

TEKA

KOMISJI PRAWNICZEJ
ODDZIAŁ PAN W LUBLINIE

COMMISSION OF LEGAL SCIENCES

POLISH ACADEMY OF SCIENCES BRANCH IN LUBLIN

TEKA
COMMISSION OF LEGAL SCIENCES

Volume XI

No. 2

Lublin 2018

POLSKA AKADEMIA NAUK ODDZIAŁ W LUBLINIE

TEKA
KOMISJI PRAWNICZEJ

Tom XI

Nr 2

Lublin 2018

Komitiet Redakcyjny

Mirosław Sitarz (redaktor naczelny), Oleh Batiuk, Dariusz Dudek,
Miloš Kohútek, Jozef Marčín, Monika Menke, Michaela Moravčíková,
Janusz Niczyporuk, Ireneusz Nowikowski, Agnieszka Romanko, Marek Rozmus,
Anna Słowikowska (sekretarz), Maria van Scott

Rada Naukowa

Lech Antonowicz (UMCS, Polska), Antoni Dębiński (KUL, Polska),
Dariusz Dudek (KUL, Polska), Svitlana Fursa (Kijowski Uniwersytet Narodowy
im. Tarasa Szewczenki, Ukraina), Dimitry Gegenava (Uniwersytet w Tbilisi,
Gruzja), Jan Gliński (PAN, Polska), Alphons Kohl (Uniwersytet w Liège, Belgia),
Wiaczesław Komarow (Narodowa Akademia Nauk Ukrainy, Ukraina),
Józef Krukowski (PAN, Polska), Teresa Liszcz (UMCS, Polska),
Michaela Moravčíková (Uniwersytet Trnavski, Słowacja),
Damián Němec (Uniwersytet Palackiego w Ołomuńcu, Czechy);
Janusz Niczyporuk (UMCS, Polska), Nicola Picardi (La Sapienza, Włochy),
Mirosław Sitarz (KUL, Polska),
Zbigniew Suchocki (Papieski Uniwersytet Antonianum, Włochy)

Recenzenci

Józef Krukowski, Jozef Marčín, Damián Němec, Janusz Niczyporuk

Projekt okładki

Barbara Jarosik

Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki
i Szkolnictwa Wyższego z 2015 r. z liczbą 11 pkt za publikację

© Copyright by Polska Akademia Nauk

Czasopismo dofinansowane przez
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
i Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

ISSN 1899-7694

31,2 ark. wyd.

Skład, druk, oprawa:
Wydawnictwo POLIHYMNIA Sp. z o.o.,
ul. Deszczowa 19, 20-832 Lublin
tel. +48 81 746 97 17 · e-mail: poczta@polihymnia.pl
www.polihymnia.pl

NOWE PRAWO I ... STARE/NOWE DYLEMATY. SPRAWY DYSCYPLINARNE NAUCZYCIELI AKADEMICKICH PO REFORMIE Z 2018 ROKU

Wiesław Bar

Katedra Prawa Kanonizacyjnego i Sakramentów Świętych
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0002-8205-6678>

Streszczenie. Autor, w pięciu punktach, zajmuje się niektórymi zagadnieniami postępowań w sprawach dyscyplinarnych nauczycieli akademickich. Po wskazaniu aktualnego ustawodawstwa w tym zakresie i stanu faktycznego postępowań (1), najobszerniej przedstawia instytucję mediacji, której wprowadzenie ocenia pozytywnie (2), podobnie jak poszerzenie katalogu kar (3). Krytycznie zaś odnosi się do przeniesienia właściwości orzekania, zmiany ról i zadań komisji, zwłaszcza trybu wprowadzenia tej zmiany i braku gwarancji ochrony prawnej dla jej członków (4), jak również trwania przy rozwiązaniu, że pokrzywdzony jest stroną tylko w postępowaniu wyjaśniającym (5).

Słowa kluczowe: postępowanie dyscyplinarne, komisje dyscyplinarne, nauczyciel akademicki, kary dyscyplinarne, mediacja

W ostatnich latach w refleksji naukowej wzrasta zainteresowanie prawem dyscyplinarnym, odnoszącym się do określonych grup zawodowych czy osób o określonym statusie, w tym nauczycieli akademickich. Wyrazem tego są coraz liczniejsze publikacje natury ogólnej¹, jak też związane z poszczególnymi postępowaniami dyscyplinarnymi, których tryb nie jest regulowany w jednej ustawie, lecz w ustawach dotyczących grup zawodowych i innych oraz w rozporządzeniach wykonawczych². Procedury te ulegają ewolucji³.

¹ Zob. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2013; J. Paśnik, *Prawo dyscyplinarne w Polsce*, Oficyna Prawnicza MUZA SA, Warszawa 2000.

² Zob. np. P. Czarniecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013; W. Koziół, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i no-*

W 2018 r. zmiany nastąpiły również w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich. Niektóre z nich są przedmiotem niniejszego artykułu, z uwzględnieniem kontekstu ich wprowadzenia i oczekiwań środowiska, zwłaszcza osób zaangażowanych w prowadzenie postępowań.

1. PODSTAWY PRAWNE POSTĘPOWAŃ DYSCYPLINARNYCH WOBEC NAUCZYCIELI AKADEMICKICH I STAN FAKTYCZNY SPRAW (PODSTAWOWE DANE STATYSTYCZNE)

Odpowiedzialność dyscyplinarna nauczycieli akademickich uregulowana została w ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce⁴, w dziale VII, rozdz. I, art. 275-306. Dnia 25 września 2018 r., na podstawie dyspozycji z art. 306 ustawy, Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego podpisał rozporządzenie w sprawie szczegółowego trybu prowadzenia mediacji, postępowania wyjaśniającego i postępowania dyscyplinarnego w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich, a także sposobu wykonywania kar dyscyplinarnych i ich zatarcia⁵. Datę wejścia w życie obydwu aktów normatywnych ustalono na 1 października 2018 r. Zgodnie z ustawą Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce z dnia 3 lipca 2018 r.⁶, postępowania wszczęte i niezakończone przed 1 października br. „są prowadzone do czasu ich zakończenia na podstawie przepisów dotychczasowych przez komisje dyscyplinarne, które w dniu wejścia w życie tej ustawy prowadziły postępowanie” (art. 257)⁷.

tariuszy, LexisNexis Polska, Warszawa 2012; A. Fiutak, T. Podleśny, M. Kozik [i in.], *Odpowiedzialność prawna pracowników medycznych. Przepisy – Przykłady – Orzecznictwo*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013; P. Sarnecki, *W sprawie znaczenia konstytucyjnego określenia „zawód zaufania publicznego”*, „Ekspertyzy i Opinie Prawne” 5 (2001), s. 28–33.

³ Zob. np. C. Kulesza, *Ewolucja wybranych procedur dyscyplinarnych w świetle konwencyjnego i konstytucyjnego standardu prawa do sądu*, „Białostockie Studia Prawnicze” 22 (2017), nr 1, s. 11–22.

⁴ Dz. U. z 30 sierpnia 2018 r., poz. 1668.

⁵ Dz. U. z 28 września 2018 r., poz. 1843.

⁶ Dz. U. z 30 sierpnia 2018, poz. 1669.

⁷ Zmiana kompetencji zaowocowała w sprawie ewidentnej – i to na szczeblu centralnym – sporem kompetencyjnym, gdy wniosek rzecznika dyscyplinarnego ministra o ukaranie skierowany do komisji przy ministrze w dniu 18 września 2018 r., po 1 października br. został przekazany do Komisji Dyscyplinarnej przy RGNiSW, obecnie I instancji, z powołaniem na cytowany art. ustawy!

Utrzymano dotychczasową zasadę, że w tych postępowaniach „w zakresie nieuregulowanym w ustawie, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2017 r., poz. 1904, z późn. zm.), z wyłączeniem art. 82” (ustawa, art. 305)⁸.

Reforma w zakresie stanowiącym przedmiot rozważań była konieczna. Według danych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, w latach 2013-2017 na uczelniach drastycznie wzrosła liczba zawiadomień o prowadzonych postępowaniach (wyjaśniających i dyscyplinarnych): z 30 w 2013 r., 52 w 2014 r., 213 w 2015 r., do 314 w 2016 r.; w 2017 było ich 229. Najwięcej toczyło się ich na uniwersytetach (115 w 2016 r., 100 w 2017 r.), na uniwersytetach medycznych (odpowiednio 76 i 30), w uczelniach technicznych (52 i 33). Na uczelniach prywatnych w latach 2013-2017 było ich tylko 20, czyli mniej niż w tym okresie na KUL – 21. Biorąc pod uwagę liczbę postanowień o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, to w 2013 r. było ich 22 (73,3% w stosunku do zawiadomień), w 2014 r. – 38 (73,08%), w 2015 r. – 96 (45,07%), w 2016 r. – 94 (29,9%), w 2017 r. – 86 (37,5%)⁹. Czy wysyp spraw wynikał z reformy 2011 r. oraz był skutkiem zmienionego w 2014 r. rozporządzenia i zwrócenia uwagi również na prawa pokrzywdzonego, przynajmniej na pierwszym etapie? Znaczący procentowy spadek postanowień o wszczęciu postępowań wyjaśniających w stosunku do zgłoszeń, może sugerować wzrost napięć w środowisku w związku z kryzysem demograficznym i ekonomicznym oraz poszukiwaniem oszczędności (w tym poprzez zwolnienia). „Punktoza”, walka o utrzymanie, zmiana procedur awansowych mogła też wpłynąć na liczbę wysuwanych zarzutów o plagiat, która od 2015 r. drastycznie wzrosła – z 6 w 2013 r., 15 w 2014 r., do 66 w 2015 r., 55 w 2016 r. i 57 w 2017 r. Z tymi w bliskości stoi dwunastokrotny wzrost zarzutów o poświadczanie nieprawdy (od 1 przypadku w 2013 r. do 12 w 2017 r.). Wreszcie od jednego w 2013 r. aż do 41 w 2017 r. wzrosła liczba zarzutów

⁸ Art. 82 k.p.k.: obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury lub ustawy o radcach prawnych (w brzmieniu: Dz. U. z 2018 r. Nr 0, poz. 1987).

⁹ E. Trojanowska, *Dane statystyczne dotyczące spraw dyscyplinarnych wobec nauczycieli akademickich w uczelniach*, slajd 2, 3 i 10 [Prezentacja w czasie konferencji: *Godność akademicka. Etyka, prawo, odpowiedzialność*, zorganizowanej przez Konwent Rzeczników wraz z Komisją Dyscyplinarną Ministra, Komisją Dyscyplinarną przy RGNiSW, Komisją do spraw etyki PAN oraz Komitetem Etyki w Nauce PAN, w dniach 24–25 maja 2018 r. w Warszawie].

z tytułu nienależytego wykonywania obowiązków. Znaczącą – drugą po plagiatach – pozycję zajmują nieprawidłowe relacje z innymi nauczycielami, dlatego pojawiały się postulaty wprowadzenia na uczelni mediacji.

2. SPEŁNIONY POSTULAT – INSTYTUCJA MEDIACJI

Dyskusja nad instytucją mediacji oraz rolą mediatorów na uczelniach nie jest sprawą nową. Wystarczy przywołać projekt „Mediator akademicki, jako przeciwdziałanie mobbingowi w środowisku akademickim”, współfinansowany przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego¹⁰, czy Centrum Rozwiązywania Sporów i Konfliktów na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego¹¹.

Również rzecznicy dyscyplinarni i przewodniczący komisji dyscyplinarnych do spraw nauczycieli akademickich od dawna dostrzegali potrzebę wprowadzenia do postępowań możliwości mediacji, jeśli u podstaw spraw tkwią konflikty interpersonalne¹². Już na etapie prac nad ustawą o szkolnictwie wyższym i nauce, pozytywnie oceniano uwzględnienie tego postulatu w projekcie, jako sposobu polubownego załatwiania sporów¹³. Jeśli mediacja może być stosowana nawet w sprawach karnych¹⁴, nie ma racji by była pomijana w tychże. Tym bardziej, że jak – już wspomniano – na uczelniach drastycznie wzrosła liczba zarzutów z tytułu nieprawidłowych relacji z innymi nauczycielami akademickimi (w latach 2013-2017 odpowiednio: 3-7-55-62-61) oraz nieprawidłowych relacji ze studentami (odpowiednio: 2-0-10-9-27). W grupie zarzutów przedstawianych rektorom, prorektorom, przewodniczącym komisji dyscyplinarnych w latach 2015-2017 najczęściej występowały: nadużycia przy sprawowaniu funkcji kierowniczej (11), naruszenie

¹⁰ J. Wieczorek, *Mediator akademicki, jako przeciwdziałanie mobbingowi w środowisku akademickim*, Niezależne Forum Akademickie, Kraków 2009; N. Doherty, M. Guyler, *Mediacje i rozwiązywanie konfliktów w pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

¹¹ Zob.: <http://mediacje.wpia.uw.edu.pl/dla-pracownikow/mediacje-pracownicze> [dostęp: 1.10.2018].

¹² Zob. R. Giętkowski, *Rzecznicy dyscyplinarni postulują zmiany*, „Forum Akademickie” 6 (2016), w: <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2016/06/rzecznicy-dyscyplinarni-postuluja-zmiany/> [dostęp: 1.10.2018].

¹³ Zob. P. Szewioła, *Reforma Gowina: Mediacje wkraczają na uniwersytety*, w: <http://www.servisy.gazetaprawna.pl/edukacja/artykuly/113685.polubowne-zalatwanie-sporow-w-postepowaniach-dyscyplinarnych-na-uczelniach.html> [dostęp: 1.10.2018].

¹⁴ R. Citowicz, B. Kaczmarek, *Kilka uwag na temat mediacji w sprawach karnych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2 (2008), w: http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/25/Kilka_uwag_na_temat_mediacji_w_sprawach_karnych.pdf [dostęp: 1.10.2018].

procedury dyscyplinarnej wobec nauczyciela akademickiego (6), nieprawidłowe relacje z innymi nauczycielami akademickimi, w tym lobbing i dyskryminacja (7)¹⁵. Przynajmniej niektóre sprawy z podanych katalogów mogły być rozwiązane polubownie.

Zgodnie z ustawą, rektor otrzymawszy zawiadomienie o popełnieniu czynu, który nosi znamiona przewinienia dyscyplinarnego, lub po uzyskaniu informacji o możliwości jego popełnienia, może „skierować sprawę do mediacji – w przypadku gdy skutek czynu zaistniał spór między osobą, której dotyczy zawiadomienie lub informacja, a pokrzywdzonym” (art. 282 pkt 1). Czyni to z własnej inicjatywy, przed wydaniem rzecznikowi dyscyplinarnemu polecenia do rozpoczęcia prowadzenia sprawy, ale „za zgodą osoby, której czynu dotyczy zawiadomienie lub informacja [...] oraz pokrzywdzonego” (art. 283 ust. 1; por. § 45 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia). Również w trakcie postępowania wyjaśniającego, „może być przeprowadzone postępowanie mediacyjne” (art. 287 ust. 3). Sprawę do mediacji może skierować rzecznik dyscyplinarny z inicjatywy, a przynajmniej „za zgodą osoby, której czynu dotyczy postępowanie wyjaśniające, i pokrzywdzonego” (§ 45 ust. 1 pkt 2). Postępowanie mediacyjne może być przeprowadzone także w trakcie postępowania dyscyplinarnego (art. 293 ust. 2), o czym decyduje komisja dyscyplinarna, ale zawsze „z inicjatywy lub za zgodą obwinionego i pokrzywdzonego” (§ 45 ust. 1 pkt 3). Jak wynika z powyższych zastrzeżeń, udział w mediacji jest dobrowolny i na każdym jej etapie zgoda na uczestniczenie w niej może zostać wycofana (§ 45 ust. 4).

Prowadzącym mediację ma być nauczyciel akademicki. W pierwszym przypadku (opisanym w art. 282 pkt 1) – wskazuje go rektor. Z przeprowadzonej mediacji wyznaczony sporządza sprawozdanie, zawierające jej wyniki (art. 283 ust. 2-3). Gdy ugoda nie zostanie zawarta, „rektor poleca rzecznikowi dyscyplinarnemu rozpoczęcie sprawy” (art. 283 ust. 5).

Jeśli decyzja o skierowaniu sprawy na drogę mediacji zapadnie w trakcie postępowania wyjaśniającego, wyboru nauczyciela akademickiego dokonują wspólnie pokrzywdzony oraz osoba, której czynu dotyczy to postępowanie (§ 45 ust. 2 pkt 2 lit. a), zaś w trakcie postępowania dyscyplinarnego – pokrzywdzony i obwiniony (§ 45 ust. 2 pkt 2 lit. b).

¹⁵ E. Trojanowska, *Dane statystyczne*, slajd 2, 8 i 15.

Poza wymienionymi warunkami (nauczyciel akademicki; właściwie umocowany), z roli mediatora są wyłączeni ci, wobec których zachodzą okoliczności wyłączające rzecznika dyscyplinarnego (§ 3 ust. 1-2)¹⁶.

Już na etapie prac nad ustawą, wysuwano zastrzeżenie do regulacji ograniczającej możliwość wyboru mediatora tylko spośród nauczycieli akademickich, podnosząc zwłaszcza powszechne ich nieprzygotowanie do pełnienia takiej roli¹⁷. Poza tym podkreśla się, że powinno się wprowadzić mediatorów niezależnych od władz akademickich¹⁸, a przynajmniej – obok nauczyciela akademickiego – jednego fachowca spoza środowiska. Ten styl pracy promuje Polskie Centrum Mediacji. Wprowadzoną regulację krytykują nie tylko zawodowi mediatorzy¹⁹. Dobrze, że wzrasta też świadomość formacji w zakresie etyki zawodowej; przed laty ważne było włączenie tych kwestii do programów studiów trzeciego stopnia, a więc dla przyszłych nauczycieli akademickich. Problematykę tę trzeba szerzej wprowadzać do kursów kształcenia ustawicznego²⁰.

W rozporządzeniu wskazano, że „Mediację prowadzi się w siedzibie organów uprawnionych do skierowania sprawy do mediacji” (§ 46 ust. 1). Zabrakło zdecydowania w tej materii, gdyż opisując czynności mediatora podaje się, że ten „przeprowadza spotkanie mediacyjne z udziałem stron me-

¹⁶ „[...] 1) sprawa dotyczy tego rzecznika dyscyplinarnego; 2) jest on małżonkiem osoby, której czynu dotyczy postępowanie wyjaśniające, obwinionego albo pokrzywdzonego, albo pozostaje we wspólnym pożyciu z jedną z tych osób; 3) jest on, w linii prostej albo w linii bocznej do drugiego stopnia włącznie, krewnym albo powinowatym pokrzywdzonego, osoby, której czynu dotyczy postępowanie wyjaśniające, albo obwinionego; 4) pozostaje on z jedną z osób, o których mowa w pkt 3, w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli; 5) pomiedzy nim a osobą, której czynu dotyczy postępowanie wyjaśniające, albo obwinionym, zachodzi stosunek bezpośredniej podległości służbowej lub organizacyjnej; 6) był świadkiem popełnienia czynu, którego dotyczy postępowanie wyjaśniające, brał udział w rozpoznaniu tej sprawy w innym postępowaniu dotyczącym tego samego czynu lub był w tej sprawie przesłuchiwany w charakterze świadka albo występował jako biegły; 7) zachodzą inne uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. 2. Wyłączenia [...] dokonuje się z urzędu albo na wniosek: 1) tego rzecznika; 2) osoby, której czynu dotyczy postępowanie wyjaśniające; 3) obwinionego; 4) pokrzywdzonego; 5) zawiadamiającego”.

¹⁷ P. Szewiła, *Reforma Gowina*.

¹⁸ J. Wiczorek, *Mediator akademicki*, s. 115.

¹⁹ P. Szewiła, *Reforma Gowina*.

²⁰ Wnioski te formułuję na podstawie osobistych doświadczeń wyniesionych ze stażu w Hiszpanii oraz Meksyku. Zob. np. CEU, *IV Jornada de Innovacion y Mejora de la Docencia*, CEUinnova, Valencia 2015; J. Pérez Castro, *Ética profesional y formación de profesores universitarios*, „Perfiles educativos” 35 (2013), nr 142, s. 33–42, w: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982013000400019&lng=es&nrm=iso [dostęp: 10.10.2018].

diacji, w miejscu i czasie dogodnym dla jej uczestników” (§ 47 pkt 3). Podobnie, gdy chodzi o czynności wstępne, w czasie których: „a) wyjaśnia cele i zasady mediacji, b) poucza o możliwości cofnięcia zgody na uczestniczenie w mediacji aż do jej zakończenia, c) odbiera od stron mediacji zgodę na uczestniczenie w mediacji, jeżeli nie została ona wcześniej wyrażona” (§ 47 pkt 2). Na wypadek niemożliwości bezpośrednich spotkań stron mediacji, dopuszczalne jest przeprowadzenie mediacji w sposób pośredni (zob. § 48).

Mediator jest zobowiązany do niezwłocznego złożenia sprawozdania do organu, który go powołał (rektora, rzecznika lub komisji dyscyplinarnej), według przepisanej schematu (§ 49 ust. 1-2). W przypadku zawarcia ugody, podpisują ją strony oraz mediator; stanowi ona załącznik do sprawozdania. Przy braku ugody, w przypadku skierowanym do mediacji przez rektora, w trybie art. 282 pkt 1, rzecznik dyscyplinarny rozpoczyna prowadzenie sprawy (art. 283 ust. 5). Jeśli zawarto ugodę między osobą, której czynu dotyczyło postępowanie wyjaśniające a pokrzywdzonym, wówczas można je umorzyć, „chyba że okoliczności sprawy wymagają ukarania dyscyplinarnego” (§ 45 ust. 7). W czasie postępowania wyjaśniającego może też zostać uzgodniony – w trybie mediacji – wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, wymierzenia kary uzgodnionej, bez przeprowadzania postępowania dowodowego (§ 14 ust. 3). W każdym przypadku, przy wymierzaniu kary dyscyplinarnej bierze się pod uwagę wyniki mediacji, jeśli taka była (§ 45 ust. 8).

3. NOWY KATALOG KAR DYSCYPLINARNYCH

Ustawą Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce wprowadzono nowy, szerszy katalog kar dyscyplinarnych, którym podlegają nauczyciele akademicy: „1) upomnienie; 2) nagana; 3) nagana z obniżeniem wynagrodzenia zasadniczego o 10%–25% na okres od miesiąca do 2 lat; 4) pozbawienie prawa do wykonywania zadań promotora, recenzenta oraz członka komisji w postępowaniach w sprawie nadania stopnia doktora, stopnia doktora habilitowanego oraz tytułu profesora na okres od roku do 5 lat; 5) pozbawienie prawa do pełnienia funkcji kierowniczych w uczelniach na okres od 6 miesięcy do 5 lat; 6) wydalenie z pracy w uczelni; 7) wydalenie z pracy w uczelni z zakazem wykonywania pracy w uczelniach na okres od 6 miesięcy do 5 lat; 8) pozbawienie prawa do wykonywania zawodu nauczyciela akademickiego na okres 10 lat” (art. 276 ust. 1).

W stosowaniu ich obowiązuje zasada, że za jedno przewinienie dyscyplinarne wymierza się jedną karę, a za kilka – jedną, ale najsurowszą (art. 276

ust. 2). Ponadto, kary występujące w cytowanym wyżej art. 276 ust. 1, oznaczone pkt 4-8, po uprawomocnieniu się orzeczeń, są umieszczane w Zintegrowanym Systemie Informacji o Szkolnictwie Wyższym i Nauce POL-on (art. 276 ust. 3; art. 342 ust. 1).

W latach 2013-2017, gdy katalog kar dyscyplinarnych obejmował tylko cztery pozycje, najczęściej wymierzano upomnienia – 50 (2013: 5; 2014: 8; 2015: 10; 2016: 14; 2017: 13), nagany (2013: 5; 2014: 9; 2015: 8; 2016: 9; 2017: 13), nagany z zakazem pełnienia funkcji kierowniczych (2013: 0; 2014: 2015: 8; 2016: 3; 2017: 7), najrzadziej pozbawienie prawa do wykonywania zwołu nauczyciela akademickiego (2013: 0; 2014: 0; 2015: 6; 2016: 2; 2017: 7)²¹.

4. PRZENIESIENIE WŁAŚCIWOŚCI ORZEKANIA – ZMIANA RÓL I ZADAŃ KOMISJI

Po rezygnacji z propozycji orzekania w sprawach dyscyplinarnych nauczycieli akademickich przez komisje środowiskowe, złożone z osób spoza kręgu zależności zawodowych we własnej uczelni, zdecydowano się na pozostawienie uczelnianych komisji dyscyplinarnych, orzekających w I instancji (art. 279 pkt 1 lit. a), ale ograniczono ich kompetencję tylko do przypadków, „gdy rzecznik dyscyplinarny wniósł o zastosowanie kary nagany albo nagany z obniżeniem wynagrodzenia zasadniczego (od 10 do 25%), w okresie od miesiąca do dwóch lat (art. 276 ust. 1 pkt 2-3), i pod warunkiem, że postępowanie to nie dotyczy pełniącego funkcję rektora, przewodniczącego uczelnianej komisji dyscyplinarnej, przewodniczącego i członka komisji dyscyplinarnych przy RGNiSW lub ministrze (art. 277 ust. 3). W przeciwnym razie, kompetentna jest komisja dyscyplinarna przy RGNiSW, która orzeka ponadto w pierwszej instancji w przypadku każdego nauczyciela akademickiego „w stosunku do którego rzecznik wniósł o zastosowanie kary z art. 276 ust. 1 pkt. 4-8” (art. 279 pkt 1 lit. b). Obecnie drugą instancję stanowi komisja dyscyplinarna przy ministrze (art. 279 pkt 2), do której można się odwołać w ciągu 14 dni od doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem (art. 295). Od prawomocnego orzeczenia tejże strony (obwiniony, rzecznik dyscyplinarny) mogą się odwołać do Sądu Apelacyjnego w Warszawie – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, bez prawa do skargi kasacyjnej od jego orzeczenia (art. 295 ust. 2). Ten etap prowadzony jest na pod-

²¹ E. Trojanowska, *Dane statystyczne*, slajd 6.

stawie procedury cywilnej, czyli w tym zakresie nie ma żadnej zmiany²². Zmianę odnotować należy w przypadku, gdy przewinienie dyscyplinarne było mniejszej wagi i dlatego rektor, po wysłuchaniu nauczyciela akademickiego, ukarał go karą upomnienia. Ukarany, w ciągu 14 dni od doręczenia zaawizowania o ukaraniu, może odwołać się do sądu pracy właściwego dla siedziby szkoły wyższej (zob. art. 284).

Zmiana strukturalna, roli i zadań komisji domaga się komentarza. W 2016 r. przeprowadzone zostały wybory do Komisji Dyscyplinarnej przy RGNiSW na kadencję 2017-2020, jako II instancji, czyli odwoławczej. Wymagana była pisemna zgoda kandydatów na pracę w takiej komisji. Nowa ustawa o szkolnictwie wyższym i nauce uczyniła ją komisją pierwszej instancji, zaś przepisy przejściowe, w art. 258 ust. 1 potwierdziły koniec kadencji na 31 grudnia 2020 r. Sprawę dodatkowo komplikuje to, że większość członków jest spoza Warszawy, a na Komisję (skład orzekający) nałożono obowiązek prowadzenia całości postępowania dowodowego, gdyż „rzecznik dyscyplinarny może ograniczyć czynności dowodowe w postępowaniu wyjaśniającym do przesłuchania osoby, której czynu dotyczy to postępowanie, i pokrzywdzonego oraz przeprowadzenia i utrwalenia w protokołach czynności, których nie będzie można powtórzyć” (art. 287 ust. 4).

Zastrzeżenia wzmacnia fakt, że wbrew zapowiedziom, członkowie komisji dyscyplinarnej nie mają należytej ochrony prawnej. Ustawodawca ograniczył się do „przyzwolenia”: „Uczelnia oraz minister **mogą** [wyróżnienie – W.B.] zapewnić osobom powołanym albo wybranym do pełnienia funkcji rzecznika dyscyplinarnego oraz członka komisji dyscyplinarnej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania ich zadań” (art. 304).

W odpowiedzi na takie rozwiązanie należy stwierdzić, że członkowie Komisji mogą odmówić orzekania, gdyż na co innego godzili się w 2016 r. Poza tym istnieje uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2012 r., iż „członek komisji dyscyplinarnej wyższej uczelni może ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 415 k.c. za szkodę wyrządzoną przez naruszenie przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym”²³ (s. 2). Takie stanowisko jest tym bardziej zniechęcające, jeśli zna się sprawę i motywy uchylecia orzeczeń komisji dyscyplinarnych: „orzeczenia zapadły w sprawie, w której nie

²² Zob. postulaty: J. Żurek, *Postępowanie dyscyplinarne do reformy*, „Forum Akademickie” 2 (2017), w: <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2017/02/postepowanie-dyscyplinarne-do-reformy/> [dostęp: 10.10.2018].

²³ Sygn. akt III CZP 48/12, w: <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2048-12.pdf> [dostęp: 22.10.2018].

zostało wydane postanowienie o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego. Ostatecznie postępowanie dyscyplinarne przeciwko powódce nie mogło być wszczęte wobec przedawnienia” (s. 4) oraz powód ukarania – podwójny plagiat. Sąd Okręgowy stwierdził: „Ponieważ Komisja nie jest organem Uczelni a jej członkowie są niezawisli w zakresie orzecznictwa dyscyplinarnego, nie ma podstaw do przyjęcia odpowiedzialności odszkodowawczej Akademii” (s. 4), i zasądził na rzecz powódki solidarnie od pozwanych – 5 członków składu orzekającego – kwotę 43 977,80 zł (s. 3). Nie zyskało aprobaty Sądu Najwyższego stanowisko Sądu Apelacyjnego, że „ustawowe funkcje komisji dyscyplinarnych i zagwarantowana niezawisłość ich członków przy orzekaniu, czyni ich status podobnym do pozycji sędziego, co, zdaniem Sądu, może prowadzić do wniosku, że, tak jak sędziowie, nie ponoszą oni deliktowej odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez wydanie orzeczenia” (s. 4-5).

5. POKRZYWDZONY NADAL „NIEWIDZIANY”

Prawo dyscyplinarne ma ścisły związek z prawem karnym, zalicza się do szeroko pojętego prawa represyjnego²⁴. Postępowanie dyscyplinarne jest rodzajem procedury karnej, w której „rzecznik dyscyplinarny odgrywa rolę prokuratora, a komisja dyscyplinarna jest sądem”²⁵. Natomiast nie pełni funkcji kompensacyjnej, gdyż postępowania te nie przewidują form zaspokajania cywilnoprawnych roszczeń pokrzywdzonym przez delikty dyscyplinarne²⁶. Czy powinien to być powód, aby ograniczać aktywną rolę pokrzywdzonego w sprawach dyscyplinarnych? Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 17 października 2014 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego prowadzonego wobec nauczycieli akademickich oraz sposobu wykonywania i zatarcia kar dyscyplinarnych²⁷, dokonało rewolucji przyznając pokrzywdzonemu kilkanaście up-

²⁴ M. Wielec, *Koincydencja postępowania karnego i dyscyplinarnego w kontekście przepisów ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym*, „Białostockie Studia Prawnicze” 22 (2017), nr 1, s. 11–124; K. Dudka, *Stosowanie przepisów k.p.k w postępowaniu dyscyplinarnym w stosunku do nauczycieli akademickich*, w: *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 354 n.; zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt ADI 44/16, w: www.sn.orzecznictwo [dostęp: 22.10.2018].

²⁵ K. Tchoń, *Z punktu widzenia rzecznika*, „Forum Akademickie” 7–8 (2009), w: https://forumakademickie.pl/fa-archiwum/archiwum/2009/07-08/54_z_punktu_widzenia_rzecznika.html [dostęp: 13.10.2018].

²⁶ C. Kulesza, *Ewolucja wybranych procedur dyscyplinarnych*, s. 12.

²⁷ Dz. U. z 2014 r., poz. 1430.

rawnien, w przeciwieństwo do poprzedniego²⁸, jednak aktywna rola ograniczała się do postępowania wyjaśniającego. Mimo krytyki takiego rozwiązania²⁹, obowiązująca ustawa stanowi najpierw, że „Stronami w postępowaniu wyjaśniającym są osoba, której czynu dotyczy postępowanie wyjaśniające, i pokrzywdzony lub osoba, która zawiadomiła o popełnieniu czynu mającego znamiona przewinienia dyscyplinarnego” (art. 286 ust. 1), ale utrzymuje stan poprzedni, gdy chodzi o postępowanie dyscyplinarne, w którym stronami są „obwiniony i rzecznik dyscyplinarny” (art. 292 ust. 1). W uzasadnieniach do zarządzeń przewodniczących składów orzekających o odmowie dopuszczenia osób pokrzywdzonych w sprawie dyscyplinarnej, podnosi się, że to „ze względu na brak wyodrębnienia takiej strony procesowej w postępowaniu dyscyplinarnym”. Z formalnego punktu widzenia – twierdzenie jest prawdziwe, ale czy rozwiązanie słuszne? Natomiast dodatkowa argumentacja, w jednej z napotkanych spraw, zaskakuje: „Przedstawiona [...] argumentacja ulega istotnemu wzmocnieniu przy uwzględnieniu faktu, że instytucja osoby pokrzywdzonej nie pojawia się także ani w teorii, ani w praktyce innych postępowań dyscyplinarnych, prowadzonych na podstawie ustaw regulujących funkcjonowanie zawodów zaufania publicznego. Mowa tu chociażby o postępowaniach dyscyplinarnych dotyczących zawodów prawniczych”. Tymczasem, w postępowaniach dyscyplinarnych dotyczących adwokatów, radców prawnych, pokrzywdzony jest stroną i bierze aktywny udział w całym postępowaniu dyscyplinarnym³⁰.

²⁸ Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego wobec nauczycieli akademickich z dnia 14 marca 2007 r., Dz. U. Nr 58, poz. 391, przyznawało tylko jedno.

²⁹ Zob. np. J. Żurek, *Uprawnienia pokrzywdzonego w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Forum Akademickie” 10 (2016), w: <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2016/10/uprawnienia-pokrzywdzonego-w-postepowaniu-dyscyplinarnym/> [dostęp: 12.10.2018]; M. Mętlewicz, *Pokrzywdzony? Nie znam!*, „Forum Akademickie” 2 (2011), w: <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2011/02/pokrzywdzony-nie-znam/> [dostęp: 1.10.2018].

³⁰ Zob. np. ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz. U. z 2017 r., poz. 1870 i 2400 z późn. zm., Dz. U. z 2018 r., poz. 138, 723, 1467 i 1669: „Stronami w dochodzeniu są obwiniony i pokrzywdzony, a w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym – oskarżyciel, obwiniony i pokrzywdzony” (art. 68 ust. 1). Tak samo: ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, Dz. U. z 2018 r., poz. 1184, art. 93 ust. 1.

ZAKOŃCZENIE

Liczba spraw dyscyplinarnych wobec nauczycieli akademickich w ostatnich pięciu latach wzrosła prawie pięciokrotnie. Istniejące dotychczas rozwiązania były krytykowane. Niestety, reforma ustawy o szkolnictwie wyższym z 2018 r., w interesującym nas zakresie nie uporządkowała pojęć i procedur. W artykule zajęto się tylko niektórymi zagadnieniami. Pozytywnym elementem reformy jest wprowadzenie instytucji mediacji, co może zmniejszyć liczbę spraw trafiających do rzeczników dyscyplinarnych i postępowań przed komisją, gdyż rozwiązywanie sporów może następować wnet po ich zaistnieniu. Szerszy katalog kar daje większe możliwości składom orzekającym w doborze adekwatnej do przypadku kary, by cel postępowania dyscyplinarnego został osiągnięty. Pozostaje mieć nadzieję, że podnoszone zastrzeżenia nie będą zbyt przeszkadzać działalności komisji dyscyplinarnych, zaś obawy nie potwierdzą się w praktyce orzeczniczej.

PIŚMIENNICTWO

- CEU. 2015. *IV Jornada de Innovacion y Mejora de la Docencia*. Valencia: CEUinnova.
- Citowicz, Rafał, i Berenika Kaczmarek. 2008. „Kilka uwag na temat mediacji w sprawach karnych.” *ADR. Arbitraż i Mediacja* 2. W http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/25/Kilka_uwag_na_temat_mediacji_w_sprawach_karnych.pdf [dostęp: 1.10.2018].
- Czarnecki, Paweł. 2013. *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Doherty, Nora, i Marcelas Guyler. 2010. *Mediacje i rozwiązywanie konfliktów w pracy*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dudka, Katarzyna. 2010. „Stosowanie przepisów k.p.k w postępowaniu dyscyplinarnym w stosunku do nauczycieli akademickich.” W *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, 354–359. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Fiutak, Agnieszka, Tomasz Podleśny, i Michał Kozik [i in.]. 2013. *Odpowiedzialność prawna pracowników medycznych. Przepisy – Przykłady – Orzecznictwo*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Giętkowski, Radosław. 2013. *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Giętkowski, Radosław. 2016. „Rzecznicy dyscyplinarni postulują zmiany.” *Forum Akademickie* 6. W <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2016/06/rzecznicy-dyscyplinarni-postuluja-zmiany/> [dostęp: 1.10.2018].
- Kozielewicz, Wiesław. 2012. *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Kulesza, Cezary. 2017. „Ewolucja wybranych procedur dyscyplinarnych w świetle konwencyjnego i konstytucyjnego standardu prawa do sądu.” *Białostockie Studia Prawnicze* 22(1):11–22.
- Mętlewicz, Michał. 2011. „Pokrzywdzony? Nie znam!” *Forum Akademickie* 2. W <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2011/02/pokrzywdzony-nie-znam/> [dostęp: 1.10.2018].

- Paśnik, Jerzy. 2000. *Prawo dyscyplinarne w Polsce*. Warszawa: Oficyna Prawnicza MUZA SA.
- Pérez Castro, Judith. 2013. "Ética profesional y formación de profesores universitarios." *Perfiles educativos* 35(142):33–42. In http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982013000400019&lng=es&nrm=iso [accessed: 10.10.2018].
- Sarnecki, Paweł. 2001. „W sprawie znaczenia konstytucyjnego określenia «zawód zaufania publicznego».”. *Ekspertyzy i Opinie Prawne* 5:28–33.
- Szewioła, Paulina. 2018. „Reforma Gowina: Mediacje wkraczają na uniwersytety.” W <http://www.servisy.gazetaprawna.pl/edukacja/artykuly/113685.polubowne-zalatwianie-sporow-w-postepowaniach-dyscyplinarnych-na-uczelniach.html> [dostęp: 1.10.2018].
- Tchoń, Krzysztof. 2009. „Z punktu widzenia rzecznika.” *Forum Akademickie* 7–8. W https://forumakademickie.pl/fa-archiwum/archiwum/2009/07-08/54_z_punktu_widzenia_rzecznika.html [dostęp: 13.10.2018].
- Wieczorek, Józef. 2009. *Mediator akademicki, jako przeciwdziałanie mobbingowi w środowisku akademickim*. Kraków: Niezależne Forum Akademickie.
- Wielec, Marcin. 2017. „Koincydencja postępowania karnego i dyscyplinarnego w kontekście przepisów ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym.” *Białostockie Studia Prawnicze* 22(1):11–124.
- Żurek, Jakub. 2016. „Uprawnienia pokrzywdzonego w postępowaniu dyscyplinarnym.” *Forum Akademickie* 10. W <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2016/10/uprawnienia-pokrzywdzonego-w-postepowaniu-dyscyplinarnym/> [dostęp: 12.10.2018].
- Żurek, Jakub. 2017. „Postępowanie dyscyplinarne do reformy.” *Forum Akademickie* 2. W <https://prenumeruj.forumakademickie.pl/fa/2017/02/postepowanie-dyscyplinarne-do-reformy/> [dostęp: 10.10.2018].

NEW LAW AND ... OLD/NEW DILEMMAS.
DISCIPLINARY MATTERS OF ACADEMIC TEACHERS
AFTER THE REFORM OF 2018

Summary. The Author, in five points, deals with some issues of proceedings in disciplinary matters of academic teachers. After indicating the current legislation in this field and the factual state of these proceedings (1), in the most widely way he presents the institution of mediation, that considers positively (2), as well as the extension of the catalog of penalties (3). Critically he refers to the transfer of jurisdiction, changes of the roles and tasks of the commission, especially the mode of introduction this change and the lack of legal protection for its members (4), as well as the solution that the victim is a party just only in the investigation procedure (5).

Translated by Agnieszka Romanko

Key words: disciplinary proceedings, disciplinary commissions, academic teacher, disciplinary penalties, mediation

WPLYW UBEZPIECZEŃ NA ROZWOJ TRANSPORTU MORSKIEGO W EPOCE Wczesnonowożytnej

Waldemar Bednaruk

Katedra Historii Ustroju i Prawa
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0002-0080-9470>

Streszczenie. Odgrywający w gospodarce światowej, szczególnie w ostatnich stuleciach, ogromną rolę transport morski narażony jest na oddziaływanie wielu czynników, które nieraz w sposób trudny do kontrolowania wpływają na jego bezpieczeństwo. Dlatego tak ważne stało się ubezpieczenie ryzyka przewozu towarów drogą morską, pozwalające na przerzucenie ciężaru odpowiedzialności za poniesione, na skutek nieprzewidzianych zdarzeń, straty na wyspecjalizowane instytucje. Dzięki temu, iż we właściwym czasie stworzono odpowiednie mechanizmy ochrony transportu morskiego mógł on się tak dynamicznie rozwijać, kiedy pojawiły się sprzyjające okoliczności, co było szczególnie widoczne w epoce wielkich odkryć geograficznych i tuż po nich. Z drugiej strony, zaś gwałtowny wzrost ilości transportowanych drogą morską towarów przyczynił się do ogromnego rozwoju rynku ubezpieczeń morskich.

Słowa kluczowe: towarzystwa ubezpieczeniowe, ubezpieczenia morskie, odkrycia geograficzne, handel międzynarodowy

WPROWADZENIE

Handel morski i ściśle z nim związana kwestia transportu towarów, będących przedmiotem obrotu, uzależniony był od wielu czynników w znakomitej większości opisanych już w literaturze naukowej. Doskonale znamy wpływ odkryć geograficznych, wytyczania nowych szlaków i opracowania dokładniejszych map na rozwój handlu morskiego¹. Również osiągnięcia techniczne doczekały się godnych opracowań, w których udowodniono, iż bez

¹ Por. J.L. Baker, *Odkrycia i wyprawy geograficzne*, tłum. J. Flis, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 65 n.; J. Sołdaczuk, J. Misala, *Historia handlu międzynarodowego*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2001, s. 51 n.

nowoczesnych narzędzi służących chociażby precyzyjnej nawigacji, czy bez statków o lepszej, bardziej wytrzymałej konstrukcji nie byłoby tak spektakularnego postępu w podróżach międzykontynentalnych, a przez to i wspomnianych odkryć².

Jednakże zbyt mało uwagi poświęca się kwestiom zabezpieczenia finansowego odbywających podróże statków i ich ładunków. Bez asekuracji ogromnego ryzyka, jakim w dawnych czasach były podróże morskie, nie byłoby tak dynamicznego rozwoju transportu. Straty ponoszone przez podróżujących w dawnych czasach były tak duże, iż przed spopularyzowaniem się ubezpieczeń doprowadziły do ruiny wiele rodzinnych fortun³. Z drugiej strony zaś, zyski z zamorskiego handlu były tak wielkie, iż mogły zrekompensować skutki nawet największych katastrof. Dlatego też mimo ogromnego niebezpieczeństwa nie rezygnowano z podróży, zaś celem wszystkich, którym na sercu leżał rozwój transportu morskiego, stało się zminimalizowanie ryzyka strat przy jednoczesnym utrzymaniu rentowności handlu z użyciem statków⁴.

POCZĄTKI UBEZPIECZEŃ W TRANSPORCIE MORSKIM

Korzenie systemu ubezpieczeń morskich tkwią w epoce starożytnej, kiedy rozwój handlu odbywający się tą drogą wymusił współdziałanie wielu osób na rzecz dywersyfikacji ryzyka ponoszonego przez kupców przewożących swoje towary statkami. Wypracowano wówczas kilka pożytecznych instrumentów, takich jak zrzeczenia Fenicjan zwane *koinonia* (ugoda morska, przymierze). Porozumienia takie miały na celu wspólne pokrywanie możliwych strat poniesionych w wyniku przewożenia towarów drogą morską. Podobny cel miało tzw. *prawo o zrzucie morskim*, którego istotą było ratowanie okrętu i życia ludzkiego kosztem poświęconego w razie niebezpieczeństwa towaru. Wówczas dokonane szkody dzielono między uczestników morskiej wyprawy⁵.

² *Historia odkryć geograficznych. Odkrywczy i badacze ziemi*, red. J. Staszewski, tłum. B. Wojciechowski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1963, s. 171 n.; K. Luks, *Morze oknem na świat. Handel zagraniczny i transport morski Polski*, Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne, Warszawa 1978, s. 7 n.

³ Szerzej zob.: J. Sołdaczuk, J. Misala, *Historia handlu*, s. 41 n.

⁴ Tamże, s. 42 n.

⁵ Szerzej zob.: S. Płodzień, *Lex Rhodia de iactu. Studium historyczno-prawne z zakresu rzymskiego prawa handlowo-morskiego*, Wydawnictwo KUL, Lublin 1961, s. 24 n.

Ważnym elementem rozwoju transportu morskiego w tej epoce były też pożyczki morskie (*petunia traiectica* lub *foenusnauticum*) popularne w starożytnym Rzymie, będące oryginalnym połączeniem kredytu i asekuracji mienia w postaci statku oraz przewożonego towaru. W tej relacji kupiec zwracał się do bankiera o udzielenie mu pożyczki na przygotowanie wyprawy. Mogła ona obejmować wartość samego towaru albo też częścię całego statku i jego zwartości. W zamian za przekazane pieniądze inwestor otrzymywał w zastaw przedmiotowy majątek na czas odbywającej się podróży morskiej. Jeśli okręt zatonął, bankier musiał się pogodzić ze stratą, ale jeśli dotarł do portu przeznaczenia, otrzymywał zwrot pożyczki wraz ze znacznymi odsetkami, które w zależności od stopnia ponoszonego ryzyka mogły wielkością nawet kilkakrotnie przekraczać wartość udzielonego kredytu⁶.

Rozwój tej formy jednoczesnego finansowania i asekuracji ryzyka przewozu towarów drogą morską zapewnił właściwe narzędzia wspierania handlu do końca średniowiecza. Oczywiście stworzono wiele instrumentów pokrewnych⁷, które jednak okazały się wystarczające jedynie przy dość ograniczonych obrotach w transporcie morskim. Kiedy bowiem na skutek wypraw odkrywczych otworzyły się przed kupcami nowe rynki i nowe możliwości rozwoju, zaistniała potrzeba zastosowania nowatorskich rozwiązań.

EPOKA ODKRYĆ GEOGRAFICZNYCH

Pierwsze transakcje zbliżone swoją istotą do współczesnych ubezpieczeń morskich zawierano jeszcze u schyłku średniowiecza w Genui⁸. Ubezpieczycielem w tym kontrakcie bywał nadal bankier, który w zamian za otrzymywaną wcześniej składkę zobowiązywał się do wypłacenia określonej w umowie kwoty w przypadku utraty statku wraz z ładunkiem. Aby zdywersyfikować ryzyko asekurator zawierał wiele tego typu umów, pobierając od wszy-

⁶ Por. M. Szczęśniak, *Zarys dziejów ubezpieczeń na ziemiach polskich*, Wyższa Szkoła Ubezpieczeń i Bankowości, Warszawa 2003, s. 23.

⁷ Jak choćby *bodmeria*, wymyślona przez Greków, ale dopracowana przez Rzymian, będąca inną formą pożyczki morskiej zaciąganej w obcym porcie przez samego kapitana statku w trakcie podróży na niespodziewane wydatki pod zastaw statku, zob. T. Korzon, *Historia handlu w zarysie*, nakładem b. wychowawców Szkoły Handlowej im. Leopolda Kronenberga, Warszawa 1914, s. 25.

⁸ Głównym ich celem jednak mogło być, jak sądzi Edward Montalbetti, obchodzenie kanonicznego zakazu pobierania odsetek od udzielanego kredytu, a nie rozwiązywanie konkretnych problemów, czy zaspokajanie potrzeb gospodarczych, zob. Tenże, *Ubezpieczenia morskie*, Nakładem Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Wzajemnych, Warszawa 1948, s. 5.

stkich składki, by w razie straty móc wypłacić odszkodowanie z zebranych środków. Z drugiej strony zaś, nie ubezpieczano u jednego asekuratora całej wartości ładunku, dzieląc ją pomiędzy większą liczbę ubezpieczycieli, by w razie wypadku nie obciążyć nadmiernie odszkodowaniem jednego podmiotu⁹.

Dzięki temu rozwiązaniu znacznie wzrosła liczba kupców mogących podjąć już mniej ryzykowną, ale nadal bardzo rentowną działalność w postaci handlu morskiego. Zaś wraz ze wzrostem liczby uczestników rynku rosło zapotrzebowanie na usługi asekuracyjne. To wszystko sprawiło, iż koszty zawieranych umów malały, skłaniając kolejne osoby do zainteresowania intratnym procederem. Według dokonywanych wyliczeń, w ciągu jednego półwiecza koszt ubezpieczenia przewożonego u schyłku średniowiecza drogą morską towaru spadł kilkukrotnie¹⁰.

Automatycznie zmalała również liczba bankrutujących z powodu wypadków na morzu przedsiębiorców, co dotychczas było zjawiskiem stosunkowo częstym. Teraz ryzyko utraty ładunku rozkładało się na co najmniej kilka podmiotów i w razie wypadku, każdy uczestnik ponosił straty obejmujące tylko część jego majątku. Natomiast ryzyko kupców zajmujących się transportem, przeniesione na ubezpieczycieli, zmalało do takich rozmiarów, iż rynek transportu morskiego rósł u progu epoki nowożytnej w tempie dotychczas nieznanym¹¹.

W ślad za zapotrzebowaniem rynku poszła również działalność organów państwowych, widoczna szczególnie w tych krajach, które przodowały w wyścigu o zdominowanie rynków przewozu towarów drogą morską. Tworzono pierwsze regulacje, określające zasady wzajemnej współpracy ubezpieczycieli i ich klientów oraz penalizujące próby dokonywania oszustw ubezpieczeniowych¹². W Londynie powstała w tym okresie Izba Ubezpie-

⁹ Tamże, s. 5 n.

¹⁰ Por. W. Kasperski, *System ubezpieczeń w Polsce w okresie międzywojennym*, mps w Archiwum KUL, Lublin 2017, s. 35, który podaje, iż ubezpieczenie towaru przewożonego z Wenecji do Aleksandrii w 1350 r. kosztowało kupca 15% wartości polisy, w 1400 r. już tylko 2,5%.

¹¹ M. Szczęśniak, *Zarys dziejów ubezpieczeń*, s. 29 n.

¹² Zob. A. Kostecki, *O zabezpieczeniach czyli asekuracjach w ogóle a w szczególności o zabezpieczeniach w naszym kraju*, Wydawnictwo Czas, Kraków 1862, s. 8 n., który wymienia *Ordynację Barcelońską* z 1435 r. jako pierwszy dokument ustawodawczy dotyczący ubezpieczeń morskich. Zob. także: S. Gielg, *Krótką historja rozwoju i gospodarcze znaczenie towarzystw ubezpieczeń*, nakładem Towarzystwa Ubezpieczeń „Vita”, Warszawa 1931, s. 4 n., który informuje o podobnych, choć znacznie późniejszych (1691 r.), inicjatywach ustawodawczych Francji i Niemiec (1731 r.).

czeń, zajmująca się głównie ubezpieczeniami morskimi, która jeszcze w XVI w. zaproponowała nową formę ubezpieczeń – ubezpieczenia na życie, w tym również osób odbywających podróże morskie¹³.

HANDEL MORSKI A UBEZPIECZENIA

Ogromny wzrost obrotów w handlu morskim odnotowany po odkryciu nowych szlaków był możliwy również dzięki dynamicznemu rozwojowi rynku ubezpieczeń. W wielu krajach powstały w XVII w. wielkie kompanie asekuracyjne, skupiające wokół siebie ogromne środki finansowe zdolne do obsługi największych ekspedycji morskich, przy jednoczesnym zabezpieczaniu licznych podmiotów. Obok nich doskonale funkcjonowały mniej sformalizowane zrzeszenia osób zainteresowanych transportem morskim i jego ubezpieczaniem w typie angielskiego Lloydów¹⁴. Ta niezwykle zasłużona dla asekuracji morskiej inicjatywa została zapoczątkowana u schyłku lat osiemdziesiątych XVII w. (1688 r.) w londyńskiej kawiarni Edwarda Lloydów, w której spotykali się przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie transportu i handlu morskiego z posiadaczami środków gotowymi je zainwestować w ubezpieczenie przewożonych ładunków¹⁵.

Dostosowane do nowych potrzeb usługi i nieznane dotychczas pola ekspansji towarzystw ubezpieczeniowych były możliwe również dzięki wykorzystaniu giełdy do zawierania transakcji między stronami umów. Wyspecjalizowani maklerzy ułatwiali wzajemne kontakty, służyli pomocą w negocjowaniu korzystnych dla obu stron kontraktów i dzięki masowości świadczonych usług przyczyniali się do obniżania kosztów asekuracji przewożonego drogą morską mienia¹⁶.

Handel morski stał się w okresie wczesnonowożytnym źródłem bogactwa uczestniczących w nim państw. Dzięki temu, iż został on praktycznie w ca-

¹³ Tak M. Szczęśniak, *Zarys dziejów ubezpieczeń*, s. 30; zob. także: E. Stroiński, *Ubezpieczenia na życie*, Wydawnictwo Poltext, Warszawa 2004, s. 2 n.

¹⁴ Szerzej zob.: E. Montalbetti, *Ubezpieczenia morskie*, s. 6 n.

¹⁵ W takiej niezorganizowanej postaci prowadzono interesy aż do 1811 r., kiedy to dokonano sformalizowania poprzez utworzenie organizacji, kierowanej przez wybieralny spośród członków komitet zarządzający, zob. tamże, s. 6.

¹⁶ Por. K. Wobłyj, *Podstawy gospodarcze ubezpieczeń*, t. I, Nakładem Polskiej Dyrekcji Ubezpieczeń Wzajemnych, Warszawa 1923, s. 18 n.; zob. także: J. Przybytniowski, *Znaczenie pośrednictwa ubezpieczeniowego w strukturach ubezpieczeń gospodarczych*, Wydawnictwo Wieś Jutra, Warszawa 2010, s. 16, który szerzej o roli maklerów w rozwoju rynku asekuracji w analizowanym okresie.

łości opanowany przez kraje europejskie, to gospodarki państw z tego kontynentu nadawały dynamikę rozwojowi gospodarczemu. Posiadając zaś dzięki niemu odpowiednie środki inwestowały w nowe technologie, co zapoczątkowało rewolucję przemysłową. To państwa starego kontynentu (a w zasadzie jego zachodniej części) zdominowały w krótkim czasie produkcję przemysłową, która okazała się o wiele bardziej intratna niż gospodarka rolna¹⁷. Kumulacja zysków z tej gałęzi gospodarki w połączeniu z dalszym rozwojem handlu morskiego sprawiały, iż Europa Zachodnia zwiększała swą przewagę polityczno-gospodarczą nad resztą świata¹⁸.

Ilustracją tego zjawiska są twarde dane, które wskazują, iż u schyłku XVIII w. 88% produkcji przemysłowej globu wytwarzano w Europie Zachodniej¹⁹, która produktami swojej gospodarki handlowała z resztą ówczesnego świata. To na ten okres datowane jest powstanie rynku światowego, którego narodziny i rozwój nie byłyby możliwe bez zjawiska określanego w ekonomii „rewolucją handlową”²⁰. Ta zaś nie dokonałaby się bez asekuracji ryzyka przewozu towarów drogą morską, jaką zapewniały coraz lepiej zorganizowane rynki ubezpieczeń²¹.

Warunkiem powodzenia i prawidłowego przebiegu opisanych zjawisk było nadążanie świata finansów, również tego skupionego wokół instytucji ubezpieczeniowych, za potrzebami kupców i przemysłowców. Ten cel przyświecał twórcom pierwszego na świecie akcyjnego towarzystwa ubezpieczeń transportów morskich i okrętów, jakie powstało w 1668 r. w Paryżu. Wkrót-

¹⁷ Polska w tym procesie nie uczestniczyła. Co prawda były podejmowane działania na rzecz większej aktywności w polityce morskiej, jednak skierowane raczej na kwestie militarne, por. *De juramento praefecti portus maris*, w: Volumina Legum. Przedruk zbioru praw staraniem XX. pijarów w Warszawie od roku 1732 do roku 1782 wydanego, t. II, nakładem i drukiem J. Ohryzki, Petersburg 1859, s. 111 [dalej cyt.: VL], zob. także: S. Bodniak, *Komisja Morska Zygmunta Augusta*, „Rocznik Gdański” IV-V (1930-31), s. 44 n.

¹⁸ Szerzej zob. J. Sołdaczuk, J. Misala, *Historia handlu*, s. 62 n.

¹⁹ Tamże, s. 63.

²⁰ J. Szpak, *Historia gospodarcza powszechna*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1999, s. 76 n.; zob. także: C.R. Boxer, *Morskie imperium Holandii 1600-1800*, tłum. M. Boduszyńska-Borowikowa, Wydawnictwo Morskie, Gdańsk 1980, s. 108 n.

²¹ W Polsce mimo podejmowanych prób aż do upadku I Rzeczypospolitej budowa zorganizowanego systemu ubezpieczeń nie znalazła zainteresowania rządzących, zaś w razie wystąpienia zdarzenia powodującego duże straty stosowano ulgi w podatkach oraz bezpośrednie wsparcie dla osób i miejscowości nimi dotkniętych, por. *Ubezpieczenie miast*, w: VL, t. VII, s. 43 n.; zob. także: *Laudum sejmiku lubelskiego przedsejmowego z dnia 6 lutego 1764 r.*, rękopis Archiwum Państwowego w Lublinie, Księgi Grodzkie Lubelskie, sygn. 375, k. 128 n., a także *Dokumenty z lat 1649-1798 dotyczące miasta Lublin i województwa lubelskiego*, rękopis Biblioteki PAN PAU w Krakowie, sygn. 3278, k. 39 in.

ce ze względu na szerokie możliwości pozyskiwania środków działającego w tej formie zakładu podobne przedsięwzięcia skopiowano w innych krajach europejskich²².

Transport morski stał się dla potęg kolonialnych tak ważny, iż wielu władców podejmowało wysiłki, by wspierać jego rozwój wszelkimi możliwymi sposobami, również poprzez inwestowanie w ochronę rodzimego rynku ubezpieczeń. Przykładem mogą służyć działania podejmowane w imieniu korony brytyjskiej, polegające na ustanowieniu monopolu na rzecz dwóch wielkich towarzystw ubezpieczeń morskich, które z powodzeniem obsługiwały przez ponad sto lat (1720-1824) angielski transport morski²³.

ZAKOŃCZENIE

Ubezpieczenia morskie, ze względu na pierwszeństwo w ich narodzinach oraz stopień udoskonalenia, określane są przez badaczy mianem matki wszystkich ubezpieczeń²⁴. Określenie to jest ze wszech miar słuszne, ale wydaje się być niewystarczające przez to, iż zawęża zasługi tego rodzaju asekuracji wyłącznie do rynku ubezpieczeń. Słuszniejsze raczej wydaje się przyznanie ubezpieczeniom morskim tytułu matki całego handlu międzykontynentalnego, gdyż bez istnienia tej formy zabezpieczenia rozwój wymiany gospodarczej nie mógłby następować równie szybko.

O rosnącym znaczeniu ubezpieczeń dla równowagi całej gospodarki w późniejszym okresie, nie tylko krajowej czy europejskiej, ale wręcz globalnej, świadczy również ich miejsce w kształtowaniu relacji międzynarodowych. Przykładem mogą służyć zawierane traktaty pokojowe, w których kwestia asekuracji i praw z niej wynikających zaczyna zajmować poczesne miejsce. Pierwszym, który na taką skalę zajął się ubezpieczeniami, był niewątpliwie traktat wersalski, w którym ubezpieczeniom i zasadom regulacji wzajemnych roszczeń pomiędzy mocarstwami zwycięskimi a państwami pokonanymi poświęcono wiele uwagi²⁵.

Zestawiając po latach dwa niezwykle ważne dla rozwoju światowej gospodarki procesy ewolucji ubezpieczeń i transportu morskiego można się za-

²² S. Gielg, *Krótką historja*, s. 5.

²³ E. Montalbetti, *Ubezpieczenia morskie*, s. 8 n.; zob. także: M. Szczęśniak, *Zarys dziejów ubezpieczeń*, s. 30 n., który ilustruje interwencje na francuskim rynku asekuracji.

²⁴ S. Gielg, *Krótką historja*, s. 4 n.

²⁵ Zob. Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu dnia 28 czerwca 1919 r., Dz. U. z 1920 r. Nr 35, poz. 200.

stanawiać, który z nich był pierwszy i ważniejszy, wywierający znaczniejszy wpływ na rozwój tego drugiego. Czy to wyprawy odkrywcze i rozwój handlu morskiego przyczyniły się do powstania nowych instrumentów finansowych, dających zabezpieczenie dla okrętów i przewożonych nimi towarów? Czy też raczej narodziny nowoczesnych instytucji asekuracji mienia ułatwiły, czy wręcz umożliwiły ekspansję gospodarczą krajów europejskich? Z analizy przebiegu całego tego skomplikowanego procesu możemy wysnuć wnioski, iż były one równoważne i dokonujące się praktycznie równolegle, oraz na tyle ze sobą nierozdzielnie związane, iż bez zaistnienia jednego czynnika nie byłoby tak dynamicznego rozwoju drugiego.

PIŚMIENNICTWO

- Baker, John L. 1959. *Odkrycia i wyprawy geograficzne*, tłum. Jan Flis. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Bodniak, Stanisław. 1930–1931. „Komisja Morska Zygmunta Augusta.” *Rocznik Gdański* IV–V:44–66.
- Boxer, Charles. *Morskie imperium Holandii 1600-1800*, tłum. Maria Boduszyńska-Borowińska. Gdańsk: Wydawnictwo Morskie 1980.
- Gielg, Stefan. 1931. *Krótką historią rozwoju i gospodarcze znaczenie towarzystw ubezpieczeń*. Warszawa: nakładem Towarzystwa Ubezpieczeń „Vita”.
- Kasperski, Wojciech. 2017. *System ubezpieczeń w Polsce w okresie międzywojennym*. Lublin: mps w Archiwum KUL.
- Korzon, Tadeusz. 1914. *Historia handlu w zarysie*. Warszawa: nakładem b. wychowawców Szkoły Handlowej im. Leopolda Kronenberga.
- Kostecki, Antoni. 1862. *O zabezpieczeniach czyli asekuracjach w ogóle a w szczególności o zabezpieczeniach w naszym kraju*. Kraków: Wydawnictwo Czas.
- Luks, Krzysztof. 1978. *Morze oknem na świat. Handel zagraniczny i transport morski Polski*. Warszawa: Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne.
- Montalbetti, Edward. 1948. *Ubezpieczenia morskie*. Warszawa: Nakładem Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Wzajemnych.
- Płodzień, Stanisław. 1961. *Lex Rhodia de iactu. Studium historyczno-prawne z zakresu rzymskiego prawa handlowo-morskiego*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Przybytniowski, Jarosław. 2010. *Znaczenie pośrednictwa ubezpieczeniowego w strukturach ubezpieczeń gospodarczych*. Warszawa: Wydawnictwo Wieś Jutra.
- Sołdaczuk, Józef, i Józef Misala. 2001. *Historia handlu międzynarodowego*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Staszewski, Józef (red.). 1963 *Historia odkryć geograficznych. Odkrywczy i badacze ziemi*, tłum. Bronisław Wojciechowski. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Stroiński, Eugeniusz. 2004. *Ubezpieczenia na życie*. Warszawa: Wydawnictwo Poltext.
- Szczeńsiak, Marian. 2003. *Zarys dziejów ubezpieczeń na ziemiach polskich*. Warszawa: Wyższa Szkoła Ubezpieczeń i Bankowości.
- Szpak, Jan. 1999. *Historia gospodarcza powszechna*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Wobłyj, Konstantin. 1923. *Podstawy gospodarcze ubezpieczeń*. Warszawa: Nakładem Polskiej Dyrekcji Ubezpieczeń Wzajemnych.

THE IMPACT
OF INSURANCE ON THE DEVELOPMENT OF MARITIME TRANSPORT
IN THE EARLY MODERN PERIOD

Summary. The role of sea transport in the global economy, especially in recent centuries, is exposed to many factors that sometimes affect its safety in a way that is difficult to control. That is why insurance of the risk of transporting goods by sea has become so important, allowing for transferring the burden of responsibility for losses incurred as a result of unforeseen events on specialized institutions. Thanks to the fact that appropriate mechanisms of maritime transport protection were created in a proper time, it could develop so dynamically when favorable circumstances appeared, which was especially visible in the era of great geographical discoveries and just after them. On the other hand, the rapid increase in the number of goods transported by sea contributed to the huge development of the maritime insurance market.

Key words: insurance companies, marine insurance, geographical discoveries, international trade

COMMUNICATION OF THE RIGHT AND CHRISTIAN RELIGION. HOW TO REALIZE RIGHTS AND FREEDOM HUMANS AND CITIZENS?

Vyacheslav Blikhar

Department of Philosophy and Political Science
Lviv State University of Internal Affairs
Ukraine
<https://orcid.org/0000-0001-7545-9009>

Summary. In the article, we note that the relationship between the Church and the state, in view of the fact that both institutions are complex and determined by many officials, are not always subjected to a description of a straightforward structure. And the state, whose mission is to organize the relations between the members of society, and the creation of the optimal conditions for the ontological development of each of them, and the church, which is designed to try and encourage this transcendental-axiological component of the structure of the human person, depend on the constellation historical development of mankind. Various experiments on their interactions during human history have shown that the most optimistic about their interrelations can be only cooperation.

Key words: state, Church, state-Church relations, civil society, rights and freedoms of man and citizen

INTRODUCTION

Pragmatism gains more and more territories in the system of education, where accents are gradually drifting from the former educational goals, namely the humanistic ideals of education with the goal of forming a free and educated person with a developed sense of responsibility. And although these changes that have taken place in recent decades are very important, they are not catastrophic in terms of the prospect of spiritual development of society, with the help of the creative cooperation of the state and the Church. At the same time, it's important to remember that action must be the embodiment of a deep understanding of ethical norms that, as you have aptly noticed D. Shtudemann in relation to their people, "are fixed in the main law

and are based on the traditions of a worldview that reaches its roots in Christianity”¹. Of course, not every state is built on the non-ethical foundation of Christian religion, but every religion and even ideology has an ethical foundation, therefore, this idea of D. Shtudemann is likely to be relevant to any other, even non-Christian country, if ethical doctrine or something religion, or ideology will coincide with those eternal timeless transcendental values that make sense of the existence of humanity. “

M. Fridman compares the state with the creator of the rules of the game and its arbitrator. It clearly delineates the daily activities of people and the customary and legislative framework that outlines the boundaries of this activity. The activity itself is similar to the participants of the game, and the system as such resembles the rules according to which the game is performed². And as any game requires the players to accept the rules of the game itself and the existence of the arbitrator in case of disputable issues, and for the normal functioning of society and ensuring its viability, there is a need for all its members to comply with the rules that help their relations to acquire a harmonious system, there is also a need for the existence of a mechanism that would fulfill the function of ensuring compliance with the rules by all members of society. So every player in this peculiar game, which is life, is both free and limited at the same time. The freedom of one individual ends where the freedom of another begins. The state itself is called to be the guarantor of maintaining rules that would ensure the freedom of every member of society, or more precisely, the rules that should support the authorities, was to protect the individual from the freedom of another individual.

THE BULK OF THE ARTICLE

As for the solution of conflicts between the freedoms of different subjects, the situation is not always simple and unambiguous, as it may seem at first glance. Most situations are not really difficult to solve disputes, for example, the right and freedom to life and health of one individual can never violated the freedom of another individual who wants fun, in other words, one cannot be entertained as to select health I even have life in another person. In this case, the right to health and life has a higher priority than the

¹ Д. Штюдеманн, *Про віротерпимість у вільному суспільстві*, “Дух і Літера” 11/12 (2003), p. 92.

² М. Фрідман, *Роль уряду у вільному суспільстві*, in: *Лібералізм: антологія*, ed. О. Проценко, В. Лісовий, Смолоскип, Київ 2009, p. 779.

right to entertain. However, sometimes the very notion of freedom, determined by one or another factor, can be understood diametrically opposite.

A striking example is M. Fridman: An example of an understanding of freedom in the economic sphere, where there is a conflict between freedom to compete and freedom to unite. So, in the United States, under the notion of free enterprise, understood that anyone has the right to establish an enterprise, while already existing enterprises have no right to prevent competitors from entering the market. The only thing they can do is in fair competition to show a better product for the consumer, thanks to either better quality or lower price. Instead, in the tradition of continental understanding, the concept of “free enterprise” was interpreted primarily as the freedom of already existing enterprises to do everything for their benefit – including fixing prices and other measures aimed at making the real and expected competitors enter the market as much as possible³.

From these examples, we can conclude that a government that operates within one of these approaches will be able to easily resolve the conflict situation in the field of free enterprise, but a government that will be forced to act in a multicultural environment, given the complexity of the phenomenon that passes through the entire section of cultural-socio-political relations, will be forced to seek new ways to reconcile the conflicting parties from different worlds. Ultimately, in the last decades of the twentieth century, multiculturalism has become one of the most important themes of political philosophy. Perhaps the brightest example of a country in which, due to socio-historical background, he became important, is the United States. With the change in the concept of attitudes towards migrants in this country, there is a transition in the interpretation of the ratio of different cultures from the *melting pot* to the *salad bowl*⁴. And if the first expression conveys the fact that the melting of all components of American culture into something one thing in common, they have second concept, recognizing the contribution of each of the components still leaves it intact as a part of the whole (just as each ingredient is the same in a salad).

As a result of metamorphosis in the public consciousness for one reason or another there have been changes in the understanding of the family institution. There is a decline in its classical understanding, and alternative ap-

³ Ibidem, pp. 779–780.

⁴ *Європейський словник філософій: лексикон неперекладностей*, Дух і Літера, Київ 2011, p. 327.

proaches are becoming widespread. The society tries to instill a view of the normality of ways of living alternative to the classical family, when, for example, a man goes to maternity leave for the care of a child, and a woman performs a male role – he acquires means of subsistence. And if the reason for some changes can be seen in changing the economic situation in the region, the causes of others are not always on the surface. However, one can single out the main ones, namely: a pragmatically-consumer approach to existence, hedonism, the reduction of the authority of the spiritual, moral and ethical structures, information revolution, the most striking embodiment of which can be considered the development of the Internet. As a result of this transformation of social consciousness, modern states are forced to seek new approaches to fulfill their functions.

The state, for the sake of the good of its citizens, always has to find communicative approaches, on the one hand, to protect some citizens from the arbitrariness of others, and on the other – to use all socially useful positive potential, which carriers may even be ideologically opposed by individuals or even entire social groups. The Concordat system, or agreements that have the character of legal international instruments between the Catholic Church and a number of countries, may be interesting in this regard. Characteristically, not all of these countries are dominated by Catholics. For example, in Estonia they are a minority compared to Protestants. These treaties themselves do not provide any privilege for the Catholic Church itself; any such agreement with the state can be made by any Church. Although the Catholic Church, according to canonical norms, is separate from the state, yet it always looks for ways to engage in active social-building cooperation for the sake of a good person. In these agreements, the state recognizes the Church as a legal person and co-partner in social activities. On the one hand, the Church is guaranteed freedom in practicing spiritual life, on the other hand, it emphasizes cooperation in the social and cultural spheres, bearing in mind that believers are simultaneously citizens of this state. An example of a common position in the social sphere of Church and state may be their two-way recognition of the right of parents to choose the method of education. Thus, in Concordat between Poland and the Holy See states: “By recognizing the right of parents to religious upbringing of children and the principle of tolerance, the State guarantees that primary and secondary public schools, as well as pre-school educational institutions run by the secular administration or in which there is self-government, are implemented depending on from

the desire of interested persons, teaching religion within the framework of the appropriate school or preschool curriculum”⁵. This recognition by the parents of the right to choose the way of raising their children belongs to the natural law, to which both the State and the Church are respected. In addition, this right of parents is confirmed by secular, in particular the Universal Declaration of Human Rights, and the Church, in particular the Declaration of the Second Vatican Council – *Gravissimum educationis*. We note that such sociocentric constructive cooperation will be useful to any society, since the goals of the State and the Church in this case coincide, and their joint efforts are aimed at building a morally healthy society, which, when cultivated, creates the ideal conditions for the growth and prosperity of each individual, and, consequently, leads to the implementation of the implementation of its intrinsic vocation.

One of the adherents of the idea of harmonious cooperation between Church and state can be called K. Pobedonostsev. He is very cautious about the establishment of rules by the state in relation to his own population. The state, regardless of whether it is strong, cannot roughly interfere with those profound spheres of consciousness of people who are formed by spiritual values and which do not depend on external conditions of existence, but through realization, the materialization of their ideas itself changes and regulates the external world. As K. Pobedonostsev observes, state power is based on “the unity of spiritual consciousness between the people and the government”, and the authorities begin to collapse from the moment “when the split up of this on the basis of the constructed consciousness begins”⁶. When there is a unity of people and government, which has a common spiritual foundation for them, the people can endure many disagreements and difficulties. In the absence of such a common foundation, power gradually turns into a kind of external controller, which, trying to control as much as possible, begins to interfere with these axiological and internal spheres of the human person who, in their intrinsic nature, are higher than its competence, live according to their spiritual laws.

Worldview ideas and philosophical and anthropological views of the Holy Fathers of the Christian Church on man, on its social being are a notable phenomenon in the history of Christian philosophy. After all, as a rule, in

⁵ М. Етерович, *Співпраця між Державою та Церквою у справах виховання на благо сім'ї*, “Дух і Літера” 11/12 (2003), p. 81.

⁶ К.П. Победоносцев, *Государство и Церковь*, vol. I, Ин-т рус. цивилизации, Москва 2011, p. 75.

any society from the state, it is required that the authorities authorized by it have the right to apply the legalized coercion on behalf of the whole society, obeying the members of the community by the rules established by the state, even if they contradict the convictions of its citizens. For this purpose, the state power, the apparatus of the state is used. The legalization of coercion, violence from the state is carried out in accordance with the vision of the principles of social norms adopted by this society, which the state itself establishes but which are supposed to express the interests of the whole society, approved and legitimized by them.

The problem of building a just society has a prominent place in the Bible (especially in the New Testament), in the works of religious theorists and apologists. With the advent of Christian philosophy, the search for adequate categories and forms of expression for the Christian vision of the state begins as a prerequisite for creating conditions for the real existence of man as a holistic spiritual, bodily, free, intelligent personality, which is the image and likeness of God.

Distribution of rationalism under the influence of significant development of science in the twentieth century. and darkened the medieval European achievements of anthropocentric philosophy, casting on them the shadow of the so-called “dark ages”. The enlightened sentiments circulated by contemporary intellectuals and education considered the Middle Ages, at best, a prelude to antiquity before its new rebirth. Prejudice and supremacy also concerned Christianity and its ideological tradition, which found its extreme atheistic expression in many philosophical theories of the second half of the nineteenth century. Obviously, it is no accident that in a radical Marxist version, civil society is convicted of extinction along with freedom and human rights.

The unity of messianic representations of world religions is a manifestation of the commonality of the general historical process in which they were formed, of the commonality of the principles of social being, despite most significant differences in the explanation of a person’s social life and its cyclic nature. Based on the analysis⁷, one can state that the idea of a mechanism for updating the world in religious consciousness has two main dimensions – individual and personal and socio-political.

In the general consciousness of any people, there is the idea that a person

⁷ О.Т. Шелудченко, *Месіанські ідеї монотеїстичних релігій*, Вид-во Київ-го нац-го унів-ту ім. Т. Шевченка, Київ 2002, р. 16.

must repeatedly refuse from personal interests in favor of the common. One of the reasons is survival, when people, being much weaker than other natural beings, could survive to a large extent only by grouping together, developing a high degree of communication and coordination, were able to withstand the hostile pressures of the outside forces. Another reason is the very structure of the human person, which, in essence, without the existence of another, can neither function fully-valuable, nor recognize itself, in the end, a person cut off from society, from his collective experience and his attitude, is doomed at least on the stagnation of its development, and often it is waiting for even degradation. A person who always puts his own selfish interests over the general is shortsighted. Say, if one imagines that everyone puts their interests in everything and everything without leaving room for non-egoistic interests for the good of society, then it becomes clear that each of his members merely performs from this state of affairs, since egoism, which is closed on itself cannot, on the one hand, give a sense of psychological safety, since in the mind the idea that around only selfishness, which seeks to satisfy their desires, is perceived by others only through the prism of their use. On the other hand, his egoistic attitude to the world goes against the deep-seated desire of the ontological structure of a person who understands in the depths of the heart that when happiness consists only in taking on oneself, then very soon it reaches its ontological limit, revealing its limitation and falsehood. However, each person, by virtue of the trans-script of its fundamental internal structures in the metaphysical world of values, will feel dissatisfied and frustrated with such an egoistically one-sided approach to reality. Therefore, a truly lucky person can only be acting in concord with its deep axiological aspirations.

CONCLUSIONS

Summing up, it should be noted that state-Church relations cannot function properly if the broader perspective concerning the observance of the universal rights of each person and every social group is not taken into account. One of these is the right to free religion. It is in this area that there is a danger of violation of rights – both by the state and by religious structures.

The phenomenon of religious freedom as an embodiment, the realization of one of the fundamental rights of the human person has, like all that exists in the phenomenal dimension of being, their preconditions, to know what is required to take practical steps towards the realization of this species, which is important for every human freedom. In this perspective, it is interesting to

identify the initial prerequisites for religious freedom, which were allocated by V. Cole Derem. Conscious of the dependence of the phenomenon of religious freedom on many dimensions of human existence, he put forward the following four prerequisites that allow the existence of religious freedom in society: 1) the existence of minimal pluralism in a society; 2) economic stability; 3) political legitimacy; 4) the desire of different religious groups to live together⁸.

