą rozpatrywania spraw dotyczących odpowiedzialności cywilnej pracodawców za delikty swoich pracowników. Zatem pracodawca nie podlega odpowiedzialności wyłącznie z tytułu popełnienia deliktu w godzinach pracy[39] i *a contrario*, nie jest automatycznie wyłączony od odpowiedzialności, jeżeli doszło do niego poza godzinami lub miejscem pracy[40]. Sąd ma obowiązek rozważyć sprawę w dwóch etapach. W pierwszym należy zbadać, jakie były funkcje lub zakres obowiązków powierzonych pracownikowi, innymi słowy: jaka była natura jego pracy. Do zadania tego należy podejść ogólnikowo, bez analizowania poszczególnych wykonywanych czynności. W drugim etapie należy określić, czy istniał dostatecznie bliski związek pomiędzy obowiązkami zawodowymi (funkcjami) zatrudnionego a po-

30 Tamże, [45].

31 Sprawa [2001] UKHL 22.

32 Sprawa [2003] 2 AC 366.

33 Sprawa [2001] UKHL 22, [65]–[66].

34 Sprawa [2003] 2 AC 366, [21].

35 Tamże, [71]–[73].

36 Tamże, [75]–[77].

37 Tamże, [78].

38 Tamże, [81].

39 Sędzia powołał się w tym kontekście na sprawy: *Wilson v Exel* [2010] CSIH 35, *Graham v Commercial Bodyworks Ltd* [2015] EWCA Civ 47.

40 Sędzia powołał się w tym kontekście na sprawy: *Bernard v Attorney General of Jamaica* [2004] UKPC 47, *Mattis v Pollock* [2003] EWCA Civ 887.

pełnionym deliktem, by – zgodnie z zasadą sprawiedliwości społecznej – słuszne było obarczenie odpowiedzialnością cywilną za ten czyn pracodawcy[41]. Tutaj również sąd powinien zastosować szeroką, ogólną interpretację i dyskrecję – należy zważyć nie tylko cel i naturę popełnionego czynu, ale również kontekst i okoliczności, w których do niego doszło[42].

Sędzia Cotter zaznaczył, że powyższy test jest z natury niedookreślony, zaś jego praktyczne rezultaty mogą być niepewne i nieprzewidywalne w zależności od konfiguracji poszczególnych stanów faktycznych. Ani ustawodawca, ani orzecznictwo nie wskazują dokładniej na przesłanki, jakie należy wziąć pod uwagę przy określaniu bliskości związku pomiędzy obowiązkami zawodowymi a deliktem. Niektóre wyroki kładą nacisk na poszczególne wyizolowane elementy, np. czynnik znacznego zwiększenia ryzyka popełnienia deliktu w postaci zestawienia nauczyciela z uczniem sprawiającym problemy wychowawcze, natomiast w każdym stanie faktycznym to na składzie orzekającym ciąży obowiązek stwierdzenia intensywności związku, w odniesieniu do całości okoliczności. Jakkolwiek czas i miejsce popełnienia deliktu powinny być brane pod uwagę w rozumowaniu sędziego, nie są to jednak czynniki decydujące. Związek pomiędzy naturą zatrudnienia a deliktem powinien wykraczać poza okazję do popełnienia takowego wynikającą z przebywania w określonym miejscu i czasie. Należy mieć na uwadze polityczne uzasadnienie istnienia odpowiedzialności całkowitej pracodawcy w takich przypadkach – zadośćuczynienie szkodzie osoby poszkodowanej w sytuacji, gdy ryzyko popełnienia deliktu przez pracownika zostało wygenerowane choćby w części działaniami pracodawcy i naturą powierzonej zatrudnionemu pracy[43].

41 Sprawa [2016] EWHC 3104 (QB), [60].

42 Sprawa [2016] AC 677, patrz przypis 36, [44]–[46], [50], [53]–[54].

43 Sprawa [2016] EWHC 3104 (QB), [63]. Sędzia, jak przyznał, opierał się w swoim rozumowaniu na zasadach wyprowadzonych z wyroków w następujących sprawach: *Mohamud v WM Morrison Supermarkets PLC* [2016] AC 677; *Faulkner v Chief Adjudication Officer* [1994] PIQR P244; *Fennelly v Connex South Eastern Limited* [2001] IRLR 390; *Cercato-Gouveia v Kyprianou* [2001] EWCA Civ 1887 *Bernard v Attorney General of Jamaica* [2004] UKPC 47; *Graham-v-Commercial Bodyworks Ltd* [2015] EWCA Civ 47; *Mattis v Pollock* [2003] EWCA Civ 887; *Livesey v Parker Merchanting* UKEAT /0755/03/DA; *Wilson v Exel* [2010] CSIH 35; *Weddall v Barchester* [2012] IRLR 307; *Fletcher v Chancery Supplies* [2016] EWCA Civ 112.