Regarding the existence of pluralism as one of the most important prerequisites for religious freedom, there is no doubt that even in the measure of purely social relations it is unacceptable to have diverse views that differ from a certain ideologically intertwined line of views of the majority. As for economic stability, the impact of the latter is not so evident as the impact of pluralism in society.

However, if you look carefully at this situation, it becomes clear that economic dislocation pushes the religious freedom issue to the periphery. And although there are some exceptions for which the phenomenon of religious freedom does not always exist in economically developed societies, the main direction of the proportional dependence of the intensity of religious freedom on the economic well-being of society is unquestionable. Moreover, the fact of economic instability in the country is likely to weaken the position of the state in many other areas of its functioning, which in one way or another cannot but affect the existence of the phenomenon of religious freedom within this state.

REFERENCES

2011. *Evropejskyj slovnyk filosofii: leksykon neperekladnostej*. Kiev: Dux i literatura.
- Eterovych, Mykola. 2003. "Spivpracia misz Derszavoiu i Cerkvoiu u spravax vixovannia na blago sim'i." *Dux i Litera* 11/12:76–85.
- Fridman, Milton. 2009. "Rolj uriadu u viljnomu suspiljstvi." In *Liberalizm: antologija*, edited by O. Procenko, V. Lisovyj, 774–783. Kiev: Smoloskyp.
- Koul, Derem. 2001. "Perspektyvy schodo religijnoi svobody: porivnialjna struktura." In *Religijna svoboda i prava liudyny: pravnychi aspekty*, edited by Derem Koul, vol II, 23–76. Lviv: Svichado.
- Pobedonoscev, Kostiantyn. 2011. *Gosudarstvo i Cerkovj*. Vol. I. Moscow: Inst. Rus. Cyvilizacii.

⁸ В. Коул Дерем, *Перспективи щодо релігійної свободи: порівняльна структура*, in: *Релігійна свобода і права людини: правничі аспекти*, ed. В. Коул Дерем, vol. II, Свічадо, Львів 2001, p. 37.

Sheludchenko, Olga. 2002. *Mesiansjki idei monoteistychnyx religij*. Kiev: Kyiv's National Univ. T. Shevchenko.

Shtjudeman, Ditmar. 2003. "Pro viroterpymistij u viljnomu suspiljstvi." *Dux i Litera* 11/12:90–92.

KOMUNIKACJA PRAWA I RELIGII CHRZEŚCIJAŃSKIEJ.
W JAKI SPOSÓB REALIZOWAĆ PRAWA
I WOLNOŚCI LUDZKIE I OBYWATELSKIE?

Streszczenie. Relacje między Kościołem a państwem nie zawsze mogą być opisane według prostej struktury z uwagi na fakt, że obydwie społeczności są złożone i ich analiza uzależniona jest od wielu czynników. Dlatego w tej analizie należy uwzględnić historyczny rozwój ludzkości, w którym obecne jest państwo z misją jest organizowania stosunków między członkami tej społeczności i tworzenie optymalnych warunków dla rozwoju każdego z nich, oraz Kościół, który ma starać się i zachęcać włączać w te stosunki osobę ludzką w jej wymiarze transcendentalno-aksjologicznym.

Słowa kluczowe: państwo, Kościół, relacje państwo-Kościół, społeczeństwo obywatelskie, prawa i wolności człowieka i obywatela

OCHRONA DÓBR OSOBISTYCH JEDNOSTKI ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM (KARNEJ) OCHRONY WOLNOŚCI JEDNOSTKI

Tadeusz Bojarski

Katedra Prawa
Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny w Radomiu
Polska
<https://orcid.org/0000-0001-8213-1933>

Streszczenie. W artykule przedstawiono problematykę ochrony dóbr osobistych jednostki. Wskazano na ich znaczenie dla jednostki i społeczeństwa. Podkreślono konieczność ochrony tych wartości, obok odpowiednich rozwiązań cywilnoprawnych i konstytucyjnych, także w normach prawa karnego. Autor przedstawia przedmiotowy zakres ochrony wymienionych dóbr w polskich kodeksach karnych z 1932 r., 1969 r. i 1997 r. oraz poziom represji karnej zachowań naruszających te wartości. Analiza obejmuje problematykę ochrony godności i nieetykalności człowieka, wolności sumienia i wyznania, życia i zdrowia człowieka oraz wolności osobistej w różnych jej aspektach. Autor podkreśla, że ochrona tych dóbr osobistych jest w polskim prawie karnym stabilna mimo zmieniających się warunków ustrojowych. Rozwiązania prawne wzmacniają ochronę cywilnoprawną i konstytucyjną. Wartości te były i są chronione w polskich kodeksach karnych w stopniu nieustępującym standardom europejskim. Autor krytycznie ocenia postulaty zgłaszane do polskiego ustawodawcy w kierunku ograniczenia ochrony godności człowieka do poziomu norm cywilnoprawnych. Uznaje za nieuzasadnione wprowadzenie do obowiązującego Kodeksu karnego kwalifikowanych postaci zabójstwa – nie były one znane w kodeksach z 1932 r. i 1969 r. Analizuje wątpliwości dotyczące przesłanek wprowadzania do przestępstw przeciwko wolności niektórych nowych czynów – utrwalanie wizerunku nagiej osoby w określonej sytuacji oraz uporczywe nękanie.

Słowa kluczowe: dobro osobiste, cześć i nieetykalność cielesna, zniewaga, wolność sumienia i wyznania, uczucia religijne, życie i zdrowie człowieka, zabójstwo uprzywilejowane, zabójstwo kwalifikowane, uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia, ochrona dziecka poczętego, przerwanie ciąży, spowodowanie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, wolność osobista, wolność fizyczna, wolność moralna, cywilnoprawna ochrona, konstytucyjna ochrona, karnoprawna ochrona

Bezpieczne państwo, w różnych jego aspektach, tworzy podstawy dla zapewnienia bezpieczeństwa wartości istotnych dla poszczególnych jednostek i dla grupy społecznej. Ta zależność łączy się ściśle z założeniem, że państwo bezpieczne to zarazem państwo praworządne, demokratyczne, dbające

o prawa człowieka. Tak funkcjonujące bezpieczne państwo, państwo prawa, może w pełnym zakresie zabezpieczyć ochronę dóbr osobistych jednostki. Trzeba też przyjąć, że ochrona praw i wolności człowieka, jego dóbr osobistych, wzmacnia bezpieczeństwo państwa poprzez prawidłowy układ relacji pomiędzy oczekiwaniami, dążeniami obywateli a funkcjonowaniem instytucji państwa. Można powiedzieć, że zachodzi w ten sposób umocnienie bezpieczeństwa państwa „od wewnątrz”. Inna sprawa, czy może dochodzić do kolizji pomiędzy gwarancjami praw i wolności jednostki a bezpieczeństwem państwa. Ale to już inny problem. Zasadniczy nurt prezentowanych tu uwag dotyczy aspektu pierwszego – ochrona dóbr osobistych jednostki, w szczególności jej wolności, w bezpiecznym, praworządnym państwie. Ochrona tych dóbr, znaczenie tej ochrony ma swoje źródło w normach konstytucyjnych. Jest to zrozumiałe. Według postanowień obowiązującej Konstytucji (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.), Rzeczpospolita Polska zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli (art. 5), poddaje ochronie prawnej życie i wolność człowieka, zapewnia ochronę życia (art. 38), wolność człowieka (art. 31), nietykalność osobistą i wolność osobistą (art. 41), przyjmuje zasadę, że godność człowieka jest nienaruszalna (art. 30). Normy konstytucyjne mają w tym zakresie oparcie w systemie reguł prawa międzynarodowego: Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r. (art. 12); Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (art. 16); Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (art. 8). Postanowienia dotyczące ochrony dóbr osobistych jednostki zawiera również Kodeks cywilny (art. 23 i art. 24), wymieniając w katalogu tych dóbr m.in. zdrowie, wolność, cześć, tajemnicę korespondencji, nietykalność mieszkania. Przy czym, w dyskusji o pojęciu dóbr osobistych, ich istocie, zdaje się dominować w cywilistyce nie koncepcja monistyczna dobra osobistego, lecz stanowisko o wielości dóbr osobistych¹. Konstytucyjna i cywilnoprawna ochrona wartości (dóbr) człowieka (jednostki) ulega odpowiedniemu wzmocnieniu poprzez normy prawa karnego. Należy przy tym podkreślić, że ochrona tych wartości (dóbr) w obowiązującej Konstytucji i postanowieniach Kodeksu karnego stanowi kontynuację rozwiązań aktów prawnych wcześniej obowiązujących w tym

¹ Zob. w tej sprawie M. Pazdan, *Ochrona dóbr osobistych. Komentarz do art. 23, w: Kodeks cywilny, t. I: Komentarz do art. 1 do 449*, red. K. Pietrzykowski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 112 n., s. 130–134.

zakresie w Polsce od okresu przedwojennego po czas współczesny. Historyczne spojrzenie na te zagadnienia może wywoływać pytanie, czy karnoprawna ochrona dóbr osobistych była stale realna, czy też może na niektórych odcinkach czasu była niepełna lub wprost formalna. Pamiętając o tym, koncentrujemy się w tych rozważaniach na obowiązującym stanie prawnym. Prawnokarna ochrona dóbr osobistych to przede wszystkim ochrona życia i zdrowia, czci i nietykalności człowieka, wolności osobistej, wolności sumienia i wyznania. Dalsze rozważania będą poświęcone wybranym problemom z kręgu tych czterech grup zagadnień. Uwaga ogólna dotyczy tego, że wszystkie te wartości były i są chronione w polskich kodeksach karnych, nie ustępując standardom europejskim.

I. OCHRONA CZCI I NIETYKALNOŚCI CIELESNEJ

Ochrona czci i nietykalności cielesnej znalazła odpowiednie miejsce w polskich kodeksach karnych z 1932 r., 1969 r. i 1997 r. Jest to zrozumiałe, ich wspólną podstawę stanowi godność człowieka². Wartość tego dobra może być rozpatrywana w dwu aspektach – jako synonim wartości przysługującej każdemu bez wyjątku człowiekowi, i w tym znaczeniu pojęcie to może być utożsamiane z „człowieczeństwem” lub „godnością ludzką”, oraz jako szczególna właściwość jednostki, osiągnięta w drodze wychowania, pracy nad sobą i łącząca się z dobrym imieniem, szacunkiem, honorem³. Dobrem rodzajowym dla tej grupy przestępstw jest cześć i nietykalność człowieka. Cześć można rozpatrywać w znaczeniu przedmiotowym (cześć zewnętrzna), czyli chodzi o ocenę wartości społecznej i moralnej danej osoby przez społeczeństwo; cześć w tym znaczeniu to dobre imię osoby, jej poszanowanie i znaczenie społeczne. Cześć rozumiana w znaczeniu podmiotowym (cześć wewnętrzna), to poczucie własnej godności osobistej. Natomiast nietykalność cielesna to wolność dysponowania własnym ciałem przez daną osobę, w czym tkwi także element godności tej osoby⁴. Kodeks karny z 1932 r.

² Zob. W. Kulesza, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, w: *System Prawa Karnego*, t. X: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 1002.

³ K. Wiak, *Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna polskiego prawa karnego*, w: *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji*, red. A. Grześkowiak, I. Zgoliński, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy, Bydgoszcz 2017, s. 10–11; zob. podana tam literatura, przyp. 10.

⁴ O. Chybiński, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, w: *Prawo karne. Część szczególna*, red. W. Świda, Polskie Wydawnictwo Naukowe, Wrocław–Warszawa 1980,

poświęcił ochronie tych wartości art. 255-256 w rozdziale zatytułowanym „Zniewagi” (rozdział XXXVIII). Przepisy te określały przestępstwa zniesławienia i zniewagi. W kodeksie z 1969 r. zamachy na te wartości znalazły się w rozdziale szerzej ujętym pod nazwą „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej” (rozdział XXIV, art. 178-182). Uregulowania te w zmienionym ujęciu redakcyjnym chroniły cześć i nietykalność cielesną, a zniesławienie ujęto także w postaci kwalifikowanej jako oszczerstwo. Wprowadzając do tego rozdziału naruszenie nietykalności cielesnej, dotychczas ulokowane w grupie przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu (art. 239), kierowano się tym, że chodzi tu nie tyle o ochronę ciała i zdrowia, lecz tym, że w naruszeniu nietykalności zawiera się także element godności, bowiem naruszenie nietykalności może oznaczać pogardę dla pokrzywdzonego⁵. Kodeks obowiązujący określa ochronę czci i nietykalności cielesnej człowieka, jak poprzedni, w rozdziale „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej” (art. 212-217a). Są to, jak wcześniej, czyny zniesławienia, zniewagi, naruszenia nietykalności cielesnej. Ochrona prawnokarna tych ważnych dla człowieka wartości jest zatem kontynuowana (z odpowiednimi zmianami w kwestiach szczegółowych), co jest oczekiwane i słuszne. W literaturze ostatnich lat podkreśla się, że godność człowieka stanowi podstawę aksjologiczną polskiego prawa karnego (zob. przyp. 3). Ocenia się, że w nowym Kodeksie ochrona tych wartości uległa wzmocnieniu⁶. Czyn zniesławienia występuje także w postaci kwalifikowanej przez dopuszczenie się go za pomocą środków masowego komunikowania, natomiast w Kodeksie obowiązującym zrezygnowano z formy oszczerstwa. Zachowano też możliwość wyłączenia odpowiedzialności w przypadkach uzasadnionej krytyki. Są to prawidłowe rozwiązania prawne i pojawiające się poglądy w kierunku osłabienia represji karnej, a nawet dekryminalizacji tych czynów z zastosowaniem ewentualnie odpowiedzialności cywilnoprawnej, zgłaszane w kontekście prawa do kryty-

s. 243–244, 256; por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Wydawnictwo Zakładu Narodowego im. Ossolińskich, Lwów 1938, s. 571, 539; W. Wolter, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności osobistej*, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 519, 532.

⁵ Zob. W. Wolter, *Przestępstwa przeciwko czci*, s. 532.

⁶ Zob. J. Raglewski, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Zoll, wyd. 3, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 770; zob. też B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej, rozdział XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2001, s. VIII.

ki, nie są uzasadnione. Karnoprawna ochrona czci jednostki przed jej zniesławieniem jest co do zasady niezbędna. Za trafne należy uznać stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, choć nie jednomyślne, wspierające ten punkt widzenia⁷. Czyny te, jak i inne jeszcze, są ścigane w trybie prywatnoscargowym i tego już nie zmienimy, mimo że ten tryb ścigania nie w pełni służy ochronie praw jednostki, której wartość osobista została naruszona. Przyłączam się jednak do sformułowanego przed laty poglądu profesora Z. Papierkowskiego, że współczesne prawo karne i proces karny nie powinien być terenem działalności oskarżyciela prywatnego, lecz tylko oskarżyciela publicznego⁸. Do grupy przestępstw tego rozdziału dodano, już w czasie obowiązywania Kodeksu, art. 217a określający kwalifikowaną postać naruszenia nietykalności cielesnej osoby, która podjęła interwencję na rzecz ochrony bezpieczeństwa ludzi lub ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego.

II. OCHRONA WOLNOŚCI SUMIENIA I WYZNANIA

Polskie kodeksy karne przewidują również stale, chociaż w zróżnicowanym kształcie, ochronę wolności sumienia i wyznania. Jest bezspornie ważne i niezbędne, z punktu widzenia potrzeb życia duchowego jednostki, a także w wymiarze społecznym, zachowanie ochrony wolności sumienia i wyznania człowieka oraz praw w tym zakresie instytucji kościelnych i innych związków wyznaniowych. Ochrona ta jest zachowana w ujęciu współcześnie oczekiwanym przez człowieka. Wolność sumienia i wyznania jest szczególnym dobrem prawnym, oznacza swobodę posiadania określonych przekonań i wartości o charakterze religijnym, jak też posiadania światopoglądu neutralnego religijnie, obejmuje szeroką sferę przekonań moralnych i światopoglądowych⁹. Kodeks obowiązujący umieszcza grupę czynów naruszających te

⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r., sygn. akt P10/06, OTK-a 2006, nr 9, poz. 128; zob. J. Raglewski, *Przestępstwa przeciwko czci*, s. 771-772; por. A. Gaiberle, *Kwalifikowana postać przestępstwa zniesławienia a Prawo prasowe*, „Państwo i Prawo” 11 (2007), s. 21; zob. S. Hypś, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, wyd. 5, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 931.

⁸ Z. Papierkowski, *Dalsze uwagi o projekcie k.k.*, „Polonia Sacra” 1 (1957), s. 345.

⁹ Zob. W. Wróbel, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, s. 540-541; zob. także: J. Krukowski, *Konstytucyjna ochrona wolności sumienia i wyznania*, w: *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doś-*

wartości tuż obok przestępstw przeciwko wolności człowieka (rozdział XXIV, art. 194-196). Przepisy tego rozdziału chronią prawa jednostki związane z jego przynależnością wyznaniową (lub bezwyznaniowością), prawa swobodnego uczestniczenia w czynnościach religijnych, prawo do poszanowania uczuć religijnych jednostki. Chronią też prawa Kościoła lub innych związków wyznaniowych. Podkreśla się, że ujęcie przepisów w Kodeksie obowiązującym charakteryzuje się odejściem od ideologicznego zabarwienia oraz respektowaniem zasady tolerancji¹⁰. Postanowienia Kodeksu karnego pozostają w tym zakresie w zgodzie z postanowieniami Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską z 1993 r. (zob. art. 5). Ochrona ta występowała również w Kodeksie karnym z 1969 r. (art. 192-198). Przepisy tego Kodeksu nawiązywały w pewnym stopniu do postanowień dekretu z 5 sierpnia 1949 r. o ochronie wolności sumienia i wyznania¹¹. Dekret ten uchylał przepisy Kodeksu karnego z 1932 r. (rozdział XXXVII, art. 172-174), ustawiające ochronę uczuć religijnych, oraz odpowiednie przepisy tzw. „małego kodeksu karnego”. Kodeks z 1969 r. słusznie nie przejął niektórych represyjnych postanowień wymienionego dekretu. Ochrona swobody wyznania w Kodeksie z 1932 r. była objęta rozdziałem „Przestępstwa przeciwko uczuciom religijnym”¹².

III. OCHRONA ŻYCIA I ZDROWIA

Jest zrozumiałe, że polskie kodeksy karne z 1932 r., 1969 r. i 1997 r., tak jak kodeksy w innych krajach, zapewniały i zapewniają szeroką ochronę życia i zdrowia człowieka. Dobra te należą do najwyższych wartości godnych ochrony prawnej, w tym prawnokarnej. Jest bezsporne, że życie stanowi wartość nadrzędną w sensie humanistycznym¹³. Tak było zawsze w historii

wiadczenia i inspiracje, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 159 n.

¹⁰ B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia*, s. VII. O szczególnych aspektach poszanowania uczuć religijnych zob. np. *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Wydawca Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, Warszawa 2014.

¹¹ Dz. U. Nr 5, poz. 334.

¹² Bliższą charakterystykę postanowień tego kodeksu zob. S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1934, s. 572 n.

¹³ Zob. A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 10, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 421 n.; W. Wolter, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, s. 436; M. Cieślak, *System prawa karnego*, t. IV, cz. 1:

prawa karnego. W każdym z trzech polskich kodeksów karnych znajduje się wyodrębniony rozdział pt. „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”. Zawiera on pełny katalog czynów zabronionych skierowanych przeciwko tym wartościom. Polskie kodeksy karne reprezentują różne okresy historyczne i różne formy ustrojowe, ale zróżnicowanie w zakresie tej ochrony odnosi się w istocie do szczegółów. Życie i zdrowie podlega ochronie niezmiennie we wszystkich trzech kodeksach karnych. Kodeks karny z 1969 r., pochodzący z uwarunkowań ustrojowych odmiennych od czasu obowiązywania Kodeksu pierwszego oraz obecnie obowiązującego, także nie wykazywał luk w tym zakresie¹⁴. Ochrona życia i zdrowia występuje również w innych przepisach Kodeksu, poza rozdziałem zasadniczym, w szczególności w grupie przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, bezpieczeństwu w komunikacji, Państwu Polskiemu, w Kodeksie obowiązującym – także w grupie przestępstw przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstw wojennych (art. 118 n.). Wiodące znaczenie mają normy prawne chroniące wprost życie i zdrowie. W Kodeksie z 1932 r. były to przepisy art. 225 do art. 247, w Kodeksie z 1969 r. przepisy art. 148-164, a w Kodeksie obowiązującym – art. 148-162. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, jak można tego oczekiwać z uwagi na wagę tej problematyki w sensie społecznym, humanistycznym, zostały dobrze opracowane w wielu pracach¹⁵. Moja prezentacja tych zagadnień nie ma więc na celu pełnej analizy tych problemów, zmierza raczej do sformułowania ogólnej charakterystyki rozwiązań prawnokarnych na tym odcinku. Stwierdzamy więc bezspornie, że wszystkie trzy polskie kodeksy karne należycie gwarantują ochronę tych wartości; dyskusja może do-

O przestępstwach w szczególności, Ossolineum, Warszawa 1985, s. 283 n.; S. Pikulski, *Życie ludzkie jako przedmiot ochrony karnoprawnej*, w: *System Prawa Karnego*, t. X, s. 8 n.

¹⁴ Wyrażana niekiedy opinia, że Kodeks karny z 1969 r. nastawiony był głównie na ochronę ustroju i jego funkcjonariuszy, porządku publicznego, administracyjnego oraz ekonomicznego zabezpieczenia dla rządzących, natomiast w niewielkim zakresie wyrażał wartości związane z człowiekiem, jego prawami, nie jest w tym punkcie prawidłowa; zob. T. Bojarski, *Kodeks karny*, wyd. 3, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2002, s. 7.

¹⁵ Zob. m.in. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000; Taż, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1983; Taż, *Przestępstwo z premedytacją*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968; A. Gubiński, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961; J. Leszczyński, *Zabójstwa na tle seksualnym w Polsce*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1992; M. Cieślak, *System prawa karnego*, t. IV, cz. 1; G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1976; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2000.

tyczyć raczej szczegółów rozwiązań prawnych, a nie zakresu tej ochrony. Ale już na tym przykładzie widać, że wyjściowe założenie teoretyczne w kwestii systematyki czynów zabronionych może mieć znaczenie dla ich pozycji w ustawie karnej. O systematyce tych czynów może właśnie decydować przyjęte założenie, że ma ona uwzględniać w pierwszej kolejności wartości ogólne, a dopiero następnie wartości związane z jednostką lub też odwrotnie. Można też przyjąć inną zasadę: w pierwszej kolejności chronić trzeba wartość najszerszą (rodzaj ludzki), następnie byt państwa i dopiero na trzecim miejscu życie i zdrowie jako wartość związaną z jednostką. Pierwszy polski kodeks przyjął koncepcję pierwszeństwa ochrony wartości zbiorowych, gdy chodzi o względy systematyki, i dopiero w dalszej kolejności – ochronę wartości jednostkowych, na czele z ochroną życia i zdrowia. Kierując się tym kryterium, umieszczono przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu dopiero na 19-tym miejscu (rozdział XXXV), po różnych przestępstwach o znaczeniu zbiorowym. Nie było to rozwiązanie słuszne. Kodeks karny z 1969 r. umieścił tę grupę czynów przestępnych na pozycji trzeciej w swej części szczególnej (rozdział XXI), po przestępstwach przeciwko podstawowym interesom politycznym i gospodarczym PRL oraz przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz bezpieczeństwu w ruchu wodnym i powietrznym. To rozwiązanie systematyczne należy uznać za prawidłowe¹⁶. Trafnie napisano w Uzasadnieniu projektu tego Kodeksu, że kolejność przestępstw w ustawie „podkreśla hierarchię dóbr chronionych przez prawo karne, w której naczelne miejsce zajmują podstawowe dobra społeczne i dobra osobiste człowieka, w dalszej zaś kolejności mienie oraz porządek prawny”¹⁷. Kodeks obowiązujący przyjął analogiczną systematykę w tej kwestii. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu znajdują się na miejscu czwartym (rozdział XIX), po przestępstwach przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwach wojennych, przestępstwach przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej oraz przestępstwach przeciwko obronności państwa. Kwestia systematycznego ułożenia przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu jest ważna. W Kodeksie obowiązującym została rozwiązana satysfakcjonująco. Kodeks prawidłowo chroni w pierwszej kolejności rodzaj ludzki, człowieka w ogóle, niezależnie od jego sytuacji osobistej, narodowości, wyznania i innych okoliczności, następnie niepodległy byt Państwa Pol-

¹⁶ Zob. T. Bojarski, *O systematyce części szczególnej kodeksu karnego*, „Przegląd Prawa Karnego” 8 (1993), s. 19 n.

¹⁷ Zob. W. Wolter, *Przestępstwa przeciwko życiu*, s. 436.

skiego, i dalej – życie i zdrowie konkretnego człowieka. Należy przy tym podkreślić, że mimo zmian ustrojowych ochrona tych wartości była i jest pełna, a zmiany dotyczą raczej szczegółów oraz łączą się ze zmiennością w czasie warunków społecznych. Tak więc Kodeks karny z 1969 r. przejął formy ochrony życia i zdrowia człowieka występujące już w Kodeksie poprzednim. Zrezygnowano z niektórych postanowień, które nie odpowiadały już ocenom społecznym i obyczajowym w porównaniu z rokiem 1932, np. z tzw. pojedynku amerykańskiego (art. 229) – losowe rozstrzygnięcie pytania, która strona ma odebrać sobie życie oraz uprzywilejowania zabójstwa w pojedynku (art. 238)¹⁸. Z rozdziału tego przeniesiono do grupy przestępstw przeciwko rodzinie przestępstwo znęcania się, a przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej do rozdziału odrębnego. Ale są to względy dotyczące rozumienia przedmiotu ochrony i decyzje ustawodawcy należy zaprobować. W pozostałym zakresie katalog czynów zwracających się przeciwko życiu i zdrowiu człowieka pozostał co do zasady niezmieniony i tak jest obecnie.

W kodeksowym zespole czynów skierowanych przeciwko życiu mamy aktualnie podstawowy typ przestępstwa zabójstwa (art. 148 § 1), które zawsze było traktowane jako zbrodnia. Nidy jednak nie występowało pod nazwą morderstwa, co jest charakterystyczne dla niektórych innych kodeksów karnych. Zabójstwo było zawsze przestępstwem umyślnym, nie ma więc powodów do używania określenia „zabójstwo umyślne”, bowiem nie ma zabójstwa nieumyślnego. Z pojęciem zabójstwa zawsze łączono umyślność działania sprawcy. Natomiast czyn nieumyślny, obecnie art. 155 k.k., był zawsze określany jako „nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka”. To rozróżnienie pomiędzy zawsze umyślnym czynem zabójstwa i zawsze nieumyślnym spowodowaniem śmierci innej osoby nie budzi wątpliwości. Ponieważ z założenia w tej charakterystyce problemów tematycznych nie podejmuję analizy szczegółowej, pominię ważne zagadnienia początku i końca życia ludzkiego, w tym problem czy słowo „życie” odnosi się również do dziecka poczętego, lecz jeszcze nienarodzonego¹⁹.

¹⁸ Bliższą charakterystykę tych czynów zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, s. 522, 536 n.

¹⁹ Zob. w tej sprawie np. L.K. Paprzycki, *Prawnokarna ochrona życia i zdrowia istoty ludzkiej*, w: *Pro Scientia et Disciplina. Księga jubileuszowa z okazji 50-lecia Studenckiego Koła Naukowego prawników Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej*, red. H. Groszyk, J. Kostrubiec, M. Grochowski, Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 213 n.

Polskie kodeksy karne znają obok typu podstawowego również przypadki zabójstw uprzywilejowanych: zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami (aktualnie art. 148 §4); dzieciobójstwo (art. 149); zabójstwo eutanatyczne (art. 150)²⁰. Ważna jest dla tych wszystkich przypadków uprzywilejowanych zabójstw obniżka stopnia zawinienia i na tym opiera się przesłanka uprzywilejowania²¹.

Ujęcie typów uprzywilejowujących zabójstwa pozostaje niezmienione co do istoty od 1932 r. Pewnej zmianie uległo tylko ujęcie redakcyjne przestępstwa zabójstwa pod wpływem silnego wzruszenia – tak je określał Kodeks karny z 1932 r. w art. 225 § 2. Kodeks karny z 1969 r. zastąpił określenie „silne wzruszenie” wskazujące na przeżycie uczuciowe, słowami „silne wzburzenie”, dodając, że ma ono być usprawiedliwione okolicznościami²². Wprowadzenie przesłanki „okoliczności usprawiedliwiającej” oznacza, że chodzi o zachowania, które dają się w jakiś sposób usprawiedliwić w sensie społecznym. Dotyczy to przypadków, gdy czynnik zewnętrzny wywołał na-

²⁰ Zob. bliżej: M. Tarnawski, *Zabójstwo uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 1991; A. Księżopolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010; M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie. Studium prawno porównawcze*, Universitas, Kraków 2004; M. Szewczyk, *Eutanazja. Rozważania prawno porównawcze*, w: *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. T. Tyszkiewicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1996, s. 187 n. Natomiast, niezasadnie zalicza się do grupy uprzywilejowanych przypadków zabójstwa również czyny określone w art. 151 k.k. Przepis ten stanowi o odpowiedzialności tego, kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie. Wyodrębniona tu karalność podżegania lub pomocnictwa do samobójstwa jest uzasadniona, ponieważ samobójstwo karalne nie jest, nawet w formie usiłowania. Słusznie więc przyjmuje się karalność tego, kto przyczynił się do samobójstwa. Jest to karalność postaci zjawiskowych zachowań, które same karane nie są i bez wyraźnego postanowienia ustawy odpowiedzialności by nie podlegały. Przypadki takie nie stanowią więc uprzywilejowanej postaci zabójstwa. Inaczej jednak: W. Wolter, *Przestępstwa przeciwko życiu*, s. 436; zob. także: A. Marek, *Prawo karne*, s. 435; por. A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982.

²¹ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Państwo i Prawo” 1/2 (1976), s. 105 n.; zob. również: T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 125 n.; zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 17, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 235.

²² Podkreślono w Uzasadnieniu do projektu k.k. (s. 137), że zabójstwo z afektu: „implikuje istnienie przyczyny afektu w zjawisku poza sprawcą na którą afekt i związane z nim działanie jest reakcją”. Silne „wzburzenie” to sytuacja, w której względy emocjonalne biorą górę nad racjonalnymi, w ten sposób sprawca zachowuje się tak, jak nie postąpiłby w innej sytuacji. Por. W. Wolter, *Przestępstwa przeciwko życiu*, s. 440.

głą reakcję człowieka skierowaną przeciwko drugiej osobie, stanowiącej dla niej źródło krzywdy, bólu lub wprost cierpienia. Natomiast zabójstwo uprzywilejowane określone jako dzieciobójstwo (w Kodeksach karych z 1969 r. i 1997 r. uregulowane w art. 149) stanowi przypadek pozbawienia życia dziecka nowonarodzonego, gdy czyn nastąpił w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu. Warunki te występują we wszystkich trzech Kodeksach karych, ale trzeba przypomnieć, że Kodeks ostatni wprowadził w wersji pierwotnej zmianę, przesłanką uprzywilejowania zabójstwa noworodka mogły być także względy społeczne. Chodziło o szczególnie trudną sytuację osobistą matki. Nie była to udana zmiana w stosunku do redakcji tego czynu w Kodeksach poprzednich, tj. z 1932 r. i 1969 r. Jest moralnie i społecznie wątpliwe wprowadzanie uprzywilejowania zabójstwa dziecka z powodu trudnej osobistej sytuacji dzieciobójczyni. Myśl ta zaistniała w warunkach „demokratycznego państwa prawa”, co było tym bardziej nieuzasadnione. Dobrze się stało, że po roku obowiązywania przepisu w tym kształcie Sejm Rzeczypospolitej przywrócił ujęcie prawne tego przypadku zabójstwa według Kodeksów poprzednich²³. Pomysł, aby karać łagodniej zabijanie nowonarodzonych dzieci z powodu trudnych warunków osobistych matki został słusznie odrzucony²⁴.

Kodeks obowiązujący wprowadził obok typu podstawowego zabójstwa i tradycyjnie już występujących typów uprzywilejowanych także typy kwalifikowane w art. 148 § 2 i § 3. Polskie prawo karne nie znało dotychczas kwalifikowanych odmian zabójstwa. W istocie taka potrzeba nie zachodziła. Kary przewidziane za zabójstwo w formie podstawowej były wystarczające. Nie zachodziły podstawy do obaw, że ich sprawcy mogą być karani zbyt łagodnie i w przypadkach ciężkich zabójstw należy zabezpieczyć surowszą represję. Wprowadzając typy kwalifikowane podniesiono w dolnym progu zagrożenie karą pozbawienia wolności z lat 8, co odnosiło się dotychczas do typu podstawowego, na lat 12. Wybrano osiem (według innych ocen dziewięć) przypadków kwalifikowanych²⁵. Są to rzeczywiście przypadki szcze-

²³ Ustawa z 8 lipca 1999 r., Dz. U. Nr 64, poz. 729.

²⁴ Zob. T. Bojarski, *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r.*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 22 n.; por A. Marek, *Prawo karne*, s. 432 n.

²⁵ Zob. bliżej: R. Kokot, *Zabójstwo kwalifikowane*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001. Rozwiązania ustawy w tym zakresie uległy zmianie w roku 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1363) i następnie w 2010 r. (Dz. U. Nr 240, poz. 1602). Co do bliższej charakterystyki struktury przestępstw przeciwko życiu w ustawodawstwie państw zaborczych

gólne, ale wzrost zagrożenia na dolnym poziomie z lat 8 do lat 12 nie był aż tak istotny. Dla szczególnie ciężkich przypadków zabójstw nie o taką karę chodzi. Ta kazuistyka jest zbędna. Założenie, że po 65 latach obowiązywania w Polsce syntetycznie ujętego przepisu o zabójstwie człowieka zachodzi potrzeba pouczenia sędziego, że w takich drastycznych przypadkach nie powinien orzekać kary poniżej lat 12-tu nie opiera się na realnych podstawach i tworzy złudzenie zaostżenia walki z najgroźniejszą przestępczością²⁶. Przy czym, rezultat uboczny tych rozwiązań ustawowych jest taki, że szczegóły rodzą nowe szczegóły, i w następstwie powstają problemy związane z wykładnią zastosowanych okoliczności kwalifikujących typ przestępstwa²⁷.

Kodeks chroni życie człowieka i jego zdrowie, nie tylko przed czynami stanowiącymi przekreślenie tego życia, ale chroni również te wartości przed narażeniem na niebezpieczeństwo. Do tej grupy czynów należy bójka lub pobicie, w których naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub uszkodzenia ciała albo rozstrój zdrowia (art. 158)²⁸. Drugą formę narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia człowieka stanowi syntetycznie ujęty typ przestępstwa w art. 160. Mieszczą się w nim wszystkie inne formy spowodowania niebezpieczeństwa dla tych wartości. Narażenie na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia jest karane już na poziomie nieumyślności (art. 160 § 3). Trzecią formę ochrony zdrowia człowieka określa art. 161. Chodzi tutaj o przypadki świadomego narażenia drugiego człowieka na różne choroby zakaźne. Obok więc form bezpośrednich zamachów na

oraz w k.k. z 1932 r., zob. K. Wiak, *Przestępstwa przeciwko życiu w Kodeksie karnym z 1932 r.*, w: *Kodeks karny z 1932 r.*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, s. 208–209, 212 n., s. 216.

²⁶ Por. L. Tyszkiewicz, *Co i jak zmienić w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 12 (1999/2000), nr 1, s. 37.

²⁷ Można w tym miejscu przypomnieć, że jedną z przesłanek tworzenia owych typów kwalifikowanych była nadzieja zachowania kary śmierci dla przypadków szczególnych. Jednak kara śmierci nie została się podczas głosowania w Sejmie, a przypadki kwalifikowane zabójstwa pozostały, dostarczając problemów w zakresie wykładni. Późniejsza zmiana polegająca na zaostżeniu dolnej granicy kary za przypadki kwalifikowanego zabójstwa do lat 25, również jak sądzę – zbędne, wywołała dalsze kontrowersje co do prawidłowości ograniczania wyboru kary. Ostatecznie Trybunał Konstytucyjny uznał przepis art. 148 § 2 za niezgodny z Konstytucją z uwagi na formę przeprowadzenia tej zmiany, a nie ze względów merytorycznych. Zob. Z. Sienkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 494. W odniesieniu do typów kwalifikowanych można spotkać w piśmiennictwie określenie „morderstwo” – zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 234. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. akt P11/08, Dz. U. Nr 63, poz. 533.

²⁸ Zob. bliżej: A. Nowosad, *Bójka i pobicie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

życie lub zdrowie człowieka ochrona tych wartości polega także na przeciwdziałaniu narażeniu na niebezpieczeństwo utraty tych wartości.

Ochronę zdrowia ludzkiego Kodeks realizuje również w przepisach poświęconych uszkodzeniu ciała lub rozstrojowi zdrowia. Wyróżnia się tradycyjnie trzy rodzaje uszkodzenia ciała (aktualnie pod nazwą uszczerbek na zdrowiu): ciężkie uszkodzenie ciała (art. 156 § 1), zwykłe uszkodzenie ciała lub zwykły rozstrój zdrowia (art. 157 § 1) oraz lekkie uszkodzenie ciała lub lekki rozstrój zdrowia, gdy nieczynność narządu ciała lub rozstrój zdrowia nie przekracza dni 7-miu (art. 157 § 2). Uszkodzenia ciała i rozstroje zdrowia są karane także w przypadku czynów nieumyślnych. Jest to prawidłowa ochrona zdrowia ludzkiego. Przepisy Kodeksu o ochronie życia i zdrowia zostały uzupełnione przez art. 157a. W przepisie tym spenalizowano uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu. Wyodrębnienie tej ochrony obok ogólnych postanowień o uszkodzeniach ciała i rozstroju zdrowia było potrzebne. Wobec możliwego sporu, czy dziecko poczęte odpowiada pojęciu „człowiek”, a jego życie oznacza „życie” w znaczeniu powszechnym było uzasadnione wyodrębnienie tej ochrony, aby uniknąć możliwych wątpliwości, czy przepisy ogólne o uszkodzeniu ciała i rozstroju (art. 156 i 157) obejmują również zdrowie i bezpieczeństwo życia dziecka poczętego, ale jeszcze nienarodzonego²⁹.

Istotne są w zakresie ochrony życia i zdrowia postanowienia obowiązującego Kodeksu karnego, tak jak i Kodeksów poprzednich, penalizujące przerwanie ciąży z naruszeniem ustawowych warunków legalności tych zabiegów lub przy zastosowaniu przemocy wobec kobiety. Karalność naruszenia przesłanek dozwolonego przerwania ciąży, określonych w przepisach odrębnej ustawy³⁰ jest oczywiście w całości uzasadniona. Zakres tych przepisów obejmuje ochronę dziecka poczętego, a więc jego życie, a także ochronę zdrowia i życia kobiety ciężarnej. Przepisy art. 152 i art. 154 obejmują również przypadki kwalifikowane, także doprowadzenie do śmierci kobiety ciężarnej.

²⁹ Zob. w tej sprawie: L. Paprzycki, *Prawnokarna ochrona życia*, s. 123 n.; K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2001, s. 27 n.; J. Majewski, W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 5 (1993), s. 35 n.

³⁰ Zob. E. Zielińska, *Oceny prawnokarne przerywania ciąży. Studium porównawcze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1986; Taż, *Przerwanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990; zob. także: J. Majewski, *Karalność aborcji w Polsce w świetle ostatnich zmian legislacyjnych*, „Państwo i Prawo” 4 (1997), s. 66 n.

Rozdział Kodeksu karnego o przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu zamyka przepis art. 162, wprowadzający odpowiedzialność każdego człowieka, który w sytuacji zagrożenia bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub ciężkim uszczerbkiem dla zdrowia drugiego człowieka nie udziela mu pomocy. Przepis ten wyraża ideę solidaryzmu między ludźmi, jest przejawem niezbędnego humanizmu w stosunkach społecznych – człowiek powinien służyć pomocą drugiemu człowiekowi, gdy temu grozi niebezpieczeństwo dla życia lub niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (jest nazywany paragrafem miłości bliźniego). Ustala prawnokarny obowiązek spieszenia z pomocą drugiemu człowiekowi jednak nie w postaci bezwzględnej, ale tylko wówczas, gdy zobowiązany miał realnie taką możliwość, a sytuacja, w której się znalazł nie wywołała zagrożenia dla niego samego³¹. Jest to więc rozwiązanie racjonalne, nie zmusza do poświęceń, lecz nakazuje spełnienie powinności wobec drugiej istoty ludzkiej w szczególnej sytuacji.

Przedstawiona charakterystyka ochrony życia i zdrowia ludzkiego w polskich Kodeksach karnych upoważnia do stwierdzenia, że przepisy tych Kodeksów prawidłowo chronią wskazane ważne społecznie i jednostkowo wartości. Zakres tej ochrony jest szeroki, pełny. Może być przedmiotem dyskusji, czy przyjęte zagrożenia karne prezentują poziom wystarczający. Wolno sądzić, że nie ma potrzeby stosowania dalszych zaostreżeń kary. Z karą śmierci już pożegnaliśmy się. Ochrona życia i zdrowia człowieka zawarta w przepisach rozdziału „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” jest wzmacniana przez przepisy innych rozdziałów Kodeksu³².

IV. OCHRONA WOLNOŚCI CZŁOWIEKA

Zaliczenie pogwałcenia wolności, rozporządzania swoją osobą, swoimi czynami, swoją wolą – do przestępstw przeciwko dobrom osobistym jednostki nastąpiło dopiero na pewnym etapie historycznego rozwoju społec-

³¹ Zob. bliżej: J. Kulesza, *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323c niemieckiego kodeksu karnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2008.

³² Chodzi o przepisy penalizujące zachowania sprowadzające niebezpieczeństwo dodatkowo lub nawet wyłącznie dla życia lub zdrowia. Są to przepisy zawarte w grupie „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne” (art. 118 n.), przepisy rozdziału określające „Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej” (art. 134), a także przepisy określające przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu publicznemu (art. 163 n.) oraz przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (art. 173 n.).

czeństw i prawa. Pierwotnie, np. w prawie rzymskim korzystano z ochrony pod kątem widzenia interesu publicznego, pogwałcenia te mieściły się w pojęciu *crimen vis*, a w czasach średniowiecznych w pojęciu miru publicznego. Dopiero później wchodzący tu w rachubę przedmiot ochrony został wyodrębniony z interesów publicznych³³. Obok ochrony życia i zdrowia człowieka, wartości takich jak byt i bezpieczeństwo państwa, bezpieczeństwo publiczne – wolność jednostki staje się ważnym odcinkiem ochrony prawnej. Wolność jako dobro rodzajowe może być rozpatrywana i chroniona w różnych aspektach. Co do pojęcia ogólnego przyjmuje się, że chroniona wolność to przede wszystkim wolność „od czegoś” – od nacisków krępujących swobodne dysponowanie osobistymi wartościami według osobistej woli jednostki. W tym znaczeniu wolność stanowi dobro osobiste człowieka³⁴. Ważne tu jest miejsce tych przestępstw w systematyce Kodeksu karnego, a także ich przedmiotowy zakres. Kodeks karny z 1932 r. umieścił te przestępstwa na dość odległej pozycji w swojej części szczególnej, wysuwając na czoło ochronę wartości publicznych, ale jednak bezpośrednio po przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu. W Kodeksie z 1969 r. znalazły się one w części początkowej. Kodeks trzeci, obowiązujący, usytuował te przestępstwa na pozycji 8 na 22 rozdziały części szczególnej.

Kodeks karny z 1932 r. (art. 248-252) przewidywał naruszenia wolności jednostki w postaci: 1) zamachu na wolność w sensie fizycznym, lokomocyjnym, 2) w aspekcie moralnym, duchowym jako – a) groźba karalna, b) zmuszanie do określonego zachowania się, c) naruszenie nietykalności mieszkania, d) oddanie danej osoby w stan niewolnictwa – człowiek wolny staje się przedmiotem obcej własności³⁵. Groźba i zmuszanie stanowią zamach na stan spokoju duchowego, wolę danego człowieka. W tradycji polskiego ustawodawstwa (i nie tylko polskiego) jest miejsce w tej grupie czynów zabronionych również na naruszenie miru domowego (nietykalności mieszkania). Dobro to ma szczególną wartość humanistyczną, oznacza prawo jednostki do czucia się w swoim mieszkaniu (domu lub innej przestrzeni) w sposób niezakłócony ingerencją innych osób. Jest to subtelny aspekt wolności człowieka – bycia nieskrępowanym w swoim pomieszczeniu niezakłócanym

³³ W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka, Warszawa 1924, s. 305.

³⁴ W. Świda, *Przestępstwa przeciwko wolności*, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, s. 479; por. W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka, Warszawa 1937, s. 697.

³⁵ Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, s. 557.

przez innych, prawo do spokojnego przebywania w swoim domu, wolnego od zakłócania przez inne osoby. Chodzi o spokój przebywania jednostki w jej miejscu życia bez niczyjej ingerencji i nacisku na wolę osobistego spokoju. W ten sposób chroni się poszanowanie jednostki, która może decydować o pobycie innej osoby w danym miejscu bez konieczności uzasadniania swojej decyzji³⁶. Przypomina się też w literaturze sakralny aspekt tego dobra³⁷, bowiem zakłócenie spokoju domowego było naruszeniem opieki bóstw (lary i penaty) strzegących ogniska domowego. Argument ten był eksponowany w czasach greckorzymskich³⁸. Sakralny charakter tego dobra gaśnie od czasu *Lex Cornelia de iniuris*, stanowiąc jeden z przejawów deliktu *iniuria*. W państwach średniowiecznej Europy i później ochrona ta miała inny rodzaj naruszenia wartości (niem. *Hausrecht*, *Hausehre*, *Hausfreedom*)³⁹. Znany był też aspekt angielski tego dobra w rozwoju ochrony wolności, a swoboda jednostki w zakresie dysponowania swoim mieszkaniem znalazła wyraz w maksymie *My house is my castle*⁴⁰. Również w prawie polskim występował ten wątek rozwoju ochrony mieszkania jednostki – mir domowy (nawiązujący do pojęcia miru panującego w dawnych czasach) jako wyraz wolności jednostki. Ale nie podzielałbym poglądu, że dobrem chronionym jest tu wolność gospodarcza właściciela, posiadacza, dzierżawcy, użytkownika, lokatora w zakresie swobody korzystania z tych miejsc⁴¹. Nie taki jest sens tego przestępstwa, chociaż i ten aspekt może się w pewnym stopniu ujawnić. Nie jest to jednak punkt główny przy ocenie czynu naruszenia nieetykalności mieszkania.

Z powyższych uwag wynika, że Kodeks z 1932 r. chronił wolność człowieka w jej podstawowych tradycyjnych aspektach: fizyczną, moralną (duchową) – ochrona przed stanem niewolnictwa, groźbą, zmuszaniem oraz wolność w postaci bycia u siebie w domu i innych pomieszczeniach w warunkach niezakłóconych przez inne osoby. Możliwe jest pytanie, czy także inne przejawy wolności człowieka nie powinny znaleźć się w tej grupie czynów zabronionych. Wolność człowieka może być naruszona także i w ra-

³⁶ T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona nieetykalności mieszkania jednostki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1992, s. 59.

³⁷ Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, s. 563.

³⁸ Zob. T. Bojarski, *Mir domowy jako przedmiot ochrony prawnokarnej. Geneza i analiza pojęcia*, „Studia Prawnicze” 28 (1971), s. 155–191.

³⁹ Zob. Tenże, *Karnoprawna ochrona nieetykalności*, s. 41 n.

⁴⁰ Zob. Tenże, *Naruszenie miru domowego*, w: *System Prawa Karnego*, t. IV, cz. 2, Ossolineum, Wrocław–Warszawa, § 51, s. 54.

⁴¹ Tak: W. Świda, *Przestępstwa przeciwko wolności*, s. 500.

mach innych zachowań przeciwnych, np. jako rozbój. Ale w tej grupie chodzi o czyny obejmujące wolność i nic więcej, jakby o wolność w czystej postaci, a nie przy spełnieniu innych naruszeń prawa. Jest rzeczą dyskusyjną, czy w tej grupie rodzajowej powinny znaleźć się czyny ze sfery życia intymnego godzące w wolność w zakresie zachowań seksualnych. Można przyjąć, że rozwiązania Kodeksu karnego z 1932 r. w kwestii ochrony wolności człowieka zasługują na aprobatę, nie zamyka to jednak dyskusji w sprawie zakresu tej ochrony.

Kodeks z 1969 r. zmienił klasyfikację czynów godzących w dobro rodzajowe pod pojęciem wolności. Nie znalazło się wśród tych przestępstw oddanie w stan niewolnictwa oraz uprawianie handlu niewolnikami i młodzieżą. Wyrażano pogląd, że zjawiska te w naszej rzeczywistości nie występują⁴². Czyny te nie zostały jednak zupełnie pominięte, umieszczono je w art. 8 przepisów wprowadzających Kodeks karny zgodnie z przyjętą przez Polskę umową międzynarodową. Był to więc ubytek formalny – ochrona osoby ludzkiej pod tym względem pozostała, tyle że w innym miejscu. Zostały zachowane w nowym Kodeksie czyny stanowiące zamachy na wolność, a więc wolność lokomocyjną (art. 167), groźba i zmuszanie (art. 166-167), naruszenie miru domowego (art. 171). Wprowadzono do tej grupy przestępstw nowy typ przestępstwa – naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 172). Był to interesujący, dobry pomysł. Ochrona tajemnicy korespondencji to również subtelny i ważny aspekt wolności jednostki. Uznanie naruszenia tajemnicy korespondencji za jeden z zamachów na wolność człowieka było merytorycznie i systemowo uzasadnione⁴³. Trafnie charakteryzował to dobro W. Makowski, podkreślając, że jednym z praw składających się na całokształt pojęcia wolności w zbiorowości jest wolność decyzji co do ujawnienia lub zachowania w tajemnicy okoliczności związanych z jego osobą, o ile z jakichkolwiek powodów wyższy interes publiczny nie nakazuje ich ujawnienia. I dalej, pisał Autor: „Tak samo jak zagroda lub ściana domostwa stanowi granicę za którą nie wolno wejść bez upoważnienia gospodarza, nie naruszając jego wolnego dysponowania, tak samo tajemnica stanowi sferę podległą wyłącznie decyzji jej gospodarza, chronioną przeciw nieupoważnionej ingerencji”⁴⁴. Ważna to argumentacja na rzecz stanowiska, że tajemnica korespo-

⁴² Tamże, s. 479.

⁴³ Zob. T. Bojarski, *Naruszenie tajemnicy korespondencji*, w: *System Prawa Karnego*, t. IV, cz. 2, § 52, s. 68; zob. także: J. Dobosz, *Tajemnica korespondencji jako dobro osobiste oraz jej ochrona w prawie cywilnym*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1989, s. 41 n.

⁴⁴ W. Makowski, *Prawo karne*, s. 318–319; zob. Tenże, *Kodeks karny. Komentarz*, s. 720.

ndencji mieści się w szeroko rozumianym pojęciu wolności człowieka. Szczególna jednak zmiana w Kodeksie karnym z 1969 r. wiązała się z włączeniem do przestępstw przeciwko wolności zamachów na wolność w zakresie obcowania płciowego. Znalazły się tu czyny polegające na niedobrowolnym obcowaniu płciowym – zgwałcenie, dopuszczenie się czynu nierządnego z osobą niesprawną pod względem psychicznym oraz osobą od siebie uzależnioną (art. 168-169 i art. 170). Odpowiadało to pewnej koncepcji w kierunku całościowego ujęcia przestępstw przeciwko wolności z uwzględnieniem także aspektu wolności seksualnej. Wśród różnych zaznaczonych przejawów wolności w tym zakresie trzeba dostrzegać prawo człowieka decydowania o wolnym wyborze zachowania. Niedobrowolne obcowanie płciowe stanowi naruszenie wolności jednostki tak w przypadku przestępstwa zgwałcenia, jak i wymuszenia posłuchu co do innej formy zachowania albo wykorzystania stanu fizycznego ofiary. Szerokie ujęcie dobra rodzajowego „wolność” zasługuje na aprobatę. Wątpliwa jest zatem decyzja ustawodawcy, który w Kodeksie karnym z 1997 r. oddzielił przestępstwa przeciwko wolności seksualnej od przestępstw przeciwko wolności i połączył je z czynami zwracającymi się przeciwko obyczajności. W ten sposób powstał raczej sztucznie utworzony rozdział „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” (rozdz. XXV). Sztuczność ta zaznacza się w tym, że w nowym rozdziale nie kwestionuje się – w tytule rozdziału, iż zawarte są w nim przestępstwa przeciwko wolności – seksualnej, jak też i w powiązaniu tych przestępstw z przestępstwami przeciwko obyczajności. Ta więc zapewne istnieje, ale nie jest elementem pierwszoplanowym, np. przy zgwałceniu i także w innych przypadkach obcowania niedobrowolnego. Jest to pozbawienie wolności danej osoby, a że ujawnia się przy tym i odpowiedni przejaw nieobyczajności sprawcy to inna sprawa. Człowiekiem nieobyczajnym jest zresztą każdy sprawca – złodziej kieszonkowy, oszust, i także ten, kto ubliża drugiemu człowiekowi⁴⁵.

⁴⁵ W kwestii przedmiotu ochrony przy przestępstwach seksualnych – zob. szerzej: J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *System Prawa Karnego*, t. X, s. 575. Zob. także: M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym. Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1997; L. Gardocki, *Meandry zakresu kryminalizacji w sferze wolności seksualnej i obyczajności w polskim prawie karnym*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2011, s. 368 n.

Kodeks z 1997 r. utrzymał w grupie przestępstw przeciwko wolności dotychczasowe tradycyjne czyny – pozbawienie wolności fizycznej (art. 189), groźbę karalną (art. 190), zmuszanie (art. 191), naruszenie miru domowego (art. 193). Widać więc, że ta grupa czynów jest stabilna pod względem ich oceny jako czyny naruszające wolność jednostki. Występują one we wszystkich trzech polskich Kodeksach karnych. W Kodeksie obowiązującym dołączono do nich czyn polegający na wykonywaniu bez zgody pacjenta zabiegu leczniczym (art. 192). Stanowisko to zasługuje na aprobatę; oznacza przyznanie jednostce prawa do decydowania o swoim losie także i w tym zakresie⁴⁶. Już w czasie obowiązywania tego Kodeksu wprowadzono jeszcze inne czyny zabronione oparte na założeniu, że naruszają one odpowiednie sfery wolności jednostki. W 2009 r. znalazły się w tym rozdziale przestępstwo utrwalania wizerunku nagiej osoby znajdującej się w określonej sytuacji (art. 191a), w 2011 r. – karalność uporczywego nękania drugiego człowieka (art. 190a). Wzbogacono zatem listę przestępstw przeciwko wolności o nowe typy czynów zabronionych. Wątpliwości nie budzi przywrócenie karalności w ramach tej grupy rodzajowej przestępstwa handlu ludźmi – art. 189a – jego treść została przeniesiona z grupy przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (poprzednio, do 8 września 2010 r., art. 253)⁴⁷. Kwestia doprowadzenia człowieka do stanu niewolnictwa została uregulowana w art. 8 przepisów wprowadzających Kodeks karny z 1997 r. Natomiast uporczywe nękanie drugiego człowieka (art. 190a), chociaż stanowi w Kodeksie karnym nowy czyn karalny, także nie powinno wywoływać sprzeciwu z powodu lokalizacji w grupie przestępstwa przeciwko wolności.

Uporczywe nękanie (niepokojenie człowieka) to nowa forma zamachu na wolność jednostki⁴⁸. Należy przyjąć, że nasilenie takich zachowań jako w pewnym stopniu zjawisko nowe uzasadniało wprowadzenie tego czynu do ustawy karnej. Przypadki pojedyncze czy wprost sporadyczne zachowań nagannych co do zasady nie zasługują na miejsce w Kodeksie karnym. Dopiero spotęgowanie ich występowania w stosunkach społecznych świadczy o wyższym poziomie ich społecznej szkodliwości i przemawia za ich karygodnością. Tak trzeba rozumieć wprowadzenie do ustawy tego nowego czynu jako

⁴⁶ Zob. A. Zoll, *Przestępstwa przeciwko wolności*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, s. 526.

⁴⁷ Zob. J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 451.

⁴⁸ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępstwo przeciwko wolności*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, s. 532 n.

zamachu na wolność jednostki. W istocie uporczywe nękanie jest odmianą zmuszania drugiej osoby do określonego zachowania się, w tym wypadku do znoszenia pewnego stanu rzeczy. Można zwrócić uwagę na marginesie tego zagadnienia, że występuje pogląd, według którego zmuszanie jest przestępstwem podstawowym w tej grupie zamachów, a pozostałe typy przestępstw stanowią jego gatunkowe odmiany⁴⁹. Jest to interesujący punkt widzenia, w przypadku czynu określonego w art. 190a można uznać to stanowisko za słuszne. Czyn uporczywego nękania, o którym tu mowa, ma szerokie ramy, może też polegać na podszywaniu się pod inną osobę, wykorzystywaniu jej wizerunku albo innych danych osobowych w celu wyrządzenia tej osobie szkody majątkowej lub osobistej. Ta postać czynu ma nieco inny charakter, nie musi wykazywać ciągłości zachowań nękających (§ 2 art. 190a). Formy zachowań zabronionych określone w obu paragrafach art. 190a zostały zaopatrzone w postać kwalifikowaną (§ 3 art. 190a). Chodzi o targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie (przestępstwo kwalifikowane przez następstwo).

Trzecia nowa postać czynu zabronionego, wprowadzona do grupy przestępstw przeciwko wolności, to utrwalanie wizerunku nagiej osoby w określonych okolicznościach bez jej zgody (art. 191a). Zgłaszane są wątpliwości co do zasadności umieszczenia tego czynu w grupie przestępstw przeciwko wolności⁵⁰. Przede wszystkim kwestionowane jest wprowadzanie tego czynu jako czynu zabronionego do ustawy karnej. Zastrzeżenie to łączy się z zaznaczonym już stanowiskiem, że do ustawy karnej nie powinny być wprowadzane zachowania występujące w życiu sporadycznie, poza przypadkami zamachów na życie i zdrowie. Czy zatem miałyby to oznaczać, że w rzeczywistości społecznej nastąpiła wyraźna zmiana – nasilenie występowania tych patologicznych zachowań? Jeżeli tak, a karalność tych zdarzeń łączy się z zastosowaniem przez sprawcę przemocy, groźby lub podstępu, to w tej sytuacji umieszczenia w ustawie karnej takiego czynu nie należałoby kwestionować. Jeżeli zaś zachowanie sprawcy polega na rozpowszechnianiu wizerunku nagiej osoby lub osoby w czasie czynności seksualnej bez jej zgody – można tu widzieć ochronę przed zmuszaniem do znoszenia niepożądanego dla danej osoby stanu rzeczy (eksponowanie tej osoby w sytuacji

⁴⁹ W. Świda, *Przestępstwa przeciwko wolności*, s. 479–480.

⁵⁰ Zob. M. Mozgawa, *Ujęcie przestępstw przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych 1932-1997*, w: *System Prawa Karnego*, t. X, s. 336 n.

szczególnej). Jednakże aktualne jest pytanie, czy zdarzenia występujące sporadycznie, a takie one są, należy wpisywać na listę przestępstw.

Z przedstawionych uwag wynika, że ochrona wolności osobistej człowieka jest w polskim ustawodawstwie karnym ujęta co do zasady prawidłowo. Przy czym jest ona umiejscowiona na czele kodeksowych czynów karygodnych. Wszystkie trzy polskie Kodeksy chronią wolność fizyczną człowieka, wolność jednostki od grózb i zmuszania oraz nietykalność mieszkania. Postanowienia kodeksowe chronią też człowieka przed traktowaniem go jako przedmiot handlu oraz przed doprowadzaniem go do stanu niewolnictwa (przepisy wprowadzające). Ochronę wolności poszerzono w Kodeksie obowiązującym o karygodne zachowania stanowiące handel ludźmi, nękanie, utrwalanie wizerunku człowieka w szczególnej sytuacji, w jakiej się znalazł, wykonywanie zabiegu lekarskiego bez zgody osoby, której on dotyczy. Natomiast zrezygnowano z ochrony w tej grupie rodzajowej tajemnicy korespondencji i jej naruszenie jest karane w innym zespole przepisów (przestępstwa przeciwko ochronie informacji, art. 267)⁵¹. Przestępstwa przeciwko wolności uszczuplono też o przepisy określające czyny przeciwko wolności seksualnej, łącząc je z czynami skierowanymi przeciwko obyczajności. Tajemnica korespondencji i wolność w zakresie życia seksualnego jest chroniona w innych częściach Kodeksu. Nastąpiła zmiana w systematyce tych przestępstw, lecz ochrona wymienionych wartości pozostała. Jak zaznaczyłem, zmiany w zakresie tych ocen nie są jednak wyraźnie uzasadnione. W systematyce przestępstw przeciwko wolności dobrze zaznacza się stanowisko Kodeksu z 1969 r., ale obowiązujący Kodeks wprowadził nowe czyny zabronione i to jest słuszne. Zatem ocena rozwiązań Kodeksu obowiązującego, przy pewnych zmianach systematycznych stanu dotychczasowego, powinna być pozytywna pod względem zakresu przedmiotowego ochrony wolności. Zakres ochrony w ramach rozdziału „Przestępstwa przeciwko wolności” wolno zatem uznać za prawidłowy. Wartości zbliżone – wolność seksualna i tajemnica korespondencji – są chronione w innych zespołach przepisów Kodeksu.

Można zastanowić się jeszcze nad zagadnieniem sankcji grożących za przestępstwa przeciwko wolności. Można przy tym pominąć kwestie szczegółowe, koncentrując się na karach zasadniczych grożących za te przestęp-

⁵¹ Zob. M. Kalitowski, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji*, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 475.

stwa. Celowe jest jednak spojrzenie na poszczególne typy czynów zabronionych. Zacznę od kwestii fizycznego pozbawienia wolności. We wszystkich trzech Kodeksach występuje zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 5-ciu. W każdym z nich przewiduje się postacie kwalifikowane pozbawienia wolności z powodu czasu trwania pozbawienia wolności (dłużej niż 14 dni), szczególnego udręczenia ofiary, oddania we władztwo obcego państwa lub inne szczególnie ciężkie przypadki (Kodeks z 1932 r., art. 248 § 2). Kodeks z 1969 r. przewidywał okoliczność oddania ofiary we władztwo obcego państwa (art. 165 § 2). Kodeks obowiązujący (art. 189 § 2) przewiduje kwalifikowane pozbawienie wolności, jeżeli trwało ono dłużej niż 7 dni oraz kwalifikowane pozbawienie wolności w postaci szczególnego udręczenia ofiary (art. 189 § 3). Każdorazowo kara pozbawienia wolności przewidziana była w wysokości do lat 10-ciu, przy czym w Kodeksie obowiązującym po zmianach w 2010 r. postać kwalifikowana w postaci szczególnego udręczenia staje się zbrodnią.

Przestępstwa groźby karalnej oraz zmuszania były zagrożone w Kodeksie z 1932 r. (art. 250 i art. 251) karą więzienia do lat 2 lub aresztu do lat 2. Kodeks z 1969 r. poszerzył wybór kary o karę ograniczenia wolności albo grzywny. Ten rodzaj zagrożenia pozostał w odniesieniu do groźby karalnej również w Kodeksie karnym z 1997 r. Jest jednak charakterystyczne, że zmuszanie w Kodeksie karnym z 1969 r. było ścigane na wniosek pokrzywdzonego, natomiast ściganie w Kodeksie obowiązującym następuje z urzędu i jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3.

Natomiast groźba karalna jest ścigana na wniosek pokrzywdzonego, a zmuszanie w celu uzyskania wierzytelności – nawet karą pozbawienia wolności do lat 5-ciu. Zastanawiająca jest zmiana trybu ścigania. Według Kodeksu karnego z 1969 r., groźba była ścigana z urzędu, natomiast na wniosek przestępstwo zmuszania, w Kodeksie obecnym groźba jest ścigana na wniosek, a zmuszanie – z urzędu. Nastąpiła więc zmiana w ocenie społecznej znaczenia tych czynów. Jakże jednak okoliczności o tym zadecydowały, nie wiemy. Zmiana trybu ścigania jest oczywiście istotna – pełną ochronę interesu pokrzywdzonego zapewnia tryb ścigania z urzędu. Zwraca też uwagę uczynienie z czynów zmuszania w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności przestępstwa karanego szczególnie – grozi za nie kara pozbawienia wolności do lat 5-ciu. Jest to więc postać kwalifikowana zmuszania. Mogłoby się wydawać, że w tych przypadkach zachowanie sprawcy, chociaż naganne, jest w jakimś stopniu usprawiedliwione.

Czwarty typ przestępstwa występujący w grupie czynów skierowanych przeciwko wolności – naruszenie miru domowego – był w Kodeksie z 1932 r.

zagrożony karą aresztu do lat 2 lub grzywny, w Kodeksie z 1969 r. – karą pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. W Kodeksie obowiązującym grozi za ten czyn kara pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny. Obniżenie zagrożenia karą pozbawienia wolności pozostaje w zgodzie z ogólną tendencją tego Kodeksu do łagodzenia tej kary i umniejszenia jej roli w polityce karnej sądów. Ważna jest inna zmiana, czyn naruszenia nietykalności mieszkania ścigany jest obecnie z urzędu, według Kodeksów poprzednich – stanowił przestępstwo prywatnoskargowe.

Występujące w Kodeksie karnym z 1932 r. przestępstwo oddania człowieka w stan niewolnictwa lub uczestniczenia w handlu niewolnikami było zagrożone karą pozbawienia wolności nie niższą niż lat 5, według art. VIII przepisów wprowadzających Kodeks karny z 1969 r. – karą pozbawienia wolności nie krótszą niż 3 lata. Tak też i obecnie według przepisów wprowadzających obowiązujący Kodeks karny (art. 8). Oznacza to, że czyny te były stale traktowane jako zbrodnie. Przestępstwa nowe w tym rozdziale według obowiązującego Kodeksu są zagrożone: wykonywanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192) karą pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny; handel ludźmi (art. 182a) – czyn przeniesiony z rozdziału przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu (dawny art. 235) – karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata (zbrodnia); uporczywe nękanie drugiej osoby – karą pozbawienia wolności do lat 3, a w postaci kwalifikowanej (art. 190a § 3) – karą pozbawienia wolności od roku do 10-ciu; czyn utrwalania wizerunku nagiej osoby (art. 191a) lub rozpowszechniania tego wizerunku bez zgody osoby, której dotyczy – zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 5-ciu.

Można uznać w stosunku do całego zespołu czynów zabronionych zawartych w rozdziale „Przestępstwa przeciwko wolności”, że nie tylko zakres ochrony (pomijając zachodzące zmiany systemowe), ale również pod względem represji grożącej sprawcom tych zachowań rozwiązania ustawowe zasługują na aprobatę. Sankcje karne w zakresie tradycyjnych czynów skierowanych przeciwko wolności są odpowiednio adekwatne do ich ujemnego znaczenia jako faktów społecznych. W zakresie czynów nowych wprowadzonych do Kodeksu już w czasie jego obowiązywania również nie nasuwają się zastrzeżenia poza kwestiami zaznaczonymi. W tej kategorii czynów nie występuje aktualnie tryb prywatnoskargowy, który w istocie nie daje pełnej ochrony interesów pokrzywdzonego. W niektórych przypadkach – groźba karalna (art. 190), uporczywe nękanie w formie podstawowej (art. 190a § 1-2), utrwalanie wizerunku nagiej osoby bez jej zgody lub rozpowszech-

nianie tego wizerunku bez zgody (art. 191a), wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192) – ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego. Mówi się niekiedy, że tryb wnioskowy pozwala pokrzywdzonemu decydować o wszczęciu postępowania, czyli uwzględnia jego wolę. Nie jest to twierdzenie w istocie ani szczere, ani lojalne wobec pokrzywdzonego. W gruncie rzeczy przesłanka wprowadzenia tego trybu jest inna – nadzieja że może pokrzywdzony zrezygnuje z wszczęcia postępowania i w ten prosty sposób, nie będzie sprawy karnej, tak jak to się dzieje w myśl konstrukcji nazywanej umorzeniem rejestrowym (art. 325f k.p.k.). Przestępstwo miało miejsce, dobro prawnie chronione zostało naruszone, a reakcji ze strony wymiaru sprawiedliwości nie będzie. Takie mogą być następstwa trybu wnioskowego. Zastrzeżenia budzi w szczególności wprowadzenie ścigania na wniosek w przypadku przestępstwa groźby karalnej.

Poza zaznaczonymi wątpliwościami wolno przyjąć, że zakres przedmiotowy ochrony wolności człowieka, jak i poziom represji karnej wobec sprawców naruszających te dobra został ukształtowany prawidłowo. Nie nasuwa też istotnych wątpliwości wprowadzenie w niektórych przypadkach odmian kwalifikowanych – kwalifikowane pozbawienie wolności (art. 189 § 2 i § 3), kwalifikowana postać uporczywego nękania (art. 190a § 3). Nie jest natomiast w pełni przekonujące wprowadzenie odmiany kwalifikowanej przy przestępstwie zmuszania według art. 190 § 2. Wymuszanie zwrotu wierzytelności nie musi być oceniane jako bardziej naganna postać zmuszania w ogóle. Ale naturalnie jest ważne, że w ten sposób ustawodawca przestrzega przed samosądami⁵². Jeden raz przy przestępstwie handlu ludźmi (art. 189a) pojawia się karalność przygotowania. Należy uznać to rozwiązanie ustawy w tym punkcie za trafne. Na tym tle może nie zadowalać brak karalności przygotowania w przypadku handlu niewolnikami (art. 8 przepisów wprowadzających). Handel ludźmi nie zawsze może być tożsamy z handlem niewolnikami, trudno zresztą byłoby powołać się na § 2 art. 189a, bowiem art. 8 przepisów wprowadzających należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do art. 189a.

W konkluzji wolno stwierdzić, że ochrona wolności człowieka jako dobra rodzajowego była i jest prawidłowo ukształtowana. Występujące różnice w rozwiązaniach poszczególnych Kodeksów mogą być aprobowane. Korzystny kształt tej ochrony zaznaczył się szczególnie, z uwagi na szeroki zakres tej ochrony, w Kodeksie karnym z 1969 r. Nie ma jednak podstaw do kwe-

⁵² Zob. A. Zoll, *Przestępstwa przeciwko wolności*, s. 520.

stonowania zmian wprowadzonych w Kodeksie obowiązującym, w tym także po jego wejściu w życie. Występowanie nowych ujemnych zjawisk społecznych, czy raczej ich wzrost, może przemawiać za zmianami w ich ocenie i w następstwie za zmianami rozwiązań ustawowych.

Na zakończenie przedstawionych uwag o ochronie dóbr osobistych jednostki w polskim prawie karnym należy podkreślić, że polski ustawodawca satysfakcjonująco wywiązał się z zadania sformułowania dobrego systemu norm prawnych chroniących te wartości. Ochrona tych wartości z konieczności może doznawać ograniczeń w sytuacjach wyjątkowych, lecz nie odbiega to od powszechnie przyjętych standardów w prawie europejskim. Wolność osobista jednostki, pośrednio jej godność, nietykalność mieszkania mogą być ograniczane w przypadkach określonych prawem: zatrzymanie podejrzanego, tymczasowe aresztowanie, wykonywanie prawomocnych kar (nie tylko pozbawienia wolności), wejście do mieszkania przez przedstawicieli służb publicznych, co może nastąpić z wielu przyczyn prawnie określonych.

PIŚMIENNICTWO

- Bojarski, Tadeusz. 1971. „Mir domowy jako przedmiot ochrony prawnokarnej. Geneza i analiza pojęcia.” *Studia Prawnicze* 28:155–191.
- Bojarski, Tadeusz. 1982. *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Bojarski, Tadeusz. 1989. „Naruszenie miru domowego.” W *System Prawa Karnego*. T. IV, cz. 2, § 51, 54. Wrocław–Warszawa: Ossolineum.
- Bojarski, Tadeusz. 1989. „Naruszenie tajemnicy korespondencji.” W *System Prawa Karnego*. T. IV, cz. 2, § 52, 68–77. Wrocław–Warszawa: Ossolineum.
- Bojarski, Tadeusz. 1992. *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Bojarski, Tadeusz. 1993. „O systematyce części szczególnej kodeksu karnego.” *Przegląd Prawa Karnego* 8:19–32.
- Bojarski, Tadeusz. 2002. *Kodeks karny*. Wyd. 3. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Bojarski, Tadeusz. 2006. *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r.* Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Chybiński, Olgierd. 1980. „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej.” W *Prawo karne. Część szczególna*, red. Witold Świda, 243–259. Wrocław–Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe.
- Cieply, Filip (red.). 2014. *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*. Warszawa: Wydawca Instytut na Rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Cieślak, Marian. 1985. *System prawa karnego*. T. IV, cz. 1: *O przestępstwach w szczególności*. Warszawa: Ossolineum.
- Daszkiewicz, Krystyna. 1968. *Przestępstwo z premedytacją*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Daszkiewicz, Krystyna. 1983. *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

- Daszkiewicz, Krystyna. 2000. *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Dobosz, Izabela. 1989. *Tajemnica korespondencji jako dobro osobiste oraz jej ochrona w prawie cywilnym*. Kraków: Uniwersytet Jagielloński.
- Filar, Marian. 1997. *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym. Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*. Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości.
- Gaberle, Andrzej. 2007. „Kwalifikowana postać przestępstwa zniesławienia a Prawo prasowe.” *Państwo i Prawo* 11:20–34.
- Gardocki, Lech. 2011. „Meandry zakresu kryminalizacji w sferze wolności seksualnej i obyczajności w polskim prawie karnym.” W *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego*, red. Aneta Michalska-Warias, Ireneusz Nowikowski, i Joanna Piórkowska-Flieger, 365–373. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Gardocki, Leszek. 2011. *Prawo karne*. Wyd. 17. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Glaser, Stefan, i Aleksander Mogilnicki. 1934. *Kodeks karny. Komentarz*. Kraków: Księgarnia Powszechna.
- Gubiński, Arnold. 1961. *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Hypś, Sławomir. 2017. „Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania.” W *Kodeks karny komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, i Krzysztof Wiak, 931–941. Wyd. 5. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kalitowski, Michał. 2016. „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji.” W *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. Teresa Dukiet-Nagórska, 472–478. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kokot, Rajnhardt. 2001. *Zabójstwo kwalifikowane*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Krukowski, Józef. 2003. „Konstytucyjna ochrona wolności sumienia i wyznania.” W *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. Leszek Garlicki, i Andrzej Szmyt, 159–167. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Książopolska-Breś, Agnieszka. 2010. *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Kulesza, Jan. 2008. *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323c niemieckiego kodeksu karnego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Kulesza, Witold. 2012. „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej” W *System Prawa Karnego*. T. X, red. Jarosław Warylewski, 1001–1093. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kunicka-Michalska, Barbara, i Janina Wojciechowska. 2001. *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdział XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Leszczyński, Juliusz. 1992. *Zabójstwa na tle seksualnym w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Majewski, Jarosław, i Włodzimierz Wróbel. 1993. „Prawnokarna ochrona dziecka poczętego.” *Państwo i Prawo* 5:35–44.
- Majewski, Jarosław. 1997. „Karałość aborcji w Polsce w świetle ostatnich zmian legislacyjnych.” *Państwo i Prawo* 4:65–74.
- Makarewicz, Juliusz. 1938. *Kodeks karny z komentarzem*. Wyd. 5. Lwów: Wydawnictwo Zakładu Narodowego im. Ossolińskich.

- Makowski, Wacław. 1924. *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności*. Warszawa: Nakładem Księgarni F. Hoesicka.
- Makowski, Wacław. 1937. *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Nakładem Księgarni F. Hoesicka.
- Marek, Andrzej. 2011. *Prawo karne*. Wyd. 10. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Michalska-Warias, Aneta. 2012. „Przestępstwa przeciwko wolności.” W *Kodeks karny. Komentarz*, red. Tadeusz Bojarski, 532–547. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Michalski, Bogusław. 2000. *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*. Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości.
- Mozgawa, Marek. 2012. „Ujęcie przestępstw przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych 1932-1997.” W *System Prawa Karnego*. T. X, red. Jarosław Warylewski, 336–544. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Nowosad, Aleksandra. 2014. *Bójka i pobicie*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Papierkowski, Zdzisław. 1957. „Dalsze uwagi o projekcie k.k.” *Polonia Sacra* 1:299–349.
- Paprzycki, Leszek K. 2009. „Prawnokarna ochrona życia i zdrowia istoty ludzkiej.” W *Pro Scientia et Disciplina. Księga Jubileuszowa z okazji 50-lecia Studenckiego Koła Naukowego prawników Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej*, red. Henryk Groszyk, Jarosław Kostrubiec, i Mateusz Grochowski, 211–230. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer.
- Pazdan, Maksymilian. 2011. „Ochrona dóbr osobistych. Komentarz do art. 23.” W *Kodeks cywilny*. T. I: *Komentarz do art. 1 do 449*, red. Krzysztof Pietrzykowski, 112–139. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Pikulski, Stanisław. 2012. „Życie ludzkie jako przedmiot ochrony prawnokarnej.” W *System Prawa Karnego*. T. X, red. Jarosław Warylewski, 3–20. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Piórkowska-Flieger, Joanna. 2012. „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu.” W *Kodeks karny. Komentarz*, red. Tadeusz Bojarski, 444–468. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Raglewski, Janusz. 2008. „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej.” W *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. II, red. Andrzej Zoll, 763–856. Wyd. 3. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Sienkiewicz, Zofia. 2012. „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.” W Marek Bojarski, Jacek Giezek, i Zofia Sienkiewicz, *Prawo karne materialne*, 491–507. Wyd. 5. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Szeroczyńska, Małgorzata. 2004. *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie. Studium prawnoporównawcze*. Kraków: Universitas.
- Szewczyk, Maria. 1996. „Eutanazja. Rozważania prawnoporównawcze.” W *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. Leon Tyszkiewicz, 187–202. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Świda, Witold. 1973. „Przestępstwa przeciwko wolności.” W Igor Andrejew, Witold Świda, i Władysław Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, 479–509. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Tarnawski, Maciej. 1991. *Zabójstwo uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza.
- Tyszkiewicz, Leon. 1999/2000. „Co i jak zmienić w nowym kodeksie karnym.” *Palestra* 12(1):28–41.
- Warylewski, Jarosław. 2012. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności.” W *System Prawa Karnego*. T. X, red. Jarosław Warylewski, 563–880. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

- Wąsek, Andrzej. 1982. *Prawnokarna problematyka samobójstwa*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Wiak, Krzysztof. 2001. *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Wiak, Krzysztof. 2015. „Przestępstwa przeciwko życiu w Kodeksie karnym z 1932 r.” W *Kodeks karny z 1932 r.*, 207–216. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Wiak, Krzysztof. 2017. „Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna polskiego prawa karnego.” W *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji*, red. Alicja Grześkowiak, i Igor Zgoliński, 9–26. Bydgoszcz: Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy.
- Williams, Glanville. 1976. *Świętość życia a prawo karne*. Warszawa: Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich.
- Wolter, Władysław. 1973. „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.” W Igor Andrejew, Witold Świda, i Władysław Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, 436–478. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Wolter, Władysław. 1973. „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności osobistej.” W Igor Andrejew, Witold Świda, i Władysław Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, 519–535. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Wolter, Władysław. 1976. „Uprzywilejowane typy przestępstw.” *Państwo i Prawo* 1/2:105–111.
- Wróbel, Włodzimierz. 2008. „Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania.” W *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. II, red. Andrzej Zoll, 539–556. Wyd. 3. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Zielińska, Eleonora. 1986. *Oceny prawnokarne przerywania ciąży. Studium porównawcze*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.
- Zielińska, Eleonora. 1990. *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Zoll, Andrzej. 2008. „Przestępstwa przeciwko wolności.” W *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. II, red. Andrzej Zoll, 498–538. Wyd. 3. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.

PROTECTION OF THE INDIVIDUAL'S PERSONAL RIGHTS
WITH SPECIAL EMPHASIS
ON (CRIMINAL LAW) PROTECTION OF INDIVIDUAL LIBERTY

Summary. The article discusses the issues of the protection of the individual's personal rights, pointing out their significance for the individual and society. Emphasis is laid on the necessity of protecting these values, along with relevant constitutional and civil law solutions, also in the norms of criminal law. The author presents the objective scope of the protection of the foregoing rights in Polish penal codes of 1932, 1969 and 1997, as well as the level of penal repression of behaviors violating these values. The scope of analysis covers the issues of the protection of human dignity and inviolability, freedom of conscience and religion, human life and health, as well as personal liberty in its different aspects. The author stresses that the protection of these personal rights is stable in Polish criminal law despite the changing political system conditions. Criminal law solutions strengthen constitutional and civil law protection. These values were and are protected in Polish penal codes to the extent equal to the European standards. The author critically assesses the proposals submitted to the Polish legislators, intended to confine the protection of human dignity to the level of civil law norms. He believes it was unjustified to introduce the aggravated forms of homicide into the penal code

in force: they were not provided for in the Codes of 1932 and 1969. The author analyses the doubts concerning the grounds for inclusion of some new acts in the offences against freedom: recording of a picture of a nude person in a specific situation and persistent stalking.

Key words: personal rights, dignity and bodily inviolability, insult, freedom of conscience and religion, religious feelings, human life and health, privileged homicide, aggravated homicide, bodily injury, health disturbance, protection of the conceived child, termination of pregnancy (abortion), endangerment of life or health, personal liberty, physical freedom, moral freedom, civil law protection, constitutional protection, criminal law protection

HOW, FOR WHAT, WHEN AND IN WHICH
DIRECTION TO EXPLORE CORRUPTION
– NEW MODEL OF STUDY
IN REALITY OF CIVILIZATION OF INFORMATION
IN XXI CENTURY
– PROGRAM OF COMPLETE STUDY PROCESS

Paweł Chodak

University of Euroregional Economy Alcide de Gasperi in Józefów – Warsaw
Poland
<https://orcid.org/0000-0003-3557-4648>

Krzysztof Krassowski

University of Euroregional Economy Alcide de Gasperi in Józefów – Warsaw
Poland
<https://orcid.org/0000-0002-4989-0804>

Tomasz Wierzchowski

University of Euroregional Economy Alcide de Gasperi in Józefów – Warsaw
Poland
<https://orcid.org/0000-0002-3986-8187>

Summary. Corruption remains one of the most dangerous crimes that threatens society. Despite the apparent lack of victims of criminal activity, its effects affect every citizen. Apparently it may seem that the deeds that make up this category of crimes have already been well researched. The subject and aspects of crimes in this category were explored, as well as the ways in which criminals acted. The results of the studies carried out so far have devalued in the context of the conditions of existence of the information society of the 21st century, which requires the development of a new paradigm of corruption.

Key words: corruption, criminal policy, information society, research, crime, punishment

INTRODUCTION

Corruption crime, being a latent phenomenon, is one of the most difficult crimes to detect. An investigation process is a complex one and it has to take

into account a different patterns of actions undertaken by law enforcement institutions than these commonly utilized when fighting other types of crime. It is widely recognized that in case of corruption there is no typical victim characterized and in addition quite often there is a strong link existing between perpetrators which supports wearing off traces of such a crime. Therefore State institutions fighting this category of crime have to invest in non-standard ways of sourcing and information about corruption events. In the course of an investigation there are various investigative techniques and methods utilized to discover the crime, enabling two general types of information sources – confidential and public ones¹.

Particular determination of law enforcement institutions is required in order to reveal corruption schemes and collect an evidence admissible in a court of law, detain perpetrators and secure their property². All the aforementioned determines a paradigm of corruption crime that has to be based – and it is a sine qua non condition – on a scientific knowledge and understanding of a present social environment and conditions that impact the way it functions³. Both scientists and law enforcement officers share common goal – they would like to correctly identify and pursue perpetrators of corruption crime and in order to do so in an effective way, they have to undertake actions taking into account present available technological and informational capabilities exploited by the crime perpetrators – as well as their mentality⁴.

Current state of a knowledge and binding legal regulations, overstretched by a period of over twenty years of practical application does not reflect the

¹ K. Abbink, *Staff rotation as an anti-corruption policy: an experimental study*, “European Journal of Political Economy” 20 (4) 2004, pp. 887–906; Idem, *Fair Salaries and the Moral Costs of Corruption*, in: *Advances in Cognitive Economics*, eds. B. Kokinov, NBU Press, Sofia 2005, in: <https://winster.nottingham.ac.uk/cedex/documents/papers/2002-05.pdf> [accessed: 10.04.2018]; O.Y. Adams, *Institutional Approach to Anti-corruption Efforts in Taiwan, Hong Kong and Mainland China: Improving the Norms, Strengthening the Ethics*, “Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal” 3 (1) 2017, pp. 247–283.

² B. Mandal, S. Marjit, *Corruption and wage inequality?*, “International Review of Economics and Finance” 19 (1) 2010, pp. 166–172, <https://doi.org/10.1016/j.iref.2009.01.001>

³ O.C. Dincer, M. Johnston, *Measuring Illegal and Legal Corruption in American States: Some Results from the Edmond J. Safra Center for Ethics Corruption in America Survey*, Safra Center for Ethics Corruption in America Survey (March 16, 2015).

⁴ S. Dix, E. Pok, *Combating Corruption in Traditional Societies*, in: *Corruption, global security, and world order*, eds. R.I. Rotberg, M. Bunn, Mass: World Peace Foundation, Cambridge 2009, pp. 239–259.

current state of a corruption crime as nowadays there are new types of this phenomenon and criminal methods available, not to mention a different perception of corruption within society⁵. This corresponds with the new investigation methods and capabilities available to law enforcement institutions thanks to the technological advancements and an evolution of civilization connected with development of an information society⁶. Still, a fight with corruption is currently based on an outdated paradigm that requires perhaps not a revolution, but certainly a major adjustment and supplementation – leading to development of a new paradigm taking into account everything that has in fact changed in the social environment of XXI century. This also applies to an overall methodology of fight with corruption crime as well as other presently not penalized actions of a corruption-alike nature⁷. Therefore the main research objective in this project is to undertake a comprehensive analysis of corruption both as a phenomenon and type of crime in order to establish a new corruption paradigm.

A foundation of an effective investigation process – and from a wide perspective a theoretical model of reaction of a State to any crime threat, is collection of an information regarding general crime threats as well as particular event of a possible criminal nature, undertaken by empowered institutions of a State. The information of a particular importance is the one concerning threats and events previously unknown to the law enforcement institutions – often described as ‘the first information’ in the doctrine. Such a first information is in fact a threshold initiating State reaction to threats and events of a criminal nature and in most of the cases it originates from an ordinary citizens not having any permanent links or association to law enforcement.

Recognizing realities of an information society of XXI century and universal availability of technology as well as electronic communications devices connected with development of new interactive forms of communication (including phenomenon of a social media), the issue of a fundamental importance to a model of realization of a State mission to provide and maintain

⁵ D.C. Shim, T.H. Eom, *E-Government and Anti-Corruption: Empirical Analysis of international Data*, “International Journal of Public Administration” 31 (3) 2008, pp. 298–316.

⁶ P. Heywood, J. Meyer-Sähling, *Danger Zones of Corruption: How Management of the Ministerial Bureaucracy Affects Corruption Risks in Poland*, “Public Administration and Development” 33 (3) 2013, pp. 191–204.

⁷ M.S. Iqbal, J.W. Seo, *E-Governance as an anti-corruption tool: Korean Cases*, “Journal of Korean” 6 (2008), pp. 51–78, in: http://www.karis21.or.kr/karis21admin/adaction/download/03Iqbal_Seo.pdf [accessed: 7.04.2018].

public security and safety of citizens, is to research and analyze current possibilities of signaling events of a possible criminal nature by ordinary citizens. Such research would return a knowledge regarding effective sources of information gathering that are based on state of the art publicly available technology and current state of forms, methods, schemes and habits of communication within society.

An information society domain and interactivity of commonly utilized electronic communications devices undoubtedly provided a potential that might be utilized to establish new forms and methods of signaling of any crime threat – and in particular a corruption threat. No research has been conducted yet with a view to gain a scientific knowledge regarding new possibilities of corruption signaling in the framework of an interactive cooperation between society (citizens) and law enforcement institutions in a cyberspace. Such cooperation has also to be defined as a theoretical category within tactics of criminalistics. Considering research goal described above, a research hypothesis is required – presented type of information source shall be recognized as a new and separate one in the catalogue of sources of information concerning events of a possible criminal nature recognized by theory of criminalistics. Since the present catalogue of information sources concentrates on an outdated dichotomous division into external and internal sources of information, it no longer reflects present realities of functioning of a network type society⁸.

Considering additional research goals of a more detailed nature, the subjects of research hypothesis will be both an actual scope and effectiveness metrics of collected information regarding events that may be of a criminal nature in the framework of new type of information source in criminalistics, as well as a set of essential conditions required for an effective selection of obtained information in the context of an existing information overload phenomenon – an excess volume of information. Another research hypothesis that requires a verification is an existence and evaluation of a set of an objective and subjective factors (for example: availability of technology, trust in law enforcement institutions, security requirement) that impact general perception of a potential cooperation between citizens and law enforcement institutions in the subject matter.

⁸ S. Holmberg, B. Rothstein, *Dying of corruption*, “Health Economics, Policy and Law” 6 (4) 2011, pp. 529–547.

A corruption phenomenon, characterized by constant and fast evolution and a large number of ever changing criminal methods, severe consequences from the point of view of a State, and being naturally a category particularly sensitive to the domain of information, is undoubtedly a correct research area for research objectives set out in this project. Obtained research results will also allow to draw a conclusions of a more general nature – regarding fundamental issues of a theory of a modern crime fight and prevention.

Dynamic changes of a corruption crime enable questions regarding adequacy of a State penal policy both *largo* sense and *scritto* sense – leading to considerations of possible redefinition of a corruption phenomenon and perhaps a depenalization of some corruption forms that are presently penalized, with possible penalization of some corruption-alike behaviors which are not penalized as of now. A good example of such a behavior to consider would be corruption abetment. As daily social and economic life conditions change, development of information society determines a new approach to corruption – scope of the phenomenon, forms of corruption, technical possibilities of committing corruption crime and available methods of collection, evaluation, storage and utilization of an information of both detection and coordination importance and value to law enforcement institutions. In order to establish detailed research objective concerning State penal policy regarding corruption crime it is necessary to provide analysis of a current state of a philosophy of criminal punishment application, especially in the context of economic theory of a penal law⁹.

An assumption that choices of an individual are generally rational in the context of analysis of benefits and costs with regard to crimes committed out of desire for profit – corruption being an example – seems correct when applied to research concerning an effectiveness of punishment practiced by State. Penalized corruption and non-penalized corruption-alike behavior presents a serious threat to security of State both in an aspect of the functioning of the rule of law and basic constitutional social rights and freedoms as well as for safety of legal transactions. The aforementioned needs to be analyzed not only in substantive aspect, but also in ethical and philosophical dimensions. The State institution remain helpless regarding scale of corruption cri-

⁹ O.Y. Adams, *Institutional Approach to Anti-corruption Efforts*, pp. 247–283.

me that year after year reaches the new levels of growth – and are unfortunately weak in fighting this type of crime¹⁰.

Conducted public opinion research pools establish corruption as one of the most dangerous social threats and issues. Lack of an adequate penal policy of the State in the reality of an information society of XXI century is another research objective that has to be properly addressed in this research project. It is a necessity to examine etiology of such a deficit and through development of a new model of a penal reaction to ask important questions concerning a need to redefine current axioms of the State penal policy. Results of conducted research should provide answer to a fundamental question of a substantive law – are existing legal regulations, characterized by quite a detailed attribution of penalization still appropriate for modern society of XXI century, or should they be amended by a new set of even more detailed legal provisions? Or perhaps the other way around – should lawmakers limit corruption crime to just a single provision in a criminal code? An important factors that require consideration in this aspect are an assessment of a sentencing limit for type of crime in question, assessment of judicial punishment and execution of sentenced imprisonment. Even preliminary analysis of publicly available data enables to establish a hypothesis that a corruption crime remains a crime of high profitability where a sentencing limit as well as probability of actual imprisonment sentence is at the low level. One may not escape simple calculation of expected benefits versus risks and consequences in case of corruption – such observation provides perhaps an answer regarding existence of an educational aspect of any sentenced punishment. A hypothesis to verify through research is that corruption crime is being committed simply because in the end it is profitable for a perpetrator¹¹.

Considering all the aforementioned and taking into account that an information is a threshold and foundation of fight with corruption crime it is necessary to conduct analysis of previous cooperation between Central Anti-corruption Bureau, Agency of Internal Security, Police, Border Guard, Military Police and National Fiscal Administration regarding fight with corruption and other activities providing threat to economic interests of State – in central and local government institutions, as well as in a public and business life.

¹⁰ C. Depken, C. Lafountain, *Fiscal consequences of public corruption: Empirical evidence from state bond ratings*, "Public Choice" 126 (1) 2006, pp. 75–85.

¹¹ O.C. Dincer, M. Johnston, *Measuring Illegal and Legal Corruption in American States*.

Research hypothesis – due to increasing domination of information technologies, especially in the area of communications, existing organizational-legal system of a State has become inefficient with regard to reaction to corruption and phenomena in the borderland of corruption. Despite existence of a specialized state institutions dedicated to fight the aforementioned phenomena, they are unable to react in a rational and an effective manner to corruption crime, which is confirmed by a statistical data of the National Center of Criminal Information, pointing to an increase in a volume of corruption crime. State institutions do not have any reciprocal coordination system and do not fully utilize available capabilities regarding development of a modern information tools. Also criminal sanctions threat and judicial punishment are out of proportion with regard to real economic and reputational damage to the State. Because of that it is necessary to develop a new paradigm of a corruption that would reflect threats and challenges of a new reality of an information society.

1. SIGNIFICANCE OF THE PROJECT

Even though an information is one of the key terms of tactics in criminalistics, an impact of the changes in our civilization represented especially by development of an information society of a network type over last two decades, also an evolution of perception of the meaning of information and its scope, have never been a subject of an extended scientific reflection and research in the field of a modern theory of criminalistics.

The doctrine still favors widespread traditional approach, relevant to the state of scientific knowledge, technology and degree of society development of the last decade of XXth century. The key issues of the theory of information impacting effectiveness of an investigative process and methodology of crime prevention are presented in a framework of typical hierarchical society of the past, encompassing an outdated dichotomous approach to systematics of opposing categories of external and internal sources of information. Such state of affairs does not reflect requirements of a modern, knowledge based, information society and does not meet critical requirements and challenges facing State institutions responsible for provision and maintenance of public security. The aforementioned undoubtedly justifies a need to undertake a scientific research of a basic type in the subject matter with an aim to adjust theoretical foundations regarding an issue of information in criminalistics – including especially a catalogue of information sources – to the current level of knowledge, civilization, technology and social development.

Pioneering nature of this research project is articulated best by an innovative approach to the basic knowledge regarding information sources of relevance to the investigative process in reality of an information society, coupled with consideration of existence of a new means to be utilized for the benefit of an increased effectiveness of provision and maintenance of public security facing various crime threats – including corruption. An additional quality of the project is guaranteed by its interdisciplinary nature, which is a requirement to conduct research in a field of criminalistics, enabling also development of a theory of a new model of cooperation between citizens signaling events of a possible criminal nature and State institutions receiving such signals.

Present research project is therefore of significance to development of theory of law. It will result in adaptation of the state of the knowledge to current realities and challenges facing our society. It fulfills the tasks of criminalistics as a science by provision of a necessary theoretical tools required for realization of basic functions of State institutions responsible for public security.

Another pioneering aspect of scientific research conducted in the framework of this research project is delivered by research based on files of discontinued criminal proceedings. Obtained results will allow to either confirm or deny hypothesis of a dualism of penal policy of the State regarding corruption crime, which recognizes corruption as a dangerous threat to internal security of State and at the same time demonstrates indulgence to corruption crime perpetrators – it is worth to note in 2014 courts of law conditionally suspended over 80% of sentenced punishments for corruption and venality. Since from philosophical point of view criminal activity is one of the available choices of conduct for individuals and actual decision taken to involve in criminal acts does not differ much from a variety of other choices an individual has to make over a lifetime, an indulgence of the State minimizing the consequences of engagement in corruption schemes might play an important role in high dynamics of growth of corruption in Poland. One may not escape simple calculation of expected benefits versus risks and consequences in case of corruption – such observation provides perhaps an answer regarding existence of an educational aspect of any sentenced punishment.

Research conducted within this project will not only provide diagnosis regarding the current state of corruption crime in Poland, but it will also concern diagnosis regarding effectiveness of pursuit of perpetrators of corruption as well as judicial punishment, possibilities of signaling corruption events by citizens and further distribution of received signals within the stru-

cture of State institutions. Preliminary research conducted regarding the later enables conclusion the reaction of State institutions to threat of corruption is highly unsatisfactory. Considerations in the subject matter are justified particularly taking into account evaluation of coordination of activities of State institutions – which is mandatory pursuant to the provisions of article 29 of the Act on Central Anticorruption Bureau. A diagnosis is also necessary regarding other activities undertaken jointly between State institutions and other entities like non-governmental organizations to gain scientific knowledge of the state of such cooperation and its effects – or perhaps a lack of such effects.

Historical background as well as current State philosophy and policy regarding definition of corruption and associated threats will be presented as the reference point for research conducted within this project, providing an overall justification of research tasks and undertaken scientific activities. All research directions will be confronted with collected data and historically developed and currently binding legal and organizational solutions utilized to fight corruption threat and crime in the western democracies. Special consideration will be given to examples of United States of America and Italy. United States having specific dual legal system with federal and state levels, being a home of compliance concept utilized to fight corruption and a country of highly developed technology used by population of over 300 million inhabitants provides an excellent reference point for all the aspects of research conducted within this project. Italy is considered as one of countries of the highest level of corruption threat – in addition having significant structures of organized crime embedded in social life – making it especially interesting reference in research concerning perception of corruption by both society as a whole and individual citizens. A third country providing specific reference point for comparative research regarding evolution of corruption threat over the last two decades is Estonia – a country being a part of the Eastern block after the World War II, gaining independence in the last decade of XX century – very much alike Poland. A notable social difference – large minority of Russian population in Estonia versus homogenous society in Poland will justify research regarding approach to corruption within different national groups coexisting in a single country of Central and Eastern Europe region – to establish differences and similarities with approach to corruption established through a research in Poland. Penal policy of a State is based on the penal repression stipulated in the Criminal Code of 1997 and a number of acts introducing anticorruption measures, such as Act on Commune Self Government of 8 March 1990, Act on District Self-Government

of 5 June 1998, Act on Voivodship Self-Government of 5 June 1998 and Act on Limitations of Conduct of Business by Individuals Performing Public Functions of 21 August 1997. These regulations are significantly outdated and do not take into account major corruption related challenges of present – like modern tools of legal transactions utilized nowadays globally and on a large scale. Such state of affairs only emphasizes dichotomy of penal policy of State regarding corruption phenomenon – on one hand there are numerous anticorruption measures enacted, while on the other they do not reflect at all reality of a modern world, legal transactions conducted in the cyberspace being a good example. The aforementioned provides an additional justification to conduct a comparative research of current legal regimes and legal means and tools enabling an effective fight with corruption, in order to gain a scientific knowledge required to support development of a new paradigm of corruption.

Apart from penal regulations, penal policy of State is shaped by institutions involved in a daily fight with corruption. This fact justifies a need to research and analyze regulations constituting their system and organizational structure, and establish an impact these have on effectiveness of actions regarding corruption prevention and fight, as perhaps a mere fact of an overlap of competencies between different governmental agencies – which in case of Poland occurs between Central Anticorruption Bureau and Internal Security Agency is one of the causes of poor results of corruption suppressing activities of the institutions in question.

Current state of knowledge does not provide any substantial basis for research on assessment of a measureable costs of corruption. Analyzed data is an outdated one and there is a general lack of agreed concept of corruption, there are no corruption sources identified and no consequences foreseen. Therefore any published results of such analysis can't be recognized as a meaningful scientific knowledge. Realistic assessment of market value of cost of corruption requires establishment of calculation principles coupled with recognition of sources of corruption in a modern world – and this justifies a research in a subject matter.

2. WORK PLAN

A research activities will commence with analysis of available literature, legal regulations, governmental anti-corruption programs and comparative research of the legal regimes of Poland, Estonia, Italy and United States of America. A system of cooperation of State institutions regarding fight with

corruption crime will be analyzed, extending to cooperation with established international organizations, non-governmental organizations and cooperation with citizens too. An effectiveness of existing organizational solutions aimed at fighting corruption will be examined – both from the point of view of a whole system and an individual institutions involved. Another research component will be executed in the form of analysis of files of individuals prosecuted for corruption crime and either sentenced or having their criminal proceedings suspended.

Research conducted by Investigators in the framework of this project will be focused on three main aspects of corruption crime:

- within substantive law, regarding definition of corruption crime paradigm and its scope within the legal system and actual in the social life;
- within legal system, regarding State institutions fighting corruption crime, their cooperation and coordination;
- within criminology and criminalistics, regarding assessment of punishment of corruption crime, execution of sentenced punishments, *modus operandi* of perpetrators and sources of information regarding acts of corruption.

Investigators consider the aforementioned research feasible and not posing significant risk. Wide range of information required to conduct research is publicly available and data can be obtained from numerous statistical materials developed by both State institutions and scientific research institutes. It has to be however mentioned that research material regarding methodology of fight with corruption crime, functioning of State institutions involved in this fight, cooperation and coordination of their activities might not be instantly available to anyone interested in a research in the subject matter.

Furthermore analysis of feasibility of assumed research tasks require an assessment of risk regarding research material to be obtained from foreign institutions – like Federal Bureau of Investigations or Guardia di Finanza. While it is impossible to declare range and quality of obtained materials will fully fit research needs, initial contacts suggest an open approach and a positive attitude towards sharing an information belonging to a public domain. Therefore the risk level can be considered low.

On the basis of collected research material Investigators conducted an assessment of initial research sample by comparative research of available statistical data and files. An evaluation has been made taking into account currently binding provisions of a substantive law. Initial research conclusions resulted in development of research objectives and research hypothesis provided in a present document.

3. RESEARCH METHODOLOGY

Research methods to be utilized in this research project are the following:

- historical – law, applied in order to present the direction of changes regarding perception of corruption and State penal policy in a changing political, social and economic environment;
- dogmatic – law, enabling research of legal regulations in particular countries concerning systems and institutions of legal protection and protection of a public interest, especially regarding threat of crime in a given country;
- comparative – law, on a macroscale and microscale – where comparative research on a macroscale will comprise of issues like comparison of method of organization and scope of a police services in particular countries, government and non-government structures dealing with diagnosing and fighting corruption, while on microscale it will concern particular institutions – their systems and regulations;
- empirical – comparative, applied to research on criminal proceedings files and research on prisoners as well as on internal regulations of law enforcement institutions concerning their statutory tasks and coordination of activities;
- statistical, enabling assessment of a scale of corruption phenomenon as well as forecasting directions of its future development and evolution.
- Library query of available literature – comprising disciplines of law, sociology, economy, criminology and criminalistics, domestic and foreign publications, in particular regarding penal law, constitutional law and administrative law.
- Query regarding existing governmental and non-governmental programs of crime fight, especially relevant to corruption fight as well as means and methods of coordination and cooperation of State institutions fighting corruption, also existing forms, methods and tools enabling gathering of information regarding corruption events and utilized means of social communication.
- File query at units of Prosecutor's Office, Courts of Law, Ministry of Justice and penitentiary units, as well as in National Criminal Record, regarding files of criminal proceedings of corruption crimes and conducted research on criminal profiling of corruption perpetrators.

Research will be conducted utilizing various research techniques including but not limited to analysis of statistical data, analysis of files of criminal proceedings, analysis of penitentiary files, interviews, surveys and analysis

of literature. Research will be supported by modern information and communication technology tools, including solutions supporting statistical analysis. While there is quite a lot of literature regarding corruption phenomenon, one can't identify a complete research delivery encompassing issues of State penal policy regarding corruption, social behavior connected with corruption and development tendencies of this phenomenon. Available reference titles are mostly based on and outdated statistical data and public opinion pools. They also don't take into account recent developments in doctrines of criminology and criminalistics. It has to be noted a development of civilization and technology determines new possibilities and methods of crime perpetration – and this requires to be examined in the framework of a scientific research.

REFERENCES

- Abbink, Klaus. 2004. "Staff rotation as an anti-corruption policy: an experimental study." *European Journal of Political Economy* 20(4):887–906.
- Abbink, Klaus. 2005. "Fair Salaries and the Moral Costs of Corruption." In *Advances in Cognitive Economics*, edited by Boicho Kokinov, 286–292. Sofia: NBU Press.
- Adams, Olga Y. 2017. "Institutional Approach to Anti-corruption Efforts in Taiwan, Hong Kong and Mainland China: Improving the Norms, Strengthening the Ethics." *Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal* 3(1):247–283.
- Depken, Craig, and Courtney Lafountain. 2006. "Fiscal consequences of public corruption: Empirical evidence from state bond ratings." *Public Choice* 126(1):75–85.
- Dincer, Oguzhan. C., and Micheal Johnston. 2015. *Measuring Illegal and Legal Corruption in American States: Some Results from the Edmond J. Safra Center for Ethics Corruption in America Survey*. Safra Center for Ethics Corruption in America Survey (March 16, 2015).
- Dix, Sarah, and Emanuel Pok. 2009. "Combating Corruption in Traditional Societies." In *Corruption, global security, and world order*, edited by Robert I. Rotberg, and Matthew Bunn, 239–259. Cambridge: Mass: World Peace Foundation.
- Heywood, Paul, and Jan Meyer-Sahling. 2013. "Danger Zones of Corruption: How Management of the Ministerial Bureaucracy Affects Corruption Risks in Poland." *Public Administration and Development* 33(3):191–204.
- Holmberg, Sorein, and Bo Rothstein. 2011. "Dying of corruption." *Health Economics, Policy and Law* 6(4):529–547.
- Iqbal, M. Sohel, and Jin-Wan Seo. 2008. "E-Governance as an anti-corruption tool: Korean Cases." *Journal of Korean* 6:51–78. In http://www.karis21.or.kr/karis21admin/adaction/download/03Iqbal_Seo.pdf [accessed: 7.04.2018].
- Mandal, Biswajit, and Sugata Marjit. 2010. "Corruption and wage inequality?." *International Review of Economics and Finance* 19(1):166–172. <https://doi.org/10.1016/j.iref.2009.01.001>
- Shim, Doung C., and Tae H. Eom. 2008. "E-Government and Anti-Corruption: Empirical Analysis of international Data." *International Journal of Public Administration* 31(3):298–316.

JAK, PO CO, KIEDY I W JAKIM KIERUNKU BADAĆ KORUPCJĘ
– NOWY MODEL STUDIÓW
W RZECZYWISTOŚCI SPOŁECZEŃSTWA INFORMACYJNEGO XXI WIEKU
– PROGRAM CAŁOŚCIOWEGO PROCESU BADAWCZEGO

Streszczenie. Korupcja pozostaje jednym z najgroźniejszych przestępstw, które zagrażają społeczeństwu. Pomimo oczywistego braku ofiar przestępczej działalności, jej skutki dotyczą każdego obywatela. Najwyraźniej może wydawać się, że czyny, które składają się na tę kategorię przestępstw, zostały już dobrze zbadane. Analizowano tematykę i różnorodne aspekty przestępstw tej kategorii, a także sposoby przestępczej działalności. Wyniki przeprowadzonych do tej pory badań zdewaluowały się w kontekście warunków istnienia społeczeństwa informacyjnego XXI w., co wymaga opracowania nowego paradygmatu korupcji.

Słowa kluczowe: korupcja, polityka kryminalna, społeczeństwo informacyjne, przestępstwo, kara

REFORMA WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI A BEZPIECZEŃSTWO PRAWNE

Przemysław Czarnek

Katedra Prawa Konstytucyjnego
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0002-3904-5965>

Streszczenie. Prawo w państwie powinny charakteryzować następujące cechy: skuteczność, sprawiedliwość, pewność, jasność, jednoznaczność. Cechy te zapewniają państwu prawa bezpieczeństwa. Aby jednak mówić o realnym bezpieczeństwie prawnym należy zagwarantować w państwie prawo do sądu. Zatem reforma wymiaru sprawiedliwości powinna dotyczyć m.in. skuteczności egzekucji wyroków sądowych w tym celu, aby prawo do sądu nie było fikcyjne.

Streściła Anna Słowikowska

Słowa kluczowe: państwo prawa, sprawiedliwość, bezpieczeństwo prawne, sądownictwo

Prawo w państwie prawa powinno być skuteczne. Co to znaczy? Powinno być sprawiedliwe i powinno być skutecznie, tj. sprawiedliwie wykonywane przez aparat wymiaru sprawiedliwości. Obydwa te warunki bezpieczeństwa prawnego jako celu, wartości, warunki nazywania państwa mianem „państwa prawa”, przez 25 lat III Rzeczypospolitej Polskiej realizowane były w sposób dość ułomny. Ocena ta odnosi się zarówno do materialnych aspektów prawa, konkretnych przepisów, ich treści, jak i do procesu stosowania tego prawa przez organy administracji państwowej, samorządowej, nade wszystko organy wymiaru sprawiedliwości, do samej już także interpretacji przepisów prawa.

I

Pierwszym warunkiem nazywania państwa mianem praworządnego jest urzeczywistnianie w treści tego prawa zasad sprawiedliwości materialnej (społecznej). *Lex iniusta non est lex*, czy jak doprecyzował tę augustiańską regułę G. Radbruch – *lex iniustissima non est lex*. Dlatego też, jak to precy-

zyjnie ujmuje J. Potrzeszcz, „prawo mające odpowiadać minimalnym wymagom bezpieczeństwa prawnego musi zabezpieczać ponadto pewne minimalne, konieczne do przeżycia i rozwoju człowieka dobra, innymi słowy musi zawierać w swej treści minimum treści prawnonaturalnych”¹. Ma zatem być sprawiedliwe.

Urzeczywistnienie bezpieczeństwa prawnego możliwe jest, po drugie, tylko poprzez realizowanie postulatu prawa pewnego, w myśl paremii *ubi ius incertum ibi ius nullum*, a zatem wypełnianie przez to państwo postulatów co do sposobu stanowienia prawa i formalnej jego jakości. Mianowicie prawo w państwie prawa musi być stanowione w taki sposób, aby miało postać reguł jasnych i jednoznacznych, dookreślonych. Ponadto, prawo to w miarę możliwości ma być niezmiennie. Stanowienie prawa w sposób niechlujny, pisanie przepisów prawa w sposób niezrozumiały dla adresata i niejednoznaczny powoduje możliwość nadinterpretowania tego prawa i wyciągania z niego, budowania w oparciu o nie takich norm prawnych, które niekiedy będą się nawet wzajemnie wykluczać².

Właściwie ustanowione i hierarchicznie uporządkowane prawo tylko wtedy będzie mogło być faktycznie przestrzegane, gdy realizować będzie swą podstawową funkcję regulatora relacji międzyludzkich, a to jest możliwe tylko wówczas, kiedy jest pewne – w myśl cytowanej wyżej rzymskiej paremii, niepewna regulacja prawna nie jest żadnym prawem. Dlatego właśnie prawo stanowione w państwie prawa musi mieć postać reguł o cechach ogólności (generalności), abstrakcyjności, jasności i jednoznaczności. Te cechy prawa składają się na sformułowaną przez doktrynę i orzecznictwo Trybunału zasadę określoności prawa. Przepisy prawa muszą być formułowane w taki sposób, aby adresat mógł łatwo określić konsekwencje swego postępowania³.

Ustawodawca powinien zatem stosować sformułowania w miarę możliwości powszechnie używane, proste w swej wymowie. Bezwzględność jednak tego nakazu zależy od dziedziny prawa. W prawie karnym jest on egzekwowany w sposób absolutny. Natomiast w dziedzinach, w których regula-

¹ J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 268–269.

² Przykładów takich orzeczeń nawet Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego, których podstawą był ten sam przepis prawa, a jakże odmienne były jego interpretacje, jest nader wiele.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99, OTK z 2000 r. Nr 1, poz. 2.

cje prawne są skomplikowane i techniczne (np. radiofonia i telewizja), wymagania określoności prawa są z natury rzeczy mniejsze. W każdej jednak dziedzinie prawnej należy przestrzegać zasady, aby prawa stanowione były jak to tylko możliwe jasne, czyli określone⁴. Jak bowiem celnie zauważa Naczelny Sąd Administracyjny, „niejasność przepisu w praktyce zwykle oznacza niepewność sytuacji prawnej adresata normy i pozostawienie jej ukształtowania organom stosującym prawo; z kolei zróżnicowanie indywidualnych rozstrzygnięć pociąga za sobą postrzeganie prawa jako niesprawiedliwego i utratę zaufania obywateli do państwa”. Używanie zatem w przepisach prawa sformułowań niejasnych, niejednoznacznych, powinno być uznane za naruszenie zasady państwa prawa⁵.

Pewność prawa oznacza ochronę przed bezprawnymi działaniami innych podmiotów prawa, ale przede wszystkim zabezpieczenie przed arbitralnymi działaniami organów państwa. Wytwarza wśród członków danej społeczności zaufanie do prawa, stwarza możliwość przewidywania zachowania innych podmiotów prawa. Pewność prawa chroni jednostkę przed samowolą działania organów państwowych⁶. Jest konieczna dla urzeczywistnienia podstawowej wartości formalnego państwa prawa, jaką jest bezpieczeństwo prawne (bezpieczeństwo samego prawa). By stało się ono rzeczywistością, spełnione muszą być właśnie powyższe warunki: prawo ma być jasne, jednoznaczne i nie ulegać częstym zmianom⁷.

Omawiając pokrótce ten ostatni postulat należy podkreślić, że nie chodzi tu oczywiście o to, by prawo w ogóle się nie zmieniało. Jako regulator relacji międzyludzkich musi ewoluować, tak jak ewolucji podlega przecież dynamiczne ludzkie życie. Wymóg niezmienności prawa nakłada jednak na ustawodawcę obowiązek roztropnego i wyważonego tworzenia norm, tak by ich

⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt I FSK 888/12; por. J. Potrzebszcz, *Bezpieczeństwo prawne*, s. 271.

⁵ Szerzej na ten temat piszę w *Wolność gospodarcza – pierwszy filar społecznej gospodarki rynkowej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2014, s. 195 n.

⁶ Z. Tobor, *Legalność a praworządność*, w: *Rozważania o państwie i prawie. Księga jubileuszowa poświęcona Józefowi Nowackiemu*, red. E. Giszter, Uniwersytet Śląski, Katowice 1993, s. 199.

⁷ Por. J. Potrzebszcz, *Idea prawa w orzecznictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2007, s. 182. Podobnie rzecz się ma z wymogiem jasności i jednoznaczności normy prawnej. Z uwagi na fakt, że norma ta jest jednocześnie ogólna i abstrakcyjna stuprocentowej jednoznaczności w niektórych co najmniej przypadkach nigdy nie da się osiągnąć. Chodzi jednak o to, by ta sama norma prawna nie była podstawą do dwóch skrajnie różnych interpretacji, tak samo dobrze uargumentowanych.

ostateczny kształt, najlepiej jak to możliwe, odpowiadał potrzebom ich adresatów. Tylko wtedy bowiem norm takich nie trzeba będzie w krótkiej perspektywie czasowej zmieniać i zastępować innymi. Zatem, gdy zmienia się rzeczywistość otoczenia człowieka (a prawo, jeśli ma być regulatorem ludzkich zachowań, to musi odzwierciedlać rzeczywistość człowieka⁸), to odpowiedzią prawodawcy musi być zmiana przepisów prawa. Z zastrzeżeniem jednak tych dwóch warunków: jeśli jest to konieczne z uwagi na zmieniającą się rzeczywistość i tylko wówczas, kiedy nowy przepis prawa będzie korzystniejszy, lepszy dla ogółu jego odbiorców. Wskazywał na to już św. Tomasz z Akwinu określając powyższe warunki mianem dwóch przyczyn „słusznej zmiany prawa”⁹.

Z poglądami Akwinaty koresponduje stanowisko J. Potrzeszcz, która podkreśla, że „zmiana prawa sama w sobie zawsze powoduje jakąś szkodę dla dobra wspólnego, w szczególności jeśli zmiana prawa narusza utrwalony zwyczaj. Zwyczaj bowiem w bardzo dużym stopniu przyczynia się do przestrzegania prawa. [...] Przystępując do zmiany prawa należy zawsze rozważyć czy jest ona na tyle pożyteczna i konieczna, że zrekompensuje stratę, jaką sam fakt zmiany prawa powoduje. [...] zbyt łatwa i częsta zmiana prawa osłabia faktyczną moc wiążącą prawa i jego skuteczność, czyli także bezpieczeństwo prawne”¹⁰. Podobnie konstatuje S. Wronkowska, zdaniem której – każda zmiana prawa „niesie niebezpieczeństwo zachwiania stabilności systemu prawnego, jest zagrożeniem dla jego spójności oraz wiąże się zazwyczaj z uciążliwościami dla wszystkich podmiotów uwikłanych w stosunki prawne powstałe w okresie obowiązywania dawnego prawa. Dlatego też problem zmian w systemie prawnym polega na znajdowaniu kompromisu między koniecznością dokonywania zmiany i związanymi z tym niebezpieczeństwami, a poszanowaniem autonomii woli tych wszystkich, którzy podjęli określone decyzje na podstawie dotąd obowiązujących norm, licząc, że prawo nie zostanie samowolnie zmienione bez szczególnie ważnego powodu i bez podania tego powodu do wiadomości publicznej”¹¹.

⁸ P. Erdő, *Wolność a prawo*, w: *Kardynał Peter Erdő, Doktor Honoris Causa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*, red. I. Pachcińska, przekł. K. Kozak, Wydawnictwo KUL, Lublin 2006, s. 33.

⁹ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, t. XIII: *Prawo*, przekł. P. Belch, Katolicki Ośrodek Wydawniczy „Veritas”, Londyn 1985, zag. 97, art. 2.

¹⁰ J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne*, s. 185.

¹¹ S. Wronkowska, *Zmiany w systemie prawnym (z zagadnień techniki i polityki legislacyjnej)*, „Państwo i Prawo” 8 (1991), s. 3–14.

W ten sposób zmiany pochoptne, które w ogóle nie biorą pod uwagę tych dwóch warunków słusznej zmiany przepisów prawa, nie mają nic wspólnego z postulatem bezpieczeństwa prawnego jako celu, wartości państwa prawa.

Innym jeszcze problemem jest to, że nie mamy dzisiaj w żadnym akcie prawnym regulacji dotyczącej reguł interpretacji przepisów prawnych. Studenci prawa i administracji na zajęciach z teorii prawa i wstępu do prawnoznawstwa uczeni są co prawda, że są dyrektywy wykładni językowej, literalnej, a następnie systemowej i funkcjonalnej, przy czym te ostatnie stosuje się wówczas kiedy językowe, literalne nie dają pełnego rozstrzygnięcia. Praktyka dziś jednak często wygląda inaczej i ma na nią wpływ tzw. derywacyjna koncepcja wykładni prawa, zgodnie z którą – stosuje się wszystkie trzy dyrektywy naraz. Daje to niestety nader często efekt ułomny – przepis interpretowany według dyrektyw językowych, literalnych, jest jednoznaczny, ale dyrektywy funkcjonalne, systemowe powodują, że inna jest jednak ostatecznie norma prawna zbudowana przez orzekający sąd. To są sytuacje, które są jawnie sprzeczne z wymogami państwa prawa i z koniecznością urzeczywistnienia tej wartości, którą nazywamy bezpieczeństwem prawnym¹².

II

Niestety należy stwierdzić, że zmiany przepisów prawa w Polsce w tych pierwszych 29 latach III RP były nader częste i bardzo pochoptne w wielu przypadkach. Ma to szczególne znaczenie dla przedsiębiorców, którzy od tych zmian uzależniają przecież w dużej mierze podejmowanie ryzyka, niezbędnego do rozwoju działalności gospodarczej. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że skoro najbardziej obciążające przedsiębiorcę obowiązki (z punktu widzenia istoty wolności gospodarczej, jaką jest wolność zarobkowania) ustawodawca nakłada w prawie podatkowym i prawie ubezpieczeń społecznych, to pewność prawa, jako podstawowy postulat formalny państwa prawa, jawi się jako gwarancja wolności gospodarczej; *a contrario* naruszeniem zasady państwa prawa, a przez to pogwałceniem wolności gospodarczej, jest bez wątpienia stanowienie niejasnych, niejednoznacznych, dających podstawę do skrajnie różnych interpretacji, przepisów prawa podatkowego i prawa ubezpieczeń społecznych. Brak pewności prawa w obrębie prawa podatkowego i prawa ubezpieczeń społecznych daje możliwość organom państwa do formułowania skrajnie różnego i w zasadzie nie dającego

¹² Zob. P. Czarnek, *Wolność gospodarcza*, s. 202–204.

się przewidzieć (a wręcz niemożliwego do przewidzenia) stanowiska. Taki sam efekt wywołuje częsta zmiana tego prawa¹³.

Na szczęście dostrzega to dzisiejszy ustawodawca w nowym prawie przedsiębiorców¹⁴. Twórcy przepisów tej nowej ustawy skupili się właśnie na tym, żeby zwiększyć poczucie bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców. W tym celu dookreślono zarówno reguły stanowienia prawa gospodarczego, prawa regulującego działalność gospodarczą – czemu poświęcony jest cały rozdział szósty tej ustawy – jak i reguły interpretowania tych przepisów, w kierunku rozwiewania wszelkich wątpliwości na korzyść adresata przepisu prawnego, normy prawnej, mianowicie przedsiębiorcy. Padają przy tym niekiedy zarzuty, że jest to ręczne sterowanie pewnym procesem interpretowania przepisów prawa i stanowienia prawa, albo że same te przepisy to tylko „pobożne życzenia”. Poniekąd tak, bo przecież samym przepisem nie da się wszystkiego zmienić. Do tego potrzebna jeszcze jest wola organów stosujących przepisy prawa, które orzekają na podstawie tych przepisów prawa i ukierunkowanie tych organów, na takie, a nie inne orzekanie, interpretowanie przepisów prawa. Temu też służą konkretne postanowienia ustaw po to, żeby można było powoływać się na nie w sytuacji, kiedy mamy do czynienia z konfliktem pomiędzy przedsiębiorcą a organem administracji skarbowej, samorządowej czy organami wymiaru sprawiedliwości.

Warto zwrócić w tym miejscu uwagę na kilka najbardziej wyrazistych przykładów tego proprzedsiębiorczego (w duchu bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców) prawodawstwa.

Przepis art. 11 Prawa przedsiębiorców stanowi: „Jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w sprawie pozostają wątpliwości co do treści normy prawnej, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy, chyba, że sprzeciwiają się temu sporne interesy stron, albo interesy osób trzecich, na których wynik postępowania ma bezpośredni wpływ”. Oczywiście, można postawić pytania: a co to są te wątpliwości i kto ma je mieć, i czy np. organ administracji skarbowej w ogóle ma jakiegokolwiek wątpliwości, kiedy nakłada na przedsiębiorcę obowiązki? Te pytania zawsze będą się pojawiały, ale wszystkiego przepisem prawa nie da się zrobić. Nie mniej, jasne reguły postępowania w sytuacji takich wątpliwości już w tym przepisie są jednoznacznie wskazane i można się na nie powoływać –

¹³ Tamże, s. 203 n.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, Dz. U. poz. 646.

temu służy ten legislacyjny zabieg przy ewentualnych sporach z organami administracji skarbowej przed sądami.

Podobne znaczenie ma przepis art. 14, zgodnie z którym – „organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym”¹⁵. Daje on możliwości realnej obrony przedsiębiorcy przed zmianą interpretacji konkretnych przepisów prawa i to interpretacji, która generowałaby negatywne skutki dla tego przedsiębiorcy działające wstecz.

Takich przypadków niestety dotąd było bardzo dużo. Chodzi o sytuacje, kiedy przedsiębiorca działał na podstawie tego samego przepisu prawa, który obowiązywał od wielu lat, postępował zgodnie z utrwaloną praktyką, był kontrolowany wielokrotnie przez ZUS czy administrację skarbową i nikt mu przy tym nie zwracał uwagi w protokołach pokontrolnych, że popełnia ewentualny błąd. Przedsiębiorca miał wtedy przekonanie, że skoro był kontrolowany wielokrotnie i nikt nie kwestionuje jego działań, to może tak postępować w przyszłości. Nagle jednak kolejny kontroler zmienia całkowicie interpretację pod wpływem jakiegoś nowego orzeczenia Sądu Najwyższego, który nieraz tylko pochopnie napisał jedno czy dwa zdania za dużo w uzasadnieniu. I to zdanie właśnie służy kontrolującemu jako podstawa do całkowitej zmiany oceny postępowania przedsiębiorcy, przy czym negatywne skutki tej zmiany rozciągane są na zdarzenia przeszłe¹⁶. Cytowany przepis wychodzi naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i kończy z taką nieprawidłową praktyką. Organ od teraz nie może bez uzasadnienia przyczyn odstąpić od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Oznacza to także, że zmiana interpretacji może oddziaływać tylko na przyszłość – np. można w zaleceniach pokontrolnych zapisać, że z uwagi na zmianę należy w przyszłości stosować takie, a nie inne rozwiązania. Nie można natomiast obciążać przedsiębiorcy koniecznością płacenia danin publiczno-prawnych za zdarzenia przeszłe, bo jest to sprzeczne z zasadami państwa prawa, z zasadą *lex retro non agit*.

I w końcu przykład z rozdziału szóstego ustawy. Zgodnie z art. 66 ust. 1, „przed rozpoczęciem prac nad opracowaniem projektu aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania, lub zakończenia działalności gospodarczej dokonuje się po pierwsze analizy możliwości osią-

¹⁵ Przepis ten jest efektem mojej propozycji, którą jako członek Zespołu Wiceprezesa Rady Ministrów Mateusza Morawieckiego złożyłem podczas obrad Zespołu.

¹⁶ Zob. P. Czarnek, *Wolność gospodarcza*, s. 210 n.

gnięcia celu tego aktu za pomocą innych środków”. Ta analiza musi być częścią uzasadnienia takiego projektu po to, żeby zmusić jeszcze raz projektodawcę, a następnie ustawodawcę do tego, żeby zastanowił się dwukrotnie czy zmiana przepisów prawa jest konieczna. Bo każda zmiana przepisów prawa, jak już wykazano w tym opracowaniu, idzie w poprzek tego, co nazywamy poczuciem bezpieczeństwa prawnego.

III

Prawo sprawiedliwe i pewne, aby zrealizowany był postulat bezpieczeństwa prawnego, musi być jeszcze skutecznie, tj. sprawiedliwie i efektywnie wykonywane przez organy do tego powołane, w szczególności organy wymiaru sprawiedliwości. Niestety polski wymiar sprawiedliwości wykazywał i wykazuje dużą ułomność od samego początku III RP. Po 29 latach nie ma najmniejszych wątpliwości, że w głównej mierze jest to efekt okrągłostołowego kontraktu i porozumienia władz komunistycznych z licencjonowaną opozycją¹⁷.

Jednym z najważniejszych ustaleń, poczynionych podczas negocjacji w Magdalence, było zapewnienie bezkarności wszystkim funkcjonariuszom komunistycznym, w tym oficerom SB, MO, ale także komunistycznym sędziom i prokuratorom. Miało to ogromne znaczenie dla kolejnych losów III RP i jej trzeciej władzy, która dziś, po trzech dekadach w końcu jest reformowana i dostosowywana do wymogów państwa prawa. Reforma ta napotyka na ogromne opory i na kontrargumenty często nielogiczne, wzajemnie sprzeczne, a przez to jasno pokazujące, że jest to obrona interesów, które były brnione już od samego początku przy Okrągłym Stole. Część z nich to interesy środowiska sędziowskiego i szerzej prawniczego, które wyszło wprost z okresu PRL-u i przeszło do III RP bez żadnych najmniejszych choćby konsekwencji za sprzeniewierzenie się niezawisłości sędziowskiej.

Smutnym, ale jakże wymownym symbolem tzw. transformacji i jej efektów w obszarze wymiaru sprawiedliwości jest kompromitacja tzw. we-

¹⁷ Jeden z członków tej opozycji, Władysław Frasyniuk, przed rokiem domagał się, aby dzień 4 czerwca, a zatem rocznica wyborów kontraktowych, będących efektem ustaleń zapadłych przy Okrągłym Stole, w wyniku których 2/3 mandatów poselskich zagwarantowanych było dla PZPR i ich satelit z ZSL i SD, powinien być polskim świętem narodowym, bo jest symbolem „zwycięstwa nad komunizmem”. Włodzimierz Czarzasty, szef SLD, następca przywódców PZPR z rozbijającą szczerością i celnością odpowiedział: „wyście z nami nie wygrali, wyście z nami się dogadali”.

wewnętrznego procesu oczyszczania się środowiska sędziowskiego. Koncepcję tę forsował ówczesny Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego A. Strzembosz¹⁸. Jaki był efekt tego wewnętrznego oczyszczenia wymiaru sprawiedliwości?¹⁹

Na regulację prawną tego problemu trzeba było czekać aż 9 lat i dopiero 3 grudnia 1998 r. uchwalono ustawę o odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów, którzy w latach 1944-1989 sprzeniewierzyli się niezawisłości sędziowskiej²⁰. Mocą przepisów ustawy w stosunku do sędziego, który w latach 1944-1989, orzekając w procesach będących formą represji za działalność niepodległościową, polityczną, obronę praw człowieka lub korzystanie z podstawowych praw człowieka, sprzeniewierzył się niezawisłości sędziowskiej, wyłączono stosowanie przepisów o przedawnieniu w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym sędziów²¹. Wyłączenie to nie było jednak bezterminowe – jego koniec ustalono na dzień 31 grudnia 2002 r.

Jako że ustawa weszła w życie 26 stycznia 1999 r., organy uprawnione miały niecałe cztery lata na wystąpienie z żądaniem wszczęcia postępowania do sądu dyscyplinarnego²². Organem uprawnionym do występowania z takim żądaniem była Krajowa Rada Sądownictwa, która mogła to czynić z urzędu lub na wniosek osoby skrzywdzonej orzeczeniem. Osoba taka mogła skierować taki wniosek również do Ministra Sprawiedliwości. Nadto, na mocy art. 88 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych z 20 czerwca 1985 r.²³, z wnioskiem o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego mógł wystąpić rzecznik dyscyplinarny na żądanie Ministra Sprawiedliwości, prezesa sądu apelacyjnego lub okręgowego oraz kolegium sądu apelacyjnego lub okręgowego. Sąd Dyscyplinarny, po przeprowadzeniu postępowania, mógł orzec karę wydalenia ze służby sędziowskiej.

¹⁸ Wielu wówczas wydawało się, że wynikało to jedynie z naiwnej wiary A. Strzembosza w uczciwość sędziowską. Niestety dzisiejsze stanowisko A. Strzembosza w sprawie reformy wymiaru sprawiedliwości i ewidentna obrona interesów chronionych od Okrągłego Stołu każe wątpić w to, że była to tylko naiwność.

¹⁹ Szeroko na ten temat piszę w rozprawie doktorskiej *Zasady państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej w praktyce ustrojowej III Rzeczypospolitej Polskiej*, mps w Archiwum KUL, Lublin 2006.

²⁰ Dz. U. z 1999 r. Nr 1, poz. 1.

²¹ Unormowanie to dotyczyło również sędziego, który wykonując kierownicze funkcje w administracji sądowej lub organizacjach politycznych naruszył niezawisłość sędziowską poprzez wywieranie wpływu na wydawanie przez innych sędziów orzeczeń w indywidualnych sprawach – art. 1 pkt 3 ustawy.

²² Do 2001 r. sądem dyscyplinarnym był Sąd Dyscyplinarny przy Sądzie Najwyższym, zaś następnie sąd dyscyplinarny wyłoniony przez właściwy sąd apelacyjny.

²³ Dz. U. z 1994 r. Nr 7, poz. 25 z późn. zm.

W okresie od wejścia w życie omawianej ustawy do października 2001 r. wpłynęło 30 spraw, z czego 28 zostało złożonych przez Ministra Sprawiedliwości, którym wówczas była H. Suchocka, zaś tylko dwie sprawy były efektem wniosków rzecznika dyscyplinarnego. Krajowa Rada Sądownictwa nie złożyła żadnego wniosku²⁴. We wszystkich sprawach z wniosku Ministra Sprawiedliwości rzecznicy dyscyplinarni dystansowali się wyraźnie od tych wniosków wskazując, że działają z polecenia Ministra. Wszystkie sprawy dotyczyły zaledwie ponad 50 sędziów, w większości w stanie spoczynku, spośród których tylko jeden nie był sędzią karnym. W toku postępowania aż 41 sędziów już na samym początku zostało uwolnionych od stawianych im zarzutów. W stosunku do czterech spraw została od razu zwrócona rzecznikowi dyscyplinarnemu, zaś pozostałym w wyniku przeprowadzonego postępowania nie udowodniono sprzeniewierzenia się niezawisłości sędziowskiej²⁵.

Efekty weryfikacji PRL-owskiego wymiaru sprawiedliwości są więc zatrważające. Wynika z niej – wbrew oczywistym faktom – że wszyscy sędziowie okresu komunistycznego działali niezwykle etycznie, byli niezawisli i niezależni. Nie pierwszy to i nie ostatni przypadek, w którym całe społeczeństwo wie doskonale o skandalicznym działaniu organów państwa, za wyjątkiem elit, które te działania miały rozpoznać i osądzić. Zaniechania i zaniechania sądów dyscyplinarnych podczas rozpatrywania wskazanych wyżej spraw były przy tym żenujące²⁶.

²⁴ Warto to podkreślać dzisiaj, bowiem KRS w dotychczasowym kształcie i wybierana na podstawie dotychczasowych przepisów stawiana jest jako przykład praworządności. Tymczasem ten organ, którego zadaniem jest stać na straży niezawisłości sędziowskiej nie zrobił nic, by bronić jej przed sędziami, którzy tej niezawisłości jawnie sprzeniewierzyli się w okresie PRL!!!

²⁵ Zob. szerzej na ten temat: A. Strzembosz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów za sprzeniewierzenie się niezawisłości sędziowskiej w latach 1944-1989*, w: *Prawość i godność. Księga pamiątkowa w 70. rocznicę urodzin Profesora Wojciecha Łączkowskiego*, red. S. Fundowicz, F. Rymarz, A. Gomułowicz, Katolicki Uniwersytet Lubelski, Lublin 2003, s. 283–290.

²⁶ Tamże, s. 289–291: „Brak oceny obwinionych na tle innych sędziów w tym samym sądzie (wydziale) oraz zupełne pomijanie ich funkcji administracyjnych w sądzie prowadziło do takich oto sytuacji. Obwiniony sędzia w czasie orzekania był osławionym prezesem sądu wojewódzkiego w «Y». Sąd dyscyplinarny odmówił wszczęcia wobec niego postępowania dyscyplinarnego. Ale oto inny skład rozpatruje sprawę kolejnego obwinionego – sędziego wojewódzkiego z tego samego sądu. Warto dodać, że w tej sprawie oskarżonych (trzech) skazano na kary 3 lat pozbawienia wolności, w trybie doraźnym, za rozlepienie paru ulotek na terenie głuchej wsi, które przed zdarciem – według zeznań sołtysa – przeczytał tylko jeden rolnik. W obronie tego sędziego składa pismo dziekan okręgowej rady adwokackiej, notabene w ok-

Generalnie aż nadto widoczna była „duża wyrozumiałość” sądów dyscyplinarnych dla stawających przed nimi obwinionych – zresztą i tak skandalicznie niewielu: nie jest przecież możliwe, by zaledwie 50 żyjących wówczas sędziów PRL dopuszczało się zbrodni sądowych i innych czynów godzących w sędziowską niezawisłość. I choć prawdą jest również, że nie wszyscy sędziowie orzekający w sprawach dyscyplinarnych byli tak liberalni w stosunku do swych kolegów, to jednak ich zdania odrębne mają wyłącznie charakter „świadcstwa prawdy”. Jak podkreśla A. Strzembosz, „oni sami wymagali od siebie więcej w trudnym okresie stanu wojennego, a wiedzieli dobrze jakie pożytki przynosiło «pryncypialne» orzecznictwo”.²⁷

resie stanu wojennego prezes sądu rejonowego w tym samym okręgu sądu wojewódzkiego. [...] W dalszej części pisma prezes ORA informował, że za fatalną atmosferę w sądzie wojewódzkim (a więc naciski polityczne, zastraszanie sędziów) odpowiada prezes sądu wojewódzkiego, wobec którego właśnie odmówiono wszczęcia postępowania dyscyplinarnego w jego własnej sprawie. [...] W przeanalizowanych [...] sprawach była tylko jedna sprawa dyscyplinarna z terenu Warszawy [...]. Sprawa dotyczyła dwóch sędziów, przy czym jeden z nich, orzekający na tym terenie od kilkudziesięciu lat, był w środowisku sędziowskim uważany za całkowicie dyspozycyjnego, stosującego wyjątkowo surowe kary. Drugi sędzia, mniej znany, też niechłubnie się wslawił w okresie stanu wojennego. Wobec obu odmówiono wszczęcia postępowania dyscyplinarnego [...]. A oto inny przykład. W mieście «X» doszło do skazania trzech osób za to, że w październiku 1985 r. [...] poczynili przygotowania do kolportażu ulotek wzywających do powstrzymania się od głosowania w wyborach do Sejmu [...]. Przewodniczący składowi ławniczemu młody sędzia Sądu Rejonowego skazał aresztowanego recydywistę na karę 2 lat i 6 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności, a pozostałych dwóch oskarżonych – na 2 lata, przy czym wobec odpowiadających z wolnej stopy zastosował areszt tymczasowy. Sędzia ten prezesem Sądu Rejonowego został [...] na samym początku stanu wojennego [...]; w omawianej sprawie zarządził wydawanie kart wstępu (rzekomo ze względu na szczupłość sali), nigdy nie sporządził uzasadnienia wydanego wyroku [...] aż do objęcia sprawy amnestią, ale początkowo nie umiał tego wytłumaczyć. Ten młody sędzia był delegatem na IX Zjazd PZPR, przewodniczącym Komisji Bezpieczeństwa i Porządku Publicznego Komitetu Wojewódzkiego w «X», a do 1983 albo 1984 r. był członkiem egzekutywy KW PZPR. Stąd całkiem zasadne było przypuszczenie, że wymierzanie tak surowych kar za czynności przygotowawcze, a więc niekaralne, i to wobec jednego z oskarżonych – ponad żądanie prokuratora – nastąpiło z powodów innych niż merytoryczne. [...] Sąd Dyscyplinarny po merytorycznym rozpoznaniu sprawy uniewinnił obwinionego. [...] Sąd Dyscyplinarny wszystkie zarzuty podważył powołując się stereotypowo na kolegalność przy surowym skazaniu [...]. Największe jeszcze wątpliwości co do bezstronności sędziego budziła jego działalność polityczna, ale uznano, że brak jest dostatecznych dowodów, aby surowy wyrok był związany z tą działalnością”.

²⁷ Tamże, s. 292: „Wskazują na nie także zebrane materiały – szybkie awanse do wyższego sądu i na stanowiska administracyjne. To samo dotyczy wielu prezesów sądów, którzy bali się utraty stanowiska, a więc służyli wiernie. Typowym przykładem jest obwiniony w związku ze skazaniem za wykroczenie znanego działacza związkowego – z całym szeregiem naruszeń prawa. [...] Sąd Dyscyplinarny przyznał w tej sprawie, że obwiniony zajmował już wcześniej

Analiza procesu weryfikacji peerelowskiego wymiaru sprawiedliwości każe wysunąć kilka bolesnych wniosków. Po pierwsze, sprawy kierowane do Sądu Dyscyplinarnego były źle przygotowane. Zdaniem A. Strzembosza, przede wszystkim należało dokonać analizy wszystkich spraw politycznych z danego okręgu i na tej podstawie stwierdzić, który z sędziów orzekał w nich najczęściej. Następnie należało porównać wydawane przez niego wyroki z innymi wyrokami wydawanymi w takich sprawach przez sędziów, którzy sporadycznie sądzili kazusy polityczne²⁸. Wyraźnie brakowało również ocen ze strony skazanych oraz opinii ich obrońców. Nadto, w całym procesie weryfikacji pominięto niemal zupełnie sędziów, którzy będąc prezesami sądów „łamali sumienia” sędziów w tych sądach pracujących – pominięta została zatem sprawa kluczowa. Cały proces weryfikacji pokazał również niezdrową solidarność korporacyjną, która stała się bez wątpienia główną przyczyną jego fiaska. Słusznie wskazuje się, że przyczyną takiej sytuacji mógł być w ogóle brak rozliczeń PRL, który przełożył się na logikę rozumowania niektórych sędziów – „po 20 latach od wprowadzenia stanu wojennego należy puścić w niepamięć nieprawości z tego okresu, skoro puszczono w niepamięć zbrodnie tych, którzy wprowadzając stan wojenny, ustanowili prawo, które – jawnie niesprawiedliwe – wymuszało wydawanie niesprawiedliwych wyroków”²⁹.

Nie można również nie zauważyć, że fiasco weryfikacji wymiaru sprawiedliwości z okresu PRL jest po części spowodowane spustoszeniem wywołanym przez pozytywizm prawniczy. Jego oddziaływanie dało katastrofalny efekt polegający na tym, że wielu sędziów ma głęboko zakorzenione przeświadczenie, jakoby każde prawo było prawem wymagającym jego przestrzegania. Jest również faktem, że dla wielu innych sędziów pozytywizm prawniczy pełnił z kolei rolę zasłony dymnej dla ich oportunistów.

Pytanie, które w tym miejscu pozostawię bez odpowiedzi brzmi następująco: jak to możliwe, że A. Strzembosz, najpierw twórca koncepcji wewnętrznego oczyszczania się środowiska sędziowskiego, a następnie tak radykal-

stanowisko prezesa w dwóch sądach, cieszył się zaufaniem czynnika politycznego oraz zdawał sobie sprawę, że korzystne orzeczenie dla działacza związkowego może zakończyć jego karierę, ale to – według niego – nie prowadzi jeszcze do niepodważalnego wniosku, że obwiniony sprzeniewierzył się niezawisłości sędziowskiej”.

²⁸ Taka analiza dokonana w SN doprowadziła do stwierdzenia, że w okresie stanu wojennego została w Izbie Karnej wyodrębniona nieformalna sekcja, której powierzono wszystkie sprawy polityczne.

²⁹ Tamże, s. 293.

ny krytyk efektów tego procesu – co wykazuję przecież także w niniejszym opracowaniu – dziś jest na powrót czołowym krytykiem reformy wymiaru sprawiedliwości, a zatem znów obrońcą interesów chronionych przy Okrągłym Stole i w czasie niemal całej historii III RP?

IV

Wszystko to niestety jest częścią bardzo ważnej rzeczywistości III RP dotyczącej całości trzeciej władzy. Została ona wyciągnięta spod jakiegokolwiek kontroli społecznej, a przecież jej elita przeszła z okresu PRL do III RP bez jakichkolwiek konsekwencji. Co więcej, sędziowie, którzy orzekali często nawet ponad żądania prokuratury w okresie PRL i stanu wojennego, następnie w III RP byli prezesami sądów rejonowych, okręgowych, apelacyjnych, sędziami Sądu Najwyższego i jednocześnie szefami, a także nauczycielami nowych elit sędziowskich wolnej Polski. W takiej rzeczywistości żyliśmy przez 27 lat. Tak nie może funkcjonować demokratyczne państwo prawa, którego wartością zasadniczą jest bezpieczeństwo prawne. To zaś, jak wykazywane jest w niniejszym opracowaniu, buduje się nie tylko w odpowiedni sposób stanowiąc prawo i reguły jego interpretowania, ale przede wszystkim poprzez ustanowienie takiego systemu wymiaru sprawiedliwości, którego funkcjonariusze, członkowie, ludzie odpowiadający za wymiar sprawiedliwości rzeczywiście mogliby te przepisy prawa skutecznie, czyli sprawiedliwie wykonywać.

Powyższe skłania do postawienia tezy, że radykalna reforma wymiaru sprawiedliwości w kontekście bezpieczeństwa prawnego, a w tym również bezpieczeństwa państwa jest konieczna. Krajowa Rada Sądownictwa, stawiana przez przeciwników reformy jako wzór etycznego zachowania, kryształicznej wręcz czystości i symbol niezależności sądów oraz niezawisłości sędziów nie skierowała żadnego wniosku do Sądu Dyscyplinarnego przeciwko jakiemukolwiek sędziemu z okresu PRL-u. Czy to jest przypadek? Dlatego reforma dotyczy w szczególności właśnie tego kluczowego organu.

Reforma wymiaru sprawiedliwości idzie, poza wszystkimi innymi szczegółowymi rozwiązaniami, których prezentacja nie mieści się w ramach niniejszego opracowania, zasadniczo w trzech kierunkach.

Po pierwsze, wymiar sprawiedliwości musi być poddany kontroli społecznej. Podstawą ustroju demokratycznego jest zasada suwerenności narodu. Nie ma demokracji bez suwerenności narodu. Kiedy naród jest suwerenny? Kiedy może podejmować decyzje we wszystkich sprawach go dotyczących. Suweren musi mieć możliwość nadzoru wszystkich spraw w państwie, czyli mieć władzę zwierzchnią. Nie miał takiej możliwości w ogóle, jeśli

chodzi o trzecią władzę – władzę sądowniczą. Została ona odcięta od suwerena, który nie miał żadnego przełożenia na to, co się dzieje w sądownictwie i był to zabieg celowy, oparty zapewne o ustalenia okrągłostołowe.

Urzeczywistnienie zasady suwerenności narodu w procesie reformowania wymiaru sprawiedliwości jest więc kluczem. Stąd też w grudniu 2017 r. uchwalona została nowelizacja ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa. Reforma ma zapewnić demokratyczny charakter KRS, czyli instytucji, która zgodnie z Konstytucją RP stoi na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów³⁰. Ma też zapewnić lepszą weryfikację osób ubiegających się o urząd sędziego. W tym celu za konieczne uznano zmianę sposobu powoływania członków KRS, gdyż to oni wyłaniają kandydatów na sędziów i przedstawiają Prezydentowi RP wnioski o ich powołanie na urząd sędziego. Niezbędne jest zatem wprowadzenie demokratycznego i obiektywnego trybu wyboru członków Rady.

Od wejścia w życie ustawy realny wpływ na wybór członków KRS (a pośrednio także na wybór sędziów) zyskali przedstawiciele społeczeństwa, a nie, jak dotychczas, tylko środowisko sędziowskie pozostające poza wszelką społeczną kontrolą. Zgodnie z art. 187 ust. 1 Konstytucji, Krajowa Rada Sądownictwa składa się z 25 członków, w tym 15 sędziów. Ustrojodawca nie precyzuje jednak sposobu wybierania tych 15 członków KRS będących sędziami. Przed reformą byli oni wybierani przez zgromadzenia sędziów. Natomiast teraz są wybierani przez Sejm. Podmiotami uprawnionymi do zgłoszenia sędziego jako kandydata na członka KRS są: grupa co najmniej 2 tys. pełnoletnich obywateli lub co najmniej 25 sędziów, z wyłączeniem sędziów w stanie spoczynku.

Zgodnie z postulatem Prezydenta RP, wyboru sędziów KRS dokonuje Sejm kwalifikowaną większością 3/5 głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Dopiero w przypadku niemożności wyboru większością 3/5 głosów, o wyborze decydować będzie bezwzględna większość posłów. Sędziowie KRS wybierani są na wspólną 4-letnią kadencję i są wybierani spośród sędziów Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, sądów administracyjnych i sądów wojskowych. Dokonując wyboru, Sejm – w miarę możliwości – będzie starał się uwzględnić potrzebę reprezentacji w KRS sędziów różnych rodzajów i szczebli sądów³¹.

³⁰ Zob. art. 186 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej uchwalona 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

³¹ Zob. art. 9a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, Dz. U. z 2018 r., poz. 389 z późn. zm.

Warto podkreślić, że podobne rozwiązania istnieją w innych państwach Unii Europejskiej. W wielu państwach władza ustawodawcza lub wykonawcza ma istotny udział w procesie powoływania sędziów, a także wpływ na wybór członków instytucji będących odpowiednikami polskiej KRS. Podobnie sytuacja wygląda w USA, ale także w samej Unii, w której sędziowie Trybunału Sprawiedliwości UE nominowani są przez rządy państw członkowskich.

Drugi kierunek reformy to realna odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, o którą wnioskowali nie tylko obecnie rządzący, ale również wcześniej funkcjonujący ministrowie sprawiedliwości, np. Minister B. Piwnik. Nie było bowiem dotąd realnej odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów. Ustawa o Sądzie Najwyższym z dnia 8 grudnia 2017 r.³² tworzy dwie nowe izby Sądu Najwyższego, tj. Izbę Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych oraz Izbę Dyscyplinarną z udziałem ławników. Właśnie ta druga będzie prowadzić postępowania dyscyplinarne wobec sędziów i przedstawicieli innych zawodów prawniczych. Sprawy te będą rozpatrywane przez mieszane składy sędziowsko-ławnicze – w pierwszej instancji dwóch sędziów Izby Dyscyplinarnej i jeden ławnik Sądu Najwyższego, a w drugiej instancji trzech sędziów i dwóch ławników. Ławnicy wyznaczani będą każdorazowo przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego spośród ławników Sądu Najwyższego wybranych przez Senat RP na 4-letnią kadencję. Kandydatów na ławników będą zgłaszać stowarzyszenia, organizacje społeczne i zawodowe, a także co najmniej 100 obywateli mających czynne prawo wyborcze³³. Wszystko po to, aby przywrócić niezawisłości sędziowskiej właściwy wymiar – nie może ona być wyłącznie przywilejem sędziego, ale musi być postrzegana przede wszystkim jako zadanie³⁴.

I w końcu trzeci kierunek to stworzenie podstawowych warunków bezstronnego orzecznictwa. Taki właśnie cel realizuje losowe przydzielanie spraw w sądach wprowadzone kolejną nowelizacją ustawy o ustroju sądów powszechnych³⁵. Zmiana ta ma uniezależnić sędziów od potencjalnych naci-

³² Dz. U. z 2018 r., poz. 5 z późn. zm.

³³ Zob. rozdz. 6 ustawy o Sądzie Najwyższym.

³⁴ Por. A. Gajewska, *Kilka uwag o niezawisłości sędziowskiej*, w: *Trzecia władza. Sądy i Trybunały w Polsce. Materiały Jubileuszowego I Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego*, Gdynia, 24-26 kwietnia 2008 roku, red. A. Szmyt, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008, s. 315 n.

³⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2018 r., poz. 23 z późn. zm.

sków przełożonych, co sprzyja ich bezstronności i niezawisłości. W tym celu ustawodawca wprowadza kilka nowych rozwiązań, wśród których kluczowa wydaje się zasada losowego przydziału spraw sędziom. Stosowany jest w tym celu elektroniczny system wzorowany na niemieckim. Wszystko po to, by ograniczyć nieformalny wpływ prezesów sądów na wyroki sądowe poprzez arbitralne przydzielanie spraw wybranym sędziom. Celem jest także zapewnienie równego obciążenia sędziów sprawami.

Wprowadzono także zasadę niezmienności składu orzekającego, zgodnie z którą raz wylosowany skład sędziowski nie będzie ulegał zmianie do zakończenia sprawy, a ewentualne odstępstwa możliwe są jedynie w ściśle określonych przypadkach. Ustawa zwiększa także kompetencje Ministra Sprawiedliwości w zakresie powoływania i odwoływania prezesów i wiceprezesów sądów.

V

Obecna reforma wymiaru sprawiedliwości to fundament do dalszych radykalnych zmian w prawie i sądownictwie. Do tego bowiem, żebyśmy mówili o realnym bezpieczeństwie prawnym musimy mieć rzeczywiście do czynienia z realnie obowiązującym prawem do sądu. Czym ono jest? To prawo do sprawiedliwego, jawnego rozpatrzenia sprawy bez uzasadnionej zwłoki, przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Jednocześnie jest to prawo do skutecznego wykonania orzeczenia sądowego. Reforma musi być całościowa – poddana kontroli społecznej władza sądownicza musi działać i orzekać na podstawie procedur, które wykluczać będą bezsensowne i sprzeczne z wymogami państwa prawa przedłużanie postępowania³⁶. Procedury te muszą gwarantować dwu-

³⁶ Z danych Ministerstwa Sprawiedliwości (2016 r.) wynika, że w przypadku większości spraw w pierwszej instancji średni czas trwania postępowań w sądach rejonowych i okręgowych wynosi poniżej roku, ale jednocześnie są setki tysięcy spraw, gdzie postępowania sądowe trwają wiele lat (często dłużej niż 2-3 lata, a nawet ponad 5 czy 8 lat). Zdarzały się też ekstremalne przypadki niezwykle długich postępowań sądowych, których efektem było np. 14 lat oczekiwania na wykonanie wyroku pozbawienia wolności, 17 lat oczekiwania na zwrot depozytu, czy 26 lat oczekiwania na decyzję sądu w sprawie zniesienia współwłasności. Jak wynika z raportów Komisji Europejskiej i Banku Światowego z ostatnich lat (2015-2017), przewlekłość postępowań widoczna jest zwłaszcza w sprawach konsumenckich i upadłościowych. Sprawy konsumenckie trwają około 750 dni w pierwszej instancji, a w drugiej – 350 dni, czyli w sumie około 3 lat, co stawia Polskę na jednym z ostatnich miejsc wśród badanych państw UE. Szybkie i sprawiedliwe sądy to dla przedsiębiorców podstawa prowadzenia inte-

instancyjność i możliwość zaskarżenia orzeczeń w każdym przypadku. Reforma musi dotyczyć również skuteczności egzekucji wyroków sądowych, bo inaczej coś, co nazywamy prawem do sądu będzie funkcjonowało w sposób ułomny, fikcyjny. Taki stan rzeczy wykluczać też będzie urzeczywistnienie wartości państwa prawa, jaką jest bezpieczeństwo prawne.

PIŚMIENNICTWO

- Czarnek, Przemysław. 2006. *Zasady państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej w praktyce ustrojowej III Rzeczypospolitej Polskiej*, mps w Archiwum KUL. Lublin.
- Czarnek, Przemysław. 2014. *Wolność gospodarcza – pierwszy filar społecznej gospodarki rynkowej*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Erdő, Peter. 2006. „Wolność a prawo.” W *Kardynał Peter Erdő, Doktor Honoris Causa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*, red. Iwona Pachcińska, przekł. Krystyna Kozak, 25–38. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Gajewska, Aneta. 2008. „Kilka uwag o niezawisłości sędziowskiej.” W *Trzecia władza. Sądy i Trybunały w Polsce. Materiały Jubileuszowego I Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Gdynia, 24-26 kwietnia 2008 roku*, red. Andrzej Szmyt, 315–317. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2007. *Idea prawa w orzecznictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2013. *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Strzembosz, Adam. 2003. „Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów za sprzeniewierzenie się niezawisłości sędziowskiej w latach 1944-1989.” W *Prawość i godność. Księga pamiątkowa w 70. rocznicę urodzin Profesora Wojciecha Łączkowskiego*, red. Sławomir Fundowicz, Ferdynand Rymarz, i Andrzej Gomułowicz, 275–294. Lublin: Katolicki Uniwersytet Lubelski.
- Św. Tomasz z Akwinu. 1985. *Suma teologiczna*. T. XIII: *Prawo*, przekł. Pius Belch. Londyn: Katolicki Ośrodek Wydawniczy „Veritas”.
- Tobor, Zygmunt. 1993. „Legalność a praworządność.” W *Rozważania o państwie i prawie. Księga jubileuszowa poświęcona Józefowi Nowackiemu*, red. Elżbieta Giszter, 193–200. Katowice: Uniwersytet Śląski.
- Wronkowska, Sławomira. 1991. „Zmiany w systemie prawnym (z zagadnień techniki i polityki legislacyjnej).” *Państwo i Prawo* 8:3–14.

resów. Według najnowszego raportu Banku Światowego *Doing Business* (2017 r.), czas sądowego dochodzenia należności od kontrahentów (obejmujący składanie wniosków, postępowanie sądowe i egzekucję należności) wynosi w Polsce 685 dni, podczas gdy np. na Litwie jest to 370 dni, we Francji 395 dni, w Wielkiej Brytanii 437 dni, a w Niemczech 499 dni. Przewlekłość postępowań sądowych jest również jednym z problemów przedsiębiorców, którzy na drodze sądowej dochodzą swoich roszczeń od Skarbu Państwa za szkody wyrządzone im w wyniku decyzji urzędników państwowych, np. za bezprawne zniszczenie ich firm przez urzędy skarbowe lub celne.

REFORM OF THE JUDICIARY AND THE LEGAL SECURITY

Summary. The law in the state should have the following characteristics: effectiveness, justice, certainty, clearness, explicitness. These features ensure the security of the rule of law. However, but in order to talk about real of legal security, the right to a court must be guaranteed in the state. Therefore the reform of the judiciary should concern also effectiveness of the enforcement of court judgments for this purpose, that the right to court was not fictitious.

Translated by Anna Słowikowska

Key words: the rule of law, justice, legal security, judiciary

BEZPIECZEŃSTWO W CYBERPRZESTRZENI

Mariusz Czyżak

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Polska
<https://orcid.org/0000-0003-0869-3713>

Streszczenie. W artykule omówiono zagadnienie bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Przedstawiono pojęcia bezpieczeństwa i cyberprzestrzeni, a także wybrane kategorie zagrożeń w cyberprzestrzeni. Wskazano, że odpowiedzialność za utrzymanie właściwego poziomu cyberbezpieczeństwa spoczywać powinna na instytucjach publicznych, przedsiębiorcach i indywidualnych użytkownikach cyberprzestrzeni.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo, cyberprzestrzeń, cyberprzestępczość

UWAGI WSTĘPNE

Wraz z postępującym rozwojem technicznym i powszechnym wykorzystywaniem technologii teleinformatycznych w każdym niemal obszarze życia społecznego i gospodarczego, odmiennego znaczenia nabiera w ostatnich latach również pojęcie bezpieczeństwa, zwłaszcza tego jego wymiaru, który odnosi się do nowego obszaru aktywności ludzkiej zwanego cyberprzestrzenią. W dalszych rozważaniach podjęta zostanie próba nakreślenia przynajmniej niektórych aspektów bezpieczeństwa związanych z cyberprzestrzenią, rzutujących w szczególności na kształt prawnego instrumentarium służącego ochronie dóbr istotnych dla państwa i jednostki. Punktem wyjścia dla nich będą zaś zarówno poglądy doktryny nauk o bezpieczeństwie i nauk prawnych na współczesne postrzeganie pojęcia bezpieczeństwa i cyberprzestrzeni, jak i treść aktów normatywnych różnej rangi i należących do różnych gałęzi prawa, a odnoszących się do tego wymiaru bezpieczeństwa, którym jest bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni.

I. POJĘCIE BEZPIECZEŃSTWA

Bezpieczeństwo jest pojęciem złożonym i wielowymiarowym. Definiowane jest bądź jako pewien stan, tj. poczucie bezpieczeństwa osiągnięte przez dany podmiot, bądź jako proces polegający na zapewnianiu poczucia bezpieczeństwa określonego podmiotu, odzwierciedlający rzeczywisty, dynamiczny charakter tego zjawiska. Bezpieczeństwo tego podmiotu stanowić będzie zatem wówczas taką dziedzinę jego aktywności, „której treścią jest zapewnianie możliwości przetrwania (egzystencji) i swobody realizacji własnych interesów w niebezpiecznym środowisku [np. w cyberprzestrzeni – M.Cz.], w szczególności poprzez wykorzystywanie szans (okoliczności sprzyjających), stawianie czoła wyzwaniom, redukcowanie ryzyka oraz przeciwdziałanie (zapobieganie i przeciwstawianie się) wszelkiego rodzaju zagrożeniom dla podmiotu i jego interesów”¹.

Na gruncie nauk o bezpieczeństwie stan ów bywa przy tym klasyfikowany m.in. na bezpieczeństwo międzynarodowe i narodowe. W ramach tego pierwszego doktryna wyodrębnia wówczas bezpieczeństwo globalne, regionalne i zbiorowe. W obrębie drugiej kategorii wyróżnia się zaś bezpieczeństwo państwa, społeczeństwa, poszczególnych grup społecznych i jednostki. Samo bezpieczeństwo narodowe składać się może z kolei z takich elementów wyodrębnionych przedmiotowo, jak bezpieczeństwo polityczne, ekonomiczne, społeczno-kulturowe, ekologiczne, militarne i inne (np. informacyjne)².

W polskim porządku prawnym trudno doszukać się definicji legalnej pojęcia „bezpieczeństwo narodowe”. Wspomnieć wypada jednak, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³ posługuje się pojęciem „bezpieczeństwo obywateli”, wskazując je jako jeden z elementów bezpieczeństwa, który zapewnić ma Rzeczpospolita Polska (art. 5 Konstytucji RP), „bezpieczeństwo państwa” w kontekście przesłanek wyłączenia jawności rozprawy sądowej (art. 45 ust. 2 Konstytucji RP), „bezpieczeństwo ekologiczne” – konstytuując spoczywający na władzach publicznych obowiązek ochrony środowiska i prawo do bezpieczeństwa ekologicznego (art.

¹ S. Koziej, *Bezpieczeństwo: istota, podstawowe kategorie i historyczna ewolucja*, „Bezpieczeństwo Narodowe” 18 (2) 2011, s. 20.

² Por. Z. Nowakowski, H. Szafran, R. Szafran, *Bezpieczeństwo w XXI wieku. Strategie bezpieczeństwa narodowego Polski i wybranych państw*, Politechnika Rzeszowska, Rzeszów 2009, s. 72.

³ Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm. [dalej cyt.: Konstytucja RP].

74 ust. 1 Konstytucji RP), a także „bezpieczeństwo wewnętrzne państwa” i „bezpieczeństwo zewnętrzne państwa” w odniesieniu do obowiązków spoczywających na Radzie Ministrów (art. 146 ust. 4 pkt 7 i 8 Konstytucji RP). Akty normatywne rangi ustawowej wskazują natomiast m.in. na bezpieczeństwo publiczne (np. wraz z pojęciem porządku publicznego w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁴) lub bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne (np. jako obszary aktywności Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁵).

Dodać należy, że bezpieczeństwo narodowe jest pojęciem obejmującym zarówno bezpieczeństwo obywateli, bezpieczeństwo wewnętrzne, jak i bezpieczeństwo zewnętrzne⁶. Bezpieczeństwo wewnętrzne jest zatem kategorią bezpieczeństwa węższą znaczeniowo od pojęcia bezpieczeństwa narodowego. P. Majer wiąże, pojmowane uniwersalnie, bezpieczeństwo wewnętrzne ze „stanem niezakłóconego funkcjonowania państwa, związanym z bezpieczeństwem jego organów oraz stabilnością życia społecznego, wynikającą z bezpieczeństwa osobistego i bezpieczeństwa egzystencji jego obywateli”, przy czym bezpieczeństwo organów państwa utożsamia z porządkiem konstytucyjnym lub ustrojowym, bezpieczeństwo osobiste traktuje jako następstwo dominujących w danym państwie stosunków społecznych, obowiązującego tam systemu prawnego oraz stopnia gotowości tegoż państwa do ochrony interesów (praw i wolności) jednostki, zaś za treść bezpieczeństwa egzystencji uznaje wrażliwość państwa na sprawy bytu. Złożoność zjawiska bezpieczeństwa wewnętrznego implikuje z kolei konieczność jego rozpatrywania w trzech wymiarach – instytucjonalnym (struktury organów władzy publicznej, których liczba i zakres działalności związany jest ze wzrastającymi powinnościami państwa), normatywnym (przepisy prawne regulujące sferę bezpieczeństwa wewnętrznego w ujęciu przedmiotowym i odnoszące się nie tylko do ochrony instytucji publicznych, ale tworzące również gwarancje dla bezpieczeństwa osobistego i egzystencji), a także funkcjonalnym (sposób wdrażania regulacji dotyczących bezpieczeństwa wewnętrznego przez wła-

⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2018 r., poz. 2387 z późn. zm.

⁶ M. Nowiński, *Pojęcie bezpieczeństwa narodowe w prawie europejskim i międzynarodowym w kontekście uprawnień służb specjalnych*, w: *Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego. Wybrane zagadnienia*, red. P. Burczaniuk, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralny Ośrodek Szkolenia im. gen. dyw. Stefana Roweckiego „Grota”, Warszawa 2017, s. 11.

ściwe instytucje publiczne)⁷. Analogicznie, węższe znaczenie ma również pojęcie bezpieczeństwa zewnętrznego, które powiązane jest z odpornością na zagrożenia zlokalizowane poza tymże państwem.

II. ISTOTA CYBERPRZESTRZENI I CYBERBEZPIECZEŃSTWA

Do jakiej kategorii bezpieczeństwa należałoby zaliczyć bezpieczeństwo cyberprzestrzeni? Dla podjęcia próby nakreślenia jego istoty wypada pokrótce przypomnieć znaczenie samej cyberprzestrzeni. Na gruncie doktryny nauk prawnych, nauk o bezpieczeństwie, czy też nauk o zarządzaniu, a na samym początku literatury, wypracowano szereg różnorodnych definicji pojęcia „cyberprzestrzeń”, stąd też nie sposób byłoby przywołać ich wszystkich. Niemniej wspomnieć trzeba, że W. Gibson w powieści *Neuromancer* posłużył się jako jeden z pierwszych, opisem następującym: „To jest cyberprzestrzeń, konsensualna, halucynacja, doświadczana każdego dnia przez miliardy uprawnionych użytkowników we wszystkich krajach, przez dzieci nauczone pojęć matematycznych. Graficzne odwzorowanie danych pobieranych z banków wszystkich komputerów świata. Niewyobrażalna złożoność”⁸. Dodatkowo, dla porządku przedmiotowych rozważań przypomnieć należy przynajmniej kilka spośród definicji cyberprzestrzeni: „Globalna domena środowiska informacyjnego składająca się z współzależnych sieci tworzonych przez infrastrukturę technologii informacyjnej (IT) oraz zawartych w nich danych, włączając Internet, sieci telekomunikacyjne, systemy komputerowe, a także osadzone w nich procesory oraz kontrolery”; „Wirtualna przestrzeń, w której krążą elektroniczne dane przetwarzane przez komputery PC z całego świata”; „Cyberprzestrzeń jest wirtualną przestrzenią wszystkich systemów technologii informacyjnej powiązanych na poziomie danych w skali globalnej. Fundament cyberprzestrzeni stanowi Internet jako uniwersalna oraz powszechnie dostępna sieć oferująca połączenia oraz transport, która może być uzupełniania oraz rozszerzana dalej przez dowolną ilość dodatkowych sieci danych. Systemy IT działające w wyizolowanej przestrzeni wirtualnej nie stanowią części cyberprzestrzeni”⁹.

⁷ P. Majer, *W poszukiwaniu uniwersalnej definicji bezpieczeństwa wewnętrznego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 7 (2012), s. 16–17.

⁸ Zob. W. Gibson, *Neuromancer*, Wydawnictwo Książnica, Katowice 2009, s. 59.

⁹ Cyt. za: J. Wasilewski, *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 9 (2013), s. 227–230.

Próbe zdefiniowania pojęcia cyberprzestrzeni podjął również polski ustawodawca na gruncie prawodawstwa dotyczącego stanów nadzwyczajnych, a także organy władzy publicznej w obrębie dokumentów o charakterze planistycznym i strategicznym. W „Krajowych ramach polityki cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2017-2022”¹⁰ cyberprzestrzeń zdefiniowana została, na wzór definicji legalnych zawartych w ustawie z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej¹¹, ustawie z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym¹², jak również ustawie z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej¹³, jako „przestrzeń przetwarzania i wymiany informacji tworzoną przez systemy teleinformatyczne wraz z powiązaniami pomiędzy nimi oraz relacjami z użytkownikami”¹⁴.

Cyberprzestrzeń ma postać przestrzeni wirtualnej, która służy komunikowaniu się, a nie zmateriałizowanej wyodrębnionej przestrzeni fizycznej, ale pamiętać trzeba przy tym, że jej byt jako obszaru wymiany informacji uzależniony jest od istnienia urządzeń technicznych natury fizycznej, zlokalizowanych na terytorium określonego państwa, przynależnych niekiedy nawet do określonych instytucji publicznych. Dlatego też nie sposób odebrać jej jednak również charakteru swego rodzaju komponentu przestrzeni państwa, gdzie państwo to pełni swoje funkcje, jeśli cyberprzestrzeń tworzą systemy teleinformatyczne podlegające jurysdykcji tegoż państwa ze względu na rozmieszczenie na jego terytorium lub fakt, że pozostają w dyspozycji organów władzy do niego przynależnych¹⁵.

¹⁰ Uchwała nr 52/2017 Rady Ministrów z dnia 27 kwietnia 2017 r. w sprawie Krajowych Ram Polityki Cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2017-2022 [dalej cyt.: Krajowe ramy polityki cyberbezpieczeństwa].

¹¹ Dz. U. z 2017 r., poz. 1932 z późn. zm.

¹² Dz. U. z 2017 r., poz. 1928 z późn. zm.

¹³ Dz. U. z 2017 r., poz. 1897 z późn. zm.

¹⁴ W rozumieniu art. 2 ust. 1b ustawy o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej, analogicznie brzmiącym art. 2 ust. 1b ustawy o stanie wyjątkowym, jak również art. 3 pkt 4 ustawy o stanie klęski żywiołowej, cyberprzestrzeń to „przestrzeń przetwarzania i wymiany informacji tworzoną przez systemy teleinformatyczne, określone w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne [...], wraz z powiązaniami pomiędzy nimi oraz relacjami z użytkownikami”.

¹⁵ M. Czyżak, *Prawna ochrona cyberprzestrzeni państwa*, „Horyzonty Bezpieczeństwa” 8 (2017), s. 7, 9.

Wspomniane już Krajowe ramy polityki cyberbezpieczeństwa posługują się takimi równoznacznymi pojęciami odnoszącymi się do materii bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni, jak „bezpieczeństwo sieci i systemów teleinformatycznych”, „cyberbezpieczeństwo” i „bezpieczeństwo teleinformatyczne”. Uznają je za pewien stan, tj. „odporność systemów teleinformatycznych, przy danym poziomie zaufania, na wszelkie działania naruszające dostępność, autentyczność, integralność lub poufność przechowywanych, przekazywanych lub przetwarzanych danych, lub związanych z nimi usług oferowanych lub dostępnych poprzez te sieci i systemy informatyczne” (Krajowe ramy cyberbezpieczeństwa, pkt 11 ppkt 3). Dodać wypada, że wskazano tam również wyrażnie, iż „W cyberprzestrzeni tworzymy i kształtujemy relacje społeczne, a Internet stał się narzędziem do wpływania na zachowania grup społecznych, a także oddziaływania w sferze politycznej. Każde znaczące zakłócenie funkcjonowania cyberprzestrzeni, czy to o charakterze globalnym, czy lokalnym, będzie miało wpływ na bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, poczucie bezpieczeństwa obywateli, sprawność funkcjonowania instytucji sektora publicznego, przebieg procesów produkcyjnych i usługowych, a w rezultacie na ogólnie pojmowane bezpieczeństwo narodowe” (Krajowe ramy cyberbezpieczeństwa, pkt 1). Założono przy tym, iż „W roku 2022 Polska będzie krajem bardziej odpornym na ataki i zagrożenia płynące z cyberprzestrzeni. Dzięki synergii działań wewnętrznych i międzynarodowych cyberprzestrzeń RP stanowić będzie bezpieczne środowisko umożliwiające realizowanie wszystkich funkcji państwa i pozwalać na pełne wykorzystywanie potencjału gospodarki cyfrowej, przy równoczesnym poszanowaniu praw i wolności obywateli” (Krajowe ramy cyberbezpieczeństwa, pkt 4.1.).

Definicji cyberbezpieczeństwa, analogicznej do przywołanej powyżej, doszukać można się także na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa¹⁶. Ustawa ta wdrożyła ma do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii¹⁷. Cyberbezpieczeństwo określa wspomniana ustawa jako „odporność systemów informacyjnych na działania naruszające poufność, integralność, dostępność i autentyczność przetwarzanych danych lub związa-

¹⁶ Dz. U. z 2018 r., poz. 1560 [dalej cyt.: u.k.s.c.]

¹⁷ Dz. Urz. UE L 194 z 19.07.2016, s. 1.

nych z nimi usług oferowanych przez te systemy” (art. 2 pkt 4 u.k.s.c.). Celem krajowego systemu cyberbezpieczeństwa ma zaś być „zapewnienie cyberbezpieczeństwa na poziomie krajowym, w tym niezakłóconego świadczenia usług kluczowych i usług cyfrowych, przez osiągnięcie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa systemów informacyjnych służących do świadczenia tych usług oraz zapewnienie obsługi incydentów” (art. 3 u.k.s.c.).

W „Doktrynie cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej” opracowanej przez Biuro Bezpieczeństwa Narodowego i wprowadzonej w dniu 22 stycznia 2015 r.¹⁸ posłużono się z kolei pojęciem „cyberbezpieczeństwa RP (bezpieczeństwa RP w cyberprzestrzeni)”, rozumianym jako „proces zapewniania bezpiecznego funkcjonowania w cyberprzestrzeni państwa jako całości, jego struktur, osób fizycznych i osób prawnych, w tym przedsiębiorców i innych podmiotów nieposiadających osobowości prawnej, a także będących w ich dyspozycji systemów teleinformatycznych oraz zasobów informacyjnych w globalnej cyberprzestrzeni” (Doktryna cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej, s. 7–8), jak również odrębnie „bezpieczeństwa cyberprzestrzeni RP”, za które uznano „część cyberbezpieczeństwa państwa, obejmującą zespół przedsięwzięć organizacyjno-prawnych, technicznych, fizycznych i edukacyjnych mających na celu zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania cyberprzestrzeni RP wraz ze stanowiącą jej komponent publiczną i prywatną teleinformatyczną infrastrukturą krytyczną oraz bezpieczeństwa przetwarzanych w niej zasobów informacyjnych” (Doktryna cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej, s. 8).

Jeżeli cyberprzestrzeń wymyka się dotychczasowemu, klasycznemu postrzeganiu określonego wyodrębnionego fizycznie wymiaru przestrzeni, to problem z dookreśleniem odnosi się i do samego stanu bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni oraz narzędzi, które służą jego zapewnieniu. Charakteryzując istotę bezpieczeństwa cyberprzestrzeni J. Wasilewski wyraził następujący pogląd: „Istotę cyberprzestrzeni tworzy koncepcja powołania do życia swojego rodzaju równoległego środowiska, które jest nowym wymiarem dla ludzkich działań. [...] Skoro cyberprzestrzeń jest nową domeną ludzkiej aktywności, zapewnienie należytego poziomu jej ochrony powinno w naturalny sposób być jednym z obowiązków państwa wobec obywateli. Przyjęcie określonego sposobu definiowania cyberprzestrzeni wywiera istotny wpływ na sposób określania zakresu przedmiotowego obszaru bezpieczeństwa cy-

¹⁸ Doktryna cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2015, w: <https://www.bbn.gov.pl>

berprzestrzeni. O ile zatem z definicji domeny cyfrowej wyłącza się jej użytkowników, bezpieczeństwo tak ujętej cyberprzestrzeni będzie skupiać się na zapewnieniu ochrony elementów infrastrukturalnych. Z kolei dodanie do przedmiotowej definicji relacji pomiędzy użytkownikami a podbudowującym cyberprzestrzeń sprzętem oraz relacji pomiędzy samymi użytkownikami (użytkownik – cyberprzestrzeń jako medium – użytkownik) narzuca konieczność pojmowania bezpieczeństwa tego obszaru w sposób zdecydowanie bardziej dynamiczny, zwłaszcza że jest on pełny ludzkich działań o najróżniejszych konotacjach prawnych¹⁹. Ochrona bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni obejmować musi zatem ochronę praw i wolności jednostki, ale w sposób odpowiadający wymogom wynikającym z jej wirtualnej natury.

III. ZAGROŻENIA W CYBERPRZESTRZENI

Mając na względzie rozmaite aspekty postrzegania cyberprzestrzeni stwierdzić trzeba, że przybierać może ona wymiar socjologiczny, prawny, politologiczny, techniczny, militarny, itp. Raz będzie sferą aktywności społecznej jednostki, poszczególnych grup społecznych, czy też zawodowych, ale też wspólnoty międzynarodowej i struktur państwowych. Innym razem będzie to – podlegająca ochronie prawnokarnej – płaszczyzna wymiany gospodarczej i dokonywanych w jej obrębie transakcji handlowych, środowisko informatyczne wymagające zastosowania specjalnych rozwiązań z zakresu bezpieczeństwa IT, a także element struktury państwa strzeżony przez służby ochrony bezpieczeństwa powszechnego i porządku publicznego, a nawet teatr działań wojennych podejmowanych przez siły zbrojne. Niezależnie jednak od odmiennej jej percepcji, elementem nieodłącznie towarzyszącym materii cyberprzestrzeni jest kwestia bezpieczeństwa podmiotów (jednostki, podmiotów o charakterze korporacyjnym, czy też państwa, sojuszy wojskowych lub wspólnoty międzynarodowej) w jej obrębie funkcjonujących. Różny też charakter mieć będą zagrożenia w niej występujące.

Zapewnienie bezpieczeństwa w wymiarze militarnym kojarzone jest przede wszystkim z ochroną nienaruszalności granic państwa i jego suwerenności. Niemniej cyberprzestrzeń stała się jednym z potencjalnych obszarów agresji, a w konsekwencji i teatrem działań wojennych. Stąd też, w opracowanej w Ministerstwie Obrony Narodowej „Koncepcji Obronnej Rzeczypospolitej Polskiej” z maja 2017 r., w części dotyczącej środowiska bez-

¹⁹ J. Wasilewski, *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, s. 231–232.

pieczeństwa Polski, w szczególności w odniesieniu do zagrożeń i wyzwań stwierdzono wyraźnie: „Choć w przyszłości wojny będą wciąż prowadzone przede wszystkim za pomocą środków kinetycznych, znaczenie będą zyskiwać również inne metody walki. Cyberprzestrzeń oraz pole walki informacyjnej, już teraz stają się frontem nowego rodzaju, pozbawionym wielu ograniczeń (np. prawnych), a także umożliwiającym bardziej wyrównaną konkurencję państwom o zróżnicowanym potencjale militarnym. Jest to sfera, w której szczególnie łatwo będzie zatrzeć granice między stanami pokoju i wojny. Utrzymane zostanie wysokie tempo rozwoju narzędzi walki radioelektronicznej i informacyjnej. Zwiększone możliwości w dziedzinie analizy dużych zbiorów danych zrewolucjonizują zarządzanie bezpieczeństwem państwa w wielu aspektach”. Jednocześnie, w części dotyczącej docelowego modelu Sił Zbrojnych RP 2032 wskazano, iż „Stałą osłonę zapewnią wojska cybernetyczne, koordynujące zabezpieczenie i walkę w cyberprzestrzeni. Wysokie tempo rozwoju narzędzi walki radioelektronicznej i informacyjnej. Zwiększone możliwości w dziedzinie analizy dużych zbiorów danych zrewolucjonizują zarządzanie bezpieczeństwem państwa w wielu aspektach”²⁰.

Ogromne możliwości stworzone przez rozwój nowych technologii i możliwość funkcjonowania człowieka w cyberprzestrzeni wpływają również, nie zawsze korzystnie, na zachowanie człowieka jako członka społeczeństwa. W świecie wirtualnym posiada on poczucie anonimowości, które związane jest z deindywidualizacją i przekonaniem o własnej bezkarności z uwagi na trudno identyfikowalną tożsamość w cyberprzestrzeni. Niezwykle łatwy dostęp do danych i brak barier uniemożliwiających dostęp do niektórych treści może zagrażać prawidłowemu rozwojowi człowieka. Funkcjonowanie w cyberprzestrzeni w postaci dodatkowego bytu prowadzić może do pewnej dezintegracji tożsamości osoby. Ogromne możliwości komunikacyjne sprawiają, że człowiek z jednej strony zwiększa częstotliwość i liczbę kontaktów, ale pozbawione są one takiej ekspresji emocjonalnej, jaka towarzyszy osobistym kontaktom. W konsekwencji osoby odnajdujące się w świecie wirtualnym, nie zawsze radzą sobie w życiu poza cyberprzestrzenią, nie rozumiejąc praw rządzących światem realnym, m.in. tych, które dotyczą norm społecznych,

²⁰ Koncepcja Obronna Rzeczypospolitej Polskiej, Ministerstwo Obrony Narodowej, Maj 2017, s. 34–35, 44–45.

a w następstwie tego naturalnych konsekwencji swojego zachowania i istoty relacji interpersonalnych²¹.

Przypomnieć warto przy tym również ustalenia Najwyższej Izby Kontroli [dalej: NIK] dokonane w ramach kontroli pn. „Zapobieganie i przeciwdziałanie cyberprzemocy wśród dzieci i młodzieży” przeprowadzonej w okresie od 9 stycznia do 18 kwietnia 2017 r. w Ministerstwie Edukacji Narodowej, Ministerstwie Cyfryzacji oraz wybranych Komendach Wojewódzkich Policji, Komendach Powiatowych Policji i szkołach (lata szkolne 2013/2014-2016/2017). Wyniki badań ankietowych przeprowadzonych przez NIK w trakcie przedmiotowej kontroli wskazały, że 26,7% ankietowanych uczniów przyznało, iż dotknęło ich zjawisko cyberprzemocy. Równocześnie 24,5% ankietowanych rodziców potwierdziło, że ich dziecko stało się bezpośrednio ofiarą cyberprzemocy. W informacji NIK o wynikach kontroli wskazano, że działania klasyfikowane jako „cyberprzemoc” wypełniać mogą znamiona takich czynów zabronionych poddanych odpowiedzialności na gruncie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny²² oraz ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń²³, jak: zniesławienie (art. 212 § 1 i 2 k.k.), zniewaga (art. 216 § 1 i 2 k.k.), kradzież tożsamości (art. 268a § 1 k.k.), groźba karalna (art. 190 § 1 k.k.), uporczywe nękanie oraz podszywanie się pod inną osobę lub wykorzystywanie jej wizerunku (art. 190a § 1 i 2 k.k.), zmuszanie do określonego zachowania lub znoszenia (art. 191 § 1 k.k.), utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody (art. 191a § 1 k.k.), kradzież informacji (art. 267 § 1 k.k.), naruszenie integralności informacji i prawa do niezakłóconego dostępu do niej osoby uprawnionej (art. 268 § 1 i 2 k.k.) oraz naruszenie spokoju człowieka (art. 107 k.w.) i naruszenie obyczajności (art. 141 k.w.)²⁴.

Nie sposób pominąć w konsekwencji całego zjawiska cyberprzestępczości, skierowanego nie tylko przeciwko dzieciom i młodzieży, a stanowiącego najpoważniejsze zagrożenie dla bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Skala

²¹ B. Kałdon, *Cyberprzestrzeń jako zagrożenie człowieka XXI wieku*, „Seminare” 2 (2016), s. 89–90.

²² Dz. U. z 2018 r., poz. 1600 z późn. zm. [dalej cyt.: k.k.].

²³ Dz. U. z 2018 r., poz. 618 z późn. zm. [dalej cyt.: k.w.].

²⁴ Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Kielcach, Informacja o wynikach kontroli „Zapobieganie i przeciwdziałanie cyberprzemocy wśród dzieci i młodzieży”, LKI.410.002.00.2017, Nr ewid. 16/2017/P/17/071/LKI, w: www.nik.gov.pl, s. 11.

popęłnianych w cyberprzestrzeni lub z jej wykorzystaniem przestępstw rośnie lawinowo z wielu powodów. Jednym z nich jest dynamiczny rozwój narzędzi IT, które mogą być wykorzystywane w celach przestępczych przez nawet niezaawansowanego pod względem technicznym użytkownika, a mogą zapewnić mu ukrycie tożsamości i rzeczywistej lokalizacji (np. narzędzia anonimizujące sieć), innym – rosnąca liczba punktów darmowego dostępu do Internetu (*hot spot*), jeszcze innym – transgraniczność Internetu, zapewniająca łatwy dostęp do usług świadczonych przez podmioty mające siedzibę w innym kraju. Nie można też zapominać również o rosnącej liczbie faktycznych użytkowników Internetu i wzroście ilości środków finansowych będących przedmiotem transakcji dokonywanych w sposób elektroniczny²⁵. W samym 2017 r. Rządowy Zespół Reagowania na Incydenty Komputerowe CERT.GOV.PL (utworzony 1 lutego 2008 r. w ramach Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego), który pełni rolę głównego Zespołu CERT odpowiadającego za koordynację procesu reagowania na incydenty komputerowe występujące w obszarze administracji rządowej oraz infrastruktury krytycznej, odnotował 28 281 zgłoszeń o potencjalnym wystąpieniu incydentów komputerowych w sieciach, które znajdowały się w zakresie jego kompetencji, co stanowi znaczący wzrost wobec 19 954 zgłoszeń zarejestrowanych w 2016 r.²⁶ Z badania przeprowadzonego przez KPMG pn. „Barometr cyberbezpieczeństwa” na grupie ponad 100 dużych, średnich i małych przedsiębiorstw wynika, że 82% spośród przedsiębiorstw odnotowało w 2017 r. co najmniej 1 cyberincydent, a 37% zaobserwowało wzrost liczby cyberataków. Jako źródło tego rodzaju ataków wskazano zorganizowane grupy przestępcze (62%) lub pojedynczych hakerów (61%). Za największe ryzyka dla organizacji uznano takie działania cyberprzestępcze, jak: zaawansowane ataki kierunkowe (APT – *Advanced Persistent Attacks*), wycieki danych za pomocą złośliwego oprogramowania (*malware*), kradzież danych przez pracowników, ogólne kampanie *ransomware* (ograniczenia w dostępie do komputera uzależnione od opłacenia „okupu”), wyłudzenie danych uwierzytelniających (*phishing*)²⁷.

Mechanizmy kształtowania należytego poziomu przywołanych powyżej części składowych bezpieczeństwa narodowego – bezpieczeństwa politycz-

²⁵ M. Stefanowicz, *Cyberprzestępczość – próba diagnozy zjawiska*, „Kwartalnik Policyjny. Czasopismo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie” 4 (2017), s. 21–23.

²⁶ Raport o stanie bezpieczeństwa cyberprzestrzeni RP w roku 2017, Warszawa, kwiecień 2017, w: cert.gov.pl, s. 11.

²⁷ Barometr cyberbezpieczeństwa. Cyberatak zjawiskiem powszechnym, styczeń 2018, w: kpmg.pl, s. 4, 7.

nego, ekonomicznego, społeczno-kulturowego, ekologicznego, militarnego bądź informacyjnego, uwzględniać muszą nie tylko teoretycznie możliwe, ale występujące realnie zjawiska godzące w prawa i wolności osobiste, polityczne, czy też ekonomiczne, socjalne i kulturalne, a zagrażające bezpieczeństwu w cyberprzestrzeni, takie jak np.: cyberataki podczas wyborów w państwach demokratycznych (np. przed wyborami prezydenckimi w Stanach Zjednoczonych w 2016 r.²⁸), zagrożenia towarzyszące obrotowi gospodarczemu w Internecie (np. ataki na systemy bankowe²⁹), zagrożenia wymierzone przeciwko infrastrukturze transportowej (np. cyberatak na serwer portu lotniczego w Modlinie w listopadzie 2017 r.³⁰), cyberterroryzm (np. atak hakerów na elektrownie atomowe w Stanach Zjednoczonych³¹), cyberwojna (np. atak na Izrael w 2006 r. w czasie operacji przeciwko Hezbollahowi, tzw. pierwsza cyberwojna przeciwko Estonii w kwietniu 2007 r.³²), itd.

IV. OCHRONA CYBERPRZESTRZENI W ŚWIELE REGULACJI UNIJNYCH I MIĘDZYNARODOWYCH

Mając na uwadze powyższe, instrumentarium służące przeciwdziałaniu i zwalczaniu zjawisk patologicznych musi zawierać z natury rzeczy szerokie spektrum środków, w szczególności tych o charakterze prawnym, ale umożliwiające stałą współpracę międzynarodową właściwych organów i instytucji publicznych oraz podmiotów komercyjnych. Lektura preambuły do Konwencji Rady Europy z dnia 23 listopada 2001 r. o cyberprzestępczości³³ pozwala stwierdzić, że wspólnota międzynarodowa identyfikuje uwarunkowania towarzyszące zagrożeniom dla bezpieczeństwa cyberprzestrzeni, dostrzegając potrzebę „prowadzenia, jako kwestii priorytetowej, wspólnej polityki

²⁸ *USA: nowe sankcje na Rosję za cyberoperacje przed wyborami z 2016 r.*, w: <http://www.pap.pl/aktualnosci/news,1331276,usa-nowe-sankcje-na-rosje-za-cyberoperacje-przed-wyborami-z-2016-r.html> [dostęp: 15.03.2018].

²⁹ *Polski sektor bankowy zaatakowany. Hakerzy zaatakowali kilka banków i KNF*, w: <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/atak-na-banki-hakerzy-abw-wlamania-do-bankow,220,0,2256604.html> [dostęp: 8.05.2018].

³⁰ *Cyberatak na lotnisko w Modlinie. Port bezpieczny*, w: <http://biznesalert.pl/cyberatak-lotnisko-modlinie-port-bezpieczny> [dostęp: 30.03.2018].

³¹ *Hakerzy zaatakowali elektrownie atomowe w USA*, w: <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/atak-hakerow-na-elektrownie-atomowe-w-usa/t26prq6> [dostęp: 8.05.2018].

³² Zob. M. Lakomy, *Cyberwojna jako rzeczywistość XXI wieku*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 44 (2011), s. 142 n.

³³ Dz. U. z 2015 r., poz. 728.

kryminalnej mającej na celu ochronę społeczeństwa przed cyberprzestępczością, między innymi poprzez przyjęcie właściwych przepisów prawnych i wspieranie międzynarodowej współpracy; [...] współpracy między państwami i przemysłem prywatnym w zwalczaniu cyberprzestępczości oraz potrzebę ochrony prawnie uzasadnionych interesów w stosowaniu i rozwoju technologii informatycznych; zdając sobie sprawę, że skuteczna walka z cyberprzestępczością wymaga zwiększonej, szybkiej i dobrze funkcjonującej współpracy międzynarodowej w sprawach karnych [...]”. Dlatego też sama konwencja wśród narzędzi przeciwdziałania cyberprzestępczości wymienia różnego rodzaju środki o charakterze krajowym, obejmujące narzędzia o charakterze materialnokarnym, procesowym i odnoszące się do jurysdykcji państw nad cyberprzestępstwami (rozdział II Konwencji o cyberprzestępczości), a także środki dotyczące współpracy międzynarodowej, obejmujące m.in. wzajemną pomoc prawną (rozdział III Konwencji o cyberprzestępczości). Warto wspomnieć, że wskazuje się w tym akcie normatywnym chociażby na obowiązek podejmowania przez poszczególne państwa działań prowadzących do zagwarantowania poniesienia odpowiedzialności (karnej, cywilnej lub administracyjnej) nie tylko przez osoby fizyczne przestępców tego rodzaju się dopuszczających, ale i przez osoby prawne za przestępstwa objęte przedmiotową konwencją, popełnione dla ich korzyści przez osobę fizyczną, działającą samodzielnie będącą członkiem organu osoby prawnej, a zajmującą w niej pozycję wiodącą z uwagi na uprawnienia do reprezentowania osoby prawnej, uprawnienia do podejmowania decyzji w imieniu osoby prawnej lub uprawnienia do wykonywania wewnętrznej kontroli w ramach osoby prawnej (art. 12 Konwencji o cyberprzestępczości).

Jakkolwiek cyberprzestrzeń to specyficzny, odmienny niż fizyczny, wymiar aktywności jednostki i społeczeństwa, to w pewnym sensie narzędzia ochrony cyberprzestrzeni, a ściślej – dóbr istotnych społecznie, w tym praw i wolności człowieka, które mogą w niej zostać naruszone, muszą być – poza instrumentami o charakterze technologicznym – tożsame z „klasycznymi” narzędziami ochrony prawnej, współpracy międzynarodowej, itp. We wspólnym komunikacie do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 7 lutego 2013 r. „Strategia bezpieczeństwa cybernetycznego Unii Europejskiej: otwarta, bezpieczna i chroniona cyberprzestrzeń”³⁴, wskazano wyraźnie: „Aby cyberprzestrzeń pozostała otwarta i wolna, w środowisku internetowym po-

³⁴ JOIN (2013) 1 final.

winny mieć zastosowanie te same normy, zasady i wartości, które UE wspiera w świecie rzeczywistym. W cyberprzestrzeni należy zapewnić ochronę praw podstawowych, demokracji i praworządności. Nasza wolność i nasz dobrobyt w coraz większym stopniu uzależnione są od sprawnego i innowacyjnego internetu, który nadal będzie odgrywał kluczową rolę, jeżeli sektor prywatny i społeczeństwo obywatelskie będą w dalszym ciągu stymulować jego rozwój. Wolność w środowisku internetowym wymaga jednak również bezpieczeństwa i ochrony. Cyberprzestrzeń należy chronić przed incydentami, szkodliwymi działaniami i nadużyciami, przy czym znaczącą rolę w zapewnieniu wolnej i bezpiecznej cyberprzestrzeni odgrywają administracje rządowe. Mają one szereg zadań: zapewnienie dostępu i otwartości, poszanowanie i ochronę praw podstawowych w internecie oraz utrzymanie niezawodności i interoperacyjności internetu. Znaczne części cyberprzestrzeni są jednak w posiadaniu i użytku sektora prywatnego i dlatego wszelkie inicjatywy w tej dziedzinie, jeśli mają prowadzić do sukcesów, muszą uwzględniać jego wiodącą rolę”.

Nadmienić trzeba dodatkowo, że niezwykle istotne znaczenie ma ochrona danych osobowych w cyberprzestrzeni. Stąd też nie można zapominać również o rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)³⁵, które weszło w życie z dniem 25 maja 2018 r., a którego art. 32 ust. 1 nakłada na administratora danych osobowych, jak i podmiot te dane przetwarzający, obowiązek wdrożenia stosownych – uwzględniając poziom ryzyka – środków technicznych i organizacyjnych, które mają zapewniać właściwy poziom bezpieczeństwa przetwarzania. Prawodawca unijny wskazał przy tym na przykładowe środki techniczne i organizacyjne, które mogą służyć osiągnięciu tego celu, wymieniając w szczególności: pseudonimizację i szyfrowanie danych osobowych; zdolność do ciągłego zapewnienia poufności, integralności, dostępności i odporności systemów i usług przetwarzania; zdolność do szybkiego przywrócenia dostępności danych osobowych i dostępu do nich w razie incydentu fizycznego lub technicznego; czy też regularne testowanie, mierzenie i ocenianie skuteczności środków technicznych i organizacyjnych mających zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania. Mowa tutaj zatem m.in. o uodpornieniu systemów informa-

³⁵ Dz. Urz. UE. L Nr 119, s. 1.

tycznych lub procesów przetwarzania wykonywanych za ich pośrednictwem na ataki z zewnątrz (np. z wykorzystaniem odpowiedniego oprogramowania)³⁶.

V. ORGANY OCHRONY BEZPIECZEŃSTWA CYBERPRZESTRZENI

Zadania związane z ochroną cyberprzestrzeni wpisują się na gruncie krajowego porządku prawnego w kompetencje wielu instytucji zajmujących się ochroną szeroko rozumianego bezpieczeństwa powszechnego i porządku publicznego. Krąg podmiotów wyposażonych przez ustawodawcę w kompetencje służące ochronie cyberbezpieczeństwa (bezpieczeństwa teleinformatycznego) obejmuje zarówno organy administracji publicznej, jak również organy ochrony prawnej, a wreszcie służby specjalne i siły zbrojne. Wskazać trzeba na chociażby niektóre spośród nich.

Rozpocząć wypada od organów administracji łączności – ministra właściwego do spraw informatyzacji (obecnie Minister Cyfryzacji) oraz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej [dalej: Prezes UKE]. W myśl art. 12a ust. 1 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej³⁷, dział „informatyzacja” obejmuje m.in. sprawy bezpieczeństwa cyberprzestrzeni, a sam minister właściwy do spraw informatyzacji nadzoruje państwowy instytut badawczy – Naukowa Akademicka Sieć Komputerowa, do którego zadań należy m.in. działalność badawczo-rozwojowa dotycząca opracowywania rozwiązań zwiększających efektywność, niezawodność i bezpieczeństwo sieci teleinformatycznych oraz innych złożonych systemów sieciowych. Prezes UKE jest natomiast centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach regulacji rynku usług telekomunikacyjnych. Odpowiada m.in. za nadzorowanie wykonywania przez dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych i operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej, obowiązków dotyczących podejmowania środków technicznych i organizacyjnych w celu zapewnienia bezpieczeństwa i integralności sieci, usług oraz przekazu komunikatów w związku ze świadczonymi usługami, zgodnie z zasadami określonymi w dziale VIIa ustawy z dnia

³⁶ *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 32, teza 2.

³⁷ Dz. U. z 2018 r., poz. 762 z późn. zm. [dalej cyt.: u.dz.a.rz.].

16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne³⁸ pt. „Bezpieczeństwo i integralność sieci i usług telekomunikacyjnych”.

Kolejna grupa podmiotów wykonujących zadania związane z ochroną cyberprzestrzeni to służby specjalne. Mowa tutaj w szczególności o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Służbie Kontrwywiadu Wojskowego. Zgodnie z przepisem art. 5 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, do zadań tej pierwszej służby należy m.in.: rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo, istotnych z punktu widzenia ciągłości funkcjonowania państwa systemów teleinformatycznych organów administracji publicznej lub systemu sieci teleinformatycznych objętych jednolitym wykazem obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, a także systemów teleinformatycznych właścicieli i posiadaczy obiektów, instalacji lub urządzeń infrastruktury krytycznej. Pamiętać w tym miejscu należy również o szerokim zakresie kompetencji Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego przewidzianych ustawą z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych³⁹ odnoszących się w szczególności do zagrożeń o charakterze cyberterrorystycznym. Wśród zadań Służby Kontrwywiadu Wojskowego mieszczą się, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego⁴⁰ – prowadzenie kontrwywiadu radioelektronicznego oraz przedsięwzięć z zakresu ochrony kryptograficznej i kryptoanalizy.

Nie można zapominać o Ministrze Obrony Narodowej i Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz formacjach im podległych. Dział obrona narodowa (art. 19 ust. 1 u.dz.a.rz.) obejmuje, w czasie pokoju, sprawy obrony Państwa oraz Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej⁴¹, stoją zaś na straży suwerenności i niepodległości Narodu Polskiego oraz jego bezpieczeństwa i pokoju, a ponadto mogą brać udział m.in. w zwalczaniu klęsk żywiołowych i likwidacji ich skutków, działaniach antyterrorystycznych i z zakresu ochrony mienia, akcjach poszukiwawczych oraz ratowania lub ochrony zdrowia i życia ludzkiego, a także w realizacji zadań z zakresu zarządza-

³⁸ Dz. U. z 2018 r., poz. 1954 z późn. zm.

³⁹ Dz. U. z 2018 r., poz. 452 z późn. zm.

⁴⁰ Dz. U. z 2017 r., poz. 1978 z późn. zm.

⁴¹ Dz. U. z 2018 r., poz. 1459 z późn. zm.

nia kryzysowego. Działania te z oczywistych względów mogą być prowadzone również w związku z zagrożeniami występującymi w cyberprzestrzeni. Zgodnie z art. 29 u.d.z.a.r.z., dział sprawy wewnętrzne obejmuje natomiast m.in. sprawy ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz zarządzania kryzysowego, a minister właściwy do spraw wewnętrznych sprawuje nadzór m.in. nad działalnością Policji, która wykonuje czynności wpisujące się w ochronę cyberbezpieczeństwa. Zgodnie z art. 1 ustawy o Policji, do podstawowych zadań Policji należy m.in.: ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra; ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego; inicjowanie i organizowanie działań mających na celu zapobieganie popełnianiu przestępstw i wykroczeń oraz zjawiskom kryminogennym i współdziałanie w tym zakresie z organami państwowymi, samorządowymi i organizacjami społecznymi; prowadzenie działań kontrterrorystycznych w rozumieniu ustawy o działaniach antyterrorystycznych; wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców. Dodać warto, że z dniem 1 grudnia 2016 r. decyzją Komendanta Głównego Policji i Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w strukturach Policji utworzono wyspecjalizowane Biuro do walki z Cyberprzestępczością⁴².

Wspomnieć wreszcie wypada chociażby o Biurze Bezpieczeństwa Narodowego, urzędzie państwowym utworzonym na podstawie art. 11 ustawy o powszechnym obowiązku obrony i wspierającym Prezydenta Rzeczypospolitej w zakresie zadań związanych z bezpieczeństwem i obronnością, w tym w cyberprzestrzeni. Odpowiada ono m.in. za realizowanie powierzonych przez Prezydenta RP zadań w zakresie bezpieczeństwa i obronności, w tym inicjowanie i udział w przygotowaniu koncepcji oraz planów organizacji i funkcjonowania zintegrowanego systemu kierowania bezpieczeństwem narodowym, a także nadzór nad ich realizacją w imieniu Prezydenta RP; monitorowanie i analizowanie kształtowania się strategicznych warunków bezpieczeństwa narodowego (wewnętrznych i zewnętrznych); czy też monitorowanie, ocena i opiniowanie bieżącej działalności organów władzy publicznej i innych państwowych jednostek organizacyjnych w sferze bezpieczeństwa pozamilitarnego, w tym bezpieczeństwa publicznego i społecz-

⁴² *Biuro do walki z Cyberprzestępczością Komendy Głównej Policji rozpoczęło działalność*, w: <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/135801,Biuro-do-walki-z-Cyberprzestepczoscia-Komendy-Glownej-Policji-rozpoczelo-dzialal.html> [dostęp: 30.03.2018].

no-gospodarczego, a do tych ostatnich zaliczyć trzeba i pewne aspekty bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni.

UWAGI KOŃCOWE

Czym jest bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni, kto za nie odpowiada, jak o nie dbać? Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni utożsamiać należy z procesem służącym zapewnieniu należytego poziomu bezpieczeństwa dla wszystkich (niezależnie od ich charakteru i statusu) użytkowników cyberprzestrzeni. Za jego utrzymanie na właściwym poziomie odpowiedzialne są zarówno instytucje publiczne (państwowe, rządowe, samorządowe), przedsiębiorcy, ale także i jego „zwykli” użytkownicy, korzystający z cyberprzestrzeni dla celów edukacyjnych, dokonujący transakcji finansowych, prowadzący korespondencję drogą elektroniczną, itp. Z uwagi na wielowymiarowość pojęcia cyberprzestrzeni i różnorodność zachodzących w niej aktywności, a także nie zawsze tożsame interesy użytkowników cyberprzestrzeni, instrumentarium narzędzi służących ochronie dóbr mogących podlegać naruszeniu w cyberprzestrzeni, czy też z jej wykorzystaniem, jest niezwykle bogate i jedynie w części sięga ono do środków o charakterze prawnym, którym zresztą trudno nadążyć za postępującym rozwojem technologicznym, stwarzającym ogromne możliwości naruszania praw i wolności człowieka. Stąd też podsumowując niniejsze rozważania trzeba przypomnieć niektóre z zaleceń skierowanych pod adresem rządów, organizacji międzynarodowych i sektora prywatnego, a odnoszące się do konieczności stałego podnoszenia poziomu bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Zwraca się wśród nich uwagę m.in. na konieczność: wzrostu inwestycji w cyberbezpieczeństwo i stworzenia racjonalnego planu wykorzystania tych środków; stworzenia specjalnego systemu sankcji i zachęt dotyczących implementacji sektorowych standardów bezpieczeństwa, a także dobre zaprojektowanie systemu certyfikacji produktów i usług IT i ICT; współpracy sektora prywatnego i państwowego w zakresie budowania zdolności do działania w cyberprzestrzeni; docenienia wagi walki informacyjnej prowadzonej w cyberprzestrzeni jako istotnego zagrożenia dla demokracji; zwiększenia poziomu cyberbezpieczeństwa w NATO, tj. zapewnienia bezpieczeństwa operacji wojskowych i wzmocnienie cyberobrony krajów członkowskich Paktu Północnoatlantyckiego; jednoczesnego postrzegania sztucznej inteligencji (*Artificial Intelligence*) jako szansy i zagrożenia wymykającego się spod ludzkiej kontroli; wdrażania w kulturę cyberbezpieczeństwa efektywnego systemu cyberubezpieczeń; dalszego rozwoju bezpie-

czeństwa w obszarze biznesu; budowania regionalnych centrów kompetencyjnych opartych na silnej i efektywnej współpracy pomiędzy uczestnikami ekosystemu (np. Globalna Platforma Innowacji dla Cyberbezpieczeństwa, Global EPIC)⁴³. Poddając analizie zasadność wdrożenia wspomnianych powyżej rekomendacji należy pamiętać, iż zagrożenia stanowiące konsekwencję niewłaściwego wykorzystania w wirtualnej cyberprzestrzeni godzą w rzeczywistości w te same prawa i wolności jednostki, które mogą być naruszone w sposób konwencjonalny w środowisku fizycznym, ale ich ochrona jest nieporównanie trudniejsza i wymaga poważniejszych przedsięwzięć organizacyjnych i nakładów finansowych, a także stałego podążania regulacji prawnych za postępem rozwiązań technologicznych.

PIŚMIENNICTWO

2016. „Biuro do walki z Cyberprzestępczością Komendy Głównej Policji rozpoczęło działalność.” W <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/135801,Biuro-do-walki-z-Cyberprzestepczoscia-Komendy-Glownej-Policji-rozpoczelo-dzialal.html> [dostęp: 30.03.2018].
2017. „Cyberatak na lotnisko w Modlinie. Port bezpieczny.” W <http://biznesalert.pl/cyberatak-lotnisko-modlinie-port-bezpieczny> [dostęp: 30.03.2018].
2017. „Hakerzy zaatakowali elektrownie atomowe w USA.” W <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/atak-hakerow-na-elektrownie-atomowe-w-usa/t26prq6> [dostęp: 8.05.2018].
2017. „Polski sektor bankowy zaatakowany. Hakerzy zaatakowali kilka banków i KNF.” W <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artukul/atak-na-banki-hakerzy-abw-wlamania-do-bankow,220,0,2256604.html> [dostęp: 8.05.2018].
2018. „USA: nowe sankcje na Rosję za cyberoperacje przed wyborami z 2016 r.” W <http://www.pap.pl/aktualnosci/news,1331276,usa-nowe-sankcje-na-rosje-za-cyberoperacje-przed-wyborami-z-2016-r.html> [dostęp: 15.03.2018].
- Chilmon, Eryk. 2018. „9 wyzwań dla bezpieczeństwa cyfrowego.” *IT w administracji* 3:49.
- Czyżak, Mariusz. 2017. „Prawna ochrona cyberprzestrzeni państwa.” *Horyzonty Bezpieczeństwa* 8:5–15.
- Gibson, Wiliam. 2009. *Neuromancer*. Katowice: Wydawnictwo Książnica.
- Kałdon, Barbara. 2016. „Cyberprzestrzeń jako zagrożenie człowieka XXI wieku.” *Seminare* 2:87–101.
- Koziej, Stanisław. 2011. „Bezpieczeństwo: istota, podstawowe kategorie i historyczna ewolucja.” *Bezpieczeństwo Narodowe* 18(2):19–39.
- Lakomy, Miron. 2011. „Cyberwojna jako rzeczywistość XXI wieku.” *Stosunki Międzynarodowe – International Relations* 44:141–161.
- Litwiński, Paweł (red.). 2018. *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Majer, Piotr. 2012. „W poszukiwaniu uniwersalnej definicji bezpieczeństwa wewnętrznego.” *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 7:11–18.

⁴³ E. Chilmon, 9 wyzwań dla bezpieczeństwa cyfrowego, „IT w administracji” 3 (2018), s. 49.

- Nowakowski, Zdzisław, Hieronim Szafran, i Robert Szafran. 2009. *Bezpieczeństwo w XXI wieku. Strategie bezpieczeństwa narodowego Polski i wybranych państw*. Rzeszów: Politechnika Rzeszowska.
- Nowiński, Marcin. 2017. „Pojęcie bezpieczeństwa narodowe w prawie europejskim i międzynarodowym w kontekście uprawnień służb specjalnych.” W *Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego*. Wybrane zagadnienia, red. Piotr Burczaniuk, 11–22. Warszawa: Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralny Ośrodek Szkolenia im. gen. dyw. Stefana Roweckiego „Grota”.
- Stefanowicz, Mariusz. 2017. „Cyberprzestępczość – próba diagnozy zjawiska.” *Kwartalnik Policyjny. Czasopismo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie* 4:19–23.
- Wasilewski, Janusz. 2013. „Zarys definicyjny cyberprzestrzeni.” *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 9:225–234.

CYBERSPACE SECURITY

Summary. In the article the problem of cyberspace security was thoroughly discussed. The terms concerning security issues, cyberspace as well as chosen categories of dangers in cyberspace were introduced. It was pointed out that the responsibility for the proper level of security should be held by public institutions, companies and individual users of cyberspace.

Key words: security, cyberspace, cybercrime

CHURCH-STATE RELATIONS IN GEORGIA: LEGAL FRAMES AND GENERAL OVERVIEW

Dimitry Gegenava

Sulkhan-Saba Orbeliani University
Georgia
<https://orcid.org/0000-0003-3269-3924>

Summary. This paper concerns the relations between the Church and the state in Georgia. The author indicates the system of these relations. He analyzes the constitutional foundations of religious freedom in Georgia and legal status of religious organizations. In particular, he analyzes the regulations concerning the Georgian Orthodox Church in the context of tax exemptions, privileges and compensation.

Translated by Anna Słowikowska

Key words: Church-state relations, Georgia, democracy, the Georgian Orthodox Church

INTRODUCTION

Systems and models of Church-state relations frequently stipulate the level of democracy in country. There is only thin abutment between cooperation and unconstitutional favoritism and most of all it takes place in “New Democracies”. Georgia has a long history of Christianity and during many ages Orthodox Church and Georgian state had a Byzantine model of “Symphony”. But after Russian occupation and 70 years of Soviet Bolshevik regime, Georgia woke up in the era of confusion and ambiguity.

Georgian state and Orthodox Church had signed the constitutional agreement¹, which regulated only foundations of their relations and there are few legal norms of different acts concerning religious organizations. This article aims to describe Georgian model of Church-state relations, basic standards for religious entities and analyze important legal problems, concerning the functioning of religious organizations in Georgia.

¹ Constitutional Agreement was signed in 14 October 2002.

I. CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF RELIGIOUS FREEDOM IN GEORGIA AND SYSTEM OF CHURCH-STATE RELATIONS

Constitution of Georgia declares freedom of conscious and belief². It defends and guarantees not only individual religious freedom, but also collective, organizational form of conscious³. These ideas don't have only constitutional bases; they are interpreted and used by the constitutional court of Georgia, which has very impressive (for 20 years old institution) case law in this sphere.

Despite the Soviet regime, which had explicit anti-religious direction and 3 years of independence (1918-1921), when the government enforced *Laïcité*⁴, church and state were cooperative and aimed to work together, to be the main social institutions of nation. Now there is no official or state religion in Georgia; officially it is a secular country, with the principles of separation of Church and state⁵. On the other hand, the system is cooperative with religious organizations. In 2001 parliament adopted constitutional amendments: new content of the Art. 9 gave opportunity to the state to make constitutional agreement with Georgian Orthodox Church; concordats of the Holy See inspired this model of cooperation.

Georgian system of Church-state relations is a cooperative secularism, with the intention of state to have close collaboration with religious institutes and privilege status of the Orthodox Church. In practice this model has many problems and some legal scholars think it can be even discriminative. Many spheres of Church-state relations are not regulated and there is no any special law about religious organizations.

II. LEGAL STATUS OF RELIGIOUS ORGANIZATIONS

Georgian legislation gives two legal forms for religious organizations to choose. Everyone can be registered as Non-Profit Making Legal Entity

² Constitution of Georgia, Art. 19.

³ L. Izoria, K. Korkelia, K. Kublashvili [et al.], *Comments on the Georgian Constitution. Fundamental Human Rights and Freedoms*, Meridiani publishing house, Tbilisi 2005, pp. 111–112.

⁴ See: D. Gegenava, *Main Aspects of Church-State Relations (1917-1921) and first Constitution of Georgia*, in: *Democratic Republic of Georgia and Constitution of 1921*, eds. D. Gegenava, P. Javakhishvili, Prince David Institute for Law, Tbilisi 2013, pp. 179–181.

⁵ Constitution of Georgia, Art. 9.

(NPMLE) and make their activities⁶. The registration procedure is very easy and Agency of Public Registry doesn't make difficulties for applicants. The other form is Legal Entity of Public Law (LEPL) and specific applicants could choose it. Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church was the first religious organization that was given LEPL status by the Constitutional Agreement⁷. "Traditional" religions didn't want to be registered as any others and they refused NPMLE form, until 2011, when the parliament adopted amendment in the Civil Code and gave to representatives of these religions opportunity to another status (LEPL)⁸. Now only religions, which were historically close to Georgia and are recognized by the EC states' legislation, have alternatives and ability to choose LEPL form⁹. Despite of being Legal Entities of Public Law, such religious organizations are not under public law, they have autonomic private regime and are excluded from the sphere of the Law on LEPL¹⁰.

There is no any definition what the "historically close" or "recognized by the EC state's legislation" means. Authentic interpreter is the Agency of Public Registry, and it has discretion to make registration of religious organizations. Legislation should be more clear and explicit to prevent difficulties and misunderstandings during acting.

III. CONSTITUTIONAL AGREEMENT AND GEORGIAN ORTHODOX CHURCH

In 2002 Georgian state and Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church signed Constitutional Agreement, which has 12 articles and makes general frames for their relations. Numbers of articles and content were more, but after opinions of Venice Commission and its members, signers discussed and agreed to change the draft¹¹.

⁶ See: Civil Code of Georgia, Arts. 27–38.

⁷ Constitutional Agreement between Georgian State and Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church, Art. 1(3); see: J. Khetsuriani, *Constitutional Basis of Georgian Church*, "Human and Constitution" 2 (2002), p. 13.

⁸ 5 July 2011 Law of Georgia on "Amendments to the Civil Code of Georgia".

⁹ Civil Code of Georgia, Art. 1509¹(4).

¹⁰ Ibidem, Art. 1509¹(5).

¹¹ Opinion on the Draft Constitutional Agreement between the State of Georgia and the Apostle Autocephalous Orthodox Church of Georgia, CDL (2001) 65, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 28 June 2001; H.H. Vogel, *Comments on the Draft Constitutional Agreement between the State of Georgia and the Apo-*

Constitutional agreement guarantees separation of Church and state, recognizes Georgian Orthodox Church as independent institution and its historical dimension for the country¹². Catholicos Patriarch has a high level official status and is imprescriptible¹³. Constitutional agreement has articles concerning status of priests, property of the Church and restitution of damages made by the Russian Empire and Soviet Union, some norms regulate protection and restoration of cultural heritage.

The agreement has a lot of legal and technical problems that make it practically not usable document¹⁴. Many norms are not implemented in legislation and none of the signers is going to use them. Both parts act in accordance with each other's opinion and unfortunately, it is not always right from the view of constitutional law or common sense.

IV. TAX EXEMPTIONS, PRIVILEGES AND COMPENSATION

1. Tax Exemptions and Privileges

Tax Code of Georgia regulates religious activities and makes special tax exemptions for religious entities. Constitutional agreement broadens tax privileges for the Georgian Orthodox Church. According the Tax Code, "religious activity" is defined as activity of duly registered religious organizations (associations) aimed at disseminating religion and belief¹⁵. The activity of the enterprises of those religious organizations (associations) that publish religious (religious service) literature or produce objects of religious significance shall be treated as religious activity; the activity of these organizations (associations) or of their enterprises that is related to the sale (dissemination) of religious (religious service) literature or objects of religious significance; as well as the use of funds derived from such activity to perform religious

stle Autocephalous Orthodox Church of Georgia, CDL (2001) 63, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 28 June 2001.

¹² Constitutional Agreement between Georgian State and Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church; see: K. Korkelia, N. Mchedlidze, A. Nalbandov, *Compatibility of Georgian Legislation with the Standards of the European Convention on Human Rights and Its Protocols*, Bakur Sulakauri Publishing, Tbilisi 2004, p. 202.

¹³ Constitutional Agreement between Georgian State and Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church, Art. 1(5).

¹⁴ See: D. Gegenava, *Some Technical and Legal Problems of the Constitutional Agreement*, "Journal of Law" 1 (2016), pp. 158–168.

¹⁵ Tax Code of Georgia, Art. 11(1).

activity. Religious entities have status of “organization”¹⁶, which differs from “companies”¹⁷ and they are under special legal regime¹⁸. By systemic analyze of articles 21, 30 and 96 of Tax Code can be said, that religious organizations have profit tax exemption. But profits from the sale of crosses, candles, icons, books and calendars used by the Patriarchate of Georgia for religious purposes are exempted from profit tax¹⁹, any other organizations should pay this. Supply by the Patriarchate of Georgia of crosses, candles, icons, books, calendars and other liturgical items used only for religious purposes and construction, restoration²⁰ and painting of churches under commission by the Patriarchate of Georgia are exempted from VAT without the right of deduction²¹. Other religious organizations don’t have such exemptions and this is the object of constitutional claim that is being reviewed by Constitutional Court of Georgia²². Patriarchate of Georgia is in the “Golden List”²³ and it has privileges in the process of export and import of its property²⁴. Restoration or construction of temples for the Georgian Church, also making paintings for them are also excluded from VAT²⁵.

Property (including leased property) of religious organizations, beside the land and the property used for economic purposes, is excluded from taxes²⁶. Art. 206(1.E) of the Tax Code doesn’t exclude Georgian Church from property tax and this opposites Art. 6(5) of the Constitutional Agreement, which excludes Church from all taxes. According the hierarchy of normative acts, constitutional agreement has much higher power then tax code²⁷, and because of this the church doesn’t pay property tax for its lands. Tax code should be amended and made in compliance with the higher legal act.

¹⁶ Ibidem, Art. 30(1)(a).

¹⁷ Ibidem, Art. 21.

¹⁸ Ibidem, Art. 9(2)(d).

¹⁹ Ibidem, Art. 99(1)(d).

²⁰ Ibidem, Art. 168(1)(v).

²¹ Ibidem, Art. 168(2)(b).

²² See: <http://constcourt.ge/ge/news/2015-wlis-9-oqtombers-saqartvelos-sakonstitucio-sasamartloshi-shemovida-sarcheli.page> [accessed: 6.06.2018].

²³ Instruction on Movement and Form of Goods in the Customary Territory of Georgia, Adopted by No. 290 Order of 26 July 2012 of the Ministry of Finances of Georgia, Art. 90(2)(z).

²⁴ Ibidem, Art. 89(1).

²⁵ Tax Code of Georgia, Art. 168(2)(b)

²⁶ Ibidem, Art. 206(1)(e).

²⁷ Constitution of Georgia, Art. 6; Law on Normative Acts, Art. 7.

2. Property

During XIX and XX centuries Russian Empire, Democratic Republic of Georgia and then Soviet Union confiscated most part of properties of religious organizations and communities. Process of restitution began only in 90s of XX century, when Empire of Evil was destroyed and Georgia became an independent country.

In 12 April 1990 council of ministers of Georgian Socialist Soviet Republic adopted resolution and returned property to the Georgian Church²⁸. According the resolution all the cultic buildings in the territory of Georgia, with their real estate and movable property, were recognized as property of Georgian Church²⁹. The Church was permitted to enumerate and list all orthodox churches and their property, according to the rules and traditions of Church³⁰. Constitutional agreement once more recognized orthodox churches, temples, ruins, monasteries and land, where those were located, as the property of the Church³¹. Unfortunately this process become uncontrolled and provoked serious problems. These problems are about cultic buildings, land and transfer of property. After that many buildings, lands, including agricultural lands and real estate were given to the Orthodox Church just in symbolic price (1 GEL)³². This is an ongoing process. According Georgian legislation, Georgian Church is among those recipients, which can get state property freely³³.

Transferring cultic and religious building is very sensitive question. Armenian and Roman Catholic Churches now claim for some temples and buildings that were given to Georgian Church in the beginning of 90s³⁴. They demand to take some of the churches, which in their point of view we-

²⁸ No. 180 Resolution of 12 April 1990 of Council of Ministers of GSSR on Religious Fairs; J. Khetsuriani, *Constitutional Basics of Georgian Church*, p. 14.

²⁹ No. 180 Resolution of 12 April 1990 of Council of Ministers of GSSR on Religious Fairs, Para. 3

³⁰ Ibidem, Para. 4.

³¹ Constitutional Agreement between Georgian State and Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church, Art. 7(1).

³² See: Study of Religious Discrimination and Constitutional Secularism in Georgia, Tolerance and Diversity Institute, Tbilisi 2014, pp. 30–31.

³³ Law on State Property, Art. 3(1)(2)(5), Art. 6³

³⁴ Study of Religious Discrimination and Constitutional Secularism in Georgia, p. 19; L. Isakhanyan, *Analysis of Legal Issues Related to the Armenian Diocese in Georgia*, in: *Freedom of Religion in Georgia and Armenia*, Regional Conference on the Freedom of Religion or Belief, Conference Report, July 2013, eds. E. Chylinski, D. Chkhartishvili, European Centre for Minority Issues – Caucasus, Tbilisi 2013, p. 21.

re not orthodox and were mistakenly transferred to Georgian Church. Government of Georgia created special organ – State Agency for Religious Affairs to regulate interreligious and Church-state relations. It has special jurisdiction and responsibility to make recommendations for the government about cultic and religious buildings and property³⁵; also, it plays role of mediator and takes part in the resolution of disputes and questions that can arise in the interreligious relations³⁶.

The government must be involved in the process of resolution such disputes to identify historic ownership and owners of the disputed property. The agency should work with parties; make own historic and legal research, file adequate recommendations to the government. Unfortunately disputes on already transferred property are very difficult and sensitive. The state had to make decision about transferring the religious and cultic buildings more carefully, but this was done in the end of Soviet era, so the process was uncontrolled. Now any interruption can evoke irreparable results. Religious communities, Agency for Religious Matters and other governmental institutions should work together to solve all the questions regarding the property disputes. Every religious entity should be given their own historic buildings and lands, if it is not possible because of objective reasons, state must give alternative equivalent property. And after that parliament must make changes in legislation and amend the Law on State Property to prevent transferring any kind of property to the Church.

3. Compensation

According the results of the resolution of council of ministers of GSSR, Georgian state partly compensated and returned the property. That's why the provision of the constitutional agreement about material compensation looks so illogic and inadequate. Art. 11(1) of the constitutional agreement provides, that Georgian state has obligation to make compensation even for the time of losing national independence. This statement is against the official national policy of Georgia, which refused any legacy of Soviet Union and recognized 1921-1991 periods as an annex and occupation³⁷. Georgia, as an independent country was the victim of Soviet occupation and totalitarian regime,

³⁵ Statute of the LEPL State Agency for Religious Affairs, Adopted by Resolution of 19 February of 2014 of the Government of Georgia, Art. 2(1)(i).

³⁶ Ibidem, Art. 2(k), Para. 4.

³⁷ See: Act of Restoration of Independence of Georgia, 9 April 1991.

as religious and any other communities. Taking obligation to compensate crimes and offenses by Soviet Union or Russian Empire is nothing but obligation of one victim to another one. This provision must be removed from the agreement.

The state created special commission according Constitutional Agreement. Commission aimed to research the question of compensation, forms and methods of payment³⁸. The commission didn't do anything; it didn't make any draft of normative act or recommendation about compensation³⁹.

Officially compensation is not given to Georgian Church, but it is financed by the state, directly from the state budget. In 2002-2013 Georgian Church got more than 160 million GEL⁴⁰. It doesn't include finances from the municipal budgets⁴¹. Neither state nor Georgian Church calls this financial aid compensation, but both of them agree in practice that this is partly compensation. In favor of this interpretation is the fact, that Government of Georgia adopted resolution on compensation for four religious communities⁴². There is no such resolution regarding Georgian Church⁴³ and it means the Church is supposed to be compensation receiver, so it doesn't need special legal act, it has been involved in the state budget through many years.

Position of Georgian Government is complimentary, but no adequate. Of course, every nation should take responsibility on its past, to have privilege of moving in future. But this must be in compliance with state policy. Georgia had to compensate only damage made in the time of independence (1918-1921). Democratic Republic of Georgia implemented very aggressive secular policy and it harmed all religious groups. Even in this case sum of compensation must be accounted and every transfer of property or budget funding should be called compensation.

³⁸ Constitutional Agreement between Georgian State and Georgian Apostolic Autocephalous Orthodox Church, Art. 11(2).

³⁹ No. 8289 Correspondence of 17 August 2015 of the Administration of the President of Georgia.

⁴⁰ Study of Religious Discrimination and Constitutional Secularism in Georgia, p. 25; Transparency International – Georgia, An Overview of the Public Funding Provided to the Georgian Patriarchate, 4 July, 2013.

⁴¹ Study of Religious Discrimination and Constitutional Secularism in Georgia, p. 25; Tolerance and Diversity Institute (TDI), State Funding to Strengthen the Orthodox Faith, 18 February, 2014.

⁴² No. 117 Resolution of 27 January 2014 of the Government of Georgia.

⁴³ Ibidem, Art. 2(1).

CONCLUSION

Every nation chooses that model of Church-state relations, which is more adequate for the country. This choice is based on history, social, political and sometimes economical factors. Georgian state always cooperated with religious entities and even Russia or Soviet Union couldn't change it. Despite this cooperation there are too many questions that requires answers and solution.

Georgia must create non-discriminatory environment for all religious groups, appropriate tax exemptions and legislation, which will be used especially for religions and by religious entities. There is a need of amendments to the legislation, but first of all the whole nation, country and citizens in general, should decide what is the last destination of Church-state relations, what role should both of them play and then create thin, but solid wall between them. In the long run wall of separation doesn't mean just the huge wall that isolates two social institutions, but the wall with many windows⁴⁴ and opportunities to help each other for better life.

REFERENCES

- Gegenava, Dmitry. 2013. "Main Aspects of Church-State Relations (1917-1921) and first Constitution of Georgia." In *Democratic Republic of Georgia and Constitution of 1921*, edited by Dmitry Gegenava, and Paata Javakhishvili, 179–181. Tbilisi: Prince David Institute for Law.
- Gegenava, Dmitry. 2016. "Some Technical and Legal Problems of the Constitutional Agreement." *Journal of Law* 1:158–168.
- Isakhanyan, Levon. 2013. "Analysis of Legal Issues Related to the Armenian Diocese in Georgia." In *Freedom of Religion in Georgia and Armenia*, Regional Conference on the Freedom of Religion or Belief. Conference Report, edited by Ewa Chylinski, and Denola Chkhartishvili, 20–23. Tbilisi: European Centre for Minority Issues – Caucasus.
- Izoria, Levan, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, and Giorgi Khubua. 2005. *Comments on the Georgian Constitution. Fundamental Human Rights and Freedoms*. Tbilisi: Meridiani publishing house.
- Khetsuriani, Johni. 2002. "Constitutional Basis of Georgian Church." *Human and Constitution* 2:13–14.
- Korkelia, Konstantine, Nana Mchedlidze, and Alexander Nalbandov. 2004. *Compatibility of Georgian Legislation with the Standards of the European Convention on Human Rights and Its Protocols*. Tbilisi: Bakur Sulakauri Publishing.

⁴⁴ See: R.B. Locklin, *The Many Windows of the Wall*, "Constitutional Law Review" 5 (2012), pp. 72–92.

- Locklin, Reid B. 2012. "The Many Windows of the Wall." *Constitutional Law Review* 5:72–92.
- Vogel, Hans. H. 2001. "Comments on the Draft Constitutional Agreement between the State of Georgia and the Apostolic Autocephalous Orthodox Church of Georgia." *CDL* (2001) 63, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 28 June.

RELACJE KOŚCIOŁ-PAŃSTWO W GRUZJI:
PORZĄDEK PRAWNY I ZARYS OGÓLNY

Streszczenie. Artykuł dotyczy relacji między Kościołem i państwem w Gruzji. Autor wskazuje system tych relacji. Analizuje konstytucyjne podstawy wolności religijnej w Gruzji oraz status prawny organizacji religijnych. W szczególności analizuje unormowania dotyczące gruzińskiego Kościoła prawosławnego w kontekście ulg podatkowych, przywilejów i kwestii odszkodowawczych.

Streściła Anna Słowikowska

Słowa kluczowe: relacje Kościół-państwo, Gruzja, demokracja, gruziński Kościół prawosławny

HUMAN DIGNITY AS THE BASIS OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION

Oksana Hryshchuk

Department of the Theory and Philosophy of Law
Ivan Franko National University of Lviv
Ukraine
<https://orcid.org/0000-0003-0096-5198>

Summary: Human dignity is a constantly changing social phenomenon. Its essence may be theoretically expressed only by notions that are developing, transforming and replacing one another. Along with that, human dignity is a basic social value, for it is based on human autonomy. Autonomy is the basis for forming a personality based on rational choice of possible actions, life style in general, following one's own values and own system of values. Under such circumstances, a person creates oneself, recognizes their responsibility for their life and ability to do anything at their own discretion. An autonomous person, who has a clearly defined individuality, a clear life plan, shaped worldviews, own system of values makes a considered independent choice, is a carrier of dignity.

In connection with this, of great importance is regulation of the idea of human dignity in positive law and establishment of effective mechanisms of their protection. The idea of inviolability of dignity and human rights, their equality and inherence reflects the age-long striving of humanity to destroy all forms of violence and oppression, striving to coexist based on principles of justice, democracy and humanism.

Key words: human dignity, human rights, principles of justice, equality, democracy and humanism

INTRODUCTION

Development of the idea of human dignity has always been ontologically connected with human beings and their rights. Human dignity was interpreted as a manifestation of human nature, its spiritual principles, and therefore considered as a foundation, a basis of intrinsic rights. Back in the Antiquity epoch, human dignity was believed to be connected with legal capacity of a person and included two components: dignity of a community member and dignity of a citizen, which lead to affirmation of inherent value of a human

being as such independent of their social status. The development of the idea of human dignity from the dignity of a family, dignity of a citizen, as social value, and to the value in itself of a human being was the central trend in the then philosophy.

Ancient philosopher's understanding of connections of justice and right, social life of a person as one of the conditions of their enjoyment of their freedom, role in the family and in the state have acquired a new core meaning in the context of Christian spirituality. Christianity made a revolution in attitude to human being proclaiming equality of people before the single God, regardless of their social status and nationality. Human dignity was understood through the prism of it initially containing the image of God in it. During the Renaissance, a transition to ideas of human inherent value took place through the prism of the humanism philosophy. Understanding of independence joined the idea of sociality as a component of human dignity, strengthened humanistic trends in Catholicism, and later – in Protestantism.

Moral rehabilitation of human being, grounding of their sovereignty as a moral agent and adoption of their rights became a characteristic feature of understanding the idea of dignity in the epoch of the modern age. The epoch was characterized by increasing self-consciousness of nations, anti-class and revolutionary manifestations. A new political force – the bourgeoisie – appeared and was actively defending the ideas of freedom, equality, and fraternity, the value of a nation and of a republic. The striving to create conditions under which humans would be less dependent of recognition of their class or family value were becoming ever stronger. The criterion of dignity was not so much the place and conditions of birth, as belonging to human kind. The requirements to reinforce the guarantees of dignity given by the state were increasing. A more full-fledged definition of the characteristic of human dignity begins along with determination of human rights of the first generation, concentrating on individual civil and political rights, and guarantees of liberty.

A great contribution to the development of the idea of human dignity within German classical philosophy was made by I. Kant, who interpreted dignity transcendently, regardless of the experience. He was the first to try to explain human dignity through internal freedom of humans as such that stems from humanitarian and family equality of people; for these reasons human dignity is seen as a result of human evolution. Kant juxtaposed the categories of dignity and price: "In the kingdom of ends everything has either a price or a dignity. What has a price can be replaced by something else as its equivalent; what on the other hand is raised above all price and there-

fore admits of no equivalent has a dignity". Therefore, to own human dignity means to be a unique and one-of-a-kind personality that is accessory to real morality and can make the maxim of their behavior an objective law of will for all other people.

A significant contribution to the development of the concept of human dignity was made by John Rawls, who believed that the feeling of one's own dignity (self-respect) is an important primary value and includes two aspects: 1) it includes the feeling of self-importance, a person's strong conviction that their concept of self-value and life plan are worth implementing. Thereat, the existence of a rational life plan that corresponds to the Aristotle's principle and envisages fulfillment of natural abilities, which is of importance. In addition, important is the persuasion that both the person and their deeds are approved by other people, who also enjoy respect, and association with whom is desirable; 2) self-respect includes confidence in one's abilities, for a person has the power to fulfill one's intention. If a person feels that their plans are of little importance, they may not implement them with pleasure, and derive satisfaction from their implementation, as well as not continue an undertaking in case of failure, which includes apathy and cynicism. Thus, each person is trying to avoid such social conditions that undermine their self-respect (the feeling of one's dignity).

According to Jürgen Habermas, a normative source of modern human rights is the idea of dignity, which is rooted in the universal subject-matter of moral. Human rights are considered as such that should serve protection of human dignity. The necessary connotations here are self-respect, on the one hand, and social recognition of the international status of a democratic state, on the other hand. This leads to correlation of human dignity with realistic utopia, the necessary aims of which is realization of social justice, which is characteristic of the institutes of a democratic state.

HUMAN DIGNITY IS A CONSTANTLY CHANGING SOCIAL PHENOMENON

Its essence may be theoretically expressed only by notions that are developing, transforming and replacing one another. Along with that, human dignity is a basic social value, for it is based on human autonomy. Autonomy is the basis for forming a personality based on rational choice of possible actions, life style in general, following one's own values and own system of values. Under such circumstances, a person creates oneself, recognizes their responsibility for their life and ability to do anything at their own discretion.

An autonomous person, who has a clearly defined individuality, a clear life plan, shaped worldviews, own system of values makes a considered independent choice, is a carrier of dignity. It is this autonomy that distinguishes humans from other forms of being, forms an ideal towards which each person should strive. This ideal is human dignity, the nature of which is dual: on the one hand, human dignity embodies all the best values and value achievements of humanity, and expresses the level of humanistic development of an autonomous human being as a generic being; on the other hand, human dignity has direct and immediate impact on every person influencing their behavior through basic social values, forming their worldviews, personal system of values, and frames of reference, and, therefore, causing and shaping personal dignity of every person.

The idea of human dignity is connected with value of a person and evaluation of their importance and place in society and the state. It is this evaluation aspect in the form of moral or legal assessment that is a substantial means of influencing human behavior, on the basis of which the model requirements to a person in a particular situation in a particular regard is formed. These requirements become personal norms of action only if they are supported by internal conviction of a person that they are useful, beneficial, and valuable both for oneself and for other people.

In connection with this, of great importance is regulation of the idea of human dignity in positive law and establishment of effective mechanisms of their protection. The idea of inviolability of rights and dignities, their equality and inherence reflects the age-long striving of humanity to destroy all forms of violence and oppression, striving to coexist based on principles of justice, democracy and humanism. One of the contemporary tendencies towards the development of human rights is the universalization of the human rights concept, its extension to a wider range of states, the increase of proportion of the panhuman in the subject-matter of rights defined by legal acts of different states of the world.

Modern system of protecting human dignity and human rights takes its origins in the establishment of the UN; the preamble to the Charter declares a firm intention of the United Nations to establish confidence in fundamental human rights, and dignity and value of a person. In the *Universal Declaration of Human Rights* (1948), human dignity is referred to six times. Among them, the following references could be distinguished:

1. General or abstract reference to human dignity. It is applied to distinguish main social values and principles of functioning of a society. In particular, the preamble to the Universal Declaration of Human Rights indicates

that recognition of dignity inherent to all members of human family and equal and inherent rights is the basis of freedom, justice and overall peace in the world. It is stressed that UN member nations confirmed their confidence in fundamental human rights, and dignity and value of a person.

2. Normative reference to human dignity determines the system of ideal or desirable social connections that lay at the foundation of human relations. Article 1 indicates that all people are born free and equal in their dignity and rights. They are endowed with intellect and consciousness, and should act toward each other with fraternal spirit.

3. Extra-normative or such that is applied for realization or formalization of particular human rights. In particular, article 5 indicates that no one should be subject to torture, inhuman or degrading treatment or punishment. Article 22 determines the right of each person to social security, as well as to exercising the economic, social, and cultural rights that are necessary for supporting their dignity and free development. Article 23 determines the right of all working people to just and satisfactory remuneration that provides for decent human existence.

This found its development in preambles to *the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966) and *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966) proclaiming that all human rights “derive from the inherent dignity.” This formulation gives rise to several substantial conclusions: human dignity is considered to be the source of human rights, which means it is elevated to the level of the principle of law; human dignity belongs to everyone regardless of legislative recognition; the right to dignity is derived from the principle of human dignity.

In addition, article 7 of the Covenant on Civil and Political Rights stipulates that no one can be subject to inhuman or degrading treatment or punishment, and article 10 defines that “all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person”.

The UN has adopted a number of legal acts that pertain to certain violations of human rights, particularly racial discrimination, discrimination of women and children, genocide, and prohibition of torture. These acts make use of the notion “human dignity” in two ways: referential use (takes place in preambles of international legal acts by referring to the respective wordings of the Universal Declaration of Human Rights); direct application of the notion, mostly normative or extra-normative. Particularly, *The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* contains reference to dignity inherent to human beings as a source

of human rights and liberties, prohibition of degrading illegal actions, and explains the notions connected with illegal actions (for instance, the notion of “torture”).

In Europe, the development of the mechanism of human dignity and human rights protection is connected with adoption of *the European Convention on Human Rights* (1950) and activity (precedent law) of the European Court of Human Rights. Thus, article 3 of the Convention indicates that “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”. This article determines unconditional prohibition of torture, inhuman or degrading treatment and punishment or “mistreatment” as it is called by the European Court of Human Rights. Unlike the majority of norms on protection of human rights, this prohibition does not have any exceptions, and under no circumstances can its violation be justified.

Explanation of torts stipulated by article 3 of the European Convention is spelled out in the judgment of the European Court of Human Rights in the case *Denmark, France, Norway, Sweden, and Netherlands versus Greece* (1969). The court determines such degrees of prohibited treatment: inhuman treatment or punishment (such treatment which deliberately causes severe mental or physical suffering, which is not justified under these conditions); degrading treatment or punishment (such treatment that seriously degrades a person in regard to the others or makes them act against their will or their convictions). In the case *Ireland versus UK* (1978) the European Court made some corrections to these definitions indicating that torture is inhuman treatment that is done deliberately and leads to serious and grave sufferings; inhuman treatment or punishment is causing strong physical and spiritual sufferings; degrading treatment is an abuse that aims at evoking the feelings of fear, suffering, and inferiority in the victim, as well as depriving them of dignity and breaking their physical and moral resistance.

Therefore, there is no doubt that the aim of article 3 of the Convention is protection of dignity, and physical and mental inviolability of a person. At present, there predominates the opinion that its decisions on application of both article 3 of the Convention, and other articles of this document, when it comes to respect to human dignity, the Court does not aim at determining its essence, but only determines whether the actions of the representatives of a state denied it to the claimant. However, every decision on application of this article, as well as its correlation with other articles of the Convention can reflect the approaches of the Court to understanding of the essence of human dignity and the biggest human value, which is done by it through in-

interpretation of the provisions of the Convention in the light of specific circumstances of the case.

This acquires great importance through the prism of the right of a Ukrainian citizen to file a claim against Ukraine at the European Court of Human rights in case when the claimant believes that the national justice failed to protect or restitute their violated rights. In addition, on 30 of March 2006 the Law of Ukraine “On Performance of Judgments and Application of the Practice of the European Court on Human Rights” recognizing the practice of the European Court as a source of law of Ukraine and determining mandatory check of the current laws and bylaws for their conformance to the Convention and Court practice was adopted.

Ukrainian legislation pays great attention to human dignity, and human rights and liberties. Reference to the notion “human dignity” in the Constitution of Ukraine is found, in particular: in the Preamble, where it is indicated that there is a necessity to provide “for the guarantee of human rights and freedoms and of the worthy conditions of human life”; in article 3: “The human being, his or her life and health, honor and dignity, inviolability and security are recognized in Ukraine as the highest social value”; in article 21: “All people are free and equal in their dignity and rights”; it is indicated in article 28 that “Everyone has the right to respect of his or her dignity. No one shall be subjected to torture, cruel, inhuman, or degrading treatment, or punishment that violates his or her dignity”; in article 41: “The use of property shall not cause harm to the rights, freedoms and dignity of citizens”; it is stipulated in article 68 that everyone is obliged “not to encroach upon the rights and freedoms, honor and dignity of other persons”; in article 105, which envisages responsibility for offending the honor and dignity of the President of Ukraine. According to these articles, observance, adoption, and support of human dignity and human rights are fundamental constitutional principles in Ukraine.

The Civil Code of Ukraine (article 201) recognizes dignity as a personal non-property value that is protected by the civil legislation. Article 297 envisages the right to respect, inviolability, and judicial protection of dignity and honor of an individual. Article 23 regulates the right of a person to compensation of moral damages incurred as a result of violation of their rights. It is indicated that moral damages include, in particular, degrading treatment of an individual.

The Criminal Code of Ukraine stipulates responsibility for crimes against will, honor and dignity of a person (section 3). The Code of Criminal Procedure of Ukraine indicates that respect to human dignity is a general principle

of criminal proceedings (article 7) and determines that respect to human dignity, rights and freedoms of each person should be guaranteed during the criminal proceedings (part 1 of article 11). In addition, it is prohibited to subject a person to torture, violent, inhuman or degrading treatment or punishment, resort to threats of such treatment, keep a person in degrading conditions, force them to degrading actions in the process of the criminal proceedings (part 2 of article 11). Moreover, it is determined that everyone has a right to protection of their dignity, rights, liberties and interests violated in the course of criminal proceedings by any means that are not prohibited by the law (part 3 of article 11). The content of these articles encompasses the main modern private-law and public-law peculiarities of regulation of the human dignity in law.

CONCLUSION

Human dignity as a multifaceted human value has deeply penetrated the subject-matter of the law. Features and qualities that characterize and recognize human dignity constitute the basis of human rights and liberties, and their legal status. Human rights are a form of expression of personal value (value for a person) of inherent rights. In fact, all existing social possibilities of a person are determined by their rights in contrast to the existing legal status of a person. Without this juxtaposition, without the necessity to interpret social possibilities from the perspective of just and ideal, the issue of human rights would lose its topicality. The essence of human rights lies in determination of a certain minimum of universal requirements to legal and social status of a person, which is necessary for normal existence. Human rights cannot only guarantee justice or well-being, but they protect from destruction of human dignity.

The analysis conducted allows for concluding that human dignity is a value in itself and social importance of a person determined by the existing level of social relations, social ideas of freedom, justice, equality; it is a source of human rights and liberties.

GODNOŚĆ CZŁOWIEKA JAKO PODSTAWA PODSTAWOWYCH PRAW CZŁOWIEKA W KONTEKŚCIE INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ

Streszczenie. Godność ludzka to stale zmieniające się zjawisko społeczne. Jego istota może być teoretycznie wyrażona jedynie przez pojęcia, które się rozwijają, przekształcają i zastępują. Równocześnie godność ludzka jest podstawową wartością społeczną, ponieważ opiera się na ludzkiej autonomii. Autonomia jest podstawą do kształtowania osobowości w oparciu o ra-

cyjonalny wybór możliwych działań, styl życia w ogóle, podążanie za własnymi wartościami i własnym systemem wartości. W takich okolicznościach człowiek tworzy siebie, rozpoznaje swoją odpowiedzialność za swoje życie i zdolność do robienia czegokolwiek według własnego uznania. Osoba autonomiczna, która ma jasno określoną indywidualność, przejrzysty plan życia, ukształtowane światopoglądy, własny system wartości czyni z rozważanego niezależnego wyboru, jest nośnikiem godności.

W związku z tym ogromne znaczenie ma uregulowanie idei godności ludzkiej w prawie pozytywnym i ustanowienie skutecznych mechanizmów ich ochrony. Idea nienaruszalności godności i praw człowieka, ich równości i nienaruszalności odzwierciedla dążenie ludzkości do zniszczenia wszelkich form przemocy i ucisku, dążąc do koegzystencji opartej na zasadach sprawiedliwości, demokracji i humanizmu.

Słowa kluczowe: godność człowieka, prawa człowieka, zasady sprawiedliwości, równości, demokracji i humanizmu

PRAWNOKARNA OCHRONA ŻYCIA CZŁOWIEKA PRZED UMYŚLNYM ZAMACHEM W DRODZE KU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ

Viktor Hryshchuk

Państwowy Uniwersytet Spraw Wewnętrznych we Lwowie
Ukraina

<https://orcid.org/0000-0002-6781-9243>

Streszczenie: W artykule poruszono podstawowe prawnokarne problemy ochrony prawa człowieka do życia w Ukrainie. Omówiono pojęcie morderstwa człowieka zgodnie z obowiązującym Kodeksem karnym Ukrainy i doktryną prawa karnego. Scharakteryzowano cechy podstawowego zestawu morderstwa człowieka, kwalifikowanych zestawów morderstwa człowieka, zestawów morderstw człowieka w okolicznościach łagodzących. Zwrócono uwagę na karanie zabójstw człowieka w ramach obowiązującego Kodeksu karnego Ukrainy. Przedstawiono propozycje naukowców doktryny ukraińskiego prawa karnego o poprawę ochrony prawa człowieka do życia na Ukrainie.

Słowa kluczowe: prawo człowieka do życia, zabójstwa, odpowiedzialność karna za zabójstwa, Kodeks karny Ukrainy

WPROWADZENIE

Uznanie prawa człowieka do życia w międzynarodowych aktach prawnych odbyło się stosunkowo niedawno. Albowiem dopiero Powszechna deklaracja praw człowieka z 10 grudnia 1948 r. stanowi, że „każdy człowiek ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa swej osoby”. Z kolei Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, która została zawarta dnia 4 września 1950 r. w Rzymie stwierdziła, że „prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę”. Powyższe przepisy zostały wielokrotnie potwierdzone przez społeczność międzynarodową. Mianowicie, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. stanowi: „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę”. Dnia 28 kwietnia 1983 r. w Strasburgu został sporządzony Protokół Nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący

zniesienia kary śmierci, który zawiera następujący przepis: „Znosi się karę śmierci. Nikt nie może być skazany na taką karę ani nie może nastąpić jej wykonanie”. Sygnatariusze tego protokołu, w tym także Ukraina, mogą przewidzieć karę śmierci w swoim ustawodawstwie tylko za czyny popełnione w czasie wojny lub nieuchronnego zagrożenia wojną.

Podobnie artykuł 27 Konstytucji Ukrainy zatwierdza prawo do życia, jako podstawowe prawo naturalne każdego człowieka: „Każdy człowiek ma niezbywalne prawo do życia. Nikogo nie można samowolnie pozbawić życia. Obowiązkiem państwa jest bronić życia ludzkiego. Każdy ma prawo do obrony własnego życia i zdrowia, życia i zdrowia innych ludzi – w wypadku bezprawnych zamachów na ich życie”.

I

Życie uważane jest najcenniejszym dobrem nie tylko dla jednostki, ale także dla społeczeństwa ukraińskiego jako całości, dlatego ochrona życia ludzkiego jest gwarantowana przez Konstytucję Ukrainy, a za zamach na życie przewidziana jest najbardziej surowa odpowiedzialność, tzn. odpowiedzialność karna.

Odpowiedzialność karna z tytułu strony podmiotowej zabójstwa umyślnego (zabójstwo powszechne) przewidziana jest w ustępie 1 art. 115 k.k. Kwalifikowane gatunki zabójstwa w okolicznościach obciążających są przewidziane w ust. 2 art. 115 k.k.

Badanie wszelkiego zbioru zjawisk jest bardziej skuteczne i łatwiejsze, jeśli zjawiska te uda się poddać klasyfikacji. Klasyfikować znaczy podzielić na grupy, klasy, rodzaje według określonych kryteriów. Najbardziej rozpowszechnionym kryterium do klasyfikacji zabójstw w prawie karnym Ukrainy jest stopień ciężkości zabójstwa, na podstawie którego możemy określić następujące rodzaje zabójstw: 1) zabójstwo bez okoliczności obciążających lub łagodzących karę – podstawowy skład strony podmiotowej zabójstwa umyślnego, lub zabójstwo powszechne; 2) zabójstwo w okolicznościach obciążających – zabójstwo kwalifikowane; 3) zabójstwo w okolicznościach łagodzących.

II

Artykuł 115 ust. 1 k.k. stanowi, że zabójstwo to przestępstwo umyślne, czyn bezprawny, polegający na pozbawieniu innego człowieka życia. Może być spowodowane w drodze działania lub zaniechania działania. Zazwyczaj

zabójstwo jest popełniane przez działanie. Badaczy dzieli je na działania fizyczne i działania informacyjne. Działania fizyczne przejawiają się w użyciu siły fizycznej, która nakierowana jest na dokonanie bezprawnego zamachu oraz zmianę przez to sfery zewnętrznej, fizycznej przedmiotów świata materialnego. Działania informacyjne polegają na zachowaniu społecznie niebezpiecznym, które ma na celu przekazywanie odpowiednich treści innym osobom, i przejawia się w formie werbalnej, a także w różnych czynnościach przekazujących informacje: w gestach semantycznych i ruchach ekspresyjnych. U niektórych przestępców łączą się działania fizyczne i działania informacyjne. W przypadku popełnienia zabójstwa umyślnego, działania winnej osoby mają przede wszystkim charakter fizyczny, a ich celem jest naruszenie toku procesów biologicznych zachodzących w organizmie ludzkim lub funkcji ważnych narządów innej osoby (zadanie ciosów, ran postrzałowych, trzymanie pod wodą, itp.). Przewidują zatem przemoc w połączeniu ze społecznie niebezpiecznym bezprawnym oddziaływaniem na ciało innej osoby.

Niemniej, zabójstwo także może być popełnione poprzez psychiczne oddziaływanie na ofiarę. Na przykład, gdy osobie cierpiącej na ciężką postać choroby serca, zostanie wysłany fałszywy telegram o śmierci jej najbliższych, spodziewając się, że umrze z powodu zawału serca. Wpływ psychiczny wystąpi również w przypadku skłonienia osoby, która nie rozumie znaczenia i konsekwencji swoich czynów, do spowodowania sobie śmierci, lub w przypadku sugestii hipnotycznej, itp.

Umyślne zabójstwo może zostać popełnione także w wyniku beczynności. Beczynność jest bierną formą zachowania się osoby, polegającą na niewykonaniu przez nią konkretnych działań (czynności), które ona powinna była i mogła wykonać w określonych warunkach. Beczynność różni się od działania fizycznego, zwłaszcza brakiem ruchów ciała i związanego z tym wykorzystania przedmiotów świata zewnętrznego, sił i praw natury lub działań innych osób.

Spółecznie niebezpiecznym skutkiem zabójstwa jest śmierć ofiary. Najbardziej przekonujące jest określenie, że końcowym momentem życia człowieka jest nastąpienie śmierci o charakterze nieodwracalnym. Zgodnie z art. 15 ustawy Ukrainy o transplantacji narządów i innych materiałów anatomicznych człowieka z 16 lipca 1999 r., człowiek uważany jest za zmarłego od czasu śmierci jego mózgu. Śmierć mózgu oznacza nieodwracalne ustanie wszystkich jego funkcji.

Zgodnie z ust. 1 cz. 1 instrukcji dotyczącej ustalenia śmierci osoby na podstawie śmierci mózgu, zatwierdzonej przez rozporządzenie Nr 226 Mini-

sterstwa Ochrony Zdrowia z dnia 25 września 2000 r., śmierć mózgu jest całkowitym i nieodwracalnym zaprzestaniem wszystkich jego funkcji, zarejestrowanych w stanie, gdy serce działa w warunkach wymuszonej wentylacji płuc. Śmierć mózgu jest równoznaczna ze śmiercią człowieka.

Od śmierci nieodwracalnej należy odróżniać śmierć kliniczną, gdy mimo zaprzestania oddechu i bicia serca w bardzo krótkim okresie, życie w ciele nie ustaje, a jego funkcje żywotne mogą zostać przywrócone.

W celu określenia strony podmiotowej zabójstwa, należy ustalić, że społecznie niebezpieczne skutki w postaci śmierci ofiary znajdują się w związku przyczynowo-skutkowym ze społecznie niebezpiecznym czynem sprawcy. Śmierć innej osoby zatem musi być koniecznym i uzasadnionym skutkiem czynu popełnionego przez winnego, oskarżonego o popełnienie przestępstwa. Jeśli czyn ten jest tylko jednym z warunków nastąpienia śmierci, to znaczy, gdy śmierć jest okazjonalnym, a nie logicznym wynikiem tego czynu, możliwe jest stwierdzenie braku znamion przestępstwa lub występowania innej formy przestępstwa lub usiłowanie zabójstwa.

Związek przyczynowy w zabójstwie umyślnym może mieć charakter pośredni, ujawniony przez:

1) działanie przyrządów automatycznych (mechanizm zegarowy, różnego rodzaju opóźniacze wybuchu);

2) przewidziane czynności ofiary, które mogą być tak prawne (np. rozpakowanie paczki zawierającej urządzenie wybuchowe lub uruchomienie silnika zaminowanego samochodu), jak i nieprawne (np. w razie celowego instalowania w kabinie samochodu urządzenia mechanicznego, pozbawiającego życia tego, kto nielegalnie przywłaszcza samochód);

3) działanie osoby nieletniej lub chorej psychicznie, która nie jest świadoma swoich czynów;

4) działanie sił natury (np. pozostawienie na mrozie człowieka pobitego do utraty przytomności);

5) działanie osób trzecich (np. opóźnione lub nieprofesjonalne udzielenie pomocy medycznej).

Podmiot podstawowego składu zabójstwa umyślnego, zgodnie z prawem karnym Ukrainy, jest powszechny. Definicja prawna powszechnego podmiotu przestępstwa w ukraińskim prawie karnym została określona w art. 18 k.k. Jest nim osoba fizyczną podlegająca odpowiedzialności karnej, która popełniła przestępstwo w wieku ponad 14 lat.

Zgodnie z art. 23 k.k., o winie decyduje nastawienie psychiczne osoby wobec popełnionego czynu lub bezczynności, przewidziane w niniejszym Kodeksie i ich konsekwencje, wyrażone w formie zamiaru lub zaniedbania.

Ujmując winę jako cechę składu podstawowego przestępstwa zabójstwa umyślnego, należy zauważyć, że prawo karne Ukrainy ustanowiło w tym przypadku umyślną formę winy. Definiując zamiar (jak również winę w ogóle), ustawodawca odwołuje się do intelektualnych i wolicjonalnych cech psychiki. Cecha intelektualna zamiaru (bezpośredniego i ewentualnego) polega na: 1) uświadomieniu przez osobę społecznie niebezpiecznego charakteru jej działania (czynu lub beczynności); 2) przewidywaniu jego społecznie niebezpiecznych konsekwencji w postaci śmierci człowieka. Wolicjonalna cecha zamiaru przejawia się w pragnieniu osoby nastania społecznie niebezpiecznych konsekwencji jej czynów (zamiar bezpośredni) lub świadome założenie ich nastania, bez chęci tego (zamiar ewentualny).

W przypadku popełnienia zabójstwa umyślnego, osoba zakłada zarówno nieodwracalność, jak i ewentualną możliwość śmierci innej osoby. O przewidywaniu nieodwracalności nastąpienia zaznaczonych konsekwencji świadczyć może intensywność działań sprawcy (siła uderzeń, ich liczba), użycie takiego narzędzia przestępstwa, które obiektywnie może spowodować śmierć, ukierunkowanie czynów sprawcy na naruszenie organów życiowych, które może doprowadzić do śmierci lub ciężkiego obrażenia ciała.

Motyw zabójstwa umyślnego może być znamieniem kwalifikującym. W szczególności, znaczenie kwalifikujące, zgodnie z pkt 6 i 7 ust. 2 art. 115 k.k., mają motyw korzyści majątkowej i motyw chuligański. Motyw przestępstwa należy odróżniać od jego celu. Celem przestępstwa jest określony wyimaginowany i pożądaný wynik końcowy, którego sprawca chce osiągnąć, dopuszczając się czynu społecznie niebezpiecznego. Cel przestępstwa, podobnie jak motyw, na Ukrainie może również mieć wartość kwalifikującą: w szczególności, znaczenie ma czy przestępca chciał ukryć inne przestępstwo, czy ułatwić jego popełnienie.

Zabójstwo, o którym mowa w ust. 1 art. 115 k.k. (zabójstwo powszechne) karane jest pozbawieniem wolności na okres od siedmiu do piętnastu lat.

III

W razie występowania okoliczności obciążających (zabójstwo kwalifikowane), Kodeks karny Ukrainy zawiera obszerny wykaz przestępstw tego typu w ust. 2 art. 115. Są to następujące zabójstwa umyślne: 1) dwóch lub więcej osób; 2) nieletniego dziecka lub kobiety, która, jak wiedział sprawca, była w ciąży; 3) zakładnika lub porwanej osoby; 4) dokonane ze szczególnym okrucieństwem; 5) dokonane w sposób, zagrażający życiu wielu ludzi; 6) z chęci korzyści majątkowych; 7) z pobudek chuligańskich; 8) osoby lub

jej bliskiego krewnego w związku z wykonywaniem przez nią obowiązków służbowych lub publicznych; 9) w celu ukrycia innego przestępstwa lub ułatwienia jego popełnienia; 10) w związku ze zgwałceniem lub przemocą seksualną; 11) popełnione na zamówienie; 12) popełnione przez uprzednią konspirację grupy osób; 13) popełnione przez osobę, która wcześniej dokonała zabójstwa umyślnego, z wyjątkiem zabójstw przewidzianych w artykułach 116-118 k.k.; 14) oparte na nienawiści rasowej, etnicznej lub religijnej.

Karę za wymienione zabójstwa dokonane w okolicznościach obciążających wymierza się w postaci pozbawienia wolności na okres od dziesięciu do piętnastu lat lub dożywociem, a ponadto konfiskatą mienia, jeśli zabójstwo umyślne zostało popełnione z motywów korzyści majątkowych.

W doktrynie prawa karnego pojawiło się kilka sugestii dotyczących dopełnienia ust. 2 art. 115 k.k. nowymi rodzajami zabójstw w okolicznościach obciążających. Mianowicie, chodzi o typ zabójstwa w związku z porwaniem człowieka; w celu zdobycia narządów i tkanek ofiary; dokonane przez organizację przestępczą; popełnione przy rabunku; wymuszeniu; bandytyzmie; zabójstwo rodziców, osób najbliższych z chęci zysku i/lub braku szacunku wobec nich; zabójstwo przez osobę, która unika dochodzenia w celu uniknięcia odpowiedzialności; zabójstwo z udziałem kobiety, osoby nieletniej lub osoby, która nie podlega odpowiedzialności karnej; zabójstwo osoby, która jest w stanie bezbronnym; zabójstwo popełnione przez podmiot specjalny – osobę, która wykorzystuje swoje stanowisko służbowe do zaangażowania zależnych od niej osób funkcyjnych do popełnienia zabójstwa; z użyciem broni palnej; ze względu na pochodzenie etniczne lub z przekonania ideologicznego.

Uzasadniono niektóre sugestie dotyczące doskonalenia standardów regulacji, zabójstwa umyślnego w okolicznościach obciążających: osoby lub jej bliskiego krewnego w związku z wykonywaniem przez tę osobę funkcji urzędniczych lub publicznych; w celu ukrycia innego przestępstwa lub ułatwienia jego popełnienia; z chęci uzyskania korzyści majątkowych.

IV

Zabójstwem w okolicznościach łagodzących w prawie karnym Ukrainy uznaje się: 1) zabójstwo w stanie intensywnego podniecenia emocjonalnego (art. 116); 2) zabójstwo matki jej nowonarodzonego dziecka (art. 117); 3) zabójstwo w wyniku przekroczenia granic obrony koniecznej (art. 118); 4) zabójstwo w wyniku nadużycia środków zatrzymania przestępcy (art. 118).

W prawie karnym Ukrainy zabójstwo umyślne popełnione w stanie intensywnego podniecenia emocjonalnego przewidziane jest w art. 116 k.k. Prawdopodobnie, złagodzenie odpowiedzialności karnej za ten rodzaj zabójstwa umyślnego wynika z trzech okoliczności: 1) społecznie niebezpieczny czyn podmiotu, został wywołany zabronioną przemocą, systematycznym znęcaniem się lub poważną obrazą od strony ofiary; 2) subiektywna część składu przestępstwa charakteryzuje się szczególnym stanem emocjonalnym podmiotu – nagle pojawiającym się silnym podnieceniem emocjonalnym; 3) zamiar pozbawienia życia ofiary także pojawił się nagle, na skutek intensywnego podniecenia emocjonalnego i został natychmiast zrealizowany.

Przemoc psychiczna to zabronione i karane wyrządzenie szkody moralnej drugiej osobie. W szczególności przemoc psychiczna może być dokonana poprzez groźby wyrządzenia szkody fizycznej, majątkowej lub moralnej, demonstracyjne i cyniczne wyrządzenie szkody moralnej, obrazy, szyderstwa, itp. Zabroniona przemoc, wywołująca stan intensywnego podniecenia emocjonalnego, może być nakierowana zarówno przeciwko przedmiotowi zabójstwa, jak i przeciwko jego krewnym lub bliskim osobom, których los nie jest obojętny dla sprowokowanego. Dość często bezprawną przemoc, systematyczne znęcanie się i dotkliwe obrazy mają charakter kombinowany, np. groźby, zastraszania i obrazy są wyrządzane wraz z zadawaniem obrażeń ciała.

Pojawienie się stanu intensywnego podniecenia emocjonalnego w wyniku prawnego użycia siły wobec podmiotu (np. przy jego zatrzymaniu przez funkcjonariuszy policji, w razie popełnienia przez niego przestępstwa lub innego wykroczenia) lub nie w wyniku systematycznego znęcania się lub poważnej obrazy, wyklucza odpowiedzialność takiego podmiotu zabójstwa na podstawie artykułu 116 k.k.

Regularne znęcanie się może przejawiać się w szyderstwie, przemocy psychicznej lub fizycznej o charakterze cynicznym, prześladowaniu, zastraszaniu, niezasłużonym potępieniu, nieodpowiedniej krytyce, ironii, celowych kpinach i podobnych działaniach popełnionych, co najmniej trzy razy.

Ciężka obraza – treść etymologiczna pojęcia „obrazy” jest następująca: pogardliwe wypowiedzenie się, zły czyn, itp., nakierowane przeciwko komukolwiek i wywołujące u niego poczucie goryczy, bólu emocjonalnego; uraza, niesprawiedliwość, krzywda. Natomiast „znieważać” oznacza zadawać komuś ból duchowy, krzywdy moralne; urażać, drażnić, upośledzać.

Cechą konieczną obiektywnej strony przestępstwa zabójstwa umyślnego, która jest przewidziana w artykule 116 k.k., jest czas popełnienia zabójstwa. Przestępstwo z tego artykułu może być popełnione tylko wtedy, gdy podmiot

przebywa w stanie intensywnego podniecenia emocjonalnego, który zwykle jest krótkotrwały i trwa przez kilka minut, chociaż w niektórych przypadkach może trwać dłużej. Strona podmiotowa zabójstwa umyślnego w stanie intensywnego podniecenia emocjonalnego ma dwie niezbywalne cechy: 1) wina w postaci zamiaru; 2) szczególny stan emocjonalny sprawcy. Stan intensywnego podniecenia emocjonalnego to jest nagły, krótkotrwały proces emocjonalny, spowodowany takimi działaniami ofiary, jak bezprawna przemoc, systematyczne zastraszanie i dotkliwa obraza; stan uzewnętrzniany jest szybko i gwałtownie, oraz istotnie ogranicza świadomość podmiotu, jego zdolność do rozumienia swoich czynów i panowania nad nimi. Zatem, w wyniku intensywnego podniecenia emocjonalnego, zdolność podmiotu do zrozumienia sytuacji i jej oceny znacznie się pogarsza, jak również jakość kontroli nad sobą i przewidywanie możliwych konsekwencji.

Podmiot zabójstwa umyślnego, popełnionego w stanie intensywnego podniecenia emocjonalnego, jest specjalny – osoba fizyczna, która w chwili popełnienia zbrodni ukończyła 14 lat, i w czasie popełnienia przestępstwa przebywała w stanie intensywnego podniecenia emocjonalnego, wywołanego gwałtownie na skutek przemocy, regularnego znęcania się lub ciężkiej obrazy od strony ofiary. Takie zabójstwo jest karane karą ograniczenia wolności na okres do pięciu lat lub pozbawieniem wolności na taki sam okres.

Odpowiedzialność za umyślne zabójstwo przez matkę jej nowonarodzonego dziecka określa art. 117 k.k. Cechy analizowanego przestępstwa są następujące: 1) ofiarą takiego przestępstwa może być tylko własne nowonarodzone dziecko sprawcy; 2) konieczną cechą jest czas popełnienia przestępstwa – podczas porodu lub bezpośrednio po porodzie; 3) podmiotem przestępstwa jest matka, która rodzi lub urodziła dziecko.

Odpowiedzialność karna za pozbawienie życia cudzego nowonarodzonego dziecka następuje na ogólnych zasadach. Społecznie niebezpieczny czyn kobiety, która zabija swoje nowo narodzone dziecko, wynika z jej szczególnego stanu fizycznego i psychicznego podczas porodu. Przestępstwo może być popełnione w formie dowolnego działania (uduszenie, utopienie, zakopywanie w ziemi, itp.) lub także w formie zaniechania. Zaniechanie może przejawiać się zwłaszcza w umyślnym nieokazaniu pomocy medycznej od razu po porodzie, odmowie podawania jedzenia, odmowie opieki, pozostawieniu na ulicy lub w chłodnym pomieszczeniu w celu spowodowania śmierci dziecka.

Odnosząc się do strony podmiotowej przestępstwa należy stwierdzić, że struktura tego przestępstwa obejmuje umyślną formę winy w obu jej postaciach: zamiar bezpośredni lub zamiar ewentualny. W drodze popełnienia

czynu, który ma na celu pozbawienie życia dziecka w czasie porodu lub dziecka nowonarodzonego, matka jest świadoma społecznej szkodliwości swojego czynu, przewiduje wystąpienie konsekwencji społecznie niebezpiecznych i chce lub świadomie pozwala na ich wystąpienie. Zamiar pozbawienia życia nowonarodzonego dziecka może mieć miejsce przed porodem, w momencie porodu lub po zakończeniu porodu. Motyw i cel nie mają wpływu na zakwalifikowanie umyślnego zabójstwa matki swojego nowonarodzonego dziecka.

Art. 118 k.k. zawiera specjalną listę znamion zabójstwa umyślnego – zabójstwo w wyniku przekroczenia granic niezbędnej obrony lub w wyniku nadużycia środków zatrzymania przestępcy. Ofiarami tego przestępstwa mogą być: 1) osoba, która popełnia społecznie niebezpieczny czyn zamachu i w odniesieniu do której osoba, która broni się, stosuje niezbędne środki obrony (art. 36 k.k.); 2) osoba, której działania zostały potraktowane przez zwinionego w nieprawidłowy sposób (art. 37 k.k.); 3) osoba, która popełniła przestępstwo i do której sprawca używa środków w celu zatrzymania (art. 38 k.k.).

Strona podmiotowa przestępstwa obejmuje: 1) działania, mające na celu pozbawienie życia osoby, dokonującej zamachu lub osoby podlegającej zatrzymaniu; 2) skutki w postaci śmierci tego, kto dokonuje zamachu lub osoby, podlegającej zatrzymaniu; 3) związek przyczynowy między zaznaczonymi działaniami a konsekwencjami w postaci śmierci; 4) określone warunki. Zabójstwo umyślne podlega kwalifikacji na podstawie tego artykułu w trzech przypadkach, a mianowicie, w razie:

1) przekroczenia granic koniecznej obrony. W tym przypadku dokonywane jest zabójstwo sprawcy zamachu, w obronie przed czynem społecznie niebezpiecznym, ale z przekroczeniem granic koniecznej obrony, tzn. z powodu widocznej rozbieżności pomiędzy wspomnianą szkodą a niebezpieczeństwem zamachu lub warunków obrony. Obrona konieczna, zgodnie z ust. 1 art. 35 k.k., obejmuje działania, podjęte w celu obrony zapewnionych prawem praw oraz interesów osoby, która się broni lub innej osoby, a także interesów publicznych i interesów państwowych przed społecznie niebezpiecznym zamachem, poprzez wyrządzenie temu, kto napada szkody, niezbędnej i wystarczającej w danej sytuacji w celu natychmiastowego zaprzestania lub ustąpienia zamachu. Prawomocną obroną jest obrona konieczna, która odpowiada warunkom (kryteriom), opracowanym przez naukę prawa karnego. Warunki te można podzielić na dwie grupy: 1) warunki charakteryzujące zamach społecznie niebezpieczny; 2) warunki charakteryzujące akt obronny. Do pierwszej grupy należą następujące: 1) zamach ma charakter czynu spo-

łecznie niebezpiecznego; 2) zamach jest czynny; 3) zamach jest rzeczywisty. Do drugiej grupy należą: 1) osoba broni prawa i interesy własne, innej osoby lub interesy publiczne lub państwowe; 2) szkoda jest wyrządzana sprawcy zamachu, a nie innej osobie (osobom); 3) obrona nie przekracza granic obrony koniecznej. W myśl ust. 3 art. 36 k.k., przekroczeniem granicy obrony koniecznej (nadmiar obrony) jest umyślne wyrządzenie nadmiernej szkody, nieporównywalnej do niebezpieczeństwa zamachu lub warunków obrony przeciwko temu, kto dokonuje zamachu. Przekroczenie granic obrony koniecznej jest karane jedynie w przypadku umyślnego zadania napastnikowi śmierci (art. 118) lub ciężkich obrażeń ciała (art. 124);

2) przekroczenia granic obrony w wyimaginowanych warunkach obrony. Zabójstwo popełniane jest w okolicznościach, gdy rzeczywistego zamachu społecznie niebezpiecznego ze strony ofiary nie było, a osoba zawiniona, błędnie oceniając działania ofiary, przez pomyłkę założyła obecność takiego zamachu. Kwestia, czy dana osoba miała podstawy do błędnego wniosku o występowaniu społecznie niebezpiecznego zamachu, rozstrzygana jest w świetle szczegółowych okoliczności sprawy;

3) nadużycia środków, niezbędnych do zatrzymania przestępcy. W tym przypadku dochodzi do zabójstwa osoby, która popełniła przestępstwo, nadużywając środków koniecznych do zatrzymania przestępcy, to znaczy do ewidentnej rozbieżności pomiędzy wspomnianą szkodą a niebezpieczeństwem zamachu lub warunków zatrzymania przestępcy. Prawomocne zatrzymanie sprawcy przez ofiarę lub inne osoby jest aktem przemocy popełnionym bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa i mającym na celu krótkotrwale pozbawienie wolności takiej osoby w celu przekazania jej władzom, jeżeli działania te są spowodowane koniecznością zatrzymania i odpowiadają niebezpieczeństwu popełnionego zamachu oraz warunkom zatrzymania. Powodem do zatrzymania osoby jest popełnienie przestępstwa. Wyrządzenie przestępcy w razie nadużycia środków niezbędnych do zatrzymania, nieciężkiej szkody: pozbawienie wolności, uderzanie, pobicie, zadawanie obrażeń ciała o stopniu lekkim lub średnim, uszkodzenie mienia, nie jest wykroczeniem karnym. Pod ciężką szkodą, jak wynika z ust. 2 art. 38 k.k., należy rozumieć umyślne spowodowanie śmierci lub obrażeń ciała o stopniu ciężkim zatrzymywanej osobie.

Podmiotowa strona zabójstwa umyślnego podczas przekroczenia granic obrony koniecznej lub w wyniku nadużycia środków, niezbędnych do zatrzymania przestępcy, charakteryzuje się winą w postaci zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego. Podmiot takiego przestępstwa jest specjalny – osoba fizyczna, w tym także funkcyjna, podlegająca odpowiedzialności karnej,

która w chwili popełnienia przestępstwa ukończyła 16 lat, i która znajduje się w stanie obrony koniecznej, obrony wymagowanej lub prawnego zatrzymania osoby, która popełniła przestępstwo. Zabójstwo umyślne w wyniku przekroczenia granic obrony koniecznej lub w wyniku nadużycia środków, niezbędnych do zatrzymania sprawcy przestępstwa, karane jest pracami poprawczymi na okres od dwóch lat lub ograniczeniem wolności do trzech lat lub pozbawieniem wolności na okres do dwóch lat.

PODSUMOWANIE

Powyższe rozważania pozwalają stwierdzić, że poziom ochrony karnoprawnej życia ludzkiego na Ukrainie w ogólnym zakresie odpowiada tradycji europejskiej. Razem z tym, wciąż istnieją możliwości jej doskonalenia.

CRIMINAL LAW PROTECTION OF HUMAN LIFE AGAINST DELIBERATE ASSASSINATION ON THE WAY TO EUROPEAN INTEGRATION

Summary. The article discusses the basic criminal law problems of protecting human right to life in Ukraine. The notion of the murder of a person in accordance with the current Criminal Code of Ukraine and the doctrine of criminal law was discussed. Characteristics of the basic composition of murder of a human, qualified components of the murder of a person, components of human murders in mitigating circumstances were characterized. Attention was paid to punishing human killings under the current Criminal Code of Ukraine. The paper presents the doctrine of Ukrainian criminal law based on the proposals of scientists to improve the criminal law protection of human right to life in Ukraine.

Key words: human right to life, murder, criminal responsibility for the murders, Criminal Code of Ukraine

THE PREPARATORY STAGE OF THE 5TH SYNOD OF THE DIOCESE OF TARNÓW – STRUCTURE AND TASKS

Robert Kantor

The Pontifical University of John Paul II in Cracow
Poland

<https://orcid.org/0000-0002-8599-7705>

Summary. A diocesan synod is necessary so that it could express the common concern for being the Church and being in the Church, the key manifestation of which is the concern for identification with it. And this can be reached only by communal reflection about who we are as the Church and what our tasks in this field are. In December 2016, the Bishop of Tarnów decided to convoke the 5th Synod of the Diocese of Tarnów. Before this Synod was inaugurated, it was preceded by a preparatory stage. Therefore, this article presents the following issues connected with this important synodal stage in the Diocese of Tarnów: the announcement of synod convocation, the aims of synod preparatory stage, the establishment of the Preparatory Commission and its tasks and, finally, the results of works performed during the pre-synodal stage will be presented.

Key words: the Diocese of Tarnów, synodal structure, pre-synodal stage, diocesan synod

The Code of John Paul II defines a synod as a group of “of selected priests and other members of the Christian faithful of a particular church who offer assistance to the diocesan bishop for the good of the whole diocesan community”¹. A synod is therefore a gathering at which the bishop solemnly exercises the office and ministry of shepherding the faithful. Apart from the adaptation of the universal law to the conditions of the particular Church, the tasks of a synod include the development of ministry, giving recommendations and removal of negative effects from church life².

¹ *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (25.01.1983), AAS 75 (1983), pars II, pp. 1–317 [henceforth quoted as: CIC/83], can. 460.

² There is a rich literature on synods. Among others: T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, vol. I, Warmińskie Wydawnictwo Diecezjalne, Olsztyn 2002; R. Kantor, *The Synods of the Diocese of Tarnów as a tool*

As noted by Prof. Mirosław Sitarz “The diocesan synod cannot deal with the problems referring to the Catholic Church or interfere in matters reserved for the bishop. To perform these tasks, the synod should engage all the faithful in the diocese and strive for the renewal of religious and moral life”³.

So far, four synods were held in the Diocese of Tarnów⁴. In December 2016, the Bishop of Tarnów decided to convoke the 5th Synod of the Diocese

for the renewal of the particular Church, “The Person and the Challenges” 7 (2017), no. 2, pp. 181–195; G. Corbellini, *De synodo dioecesano*, in: *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, ed. A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, vol. II/2, Eunsia. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 2002, pp. 992–1029; J. Dudziak, *Synod diecezjalny, jego struktura i rola w Kościele partykularnym*, “Colloquium Salutis” 16 (1984), pp. 47–79; T. Rozkrut, *Synod diecezjalny w Kościele*, Wydawnictwo Diecezji Tarnowskiej Biblios, Tarnów 2002; Idem, *Synod diecezjalny w życiu Kościoła partykularnego na początku trzeciego tysiąclecia Kościoła*, in: *II Synod Diecezji Radomskiej, Biuletyn I, Czynić diecezję domem i szkołą komunii*, ed. S. Łabędowicz, Wydawnictwo Diecezji Radomskiej Ave, Radom 2008, pp. 79–111.

³ M. Sitarz, *Synod diecezjalny w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 roku. Zarys problematyki*, “Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich” 24 (2014), no. 27, p. 95. See also: Idem, *Synod diecezjalny*, in: *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, vol. II/1: *Księga II. Lud Boży. Część I. Wierni chrześcijanie. Część II. Ustrój hierarchiczny Kościoła*, ed. J. Krukowski, Pallottinum, Poznań 2005, pp. 333–344; Idem, *Synod diecezjalny jako uroczysty sposób sprawowania władzy ustawodawczej biskupa diecezjalnego. Zarys problematyki*, “Wiadomości Diecezji Gliwickiej. Pismo urzędowe” 3 (98) 2016, pp. 333–349.

⁴ On 4th April 1927, bishop Leon Wałęga announced the convocation of a diocesan synod and he appointed father Władysław Mysor as its promoter. As synod aims, the Bishop indicated the adjustment of the diocesan law in force to the new Code of Canon Law and adding new provisions to the diocesan law. On the basis of a decree dated 20th June 1928, bishop Wałęga convoked the first diocesan synod, scheduled to take place in the cathedral on 21st–23rd August 1928, and ordered appropriate prayers and services in this regard. B. Kumor, *Diecezja tarnowska. Dzieje ustroju i organizacji 1786-1985*, Polskie Towarzystwo Teologiczne, Kraków 1985, pp. 366–369. The plenary synod of 1936 became one of the main reasons for the convocation of the second synod of the Diocese of Tarnów. On 25th March 1938, in his letter to the clergy, bishop Franciszek Lisowski reminded that as of 16th June 1938 the plenary synod would come into force and that it had been 10 years since the previous diocesan synod. In connection with the above, he decided to convoke the 2nd diocesan synod, scheduled to take place at the beginning of July 1938. F. Lisowski, *Pismo do wiernych*, “Currenda” 6 (1938), p. 97; R. Kantor, *Synod w przededniu wojny. II Synod Diecezji Tarnowskiej – historia i rekonstrukcja statutów*, Wydawnictwo Diecezji Tarnowskiej Biblios, Tarnów 2016. On 27th November 1947, during the annual congregation of deans, bishop Jan Stepa announced the convocation of the 3rd Synod of the Diocese of Tarnów. On 2nd February 1948, in his pastoral letter to the clergy, the Bishop of Tarnów decided that the aims of the third diocesan synod would be: 1) the election of judges, synodal examiners, parish priests – consultors; 2) the establishment of boundaries of new deaneries and dealing with the issue of old deaneries; 3) the issues of parish and diocesan liturgy; 4) the issues of pastoral work in the Church. *Trzeci Synod Diecezji Tarnowskiej 1948*, Tarnów 1957; B. Kumor, *Diecezja tarnowska*, pp. 371–373. Thirty-

of Tarnów. Before this Synod was inaugurated, it was preceded by a preparatory stage. Therefore, this article presents the following themes connected with this important synodal stage: the announcement of synod convocation, the aims of synod preparatory stage, the establishment of the Preparatory Commission and its tasks and, finally, the results of works performed during the pre-synodal stage will be presented. The basic source of information for this article will be materials gathered in the archives of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów and legal texts, such as CIC/83 and the Instruction *De synodis dioecesanis agendis*⁵.

ANNOUNCEMENT OF SYNOD

The legislator resigns from the rule established in the Code of Canon Law of 1917 regarding the convocation of a synod at least every ten years, leaving the need for convoking a synod to the opinion of a diocesan bishop⁶. In the Instruction on Diocesan Synods, the legislator decided that the bishop should – when convoking a synod – take into account various circumstances, such as the need for overall diocesan pastoral plan; the need for the application of norms and other directives of the Holy See at a local level; the need for the church community to be more active (DSDA, III.A.1). When taking a decision to convoke a synod, the bishop should listen to the opinion of the Presbyteral Council acting collegially; however, its opinion – even expressed unanimously – is not binding for the bishop (CIC/83, can. 127 § 2). In order to assess the situation in his diocese, the bishop may also consult the diocesan Pastoral Council (CIC/83, can. 511).

three years after the previous diocesan synod, bishop Jerzy Ablewicz decided to convoke the fourth diocesan synod. On 3rd November 1980, during the congregation of deans and vice-deans, the bishop announced the convocation of the synod and on 8th May 1981, he issued a decree on the establishment of the Main Commission of the 4th Synod of the Diocese of Tarnów. After several years of “synoding”, in 1986, a new diocesan law was established. This law was contained in 747 statutes, 12 instructions and 7 statutes of religious institutions. B. Kumor, *Diecezja tarnowska*, pp. 373–377; B. Olejnik, *Analiza historyczno-prawna struktury i organizacji IV Synodu Diecezji Tarnowskiej w trzydziestolecie zakończenia*, Wydawnictwo Regis, Tarnów 2016.

⁵ Congregatio pro Episcopis, Congregatio pro Gentium Evangelizatione, *Instructio De synodis dioecesanis agendis* (19.03.1997), AAS 89 (1997), pp. 706–727 [henceforth quoted as: DSDA]. This Instruction was also commented by: T. Rozkrut, *Nowa instrukcja o synodach diecezjalnych*, “Prawo Kanoniczne” 42 (1999), no. 1–2, pp. 145–156.

⁶ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus* (27.05.1917), AAS 9 (1917), pars II, s. 1–593, can. 365 § 1.

In December 2016, the Bishop of Tarnów convoked the 5th Synod of the Diocese of Tarnów in order to reflect upon the existing situation of the diocese and the condition of the ministry. “The Synod gives us opportunity for certain and global overview of current condition of our diocese. It allows us to make a general diagnosis, based on which we will be able to determine further directions of our ministerial work”⁷.

In his letter announcing the 5th Synod of the Diocese of Tarnów, the Bishop of Tarnów outlined the situation of the Diocese of Tarnów. He mentioned the impact of destructive ideologies on the lives of the faithful, increasing number of marriages falling apart, crises suffered by the youth, enormous role of the media which can be used in evangelisation with positive effects. Finally, he mentioned about reforming ourselves⁸.

The main objective of the Synod – in the opinion of the Bishop of Tarnów – is to demonstrate the spiritual, pastoral and material heritage of the Christ’s Church in the Diocese of Tarnów; revival of faith, hope and love in personal and communal relationship with Christ in the Church; and to indicate new pastoral ways in the changeability of the world towards the unchangeability of Christ. This general objective includes the area of catechesis, so important and requiring deep reflection⁹.

The course of works of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów was planned for three subsequent years. Each year will be focused particularly on one field of the life of the Church. “Therefore – as stated by the Bishop of Tarnów – the first synodal year (2018/2019 will be devoted to a family as

⁷ A. Jeż, *Kościół na wzór Chrystusa. List pasterski zapowiadający V Synod Diecezji Tarnowskiej*, “Biuletyn V Synodu Diecezji Tarnowskiej” 1 (2017), p. 10.

⁸ Ibidem, p. 9. “The renewal of life of our diocesan community should be expressed by, first of all, a deep reform of ourselves, organisation of issues of our own conscience, getting closer to Christ by continuous formation and deepening of sacramental life because, presently, faith is not enough, it is only heritage obtained through the chain of generations. The contemporary realities of life and of the mission of the Church require a convincing justification of faith which is inside us as well as readiness to defend it when it is questioned or attacked. Our renewal will be based on great treasures of the Church: life according to the word of God and the strength of the sacraments, which will allow us to always remain in the mystery of the Holy Trinity’s love. We want to maintain, strengthen and develop traditional ministry which is the basis of spirituality of our diocese so that the forms of devotion established over the years could be continued by future generations. The Synod gives us opportunity for certain and global overview of current condition of our diocese. It allows us to make a general diagnosis, based on which we will be able to determine further directions of our pastoral work”. Ibidem, p. 10.

⁹ Ibidem, p. 11.

a whole. During the second synodal year (2019/2020), we will concentrate on the problems connected with the life and functioning of a parish community and during the third synodal year (2020/2021), we will discuss the subject of broadly understood evangelisation”¹⁰.

AIMS OF PREPARATORY STAGE

The objective of a diocesan synod is to help the bishop for the good of the entire diocese and support him in exercising his office (CIC/83, can. 460; DSDA, I.1). The synod’s task is, first of all, the adaptation of universal law to the conditions of particular Churches (dioceses) and making it more specified as well as development of ministry, initiation of new actions, giving recommendations and removal of negative effects in church life. The diocesan synod cannot deal with the problems referring to the Catholic Church or interfere in matters reserved for the bishop. To perform these tasks, the synod should engage all the faithful in the diocese and strive for the renewal of religious and moral life.

According to the DSDA, the preparation of a synod should commence with a prayer. Both the laity and clergy should participate in such prayer for the synod. Also religious congregations existing in the area of the diocese, in particular contemplative orders, should participate in such prayer (DSDA, III.C.1). A diocesan synod is not only a body of legal nature and its individual sessions do not focus only on subjects for which it was convoked. Although the legislator did not equip a diocesan synod with liturgical competences, the Church documents emphasise the importance of celebrations of the Mass at the beginning, during and at the end of a synod¹¹.

The following words became the motto of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów: “The Church follows the example of Christ”. The synod’s aim, even if not expressly determined, is the renewal of the Church. So, what is the renewal of the Church about? It may happen that everybody understands it in a different way. What do the following words mean “The Church follows the example of Christ”? They mean that Christ sets an example to the Church. And if Jesus Christ sets an example to the Church, it is necessary for

¹⁰ Minutes of the meeting held by the Preparatory Commission, in: “Acts of V Synods Diocese of Tarnów” [henceforth quoted as: AVSDT], VSDT-V/2016.

¹¹ Sacra Congregatio pro Episcopis, Directorium de pastoralis ministerio Episcoporum *Ecclesiae imago* (22.02.1973), Typis Polyglottis Vaticanis, Romae 1973 [henceforth quoted as: EI], no. 165.

the Church to look at Christ and learn from Christ. This looking at Christ includes, first of all, two basic truths/mysteries/events of Jesus Christ: his incarnation and pascha. So, if Jesus sets an example and the path to the Church, two paths open for the Church: the path of incarnation and the path of pascha¹².

In connection with the path of incarnation, it is possible to speak about the incarnative nature of the mission of the Church. It will be expressed in learning about the world because Jesus grew and the grace of God and people was upon Him, in proclaiming of Gospel, as Jesus did, who was a Teacher and a Prophet and, finally, in administration of the sacraments because Jesus was the Healer of souls and bodies. On the other hand, the path of pascha, to which the Church is invited, will be expressed in undertaking the mission of substitution (substitute character of the mission of the Church). The Church undertakes the mission of substitution because Jesus is sent so that in Him people reconcile to God. The Church seeks the sinner and with merciful love returns the sinner to Christ because Christ is the image of Merciful Father. The Church sacrifices itself for the life of the world because Jesus was the first to sacrifice himself, becoming the Salvation Sacrifice¹³. To conclude, father Andrzej Michalik stated that: "The Church will become more of "an example of Christ" if each of us becomes more of "an example of Christ", not individually and without communal relations, but in the community of the Church and by the community of the Church. So that more and more Christians would love Jesus in the Church and love the Church in Jesus. Then – I believe – the first and the most important aim of the 5th Synod will be accomplished i.e. we will enjoy the Church that has been and is formed according to the example of Christ"¹⁴.

ESTABLISHMENT OF PREPARATORY COMMISSION AND ITS TASKS

At the beginning of a synod, the bishop is obliged to establish a preparatory commission. EI 164 indicated the necessity of establishing a number of preparatory commissions. After years of experience, in the DSDA, it was

¹² A. Michalik, *Kościół na wzór Chrystusa*, IX Diecezjalne Forum Ruchów i Stowarzyszeń Katolickich, Tarnów, 30th September 2017, in: <https://synodtarnow.pl/pobierz/> [accessed: 10.09.2018].

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

stated however that a better solution would involve the existence of only one commission composed of representatives of the clergy, the consecrated and the laity. All of them should be distinguished by their pastoral prudence and by their professional competence. Such preparatory commission should be also composed of experts in the disciplines of Canon Law, theology, Sacred Liturgy and persons with pastoral experience. This preparatory commission assists the Bishop in matters pertaining to the organisation and preparation of a synod, in the designation of the synodal members and in the determination of questions to be deliberated upon during the second stage i.e. synodal sessions. This commission also participates in the preparation by the diocesan bishop of the synodal directory, where, according to the DSDA, among others the following should be stated in detail: the number of the laity and the consecrated that the synod should be composed of, the norms by which elections of synodal members are to be conducted, the norms by which synodal structures are to be constituted, procedural norms during synodal sessions, manner of expression (oral or written) and voting (DSDA, III.B.2).

As noted by bishop Artur Miziński in his lecture during the 9th Diocesan Forum of Movements and Associations in Tarnów on 30th September 2017 “in connection with the fact that informing not only those who are directly engaged but also all people in the Diocese about the importance of a synod and the progress of its works is a matter of utmost importance, the establishment of a press office is justified for this purpose. In this era of mass media, especially the Internet, they seem to be an efficient tool not only for conveying information about synodal works but also for the participation of as many people as possible by joining the discussions and searching for the right solutions. Those responsible for conveying information should be also attentive to false opinions that may occur, so that education regarding synodal matters could contribute to building genuine unity between individual members of the diocesan community. The dissemination of information about synodal works will certainly result in increased interest in this event and will increase the opportunity for active engagement by as many people as possible”¹⁵.

The synodal preparatory stage is also an occasion for conducting catechesis as regards issues relating not only to the synod itself but also, in a broad-

¹⁵ A. Miziński, *Rola i znaczenie synodu diecezjalnego – aspekty prawno-duszpasterskie*, IX Diecezjalne Forum Ruchów i Stowarzyszeń Katolickich, Tarnów, 30th September 2017, in: <https://synodtarnow.pl/pobierz/> [accessed: 10.09.2018].

er sense, to issues connected with the life of the Church and participation of the laity in building the Church. The entire duration of the synod should be also supported by individual as well as communal prayer. In the Diocese of Tarnów, since the time when the synod convocation was announced, parishes have started to pray for the synod.

In the decree establishing the Preparatory Commission, the Bishop of Tarnów emphasised that the aim of this Commission was to “prepare the proper works of the synod, develop pastoral aids connected with the Synod for the faithful, develop synodal Directory, anthem and logo as well to specify issues that will become the subject of synodal deliberations”¹⁶.

In order to prepare the 5th Synod of the Diocese of Tarnów, in accordance with the DSDA III.B.1, the Bishop of Tarnów established the Preparatory Commission composed of: bishop Leszek Leszkiewicz – the chairman, father Marcin Baran – secretariat, father Krzysztof Bułat, father Piotr Cebula – secretariat, father Krzysztof Czermak, father Andrzej Dudek – secretariat, father Paweł Górski, father Robert Kantor, father Wojciech Karpiel, father Janusz Królikowski, father Andrzej Michalik, father Jacek Nowak, father Zbigniew Pietruszka, father Bogusław Połec, father Józef Wałaszek. Later, the following persons joined the Commission: father Tomasz Lelito, father Andrzej Turek – secretariat, Ms Joanna Sadowska – secretariat, Ms Agnieszka Juszczak – secretariat.

RESULTS OF WORKS

The Preparatory Commission of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów implemented the tasks indicated by the Bishop of Tarnów. They may be summarised as follows:

1) the Synod’s logo was developed. After consultation with the Preparatory Commission, at the end of March 2017, bishop Jeż selected a symbol that will accompany all synodal initiatives in the diocese. Then, certain final adjustments were made and on 8th May 2017, a decree approving the official version of the logo was signed. It was publicly presented for the first time on 29th May 2017 at a press conference organised in the building of the Higher Theological Seminary in Tarnów. In the middle of the Logo, there is a Christogram, one of the oldest symbols that form an abbreviation for the name of

¹⁶ A. Jeż, *Dekret powołujący Komisję Przygotowawczą* (16.12.2016), in: AVSDT, VSDT-V/2016.

Jesus Christ. It is a combination of two Greek letters X (Chi) and P (Rho) which are an abbreviation of the word Χριστός (Christós) – Christ. The central position of this Christogram reflects the truth that Christ is an unchangeable example for the Church. This Christogram is surrounded by a community of people – the Church that should be always built according to the example of Christ. This circle of people surrounding the Christogram is open, inviting the community of the disciples of Jesus to enter. With its shape, it refers to the Bernini's colonnade that surrounds the St. Peter's Square in the Vatican City and depicts the hands of the Church, reaching out in the desire to embrace all people. Such a shape of this circle expresses the universality of the Church, its catholicity. Additionally, the community of the faithful presented in the Logo is not homogeneous, but distinctively differentiated. It illustrates the richness of forms of the Christian vocation fulfilment. The crozier located among the community of the faithful emphasises that the diocesan bishop is, paraphrasing the words of St. Augustine, "a Christian with the faithful and bishop for the faithful". The placement of the crozier in the axis of the Christogram means that the diocesan bishop represents the mission of Christ (pastoral, prophetic, priestly) to the fullest extent in the diocese entrusted to him. Therefore, it is the diocesan bishop who convokes a synod and is its sole legislator¹⁷.

2) the Synod's anthem was developed. The decree announcing the official anthem of the 5th Synod was signed by bishop Jeż on 28th November 2017 and its premiere took place on Saturday, 9th December 2017 (after 4:00 pm), when it was broadcast by RDN Małopolska and RDN Nowy Sącz as part of a synodal radio programme. The lyrics for the anthem were written by a Poor Clare from Stary Sącz, sister Teresa Anna Izworska OSC. She also proposed its title: "Following Christ" (pl. "Za Chrystusem"). These words are the fruit of prayer, meditation and contemplation over the content of the Letter of bishop Jeż from the 1st Sunday of Advent in 2016, where he announced this great event in the Church in Tarnów. They also refer to the official prayer prepared by the Bishop and which, at his request, is said in the diocese on various occasions. The anthem is composed of five verses and a chorus. It is of intercessory nature i.e. it is a prayer addressed to the Triune God. Basically, it opens with the adoration of the Holy Trinity because the work of our salvation is the fruit of cooperation between the Father, the Son and the Holy Spirit and our entire life and our prayer should praise God. The

¹⁷ AVSDT, VSDT-V/2017.

composition by Mr Sebastian Szymański is considered to be the official melody which is of majestic and solemn nature. An alternative melody was also allowed, composed by Mr Piotr Pałka, referring in its convention to Gregorian chants¹⁸.

3) the Synod's Directory was developed. On the basis of a decree of the Bishop of Tarnów dated 21st April 2018, the Directory of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów was promulgated. The following can be found in the introduction to this document: "The dynamically changing social and cultural situation in which the religious community in Tarnów lives and operates, practising its faith and building the living organism of Christ's Church, requires a new and thorough review, assessment and reflection in order to look in the future and determine the most appropriate path of pastoral actions. This is the aim of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów"¹⁹. The Directory consists of nine parts: general provisions; aims of the synod; the Main Commission of the Synod; the Secretariat of the Synod; Synodal Commissions; Synodal Teams; Synodal Speaker; plenary sessions, final provisions²⁰.

4) synodal commissions were proposed. During the last – eleventh – session of the Preparatory Commission, the number and chairmen of those Commissions were proposed. On the basis of a decree of 21st April 2018, the Bishop of Tarnów, in accordance with the Directory of the Synod, established the Main Commission of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów and Thematic Commissions. The Main Commission was composed of: bishop Andrzej Jeż, the diocesan bishop – chairman; bishop Wiesław Lechowicz, the vicar general – deputy chairman; bishop Stanisław Salaterski, the vicar general – deputy chairman; bishop Leszek Leszkiewicz, the vicar general – deputy chairman; father Andrzej Dudek, Ph.D. – chairman of the Commission for Divine Worship and Sacramental Life; father Krzysztof Bułat, Ph.D. – chairman of the Clergy Commission; Father Piotr Cebula, Ph.D. – chairman of the Marriage and Family Commission; father Marcin Baran, M.A. – chairman of the Children and Youth Commission; father Michał Dąbrówka, Ph.D. – chairman of the Evangelisation Commission; father Jacek Nowak, Ph.D. – chairman of the Commission for Heritage of the Diocese of Tarnów; father Robert Kantor, Prof. – chairman of the Church Administration Commission; father Zbigniew Krzyszowski, Ph.D. – chairman of the Consecrated

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ *Directory of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów*, in: AVSDT, VSDT-V/2018.

²⁰ AVSDT, VSDT-V/2018.

Life Commission; father Zbigniew Pietruszka, M.A. – chairman of the Church Charitable Ministry Commission; father Andrzej Turek, Ph.D. – chairman of the Media Commission; father Rafał Wierzchanowski, Ph.D. – chairman of the Legal Commission; father Andrzej Michalik, Prof. – chairman of the Theological Commission. Composition of the Secretariat of the 5th Synod: the secretary general: father Piotr Cebula, Ph.D.; assistant secretaries: father Andrzej Dudek, Ph.D., father Andrzej Turek, Ph.D., father Marcin Baran, M.A., Joanna Sadowska, M.A.; member of the Secretariat: Agnieszka Juszczak, M.Sc., Eng.²¹.

On 21st April 2018, the official inauguration of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów took place. It is the date when the Preparatory Commission completed its works and the preparatory stage ended. The Preparatory Commission in the Diocese of Tarnów successfully completed its tasks: it prepared the directory, proposals of subjects, during the diocesan consultations the faithful submitted their postulates, needs and wishes, a working document of the 5th Synod was prepared, a prayer for good results of the synod was of dominant significance, finally, proposals relating to the composition of individual Synodal Commissions were presented.

On behalf of and at the request of Pope Francis, during the official inauguration of the 5th Synod of the Diocese of Tarnów, a letter written by archbishop Angelo Becciu was read. It might be worthwhile to quote a part of that letter: “Thirty years that elapsed from the previous diocesan Synod certainly generate the need for assessment of, reflection and retrospective view on the existing directions of pastoral work, conducted works and efficiency of undertaken actions. They also generated the need for looking into the future in order to indicate new paths of apostolic mission of the local Church in the context of dynamically changing and contemporary social, cultural and religious situation”. Furthermore, Pope Francis imparted his apostolic blessing to the Bishop of Tarnów, Andrzej Jeż, his colleagues, members of synodal commissions and participants in the inauguration of the 5th Synod, expressing his hope that “the expected renewal will deepen the bonds of union between the Diocesan Shepherd and priests as well as the faithful, strengthen families, activate the life of our parish and disseminate the work

²¹ Ibidem.

of evangelisation. Let it reassure everybody in the spirit of faith, wake the desire to strive for holiness and raise the awareness of belonging to the universal Church and connection with the Successor of St. Peter”²².

One of many aims that guided the Bishop of Tarnów when he was convoking the 5th Synod was that a diocesan synod is necessary so that it could express the common concern for being the Church and being in the Church, the key manifestation of which is the concern for identification with it. And this can be reached only by communal reflection about who we are as the Church and what our tasks in this field are. One should hope that the preparatory stage largely contributed to such communal reflection.

REFERENCES

- Corbellini, Giorgio. 2002. “De synodo dioecesano.” In *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, edited by Ángel Marzoa, Jorge Miras, and Rafael Rodríguez-Ocaña, vol. II/2, 992–1029. Pamplona: Eunsia. Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Dudziak, Jan. 1984. “Synod diecezjalny, jego struktura i rola w Kościele partykularnym.” *Colloquium Salutis* 16:47–79.
- Kantor, Robert. 2016. *Synod w przededniu wojny. II Synod Diecezji Tarnowskiej – historia i rekonstrukcja statutów*. Tarnów: Wydawnictwo Diecezji Tarnowskiej Biblos.
- Kantor, Robert. 2017. “The Synods of the Diocese of Tarnów as a tool for the renewal of the particular Church.” *The Person and the Challenges* 7(2):181–195.
- Kumor, Bolesław. 1985. *Diecezja tarnowska. Dzieje ustroju i organizacji 1786-1985*. Kraków: Polskie Towarzystwo Teologiczne.
- Michalik, Andrzej. 2017. “Kościół na wzór Chrystusa, IX Diecezjalne Forum Ruchów i Stowarzyszeń Katolickich, Tarnów, 30th September 2017.” In <https://synodtarnow.pl/pobierz/> [accessed: 10.09.2018].
- Miziński, Artur. 2017. “Rola i znaczenie synodu diecezjalnego – aspekty prawno-duszpasterskie, IX Diecezjalne Forum Ruchów i Stowarzyszeń Katolickich, Tarnów, 30th September 2017.” In <https://synodtarnow.pl/pobierz/> [accessed: 10.09.2018].
- Olejek, Bogusława. 2016. *Analiza historyczno-prawna struktury i organizacji IV Synodu Diecezji Tarnowskiej w trzydziestolecie zakończenia*. Tarnów: Wydawnictwo Regis.
- Pawluk, Tadeusz. 2002. *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Zagadnienia wstępne i normy ogólne*. T. I. Olsztyn: Warmińskie Wydawnictwo Diecezjalne.
- Rozkrut, Tomasz. 1999. “Nowa instrukcja o synodach diecezjalnych.” *Prawo Kanoniczne* 42(1–2):145–156.
- Rozkrut, Tomasz. 2002. *Synod diecezjalny w Kościele*. Tarnów: Wydawnictwo Diecezji Tarnowskiej Biblos.
- Rozkrut, Tomasz. 2008. “Synod diecezjalny w życiu Kościoła partykularnego na początku trzeciego tysiąclecia Kościoła.” In *II Synod Diecezji Radomskiej, Biuletyn I, Czynić diecezję domem i szkołą komunii*, edited by Stanisław Łabędowicz, 79–111. Radom: Wydawnictwo Diecezji Radomskiej Ave.

²² Ibidem.

- Sitarz, Mirosław. 2014. "Synod diecezjalny w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 roku. Zarys problematyki." *Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich* 24(27):91–106.
- Sitarz, Mirosław. 2005. "Synod diecezjalny." In *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, vol. II/1: *Księga II. Lud Boży. Część I. Wierni chrześcijanie. Część II. Ustrój hierarchiczny Kościoła*, edited by Józef Krukowski, 333–344. Poznań: Pallottinum.
- Sitarz, Mirosław. 2016. "Synod diecezjalny jako uroczysty sposób sprawowania władzy ustawodawczej biskupa diecezjalnego. Zarys problematyki." *Wiadomości Diecezji Gliwickiej. Pismo urzędowe* 3(98):333–349.

ETAP PRZYGOTOWAWCZY V SYNODU DIECEZJI TARNOWSKIEJ
– STRUKTURA I ZADANIA

Streszczenie. Synod diecezjalny jest potrzebny po to, aby wyraziła się w nim wspólna troska o bycie Kościołem i bycie w Kościele, którego kluczowym przejawem jest troska o utożsamienie się z nim. Do tego można dojść jedynie dokonując wspólnotowego namysłu, kim jesteśmy jako Kościół i jakie są nasze zadania w tej dziedzinie. W grudniu 2016 r. Biskup Tarnowski postanowił zwołać V Synod Diecezji Tarnowskiej. Zanim zainaugurowano Synod, wcześniej poprzedził go etap przygotowawczy. Stąd w artykule zostaną przedstawione następujące tematy związane z tym ważnym etapem synodalnym w diecezji tarnowskiej: zapowiedź zwołania synodu, cele fazy przygotowawczej synodu, powołanie Komisji Przygotowawczej i jej zadania oraz finalnie zostaną zaprezentowane wyniki prac etapu presynodalnego.

Słowa kluczowe: diecezja tarnowska, struktura synodu, etap presynodalny, synod diecezjalny

AT THE ROOTS
OF THE RECONSTRUCTION OF POLISH STATEHOOD.
A FEW REMARKS AT THE HUNDREDTH ANNIVERSARY
OF REGAINING INDEPENDENCE (1918-2018).
PART ONE

Marcin Konarski

Warsaw Management University
Poland

<https://orcid.org/0000-0001-8791-884X>

Summary. The 100th anniversary of regaining independence of Poland in 1918 is a circumstance towards which a jurist cannot remain indifferent. Following the consequences of the First World War, the intellectual and military effort of many generations of Polish independence activists turned into the long-awaited rebirth of Polish statehood after 126 years of oppression. The article analyses the normative aspects of reconstructing the Polish both during the warfare on the fronts of the Great War and just after it finished. Such an analysis cannot possibly be made without taking into account the impact of political decisions on the formation of the political system of the Polish state and that is why the author frequently makes references to the issues that are at the root of these decisions.

Key word: partitioned Poland, World War I, Act of 5th November, independence

I

When writing over a hundred years ago about the causes of the collapse of the Polish state, W. Smoleński emphasised that “the weakness of Poland as a state had two sources: faulty political solutions and flawed social organisation”¹. The Polish nation lost its independence at the end of the 18th century, at the time when Polish political elites introduced the first modern constitution in Europe, the second in the world after the American constitution².

¹ W. Smoleński, *Przyczyny upadku państwa polskiego*, Gebethner i Wolff, Warszawa 1921, p. 4.

² The American Constitution aroused keen interest in Europe, while at the same time enhancing the weakened prestige of the United States on the international front and in European fi-

In addition, W. Smoleński points out that “the nation’s enthusiasm for the government act exceeded all expectations. Abroad, the Constitution made the best impression. [...] Russia was dissatisfied: the court in St. Petersburg waited only for the end of the Turkish war to start action against Poland. The choice of means for Empress’s revenge was facilitated by Polish magnates who went to St. Petersburg «with a request for help in overturning the Constitution»”³. J. Michalski emphasizes that in the last year of its activity, the Four Year Sejm almost completed the reform of the political system and, acting without inhibitions and pressure from the outside, reflected the genuine opinions, moods and will of the society it represented, while its activity aroused great interest among the public and contributed to a great revival of political and socio-economic thought⁴. W. Uruszczak observes that the Constitution of 3 May collapsed as a result of a conspiracy of partitioning powers and a betrayal of state by the members of Targowica Confederation, while the Polish king Stanisław August Poniatowski did not rise to the challenge and is also to blame for the collapse of the state. Furthermore, “the last king of the First Republic of Poland, when joining the Targowica Confederation and announcing the capitulation of the Polish army, broke his oath, to God and the nation, of loyalty to the Constitution, taken on 3 May 1791”⁵. In A. Ajnenkiel’s opinion “the military defeat, preceded by the outbreak of the Kościuszko Uprising and its collapse, followed by the epic of the Polish Legions fighting «for your and our liberty» alongside Napoleon and the November and January Uprisings are milestones of activities documenting not only to ourselves, but also to Europe that Poles want to achieve independence”⁶. A. Ajnenkiel also pointed out that “for well over 10 years after the January Uprising there were no conditions on Polish soil for considering the vision of a future Poland”⁷.

nancial circles. See: Z. Libiszowska, *Tomasz Jefferson*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1984, p. 159.

³ W. Smoleński, *Przyczyny upadku państwa*, p. 11.

⁴ J. Michalski, *Sejm w czasach panowania Stanisława Augusta*, in: *Historia Sejmu Polskiego*, vol. I: *Do schyłku szlacheckiej Rzeczypospolitej*, ed. J. Michalski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, pp. 412–413.

⁵ W. Uruszczak, *Konstytucja 3 maja 1791 r. Testament polityczny I Rzeczypospolitej*, „Przegląd Sejmowy” 2 (2011), p. 39.

⁶ A. Ajnenkiel, *75 rocznica odzyskania niepodległości: refleksje historyka*, „Niepodległość i Pamięć” 1 (1994), p. 7.

⁷ Idem, *Polskie konstytucje*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1982, p. 203.

II

The first significant visions only appeared along with the socialist ideology⁸. „*Ognisko Republikańskie Polskie*” [Polish Republican Centre] founded in Geneva by Ludwik Bulewski and gen. Józef Hauke-Bosak according to the principles of the Polish Democratic Society announced, on 12 September 1867, a programme of independent Poland (“An announcement of Polish democrats due to a peace congress”), which was to be based on the power of the people exercised through universal and direct voting, because “The supreme authority of the Republic is the omnipotent people, who through universal and direct voting settle the main tasks and sanctify the fundamental rights, binding all citizens of the Republic of Poland”⁹. According to point 2 of the programme the Democratic Republic was to become the form of government in free and independent Poland. Sejm (the parliament of the Republic of Poland) was supposed to consist of one chamber and have as its main task developing drafts of laws which would be then put to votes by all citizens. The national administration was to be based on free municipalities (point 11). The programme also ensured complete political freedom, freedom of association, freedom to form religious associations, freedom of the press and education for every Polish citizen (point 7), freedom of religion with no religion being the dominant one (point 8). Education was supposed to be public, free of charge and compulsory. Interestingly the programme did not envisage a permanent army as it was deemed incompatible with the principles of people’s self-government¹⁰.

The first socialist programme, “The programme of Polish socialists” – the so-called Brussels programme (published in Geneva in 1879) – did not address the issue of Polish statehood. However, its first version, written by Ludwik Waryński, included the following phrase: “political and national freedom provided by the federation of worker groups of the Polish people

⁸ The largest political organisation of Polish emigrants included: „Zjednoczenie Emigracji Polskiej” (1866-1870), „Organizację Ogółu” (1867-1870), „Towarzystwo Demokratyczne Mierosławskiego” (1865-1870) i „Ognisko Republikańskie Polskie” (1864-1870), see: J.W. Borejsza, *Emigracja polska po powstaniu styczniowym*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966, pp. 91–156; cf. J. Pajewski, *Odbudowa państwa polskiego 1914-1918*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1978, pp. 24–28.

⁹ The text of „Programme for Poland”, in: *Radykalni demokraci polscy. Wybór pism i dokumentów 1863-1875*, ed.F. Romaniukowa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1960, p. 348.

¹⁰ Ibidem, p. 350.

within the borders of the national”¹¹. As P. Samuś notices, the creators of the programme made hardly any mention of the national issue, believing that demands concerning democracy in general and the reconstruction of Polish statehood might harm the emancipation of the proletariat, which was considered to be the most important task¹². Social Revolutionary Party “Proletariat” (known as the “First Proletariat”), headed by Ludwik Waryński, represented the current in the workers’ movement, according to which only a revolution would solve the problem of national oppression¹³. Such an approach was then taken by the Social Democracy of the Kingdom of Poland and Lithuania (SDKPiL)¹⁴.

A democratic republic was a demand of the Polish Democratic Society, supported by the democratic circles of Polish emigrants. Ludwik Bulewski, mentioned above, wrote the following in the article entitled “Is republicanism a native Polish idea?” in late 1860s: “We do not pursue novelty, new political or social doctrines, new revolutionary or insurrectionary systems. Our task is to spread knowledge in the nation, both in the country and abroad, that there is no place for a monarchic Poland in the future, just as there was no place for it in the past. However, because we pursue, first and foremost, the revival of Poland, because the existence of Poland is in the common wish of all peoples, it is necessary for their liberation, instead of deluding anyone, both Poles and foreigners, with monarchist schemes for Poland we prefer to tell everyone the naked truth, the truth uninhibited by any personal considerations, loudly, openly and decisively plant this belief in everyone’s mind: that Poland must, Poland will exist, but only as a federal, democratic and social republic of Poland, within the United States of the Slavic people and the mankind; that all Polish attempts, work, efforts, advice, war-

¹¹ A. Ajnenkiel, *Polskie konstytucje*, p. 205.

¹² P. Samuś, *Polski ruch socjalistyczny a niepodległość Polski (do 1918)*, “Acta Universitatis Lodzensis”, *Folia Historica* 1 (1980), p. 7.

¹³ Ibidem, pp. 7–8. The programme of the “Great Proletariat” of 1 September 1882 did not demand independence of Poland, because it considered it unrealistic in the conditions of that time, and also opposed the inclusion of the working class in the struggle for national liberation at that stage, “because it feared that it would promote the spread of national solidarity and blur class contradictions in the conscience of the masses”, ibidem, p. 7; cf. I. Koberdowa, *Kształtowanie się wizji socjalizmu w polskiej myśli politycznej*, in: *Wizje socjalizmu w Polsce do roku 1948*, ed. J. Tomicki, Książka i Wiedza, Warszawa 1987, pp. 49–56.

¹⁴ See: J. Kancewicz, *SDKPiL wobec zagadnień wojny, rewolucji i niepodległości Polski w latach 1914–1918*, in: *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce (1914–1923)*, Książka i Wiedza, Warszawa 1961, pp. 103–187.

nings and teachings should go in that direction”¹⁵. In the article written in 1870 and entitled “What do we want?”, L. Bulewski explicitly states: “in Poland, we do not want a government other than a social and democratic republic in which the Polish people will be the only monarch, master and omnipotent ruler, i.e. the Polish King”¹⁶. In J. Hauke Bosak’s opinion the source and rationale of all evil from which Europe suffers in the 19th century is the monarchy, and overthrowing it is as important a goal as reducing working hours¹⁷. “A democratic programme which will not include these two slogans, however firm and fair it may be, must arouse mistrust and disagreement during the preparatory period and become the cause of a breakup during the action”¹⁸.

However the most distinct vision of the political system of the future Polish state can be found in the “Programme Outline of the Polish Socialist Party” prepared in 1892, where the future Poland was to be an independent democratic republic with a single-chamber parliament elected by a direct, secret and universal vote. The programme for the first time puts forward the slogans for equality of all citizens without distinction of gender, race, nationality or religion, providing for a wide range of civil liberties (freedom of speech, print, meetings and associations, compulsory and free education)¹⁹. As P. Samuś points out, “the programme could potentially initiate a breakthrough in the history of Polish socialism, in the event the slogans of independence and a social revolution were linked”²⁰. A. Ajnenkiel points out that “the Paris programme corresponded, in terms of the range of concepts for the political systems, to the visions dominating in the programmes of Western European social democracy during the epoch in question. Its social and economic demands went beyond the formulas of minimum tasks proposed by some parties, which, acting in constitutional states, focused on slogans aimed mainly at democratizing the existing political relations”²¹. As we know, from the 1905 revolution onwards the differences of opinion in the Polish Socialist Party widened, which led to a split in November 1906 and

¹⁵ *Radykalni demokraci*, pp. 166–167.

¹⁶ *Ibidem*, p. 192.

¹⁷ *Ibidem*, p. 306.

¹⁸ *Ibidem*, p. 307.

¹⁹ H. Jabłoński, *Ze studiów nad początkami Narodowej Demokracji*, „Przegląd Historyczny” 4 (1953), pp. 527–528.

²⁰ P. Samuś, *Polski ruch*, p. 12.

²¹ A. Ajnenkiel, *Polskie konstytucje*, pp. 206–207.

the creation of two separate parties: the Polish Socialist Party – Left and the Polish Socialist Party – Revolutionary Faction. The programme of the Polish Socialist Party – Left, adopted in 1908, provided for a joint fight with the Russian proletariat for a republican and democratic system and a Russian federal state was to ensure a broad autonomy to Poland, with a separate Legislative Sejm in Warsaw²². By contrast, the programme of the Polish Socialist Party – Revolutionary Faction, adopted in 1907, included a demand to fight for “the establishment of an independent Polish republic, completely and comprehensively democratic”, although, as P. Samuś emphasizes, “the programme did not play a major role in the practical activities of the PPS – Revolutionary Faction”²³.

In the vision of the future contained in the programme of the National Democracy, originating from the Polish League created in 1887 by Zygmunt Fortunat Miłkowski²⁴ (the first Polish League operated between 1848 and 1850)²⁵, one can notice tendencies towards the republican form of the independent state but the National Democracy did not specify its demands concerning the political system until Poland regained independence²⁶. It should be emphasised that a significant change of views of the national-democratic camp occurred between 1904 and 1908, when it oriented itself towards Russia and the attitude towards Germany did not radically change, with one of the main reasons for considering Germany as the most dangerous enemy being not only in the sphere of politics, but also in the cultural and civilisa-

²² Cf. F. Tych, *Z dziejów PPS-Lewicy w latach wojny 1914-1918*, in: *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce*, pp. 189–259.

²³ P. Samuś, *Polski ruch*, p. 14.

²⁴ The officially adopted programme of the new organisation, called the “Act of the Polish League”, stated *inter alia*, that “the task of the League is to prepare and bring together all national forces in order to regain the independence of Poland within the pre-partition boundaries on the basis of a federation and taking into account national differences, without losing sight of those parts of the former Republic of Poland that had previously fallen away from it”. The Polish League was reorganized into the National League in 1893 and began to create its openly representation in the form of the Democratic-National Party, H. Jabłoński, *Ze studiów*, p. 531; cf. A. Dawidowicz, *Droga do niepodległości Polski w myśli politycznej Narodowej Demokracji*, „Myśl Ludowa” 5 (2013), pp. 75–77.

²⁵ More about this organisation: W. Jakóbczyk, *Ciszkowski i Liga Polska*, „Przegląd Historyczny” 38 (1948), pp. 137–168.

²⁶ A. Ajnenkiel, *Polskie konstytucje*, p. 208; cf. W. Wapiński, *Problem państwa w koncepcjach politycznych obozu narodowego*, in: *Polska myśl polityczna XIX i XX wieku*, vol. VII: *Państwo w polskiej myśli politycznej*, ed. W. Wrzesiński, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1988, pp. 83–104.

tional field²⁷. The same author points out that it was only the revolutionary events in Russia and the fall of the tsarist regime that enabled the National Democracy to introduce the demand for independence and shift the focus of its activities to the west, and “the main direction of Dmowski and his collaborators in a broad diplomatic campaign was to present Poland as a permanent, constant anti-German factor and an ally of Western states (before the revolution, also an ally of Russia) against Germany, both during and after the war”²⁸.

Peasant movement – which was under the considerable influence of the National Democracy – was associated with the Galicia-based Polish People’s Party, which conducted mass awareness-raising work in the national spirit among peasants. However, it should be noted that the most important issues which dominated public life in Lviv and Kraków in the last years before the outbreak of World War I included first of all the Ukrainian issue and introducing a parliamentary electoral reform²⁹. In addition, peasant parties obviously demanded a land reform, and thus peasants’ right to land³⁰.

III

It should be emphasised that, according to L. Grosfeld, “the Polish question was changing, transforming and fluctuating with the development war activities and the changes of the military, political and social situations of individual states and their groups”, and that “in the policy of individual states towards Poland – apart from permanent and long-term elements – also short-term interests and objectives played a role, directly related to the willingness and necessity to use Poland as a war area and war support area, and the population of these lands as actual or potential human material – cannon fodder”³¹. It was in this spirit that the partitioning powers issued – starting from 1914 – acts assuring Poles of their willingness to change the legal situation of Polish lands. Only with the development of events on the fronts,

²⁷ See: T. Kurpierz, *Narodowa Demokracja wobec Niemiec (do 1918 roku): zagadnienia wybrane*, „Pisma Humanistyczne” 2 (2000), pp. 63–64, 68.

²⁸ Ibidem, p. 76.

²⁹ Cf. Idem, *Przed rozłamem: konflikty w galicyjskim ruchu ludowym w 1913 roku*, “Wieki Stare i Nowe” 6 (2009), pp. 174–201.

³⁰ Cf. A. Zakrzewski, *Państwo w programach stronnictw ludowych*, in: *Polska myśl polityczna*, pp. 121–136.

³¹ L. Grosfeld, *Sprawa polska w pierwszej wojnie światowej*, in: *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce*, p. 61.

the issue of independence of Poland became international and was finally settled on the international forum by the provisions of the Treaty of Versailles of 28 June 1919³². Let us try here to discuss the relevant acts that were issued after the beginning of the Great War.

The expression of the Russian policy concerning the Polish question was a proclamation to the Poles issued by the chief commander of the Russian Army, Grand Duke Nicholas Nikolaevich, of 14 August 1914, which announced Russia's intention to "blur the borders dividing the Polish nation into parts, which was to take place as a result of the unification of the Polish nation under the sceptre of the Russian Emperor and the rebirth of Poland under this sceptre, based on the freedom of religion, language and self-government, but not autonomy"³³. It should be remembered that only just over 10 years earlier, at the turn of the 20th century, both in the Kingdom and in Taken Lands (Belarusian, Lithuanian and Ukrainian territories, officially called the Western *Krai*), the policy aimed at unifying these territories with the so-called internal part of the empire was generally continued. As L. Jaśkiewicz emphasizes, "having averted the threat of a national uprising, Russia aimed at permeating Polish society with the «spirit of Russian statehood». This policy, despite numerous Russification campaigns, was aimed not so much at denationalising the Polish element [...] as at imposing behaviour and a way of thinking that respected the principles of imperial unity and loyalty"³⁴.

Then, on 30 March 1915, the act on municipal self-government was issued, which allowed limited use of the Polish language in local government bodies. Then on 1 August 1915, at the meeting of the State Duma, the president of Russian ministers made a statement "that its (i.e. Polish nation's) future organisation was finally and irrevocably decided by the manifesto of Duke Nicholas at the beginning of the war", and communicated the emperor's statement that the emperor "ordered the Council of Ministers to draft laws granting Poles the right to organize their national, social, and eco-

³² Cf. Treaty between the Main Allied and Associated Powers and Poland ("Journal of Laws of the republic of Poland" of 1920, No. 110, item 728); Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany ("Journal of Laws of the Republic of Poland" of 1920, No. 35, item 200).

³³ K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości polskiej*, Księgarnia J. Czarneckiego, Warszawa-Kraków 1924, p. 27.

³⁴ L. Jaśkiewicz, *Carat i kwestia polska na początku XX wieku*, „Przegląd Historyczny” 1 (1995), p. 29.

nomic lives freely after the war on the basis of autonomy under the rule of the Russian emperor, while maintaining statehood”³⁵. After the outbreak of the revolution in Russia and the overthrow of the tsarist government, the interim Russian government, elected by the members of the State Duma, issued an appeal to the Polish nation on 29 (16) March 1917, at the request of the Polish members, announcing assistance in establishing an “independent Polish state from all the territories in which Poles form the majority”³⁶. Although the Interim Government’s appeal referred to an independent Polish state, as H. Jabłoński rightly points out, “it was nevertheless full of ambiguities, above all regarding the nature of Poland’s «free military relationship» with Russia, elsewhere also referred to as the «fraternal relationship», to be approved by the Russian Constituent Assembly”³⁷. Obviously, this vague appeal was merely an inept attempt to respond to the Proclamation to the Polish Nation by the Petrograd Soviet of Workers’ and Soldiers’ Deputies, which had been announced a few days earlier on 27 (14) March 1917. This proclamation states that “democracy in Russia supports recognition of the political self-determination of nations, and declares that Poland has the right to complete independence in terms of state and international affairs”³⁸. It

³⁵ W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (geneza i system)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1922 (reprint edition, Warszawa 2008), p. 13.

³⁶ Ibidem, s. 14; K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości*, p. 67; cf. I. Paderewski’s declaration on the programme announced by the Russian Interim Government and I. Paderewski’s Telegram to G.Y. Lvov with information on the attitude of the Polish community in the USA to the declaration of the Russian Interim Government on Poland, the Telegram of Polish organizations in the United States to G.Y. Lvov on their attitude to the declarations of the Russian Interim Government on Poland and P.N. Milyukov’s Telegram to J.F. Smulski with thanks for the congratulations sent to the Interim Government, *Archiwum Polityczne Ignacego Paderewskiego*, vol. I: 1890-1918, prepared by W. Stankiewicz, A. Piber, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1973, pp. 115–116, 122, 124; the Declaration of the Interim Council of State of 6 April 1917 in connection of the proclamation of the Russian Interim Government, K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości*, pp. 68–69.

S. Kutrzeba points out that in the West a call for the reconstruction of the Polish state was first issued in Italy, where on 7 December 1916 the Italian Chamber of Deputies accepted Deputy Montresor’s proposal concerning the revival of Poland. Obviously this call gained strength only when it was raised in America. S. Kutrzeba, *Polska Odrodzona 1914-1928*, Gebethner i Wolff, Warszawa 1935, p. 67.

³⁷ H. Jabłoński, *Międzynarodowe warunki odbudowy niepodległości Polski w 1918 r.*, in: *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce*, p. 20.

³⁸ *W XXXV Rocznice Wielkiej Październikowej Rewolucji Socjalistycznej. Materiały – dokumenty*, Książka i Wiedza, Warszawa 1952, p. 134; *Dokumenty i materiały do historii stosunków polsko-radzieckich*, vol. I, Książka i Wiedza, Warszawa 1962, pp. 8–9; cf. L. Grosfeld, *Sprawa polska*, pp. 92–93.

should be noted that as early as in 1914 V.I. Lenin wrote as follows: “self-determination of nations means the political separation of these nations from alien national bodies, and the formation of an independent national state”³⁹.

After the outbreak of the October Revolution and Russia’s withdrawal from the anti-German coalition, a peace treaty was signed in Brest-Litovsk, under which territories to the west of the treaty line were separated from Russia, which meant that the territory of the former Republic of Poland was divided into the part left to the Russian Soviet republic and the part put at the disposal of the Central Powers and containing proper Poland, with Russia relinquishing any claims to it⁴⁰. Of particular importance for the issue of Poland’s independence, for giving it a solid international law basis, was the decree of the Council of People’s Commissars of 29 August 1918, which annulled treaties concluded by the former Russian Empire with the governments of, *inter alia*, the Kingdom of Prussia and the Austro-Hungarian Empire. The decree was the basis to cancel the treaties and agreements concerning the first partition of Poland in 1772, second partition of Poland in 1793, third partition of Poland in 1795, the Congress of Vienna pact on the Kingdom of Poland and the agreement of 1833, under which the partitioning powers undertook to act jointly against the Polish national liberation movement. These treaties were deemed contrary to the principle of the self-determination of peoples and to the “revolutionary-legal conceptions of the Russian people, which recognized the inalienable right of the Polish nation to independence and unity”⁴¹.

As far as the policy of Germany and Austria-Hungary towards the Polish question is concerned, it is first of all worth noting the “Act of 5 November 2016”, i.e. the proclamation of Karl von Kuk, issued to the inhabitants of the General Government of Lublin on behalf of Austro-Hungarian Emperor Franz I, on the establishment of the new Kingdom of Poland⁴², which annou-

³⁹ W.I. Lenin, *O prawie narodów do samookreślenia*, in: Idem, *Pisma wybrane. Rola świadomości w procesie rozwoju społecznego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980, p. 497.

⁴⁰ W. Komarnicki, *Polskie prawo*, p. 16. For more about the attitude of the Polish Socialist Party to the socialist revolution in Russia see: J. Holzer, *Polska Partia Socjalistyczna w latach 1914-1918*, in: *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce*, pp. 332–338.

⁴¹ See: W.I. Lenin, *O Polsce i polskim ruchu robotniczym. Artykuły, przemówienia, dokumenty, listy*, Książka i Wiedza, Warszawa 1954, p. 439; cf. L. Grosfeld, *Sprawa polska*, pp. 99–100; H. Jabłoński, *Międzynarodowe warunki odbudowy*, p. 40.

⁴² See: M. Sioma, *Akt 5 listopada w Lublinie*, in: *Akt 5 listopada 1916 roku i jego konsekwencje dla Polski i Europy*, eds. J. Kłaczek, K. Kania, Z. Girzyński, Wydawnictwo Adam Mar-

nced the creation of a Polish state as a hereditary monarchy based on constitutional system, called self-governed but not independent⁴³. W. Komarnicki emphasises that “the declaration only announced the creation of a new state and it was not its creative act as it did appoint any bodies that would represent the will of a new sovereign state”⁴⁴. However, one should stress that proclamation had no basis in international law because military occupation does not give the occupants the right to change the state affiliation of occupied territories⁴⁵. 12 November 1916 saw the publication of a decree of German general-governor Hans Hartwig von Beseler on the Council of State and the Sejm in the Kingdom of Poland, which, however, never entered into force⁴⁶. Less than a month later, on 6 December 1916, the ordinance on the Provisional Council of State in the Kingdom of Poland with its seat in Warsaw was issued by the order of the emperors of Austria and Germany. Its scope of activities included issuing opinions, motions and drafts in domestic matters at the request of the occupation authorities, cooperating with the chief military commander of the Central Powers in the formation of the Po-

szałek, Toruń 2016, pp. 94–112.

⁴³ K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości*, p. 48. T. Kurpierz points out that this act was negatively evaluated by the National Democracy, which announced that “the Polish nation’s aspiration for independence cannot be satisfied by creating a state organisation on an unknown Polish territory already now during the war”, Idem, *Narodowa Demokracja*, pp. 79–80; cf. the Declaration of Polish politicians of 11 November 1916, made after the Act of 5 November, the so-called R. Dmowski’s Lausanne protest, in: *Powstanie II Rzeczypospolitej. Wybór dokumentów 1866-1925*, eds. H. Janowska, T. Jędruszczak, Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza, Warszawa 1981, p. 301. By contrast, the Polish Socialist Party did not present any specific positive programme in response to the Act of 5 November 1916, “although the situation increasingly required it” P. Samuś, *Polski ruch*, p. 17. H. Jabłoński points out that the workers’ left considered the proclamation of 5 November as a manoeuvre aimed only at acquiring Polish recruits from the Kingdom, i.e. drawing attention first of all to the military side of the proclamation, taking much less into account its general political aspects, Idem, *Międzynarodowe warunki odbudowy*, p. 15; see: The proclamation of ZG SDKPiL in connection with Act of 5 November 1916, *Powstanie II Rzeczypospolitej*, pp. 295–297; cf. the Protest of the Polish Central Relief Committee condemning the Act of 5 November of 1916, I. Paderewski’s letter to A. Briand with the protest of the Polish Central Relief Committee against the Act of 5 November of 1916 and H.H. Asquith’s letter to I. Paderewski on the attitude of the British Government to the Act of 5 November of 1916. *Archiwum Polityczne Ignacego Paderewskiego*, vol. I, pp. 91–94, 97.

⁴⁴ W. Komarnicki, *Polskie prawo*, p. 21.

⁴⁵ J. Kolasa, *Odzyskanie przez Polskę niepodległości w 1918 r. w świetle prawa międzynarodowego*, „Przegląd Sejmowy” 5 (2008), p. 13; cf. G. Górski, *Prawno-międzynarodowe uwarunkowania Aktu 5 listopada*, in: *Akt 5 listopada 1916 roku i jego konsekwencje*, pp. 421–430.

⁴⁶ K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości*, pp. 55–56.

lish army, adopting decisions on the war damage and on the economic revival of the country⁴⁷. However, as W. Komarnicki emphasises “The Provisional Council of State was to develop the basis for the creation of the Polish State, therefore it precedes its creation and is not a Polish state organization and does not constitute a legal beginning of the Polish government”⁴⁸.

IV

On 25 August 1917, as a result of intensifying conflicts between the occupation authorities, the Provisional Council of State finally resigned. 12 September 1917 saw the publication of H. H. Beseler’s patent on the state authority in the Kingdom of Poland, issued on behalf of both emperors. The highest authority in the Kingdom of Poland was assumed by the Regency Council which was supposed to stay in office until a monarch or a regent would be appointed, subject to the position of the occupying powers in accordance with international law⁴⁹. The patent provided that the Regency Council would be composed of three members [Article 1(2)] and that its official acts would require the countersignature of the responsible President of the Ministers [Article 1(3)]. The Central Powers reserved clear influence in this regard in two ways: by taking up their positions under international law as occupying states and by introducing the Regency Council into the office by their monarchs [Article 1(1)], and also by approving the President of the Ministers. According to Article 2 (1), the legislative authority was entrusted to the Regency Council with the participation of the Council of State of the Kingdom of Poland. Laws and ordinances of the Polish state authority which were the basis for the rights and duties of the population, before they were issued, had to be communicated to the general-governor of this occupying power in whose area they were to apply and within 14 days of the submission of a normative act he could file an objection. In the area of justice and administration, individual cases were implemented by Polish courts and authorities only to the extent that they had already been surrendered to the Polish state authority [Article 4(1)]. As W. Komarnicki points out, “at the time of the occupation we can identify only certain beginnings of Polish statehood, certain fragments of statehood, and thus we cannot refer to the Sep-

⁴⁷ Ibidem, pp. 71–72.

⁴⁸ W. Komarnicki, *Polskie prawo*, p. 25.

⁴⁹ K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości*, p. 88.

tember patent as the beginning of the independent existence of the Polish State. [...] It was only with the collapse of the power of the partitioners that the Polish nation was able to regain its state independence”⁵⁰.

J. Kolasa points out that “by taking advantage of the conditions that were created by the victory of the Allied Powers in the First World War, Polish nation itself rebuilt its statehood after more than a century of subjugation. Not a single constitutive act, either of international or even domestic legal nature underlay the reborn Republic of Poland. Neither the Allied States, which generally supported the Polish nation nor the hostile Central Powers played any direct role in the creation of the Polish state in 1918. The rebuilding of statehood was done by the will and deed of the Polish nation itself”⁵¹. Poland thus entered a new stage of building sovereign statehood.

REFERENCES

1952. *W XXXV Rocznice Wielkiej Październikowej Rewolucji Socjalistycznej. Materiały – dokumenty*. Warszawa: Książka i Wiedza.
1962. *Dokumenty i materiały do historii stosunków polsko-radzieckich*. Vol. I. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Ajnenkiel, Andrzej. 1982. *Polskie konstytucje*. Warszawa: Wiedza Powszechna.
- Ajnenkiel, Andrzej. 1994. “75 rocznica odzyskania niepodległości: refleksje historyka.” *Niepodległość i Pamięć* 1:7–10.
- Borejsza, Jerzy W. 1966. *Emigracja polska po powstaniu styczniowym*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Dawidowicz, Aneta. 2013. “Droga do niepodległości Polski w myśli politycznej Narodowej Demokracji.” *Myśl Ludowa* 5:75–88.
- Górski, Grzegorz. 2016. “Prawno-międzynarodowe uwarunkowania Aktu 5 listopada.” In *Akt 5 listopada 1916 roku i jego konsekwencje dla Polski i Europy*, edited by Jarosław Kłaczek, Krzysztof Kania, and Zbigniew Girzyński, 421–430. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Grosfeld, Leon. 1961. “Sprawa polska w pierwszej wojnie światowej.” In *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce (1914-1923)*, 61–101. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Holzer, Jerzy. 1961. “Polska Partia Socjalistyczna w latach 1914-1919.” In *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce (1914-1923)*, 319–353. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Jabłoński, Henryk. 1953. “Ze studiów nad początkami Narodowej Demokracji.” *Przegląd Historyczny* 4:481–536.
- Jabłoński, Henryk. 1961. “Międzynarodowe warunki odbudowy niepodległości Polski w 1918 r.” In *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce (1914-1923)*, 1–60. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Jakóbczyk, Witold. 1948. “Cieszkowski i Liga Polska.” *Przegląd Historyczny* 38:137–168.
- Janowska, Halina, and Tadeusz Jędruszcak (edited by). 1981. *Powstanie II Rzeczypospolitej. Wybór dokumentów 1866-1925*. Warszawa: Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza.

⁵⁰ W. Komarnicki, *Polskie prawo*, pp. 33–34.

⁵¹ J. Kolasa, *Odzyskanie przez Polskę niepodległości*, p. 38.

- Jaśkiewicz, Leszek. 1995. "Carat i kwestia polska na początku XX wieku." *Przegląd Historyczny* 1:29–46.
- Kancewicz, Jan. 1961. "SDKPiL wobec zagadnień wojny, rewolucji i niepodległości Polski w latach 1914–1918." In *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce (1914–1923)*, 103–187. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Koberdowa, Irena. 1987. "Kształtowanie się wizji socjalizmu w polskiej myśli politycznej." In *Wizje socjalizmu w Polsce do roku 1948*, edited by Jan Tomicki, 49–56. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Kolasa, Jan. 2008. "Odzyskanie przez Polskę niepodległości w 1918 r. w świetle prawa międzynarodowego." *Przegląd Sejmowy* 5:9–39.
- Komarnicki, Wacław. 2008 [1922]. *Polskie prawo polityczne (geneza i system)*, reprint. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Kumaniecki, Kazimierz W. 1924. *Odbudowa państwowości polskiej*. Warszawa–Kraków: Księgarnia J. Czarnieckiego.
- Kurpierz, Tomasz. 2000. "Narodowa Demokracja wobec Niemiec (do 1918 roku): zagadnienia wybrane." *Pisma Humanistyczne* 2:57–82.
- Kurpierz, Tomasz. 2009. "Przed rozłamem: konflikty w galicyjskim ruchu ludowym w 1913 roku." *Wiek Stary i Nowy* 6:174–201.
- Kutrzeba, Stanisław. 1935. *Polska Odrodzona 1914–1928*. Warszawa: Gebethner i Wolff.
- Lenin, Włodzimierz I. 1954. *O Polsce i polskim ruchu robotniczym. Artykuły, przemówienia, dokumenty, listy*. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Lenin, Włodzimierz I. 1980. "O prawie narodów do samookreślenia." In Włodzimierz I. Lenin, *Pisma wybrane. Rola świadomości w procesie rozwoju społecznego*, 494–506. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Libiszowska, Zofia. 1984. *Tomasz Jefferson*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Michalski, Jerzy. 1984. "Sejm w czasach panowania Stanisława Augusta." In *Historia Sejmu Polskiego*. T. I: *Do schyłku szlacheckiej Rzeczypospolitej*, edited by Jerzy Michalski, 350–419. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Pajewski, Janusz. 1978. *Odbudowa państwa polskiego 1914–1918*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe.
- Romaniukowa, Felicja (edited by). 1960. *Radykalni demokraci polscy. Wybór pism i dokumentów 1863–1875*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Samuś, Paweł. 1980. "Polski ruch socjalistyczny a niepodległość Polski (do 1918)." *Acta Universitatis Lodzensis, Folia Historica* 1:5–21.
- Sioma, Marek. 2016. "Akt 5 listopada w Lublinie." In *Akt 5 listopada 1916 roku i jego konsekwencje dla Polski i Europy*, edited by Jarosław Kłaczek, Krzysztof Kania, and Zbigniew Girzyński, 94–112. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Smoleński, Władysław. 1921. *Przyczyny upadku państwa polskiego*. Warszawa: Gebethner i Wolff.
- Stankiewicz, Witold, and Andrzej Piber (prepared by). 1973. *Archiwum Polityczne Ignacego Paderewskiego*. Vol. I: 1890–1918. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Tych, Feliks. 1961. "Z dziejów PPS-Lewicy w latach wojny 1914–1918." In *Ruch robotniczy i ludowy w Polsce (1914–1923)*, 189–259. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Uruszczak, Wacław. 2011. "Konstytucja 3 maja 1791 r. Testament polityczny I Rzeczypospolitej." *Przegląd Sejmowy* 2:9–40.
- Wapiński, Roman. 1988. "Problem państwa w koncepcjach politycznych obozu narodowego." In *Polska myśl polityczna XIX i XX wieku*. T. VII: *Państwo w polskiej myśli politycznej*, edited by Wojciech Wrzesiński, 83–104. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.

Zakrzewski, Andrzej. 1988. "Państwo w programach stronnictw ludowych." In *Polska myśl polityczna XIX i XX wieku*. T. VII: *Państwo w polskiej myśli politycznej*, edited by Wojciech Wrzesiński, 121–136. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.

U ŹRÓDEŁ ODBUDOWY PAŃSTWOWOŚCI POLSKIEJ.
KILKA UWAG W SETNĄ ROCZNICĘ ODZYSKANIA NIEPODLEGŁOŚCI (1918-2018).
CZĘŚĆ PIERWSZA

Streszczenie. Setna rocznica odzyskania przez Polskę niepodległości w 1918 r. stanowi okoliczność, obok której jurysta nie może przejść obojętnie. Wysiłek intelektualny i militarny wielu pokoleń polskich działaczy niepodległościowych przerodził się wraz z konsekwencjami I wojny światowej w długo wyczekiwany fakt odrodzenia państwowości polskiej po okresie 126 lat niewoli. Przedmiotem niniejszych rozważań jest analiza normatywnych aspektów odbudowy państwa polskiego jeszcze w okresie trwania działań wojennych na frontach Wielkiej Wojny oraz tuż po jej zakończeniu. Nie sposób przeprowadzić podobnej analizy bez uwzględnienia wpływu decyzji o charakterze politycznym na ukształtowanie się formy ustroju państwa polskiego, wobec czego autor wielokrotnie odwołuje się do zagadnień leżących u ich przyczyn.

Słowa kluczowe: Polska pod zaborami, I wojna światowa, Akt 5 listopada 1918, niepodległość

OCHRONA PRAWA OSKARŻONEGO POZBAWIONEGO WOLNOŚCI DO KONTAKTU Z OBROŃCĄ W POSTĘPOWANIU KARNYM

Ewa Kruk

Katedra Postępowania Karnego
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Polska
<https://orcid.org/0000-0003-1976-9330>

Streszczenie. Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie problemu realizacji uprawnień oskarżonego pozbawionego wolności do kontaktu z adwokatem. W tym aspekcie przeanalizowano przepisy Kodeksu postępowania karnego (art. 245, 73, 301 k.p.k.) stanowiące urzeczywistnienie ogólnej zasady prawa do obrony (art. 6 k.p.k.). Przeanalizowano także dorobek Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu dotyczący przedmiotu omawianego w niniejszym opracowaniu. Wyznacza on europejskie standardy legislacji, jak też może stanowić punkt odniesienia do prawidłowego stosowania omawianych regulacji krajowych, w tym tych funkcjonujących w polskim Kodeksie postępowania karnego.

Słowa kluczowe: rzetelny proces, prawo do obrony, oskarżony pozbawiony wolności, prawo do korzystania z pomocy obrońcy, obrona obligatoryjna

ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Prawo do obrony to podstawowy instrument realizacji uprawnień oskarżonego w procesie karnym. Jego waga i doniosłość sprawiają, że osiąga ono rangę zasady konstytucyjnej, jak również zasady procesowej o naczelnej pozycji w hierarchii zasad, znajdując odzwierciedlenie zarówno w aktach normatywnych rangi ustawy zasadniczej (w polskim porządku prawnym art. 42 § 2 Konstytucji RP)¹, jak również w europejskich i międzynarodowych pak-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm. W literaturze przyjmuje się, że z racji usytuowania art. 42 Konstytucji RP w rozdziale II poświęconym wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela prawo do obrony bywa nazywane również „wolnością obrony”, P.K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2012, s. 44, przyp. 9

tach, wśród których znajdują się ratyfikowane przez Polskę Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 6 § 3 lit. b i c)² oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 14 ust. 3 lit. b i d)³.

Urzeczywistnienie i uszczegółowienie ogólnej zasady, powtórzonej w art. 6 Kodeksu postępowania karnego⁴, przewiduje szereg przepisów zawartych w przepisach szczególnych ustawy karnej procesowej. Wśród nich istotne znacznie ma art. 245 § 1 k.p.k., który stanowi, że każdy zatrzymany ma prawo do żądania umożliwienia mu nawiązania w dostępnej formie kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym, a także bezpośrednią z nim rozmowę. Jedynie w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny. Z kolei art. 301 k.p.k. przewiduje, że jeśli osoba zatrzymana uzyska status podejrzanego, to czynność procesowa przesłuchania powinna odbyć się z udziałem ustanowionego obrońcy.

O prawie do korzystania z pomocy obrońcy oraz prawie do wnioskowania o wyznaczenie obrońcy z urzędu należy podejrzanego pouczyć (art. 300 § 1 k.p.k.). Następnie, o ile dojdzie do tymczasowego aresztowania podejrzanego, zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 73 § 1 k.p.k. przewidująca prawo oskarżonego tymczasowo aresztowanego do porozumiewania się ze swym obrońcą pod nieobecność innych osób oraz korespondencyjnie. Z kolei § 2 tegoż przepisu przewiduje zaś, że w postępowaniu przygotowawczym prokurator może w szczególnie uzasadnionym wypadku, jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego, zastrzec, że będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona. Te ograniczenia, odnoszone stosownie do § 3 do kontroli korespondencji, nie mogą być utrzymywane ani dokonane w okresie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania. W piśmienictwie przyjmuje się, że powołany przepis art. 73 § 1 k.p.k. statuuje procesową zasadę nieograniczonego kontaktu oskarżonego tymczasowo aresztowanego ze swoim obrońcą⁵.

i powołana tam teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2003 r., sygn. akt V CK 344/02, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2003, nr 11, poz. 10.

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

³ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 z późn. zm.

⁴ Artykuł 6 k.p.k. stanowi: „Oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć”, Dz. U. z 2017 r., poz. 1904.

⁵ K. Boratyńska, P. Czarnecki, *Komentarz do art. 73, w: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Legalis 2018.

Odnotowania wymaga w tym miejscu fakt znowelizowania powołanych przepisów k.p.k. przez ustawę z 27 września 2013 r.⁶, która stanowiła konsekwencję orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 25/11 wyrokiem z 10 grudnia 2012 r. o niezgodności art. 73 § 3 k.p.k. (w brzmieniu sprzed powołanej nowelizacji) z art. 42 § 2 Konstytucji RP w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji w zakresie, w jakim nie wskazywał przesłanek uprawniających prokuratora do kontroli korespondencji z adwokatem. Wskazaną nowelizacją uzupełniono przepis o zwrot „jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego”, który ma stanowić ową przesłankę uprawniającą do ingerencji w sferę praw oskarżonego.

Nie można również w tym kontekście pominąć znaczenia dyrektywy unijnej 2013/448/UE⁷ (której termin implementacji wyznaczono na 27 listopada 2016 r.). Z postanowienia zamieszczonego w art. 3 ust. 2 dyrektywy wynika, że osoba podejrzana powinna mieć prawo do kontakt z obrońcą już od chwili podjęcia wobec niej pierwszej czynności procesowej. Jak wynika z raportu analizującego stan implementacji dyrektywy, sporządzonego przez Helsińską Fundację Praw Człowieka oraz opracowanego na jego podstawie podręcznika *Prawo dostępu obrońcy w świetle prawa europejskiego*, co do zasady normy konstytucyjne dotyczące prawa do obrony oraz ich interpretacja dokonywana przez Trybunał Konstytucyjny, spełniają standardy omawianej dyrektywy, a powyższe odnosi się również do większości przepisów Kodeksu postępowania karnego. Jednakowoż dostrzegane są zarazem zaniechania w transpozycji dyrektywy. Krytyczne uwagi Autorki powołanego podręcznika formułowane są na poziomie dostępu do obrońcy osoby podejrzanej, której nie postawiono zarzutów, możliwości prowadzenia w trybie art. 301 k.p.k. przesłuchania podejrzanego bez obecności obrońcy (nawet gdy jest ona usprawiedliwiona). Autorka podnosi, że istnieją poważne wątpliwości co do czytelności formularzy pouczeń, dotyczących prawa dostępu do obrońcy, oraz wskazuje na wadliwe funkcjonowanie w niektórych okręgach sądowych systemu pomocy prawnej z urzędu. Postuluje również ustanowienie czytelnej procedury zrzekania się prawa do kontaktu z obrońcą,

⁶ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1247.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz. Urz. UE L 294/1 z 6 listopada 2013 r.

a nade wszystko osiąganie stanu zgodnego z dyrektywą poprzez działania edukacyjne z zakresu jej standardów wśród przedstawicieli organów stosujących prawo (prokuratura, policja, sądy), jak też wypracowanie takiej linii orzeczniczej, która będzie uwzględniała obowiązek wynikający z art. 12 ust. 2 dyrektywy, tj. ocenę wyjaśnień złożonych przez podejrzanego bez udziału obrońcy lub bez wcześniejszego z nim kontaktu⁸.

REALIZACJA PRAWA DO OBRONY OSOBY POZBAWIONEJ WOLNOŚCI W POSTĘPOWANIU KARNYM

Z uwagi na zakres niniejszego opracowania zwrócić należy uwagę na aspekt formalny prawa do obrony, definiowany jako prawo do korzystania z pomocy obrońcy. C. Kulesza proponuje nawet przyjęcie definicji efektywności obrony formalnej jako skutecznego działania na korzyść oskarżonego⁹. Autor ten trafnie podkreśla, iż jakość obrony formalnej rozumiana jako rzetelność i należyta staranność racjonalnego działania obrońcy stanowi niewątpliwie niezbędną przesłankę jego efektywności¹⁰. Na tle zaprezentowanych powyżej przepisów można zauważyć, że odrębnego omówienia wymaga kwestia poziomu gwarancji tego prawa wynikająca z poufności kontaktów, ale i ich dostępności, co może zostać zniweczone przez arbitralną ich odmowę przez prowadzącego postępowanie przygotowawcze.

Dostępność pomocy obrońcy może obejmować jeszcze jeden aspekt niezależny od decyzyjnej sfery działalności organów procesowych, a wynikający ze szczególnej sytuacji czy właściwości osoby oskarżonego. Jakkolwiek każdy oskarżony może ustanowić sobie obrońcę, to do pewnej kategorii podmiotów ustawa przewiduje, że nie jest wystarczające dla skuteczności obrony, by bronili się wyłącznie osobiście, ustanawiając tym samym instytucję tzw. obrony obligatoryjnej. W tych przypadkach można mówić o tym, iż u podstaw stworzenia instytucji obrony obligatoryjnej leży szczególne właściwości tego kręgu podmiotów oskarżonych, które wydatnie utrudniają im skuteczną obronę w procesie. W tym kontekście odnotować należy, że

⁸ B. Grabowska-Moroz, *Prawo dostępu do obrońcy w świetle prawa europejskiego*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2018, s. 44–45.

⁹ C. Kulesza, *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnoporównawcze)*, w: *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 150.

¹⁰ Tamże, s. 151.

w tym katalogu nie znajdują się osoby pozbawione wolności: zatrzymani czy tymczasowo aresztowani.

Słusznie przyjmuje się, że rola oskarżonego pozbawionego wolności – szczególnie w zakresie przygotowania obrony – jest wielokrotnie trudniejsza od roli oskarżonego niepozbawionego wolności¹¹. Zatem aby prawo do obrony tej kategorii podmiotów było realne, a nie jedynie iluzoryczne, fundamentalne znaczenie ma umożliwienie im udziału obrońcy rozumiane jako udostępnienie możliwości nawiązania stosunku obrony, a następnie jak najszybszego zapewnienia udziału obrońcy w czynnościach z udziałem jego klienta, które poprzedzać będzie kontakt osoby pozbawionej wolności z prawnikiem. Istotą bowiem wszelkich środków przymusu jest izolacja od świata zewnętrznego i ograniczenie swobód i wolności, co rzutuje na zakres możliwości przygotowania taktyki obrony. W tym kontekście obrońca – jak słusznie podkreślała M. Lipczyńska – będzie nie tylko symbolem pomocy, kontaktu ze światem zewnętrznym, źródłem oczekiwanych informacji o toku procesu i możliwościach jego pozytywnego zakończenia¹², ale także źródłem wiedzy o przepisach statuujących prawa i obowiązki podejrzanego, który dokona ich profesjonalnej interpretacji. Nie bez znaczenia jest również aspekt psychologiczny kontaktu z obrońcą: doświadczenie procesowe i znajomość specyfiki postępowania, które niejednokrotnie będą rzutować na opracowanie strategii i przyjęcie optymalnej postawy w procesie.

Tymczasem pozostawiony sam sobie podejrzany, niejednokrotnie z poczucia bezradności, może wybrać wariant najmniej dla siebie korzystny, a najbardziej oczekiwany z punktu widzenia interesów organów procesowych. Na ten aspekt obecności obrońcy przy pierwszym przesłuchaniu zwracał uwagę P. Kruszyński, formułując postulaty *de lege ferenda* jeszcze pod rządami Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.¹³ W obowiązującym stanie prawnym wydawałoby się, że rozwiązaniem tego problemu jest art. 301 k.p.k. Treść tego przepisu przyznaje oskarżonemu prawo do przesłuchania z udziałem obrońcy. Komentatorzy trafnie jednak zwracają uwagę, że zasadniczy problem w przedmiocie prawa do przesłuchania z udziałem obrońcy sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rozwiązanie przyję-

¹¹ M. Lipczyńska, *Problematyka kontaktów obrońcy z oskarżonym aresztowanym w świetle nowego kodeksu postępowania karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego*, „Palestra” 2 (1970), s. 62–63.

¹² Tamże, s. 62.

¹³ P. Kruszyński, *Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym (de lege ferenda)*, „Palestra” 8 (1989), s. 74–75.

te w art. 301 k.p.k. odnosi się wyłącznie i wygasa po jednokrotnym przesłuchaniu podejrzanego z udziałem obrońcy czy to prawo podejrzanego odżywa wówczas, gdy dojdzie do zmiany zarzutów (art. 314 k.p.k.) oraz czy również wówczas, gdy podejrzany zmienił swe wyjaśnienia¹⁴? W tym aspekcie należy w pełni podzielić stanowisko M. Kurowskiego i przyjąć za Autorem, że „w przypadku zmiany zarzutów (art. 314 k.p.k.) prawo to odżywa. Natomiast chęć zmiany wyjaśnień nie powoduje, że prawo to odżywa, ale dla dobra postępowania nie jest wykluczone dopuszczenie do tej czynności obrońcy, szczególnie że podejrzany przez odmowę składania wyjaśnień może niejako wymusić tę obecność”¹⁵.

Powyższe rozważania pozwalają także na wyodrębnienie charakterystycznych czynników wpływających ujemnie na realizację prawa do obrony osoby pozbawionej wolności. Są to izolacja od świata zewnętrznego, rozdzielenie z bliskimi, brak rozeznania w przysługujących prawach i obowiązkach wynikający z braku profesjonalnej wiedzy prawniczej, potęgowany przez stres, strach, wstyd, obawę o wynik postępowania, konfrontacja jednostki z kolegialnym czynnikiem aparatu ścigania czy słaby poziom kontradyktoryjności wstępnej fazy postępowania przygotowawczego. Ukierunkowanie organów ścigania na wykrycie sprawcy przestępstwa sprawia, że funkcjonariusze policji są podatni na pokusę stosowania nielegalnych metod, jak sugestia, podstęp, przymus, groźba tymczasowego aresztowania, jak również niedozwolone obietnice łagodniejszego potraktowania sprawcy, który postąpi zgodnie z ich oczekiwaniami.

W tym kontekście odrębnego omówienia wymaga pozycja osoby zatrzymanej. Zatrzymaniu podlega bowiem nie tylko osoba podejrzana, ale i podejrzana, której nie postawiono jeszcze zarzutów. Przez 48 godzin taka osoba znajduje się w dyspozycji funkcjonariuszy policji, ewentualnie prokuratora (o ile nie zainicjuje sądowej kontroli zatrzymania). Osoba ta może zostać w tym czasie wysłuchana lub przesłuchana jako świadek (z pouczeniem o treści art. 183 k.p.k.), wreszcie przesłuchana w charakterze podejrzanego po raz pierwszy. Może być to pierwsza styczność danej osoby z organami ścigania w związku z popełnionym przestępstwem. Fakt zatrzymania może implikować obawy, że sytuacja jednostki jest trudna, że musiały zostać ze-

¹⁴ M. Kurowski, *Dział VII. Postępowanie przygotowawcze. Rozdział 33. Przepisy ogólne*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 1093 i powołana tam literatura.

¹⁵ Tamże.

brane przeciwko niej dowody przemawiające za zatrzymaniem i wskazujące na nią jako na potencjalnego sprawcę.

Niebagatelne znaczenie może mieć krótki odstęp czasowy od przestępstwa. Pod wpływem pierwszego impulsu, kiedy nie zdoła on jeszcze ochłónąć po popełnionym czynie, nie zdąży przemyśleć strategii obrony, a realna skrucha (czynnik *stricte* emocjonalny) okaże się przeważającą nad dążeniem do ochrony własnych interesów procesowych, może bowiem dojść do przyznania się przez oskarżonego do przestępstwa¹⁶. Nierzadkie są także przypadki, gdy do przyznania się dochodzi w wyniku braku rozeznania w sytuacji procesowej, poczucia bezradności, skonfundowania.

Podnieść należy, że w pierwszej fazie po dokonaniu zatrzymania nie do końca reglamentowane są nieoficjalne działania funkcjonariuszy policji wobec osoby zatrzymanej. Szczególne kontrowersje budzi czynność tzw. rozpytania. Osoba zatrzymana otrzymuje wprawdzie pisemne pouczenie o swoich prawach, jest przy tym uprawniona do zachowania milczenia, kiedy jednak dochodzi do konfrontacji z funkcjonariuszem stawiającym konkretne pytania lub hipotezy robocze, czyni to wskazane powyżej prawo do milczenia iluzorycznym, bowiem *de facto* postawa rozpytujących – przystępujących do zadawania konkretnych pytań wskazywać może, że oczekują zgoła odmiennego zachowania. W tym aspekcie postulować należy, by kontakt z adwokatem poprzedzał czynności procesowe funkcjonariuszy policji. Byłaby to bowiem sytuacja ze wszech miar pożądana z punktu widzenia ochrony interesów osoby pozbawionej wolności i późniejszego oskarżonego.

Podnoszone są także głosy, jakoby w praktyce pełna realizacja tego prawa doznawała ograniczenia na skutek ograniczeń o charakterze przeszkód *stricte* faktycznych. W szczególności komentatorzy zwracają uwagę, że do tej pory nie istnieje w szerszym zakresie instytucja dyżurów adwokackich, które umożliwiałyby osobom zatrzymanym ustanowienie obrońcy z urzędu w ramach 48 godzin pozostawania w dyspozycji organów ścigania¹⁷. Nie jest to jednak fakt przemawiający za uzasadnieniem powyższego twierdzenia, ponieważ wiadomo, że sąd, stosując tymczasowe aresztowanie, niejednokrotnie staje przed koniecznością niezwłocznego ustanowienia dla podejrzanego

¹⁶ L. Hochberg, *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1962, s. 21.

¹⁷ D. Pankowska-Lipiec, *Rozdział II. § 6. Prawo do obrony osoby podejrzanego i zatrzymanego na gruncie ustawy karnoprosesowej*, w: *Uczestnicy postępowania karnego w świetle nowelizacji procedury karnej po 1.7.2015 r. Komentarz praktyczny*, red. P. Czarnecki, M. Czerwińska, Legalis 2018.

obrońcy z urzędu (stwierdzenie przesłanek obrony obligatoryjnej) i pomimo braku instytucji dyżurów adwokackich, obrońcy tacy zgłaszają się i są wyznaczani. To nie brak instytucji dyżurów adwokackich nastręcza trudności w uzyskaniu dostępu do obrońcy z urzędu przez osobę podejrzaną pozbawioną wolności, lecz, jak się wydaje, wynika to raczej ze sposobu informowania o tym prawie osobę uprawnioną, co nie zawsze następuje w sposób dostępny i zrozumiały dla uprawnionego.

Ogólnie zaprezentowana analiza przepisów prawa wskazywałaby, że kwestia kontaktów osoby pozbawionej wolności z adwokatem lub radcą prawnym jest wyczerpująco i precyzyjnie uregulowana w Kodeksie postępowania karnego. Omówione powyżej okoliczności ze sfery praktyki procedowania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości przekonują jednak, że stosowanie tych instytucji procesowych w duchu poszanowania prawa do obrony w praktyce może nastręczać trudności, których rozwiązanie wymaga pogłębionej analizy standardów konstytucyjnych i konwencyjnych, a także ogólnie – europejskich z zakresu treści omawianego prawa.

STANDARDY PRZESTRZEGANIA PRAWA DO OBRONY
OSOBY POZBAWIONEJ WOLNOŚCI
W ŚWIELE WYBRANYCH ORZECZEŃ
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA
W STRASBURGU

Niezwykle bogaty jest w tym zakresie dorobek Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu [dalej także cyt.: ETPC] dotyczący przedmiotu omawianego w niniejszym opracowaniu. Wyznacza on europejskie standardy legislacji, jak też może stanowić punkt odniesienia do prawidłowego stosowania omawianych regulacji krajowych, w tym tych funkcjonujących w polskim Kodeksie postępowania karnego. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu doszło do wyróżnienia grupy orzeczeń, które uzyskały status precedensów interpretacyjnych i których *ratio decidendi* pojawiają się jako zasady przytaczane w kolejnych orzeczeniach z tego samego zakresu, wytyczając kierunek rozumowania w każdej kolejnej sprawie. Mowa tu w szczególności o takich wyrokach, jak wydany w sprawie Benham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu¹⁸, z którego wynika, że

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 10 czerwca 1996 r., skarga nr 19380/92, Benham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, LEX nr 80178.

gwarancje określone w art. 6 § 3 (w tym lit. c Konwencji) stanowią szczególne aspekty prawa do rzetelnego procesu w postępowaniu karnym, określone w art. 1 tego samego artykułu. Z uwagi na powyższe, skargi oparte na zarzucie naruszenia art. 6 § 3 lit. b czy c Konwencji rozważane są na podstawie tych przepisów rozpatrywanych łącznie¹⁹. Trybunał dostrzega, że prawo do skutecznej obrony przez adwokata jest jednym z wymogów prawa do rzetelnego procesu o charakterze podstawowym, choć nie absolutnym²⁰. Dostrzega także, że przepis art. 6 § 3 lit. c EKPC nie precyzuje sposobu wykonywania tego prawa, pozostawiając poszczególnym państwom-stronom Konwencji swobodę wyboru środka ochrony tego prawa przez wymiar sprawiedliwości stosujący prawo krajowe. Zadaniem zaś Trybunału każdorazowo pozostaje ustalenie, czy wybrane metody są zgodne z wymogami rzetelnego procesu²¹. Trybunał przyznaje, że art. 6 EKPC dotyczy postępowania sądowego, jednak pewnego rodzaju czynności mające miejsce na etapie śledztwa lub dochodzenia są tego rodzaju, że ich wpływ na rzetelność procesu, który w efekcie znajduje swój finał przed sądem, powoduje naruszenie art. 6 Konwencji²². Trybunał stwierdza zarazem, że jednym z podstawowych wymogów rzetelnego procesu w społeczeństwie demokratycznym jest prawo do komunikowania się ze swoim obrońcą bez udziału osób trzecich, bowiem jeśli obrońca nie może się komunikować ze swoim klientem i otrzymywać poufnych instrukcji bez nadzoru, świadczona pomoc prawna może stracić wiele na swej efektywności. W kolejnych wyrokach Trybunał wypowiedział się, że znaczenie prawa do obrony to obowiązek zapewnienia poufności spotkań pomiędzy oskarżonym a jego obrońcą²³. Określił go mianem przywileju, który sprzyja otwartej i szczerzej komunikacji między klientem a prawnikami i jest znaczącym zabezpieczeniem prawa do obrony²⁴.

¹⁹ Tamże, § 52.

²⁰ § 34 wyroku ETPC z dnia 23 listopada 1993 r., skarga nr 14032/88, Poitrimol przeciwko Francji, Legalis nr 135596.

²¹ § 38 wyroku ETPC z dnia 24 listopada 1993 r., skarga nr 13972/88, Imbrioscia przeciwko Szwajcarii, Legalis nr 135598.

²² § 62 wyroku ETPC z dnia 8 lutego 1996 r., skarga nr 18731/91, John Murray przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Legalis nr 1441902.

²³ § 48 wyroku ETPC z dnia 28 listopada 1991 r., skarga nr 12629/87, S. przeciwko Szwajcarii, Seria A nr 220, w: www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1991/54.html [dostęp: 28.04.2018]; § 33 wyroku ETPC z dnia 13 maja 1980 r., Artico przeciwko Włochom, skarga nr 6694/74, Legalis nr 127730.

²⁴ § 145 wyroku ETPC z dnia 19 grudnia 2006 r., skarga nr 14385/04, Oferta Plus SRL przeciwko Mołodowie, § 145, w: www.echr.coe.int [dostęp: 28.04.2018].

W celu zagwarantowania prawa do rzetelnego procesu jako wystarczająco „praktycznego i skutecznego” art. 6 § 1 Konwencji wymaga, by co do zasady, dostęp do pomocy prawnej był zapewniony podejrzanemu podczas pierwszej czynności przeprowadzonej przez policję, chyba że w świetle okoliczności konkretnej sprawy istnieją ważne powody, by ograniczyć to prawo. Nawet gdy takie poważne powody mogą wyjątkowo usprawiedliwić odmowę dostępu do pomocy prawnej, takie restrykcje nie mogą całkowicie ograniczyć praw podejrzanego wypływających z art. 6 Konwencji. Prawo do obrony może bowiem zostać nieodwracalnie naruszone w razie złożenia samobciążających oświadczeń w czasie przesłuchania przez policję bez dostępu do pomocy obrońcy, które następnie będą stanowić podstawę skazania (Salduz przeciwko Turcji, wyrok Wielkiej Izby z 27 listopada 2008, § 55)²⁵.

Kwestia dostępu osoby pozbawionej wolności do pomocy obrońcy jest uznawana za jedno z najbardziej doniosłych zagadnień, w związku z którym procedował ETPC, co skutkowało stworzeniem oficjalnego opracowania zawierającego przegląd najbardziej reprezentatywnych, najnowszych orzeczeń dotyczących tej tematyki do grudnia 2017 r.²⁶

Przegląd stworzony przez biuro ETPC i dostępny online otwiera powołana powyżej sprawa Salduz przeciwko Turcji z 27 listopada 2008 r., w której zapadł wyrok Wielkiej Izby. Jako podano, dotyczyła ona obywatela Turcji p. Salduza, który został oskarżony, a następnie skazany za udział w niedozwolonej demonstracji wspierającej PKK (Partię Pracujących Kurdystanu, uznawaną za organizację nielegalną). Skarżący pod nieobecność obrońcy złożył oświadczenie w czasie zatrzymania przez policję i przyznał się do winy. ETPC uznał, że w jego sprawie doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c w zw. z art. 6 § 1 EKPC. Stwierdził, że nawet gdyby skarżący był zdolny do zakwestionowania oskarżenia w toku rozprawy przed sądem, fakt, że był pozbawiony pomocy i kontaktu z obrońcą w czasie zatrzymania, nieodwracalnie naruszyło jego prawo do obrony, zwłaszcza że był osobą małoletnią.

W kolejnej sprawie, Pishchalnikov przeciwko Rosji, zwieńczonej wyrokiem ETPC z 24 września 2009 r.²⁷, skarżący został aresztowany w związku z podejrzeniem rozboju, a następnie był przesłuchiwany bezpośrednio po za-

²⁵ Wyrok ETPC z dnia 26 listopada 2007 r., skarga nr 36391/02, Salduz przeciwko Turcji, Legalis nr 130848.

²⁶ www.echr.coe.int/Documents/FS_Police_arrest_ENG.pdf [dostęp: 28.04.2018].

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 24 września 2009 r., skarga nr 7025/04, Pishchalnikov przeciwko Rosji, Legalis nr 172384.

trzymaniu i dnia następnego pod nieobecność obrońcy, choć wyraźnie żądał zapewnienia mu kontaktu ze wskazywanym obrońcą. Podczas tych przesłuchań przyznał się do brania udziału w działaniach zorganizowanej grupy przestępczej, które obejmowały m.in. morderstwo i porwanie – zbrodnie, o które został następnie oskarżony. Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1. Uznał, że brak pomocy prawnej na wstępnym etapie policyjnego przesłuchania nieodwracalnie naruszył jego prawo do obrony i zdeprecjonował jego pozycję podczas rozprawy, odbierając mu możliwość udziału w rzetelnym procesie.

W sprawie Dayanan przeciwko Turcji (wyrok ETPC z 13 listopada 2009 r.)²⁸ skarżący został oskarżony, a następnie skazany za udział w organizacji Hezbollah, przy czym nie miał zapewnionej pomocy obrońcy w chwili zatrzymania przez policję. Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1. Stwierdził, że restrykcje, jakich doznał skarżący (które należy określić jako systemowe, tj. wynikające z konstrukcji przepisów wewnątrz krajowych w Turcji), obejmujące brak prawnych gwarancji prawa jednostki pozbawionej wolności do dostępu do pomocy obrońcy, osiągnęły stopień wystarczający do stwierdzenia naruszenia art. 6 Konwencji, pomimo że skarżący podczas zatrzymania zachował milczenie.

Podobne stanowisko wyraził Trybunał w sprawie Yesilkaya przeciwko Turcji (wyrok ETPC z 8 grudnia 2009 r.), jak również w sprawie Boz przeciwko Turcji (wyrok ETPC z 9 lutego 2010 r.), A.T. przeciwko Luksemburgowi (wyrok ETPC z 9 kwietnia 2015 r. dotyczący braku gwarancji prawnych dostępu do pomocy prawnej dla osoby zatrzymanej na podstawie ENA)²⁹. Z kolei w sprawie Brusco przeciwko Francji (wyrok ETPC z 14 października 2010 r.)³⁰ skarżący, który był podejrzewany o zaburzenia osobowości i akty agresji, został zatrzymany w areszcie policyjnym i przesłuchany jako świadek po odebraniu przyrzeczenia mówienia prawdy. Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 § 1 i 3 lit. c Konwencji, gwarantującego prawo do milczenia i wolność od samooskarżenia. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, skarżący nie był wyłącznie świadkiem, lecz osobą oskarżoną w autonomicznym znaczeniu art. 6 Konwencji. Jako taki podmiot posiadał prawo do milczenia i wolności od samooskarżenia, gwarantowanych art. 6

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 13 października 2009 r., skarga nr 7377/03, Dayanan przeciwko Turcji, Legalis nr 172503.

²⁹ www.echr.coe.int/Documents/FS_Police_arrest_ENG.pdf, s. 2, 5.

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 14 października 2010 r., skarga nr 1466/07, Legalis nr 263657.

§ 1 i 3 lit. c Konwencji. Sytuacja zagrażała jego prawom i naruszyła je przez fakt, że skarżący nie korzystał z pomocy obrońcy przez 20 godzin pobytu w areszcie policyjnym. Gdyby obrońca był obecny w trakcie czynności, mógłby pouczyć skarżącego o prawie do milczenia.

W sprawie Nechiporuk i Yonkalo przeciwko Ukrainie (wyrok ETPC z 21 kwietnia 2011 r.)³¹ pierwszy skarżący zarzucał w szczególności brak rzetelności postępowania prowadzonego przeciwko niemu, ponieważ jego skazanie za szereg przestępstw, w tym morderstwo z premedytacją popełnione we współudziale z innymi osobami, opierało się na jego oświadczeniach złożonych bez pomocy obrońcy. Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c i art. 6 § 1 Konwencji. Nie było kwestionowane przez strony, że skarżący nie posiadał reprezentacji prawnej przez pierwsze trzy dni, podczas których był pozbawiony wolności. Skarżący kilka razy przyznał się do morderstwa we wstępnej fazie przesłuchania, kiedy nie był reprezentowany przez obrońcę, i bez wątpienia stał się ofiarą restrykcji w dostępie do pomocy prawnej, a jego wyznanie winy zostało wykorzystane do skazania.

W sprawie Mader przeciwko Chorwacji (wyrok ETPC z 21 lipca 2011 r.)³² skarżący odbywający karę pozbawienia wolności za morderstwo zarzucił w szczególności, że był bity przez policję podczas przesłuchania na komisariacie policji w Zagrzebiu, zmuszany do siedzenia na krześle, pozbawiony snu i jedzenia podczas trzech dni przesłuchania. Twierdził, że postępowanie karne przeciwko niemu było nierzetelne – w szczególności został pozbawiony pomocy obrońcy podczas przesłuchania przez policję. Trybunał orzekł, że doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1 z uwagi na brak pomocy prawnej podczas przesłuchania przez policję. Choć nie jest rzeczą Trybunału spekulowanie, jaki wpływ wywarłby udział obrońcy na wynik czynności, jasne było to, że ani pomoc udzielona następnie przez obrońcę, ani kontradiktoryjny charakter postępowania przed sądem nie mogły zniwelować braków i ułomności, które pojawiły się w czasie wstępnego przesłuchania. Skarżący nie zrzekł się prawa do korzystania z pomocy obrońcy i kwestionował jego brak na wstępnym etapie procesu. Trybunał stwierdził również naruszenie art. 3 Konwencji (zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania) w odniesieniu do traktowania skarżącego na policji, jak i odnośnie do odmowy zbadania jego skargi w tym zakresie.

³¹ Wyrok ETPC z dnia 21 kwietnia 2011 r., skarga nr 42310/04, Nechiporuk i Yonkalo przeciwko Ukrainie, Legalis nr 332537.

³² www.echr.coe.int/Documents/FS_Police_arrest_ENG.pdf, s. 3.

Sprawa Huseyn i in. przeciwko Azerbejdżanowi (wyrok ETPC z 26 lipca 2011 r.)³³ dotyczyła skargi działacza opozycji na nierzetelność postępowania karnego wytoczonego przeciwko niemu w związku z zarzutem udziału w demonstracjach z użyciem przemocy. Odnośnie do pomocy obrońcy podczas pozbawienia skarżącego wolności stwierdzono, że trzech ze skarżących było przesłuchanych bez obrońcy, a nie zrzekli się wyraźnie tego prawa. Takie restrykcje jasno godziły w ich prawo do obrony na wstępnym etapie postępowania, naruszając art. 6 § 3 lit. 3 i § 1 Konwencji.

Odnotowania wymaga także sprawa Bandaletov przeciwko Ukrainie (wyrok ETPC z 31 października 2013 r.)³⁴. Skarżący wraz z kilkoma innymi osobami został wezwany na przesłuchanie jako świadek w związku ze śledztwem w sprawie podwójnego morderstwa popełnionego w jego domu. W trakcie czynności przyznał się do zbrodni. Następnego dnia został aresztowany jako podejrzany; wezwano obrońcę, by udzielił mu pomocy. Przez cały czas skarżący potwierdzał przyznanie się do winy. Został skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Skarżący zarzucał, że we wstępnej fazie postępowania nie udzielono mu pomocy obrońcy, a sądy krajowe nie odrzuciły jego wyjaśnień, pomimo że dobrowolnie udał się na policję i przyznał do przestępstwa. Trybunał stwierdził, że w tej sprawie nie doszło do naruszenia art. 6 § 1 i 3 Konwencji, ponieważ postępowanie karne wobec skarżącego jako całość było rzetelne. Odpowiednie organy krajowe zmieniły status skarżącego ze świadka na podejrzanego i zapewniły mu pomoc obrońcy, gdy tylko pojawiły się podstawy do skierowania na niego podejrzenia popełnienia zbrodni. W czasie pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego skarżący był już reprezentowany przez obrońcę i żadne środki procesowe nie były podejmowane po jego wstępnym przyznaniu się do winy bez obecności obrońcy. Skarżący podtrzymywał swoje depozycje w toku śledztwa oraz postępowania przed sądem, kiedy to był reprezentowany przez kilku różnych prawników. Jego wstępne przyznanie się nie mogło zostać uznane za decydujące o skazaniu, skoro sąd opierał się wyłącznie na dowodach uzyskanych na tym etapie postępowania, na którym skarżący uzyskał już status podejrzanego i korzystał z pomocy obrońcy. Jego żądanie, by wyrok nie

³³ Wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2011 r., skarga nr 35485/05, Huseyn i in. przeciwko Azerbejdżanowi, Legalis nr 357670.

³⁴ Wyrok ETPC z dnia 31 stycznia 2013 r., skarga nr 23180/06, Bandaletov przeciwko Ukrainie, Legalis nr 1068950.

opierał się na fakcie dobrowolnego poddania się policji, było badane przez sądy krajowe.

W sprawie Pakshayev przeciwko Rosji (wyrok ETPC z 13 marca 2014 r.)³⁵, skarżący skazany za morderstwo na karę 10 lat pozbawienia wolności w styczniu 2001 r., co utrzymano w mocy w 2006 r., zarzucał, że odmówiono mu dostępu do pomocy adwokata podczas przesłuchania przez kilka pierwszych dni pobytu w areszcie policyjnym w maju 1997 r. Podnosił, że podczas przesłuchania przesłuchujący groził mu, że jeśli się nie przyzna, zostanie zgwałcony przez współwięźnia. Skarżący w tych okolicznościach miał przyznać się do winy, ale odwołał to stanowisko na rozprawie, kiedy korzystał z pomocy obrońcy. Przed sądem krajowym podnosił zarzut braku obrony we wstępnej fazie postępowania, kiedy to doszło do przyznania się do winy. Trybunał stwierdził, że został naruszony art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1. Podniósł, że brak kontaktu z obrońcą i wykorzystanie do skazania złożonego wówczas oświadczenia o przyznaniu się do winy przekreśliło rzetelność całego procesu z udziałem skarżącego.

W sprawie Blaj przeciwko Rumunii (wyrok ETPC z 8 kwietnia 2014 r.)³⁶ skarżący, który był podejrzewany o przyjęcie łapówki, został umieszczony pod dozorem policji. Osoba trzecia współpracująca z policją przybyła na spotkanie z nim i zostawiła na jego biurku kopertę z pieniędzmi. Oficerowie policji natychmiast zainterweniowali i ujęli skarżącego na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa. Stosownie do przepisów prawa krajowego sporządzili raport z miejsca przestępstwa. Następnego dnia skarżący został poinformowany o treści zarzutów przeciwko niemu i o fakcie, że ma prawo zachować milczenie i do kontaktu z obrońcą. Następnie korzystał z pomocy obrońcy w czasie przesłuchania. Skarżący zarzucił w szczególności, że nie został poinformowany o prawie do milczenia i prawie do pomocy obrońcy w czasie, kiedy były podejmowane działania i ujęto go w momencie popełniania przestępstwa. Trybunał w tej sprawie nie stwierdził naruszenia art. 6 § 1 i 3 Konwencji, tj. braku obrońcy podczas procedowania przez policję na miejscu przestępstwa *flagrante delicto*. Zaobserwował, że w prawie rumuńskim osoba ujęta na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa nie może być przesłuchiwana w zakresie okoliczności weryfikujących jej zaangażowanie w przestępstwo, a organy postępowania winny się skupić na ujawnio-

³⁵ Wyrok ETPC z dnia 13 marca 2014 r., skarga nr 1377/04, Pakshayev przeciwko Rosji, Legalis nr 1069383.

³⁶ www.echr.coe.int/Documents/FS_Police_arrest_ENG.pdf, s. 4.

nych dowodach materialnych. W omawianej sprawie organy krajowe nie wykroczyły poza ramy tego swoistego procedowania. Kiedy skarżący był przesłuchiwany przez oskarżyciela publicznego na temat przestępstwa, korzystał z pomocy obrońcy. We wszystkich oświadczeniach skarżący utrzymywał, że jest niewinny, nigdy jednak nie zakwestionował treści oświadczeń złożonych w czasie przestępstwa, które zostały nagrane. Wykorzystanie tych treści nie naruszało prawa do rzetelnego procesu. Odnotowano również, że skarżący nigdy nie zarzucił, by te jego oświadczenia, nagrane i wykorzystane w toku procesu, zostały przez niego złożone pod wpływem przymusu czy niewłaściwego traktowania.

Sprawa Turbylev przeciwko Rosji (wyrok ETPC z 5 października 2015 r.)³⁷ dotyczyła zarzutów skarżącego w przedmiocie niewłaściwego traktowania na posterunku policji i nierzetelności postępowania karnego przeciwko niemu, w którym oświadczenie zawierające przyznanie do winy, będące rezultatem owego niewłaściwego traktowania, zostało wykorzystane jako dowód. Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1 oraz art. 3 Konwencji. Wykorzystano bowiem w procesie oświadczenie z przyznaniem do winy uzyskane wskutek niewłaściwego traktowania skarżącego zastępującego nieefektywne działania organów ścigania. To sprawiło, że proces skarżącego nie był rzetelny. Trybunał odnotował, że w prawie rosyjskim brak jest możliwości żądania pomocy obrońcy przez osoby podejrzewane *de facto* o popełnienie przestępstwa. Sądy krajowe nie dostrzegły statusu skarżącego podczas przesłuchania i niejako zalegalizowały bezprawne postępowanie policji.

W sprawie Dvorski przeciwko Chorwacji (wyrok ETPC z 20 października 2015 r.)³⁸ chodziło o odmowę przez policję dostępu do kontaktu z adwokatem wynajętym przez rodziców skarżącego, w czasie gdy był przesłuchiwany w związku z podejrzeniem wielokrotnego morderstwa, zbrojnej napaści i rozboju. Skarżący przyznał się do popełnienia przestępstwa po podpisaniu upoważnienia do obrony dla innego adwokata. Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1. W szczególności odnotował, że funkcjonariusze policji nie poinformowali skarżącego ani o dostępności dla niego obrońcy ustanowionego przez rodziców, ani o jego obecności na posterunku policji. Podczas przesłuchania doszło do

³⁷ Tamże, s. 5.

³⁸ Wyrok ETPC z dnia 20 października 2015 r., skarga nr 25703/11, Dvorski przeciwko Chorwacji, Legalis nr 1422141.

przyznania się do winy, a dowód ten został wykorzystany w sądzie. Trybunał zaobserwował, że sądy krajowe nieprawidłowo odniosły się do tej okoliczności, w szczególności nie podjęły żadnych kroków i nie zapewniły żadnych środków gwarantujących rzetelny proces na dalszym etapie postępowania.

Sprawa Borg przeciwko Malcie (wyrok ETPCC z 12 stycznia 2016 r.)³⁹ dotyczyła głównie skargi sprawcy przestępstwa, następnie skazanego, na brak zapewnienia mu pomocy prawnej podczas przesłuchania w areszcie policyjnym. Trybunał podkreślił, że ustawowe wyłączenie prawa do kontaktu z obrońcą nie może być trwałe, absolutne i musi zostać podyktowane ważnymi powodami.

Sprawa Ibrahim i in. przeciwko Wielkiej Brytanii (wyrok Wielkiej Izby z 13 września 2016 r.)⁴⁰ dotyczyła zdarzeń z 21 lipca 2005 r., kiedy to w londyńskiej strefie komunikacji publicznej zostały zdetonowane cztery bomby, lecz do wybuchu nie doszło. Sprawcy zbiegli z miejsca zdarzenia, a policja niezwłocznie podjęła czynności śledcze. Pierwszych trzech skarżących aresztowano w związku z podejrzeniem detonacji trzech ładunków. Czwarty skarżący został wstępnie przesłuchany jako świadek, po czym okazało się, że pomagał sprawcom nieudanego ataku. Po sporządzeniu pisemnego oświadczenia został aresztowany. Wszyscy czterej skarżący zostali następnie oskarżeni o popełnienie przestępstw i skazani. Sprawa dotyczyła czasowej zwłoki w zapewnieniu skarżącym dostępu do pomocy adwokata – w odniesieniu do pierwszych trzech skarżących po ich aresztowaniu, a w odniesieniu do czwartego skarżącego od momentu powzięcia przez policję podejrzenia popełnienia przestępstwa, zaś przed jego aresztowaniem. Podniesiono również kwestię dopuszczalności wykorzystania w procesie oświadczeń poczynionych pod nieobecność obrońców. Trybunał stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 6 § 1 EKPC czy art. 6 § 1 EKPC (prawo do rzetelnego procesu i pomocy obrońcy) wobec trzech pierwszych skarżących. Orzekł takie naruszenie wobec czwartego z nich. Odnosnie do trzech pierwszych skarżących Trybunał był przekonany, że w czasie ich wstępnego przesłuchania przez policję istniała pilna potrzeba zapobieżenia poważnym konsekwencjom zagrożenia publicznego dla życia i fizycznej integralności wielu osób, dosłownie chodziło o zapobieżenie kolejnym samobójczym atakom terrory-

³⁹ www.echr.coe.int/Documents/FS_Police_arrest_ENG.pdf, s. 6.

⁴⁰ Wyrok ETPC z dnia 13 września 2016 r., skarga nr 50541/08, Ibrahim i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Legalis nr 1504771.

stycznym. Istniały zatem ważne powody do czasowego ograniczenia prawa dostępu do pomocy obrońcy. Postępowanie jako całość wobec tych skarżących odbyło się z poszanowaniem gwarancji prawa do rzetelnego procesu. Pozycja czwartego skarżącego okazała inna. Był przesłuchiwany jako świadek bez pomocy obrońcy. Podczas przesłuchania wyszło na jaw, że pomagał sprawcy ataku. W tym sensie stosownie do obowiązujących regulacji wewnętrznych powinien mieć zabezpieczoną i zaoferowaną pomoc prawnika. To nie zostało mu zapewnione. Po sporządzeniu pisemnych zeznań został oskarżony, a następnie skazany za pomoc sprawcy oraz odmowę ujawnienia informacji po ataku. Trybunał nie był przekonany, że w jego przypadku istniał ważny powód do ograniczenia prawa dostępu do obrońcy i braku pouczenia go o prawie do milczenia. Nie było podstawy w prawie krajowym, by zaniechać pouczenia go o prawie do milczenia w chwili, gdy zaczął się samooskarżać. Konsekwencją było pozbawienie go ważnych uprawnień proceduralnych. Następnie ta decyzja organów policji nie została zrewidowana, bowiem przebieg czynności z udziałem skarżącego nie był utrwalony, nie prowadzono postępowania dowodowego w tym zakresie. Ponieważ nie zaistniały ważne powody do ograniczenia praw czwartego ze skarżących, nie zagwarantowano mu rzetelnego procesu. Na dalszych czynnościach nieodwracalnie zaważył bowiem fakt braku pouczenia skarżącego i brak zapewnienia mu dostępu do pomocy prawnej.

Sprawa Simeonovi przeciwko Bułgarii (wyrok z 12 maja 2017 r.)⁴¹ dotyczyła skargi wniesionej przez skazanego, który odbywa karę pozbawienia wolności. Zarzucał on w szczególności, że nie posiadał prawa do korzystania z pomocy obrońcy podczas pierwszych dni jego zatrzymania. Trybunał (Wielka Izba) stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 6 § 3 lit. c Konwencji w zw. z art. 6 § 1. Uznano, że rząd Bułgarii zaprezentował relewantne i wystarczające dowody, że nie doszło do naruszenia reguły rzetelności postępowania karnego ocenianego jako całość pomimo braku pomocy obrońcy w pierwszych dniach zatrzymania. W szczególności Trybunał odnotował, że żaden dowód przeciwko skarżącemu nie został uzyskany czy zabezpieczony do akt postępowania w tym czasie. Skarżący, korzystający następnie z obrońcy z wyboru, dobrowolnie przyznał się do winy kilka tygodni później, kiedy został poinformowany o wszystkich prawach proceduralnych, w tym o prawie do milczenia i wolności od samooskarżenia. Skazania nie

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 12 maja 2017 r., skarga nr 21980/04, Simeonovi przeciwko Bułgarii, Legalis nr 1599133.

oparto wyłącznie na jego wyjaśnieniach, ale na całym spójnym i obszernym materiale dowodowym sprawy. Sprawę rozpoznały sądy w trzech instancjach, sądy krajowe precyzyjnie uzasadniły swoje stanowisko zarówno odnośnie do faktów, jak i prawa, zbadały również kwestię zabezpieczenia praw proceduralnych skarżącego.

Zastosowaniem tych wypracowanych i ugruntowanych w orzecznictwie zasad na gruncie polskich regulacji Trybunał Strasburski zajmował się kilkukrotnie. W sprawie Niedbała przeciwko Polsce (wyrok z 4 lipca 2000 r., skarga nr 27915/95)⁴² stwierdził naruszenie art. 6 § 3 lit. c Konwencji. Trybunał zauważył w szczególności, że podejmując decyzję o ograniczeniu kontaktów skarżącego z jego obrońcą, prokurator ograniczył się do wydania decyzji o treści zakazowej, nie czyniąc żadnego, nawet ogólnego, odwołania do podstawy prawnej, na jakiej ją wydano, np. potrzeby zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Nie powołano żadnych konkretnych przyczyn, aby wykazać konieczność zastosowanego nadzoru i jego zasadność w świetle konkretnych okoliczności sprawy. Trybunał uznał ponadto, że ograniczenia, jakie wprowadzono w tym zakresie, dotyczyły 6 miesięcy, podczas gdy całe śledztwo trwało niespełna 7,5 miesiąca, a prokurator zgromadził w tym czasie bardzo obszerny materiał dowodowy na poparcie aktu oskarżenia. Tak długi czas, na jaki wprowadzono ograniczenia, uznano za wpływający negatywnie na skuteczność wykonywania prawa do obrony. Tymczasem faktem jest, że Trybunał niejednokrotnie dopuszczał stosowanie ograniczeń z uwagi na kategorie postępowań, jak sprawy o przestępstwa terrorystyczne czy postępowania dotyczące działań zorganizowanych grup przestępczych.

Jak wskazał Trybunał w sprawie Płonka przeciwko Polsce (wyrok ETPC z 31 marca 2009 r., skarga nr 20310/02)⁴³, przepisy prawa krajowego mogą przewidywać konsekwencje wynikające z postawy oskarżonego w początkowej fazie dochodzenia/śledztwa policji, która ma decydujące znaczenie z perspektywy obrony na kolejnych etapach postępowania karnego. W takich okolicznościach zaś art. 6 wymaga, by oskarżony mógł korzystać z pomocy obrońcy już na tym początkowym etapie śledztwa policji. Wielka Izba podkreśliła, że art. 6 § 1 wymaga, aby co do zasady już od pierwszego przesłuchania przez policję mógł on korzystać z pomocy obrońcy, chyba że w świetle okoliczności konkretnej sprawy wykaże się, że istniały ważne powody do ograniczenia tego prawa. Nawet jeśli wyjątkowo ważne powody

⁴² www.bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski...download,479,0.html [dostęp: 28.04.2018].

⁴³ www.ms.gov.pl/pl/orzeczenia-etpcz/download,236,0.html [dostęp: 28.04.2018].

mogą uzasadniać odmowę dostępu do obrońcy, to takie ograniczenie prawa do obrony, bez względu na jego uzasadnienie, może naruszać art. 6 Konwencji, jeśli obciążające oświadczenie złożone zostało pod nieobecność obrońcy podczas przesłuchania przez policję, a następnie było podstawą skazania⁴⁴. Trybunał w sprawie skarżącej Płonki odnotował, że podpisała ona protokół, z którego wynikało, że była informowana o prawie do ustanowienia obrońcy i że takiego wniosku nie składała. Podkreślił jednak zarazem, że nic nie wskazuje na to, by wyraźnie zrzekła się prawa do posiadania obrońcy podczas jej przesłuchań. Jeśli prawo do obrony ma być skuteczne w myśl Konwencji, to zrzeczenie się tego prawa musi być uczynione w sposób jednoznaczny i zgodnie z minimalnymi zabezpieczeniami proporcjonalnie do jego znaczenia. Samo twierdzenie państwa-strony, że skarżąca Płonka była informowana o prawie do korzystania z pomocy obrońcy, nie mogło być uznane za wiarygodne, a jej domniemane zrzeczenie się prawa za jasne i jednoznaczne. Problem alkoholowy, który ujawniła skarżąca w czasie przesłuchania, sprawiał, że znajdowała się w trudnej sytuacji w czasie przesłuchania, co władze powinny wziąć pod uwagę w czasie jej przesłuchiwanie, szczególnie przy informowaniu jej o prawie do skorzystania z pomocy obrońcy. To, że skarżąca była reprezentowana przez obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym, nie zmienia faktu, że jej wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego, w którym przyznała się do zarzutu, złożone pod nieobecność obrońcy, zostały wykorzystane w procesie jako podstawa późniejszego skazania.

Z kolei w sprawie Adamkiewicz przeciwko Polsce (wyrok ETPC z 2 marca 2010 r., skarga nr 54729/00)⁴⁵, gdzie również stwierdzono naruszenie prawa skarżącego do korzystania z pomocy obrońcy, przyczyną nieprawidłowości było zbagatelizowanie przez organy postępowania młodego wieku skarżącego, któremu reglamentowano kontakty z obrońcą, a także którego przez pięć pierwszych godzin po zatrzymaniu rozpytywała policja bez umożliwienia mu kontaktu z obrońcą. Podejrzany początkowo zaprzeczał swemu sprawstwu, jednak po dwóch godzinach, w tej jakże istotnej fazie postępowania, wyznał on, że jest sprawcą morderstwa nastoletniego kolegi. Z tego rozpytania, w toku którego obecny był psycholog, policjanci sporządzili sprawozdanie. W kolejnych wyjaśnieniach, złożonych przed sędzią rodzinnym, skarżą-

⁴⁴ § 55 wyroku ETPC z dnia 26 kwietnia 2007 r., skarga nr 36391/02, Salduz przeciwko Turcji, Legalis nr 130848.

⁴⁵ www.ms.gov.pl/pl/orzeczenia-etpcz/download,262,0.html [dostęp: 28.04.2018].

cy potwierdzał tę wersję. Dopiero po czterech dniach na skutek udzielenia upoważnienia przez rodziców ustanowiono mu obrońcę. Nieletniego umieszczono na czas postępowania w schronisku dla nieletnich. Po upływie niemal miesiąca od daty jego zatrzymania skarżącemu umożliwiono kontakt z obrońcą, zastrzegając obecność psychologa. W pełni poufne widzenie miało się odbyć dopiero po przeprowadzeniu badania pod kątem poczytalności skarżącego. Nastąpiło to po upływie sześciu tygodni od zatrzymania i dopiero w toku tej rozmowy obrońca pouczył skarżącego o prawie do milczenia i wolności od samooskarżania. W ocenie Trybunału nawet wszystkie niezwykle skrupulatnie podjęte czynności procesowe, które potwierdziły prawdziwość owego przyznania się, nie zrekomensowały tak znacznego uszczuplenia praw oskarżonego we wstępnej fazie postępowania.

PODSUMOWANIE

Reasumując, zapewnienie oskarżonemu, zwłaszcza pozbawionemu wolności, swobodnego kontaktowania się z obrońcą jest jednym z fundamentalnych wymogów rzetelnego procesu gwarantowanego przez nowoczesne demokratyczne państwa oparte na poszanowaniu zasady rządów prawa i praworządności. Jak wynika z analizy standardów europejskich w tym zakresie, kolejne nowelizacje polskiej procedury karnej zasługują na aprobatę. Stworzenie zasady dostępności i swobodnego kontaktu z obrońcą dla podejrzanego, a na wstępnym etapie postępowania dla zatrzymanego oraz obwarowanie ich ograniczeń wykazaniem konkretnych przesłanek, proporcjonalnych i niezbędnych z punktu widzenia doniosłości chronionych praw, to kierunek zgodny z wytyczanymi szczególnie przez orzecznictwo ETPC standardami. Na szczególną uwagę zasługuje kwestia prawidłowego stosowania wskazanych regulacji w praktyce, która winna być w dalszym ciągu uważnie monitorowana przez ograny kontroli przestrzegania praw człowieka, co obecnie jest widoczne zwłaszcza w działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich⁴⁶. Z uwagi na doniosłość omawianych praw i gwarancji procesowych tych kwestii nie sposób wprost przecenić.

⁴⁶ www.rpo.gov.pl/content/kiedy-dostosujemy-polskie-przepisy-do-unijnych-standardow-dotyczacych-prawa-do-adwokata [dostęp: 28.04.2018].

PIŚMIENNICTWO

- Boratyńska, Katarzyna, i Paweł Czarnecki. 2018. „Komentarz do art. 73.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Andrzej Sakowicz. Legalis.
- Grabowska–Moroz, Barbara. 2018. *Prawo dostępu do obrońcy w świetle prawa europejskiego*. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2018.
- Hochberg, Leo. 1962. *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Kruszyński, Piotr. 1989. „Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym (de lege ferenda).” *Palestra* 8:68–83.
- Kulesza, Cezary. 2009. „Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawoporównawcze).” W *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, red. Jerzy Skorupka, 145–167. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Kurowski, Michał. 2017. „Dział VII. Postępowanie przygotowawcze. Rozdział 33. Przepisy ogólne.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Dariusz Świecki, 1068–1095. Wyd. 3. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Lipczyńska, Maria. 1970. „Problematyka kontaktów obrońcy z oskarżonym aresztowanym w świetle nowego kodeksu postępowania karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego.” *Palestra* 2:62–74.
- Pankowska–Lipiec, Dorota. 2018. „Rozdział II. § 6. Prawo do obrony osoby podejrzanej i zatrzymanego na gruncie ustawy karnoprocesowej.” W *Uczestnicy postępowania karnego w świetle nowelizacji procedury karnej po 1.7.2015 r. Komentarz praktyczny*, red. Paweł Czarnecki, i Małgorzata Czerwińska. Legalis.
- Sowiński, Piotr K. 2012. *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego.

PROTECTION OF THE RIGHT OF A DEFENDANT DEPRIVED OF LIBERTY
TO CONTACT WITH HIS COUNSEL IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary. This study is to present the problem of exercising the rights of a defendant deprived of liberty to contact a lawyer. The provisions of the Criminal Procedure Code (Articles 245, 73, 301 of the CPC), which constitute an embodiment of the general principle of the right of defence (Article 6 of the Criminal Procedure Code), were analysed in this respect. The case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg concerning the subject discussed in this study was also analysed. It sets European standards of legislation, and can serve as a reference point for the correct application of the national regulations in question, including those functioning in the Polish Criminal Procedure Code.

Key words: fair trial, right of defence, defendant deprived of liberty, right to the assistance of a defence counsel, obligatory defence

ABORTION AS THE PARTIAL ISSUE OF THE RIGHT TO LIFE AND THE DEVELOPMENT OF THE RELATED SLOVAK LEGAL REGULATION

Ingrid Lanczová

Department of the Legal History
Trnava University in Trnava
Slovak Republic
<https://orcid.org/0000-0003-2767-3558>

Miriám Laclavíková

Department of the Legal History
Trnava University in Trnava
Slovak Republic
<https://orcid.org/0000-0002-8984-0529>

Summary. This research paper provides an insight into legal regulation of abortions in the history of the Hungarian Kingdom, the multiethnic state which covered *inter alia* what is Slovakia today. Attention is drawn to the first Criminal Code (the Law no. V of 1878), adoption of which meant a fundamental change in the development of criminal law on the territory of the Slovaks. Consequently, there is a brief introduction into legal regulation of abortions in the Czechoslovak Republic, whose understanding makes it possible to better evaluate the current approach of the Slovak Republic to abortions. Furthermore, effective legal regulations, the pivotal court decisions and the reactions of the society on the abortion topic are presented.

Key words: termination of pregnancy, abortion, foeticide, the Kingdom of Hungary, Czechoslovakia, Slovak Republic

INTRODUCTION

Abortion is an issue which rules the right to life discussions and quite strongly resonates in the Slovak lay society. It can be said, that this issue has always been the core of the right to life together with the euthanasia and death penalty issues. The abortion issue developed from the “right not to be

deprived of life” (that is the legal regulation of murder in the oldest law-books) and is understood as such also today¹, guaranteed by the State and claimable. Though, it is important to emphasise that in the present times, so influenced with the scientific and medical progress, the right to life encompasses also different issues such as cloning, in vitro embryo research, genocide (systematic killing of members of a specific gender) or eugenics (improving the genetic quality of a human population e.g. by preventing the handicapped people from giving birth or by changing genes in the embryo). However, as the right to life has the longest tradition among the human rights, having roots in the religious life views and in the biological need of the individual to survive, abortion as the “traditional” right to life issue will cyclically be discussed until the society answers or uniformly accepts the answers about the sense of the human life and its inception.

The abortion issue polarised and still polarises the society. Generally, the views on abortions are threefold. Firstly, it is the pro-life view which opposes abortions and highlights the protection of an unborn child from any form of killing and protection of the health of woman undergoing the abortion. Secondly, it is the pro-choice view which respects the freedom of choice of the pregnant woman and agrees with the abortion on request until certain week of pregnancy. This view is the most typical view in Europe, even though a uniform approach to all the aspects of this issue is still missing (ECHR- A, B and C *versus* Ireland case originating in an application no. 25579/05, *Tysiäc versus* Poland originating in an application no. 5410/03). Thirdly, there is a view calling for previous consent of the independent official authorities to abortion. The consent or the disallowance must be based on medical and psychological expert opinions².

¹ I.e. it is not understood as the possibility to freely dispose with the right to life. This was confirmed also by the European Court of Human Rights in the case *Pretty v. United Kingdom* (2002), according to which the right to life could not, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die. In: European Court of Human Rights, *End of Life and the European Convention on Human Rights* ECHR, Strasbourg, p. 1, in: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf [accessed: 13.09.2017].

² M. Nemec, *Doktrínalno-právny pohľad katolíckej cirkvi na problematiku umelého potratu*, in: *Právo a hodnoty. Sborník příspěvků z jednání sekce teorie práva a právních dějin na konferenci Olomoucké právnícké dny konané ve dnech 21.–22.5.2016*, ed. P. Osina, Tribun EU Brno 2016, pp. 110–111 (The Author was inspired by J.M. Finnis, *Právní aspekty potratu*, in: *Úcta k životu – I. život nenarozený*, Zvon, Praha 1991, pp. 56–57).

As the society never had a uniform view on religion and the concept of life (including the non-uniform view of the legal institutions on the beginning of life³), a uniform legal regulation of these partial issues of the right to life, will, presumably not be achieved. Legislations throughout Europe vary in their euthanasia or abortion provisions. In the Slovak society is the latter more discussed and the reasons are following.

Ad 1 it has religious context, *ad 2* the need of an individual to fight for saving the life is more natural than for losing it, *ad 3* euthanasia is not regulated in the European legal orders as the right to die but as a possibility, where *conditio sine qua non* is a severe illness whose diagnoses requires medical knowledge and finally *ad 4* the terminal sedation in the palliative care for the incurably ill is an accepted approach until the moment of death⁴.

This different approach of the European countries stems from the different interpretation of the important European documents and from the application of the proportionality test or the concurrence of human rights among

³ On the national level the Slovak Constitutional Court ruled that: "The task of the Constitutional Court in this proceeding is neither to answer the philosophical, moral or ethical question about the beginning of the human life, nor to answer the question about rightness or morality of abortions, nor to answer the question about optimal legal regulation of abortions in the Slovak Republic. The task of the Constitutional Court is to answer the question, what are the constitutional limits which the Constitution imposes on legislator in the abortion issues". On the European level the European Court of Human Rights ruled in the case *VO v. France* that: "The human embryo, whatever the moral or legal status conferred upon it in the different European cultures and ethical approaches, deserves legal protection. Even if taking into account the continuity of human life, this protection ought to be reinforced as the embryo and the foetus develop. The Treaty on European Union, which does not foresee legislative competence in the fields of research and medicine, implies that such protection falls within the competence of national legislation (as is the case for medically assisted procreation and voluntary interruption of pregnancy). However, Community authorities should be concerned with ethical questions resulting from medical practice or research dealing with early human development. However, when doing so, the said Community authorities have to address these ethical questions taking into account the moral and philosophical differences, reflected by the extreme diversity of legal rules applicable to human embryo research, in the 15 Member States. It is not only legally difficult to seek harmonisation of national laws at Community level, but because of lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code. The respect for different philosophical, moral or legal approaches and for diverse national culture is essential to the building of Europe". The ECHR ruled that the national legislators have the competency to decide when the right to life begins.

⁴ Their opinions do not vary on the death penalty because it is absolutely prohibited to all the forty-four signatories of the Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances (publication date: May, 3, 2002).

which there is no one universal and dominant right, although we advocate for the opinion that the right to life is the primordial right and a precondition for the existence of the other human rights. These are the reasons why, in our opinion, deserves this right even repeated attention.

1. ABORTIONS IN THE HISTORY OF THE KINGDOM OF HUNGARY

The provisions about abortions were already enshrined in the Great Moravia law-books⁵ and later in the law-book adopted some decades after the establishment of the Kingdom of Hungary. This proves that abortions were not unknown to the contemporary society and were deemed for something negative. Abortions were in conflict with the Catholic Church teaching, with the State legislation and later in conflict with the medical science and with the jurisprudence developing since the times of Ancient Rome⁶. The reasons why they were deemed negatively in the middle-age and modern-age society were their sinful nature according to the Catholic Teaching, their anti-society and anti-family nature, abortions seen as the breach of the matrimonial duties (the biologic function of the marriage) and abortions seen as a danger to both the woman and foetus. Abortions were in the centre of attention of the legal theory and the court practice as socially unacceptable crimes against the religion and decency⁷ or as crimes against the life and health. The disap-

⁵ Before 863 it was the penitentiary called Commands of the Holy Fathers. According to the Art. 33: "If the woman fornicates and induces herself abortion, she shall do penance for ten years, including a two years bread and water fasting". Abortion provisions are also in the Art. 40 of Nomocanon. For the characteristics of the Great-Moravian law and the Great-Moravian legal sanctions see: T. Gábriš, R. Jáger, *The Most Ancient Law in Slovakia? An Attempt for Reconstruction of Pre-Cyrrillomethodian Normative System*, Wolters Kluwer Wolters Kluwer v spolupráci s Právnickou fakultou UK v Bratislave, Bratislava 2016, p. 236 and following.

⁶ A few Roman fragments are preserved on the topic of the subjectivity of foetus: Paul. D 1.5.7.: "Quae liberis damnatorum conceduntur. qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit"; Jul. D 1.5.26: "Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse". Abortion was constituted as the public crime (*crimen publicum*) by Ulpianus: Ulp. D 48.8.8: "Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget". Paulus defined the conduct of those who offered a special substance in order to induce abortion: Paul. D 48.19.38.5: "Qui abortionis aut amatorum poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est". See: M. Nemec, *Doktrínalno-právny pohľad katolíckej cirkvi*, pp. 107–109.

⁷ Older literature names crimes such as demaging (*rontás*), poisoning (*méregkeverés*) and induced expulsion of foetus (*magzat-elhajtás*). J. Osváth, *Stredoveké právne ustanovizne na Slovensku*, Prešov, s.a., p. 44.

proving attitude of the States of the contemporary Christian Europe towards the abortions must be seen in the relation with the continual disapproving moral attitude of the Catholic Church⁸.

1.1. Abortions in the History of the Kingdom of Hungary until the Adoption of the Modern Criminal Code in the 19th Century

Already in the Laws of the Hungarian King Coloman (around 1070-1116), from the first ruling Arpad dynasty, was enshrined a provision stating that “women who kill their offspring shall be taken to archdeacon and do penance”⁹. Abortions were opposed by both the Church and the State as Coloman was the follower of “the King Stephen, the destroyer of unbelievers, who armed the people with the shield of faith”¹⁰. The decision of the Buda Synode (1279) was some kind of an improvement of the Laws of the King Coloman as all the women who “by induced abortion removed their foetus” were supposed to be excommunicated¹¹.

The Hungarian customary law, written up by Stephen Werbőczy in 1514 and published as *Opus Tripartitum*, did not contain explicit provisions on abortions; however, these provisions were for sure influential:

Second part, chapter 62 (2): “Here it should be known that the term «sons» can mean those conceived, those born, and those born posthumously. By conceived are meant those not yet born but quickening in the womb of the mother as a result of lawful intercourse between a man and woman. They have by nature equal rights with the living sons already born from the time of their conception, which is indicated by the time of birth”.

First part, chapter 14 (5) “(They are called taints of infidelity) [...] then, those who kill or wound their kinsmen or blood relatives within the fourth degree”¹².

⁸ Various Christian authors morally opposed abortions (e.g. Clement of Alexandria, Tertulian, Minucius Felix, Cyprian, Augustine of Hippo). M. Nemec, *Doktrinálno-právny pohľad katolíckej cirkvi*, p. 113.

⁹ Coloman, I/58, in: *Decreta Regni Mediaevalis Hungariae 1000-1301*, ed. J.M. Bak, Charles Schlacks, Jr. Publisher, Idyllwild 1999, p. 29.

¹⁰ Coloman, I. in: *Decreta*, p. 24.

¹¹ G. Jobbágyi, *Az élet joga: abortusz, eutanázia, művi megtermékenyítés*, Szent István Társulat, Budapest 2004, p. 119.

¹² Stephen Werbőczy: *The Customary Law of the Renowned Kingdom of Hungary in Three Parts (1517)*, eds. J.M. Bak, P. Banyó, M. Rady, Charles Schlacks, Jr., Idyllwild CA, CEU, Budapest 2005, p. 325 and p. 67.

According to these provisions, the rights of the unborn child (*nasciturus*) were comparable to the rights of the born child and causing death to unborn child was qualified as a murder, i.e. as a perfidious crime punishable with forfeiture of the whole perpetrator's property and also with the capital punishment.

However, the court practice in the vast Kingdom of Hungary was not uniform and equally strict. There were opinion differences in the counties regarding the *ensoulment (animation) of the foetus* which had influence on the culpability and on the sanction imposed upon the perpetrator. E.g. in the Békés county the opinion even in the 18th century was, that abortion *until the end of the first month* is not a crime. Some other counties had two months limitation. These limitations had their roots in medieval age Church teaching accepting the Aristotelian view according to which the baby boy's body was ensouled forty days after conception and the baby girl's body was ensouled ninety days after conception. The Church opposed abortions since the very beginning, however, due to *animation views* e.g. the Pope Gregory XIV. (1591) commanded excommunication only of those women, who underwent abortion when the foetus was already *shaped, animised*¹³. In free royal city Pest, abortion was perceived as a crime since the moment of conception and since the *first movement of the foetus* it was qualified as a murder because that was the instance when the soul was believed to enter the body. There was also another view and this deemed as crucial the half time between the conception and birth¹⁴. So was formulated also the mitigating circumstance in the Austrian *Praxis Criminalis Ferdinanda* (1656)¹⁵, which became part

¹³ J.R. Schroedel, *Is the Fetus a Person? A Comparison of Policies Across the Fifty States*, Cornell University Press, Ithaca 2000, pp. 17–19. The Pope Innocent XI. condemned in 1679 abortions before animation as well as the opinion that the foetus (as long as it is in the uterus) lacks a rational soul. These were punishable with *anathema sit*. The situation remained unchanged until 1869, when the Pope Pius IX. punished with excommunication all the abortions. See: M. Nemec, *Doktrínalno-právny pohľad katolíckej cirkvi*, pp. 117–118.

¹⁴ E.T. Szűcs, *Magyar jogi népszokások*, Gondolat, Budapest 1981, p. 124.

¹⁵ Art. LXVII, 6 (2), in: L. Kollonich, *Forma processus iudicii criminalis, seu praxis criminalis*, Typis Academicis, per Joannem Andream. Hörmann, Tyrnaviae 1697, p. 48. (i.e. the Latin translation made by Kollonics Lipót (1631-1707), the cardinal of the Holy Roman Church, Archbishop of Kalocsa and later of Esztergom, and Primate of Hungary. *Praxis Criminalis* precisely regulated different forms of abortions, i.e. killing the foetus in the woman's womb or right after the delivery (both punishable with capital punishment executed by sword). It had also provisions regulating the negligent infanticide, provisions regulating the commission of the crime because of labour pains causing insanity, provisions about negligent maternal care

of the influential Hungarian collection of laws called *Corpus Iuris Hungarici*, and which was referred to in many Hungarian court decisions, even though it was not adopted as the official Criminal Code¹⁶. Sanctions for such crime depended not only on the stage of the crime but also on the medieval world-view. Many women perpetrators or accomplices were punished as witches until 1768 when Maria Theresa prohibited the execution of witches. Mainly family members were considered to be accomplices. According to *Praxis Criminalis*, a perpetrator or an accomplice was anybody who wanted to induce a premature birth forcibly, by giving any food, drink, poison or by another means, or wanted to induce male or female sterility¹⁷.

To sum up, abortion was a serious crime in the Hungarian middle-age and modern-age era, punishable with the capital punishment, implicitly regulated in *Opus Tripartitum* and explicitly in *Praxis Criminalis Ferdinandae*. The court practice referred to both, but was not uniform due to the territorial and personal particularism.

1.2. Abortions in the History of the Kingdom of Hungary after the Adoption of the Modern Criminal Code in the 19th Century

The criminal law started to humanise since the Age of Enlightenment, under the influence of the Cesare Beccaria's treatise *On Crimes and Punishments*. There were codification attempts in the Kingdom of Hungary since the 18th century, i.e. attempts to adopt a Criminal Code which would abolish the particular sources of law. The draft Criminal Code was produced in 1795 and subsequently in 1827 and 1843. The draft produced in 1843 by the Hungarian lawyer, judge and politician Ferenc Deák (1803-1876) was regarded as the best one and even though it was not adopted due to the revolutionary

and provisions about unconscious pregnancy. In: G. Béli, *Magyar jogtörténet. A tradicionális jog*, Dialóg Kampus Kiadó, Budapest 2009, p. 123.

¹⁶ Sz. Bató, *A magzatelhajtás tényállása az osztrák és a magyar jogtudományban a Theresiánától 1848-ig*, "Acta Universitatis Szegedensis" 63 (2) 2003, p. 10 and G. Béli, *Magyar jogtörténet*, p. 90.

¹⁷ For example the widow called Totth Pálné was accused of inducing abortion to her daughter (Bihar County, 1717) and Žofia Dubkalová from Trenčín was accused of drinking a potion able to induce abortion in the third month of pregnancy, but she claimed that she had drunk the potion because of high temperature and she was punished only symbolically, with three months imprisonment. F. Schram, *Magyarországi boszorkányperek 1529–1768*, vol. I, Akadémiai Kiadó, Budapest 1983, p. 133; L. Hajdú, *Büntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában*, Magvető, Budapest 1985, p. 262.

movement, the court practice routinely referred to it.¹⁸ It enshrined the Enlightenment principle (Joseph II.¹⁹), according to which abortions were not supposed to be punished with capital punishment²⁰, but with imprisonment²¹. Finally, after the Austro-Hungarian Compromise of 1867 nothing stood in the way of adoption of the first Criminal Code, known as the *Csemegi Code*, adopted under the no. V in 1878.

The first Hungarian Criminal Code regulated abortions in the Articles 285-286 of the chapter XVIII (misdemeanours and felonies against the human life).

Pursuant to the Art. 285: “The pregnant woman, who intentionally induces herself abortion, kills her foetus or allows killing it, shall be liable to a term of imprisonment of two years if she got pregnant in marriage, otherwise she shall be liable to a term of imprisonment of three years. The same punishment is awarded to the person who commits this crime with the consent of the woman. The offender, who commits this crime to gain larger benefits, shall be liable to a term of imprisonment of five years”.

Pursuant to the Art. 286: “Who intentionally kills the pregnant woman’s foetus or kills it without consent of this woman, shall be liable to a term of imprisonment of five years. The offender, who caused death of the pregnant woman through commission of this offence, shall be liable to a term of imprisonment of ten to fifteen years”.

In contrast with previous regulations, the *Csemegi Code* was not based on animation (ensoulment) of foetus and punished only intentional conduct. The

¹⁸ T. Horváth, *Az első magyar büntető törvénykönyv és kodifikátora: Csemegi Károly*, in: *A praxistól a kodifikációig. Csemegi Károly emlékére (1826-1899)*, Osiris, Budapest, pp. 27–39, in: http://www.ajk.elte.hu/file/Kodifikacio_HorvathTibor.pdf [accessed: 16.07.2017].

¹⁹ E. Repková, *Kresťanský svetonázor a jeho vplyv na právnu úpravu abortu a infanticidia v dejinách na území Slovenska*, Trnavská univerzita v Trnave, Trnava 2015, p. 93 and following.

²⁰ The draft Criminal Code of 1843, head X: “On Abortion. Art. 140 The pregnant woman, who intentionally (with bad intention) (internally) applies something what induces premature birth or does so with some external means, shall be liable, if she gave premature birth or gave birth to dead or partially-decayed foetus, to a term of imprisonment of up to three years if she is not married. If she is married, she shall be liable to a term of imprisonment of up to four years. Art. 141 In the same way shall be held liable the person, who intentionally and willingly assisted the woman at abortion according to the Art. 140 or encouraged her to commit abortion”. Art. 94 regulated recidivism: “Recidivists shall be liable to a term of imprisonment of a double length in the cases of [...] b) infanticide, abortion and child abandonment”. See: M. Laclavíková, A. Švecová, *Pramene práva na území Slovenska II. (1790-1918)*, Typi Universitatis Tyrnaviensis, Trnava 2012, p. 117 and p. 115.

²¹ Articles 139-143. In Sz. Bató, *A magzatelhajtás tényállása*, p. 16.

differentiation between married and single women, as well as the impunity of the physician, who induced abortion in order to save the pregnant woman, was common with the draft Criminal Code of 1843²².

It was the medical weekly newspaper called *Orvosi hetilep* (1888) which devoted itself to the specifics of the medical expert opinions on abortions and their proving in the court. According to this newspaper: “The physician was supposed to express himself on the abortion cases and to co-operate closely with the judge. However, the witness testimonies and the testimony of the accused were more important evidences than the medical examination. Physicians had to pose their questions to women and examine women in the presence of the sent officer. Judge posed the questions to witnesses, however, if it was necessary during the proceeding to ask questions about health state, pregnancy or any related topics, it was the physician who took over the competency to interrogate”. The necessity of medical examination depended on “the time, when the abortion was carried out (the medical examination was necessary if not much time elapsed from the abortion) and it depended also on the woman’s age. If much time elapsed from the abortion, precisely if more than three-four months elapsed from the abortion (even if the woman was a first-time mother), no changes were visible on the reproductive organs, all the more if the women were older or if they gave birth multiple times, even if the foetus was fully formed. In such cases the medical examination had to be replaced by strict and professional interrogation. The accused had to be in such case always asked about the pregnancy and the birth” and both suggestive and captious questions were used, because these could “provoke the woman to reveal her secret. The judgement was supposed to be rendered on the basis of the interrogation and the examination of the accused as well as on the witness testimonies, not on the basis of the physician’s attempt to prove whether the foetus was healthy or not. All what was used in order to induce abortion had to be sealed, named and precisely described by the physician (e.g. one of the inexpert techniques was abdomen interlacing)”²³.

In spite of being very modern, the *Csemegi Code* (i.e. the Criminal Code of 1878) **was not spared of criticism**, mainly after the World War I.²⁴ “The great injustice suppressed during the war leavened and ripened”, was the

²² I. Pollák, *A magzatelhajtási probléma*, “Jogtudományi Közlönyi” 13 (1915), p. 154.

²³ T. Kun, *Törvényszéki orvosi eljárás a terhesség és szülés eseteinél*, “Orvosi Hetilap” 25 (1888), pp. 822–823.

²⁴ The human race evolves terribly slowly and the war offers the best possibility to sow the seeds of culture. In: I. Pollák, *A magzatelhajtási probléma*, p. 154.

sentence used to metaphorically condemn the fact that the Hungarian law **did not respect the free will of the woman**. The provisions of the *Csemege Code* were reviewed also positively because “as it is true that *pecunia non olet*, so it is true that no stigmatisation of children based on their conception circumstances must be ensured”. However, many jurists stated that: “Ignoring the fact that the woman was forced to the sexual intercourse and consequently could not decide freely about the foetus and was for life considered unchaste”, was contrary to the acceptable limit of the *summum ius summa iniuria (est)* principle. According to them, it could not be accepted that the State punished the violence on woman but at the same time protected the consequence of such violence. They highlighted that: “The consensus was always the keystone of our civilisation and our ethics and this consensus has to be reached also regarding the pregnancy”²⁵. The author, very outspokenly, suggested this solution: “While the provisions about the foetus will be incorporated within the chapter XVIII [same importance of the foetus as of the born person], the problem will have no solution. Is the foetus life or is it only the woman’s part, her fibroma, her disease? Let’s imagine the situation that the foetus is the woman’s part and let’s remember that the times when somebody belonged to somebody else are over [...] The State opposed the equality of the foetus and the born person when it had denominated the foetus as inferior once it endangered the woman [...]”²⁶. Tivadar Pauler had the same opinion and his criminal law text-book *Büntetőjogtan* (1864), promoted to the level of the customary law, was based on the Roman law principle of non-independency and legal dependency of the foetus on the mother. He claimed that “the foetus is not a person”²⁷.

The criticism involved also **the missing regulation of the bodily harm of the mother due to the abortion**. “According to the court decision, Zsuzsanna T. agreed to abortion carried out by Mária K. for a certain fee, with a solid and sharp object. This led not only to abortion but also to bodily harm which required six to eight weeks recovery time. The Curia Regia (the Hungarian Supreme Court) exhibited a charge only pursuant to the Art. 285 (2) which punished the intentional abortion with the consent of the pregnant woman for a reward, however did not punish explicitly the bodily harm. According to the opinion of the Curia Regia, the punishment of the bodily harm

²⁵ Ibidem, pp. 153–154.

²⁶ Ibidem, p. 154.

²⁷ E. Repková, *Abort a infanticídium v novovekom uhorskom trestnom práve*, “Societas et Iurisprudentia” 2 (1) 2014, p. 159.

was enshrined within this Article. Naturally, this was criticised and it was stressed that the Article 285 was supposed to have the third paragraph comprising of two letters. The letter a) was supposed to explicitly punish the bodily harm and the letter b) was supposed to punish the death of the mother due to the carried out abortion. Both letters were supposed to differ between the larger benefits motive and other motive”²⁸.

Criticised was also the conjoint Ministry Regulation no. 44 653/890, stating that: “Taking into account the actual medical knowledge, regard should not be taken to the ability of certain means (substances) to induce abortion, but to the fact whether the abortion was induced by application of the concrete means”. This was criticised for being in conflict with the aim of the criminal proceeding because: “If the expert is allowed to give an opinion *a posteriori*, why should he be refused the possibility to express it *a priori*? What if the expert does not know which substance was applied to the woman? [In this case more substances were found in the house of the midwife, who had already been accused of inducing abortions before]. Experts could express their opinion only after the abortion, if they knew the substance, the applied amount of the substance, the way of application of the substance etc., what was impossible if the offender denied guilt (e.g. in this case the midwife refused the responsibility for the abortion and claimed that the only thing she gave to the pregnant woman was the mint extract because the pregnant woman had been complaining about stomach ache and she gave her no other substance present in her house. Pursuant to the Ministry Regulation no. 44 653/890 the physician expressed his opinion that the mint extract was not able to induce the abortion, but the case could have had a different ending, if it would have been possible to ask about the ability of other substances found in the midwife’s house to induce abortion)”²⁹.

At the end of the 19th century and at the beginning of the 20th century the society was becoming more liberalistic, the social taboos started to get destroyed and the spread of the new philosophical postulates affected also the issue of abortions and human sexuality (Sigmund Freud). Abortions were becoming more a medical issue (protection of both the woman and the foetus), a lay legislation issue (perception of the situation of the pregnant woman as a mitigating circumstance) and a moral issue (Catholic Church provisions

²⁸ H. Fausztin, *A nő beleegyezésével elkövetett magzatelhajtás közben a nőn elkövetett súlyos testi sértés*, “Jogtudományi Közlönyi” 9 (1901), pp. 69–70.

²⁹ B. L., *A magzatelhajtás vizsgálata*, “Jogtudományi Közlönyi” 19 (1892), pp. 148–149.

banning abortions³⁰, enshrined in the Code of Canon Law of 1917 and 1983³¹). Consequently, the 20th century brought a very new approach to abortions through the so called test of proportionality, posing the woman's rights on one side of the scale (right of the woman to life, right of the woman to health, right of the woman to privacy) and the right of the foetus on the other side of the scale (the right of the foetus to life).

1.3. Abortions in the History of Czechoslovakia

The *Csemegi Code* was in effect for the Slovaks until 1950, even though since the 19th century there were attempts to revision some of its provisions. Since the 20th century loudened mainly those attempts which called for respecting the rights of women as the *maius ius*. For instance, there was an article published in the oldest national legal magazine called *Právní obzor* in 1933, in which dr. Očenášek described the abortion reality in the first Czechoslovak Republic. According to this article: "Abortions are a wide-spread and concealed evil [...], however, while the wealthy women undergo expert abortions, with the smallest health and legal risk, the poor women undergo abortions with the risk of death, with the risk of disclosure of their secret and so of the cruel penalty. We can count the losses of lives in thousands [...]"³².

Dr. Očenášek specified also the situation purely in Slovakia³³, where "abortions are carried out also by those who voted for their punishability"³⁴. We see that in the interwar Czechoslovakia, the abortion issue was somewhere in the middle of the will to step out from the shadows of the past and

³⁰ The Pope Pius XI. condemned abortions in Encyclicals *Casti connubii* in 1930. The complex doctrine on abortions called *Declaration on Procured Abortion* was adopted by the Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith in 1974. The Declaration repeats the opinion expressed on the Second Vatican Council, according to which the life begins in the moment of conception and discourages the states to adopt legislation allowing abortions. Also the Pope John Paul II. explicitly condemned abortions. See: M. Nemec, *Doktrínalno-právny pohľad katolíckej cirkvi*, pp. 119–120.

³¹ CIC 1917, can. 2350 § 1: "Procurantes abortum, matre non excepta, incurrunt, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae Ordinario reservatam; et si sint clerici, praeterea deponantur". CIC 1983, can. 1398: "A person who procures a completed abortion incurs a latae sententiae excommunication".

³² M. Očenášek, *Osnova zákona o vyhnání plodu*, "Právní obzor" 16 (1) 1933, p. 68.

³³ The ethnographic researches confirm that people in the Slovak countryside tried to regulate births even by inexpert means. The practice of "the Angel-Makers" (women carrying out abortions) was punishable, but somehow tolerated in both urban and rural society. M. Botíková, S. Švecová, K. Jakubíková, *Tradície slovenskej rodiny*, VEDA, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied a Medzinárodné stredisko pre štúdium rodiny, Bratislava 1997, p. 158.

³⁴ M. Očenášek, *Osnova zákona*, p. 68.

to step into the shadows of the future, casted by **discussion on liberalisation of the dualistic legal regulations**, hold among jurists, judges³⁵ and congressmen³⁶.

After the dissolution of Czechoslovakia and establishment of the first Slovak Republic during the World War II., the situation changed. *The Law no. 66 of 1941 Coll. on Protection of Foetus* was adopted. It was in effect until 1945 and it was known as the Anti-abortion Law which was supposed to “increase the population growth at any costs”. It banned abortions and allowed only *premature birth*, if serious health risk was involved. The sanctions imposed by legislators were stricter and they formulated also new crimes affecting those who helped to carry out abortions or who negatively influenced the fertility of others. This legal regulation was criticised during the socialist era when again the Czechoslovak and newly the Soviet abortion laws were honoured³⁷.

During the era of Communist Party rule, the legal order was influenced by the interwar Czechoslovakia liberal tendencies which had their roots in the Soviet laws³⁸. Two new couples of legal regulations were adopted, i.e.

³⁵ E.g. according to the court decision of the Czechoslovak Supreme Court, no. 4033/1930, from December, 30, 1930 it was possible to legally carry out abortion if the pregnant woman was imminently endangered. However, as we have already pointed out, this was accepted by the Hungarian jurisprudence much earlier. See: M. Očenášek, *Osnova zákona*, p. 70 and following.

³⁶ According to the L. Landová-Štychová et al., *Draft on Amendment of the Head XVI, Part I of the Criminal Code of 1852, May, 27 About Abortion as well as of the Law no. V of 1878 (Art. 284-286)* abortion was legal if it was carried out because of health, eugenic or social issues, or if the woman got pregnant after being raped and she was younger than 17 years old. The legal requirement according to which the abortion had to be done while the foetus was unable to survive outside of the body of the mother had to be met. Later, abortion was possible only if the physician decided so. Abortion was done upon the request of the pregnant woman. Issues such as the external influence on the pregnant woman's will, her unconsciousness or abortion carried out by personnel without medical licence were not enshrined within the Draft. In Poslanecká Sněmovna Parlamentu České Republiky, Návrh poslance L. Landové-Štychové a soudruhů na novelisaci ustanovení hlavy XVI., I. dílu všeobecného trestního zákona ze dne 27. května 1852 o vyhnání plodu ze života jakož i § 284-286 z r. 1878: V., Poslanecká sněmovna N. S. R. Č., Praha 1926, in: http://www.psp.cz/eknih/1925ns/ps/tisky/t0535_01.htm [accessed: 25.07.2017].

³⁷ L. Hojčová, *Pokrokové ženské hnutí na Slovensku 1918-1980*, Živena, Martin 1984, p. 49 and p. 240.

³⁸ The RSFSR legalised abortions as the first state in the world in 1920. Abortions were newly criminalised in the Stalin era in 1936 because of ideological reasons; The family became an important source of education of the children in socialist patriotism. Abortions were again legalised in the USSR in 1956, what influenced also the Czechoslovak law-makers.

the Criminal Code (1950) and the Abortion Law (1957), and consequently the Criminal Code (1961) and the Abortion Law (1986).

In the first unified Czechoslovak Criminal Code (the Law no. 86 of 1950 Coll.) was relevant the Article 218 (foeticide) which was the expression of liberal tendencies sounding since the end of the 19th century. Sanctions for the perpetrators-pregnant women got lower (up to one year imprisonment regardless being married or single), a new provision was incorporated which punished the death or bodily harm caused to pregnant woman, there was a special provision in order to punish abettors and for the first time there was a legal provision (i.e. not only a court decision or a jurisprudence opinion) about impunity of the pregnant woman and the physician who carried out the abortion in case when the pregnant woman's life or health was endangered or in case of a genetic predisposition to the hereditary mental disorders endangering the foetus³⁹.

The Abortion Law (the Law no. 68 of 1957 Coll.) was *lex specialis* while the Criminal Code was *lex generalis*. The Abortion Law was the first national complex abortion law according to which **the woman could freely decide about undergoing abortion and if meeting the law requirements, she was no longer a perpetrator of a crime, i.e. she no longer could be held liable and punished**⁴⁰. The woman (or her legal representative) could in her abortion request refer to medical reasons or *other reasons*⁴¹. A special committee

³⁹ Art. 218 of the Criminal Code no. 86 of 1950 Coll. "Foeticide. (1) The pregnant woman who intentionally kills her foetus or asks somebody to kill her foetus, or allows somebody to kill her foetus, shall be liable to a term of imprisonment of up to one year. (2) Who intentionally kills the pregnant woman's foetus with her consent, or who encourages the pregnant woman to conduct pursuant to the Art. 1, or helps her with such a conduct, shall be liable to a term of imprisonment of one to five years. (3) The perpetrator shall be liable to a term of imprisonment of three to ten years if a) commits the crime according to the par. 2 for money or b) if such conduct results into grievous bodily harm of the pregnant woman or results into her death. (4) Abortion carried out by the physician in the health care unit with the consent of the pregnant woman is legal, if the appointed physician concludes that continuation of the pregnancy or birth would seriously endanger the pregnant woman or would cause her grievous permanent injury to health, or that one of the parents suffers from severe hereditary disease; the consent of the pregnant woman can be replaced by the consent of her legal representative only if the woman is a non *sui iuris* person or if she is not able to express herself". This provision was abolished by the Law no. 68 of 1957 Coll.

⁴⁰ Art. 6 of the Law no. 68 of 1957 Coll. on Abortions: "Impunity of the pregnant woman. The pregnant woman who induces herself abortion or asks somebody to end her pregnancy or allows somebody to end her pregnancy, shall not be held criminally liable".

⁴¹ These were vaguely specified in the Art. 2, par. 2 of the Ministry of Health Regulation no. 249 of 1957: "These particular abortion reasons are mainly: a) higher age of the woman

decided about the possibility to undergo abortion⁴², what was fully consistent with the politics of the Communist Party of Czechoslovakia and private character of family, marriage etc.⁴³ This committee “when deciding whether to allow abortion or not, had to examine the main reason of the abortion request and the overall situation of the woman, determined by both health and social issues”⁴⁴. The law required typical ideological approach⁴⁵ inspired by the Soviet jurisprudence, according to which this Law was adopted “in order to ensure the healthy development of family, which could be endangered by negative side-effects of abortions on health and life of the woman, carried out by negligent personnel outside of hospitals”⁴⁶.

In 1957 the Ministry of Health issued the Regulation no. 249 of 1957 according to which **it was possible to carry out the abortion until the third month from the moment of conception** (later only because of health issues). This time limitation remained unchanged until today. The fee for abortion was 200-500 Czechoslovak crowns.

The consequently adopted Criminal Code (the Law no. 140 of 1961 Coll.⁴⁷) emphasised the necessity to protect the life and health of the preg-

b) more children c) loss of husband or his disability d) family breakdown e) prevalent economic responsibility of the woman for alimentionation of the family or the child f) difficult life situation as a result of pregnancy of the unmarried woman g) circumstance suggesting that pregnancy is a result of rape or of a different crime”.

⁴² The composition of the Committee was specified by the Ministry of Health Regulation no. 249 of 1957 in Art. 3, par. 2: “The Committee is created at the county public health unit whose part is a hospital and composes of the director of the county public health unit who is the chairman of the Committee, of the head of the gynaecology department of the county public health unit, eventually of another expert in medical indications and contraindications issues. Another member and assistant of this member will be appointed by the Council of the District People’s Committee. This member shall be an experienced woman, enjoying esteem and good reputation”. The Ministry of Health Regulation which put into effect the Abortion Law no. 104 of 1961 Coll. replaced the female member by a male member of the People’s Committee.

⁴³ J. Rákosník, *Sověťizace sociálního státu. Lidově demokratický režim a sociální práva občanů v Československu 1945–1960*, Karlova Univerzita v Praze, Filozofická fakulta, Praha 2010, p. 367.

⁴⁴ Art. 2, par. 4 of The Ministry of Health Regulation no. 249 of 1957.

⁴⁵ J. Rákosník, I. Tomeš, *Sociální stát v Československu. Právně-institucionální vývoj v letech 1918-1992*, Auditorium, Praha 2012, pp. 358–359.

⁴⁶ Art. 1 of the Law no. 68 of 1957 Coll. on Abortions.

⁴⁷ Abortions were regulated in the Articles 227-229 of the Criminal Code no. 140 of 1961 Coll.

nant woman, using more precise terminology existent up until today, naming the abortion as *induced ending of pregnancy*⁴⁸.

When compared to the Law no. 68 of 1957 Coll., the main differences were that the perpetrator was no longer punishable with three to ten years imprisonment but with two to eight years imprisonment and that a new crime was constituted which punished abortions carried out without pregnant woman's consent. The impunity of the pregnant woman was preserved⁴⁹.

Consequently, some other pieces of legislation of lower legal force were adopted⁵⁰, followed by adoption of the Abortion Law no. 73 of 1986 Coll.⁵¹ Pursuant to this Law (Art. 1) abortion was not only a method to *prevent predominantly the health risks*, but it was a method to *consequently solve the problem of unintended pregnancy*⁵². This Law abolished the previously mentioned committee approval procedure and abolished also the special abortion committees. As amended, it became the basis of the effective Slovak abortion regulation.

1.4. Abortions in the Effective Slovak Law

The basis of the effective Slovak abortion regulation is the amended Abortion Law no. 73 of 1986 Coll., the Criminal Code (the Law. no. 300 of

⁴⁸ Art. 227 of the Criminal Code no. 140 of 1961 Coll. Abortions: “(1) Who assists the pregnant woman with abortion or encourages her to a) end the pregnancy on her own or b) ask somebody or allow somebody to carry out abortion differently than by meeting the requirements set out by this law, shall be liable to a term of imprisonment of up to one year or of remedial measure. (2) The perpetrator, whose conduct described in the par. 1 of this Article resulted into grievous injury to health or into death shall be liable to a term of imprisonment of one to five years”.

⁴⁹ Art. 229 of the Criminal Code (the Law no. 140 of 1961 Coll.): “The pregnant woman who induces herself abortion or asks somebody or allows somebody to carry out the abortion on her, shall not be held criminally liable, not even under provisions concerning the abettor”.

⁵⁰ The Regulation no. 129 of 1960 Coll. (abolished the fee for abortions), the Regulation no. 104 of 1961 Coll. (amended the abortion reasons), the Government Regulation no. 126 of 1962 Coll. (changed the appointment process and composition of the abortion committees and newly introduced the abortion fees), the Regulation no. 71 of 1973 and no. 72 of 1973 Coll. (amended the abortion reasons and changed the composition of the abortion committees), the Regulation no. 141 of 1982 Coll. (amended and changed the abortion reasons), the Regulation no. 74 of 1986 Coll. (put into effect the Abortion Law no. 73 of 1986), the Regulation no. 22 of 1998 Coll. (introduced compulsory reports on abortions).

⁵¹ In the Czech Socialist Republic was adopted the Law no. 66 of 1986 Coll. on Abortion. This Law and the Law no. 73 of 1986 Coll. adopted in the Slovak Socialist Republic abolished the Law no. 68 of 1957 Coll. on Abortion.

⁵² The growth of abortions is observed since the 1980's. J. Rákosník, *Sovětizace sociálního státu*, p. 368.

2005 Coll.) and the Constitution of the Slovak Republic (the Law. no. 460 of 1992 Coll.).

The legal requirements for abortions according to the Abortion Law no. 73 of 1986 Coll.⁵³ are following:

1) Written request of the pregnant woman addressed to the gynaecologist residing in the place of her permanent residence or where her work or school is (if the woman is under 16, the consent of her legal representative with the abortion is required; if the woman is under 18, the knowledge of the legal representative about the abortion is required). The pregnancy can not last more than 12 weeks and there have to be no contraindications⁵⁴. The woman does not have to state the reason for her abortion request. If according the physician the prerequisites are not met, the director can review this physician's decision.

2) The physician can carry out the abortion with the consent/under the impulse of the pregnant woman in case of health issues⁵⁵.

3) Abortion can not be carried out to the foreigner with a temporary residence in the Slovak Republic.

The negative feature of this Law is that it does not reflect the actual situation on the Slovak pharmaceutical market. E.g. a medicament called *Mifegyne 200 mg*, with potential therapeutic use in human fertility control, was registered in Slovakia in 2012. Also *Medabon* was registered, having the same therapeutic use. Of course, these medicaments must be prescribed by the physician and can only be administered under the physician's control and within limited period in the specialised health care institution. Despite of this, it would be appropriate if the effective Slovak law took into account these different forms of abortions existent and carried out in the present days.

The relevant articles of the effective Criminal Code of 2005 are the Articles 150-153, inspired by the Criminal Code of 1961. Different is the se-

⁵³ There are no distinctive differences between the published version (1986) and the effective version (to date January 1, 2018). In the effective version the Article 3 about the free-of-charge contraceptive methods was left out and incorporated was a provision which regulated the situation when the abortion conditions were not investigated.

⁵⁴ Such contraindication is the health state of the woman which raises the risk linked to the abortion and also the fact that another abortion had been carried out before and no more than six months elapsed since this abortion (this is not applicable if the woman already gave birth twice, is older than 35 years or a circumstance suggests the pregnancy is a result of a crime which was committed on her). See the Regulation no. 74 of 1986 Coll.

⁵⁵ The list of the abortion reasons is attached to the Regulation no. 74 of 1986 Coll.

quence of the provisions (first are the provisions about abortion without the pregnant woman's consent, these are followed by the provisions about abortion carried out with her consent, subsequently there are provisions criminalising the abettors and finally, long accepted provisions about impunity of the pregnant woman take place. The minimum sentences got stricter as well as the maximum sentence in the case of abortion carried out without the pregnant woman's consent if the conduct was more severe (fifteen years imprisonment instead of twelve years imprisonment) and also when the conduct was more severe because the abettor instigated or assisted the abortion which resulted into grievous bodily harm or death (three to eight years imprisonment instead of one to three years imprisonment). More severe conduct did not mean only causing grievous bodily harm or death or carrying out the abortion for larger benefits (previously called "earnings") but it also meant committing the crime upon protected persons (such as minors) or committing it cruelly⁵⁶.

⁵⁶ Articles 150-153 of the Criminal Code (the Law no. 300 of 2005 Coll.) on Illegal Abortion: Art. 150 (1) Any person who, without the consent of a pregnant woman, performs an abortion upon her shall be liable to a term of imprisonment of three to eight years. (2) The offender shall be liable to a term of imprisonment of four to ten years if he commits the offence referred to in paragraph 1 a) acting in a more serious manner, or b) against a protected person. (3) The offender shall be liable to a term of imprisonment of eight to fifteen years if, through the commission of the offence referred to in paragraph 1, he causes grievous bodily harm or death to the pregnant woman. Art. 151 (1) Any person who performs abortion upon a pregnant woman with her consent, using procedures or under the conditions breaching generally binding legal regulations concerning the abortion, shall be liable to a term of imprisonment of two to five years. (2) The offender shall be liable to a term of imprisonment of three to eight years if he commits the offence referred to in paragraph 1, a) and he causes grievous bodily harm or death through its commission, b) upon an under-aged woman without the consent of her legal guardian or person to whose care or charge she had been entrusted, c) and thus he gains larger benefits, or d) acting in a more serious manner. Art. 152 (1) Any person, who incites a pregnant woman into a) performing an abortion upon herself, or b) asking or having have another person to perform abortion upon her using procedures or under the conditions breaching generally binding legal regulations concerning the abortion, shall be liable to a term of imprisonment of up to one year. (2) The same sentence as referred to in paragraph 1 shall be imposed on any person who helps a pregnant woman to abort her pregnancy, or assists her in asking or having another person to perform abortion upon her. (3) The offender shall be liable to a term of imprisonment of two to five years if he commits the offence referred to in paragraphs 1 or 2 a) acting in a more serious manner, or b) upon a protected person. (4) The offender shall be liable to a term of imprisonment of three to eight years if, through the commission of the offence referred to in paragraph 1, he causes grievous bodily harm or death. Art. 153 Any pregnant woman who induces abortion to herself, or asks or allows another person to do so, shall not be held criminally liable for such an act, not even under provisions concerning an instigator and an aider.

Following articles are relevant from the Constitution of the Slovak Republic:

According to the Art. 2, par. 3: “Everyone may do what is not prohibited by law and no one may be forced to do anything that is not prescribed by law”.

According to the Art. 15, par. 1: “Everyone has the right to life. Human life is worthy of protection already before birth”.

According to the Art. 16, par. 1: “The inviolability of the person and its privacy is guaranteed. It may be limited only in cases laid down by law”.

According to the Art. 19, par. 2: “Everyone has the right to protection against unauthorized interference in private and family life”.

According to the Art. 24, par. 1: “The freedoms of thought, conscience, religious creed and faith are guaranteed”.

According to the Art. 40, par. 1: “Everyone has a right to the protection of health”

It is a fact that the legislator distinguishes between a born and unborn child and this was confirmed also by the Constitutional Court, referring to the grammatical and systematic interpretation, in the famous case PL. ÚS 12/01⁵⁷ about the compliance of the Law no. 73 of 1986 Coll. and related Regulation with the Constitution of the Slovak Republic. According to the Slovak Constitutional Court, the unborn human life is “a value that has an objective character⁵⁸ and such values are protected by the Constitution in different ways

⁵⁷ The Constitutional Court in its decision PL. ÚS 12/01, from December, 4, 2007, expressed opinion about the compliance of certain Abortion Law provisions and of the related Regulation with the Constitution of the Slovak Republic. The Constitutional Court ruled that only one provision was not in compliance. It was the Art 2, par. 3. of the Regulation according to which it was possible to opt for abortion until the 24th week because of genetic reasons. As the Law recognises the only limitation, which is the 12 weeks period, the Constitutional Court ruled that the Ministry of Health acted *contra (ultra) legem*.

⁵⁸ “From the Art. 15, par. 1 of the Constitution of the Slovak Republic (hence Constitution), becomes evident that the law-maker distinguishes between the right of every person to life (first sentence) and between the protection of foetus (second sentence). This is the distinction between the right to life as personal, subjective right and the protection of foetus as objective value. [...] The Constitutional Court of the Slovak Republic (hence the Constitutional Court) is of opinion (in the court decision PL.ÚS 12/01 – authors’ note), that unborn human life has character of an objective value. Moreover, the Constitutional Court is of opinion that the Constitution does not exclude the possibility to balance the human rights and freedoms with Constitutional values, but such balance is of different quality [...] The possibility of a woman to decide about her mental and physical integrity and its layers, including the conception and the course of pregnancy, falls within the scope of the Art. 16, par. 1, under which the inviolability of the person and its privacy is protected. Pregnancy does not deprive the woman of her right

and with different intensity. *Nasciturus* («the potential human life») is not a subject of law and can become one only *ex tunc*, if the *nasciturus* is born alive”. The Constitutional Court referred to the decisions of the European Commission and the European Court of Human Rights. In these decisions “the unborn foetus is not a person with the right to life within the meaning of the Art. 2, par. 1 of the Convention, probably because understanding the rights of foetus as equal to the rights of women would frivolously limit these rights of women as of born persons”. The Court reasoned also with the practice of the majority of states which are members of the Council of Europe and which respect the women’s right to choice in the first trimester⁵⁹. Furthermore, taking into account the actual situation, it is hard to believe that Europe would in close future choose a different, more conservative path. E.g. the European Council Commissioner for Human Rights expressed himself that the Irish anti-abortion legal regulations must be replaced by such regulations which *respect the rights of women*. The Irish women shall not have the possibility to opt for abortion only because of health risks, but also because of the foetal damage, rape and incest and the abortions generally have to be decriminalised⁶⁰.

The approach of the Slovak Republic, that the women’s rights are *maius ius* when compared to the foetus’ right to life, is in conformity with the majority opinion of the European countries, expressed in international conventions which the Slovak Republic is constitutionally bound to recognise and honour.

Of course, the abortion issue is discussed in Slovakia and especially lively discussion took place in 2015, when three congressmen suggested amendment of the Constitution and of the Abortion Law according to which the abortions would only be allowed in the case of life/health risk endangering the pregnant woman. Other members of the Slovak National Council did not back up this amendment. The three congressmen reasoned that: “The legal order allowing intentional killing of unborn children and infringement of

to self-determination”. A. Brösl, *O pravidlách správania a o princípoch*, “Časopis pro právní vědu a praxi” 1 (2009), pp. 49–50.

⁵⁹ The only European country where the abortions are fully illegal is Malta. More on the Maltese criminal law and Maltese opinion on abortions. In R. Abela, *The Dichotomy of Abortion as a Human Right*, “Corpus Delicti” 1 (2017), p. 29 and following.

⁶⁰ P. Halpin, *Ireland must loosen abortion laws: Council of Europe rights commissioner*, in: *Reuters*, Thomson Reuters, New York, in: <http://www.reuters.com/article/us-ireland-abortion-council-idUSKBN17016M> [accessed: 3.08.2017].

their dignity is neither just, nor morally acceptable and opposes also the natural law". However, the reason about the human dignity is not satisfactory, mainly in the light of the above mentioned Constitutional Court decision PL. ÚS 12/01 and the Oviedo Convention⁶¹. The Slovak jurisprudence understands the human dignity issue as "the protection from violations of human dignity and as the protection of the human beings themselves"⁶².

In fact, the expert society is settled on a certain *status quo*, while the lay society tends to discuss with more passion. For example, there was a controversial campaign called *Right to life*, organised to commemorate fifty years from the decriminalisation of abortions. Many billboards were placed throughout Slovakia, showing an eleven weeks old foetus, dirty with blood after abortion, in the palm of the physician wearing white latex gloves. The inscription in the billboard stated that: "Since 1957, 1 370 000 children were killed in Slovakia". Consequently, thirty-three people complained that "these billboards traumatised and excessively shocked people and were far away from good manners and ethics". They said that "the campaign did not take into consideration whole audience, mainly children and thus opposed good manners". This resulted into a ruling of the Arbitrary Committee of the Advertising Standards Council according to which this campaign was in conflict with the Ethical Principles effective in the Slovak Republic⁶³. **The main reason was that the creators of this campaign did not responsibly take into account the whole spectrum of the audience**⁶⁴. Despite of this, the creators of the campaign spoke about success as, in their words, this campaign led to withdrawal of the draft produced by the Ministry of Health, which was supposed to limit the right of the physician to refuse to carry out the abortion if this was against the physician's conscience. For not all the Slovak hospitals

⁶¹ According to this Convention, the concept of human dignity constitutes the necessity to protect the foetus but does not constitute the foetus' right to life.

⁶² T. Ealík, *Ludská dôstojnosť v právnom poriadku SR*, "Justičná revue" 3 (2017), p. 327 and p. 341.

⁶³ For instance, according to the French law, the campaign creators would commit a crime, even though the campaign was only Internet-based as in 2016 the French Senators passed a bill to ban pro-life websites from spreading "false information" about abortion. With up to two years imprisonment and a 30 000 euro fine is punishable any moral or psychological pressure on people seeking information on abortions. In French lawmakers ban websites that spread "false information" on abortion. In: *France24*, Issy-les-Moulineaux: France 24, in: <http://www.france24.com/en/20161207-french-lawmakers-ban-websites-spread-false-information-abortion> [accessed: 4.08.2017].

⁶⁴ Ruling of the Arbitrary Committee of the Advertising Standards Council, no. 52 (07/06), from September, 12, 2007.

carry out abortions as the physicians have the right to collectively claim that carrying out abortions is against their conscience. The Ministry of Health claimed though, that he “changed his opinion in the law-making process, not under the influence of the campaign”⁶⁵.

CONCLUSION

Abortions have always existed in the human society, mainly because of the pressure of the society on the pregnant women (low age, single status, unintentional pregnancy as the result of rape, inconvenient social situation etc.) Since the times of Ancient Rome the abortions were severely punished. Neither history, nor the present times helped to **understand the legal status of foetus or to uniformly answer the question, when does the human life begin**. The Middle Ages were ruled by the theory of animation (ensoulment) of the foetus and as this theory was not uniform, the (often symbolical) sanctions imposed on abortion perpetrators varied. At the beginning of the 20th century the Hungarian jurisprudence started to criticise the fact that the foetus had the same rights in the field of the criminal law as the pregnant woman. Under the influence of the Soviet reforms, the decriminalisation of abortions started to be broadly discussed during the existence of Czechoslovakia. In 1950 the impunity of the pregnant woman and of the physician was established once the legal requirements were met. The turning point was the year 1957 when *lex specialis*, the Abortion Law was adopted. Pursuant to this Law, the woman could decide about abortion and it was legally carried out to her if the Abortion Committee consented. There was another Law adopted during the Communist Party rule, namely the Abortion Law no. 73 of 1986 Coll. This Law is the basis of the effective Slovak abortion law.

REFERENCES

- Abela, Roberta. 2017. “The Dichotomy of Abortion as a Human Right.” *Corpus Delicti* 1:29–32.
- B. L. 1892. “A magzatelhajtás vizsgálata.” *Jogtudományi Közlönyi* 19:148–149.
- Bak, János (edited by). 1999. *Decreta Regni Mediaevalis Hungariae 1000-1301*. Idylwilld: Charles Schlacks, Jr. Publisher.

⁶⁵ *Kontroverzná kampaň proti interrupciám sa skončila*, in *aktuálne.sk*, News&Media Holding, Bratislava, in: <https://aktualne.atlas.sk/kontroverzna-kampan-proti-interrupciam-sa-skoncila/slovensko/spolocnost/> [accessed: 4.08.2017].

- Bak, János, Péter Banyó, and Martyn Rady (edited by). 2005. *Stephen Werbőczy: The Customary Law of the Renowned Kingdom of Hungary in Three Parts (1517)*. Budapest: Charles Schlacks, Jr., Idyllwild CA, CEU.
- Bató, Szilvia. 2003. "A magzatelhajtás tényállása az osztrák és a magyar jogtudományban a Theresianától 1848-ig." *Acta Universitatis Szegedensis* 63(2):3–34.
- Béli, Gábor. 2009. *Magyar jogtörténet. A tradicionális jog*. Budapest: Dialóg Kampus Kiadó.
- Botíková, Marta, Soňa Švecová, and Kornélia Jakubíková. 1997. *Tradicie slovenskej rodiny*. Bratislava: VEDA, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied a Medzinárodné stredisko pre štúdium rodiny.
- Bröstl, Alexander. 2009. "O pravidlách správania a o princípoch." *Časopis pro právní vědu a praxi* 1:49–51.
- Fausztin, Heil. 1901. "A nő beleegyezésével elkövetett magzatelhajtás közben a nőnek elkövetett súlyos testi sértés." *Jogtudományi Közlöny* 9:69–71.
- Gábriš, Tomáš, and Róbert Jáger. 2016. *The Most Ancient Law in Slovakia? An Attempt for Reconstruction of Pre-Cyrrilomethodian Normative System*. Bratislava: Wolters Kluwer v spolupráci s Právnickou fakultou UK v Bratislave.
- Hajdú, Lajos. 1985. *Bűntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában*. Budapest: Magvető.
- Halpin, Pdraic. 2017. "Ireland must loosen abortion laws: Council of Europe rights commissioner." In *Reuters*. New York: Thomson Reuters. In <http://www.reuters.com/article/us-ireland-abortion-council-idUSKBN17016M> [accessed: 3.08.2017].
- Hojčová, Lila. 1984. *Pokrokové ženské hnutie na Slovensku 1918-1980*. Martin: Živena.
- Horváth, Tibor. 2017. "Az első magyar büntető törvénykönyv és kodifikátora: Csemegi Károly." In *A praxistól a kodifikációig. Csemegi Károly emlékére (1826-1899)*, 27–39. Budapest: Osiris, in: http://www.ajk.elte.hu/file/Kodifikacio_HorvathTibor.pdf [accessed: 16.07.2017].
- Jobbágyi, Gábor. 2004. *Az élet joga: abortusz, eutanázia, művi megtermékenyítés*. Budapest: Szent István Társulat.
- Kollonich, Lipót. 1697. *Forma processus iudicii criminalis, seu praxis criminalis*. Tyrnaviae: Typis Academicis, per Joannem Andream. Hörmann.
- Kun, Tamás. 1888. "Törvényszéki orvosi eljárás a terhesség és szülés eseteinél." *Orvosi Hetilap* 25:820–823.
- Laclavíková, Miriam, and Adriána Švecová. 2012. *Pramene práva na území Slovenska II. (1790-1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis.
- Čalík, Tomáš. 2017. "Ľudská dôstojnosť v právnom poriadku SR." *Justičná revue* 3:327–341.
- Nemec, Matúš. 2016. "Doktrínalno-právny pohľad katolíckej cirkvi na problematiku umelého potratu." In *Právo a hodnoty. Sborník příspěvků z jednání sekce teorie práva a právních dějin na konferenci Olomoucké právnícké dny konané ve dnech 21.–22.5.2016*, edited by P. Osina, 106–126. Brno: Tribun EU.
- Očenášek, Mikuláš. 1933. "Osнова zákona o vyhnání plodu." *Právní obzor* 16(1):65–79.
- Osváth, Julius. *Stredoveké právne ustanovizne na Slovensku*. Prešov, s.a.
- Pollák, Illés. 1915. "A magzatelhajtási probléma." *Jogtudományi Közlöny* 13:153–154.
- Rákosník, Jakub, and Igor Tomeš. 2012. *Sociální stát v Československu. Právně-institucionální vývoj v letech 1918-1992*. Praha: Auditorium.
- Rákosník, Jakub. 2010. *Sovětské sociálního státu. Lidově demokratický režim a sociální práva občanů v Československu 1945–1960*. Praha: Karlova Univerzita v Praze, Filozofická fakulta 2010.
- Repková, Eva. 2014. "Abort a infanticídium v novovekom uhorskom trestnom práve." *Societas et Iurisprudentia* 2(1):147–173.

- Repková, Eva. 2015. *Kresťanský svetonázor a jeho vplyv na právnu úpravu abortu a infanticidia v dejinách na území Slovenska*. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave 2015.
- Schram, Ferenc. 1983. *Magyarországi boszorkányperek 1529–1768*. Vol. I. Budapest: Akadémiai Kiadó.
- Schroedel, Jean R. 2000. *Is the Fetus a Person? A Comparison of Policies Across the Fifty States*. Ithaca: Cornell University Press.
- Szűcs, Ernő T. 1981. *Magyar jogi népszokások*. Budapest: Gondolat.

ABORCJA JAKO CZĘŚCIOWA KWESTIA PRAWA DO ŻYCIA
I ROZWÓJ W ZWIĄZKU ZE SŁOWACKĄ REGULACJĄ PRAWNĄ

Streszczenie: Artykuł dostarcza wglądu w regulacje prawne dotyczące aborcji w historii Królestwa Węgierskiego, państwa wieloetnicznego, z którego m.in. aktualnie powstała Słowacja. Zwrócono uwagę na pierwszy Kodeks karny (ustawa nr V z 1878 r.), którego przyjęcie oznaczało zasadniczą zmianę w rozwoju prawa karnego na terytorium Słowacji. W artykule w skrócie przedstawiono także wprowadzenie do regulacji prawnych dotyczących aborcji w Republice Czechosłowackiej, ponieważ ich zrozumienie umożliwia lepszą ocenę obecnego podejścia Republiki Słowackiej do aborcji. Ponadto przedstawiono skuteczne regulacje prawne, kluczowe decyzje sądów i reakcje społeczeństwa w kwestii aborcji.

Słowa kluczowe: przerwanie ciąży, poronienie, zabicie płodu, Królestwo Węgier, Czechosłowacja, Republika Słowacji

PRESERVATION OF THE TERRITORIAL INTEGRITY OF UKRAINE IN ATO CONDITIONS BY CRIMINAL JUSTICE MEANS

Vasyl Lutsyk

Department of Criminal Law and Procedure
Lviv State University of Internal Affairs
Ukraine
<https://orcid.org/0000-0002-0974-4714>

Summary. The article is devoted to the analysis of the current state of terrorism combating in Ukraine in the conditions of anti-terrorist operation. The author studies the peculiarities of criminal proceedings conducting in the area of military, emergency state, anti-terrorist operation zone, including the peculiarities investigating judge power's conduction by the prosecutor. It is concluded that the terrorism combating and ensuring the territorial integrity of Ukraine requires urgent legislative changes and enhancement of the effectiveness of pre-trial investigation in the specified territory. Combating terrorism and ensuring the territorial integrity of Ukraine require urgent legislative alterations and strengthening the effectiveness of preliminary investigation in the specified territory.

Key words: monitoring of bank accounts, preventive detention, the anti-terrorist operation, investigating judge, prosecutor

INTRODUCTION

The obvious priority of protecting person's rights and interests from crime among the tasks of criminal proceedings is determined by the democratic tendency of criminal procedural policy, the strengthening of the humanistic element and the harmonization of criminal procedural legislation with European standards. However, the current situation, caused by events in the East of the country and their destructive consequences in all spheres of life, changes the proportions of values, assimilated in society in the direction of ensuring the security of the state. This is quite considerable, since performing the tasks of the criminal process is possible only if the state is properly functioned and the norms of law, envisaged by the legislator are effectively realized.

In particular, this is caused by the fact that the situation in the ATO zone has significantly complicated the activity of preliminary investigation bodies. The factors causing the dysfunctionality of the criminal procedural form of preliminary investigation in this zone (including social, political, legal, organizational, material and technical) are the following:

- a political destabilization;
- the lack of a proper normative regulation;
- the destruction of infrastructure, blockade of courts and law enforcement bodies;
- a complete cessation of the activity of preliminary investigation bodies, courts in territories, which are temporarily uncontrolled by Ukraine;
- the loss or destruction of a criminal case;
- a real threat to the life of the participants of criminal proceedings, a pressure on judges and investigators from the representatives of illegal armed groups;
- the impossibility of observing reasonable terms, conducting of urgent investigatory (search) actions or a lack of time for their conduction due to the dangerous situation;
- the impossibility of conducting certain procedural actions due to the migration of people living in these zones;
- the objective difficulties in investigating crimes in connection with the impossibility of having an access to certain territories, which are temporarily uncontrolled to Ukraine;
- a lack of experience in the activity of preliminary investigation bodies in such conditions and with such specific criminal offenses;
- a rapid increase of criminality and an increase of victim's number, including dead or missing persons respectively¹.

I

It was a first time when the law-enforcement system of Ukraine faced crimes of such a substantial scale: by intensity, a number of victims, characteristics of the performers' system, etc. There had never been mass armed conflicts in the territory of our modern state, that is why the law-enforcement

¹ О.В. Лазукова, *Передумови інституалізації досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції*, "Теорія і практика правознавства" 2 (2016), pp. 6–7.

bodies have no experience of functioning in such conditions and with such specific crimes. Moreover, it is not about the linear, but about the so-called “hybrid war”, which includes many factors and tactics. Investigators have a lack of qualification, experience in using typical methods of investigating such crimes and the ability to analyze and compare diverse information. There are also no technical equipment (available IT technologies) to make these analysis simpler and more efficient. These factors considerably complicate the investigation of crimes in ATO zone. Also, one of the most important problems is to set the boundaries of the specified zone. In particular, the anti-terrorist operation zone is the territory, water area, means of transport, buildings, structures, premises and territories or water areas adjacent to them and within which the above-mentioned operation is conducted. It is clear that these boundaries determine the operation of the above-mentioned legislation in space, the territorial investigative and judicial jurisdiction, the possibility of preventive detention. The legislation does not envisages what document establishes zone of ATO conducting, the way of bringing this information to special units and the legal consequences of non-fulfilment such a regime, or vice versa, distribution it in the territory that is outside the ATO².

The means of combating terrorism are envisaged in the Criminal Procedural Code of Ukraine and in numerous by-laws. On August 12, 2014, the Criminal Procedural Code of Ukraine was supplemented by article 615 in accordance with the Law of Ukraine “On Amendments to the Criminal Procedural Code of Ukraine regarding a special regime of preliminary investigation in conditions of military, emergency state or in zone of the anti-terrorist operation”³.

In the mentioned article, along with other provisions, it is determined that if the investigating judge can not conduct his powers in terms, envisaged by the law, these powers are exercised by the relevant prosecutor in the area (administrative territory) in which the legal regime of military, emergency state, the conduction anti-terrorist operation.

² О.В. Капліна, *Проблеми застосування норм кримінального процесуального законодавства в умовах проведення АТО*, in: *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали пост. діючого наук.-практ. семінару, 17 жовт. 2014 р.*, ed. О.В. Капліна, Право, Харків 2014, pp. 46–51.

³ Закон України від 12 серпня 2014 р. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції, in: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1631-18> [accessed: 27.11.2018].

II

The realization of these powers by the prosecutor is envisaged in p. 3.4 of the Instruction on the procedure of a preventive detention of persons involved in terrorist activities in the anti-terrorist operation zone and a special regime of preliminary investigation in the conditions of a military, emergency state or in the anti-terrorist operation zone, approved by a joint Order of the Ministry of Internal Affairs, Prosecutor General's of Ukraine, Security Service of Ukraine from August 26, 2014⁴.

In this paragraph it is stated that the prosecutor, having received an investigator's request concerning the conduction of covert investigative actions or decided it personally, considers about the conduction of investigative actions in the procedure, prescribed by Article 247, 248 of the Criminal Procedural Code of Ukraine, if the investigative judge can not perform his authorities in terms, envisaged by the law. After the considering an investigator's request or in the case of deciding it personally, the prosecutor according to article 110 of this Code, issues a decree and follows the requirements provided for decrees, issued by the investigating judge.

Another mean of combating terrorism is the institution of a preventive detention. In accordance with Article 15¹ of the Law of Ukraine "On the combating terrorism", there can be conducted a preventive detention of persons involved in terrorist activities for a term of more than 72 hours for the prevention of terrorist threats in the anti-terrorist zone in accordance with the criminal procedural legislation of Ukraine. The maximum term of a preventive detention may not exceed 30 days. The cause for a preventive detention is the existence of a reasonable suspicion of terrorist actions committed by a person.

The above-mentioned instruction provides the detention procedure of persons suspected of terrorism. There should be issued a decree concerning person's detention by the authorized official in procedure, envisaged by article 208 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. In order to identify a detain-

⁴ Інструкції про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції, яка затверджена спільним наказом Міністерства внутрішніх справ України, Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України від 26 серпня 2014 р., No. 872/88/537, in: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1038-14> [accessed: 27.11.2018].

ed person, it is compulsory to photograph a person, including using digital photo equipment, with noting detention time in any accessible way, as well as the description of individual body features and special signs in the detention decree. If there is a possibility, dactyloscopy and video recording of the detained person should be carried out.

The power to provide a consent for a preventive detention of persons involved in terrorist activities in the anti-terrorist zone for a term of more than 72 hours, but no more than 30 days, is performed by prosecutors of the regional level, their deputies.

III

Investigative jurisdiction of criminal offenses committed in the anti-terrorist operation zone, in case of impossibility to conduct pre-trial investigation, is determined by the Prosecutor General. The pre-trial investigation materials of crimes, which are at the stage of pre-trial investigation, in case of impossibility to conduct pre-trial investigation, are transferred to the bodies of pre-trial investigation determined by the Prosecutor General within ten working days from the date of investigative jurisdiction determination.

The main negative factors that may affect the process and results of the pre-trial investigation, as well as the choice investigative (search) action tactics in the anti-terrorist operation zone by the investigator, prosecutor are the following:

- a dynamically changing operational environment;
- a permanent dislocation of military units;
- the possibility of death, injury, capture of criminal proceedings participants;
- the shortage of time, devoted to conducting investigative (search) actions;
- a reduced duration of the initial stage of pre-trial investigation;
- an opportunity to counter the course of investigation by the military authorities.

In the combating situation conditions, the preparation and conduct of separate investigative (search) actions have some peculiarities, including the review of scene investigation. At the same time, it is necessary to follow the requirements concerning the departure of the heads of the prosecutor's office to the scene of investigation on the criminal offenses against the national security, terrorist acts, banditry, disasters, accidents, explosions, fires and other events that resulted in significant material damage or deaths, intentional

murders committed under aggravating circumstances and under uncertainty, criminal offenses committed by organized groups and criminal organizations, state officials, who has responsible position, people's deputies of Ukraine, judges, heads of law-enforcement bodies and committed against them, serious criminal offenses committed by and against foreigners, as well as in relation to journalists in case of obstruction of their legal professional activities, other criminal offenses, which have negative resonance in society.

When fixing evidence, investigators and prosecutors must follow the provisions of Part 7 of Art. 223 of the CPC of Ukraine, according to which the review conduction may occurred without the participation of the concept in the case of continuous video recording of the investigative (search) action conduction. In addition, the use of video recording will greatly reduce the time spent by participants of the investigation group in a dangerous area. Certain specific features have the assigning and conducting of examinations in criminal proceedings of the specified category. The most common are the following examinations: forensic expertise of corpses and living persons with firearms, ballistic expertise, explosive devices and explosives and products of explosion (shot) expertise.

Avoiding appearance on the call of an investigator, a prosecutor or a judicial call of an investigating judge, a court (not appearance for more than two times without a valid reason) by a suspect, an accused person in the of an anti-terrorist operation zone, and his announcement in search is the basis for conduction of a special pre-trial investigation or special court proceedings. The requirement to declare an intergovernmental or international search does not apply to cases when the issue of conduction special proceeding to these people.

In the fighting actions conditions, during preparation for them or after the conduction of a military operation, the prosecutor has the duty to conduct not only certain procedural, but also organizational measures, since without them it is impossible to perform properly actions of a procedural nature. In particular, the organizational aspects of prosecutorial activity ensuring – providing premises for the allocation of the prosecutor's office (department), units of the Military Law Enforcement Service in the Armed Forces of Ukraine, other military formations that assist the prosecutor in conducting the tasks of criminal proceedings, the allocation of guarding and many other current organizational issues.

IV

Another effective means of combating terrorism is a specific covert investigative action – the monitoring of bank accounts. This covert investigative action was introduced in a domestic legislation in order to perform Ukraine's international obligations concerning combating money laundering and terrorism financing, and to enable the National Anti-corrupt Bureau of Ukraine to combat effectively corruption crimes, committed by state officials of high rank.

The distinction should be made between the monitoring of bank accounts and financial monitoring, which is envisaged by the Law “On prevention and combating the legalization (laundering) of money, obtained from committing a crime, terrorism financing and financing the distribution of mass destruction weapon”.

Monitoring of bank accounts, according to article 269¹ of the Criminal Procedural Code is receiving the information by a detective of National Anti-corrupt Bureau according to investigative judge's decree in the current mode from the bank concerning transactions, carried out on one or more bank accounts in order to record a criminal action using a specific bank account in a banking institution in the territory of Ukraine or search or identification of the property, that should be confiscated or confiscated using a special procedure. In accordance with articles 246 and 269¹ of the Criminal Procedural Code, it may be conducted concerning grave and especially grave crimes, which are under the jurisdiction of National Anti-corrupt Bureau.

In accordance with paragraph 11 part 1 of article 1 of the Law of Ukraine „On prevention and combating the legalization (laundering) of money, obtained from committing a crime, terrorism financing and financing the distribution of mass destruction weapon”, *financial monitoring* is a complex of measures that are conducted by subjects of state financial monitoring and directed to perform the requirements of legislation in the sphere of prevention and combating the legalization (laundering) of money, obtained from committing a crime, terrorism financing and financing the distribution of mass destruction weapon⁵. The principles of financial monitoring system of Ukraine are fixed in article 5 of this Law. According to this article, the financial

⁵ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України [із змінами і доповненнями станом на 05.10.2016 року], “Офіційний вісник України” 2014, No. 90, ст. 2576.

monitoring system consists of initial financial monitoring and state financial monitoring.

While reforming of the anti-corruption legislation, it was proposed to fix the monitoring of bank accounts as a type of financial monitoring, as a separate procedural act, but later it was decided to introduce it as covert investigative action in order to increase its effectiveness.

According to article 269¹ of the Criminal Procedural Code of Ukraine, if there is a reasonable suspicion that a person commits a crime using a bank account, or for the purpose of searching or identifying the property, that should be confiscated or confiscated using a special procedure, in criminal proceedings that are under the jurisdiction of National Anti-Corrupt Bureau of Ukraine, the prosecutor may apply to the investigative judge for issuance a decree concerning monitoring bank accounts.

According to the decree of the investigative judge on the monitoring of bank accounts, the bank is obliged to provide information for National Anti-Corrupt Bureau of Ukraine concerning transactions carried out on one or more bank accounts in the current mode.

The investigating judge in the decree on monitoring of bank accounts informs the head of the banking institution about the obligation not to disclose information about conducting this investigative action and about the corresponding criminal liability. On the basis of the investigative judge's decree, the head of the bank institution is obligated to inform in writing all employees, involved in the monitoring of bank accounts about the obligation not to disclose information about conducting this investigative action and about the corresponding criminal liability.

CONCLUSION

The main disadvantage of legislative regulation is that, on the one hand, this covert investigative action is an effective instrument of combating terrorism, but operational units of the State Security Service of Ukraine are not authorized to conduct it, and this fact complicates identifying methods of terrorism financing in the ATO zone and imposing an arrest on illegal assets.

Only the main legal means of combating terrorism in the ATO zone are highlighted in this study. Combating terrorism and ensuring the territorial integrity of Ukraine require urgent legislative alterations and strengthening the effectiveness of preliminary investigation in the specified territory.

REFERENCES

- Kaplina, Oksana V. 2014. "Problemy zastosuvannya norm kryminalnoho protsesualnoho zakonodavstva v umovakh provedennia ATO." In *Dosudove rozsliduvannia: aktualni problemy ta shliakhy yikh vyrishennia: materialy post. diiuchoho nauk.-prakt. seminaru, 17 zhovt. 2014 r.*, edited by Oksana V. Kaplina, 46–51. Kharkiv: Pravo.
- Lazukova, Oksana V. 2016: "Peredumovy instytualizatsii dosudovoho rozsliduvannia v umovakh voiennoho, nadzvychainoho stanu abo u raioni provedennia antyterorystychnoi operatsii." *Teoriia i praktyka pravoznnavstva* 2:1–12.

OCHRONA INTEGRALNOŚCI TERYTORIALNEJ UKRAINY
W WARUNKACH OPERACJI ANTYTERRORYSTYCZNEJ
ZA POMOCĄ WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWACH KARNYCH

Streszczenie. Artykuł poświęcony jest analizie obecnego stanu walki z terroryzmem na Ukrainie w kontekście operacji antyterrorystycznej. Autor bada osobliwości przeprowadzania postępowania karnego w obszarze, w którym obowiązuje prawny reżim stanu wojennego, stan wyjątkowy, operacja antyterrorystyczna, w tym specyfika wykonywania uprawnień sędziego śledczego przez prokuratora. Stwierdzono, że walka z terroryzmem i zapewnienie integralności terytorialnej Ukrainy wymaga pilnych zmian legislacyjnych i zwiększenia skuteczności dochodzenia przedprocesowego na określonym terytorium.

Słowa kluczowe: monitorowanie rachunków bankowych, zatrzymanie zapobiegawcze, operacja antyterrorystyczna, śledczy sędzia, prokurator

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA NIEUMYŚLNE SPOWODOWANIE ŚMIERCI WEDŁUG USTAWODAWSTWA KARNEGO UKRAINY

Nelia Makowiecka

Państwowy Uniwersytet Spraw Wewnętrznych we Lwowie
Ukraina

<https://orcid.org/0000-0002-1523-4737>

Streszczenie: W artykule poruszono podstawowe prawnokarne problemy ochrony prawa człowieka do życia w Ukrainie. Pod uwagę bierze się teoretyczne i praktyczne problemy odpowiedzialności karnej za nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka wynikające z Kodeksu karnego Ukrainy. Podkreślone zostały cechy przedmiotowej strony tego przestępstwa: wina, motyw i cel.

Słowa kluczowe: nieumyślne spowodowanie śmierci, wina, motyw i cel spowodowania śmierci człowieka, odpowiedzialność karna, Kodeks karny Ukrainy

WPROWADZENIE

Liczba osób skazanych za nieumyślne spowodowanie śmierci, w przeciwieństwie do liczby skazanych za zabójstwo umyślne jest stosunkowo mała. W 2013 r. organy spraw wewnętrznych zarejestrowały 219 nieumyślnych spowodowań śmierci i aż 5861 zabójstw umyślnych. Jednakże trzeba pamiętać o błędach wynikających z kwalifikacji czynów osoby w określeniu strony podmiotowej przestępstwa.

I

Strona podmiotowa nieumyślnego spowodowania śmierci jest podstawowym czynnikiem tego przestępstwa. Pojęcia „strona podmiotowa” nie używa się w ustawodawstwie karnym Ukrainy, natomiast ustawodawca określa go poprzez znamiona przestępstwa, takie jak wina, motyw oraz cel dokonania przestępstwa.

Pojęcie winy przez nieostrożność (nieumyślnej) w prawie karnym, w odróżnieniu od pojęcia winy umyślnej, ustawodawca definiuje biorąc pod uwagę stosunek sprawcy do skutków swoich czynów (art. 25 k.k.). Na tym polega jakościowe rozróżnienie pomiędzy umyślnością a nieostrożnością, która odnosi się do formy prezentacji legislacyjnej oraz istoty czynu.

Pojęcie „nieostrożności” przewiduje jej dwa rodzaje – arogancję karną oraz niedbalstwo karne. Określając oba rodzaje nieostrożności, art. 25 k.k. nie wskazuje ich cech ogólnych. Natomiast w literaturze przedmiotu dość często akcentuje się różnice pomiędzy arogancją karną i niedbalstwem karnym, zaś z innej strony, podkreśla się podobieństwo arogancji karnej i intencji pośredniej¹. Rozróżnienie rodzajów winy przez nieostrożność ma znaczenie praktyczne. W przypadku zabójstwa, właściwe jej określenie jest niezbędne do kwalifikacji czynów, oceny stopnia winy podczas indywidualizacji kary, uwzględnienia właściwości osoby w wymierzeniu wobec niej interwencji profilaktycznych, ustalenia zakresu okoliczności, które mają być udowodnione.

Niektórzy Autorzy uważają, że zaniedbanie karne jest łagodniejszą formą winy, niż arogancja karna². Inni badacze nie dostrzegają podstaw do potraktowania arogancji karnej jako bardziej niebezpiecznego, cięższego rodzaju winy z nieostrożności, w porównaniu z niedbałością karną. Twierdzą, że wszystko zależy od okoliczności każdego czynu z osobna, osoby sprawcy oraz przyczyn, które spowodowały dopuszczenie się arogancji karnej lub niedbalstwa karnego; przy tym Autorzy ci odwołują się do stanowiska cywilistów, którzy uważają, że niedbalstwo i arogancja wskazują na formę, nie zaś na stopień winy³.

Słusznie uważa S.V. Borodin, gdy sugeruje, że zaostrzenie odpowiedzialności z nieostrożności, dokonane wskutek arogancji karnej, opiera się na tym, że zawiera świadome naruszenie określonych reguł bezpieczeństwa, chroniących życie ludzkie⁴.

¹ Б.С. Утевский, *Вина в советском уголовном праве*, Гос. изд. юрид. лит., Москва 1950, s. 246–272.

² С.В. Бородин, *Квалификация преступлений против жизни*, Юрид. лит. Москва 1977, s. 40; Н.Г. Кадников, *Классификация преступлений по уголовному праву России: Монография*, Юридический институт МВД РФ, Москва 2000, s. 55.

³ О.С. Иоффе, *Ответственность по советскому гражданскому праву*, ЛГУ, Львів 1955, s. 143; С.В. Бородин, *Квалификация преступлений против жизни*, s. 121.

⁴ С.В. Бородин, *Квалификация преступлений против жизни*, s. 195.

W przypadku spowodowania śmierci, dokonanego wskutek arogancji karnej, sprawca jest w stanie przewidzieć niebezpieczeństwo powszechne swoich czynów lub zaniechania działań, które może spowodować śmierć drugiego człowieka, jednak lekkomyślnie liczy na uniknięcie takiego skutku (ust. 2 art. 25 k.k.). Określając składnik intelektualny arogancji karnej, ustawodawca wskazuje jedynie na przewidywanie zaistnienia skutków powszechnie niebezpiecznych i nie wspomina o uświadamianiu przez sprawcę powszechnie niebezpiecznego charakteru swoich czynów (w przeciwieństwie do definicji przestępstwa umyślnego). To daje niektórym badaczom podstawę twierdzić, że w tym rodzaju nieostrożności sprawca nie jest świadomy niebezpieczeństwa swoich czynów⁵. Jednocześnie są tacy, którzy twierdzą wręcz przeciwnie, – że sprawca wtedy uświadamia sobie niebezpieczeństwo swoich czynów⁶. Argumentem głównym zwolenników ostatniego stwierdzenia jest to, że podczas arogancji karnej podmiot przewiduje możliwość zaistnienia skutków powszechnie niebezpiecznych swoich działań, a więc koniecznie musi rozumieć niebezpieczeństwo powszechne samych działań, ponieważ rozumienie zagrożenia skutków jest możliwe tylko, gdy rozumie się niebezpieczeństwo samych działań. Zwolennicy pierwszego stwierdzenia opierają się o fakt, że osobą jest świadoma jedynie faktycznej strony nieumyślnego spowodowania śmierci i rozumie, że naruszyła reguły bezpieczeństwa. Uświadomienie sobie przez sprawcę niebezpieczeństwa powszechnego swoich czynów, mające znaczenie karne, nie istnieje. Sprawca w swej świadomości neutralizuje to niebezpieczeństwo poprzez okoliczności, które mogą jego zdaniem zapobiec możliwym skutkom. Początkowo podmiot uświadamia sobie niebezpieczeństwo, potem zaś, na mocy okoliczności konkretnej sytuacji, wyklucza je. Przywołana opinia wydaje się bardziej uzasadniona. Ustawodawca w określeniu arogancji karnej nie dodał do składnika intelektualnego nastawienia psychicznego podmiotu do swoich czynów, i z tego powodu rozstrzygnięcie analizowanej kwestii nie ma znaczenia prawno-karnego. Zależy ono od możliwości abstrahowania się od charakteru czynów, przewidując jednak ich skutki społecznie niebezpieczne. Psycholodzy z po-

⁵ К. Тихонов, *К вопросу о разграничении форм виновности в советском уголовном праве*, „Правоведение” 3 (1963), s. 87; С.В. Гончаренко, *Преступная небрежность. Уголовно-правовой и криминологический аспекты: Автореф. дис... к-та юрид. наук: 12.00.08 / КВШ им. Ф.Э., МВД СССР, Київ 1990*, s. 108.

⁶ В.А. Мысливый, А.Н. Опальченко, *Уголовная ответственность за допуск к управлению транспортными средствами водителей, находящихся в состоянии опьянения*, НИИРЮ Украинской академии внутренних дел, Київ 1992, s. 60.

mocą takich kategorii jak „motywacja ograniczona” oraz „filtr wewnętrzny” pozwalają odpowiedzieć na to pytanie twierdząco⁷.

W odniesieniu do charakteru przewidywania skutków w przypadku arogancji karnej, warto odnotować, że na podstawie wiedzy teoretycznej oraz praktycznej o tym, że zachowywanie się w określony sposób może spowodować śmierć człowieka, sprawca przewiduje taką możliwość, razem z tym odrzucając takie przypuszczenie odnośnie do konkretnego przypadku. Sprawca jest świadomy tego, że na ogół jego zachowanie jest o charakterze niebezpiecznym, licząc jednak na oddziaływanie sił przeciwnych, które – jego zdaniem – powinny zapobiec skutkom powszechnie niebezpiecznym. W zależności od tego, który z dwu przywołanych czynników wysuwa się na pierwszy plan, Autorzy proponują różne formy analizowanego rodzaju winy.

Niektórzy twierdzą, że w przypadku arogancji karnej sprawca przewiduje możliwość zaistnienia określonego skutku powszechnie niebezpiecznego w postaci śmierci drugiego człowieka, więc, dokonując czynu, podejmuje ryzyko spowodowania jego śmierci. Zakłada się, że arogancja karna nacechowana jest lekkomyślnym zdecydowaniem sprawcy dokonania takich czynów, „bez względu na przewidywalne możliwe lub ewentualne (w tym przypadku nieuniknione) skutki powszechnie niebezpieczne”⁸.

Bardziej odpowiednie wydaje się inne podejście, którego zwolennikiem jest V.G. Makashvili. Sugeruje on, że wyżej przywołane podejście B.S. Utievskogo i innych badaczy nie docenia momentu, mającego istotne znaczenie dla arogancji karnej. Mianowicie, podstawą decyzji działania w określonym kierunku jest przekonanie osoby o niewystąpieniu skutków szkodliwych. Osoba więc, nie tylko nie chce spowodować śmierci innemu człowiekowi, lecz również wyklucza taką możliwość w określonym przypadku⁹. Nie docenia niebezpieczeństwa dlatego, że spodziewa się uniknąć szkodliwych skutków na mocy własnych cech lub innych okoliczności.

Odrzucając możliwość nastania szkodliwych skutków w określonych okolicznościach, osoba odnosi się do konkretnych czynników, które – jej zdaniem – powinny zapobiec takim konsekwencjom; jednakże takie oczekiwanie okazuje się bezpodstawne i lekkomyślne. Na przykład V.F. Kyrychenko uważa, że sprawca myli się co do przebiegu związku przyczynowo-skutkowego, nierozważnie przeszacowuje znaczenie sił przeciwnych, które

⁷ Е.Б. Ильин, *Мотивация и мотивы*, Питер, Санкт-Петербург 2000, s. 75–89.

⁸ Б.С. Утевский, *Вина в советском уголовном праве*, s. 268.

⁹ В.Г. Макашвили, *Уголовная ответственность за неосторожность*, Гос. изд. юрид. лит., Москва 1958, s. 19.

okazały się niewystarczające, by zapobiec zaistniałemu skutkowi¹⁰. Aczkolwiek sprawca powinien i mógł przewidzieć śmierć innej osoby w określonych okolicznościach. To właśnie ten aspekt decyduje w ocenie stanu psychicznego osoby działającej z arogancją karną. Powodując śmierć poszkodowanego poprzez arogancję karną, sprawca świadomie narusza określone reguły bezpieczeństwa.

Podmiot nieumyślnego spowodowanie śmierci może odwoływać się do okoliczności o różnym charakterze: a) okoliczności należących do osoby i działań winnego – może liczyć na swoją wiedzę, doświadczenie, umiejętności, które – w jego przekonaniu – pozwalają uniknąć spowodowania śmierci; b) okoliczności należących do warunków, w których podmiot dokonuje lub zaniedbuje wykonania czynów; c) okoliczności należących do działań innych osób, w szczególności do poszkodowanego; d) działania sił natury; e) charakterystyki narzędzi i środków wykorzystywanych przez sprawcę¹¹.

Nieumyślne spowodowanie śmierci z arogancją karną występuje wtedy, gdy podmiot, dokonując czynów, przewidywał możliwość spowodowania śmierci człowieka, lecz lekkomyślnie liczył, że to się nie stanie¹².

Zaniedbanie karne różni się od arogancji karnej tym, że winny nie tylko nie chce, nie przypuszcza, ale również nie przewiduje możliwości spowodowania śmierci drugiego człowieka. Oznacza to, że on nie przewiduje faktycznej możliwości nastania takich skutków lub nie przypuszcza, że one mogą mieć charakter powszechnie niebezpieczny. Na tym polega osobliwość takiego rodzaju winy, a również trudności z jej określeniem. Do dodatkowych znamion strony podmiotowej nieumyślnego spowodowania śmierci należą motyw i cel, które zawsze mają znaczenie prawno-karne.

W literaturze przedmiotu często zauważa się potrzebę rozróżnienia prawno-karnego pojęcia motywu jako znamiona przestępstwa, w których postaci mogą występować tylko takie motywy do popełnienia przestępstwa, które są uświadomione oraz nadają się do określenia werbalnego; oraz kryminalistyczne pojęcie motywu, które zbiega się z psychologicznym¹³.

¹⁰ В.Ф. Кириченко, *Значение ошибки по советскому уголовному праву*, Изд-во АН СССР, Москва 1952, s. 69.

¹¹ П.С. Дагель, Д.П. Котов, *Субъективная сторона преступления и ее установление*, Издательство Воронежского университета, Воронеж 1974, s. 134–135.

¹² В.К. Гришук, *Вбивство через необережність за кримінальним кодексом України 2001 року*, „Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права” 1 (2003), s. 123.

¹³ С.В. Гончаренко, *Преступная небрежность*, s. 15.

W psychologii za motyw uważane są czynniki aktywności człowieka, siła napędowa, stojąca za jego czynami, źródło jego zachowania. Niektórzy Autorzy twierdzą, że motywem człowieka jest jedyny czynnik – potrzeba człowieka w czymś w określonych okolicznościach, która subiektywnie wyraża się w postaci instynktów i pragnień¹⁴. Inni zaś, uważając potrzebę za podstawowy czynnik zachowania człowieka, nie zaprzeczają istnienia innych pobudek¹⁵. Ostatnie zdanie wydaje się bardziej przekonujące, ponieważ oprócz potrzeb, motywem zachowania człowieka mogą również być emocje, uczucia, zainteresowania.

Zdaniem niektórych uczonych, motyw i cel możliwe są wyłącznie w przestępstwach umyślnych¹⁶. Inni twierdzą, że motyw i cel występują również w przestępstwach z nieostrożności (takie zdanie wydaje się bardziej odpowiednie)¹⁷. Badania motywów nie powinny ograniczać się do zakresu przestępstw umyślnych. Nieumyślne spowodowanie śmierci zwykle ma charakter świadomy i wolicjonalny, i z tego powodu jest ono umotywowane i intencjonalne. W związku z powyższym, należy zgodzić się ze stwierdzeniem S.A. Tararukhina, że zaprzeczenie motywu w przestępstwach z nieostrożności jest zaprzeczeniem czynnika wolicjonalnego czynów przestępnych, bo wola bez motywu nie istnieje¹⁸.

W literaturze prawniczej istnieją rozważania o tym, że specyfika wolicjonalna przestępstwa, popełnionego z nieostrożności, jest uwarunkowana własnym motywem i celem tego przestępstwa, które nie rozpowszechniają się na jego skutki powszechnie niebezpieczne. Ich treść zawiera się w aktach zachowawczych, które są niezgodne z obowiązkami osoby. Podczas wykonania omawianych czynności przestępczych, skutki powszechnie niebezpieczne nie są celem działań sprawcy, lecz następstwami ubocznymi i wtórnymi¹⁹.

¹⁴ Ш.Ш. Чхартишвили, *Место потребности и воли в психологии человека*, „Вопросы психологии” 2 (1958), s. 116–121.

¹⁵ А.В. Наумов, *Мотивы убийств. Учебное пособие*, ВСШ МВД СССР, Волгоград 1969, s. 10.

¹⁶ Ш.С. Рашковская, *Субъективная сторона преступления*, ВЮЗИ, Москва 1961, s. 25.

¹⁷ А.В. Савченко, *Мотив і мотивація злочину: Монографія*, Атіка, Київ 2002, s. 67.

¹⁸ С.А. Тарарухин, *Установление мотива и квалификация преступлений*, Вища школа, Київ 1977, s. 34.

¹⁹ П.С. Дагель, *Проблемы вины в советском уголовном праве*, „Ученые записки Дальневосточного государственного университета” 21 (1968), s. 107.

II

Odnosnie do celu nieumyślnego spowodowania śmierci, to według zdania V.M. Kudriavceva, podmiotowy obraz celu jest obecny w każdym akcie wolicjonalnym²⁰. Jednakże cel, który jest wyobrażeniem pożądanego skutku, nie wpisuje się w ramy zaniedbania karnego. Właśnie dlatego w odniesieniu do nieumyślnego spowodowania śmierci nie wolno mówić o celu przestępczym w jego tradycyjnym traktowaniu. „Przestępny w końcu jest nie sam cel, lecz wybrany sposób działania, który spowodował skutki karne”²¹.

III

W przestępstwach z nieostrożności, w odróżnieniu od umyślnych, motyw ma niektóre osobliwości. W przypadku nieumyślnego spowodowania śmierci powiązanie motywu i celu ze skutkami przestępczymi w postaci śmierci człowieka ma bardziej pośredni charakter (w przeciwieństwie do zabójstwa umyślnego).

Przy tym warto odnotować, że motyw zachowania umyślnego zbiega się z motywem umyślnego zabójstwa; podczas gdy w zachowaniu nieumyślnym taka zbieżność nie występuje. Rozłączenie powiązania motywu i skutku przestępczego w postaci śmierci poszkodowanego jest osobliwością zachowania osoby podczas nieumyślnego spowodowania śmierci.

Nieumyślne spowodowanie śmierci, jak również każde inne przestępcze działanie z nieostrożności, jest motywowane i intencjonalne. Różnica pomiędzy motywem i celem przestępstw umyślnych i nieumyślnych polega na tym, że odgrywają one różną rolę w mechanizmie psychologicznym przestępstw umyślnych i nieumyślnych, spowodowaną różnością powiązania motywu i celu ze skutkami przestępczymi.

Motyw i cel spowodowania śmierci wskutek arogancji karnej nie obejmują skutków przestępczych, ponieważ podmiot bierze pod uwagę skutki społecznie niebezpieczne w postaci śmierci osoby poszkodowanej, które on może wywołać przez swoje czyny, lecz lekkomyślnie liczy na ich uniknięcie.

²⁰ О.Л. Дубовик, *Механизм преступного поведения*, Наука, Москва 1981, s. 43.

²¹ В.Е. Квашин, *Преступная неосторожность. Социально-правовые и криминологические проблемы*, Издательство Дальневосточного университета, Владивосток 1986, s. 104.

Podstawą każdego spowodowania śmierci z nieostrożności jest błąd wywołujący szkodę w zakresie relacji społecznych. Bezpośrednia zachęta do popełnienia czynów społecznie niebezpiecznych nie istnieje. Motyw decyduje tylko o wykonaniu czynu powodującego zaistnienie takich skutków²².

Warto zaakcentować, że w przypadkach arogancji karnej oraz zaniedbania karnego skutki powszechnie niebezpieczne nie występują w postaci celu przestępstwa. Podczas zaniedbania karnego śmierć drugiej osoby nie jest oczekiwana, dlatego to skutki powszechnie niebezpieczne nie uczestniczą w powstawaniu motywów, razem z tym czyny przestępne są intencjonalne i umotywowane. W przypadku arogancji karnej, możliwość spowodowania śmierci drugiej osobie jedynie bierze się pod uwagę, lecz nie jest ona pożądana; osoba, popełniająca takie przestępstwo lekkomyślnie liczy na jej uniknięcie.

W obu przypadkach powszechnie niebezpieczne konsekwencje nie mogą występować z celem przestępstwa z powodu braku żądania ich jako pożądanego przyszłego skutku. Występuje tu niejako rozbieżność celu i skutku oraz zjawisko „osiągnięcia celu” – jak to określają niektórzy Autorzy. Odpowiedzialność zatem następuje wtedy, gdy zostanie ustalone, że osoba obiektywnie – powinna, a subiektywnie – mogła przewidzieć takie konsekwencje, które spowodowały jej czyny.

P.S. Dagel odnotowuje, że motyw do popełnienia przestępstwa występuje wyłącznie w przestępstwach umyślnych. Natomiast „przestępstwa z nieostrożności są nacechowane luką pomiędzy motywem, celem oraz skutkami działania, które faktycznie zaistniały: motyw nie obejmuje skutku, cel zostaje nie osiągnięty lub osiągnięty”²³.

Inni Autorzy, wskazując na specyfikę motywów popełnienia przestępstw z nieostrożności w porównaniu z motywami przestępstw umyślnych, sugerują, że są to motywy społecznie niebezpiecznego zachowania, które wywołały skutek przestępny, nie zaś motywy samego przestępstwa, ponieważ skutek przestępny w nich nie jest objęty świadomością. Przykładowo, I.G. Filanovskiy proponuje rozróżniać motywy popełnienia przestępstwa oraz motywy zachowania powszechnie niebezpiecznego, które spowodowały skutek przestępny²⁴. Z takim punktem widzenia zgadzają się kryminolodzy, którzy

²² А.В. Савченко, *Мотив і мотивація злочину: Автореф. дис... к-та юрид. наук: 12.00.08*, Київ: Національна академія внутрішніх справ 1999, s. 13.

²³ П.С. Дагель, *Проблемы вины в советском уголовном праве*, s. 128.

²⁴ И.Г. Филиановский, *Мотивы и цели преступления*, „Социалистическая законность” 2 (1968), s. 11–12.

wskazują, że motyw i cele w przestępstwach z nieostrożności są „motywami i celami zachowania osoby”, która popełniła przestępstwo z nieostrożności²⁵.

Motyw nieumyślnego spowodowania śmierci nie zawsze wyraża przekonania i poglądy sprawcy. Poniekąd motyw nie tylko nie odpowiada osobie sprawcy, ale jest wręcz niezgodny z nią. Osoby, nacechowane pozytywnie, w niektórych przypadkach mogą kierować się negatywnymi lub neutralnymi motywami, i odwrotnie.

Zatem, motyw i cele przestępstw z nieostrożności nie zawsze są zbieżne między sobą i z postawą społeczno-moralną osoby. Niemniej, kara za czyny zależy nie tyle od motywów, ile od wyrządzonych skutków w postaci śmierci człowieka. Właśnie dlatego nie można zgodzić się z opinią tych kryminologów, którzy uważają, że motyw wszystkich przestępstw są antyspołeczne i negatywne²⁶.

Określenie motywu jest konieczne do rozumienia społecznie-psychologicznych mechanizmów, powodujących przestępne zachowanie. Istota nieumyślnego spowodowania śmierci polega na tym, że osoba winna nie chciała wywołać szkodliwych skutków, nie miała tego na celu. Śmierć jako skutek przestępczy jest rezultatem ubocznym innych działań, chociaż są one umotywowane i intencjonalne. Z tego powodu, określenie celów i motywów przestępstwa ma doniosłe znaczenie dla zidentyfikowania czynników i okoliczności, którymi kierowała się osoba. V.I. Zhuliov właściwie uważa, że cele i motyw pomagają „lepiej zrozumieć subiektywną stronę przestępstwa, stymulatory i sprężyny indywidualnego zachowania osoby”²⁷.

PODSUMOWANIE

Nieumyślne spowodowanie śmierci jest specyficznym przestępstwem, ponieważ w nim czyny podmiotu są nakierowane nie na pozbawienie życia

²⁵ Б.А. Петелин, *Значение мотива и цели при неосторожном преступлении*, „Советская юстиция” 7 (1973), s. 8–11; В.Е. Кваши, *Профилактика неосторожных преступлений*, Научно-издательский и редакционно-издательский отдел Киевской высшей школы МВД СССР им. Ф.Э. Дзержинского, Київ 1981, s. 44–50; А.А. Эйман, Н.А. Коровина, *Угроза наступления тяжких последствий и ее доказывание по делам о нарушениях правил безопасности движения на транспорте*, „Вопросы борьбы с преступностью” 42 (1985), s. 59.

²⁶ Н.Ф. Кузнецова, *Мотивация преступлений и тенденции ее применения*, „Вопросы советской криминологии” 2 (1976), s. 5.

²⁷ В.И. Жулев, *Предупреждение дорожно-транспортных происшествий: Практическое пособие*, Юрид. лит., Москва 1989, s. 119.

innej osoby, lecz na osiągnięcie innego skutku, który nie koniecznie musi być przestępny. Znaczenie badań strony podmiotowej nieumyślnego spowodowania śmierci polega na tym, że cechy nieostrożności mają decydujące znaczenie dla prawidłowej oceny powszechnego niebezpieczeństwa dokonanych czynów, odróżnienia nieumyślnego spowodowania śmierci od innych rodzajów ataków na życie, należytej kwalifikacji przestępstwa oraz wymierzenia kary za jego popełnienie.

Odróżnienie rodzajów winy z nieostrożności ma również znaczenie praktyczne. Prawidłowe ustalenie rodzaju winy za popełnione nieumyślne spowodowanie śmierci jest niezbędne do kwalifikacji popełnionych czynów, określenia stopnia winy podczas indywidualizacji kary, uwzględnienia charakterystyki osoby w celu wymierzenia przeciwko niej zapobiegawczych interwencji, określenia wszystkich okoliczności podlegających udowodnieniu.

Dodatkowymi cechami podmiotowej strony nieumyślnego spowodowania śmierci są motyw i cel. One mogą być negatywne, pozytywne lub neutralne. Wyjaśnienie motywu przestępstwa pozwala określić realną charakterystykę społeczną osoby i powiązać z nią popełnione czyny.

PIŚMIENNICTWO

- Borodin, Sergey. 1977. *Kwalifikacja prestuplenij protiv zizni*. Moskwa: Juryd. lit.
- Chkhartishvili, Grigoriy. 1958. „Mesto potrebnosti i woli w psuchologii czelowieka.” *Woprosy psuchologii* 2:116–121.
- Dahel, Petro, i Denis Kotov. 1974. *Subijektywnaja storona prestuplenia i jejo ustanowlenie*. Woroniez: Izdatelstwo Woroniezskogo uniwersyteta.
- Dahel, Petro. 1968. „Problemy wyny w sowetskom ugolownom prawe.” *Uczonye zapiski Dalnewostocznego gosudarstwennogo uniwersyteta* 21:106–112.
- Dubovyk, Oleksandr. 1981. *Mechanizm prestupnogo powedenia*. Moskwa: Nauka.
- Eysman, Aleksandr, i H.A. Korowina. 1985. „Ugroza nastuplenua tiazkich posledstwij i Jejo dokazywanie po delam o narusheniach pravil bezopasnosti dwizenia na transporte.” *Woprosy borby s prestupnostiu* 42:54–61.
- Filanovskiy, Igor. 1968. „Motiwy i celi pestuplenia.” *Socialisticheskaja zakonnost* 2:11–12.
- Honcharenko, Serhiy. 1990. *Prestupnaja nebreznost. Ugolowno-prawowej i kryminologicheskij aspekty*. Kijów: MWD SSSR.
- Hryshchuk, Viktor. 2003. „Wbywstwo czerez neobereznist za kryminalnym kodeksom Ukrainu 2001 roku .” *Wisnyk Hmelnyckogo instytutu regionalnogo upravlinnja ta prawa* 1:118–128.
- Ilin, Evgeniy. 2000. *Motywacia i motywu*. Petersburg: Piter.
- Joffe, Olympiad. 1955. *Otwetstvennost po sowetskomu grazdanskomu prawu*. Lwów: LGU.
- Kadnikow, Nikita. 2000. *Klasyfikacia prestyplenij po ugoloanomu prawu Rosiji: Monografia*. Moskwa: Juridicheskij instytut MWD RF.
- Kuznetsova, Natalya. 1976. „Motywacia prestuplenij i tendencii jejo primenenia.” *Woprosy sowetskoj kryminologii* 2:3–12.

- Kvashis, Vitaliy. 1981. *Profilaktika neostoroznyh prestuplenij*. Kijów: Nauczno-izdatelskij i redakcionno-izdatelskij otdel Kijewskoj wysshej shkoly MWD SSSR im. F.J. Dzerzunskogo.
- Kvashis, Vitaliy. 1986. *Prestupnaja neostoroznost. Socjalno-prawowyje i Kryminologičeskie problemy*. Wladiwostok: Izdatelstwo Dalnewostochnogo uniwersyteta.
- Kyrychenko, Volodymyr. 1952. *Znachenije oshubki po sowetskomu ugolownomu pravu*. Moskwa: Izdwo AN SSSR.
- Makashvili, Viktor. 1958. *Ugolownaja otwetstvennost za neostoroznost*. Moskwa: Gos. izd. Juryd. lit.
- Myslivyy, Vladimir. 1992. *Ugolownaja otwetstvennost za dopusk k uprawnieniu transportnymi sredstvami woditelej, nachodiashchysia w sostojanii opjanenia*. Kijów: NIiRiO Ukrajinskoj akademiji wnutrennich del.
- Naumov, Anatolij. 1969. *Motivy ubijstw. Učebnoje posobie*. Wołgograd: WSSZ MWD SSSR.
- Petelin, Boris. 1973. „Znachenie motiva i celi pri neostoroznom prestuplenii.” *Sowetskaja justicia* 7:8–11.
- Rashkovskaya, Anna. 1961. *Subjektivnaja storona prestuplenia*. Moskwa: WJZI.
- Savchenko, Aleksandr. 1999. *Motyw i motywacia zloczynu*. Kijów: Nacionalna academia wnytrishnich spraw.
- Savchenko, Aleksandr. 2002. *Motuw i motywacia zloczynu: Monografia*. Kijów: Atika.
- Tararukhin, Sergey. 1977. *Ustanowlenie motywa i kwalifikacia prestuplenij*. Kijów: Wyscha szkola.
- Tikhonov, Vyacheslav. 1963. „K woprosu o rozgraniczenii form winownosti w sowetskom ugolownom prawe.” *Prawowedenie* 3:87–90.
- Utevsky, Boris. 1950. *Wyna w sowetskom ugolownom prawe*. Moskwa: Gos. izd. juryd. lit.
- Zhulev, Vladimir. 1989. *Preduprezdenie dorozno-transportnuh proishestwij: Praktučeskoje posobie*. Moskwa: Jurid. lit.

CRIMINAL LIABILITY FOR UNINTENTIONAL CAUSING DEATH
ACCORDING TO THE CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE

Summary. The article discusses the basic criminal law problems of protecting human right to life in Ukraine. The theoretical and applied problems of criminal liability for unintentional causing death of a person resulting from the Penal code of the Ukraine are taken into account. The features of the subjective side of the characters of this are highlighted by a set of offenses: guilt, motive and purpose.

Key words: unintentional causing death, fault, the motive and purpose of causing death, car liability, Penal code of the Ukraine

LIABILITY FOR ECONOMIC CRIMES UNDER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE IN THE CONTEXT OF EUROINTEGRATION PROCESSES

Oleksandr Marin

Department of Criminal Law and Criminology
Ivan Franko National University of Lviv
Ukraine
<https://orcid.org/0000-0003-3463-8523>

Iryna Sen

Department of Criminal Law and Criminology
Ivan Franko National University of Lviv
Ukraine
<https://orcid.org/0000-0003-0648-6948>

Summary. The article analyzes the liability for economic crimes in the legal system of Ukraine after signing the Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. For this reason, the classification of economic crimes under the Criminal Code of Ukraine has been carried out and the general peculiarities of the *corpus delicti* of economic crimes have been outlined. On this basis, the existing system of economic crimes in Ukraine and the obligations imposed on Ukraine by the Association Agreement with the EU have been compared.

Key words: economic crimes, classification, *corpus delicti*, Criminal Code of Ukraine, Association Agreement with the EU

INTRODUCTION

On 21 March and 27 June 2014, Ukraine signed the Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, part of the provisions of which directly or indirectly relates to the liabil-

ity for economic crimes in the legal system of Ukraine¹. In this regard, there is a need to take a fresh look at the system of the appropriate encroachments, to carry out their revision from the point of view of the implementation of the Association Agreement in the legislation of Ukraine. Problems of criminal liability for economic crimes in Ukraine were considered by such well-known scholars in our state as P. Berzin, A. Boyko, N. Gutorova, O. Dudorov and others. The works of these scholars are always the basis for further studies of “economic crime”. We will also stick to this tradition. Nevertheless, exactly at this angle – through the prism of the needs for the implementation of the Association Agreement, the issue is probably covered for the first time.

1. THE CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE ON ECONOMIC CRIMES

First of all, it should be noted that Ukraine has adopted a mono-source system of criminal legislation. Therefore, the following three basic points are important for understanding of the material: firstly, the only source, which contains all the crimes, including the economic crimes, is the Criminal Code of Ukraine²; secondly, there are many offenses in the sphere of economic activity stipulated by the Code of Ukraine on Administrative Offenses³, and under the existing classification of offenses in Ukraine, they are not crimes or other criminal offenses; thirdly, the draft law on the introduction of the concept and types of criminal misdemeanors – the peculiar “light” crimes into the legal system of the state – is being actively elaborated in Ukraine and is currently under consideration in the Parliament. The analysis of the relevant draft law, however, does not give grounds to expect a significant improvement of the situation in the sphere of legal regulation of the liability for socially dangerous encroachments on the economic system in Ukraine.

It is clear that the current criminal legislation of Ukraine is based on the international legal acts signed and ratified by Ukraine. This statement is also

¹ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, 2014, June 27, in: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529\(01\)&from=hu](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529(01)&from=hu) [accessed: 30.04.2018].

² Criminal Code of Ukraine, 2001, April 5. Supreme Council of Ukraine, in: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> [accessed: 30.04.2018].

³ Code of Ukraine on Administrative Offenses, 1984, December 7. Supreme Council of the USSR, in: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> [accessed: 30.04.2018].

appropriate for economic crimes. Thus, the following international legal documents, fully implemented in the legal system of our state, relate to the encroachments on the economic system: International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency (Geneva, 20 April 1929), ratified by the Central Election Commission of the USSR on 3 May 1931⁴; Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (Strasbourg, 8 November 1990), ratified by the Law of 17 December 1997⁵.

Economic crimes have been and, hopefully, will keep being the subject-matter of attention in the Supreme Court of Ukraine. Thus, after the entry of the current Criminal Code of Ukraine into force in 2001, the Supreme Court summarized the judicial practice regarding the relevant category of cases and issued the recommendation letters, which, with the help of certain creative approach, can be also used now. The point is that since the adoption of these acts by the Supreme Court, the legislation on criminal liability for economic crimes has changed significantly. For instance, the Law No. 4025-VI of 15 November 2011 “On Amending Certain Legislative Acts of Ukraine on the Humanization of Responsibility for Offenses in the Sphere of Economic Activity”, introduced the following changes⁶:

- decriminalization of certain offenses in the field of economic activity and simultaneous transferring them to the Code of Ukraine on Administrative Offenses;
- replacement of imprisonment as the punishment for crimes in the sphere of economic activity by fine, increase of the amount of fine for certain crimes and establishment of the replacement of the outstanding amount of a fine by imprisonment;
- introduction of the amount of a fine as a criterion for the classification of crimes (Article 12 of the Criminal Code of Ukraine).

⁴ International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 1929, April 20, ratified by the Central Election Commission of the USSR on 3 May 1931, in: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDGS/Volume%20II/LON/PARTII-14-a.en.pdf> [accessed: 30.04. 2018].

⁵ Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strasbourg, 1990, November 8. Council of Europe, ratified by the Law of Ukraine of 17 December 1997, in: <https://rm.coe.int/168007bd23> [accessed: 30.04.2018].

⁶ On Amending Certain Legislative Acts of Ukraine on the Humanization of Responsibility for Offenses in the Sphere of Economic Activity, 2011, November 15. The Law of Ukraine. Supreme Council of Ukraine, in: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4025-17> [accessed: 30.04.2018].

Among the recommendatory acts of the Supreme Court of Ukraine in the area of liability for economic crimes are the following resolutions: 1. Resolution No. 3 of 25 April 2003 “On Practice of Application by the Courts of the Legislation on Liability for Certain Economic Crimes”⁷; 2. Resolution No. 15 of 8 October 2004 “On Certain Issues of Application of the Legislation on Liability for Evasion of Taxes, Fees or Other Compulsory Payments”⁸; 3. Resolution No. 5 of 15 April 2005 “On Practice of Application by the Courts of the Legislation on Criminal Liability for Legalization (Laundering) of the Proceeds from Crime”⁹; 4. Resolution No. 8 of 3 June 2005 “On Judicial Practice in Cases of Smuggling and Violation of Customs Rules”¹⁰.

Taking into account the above mentioned provisions, it is necessary to analyze and apply the provisions of these Resolutions of the Supreme Court considering the later changes to the Criminal Code of Ukraine.

2. CLASSIFICATION OF ECONOMIC CRIMES IN UKRAINE

The next issue to be considered in the context of this publication is the question of systematization of economic crimes. In the criminal legal doctrine of Ukraine, the criterion for systematization of crimes is traditionally the generic object of socially dangerous encroachments. While formulating this concept in the title of the relevant chapter of the Criminal Code of Ukraine, our legislator uses the term “Economic activity”. The legal system of Ukraine contains the definition of this concept and offers the understanding of its constituent parts. This will be the starting point for us in considering the respective issue. Thus, economic activity, in accordance with Part 1 of

⁷ On Practice of Application by the Courts of the Legislation on Liability for Certain Economic Crimes, 2003, April 25, Resolution No. 3. The Supreme Court of Ukraine, in: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va003700-03> [accessed: 30.04.2018].

⁸ On Certain Issues of Application of the Legislation on Liability for Evasion of Taxes, Fees or Other Compulsory Payments, 2004, October 8, Resolution No. 15. The Supreme Court of Ukraine, in: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-04> [accessed: 30.04.2018].

⁹ On Practice of Application by the Courts of the Legislation on Criminal Liability for Legalization (Laundering) of the Proceeds from Crime, 2005, April 15, Resolution No. 5. The Supreme Court of Ukraine, in: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-05> [accessed: 30.04.2018].

¹⁰ On Judicial Practice in Cases of Smuggling and Violation of Customs Rules, 2005, June 3, Resolution No. 8. The Supreme Court of Ukraine, in: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-05> [accessed: 30.04.2018].

Article 3 of the Economic Code of Ukraine, is the activity of economic entities in social production aimed at manufacturing and sale of goods, performing works or rendering services on commercial basis at certain price. According to the provisions of the Economic Code of Ukraine, economic relations include economic-manufacturing, organizational-economic and intra-business relations. Economic-manufacturing relations are the property and other relations arising between economic entities in the process of carrying out economic activity. Organizational-economic relations are the relations arising between economic entities and entities with organizational-economic authority in the process of managing economic activities. Intra-business relations are the relations between structural units of an economic entity and the relations between an economic entity and its structural units¹¹.

Therefore, taking into account the provisions of the regulatory legislation, for the purposes of application of the Criminal Code of Ukraine, the structural parts of economic activity shall be understood as:

- 1) the property and other relations between economic entities;
- 2) the relations between economic entities and consumers;
- 3) the organizational-economic relations between economic entities and entities with organizational-economic authority in the process of managing economic activities;
- 4) public finances – the relations arising during the formation, distribution and use of the state centralized and decentralized public funds, as well as the regulation of monetary circulation.

At the same time, one should keep in mind that while formulating the system of criminal legal regulation of the liability for economic crimes, it is necessary to take into account the fact that the norms of criminal law should be applied in the process of protection of the considered relations only as an extreme measure – *ultima ratio*. This is because of the limited possibilities of influence on economic relations with the help of criminal law measures and the adverse side effects of prosecuting such persons. Unfortunately, this principle is quite often violated in terms of the establishment of criminal liability for the encroachments on economic system in Ukraine.

Currently the system of economic crimes under the Criminal Code of Ukraine can be generalized as follows¹²:

¹¹ Economic Code of Ukraine, 2003, January 16. Supreme Council of Ukraine, in: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15> [accessed: 30.04.2018].

¹² Criminal Code of Ukraine, 2001, April 5. Supreme Council of Ukraine, in: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> [accessed: 30.04.2018].

1) Crimes against public finances:

- production, storage, purchase, transportation, mailing, bringing into Ukraine with the purpose of use in the sale of goods, for selling purposes, or sale of counterfeit money, government securities, state lottery tickets, excise duty stamps or holographic security elements (Article 199 of the Criminal Code);
- illegal actions in respect of remittance documents, payment cards and other means providing access to bank accounts, e-money, equipment for their production (Article 200 of the Criminal Code);
- unlawful production, storage, sale or transportation for selling purposes of excisable goods (Article 204 of the Criminal Code);
- use of budget funds contrary to their target allocation, budget expenditures or providing credits from the budget without the established budget allocations or with their excess (Article 210 of the Criminal Code);
- adoption of legal acts that reduce budget revenues or increase budget expenditures contrary to the law (Article 211 of the Criminal Code);
- evasion of taxes, fees (compulsory payments) (Article 212 of the Criminal Code);
- evasion of single contribution for mandatory state social insurance and insurance fees for mandatory state pension insurance (Article 212-1 of the Criminal Code);
- financial fraud (Article 222 of the Criminal Code);
- illegal privatization of public or communal property (Article 233 of the Criminal Code).

2) Crimes encroaching on organizational-economic relations:

- smuggling (Article 201 of the Criminal Code);
- illegal circulation of disks for laser reading systems, matrices, equipment and raw materials for their production (Article 203-1 of the Criminal Code);
- employment in gambling business (Article 203-2 of the Criminal Code);
- sham business (Article 205 of the Criminal Code);
- falsification of documents submitted for the state registration of a legal entity and an individual entrepreneur (Article 205-1 of the Criminal Code);
- legalization (laundering) of the proceeds from crime (Article 209 of the Criminal Code);
- intentional violation of the requirements of the legislation on prevention and counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime, or financing of terrorism (Article 209-1 of the Criminal Code);

- violation of procedures related to operations with scrap metal (Article 213 of the Criminal Code);

- illegal production, counterfeiting, use or sale of illegally produced, acquired or counterfeit check stamps (Article 216 of the Criminal Code).

3) Crimes encroaching on property and other relations between economic entities:

- obstruction of legitimate business activity (Article 206 of the Criminal Code);

- illegal taking possession of property of the company, institution, organization (Article 206-2 of the Criminal Code);

- bringing the bank to insolvency (Article 218-1 of the Criminal Code);

- bringing to bankruptcy (Article 219 of the Criminal Code);

- violation of the order of database of depositors management or the order of reporting formation (Article 220-1 of the Criminal Code);

- falsification of financial documents and reports of a financial institution, concealing the insolvency of a financial institution or the grounds for revoking (canceling) a license of a financial institution (Article 220-2 of the Criminal Code);

- manipulations in the stock market (Article 222-1 of the Criminal Code);

- falsification of documents submitted for registration of securities issue (Article 223-1 of the Criminal Code);

- violation of the order of managing the register of holders of registered securities (Article 223-2 of the Criminal Code);

- production, sale and use of counterfeit non-government securities (Article 224 of the Criminal Code);

- illegal use of mark for goods and services, trade name, qualified indication of the goods origin (Article 229 of the Criminal Code);

- illegal collection for the purpose of use or use of information constituting commercial or bank secrets (Article 231 of the Criminal Code);

- disclosure of commercial or bank secrets (Article 232 of the Criminal Code);

- illegal use of insider information (Article 232-1 of the Criminal Code);

- concealment of information about the activities of the issuer (Article 232-2 of the Criminal Code).

4) Crimes encroaching on relations between economic entities and consumers:

- intentional putting into circulation in the market of Ukraine (release to the market of Ukraine) of dangerous products (Article 227 of the Criminal Code).

Even a superficial analysis of the above-mentioned criminal law norms makes it possible to conclude that there is a certain excess of criminalization of the encroachments on economic activity. Articles of the Criminal Code, introduced into the law after its adoption and having indexes of 1 or more in the designation, usually contain special norms. Such norms provide for criminal liability for the behavior that has already been criminalized in other articles of the Criminal Code of Ukraine. Sometimes such an excess of criminalization causes at least surprise and misunderstanding of the point of and the need for the changes. For example, the absolute misunderstanding is caused by the need for introduction of Article 205-1 "Falsification of documents submitted for the state registration of a legal entity and an individual entrepreneur" and Article 206-2 "Illegal taking possession of property of the company, institution, organization" into the Criminal Code of Ukraine. In the first case, the unlawful behavior was and is fully covered by Articles 358 and 366 of the Criminal Code of Ukraine, and in the second case – by articles on crimes against property. Such an excess of criminalization has a negative impact on the practice of application of the relevant norms. The analysis of judicial statistics shows almost absolute absence of proceedings based on these articles.

3. PECULIARITIES OF THE *COPUS DELICTI* OF ECONOMIC CRIMES IN UKRAINE

Considering the object of the respective crimes, it should be noted that most of the economic crimes belong to the so-called "subject-matter crimes" – crimes, the obligatory feature of which is the subject-matter of the encroachment. Thus, the subject-matter of economic crimes:

- is an obligatory feature of the overwhelming majority of economic crimes;

- its types: property, documents, information, anti-values (counterfeit money, securities, means providing access to bank accounts, counterfeit or illegally acquired security elements, dangerous products, false information).

The subject-matter of economic crimes, in its legal meaning, serves as a means of distinguishing crimes from the adjacent administrative offenses. This distinguishing is conducted:

- a) by types of the subject-matter: for example, smuggling (Article 201 of the Criminal Code of Ukraine);

- b) by size (value of the subject-matter): for example, 1000 tax-free minimum incomes for evasion of taxes or 20 tax-free minimum incomes (herein-

after – TFMI) for Article 203-1 of the Criminal Code of Ukraine “Illegal circulation of disks for laser reading systems, matrices, equipment and raw materials for their production”.

On the objective side, the overwhelming majority of economic crimes can be carried out in an active form – by action. Inaction as a form of an act is typical for a small number of encroachments on the economic system: Articles 209-1, 223-2, 232-2 of the Criminal Code – failure to provide information; Articles 212, 212-1 of the Criminal Code – evasion of payments.

There are crimes with formal composition provided for by Articles 199, 200, 201, 203-2, 204, 205, 205-1, 206 (truncated composition), 206-2, 209, 213, 216, 220-1, 220-2, 222, 224, 233 of the Criminal Code of Ukraine.

Crimes with material composition are also inherent to economic crimes. In this case, the presence and (or) the amount of damage is the basis for distinguishing them from administrative offences:

- a significant damage as an evaluative notion – Articles 209-1, 231, 232 of the Criminal Code;
- if it equals or exceeds 20 TFMI – Articles 223-1, 229 of the Criminal Code;
- if it equals or exceeds 500 TFMI – Articles 219, 222-1, 227 of the Criminal Code;
- if it equals or exceeds 1000 TFMI – Articles 212, 212-1, 232-1 of the Criminal Code;
- loss of the registry system (its part) – Article 223-2 of the Criminal Code.

It is obvious that most of the economic crimes are connected with obtaining the benefit by a criminal, which has a monetary dimension. And the establishment of criminal liability and its differentiation are often linked either to gaining a certain amount of benefit or to causing damage, which can also be measured in money. The Criminal Code of Ukraine uses the construction that is not typical of the EU countries and is a consequence of the poor economic situation in our state. This is about the construction of a “tax-free minimum income”. Criminal law has borrowed this construction from tax law with certain modifications, which are difficult to understand either at first glance, or even after sufficiently in-depth study. Paragraph 5 of Sub-section 1 “Special rules for individual income tax collection” of Section XX “Transitional provisions” of the Tax Code of Ukraine states: If provisions of other laws contain references to tax-free minimum income, for purposes of their application the amount of 17 UAH shall be used, except for provisions of administrative and criminal legislation with regard to qualification of crimes or

administrative offenses, for which the amount of tax-free minimum income is established at the level of social tax exemption, specified in Sub-paragraph 169.1.1 Paragraph 169.1 of Article 169 of Section IV of this Code for the corresponding year. Referring to the mentioned Sub-paragraph 169.1.1, we can read that the amount of social tax exemption equals 50 percent of subsistence minimum for an able-bodied person (per month), established by the law as of 1 January of the accounting tax year¹³.

Therefore, we are dealing with the figure that constantly changes – with frequency of once a year. For example, in 2018, the TFMI should be taken at the level of 881 UAH, whereas in the previous year (2017) it was 800 UAH. Thus, there are often situations in practice where the act contains the features of the crime on 31 December of a particular year, but on 1 January – the next day – it does not. Obviously, the problem of temporal operation of the criminal law arises, in particular, in order to decide whether such a situation shall be considered as a change of the criminal law and whether it shall apply to persons who had committed the relevant acts before its entry into force.

The Constitutional Court of Ukraine at one time made the Decision that the changes in the regulatory legislation affecting the determination of the criminalization of the act without the changes in the text of the Criminal Code itself (indirect criminalization) should not be considered as the change of the criminal law, and accordingly, it would be wrongful to raise the question of the retroactive effect of such changes¹⁴. Nowadays, the conflict between this Decision of the Constitutional Court of Ukraine and the well-known Decision of the European Court of Human Rights, which offers the opposite solution to the relevant issue, is being debated.

The subject of crimes in the field of economic activity can be both general and special. The general subject is inherent to crimes provided for by Articles 199, 200, 201, 203-1, 203-2, 204, 206, 206-2, 209, 213, 216, 222, 224, 229, 231; the special one – to crimes provided for by Articles 205, 205-1,

¹³ Tax Code of Ukraine, 2010, December 2. Supreme Council of Ukraine, in: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> [accessed: 30.04.2018].

¹⁴ Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional petition of 46 people's deputies of Ukraine regarding the official clarification of the provisions of Article 58 of the Constitution of Ukraine, Articles 6, 81 of the Criminal Code of Ukraine (case on the retroactive effect of the criminal law in time), 2000, April 19, Decision No. 6-пн/2000. The Constitutional Court of Ukraine, in: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-00> [accessed: 30.04.2018].

212, 212-1, 219, 220-1, 220-2, 222-1, 223-1, 223-2, 227, 232, 232-1, 232-2, 233, 209-1, 210, 211 of the Criminal Code of Ukraine:

- the official;
- the individual entrepreneur;
- the founder (owner) of the economic entity;
- the person obliged to pay the compulsory payments;
- the person who was aware of the information in connection with his/her professional or official activity.

Considering the subjective side, it should be pointed out that the peculiarity of economic crimes is only the intentional form of guilt (in crimes with material composition, the intent in most cases may be both direct and indirect). The commission of some acts by negligence may be qualified by Article 367 of the Criminal Code “Neglect of official duty”. The motive of crimes, as a rule, does not affect the qualification, but is predominantly mercenary.

4. ECONOMIC CRIMES IN UKRAINE FROM THE POINT OF VIEW OF THE ASSOCIATION AGREEMENT WITH THE EU

In an effort to compare the existing system of economic crimes in Ukraine and the obligations imposed on Ukraine by the Association Agreement with the EU, it should be noted:

- Article 3 of the Agreement stipulates: the Parties recognize that the principles of a free market economy underpin their relationship, and the rule of law, good governance, the fight against corruption, the fight against the different forms of trans-national organized crime and terrorism, the promotion of sustainable development and effective multilateralism are central to enhancing the relationship between the Parties¹⁵. Effective counteraction to economic crimes is likely to become a good basis for Ukraine to comply with these fundamental principles;
- Article 20 of the Association Agreement with the EU, devoted to preventing and combating money laundering and terrorism financing, obliges our state to implement the relevant international standards, in particular those of

¹⁵ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, 2014, June 27, in: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529\(01\)&from=hu](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529(01)&from=hu) [accessed: 30.04.2018].

the Financial Action Task Force (FATF). It seems that in terms of criminal liability for legalization (laundering) of the proceeds from crime, such standards are well implemented in Ukraine and should not be subject to revision. The problems of counteracting the legalization (laundering) lie in the area of law enforcement, not the legal regulation;

– Article 22 of the Agreement is devoted to the fight against crime and corruption and, what concerns the issues raised in this publication, addresses smuggling of goods, economic crimes including in the field of taxation. If tax crimes are well elaborated in both judicial practice and the theory of criminal law of Ukraine, the decriminalization of smuggling of goods, on the other hand, seems to have insufficient grounds and should be subject to revision, including for the needs of implementation of the Association Agreement.

A large part of the Association Agreement is dedicated to intellectual property law and the measures aimed at its protection. Instead, economic crimes contain only one norm stipulated in Article 229 of the Criminal Code of Ukraine “Illegal use of mark for goods and services, trade name, qualified indication of the goods origin”, which – along with the crimes provided for by Articles 176 and 177 of the Criminal Code of Ukraine – makes a practically exhaustive system of criminal law protection of intellectual property, which does not seem to us to be sufficient. Nevertheless, this question is obviously much deeper and requires special attention of the scholars.

CONCLUSIONS

The issue of the implementation of the Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, in material criminal law, is, frankly speaking, still waiting for its researcher. We have just outlined some issues in terms of economic crimes and are very grateful to the reader for the attention given to this publication.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPSTWA
W DZIEDZINIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ
WEDŁUG UKRAIŃSKIEGO KODEKSU KARNEGO
W KONTEKŚCIE PROCESÓW INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ

Streszczenie. Artykuł dotyczy problemu odpowiedzialności za przestępstwa w dziedzinie działalności gospodarczej w systemie karno-prawnym Ukrainy po podpisaniu Umowy o stowarzyszeniu między Unią Europejską, Europejską Wspólnotą Energii Atomowej i ich państwami członkowskimi a Ukrainą. W tym celu przeprowadzono klasyfikację przestępstw w dziedzinie działalności gospodarczej zgodnie z Kodeksem karnym Ukrainy i opisano ogólne cechy poszczególnych przestępstw. Na tej podstawie jest porównywany istniejący system przestępstw w dziedzinie działalności gospodarczej w Ukrainie oraz obowiązki nałożone na Ukrainę na mocy Umowy o stowarzyszeniu z Unią Europejską.

Słowa kluczowe: przestępstwa w dziedzinie działalności gospodarczej, klasyfikacja, skład przestępstw, Kodeks karny Ukrainy, Umowa o stowarzyszeniu z Unią Europejską

PERSPEKTYWY WYKORZYSTANIA W POSTĘPOWANIU CYWILNYM OPINII BIEGŁEGO WYDANEJ W INNYM POSTĘPOWANIU

Joanna Misztal–Konecka

Katedra Postępowania Cywilnego
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0001-8849-5447>

Streszczenie. Problem możliwości wykorzystania w procesie cywilnym opinii biegłego wydanej na potrzeby innego postępowania był już przedmiotem ożywionej dyskusji doktryny i orzecznictwa. Celem ostatecznego rozstrzygnięcia sporów w tym zakresie w projekcie nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego¹ przewidziano wprowadzenie nowego przepisu – art. 278¹ k.p.c. – który będzie stanowił wprost podstawę dopuszczenia dowodu z opinii sporządzonej na zlecenie organu władzy publicznej w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Regulacja ta pozwoli na istotne przyspieszenie postępowania cywilnego i ograniczenie jego kosztów, zaś dzięki wprowadzeniu ograniczeń odnoszących się do podstawy przeprowadzenia tego dowodu (postępowanie przewidziane przez ustawę) oraz do organu zlecającego (organ władzy publicznej) będzie także stanowiła gwarancję poszanowania zasady rzetelnego procesu w kontekście bezstronności biegłego.

Słowa kluczowe: opinia biegłego, zasada bezpośredniości, zasada kontrydiktoryjności, wiadomości specjalne

WPROWADZENIE

Truizmem jest stwierdzenie, że wielokrotnie to samo zdarzenie faktyczne stanowi podstawę kilku postępowań sądowych lub pozasądowych. Dość wskazać, że wypadek komunikacyjny może stać się przedmiotem zainteresowania zarówno organów ścigania w sprawach karnych lub w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, jak też ubezpieczyciela w postępowaniu likwi-

¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 z późn. zm.

dacyjnym i sądu w postępowaniu cywilnym². Wskazane postępowania mogą toczyć się równolegle, może też mieć miejsce sytuacja, w której jedno z nich zostanie ukończone znacznie wcześniej niż kolejne.

Z uwagi na wskazaną zbieżność nie sposób wykluczyć, że każdorazowo te same lub zbliżone elementy stanu faktycznego mogą stanowić podstawę ostatecznego rozstrzygnięcia (orzeczenia, decyzji, itd.)³. Ich ustalenie staje się wówczas niezbędne, by zapadłe orzeczenie lub wydana decyzja były prawidłowe. Podstawę faktyczną rozstrzygnięcia może kształtować orzeczenie wydane w innym postępowaniu, o ile przepisy prawa nadają mu stosowną moc wiążącą. Stąd też na mocy art. 11 zd. 1 k.p.c., ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym, zaś zgodnie z art. 8 § 2 k.p.k.⁴, prawomocne rozstrzygnięcia sądu kształtujące prawo lub stosunek prawny są wiążące dla sądu karnego. Nie zawsze jednak zachodzą przesłanki do zastosowania przytoczonych regulacji; wówczas to materiał dowodowy zebrany w innej sprawie staje się cenny dla kolejnego toczącego się postępowania.

Pytanie o prawną możliwość wykorzystania opinii biegłego sądowego wydanej w innej sprawie (cywilnej czy karnej) w procesie cywilnym stanowi element szerszego zagadnienia odnoszącego się do dopuszczalności wykorzystania w kolejnym procesie materiału zgromadzonego w innym postępowaniu (karnym, w sprawie o wykroczenie, dyscyplinarnym, cywilnym, itd.)⁵. Niewątpliwie jednak dopuszczalność oparcia ustaleń faktycznych na opinii biegłego wydanej w innym postępowaniu musi być postrzegana inaczej jakościowo niż proste skorzystanie z dowodów z dokumentów prywatnych lub urzędowych zgromadzonych w aktach tejże innej sprawy. Wynika to oczywiście ze szczególnego charakteru opinii biegłego wśród środków dowodo-

² Szeroko na ten temat zob. np. K. Piasecki, *Wpływ postępowania i wyroku karnego na postępowanie i wyrok cywilny*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970.

³ J. Jodłowski [i in.], *Postępowanie cywilne*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2009, s. 97–98.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 z późn. zm.

⁵ Zagadnienie możliwości wykorzystania opinii biegłych z jednego postępowania w innym procesie stanowi element szerszego problemu spożytkowania materiału dowodowego z jednej sprawy w kolejnej. Na ten temat zob.: K. Piasecki, *Wykorzystanie w postępowaniu cywilnym materiału dowodowego zebranego w sprawie karnej*, „Palestra” 12 (1971), s. 5–17; Tenże, *System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2010, s. 136–143.

wych. Wszak opinia biegłego nie służy prostemu komunikowaniu spostrzeżeń, ale udzieleniu wiadomości specjalnych dostępnych jedynie specjalistom czy naukowcom – wykraczających poza zakres wiadomości ogólnych, dostępnych ogółowi osób przeciętnie inteligentnych o przeciętnym zasobie wiedzy⁶. Z tego względu dowód z opinii biegłego nie może zostać zastąpiony inną czynnością dowodową, np. przesłuchaniem świadka; z tego też względu jest to dowód, którego przeprowadzenie wymaga istotnego nakładu czasu i środków finansowych.

1. WYKORZYSTANIE OPINII WYDANEJ W INNYM POSTĘPOWANIU – DOTYCHCZASOWE STANOWISKO

Możliwość wykorzystania opinii wydanej w innym postępowaniu była już przedmiotem zainteresowania doktryny postępowania cywilnego. Krótkie wskazanie zajmowanych stanowisk poprzedzić należy podkreśleniem, że opinia biegłego wydana w innej sprawie na żądanie organu procesowego nie może być utożsamiana z tzw. opinią prywatną (inaczej pozaprosesową, pozasądową, rzeczoznawczą⁷), a zatem sporządzoną na zlecenie innego niż organ procesowy uczestnika postępowania. *De lege lata* opinia z innej sprawy nie jest też jednak opinią w rozumieniu art. 278 k.p.c., skoro dowodem może

⁶ Szerzej na temat opinii biegłego zob. zwłaszcza: S. Rejman, *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1967; J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie, Kraków 2000; E. Rudkowska-Ząbczyk, *Dowód z opinii biegłego*, w: *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 482–495; J. Misztal-Konecka, *Proces cywilny a opinia biegłego wydana w innym postępowaniu*, „Przegląd Sądowy” 11–12 (2012), s. 57–58 wraz z powołaną literaturą; A. Klich, *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym. Biegły lekarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016; *Rola biegłego w postępowaniach sądowych*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, Wydawnictwo Presscom, Wrocław 2016.

⁷ Szerzej na temat opinii prywatnych zob.: J. Budzowska, *Opinia prywatna w sprawie o tzw. błąd medyczny*, „Monitor Prawniczy” 5 (2012), s. 279–280; J. Misztal-Konecka, *Znaczenie tzw. opinii prywatnych dla postępowania cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2 (2013), s. 63–69 wraz z powołaną literaturą; K. Knoppek, *Prywatna opinia biegłego de lege ferenda*, w: *Aequitas sequitur legem. Księga jubileuszowa z okazji 75. urodzin Profesora Andrzeja Zielińskiego*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, G. Jędrejek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 225–229; A. Marciniak, *Oddział 4. Opinie biegłych*, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-366*, red. A. Marciniak, K. Piasecki, wyd. 7, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 1239–1240.

być wyłącznie opinia dopuszczona i przeprowadzona w danej sprawie⁸. W świetle art. 278-279 k.p.c., sąd orzekający w danej sprawie po stwierdzeniu, że zachodzi potrzeba wykorzystania wiadomości specjalnych, oraz po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru, określa, kto i na jakie pytania z zakresu wiedzy specjalistycznej winien udzielić odpowiedzi (a zatem wydać opinię).

W literaturze wyrażono rozbieżne stanowiska co do procesowego spożytkowania opinii biegłego przygotowanej na potrzeby innego postępowania. I tak, ostrożnie za dopuszczalnością wykorzystania dowodów zebranych poza toczącym się procesem cywilnym wypowiedział się M. Waligórski, który, analizując moc dowodową ustaleń faktycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia, wskazał na możliwość wykorzystania zeznań świadków czy opinii biegłych utrwalonych w aktach innego postępowania⁹. K. Piasecki wywodził, że możliwe jest wykorzystanie w procesie cywilnym opinii pisemnej przeprowadzonej w sprawie karnej, chyba że strona podniesie fakt pozbawienia jej wpływu na wybór osoby biegłego lub wykaże, że biegły podlega wyłączeniu¹⁰.

Natomiast B. Dobrzański, powołując się na zasadę bezpośredniości, wykluczył wykorzystanie materiału dowodowego z innej sprawy¹¹. Podobnie ostatnio K. Knoppek wskazał, że polskie prawo nie przewiduje „opinii wielokrotnego użytku”, a zatem niedopuszczalne jest użycie w kolejnej sprawie opinii biegłego sporządzonej w innym postępowaniu¹².

E. Wengerek¹³, W. Siedlecki¹⁴, T. Ereciński¹⁵, A. Marciniak¹⁶ i J. Derlatka¹⁷ odwoływali się w swoich poglądach przede wszystkim do zapatrywań

⁸ T. Widła, *Ekspertyzy irrelewantne*, „Prokuratura i Prawo” 10 (2007), s. 7. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1998 r., sygn. akt I CKN 922/97, LEX nr 50754; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 2016 r., sygn. akt IV CSK 737/15, LEX nr 2110961.

⁹ M. Waligórski, *Moc dowodowa ustaleń faktycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia*, „Nowe Prawo” 3 (1953), s. 30–31.

¹⁰ K. Piasecki, *System dowodów*, s. 141.

¹¹ B. Dobrzański, *Komentarz do art. 177*, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. Z. Resich, W. Siedlecki, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1969, s. 297.

¹² K. Knoppek, *Rozdział 4. Dowód z opinii biegłego*, w: *System prawa procesowego cywilnego*, t. II, cz. 2: *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, red. T. Wiśniewski, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 428–431.

¹³ E. Wengerek, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania cywilnego za rok 1967*, „Nowe Prawo” 4 (1968), s. 614.

¹⁴ W. Siedlecki, *Glosa [do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1956 r., II CR 236/55]*, „Nowe Prawo” 3 (1957), s. 120–124.

wyrażanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który co do zasady nie wykluczył (pod pewnymi istotnymi warunkami, często w postaci zgody stron) wykorzystania dowodów, w tym opinii biegłych, z innych postępowań, o ile dotyczą tych samych podlegających badaniu okoliczności faktycznych¹⁵.

W opublikowanym w 2012 r. w „Przeglądzie Sądowym” artykule *Proces cywilny a opinia biegłego wydana w innym postępowaniu*¹⁶ przedstawiłam pogląd, że spożytkowanie opinii biegłego w innym postępowaniu jest prawnie dopuszczalne pod kilkoma warunkami. Po pierwsze, brak przeszkód, by uznać opinię wydaną w innej sprawie za dowód z dokumentu prywatnego: dowód tego, że osoba, która ten dokument podpisała, prezentuje pogląd przedstawiony w dokumencie. Moc dowodowa takiej ekspertyzy jako dokumentu prywatnego różni się istotnie od opinii biegłego, co jednak nie dyskwalifikuje jej znaczenia, również dowodowego. Zawarte w niej twierdzenia mogłyby stać się podstawą ustaleń faktycznych w razie ich przyznania (art. 229 k.p.c.) albo braku zaprzeczenia przez stronę przeciwną (art. 230 k.p.c.). Zakwestionowanie ich przez stronę przeciwną spowoduje, że potrzebny staje się dowód w rozumieniu art. 278 k.p.c.

Po drugie, wskazałam, że należy dopuścić przeprowadzenie przez sąd w trybie art. 278 k.p.c. dowodu z opinii pozyskanej w innej sprawie, każdorazowo z poszanowaniem zasad ekonomii i szybkości postępowania, ale także zasady bepośredniości²⁰. Oznacza to, że na wniosek strony (ewentualnie

¹⁵ T. Ereciński, *Komentarz do art. 278, w: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, wyd. 5, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 407.

¹⁶ A. Marciniak, *Oddział 4. Opinie biegłych*, s. 1240.

¹⁷ J. Derlatka, *Wykorzystanie dowodu z opinii biegłego sporządzonej w innej sprawie w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 7–8 (2018), s. 123, 134–135.

¹⁸ Zob. zwłaszcza orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1937 r., sygn. akt II C 901/37, OSNC 1938/7/329; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 1957 r., sygn. akt III CR 340/56, OSNCK 1959/1/8; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 1962 r., sygn. akt I CR 991/61, OSNC 1963/10/232; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2001 r., sygn. akt I PKN 526/00, OSNP 2003/11/273; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2006 r., sygn. akt I UK 213/05, LEX nr 277891; wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 4 lutego 2010 r., sygn. akt I ACa 431/09, LEX nr 686420; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r., sygn. akt III UK 133/16, LEX nr 2332316. Równocześnie jednak należy odnotować kategoryczne wypowiedzi odmawiające opinii biegłego sporządzonej w innej sprawie walurowi dowodu z opinii biegłego, zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt I ACa 1029/17, LEX nr 2529547.

¹⁹ J. Misztal–Konecka, *Proces cywilny*, s. 56–65.

²⁰ Na potencjalny konflikt tych zasad wskazuje zwłaszcza K. Piasecki, *Wpływ postępowania*, s. 172; Tenże, *System dowodów*, s. 131.

wyjątkowo z urzędu – art. 232 zd. 2 k.p.c.) – po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru – sąd może dopuścić dowód z opinii biegłego sporządzonej w innej sprawie. Stosowne postanowienie dowodowe winno określać nie tylko osobę biegłego, ale także przedmiot i granice wypowiedzi, co w praktyce oznacza wskazanie okoliczności faktycznych, których naświetleniu ma służyć opinia z innej sprawy. Wyklucza to zaskakiwanie stron wykorzystaniem konkluzji lub rozważań tejże opinii, na pierwszy rzut oka nie związanych z przedmiotem danego procesu cywilnego. Co więcej, konsekwencją postanowienia sądu orzekającego w procesie cywilnym o dopuszczeniu takiego dowodu powinno być zarządzenie sporządzenia odpisów tejże opinii i doręczenie jej wszystkim uczestnikom postępowania (nawet jeżeli treść tego dowodu jest im znana), z określeniem terminu na zgłoszenie zastrzeżeń do opinii i wniosków o jej uzupełnienie, postawienie dodatkowych pytań biegłemu, zgłoszenie żądania wezwania go na termin rozprawy celem ustnego wyjaśnienia wątpliwości, itp. Zatem czynności związane z przeprowadzeniem tego dowodu nie powinny istotnie różnić się od czynności dokonywanych w przypadku opinii biegłego sporządzonej w danej sprawie.

2. WYKORZYSTANIE OPINII WYDANEJ W INNYM POSTĘPOWANIU W PROJEKCIE NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

Kwestia dopuszczalności procesowego wykorzystania opinii biegłego wydanej w innym postępowaniu, choć wydawała się rozwiązana w sposób satysfakcjonujący – z poszanowaniem zasad prawdy, bezpośredniości, równości stron i ekonomiki procesowej – spotkała się z zainteresowaniem projektodawców nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego, zarówno w wersji z 27 listopada 2017 r., jak i 27 czerwca 2018 r. Dostrzeżono zapewne, że w doktrynie nie udało się uzyskać pełnej zgodności poglądów w tym zakresie. Projektuje się zatem wprowadzenie nowego przepisu oznaczonego jako art. 278¹ k.p.c. o następującej treści: „**Art. 278¹. Sąd może dopuścić dowód z opinii sporządzonej na zlecenie organu władzy publicznej w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę**”.

Przepis ten stanowić ma normatywną podstawę do poszerzenia materiału dowodowego o opinie [biegłych] nieprzygotowane na potrzeby danego postępowania cywilnego. Nie oznacza on jednak swobodnego wprowadzenia do procesu wszelkich wypowiedzi osób (podmiotów), o których można sądzić, że posiadają wiadomości specjalne.

Prima facie nadal należy uznać za wyłączone potraktowanie jako opinii biegłego ekspertyzy wydanej na zlecenie strony postępowania lub osoby trzeciej, a zatem tzw. opinii prywatnej. Tego rodzaju ekspertyzy na gruncie postępowania cywilnego pozostaną, jak dotychczas, dokumentami prywatnymi lub poszerzeniem argumentacji prezentowanej przez stronę. Ich oczywista użyteczność, dostrzegana choćby w relacjach umownych, nie jest bowiem równoważona wystarczającymi gwarancjami bezstronności. Projektodawca przewiduje również pozostawienie poza możliwością procesowego wykorzystania jako opinii biegłego tych opinii, które sporządzane są wprawdzie na potrzeby postępowań przewidzianych ustawą, ale nieprowadzonych przez organy władzy publicznej. Najlepszym przykładem są w tym zakresie opinie (ekspertyzy) sporządzane w prowadzonych przez ubezpieczycieli postępowaniach likwidacyjnych (np. likwidacja szkody komunikacyjnej) czy w postępowaniach reklamacyjnych (np. z tytułu rękojmi za wady obuwia). Również w tym przypadku wydaje się, że brak wystarczających gwarancji bezstronności opiniującego wyklucza zasadność zrównania ich z opiniami biegłych sądowych.

Odmienny charakter projektuje się natomiast przydać opinii sporządzonej w innych postępowaniach przewidzianych przez ustawę na zlecenie organu władzy publicznej. Jak widać omawianą dopuszczalność dowodowego wykorzystania warunkują dwa elementy:

- sporządzenie opinii w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę;
- zlecenie organu władzy publicznej jako podstawę sporządzenia tej opinii.

Już na wstępie można uznać, że projektodawca odsyła do opinii przewidzianych w postępowaniu cywilnym (art. 278 k.p.c.), postępowaniu karnym (art. 193 k.p.k.), postępowaniu w sprawach o wykroczenia (art. 43 k.p.s.w.²¹ w zw. z art. 193 k.p.k.), postępowaniu administracyjnym (art. 84 k.p.a.²²), egzekucyjnym w administracji (art. 67b u.p.e.a.²³), itd. W trybie art. 278¹ k.p.c. wykorzystany będzie mógł być jedynie taki środek dowodowy, który w postępowaniu pierwotnym (źródłowym) jest traktowany jak opinia (bie-

²¹ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz. U. z 2018 r., poz. 475 z późn. zm.

²² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 z późn. zm.

²³ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, Dz. U. z 2018 r., poz. 1314 z późn. zm.

głego). W praktyce oznacza to, że podstawą pojawienia się takiego dowodu w postępowaniu pierwotnym musi być decyzja procesowa o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, a zatem np. postanowienie o powołaniu biegłego na podstawie art. 278 w zw. z art. 236 k.p.c. (w postępowaniu cywilnym) lub na podstawie art. 193 i 194 k.p.k. (w postępowaniu karnym), zwrócenie się do biegłego na podstawie art. 67b u.p.e.a. (w postępowaniu egzekucyjnym w administracji) lub na podstawie art. 84 k.p.a. (w postępowaniu administracyjnym).

Równocześnie drugi istotny, a zapewne kluczowy, element limitujący uprawnienie sądu cywilnego wskazane w projektowanym art. 278¹ k.p.c., to podmiot zlecający wydanie opinii: ma to bowiem być organ władzy publicznej. Co ciekawe, dotychczas terminem „organ władzy publicznej” na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego posługiwał się jedynie art. 244 § 1 k.p.c. definiujący pojęcie dokumentu urzędowego²⁴. Termin ten jednak funkcjonuje od dawna na gruncie prawa konstytucyjnego. Warto zwłaszcza wskazać, że art. 77 ust. 1 Konstytucji RP²⁵ określa zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Wykorzystując dotychczasowy dorobek orzecznictwa i doktryny, należy zaznaczyć, że organ władzy publicznej to zarówno zorganizowany podmiot, funkcjonujący w określonej strukturze²⁶, wprost tak określony w przepisie²⁷, jak też podmiot wyposażony (pomimo braku wyraźnego nazwania mianem organu władzy publicznej) w kompetencje przynależne władzy publicznej²⁸. Pojęcie „władzy publicznej” obejmuje wszystkie władze w sensie konstytucyjnym – ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą; obejmuje władzę pań-

²⁴ Art. 244 § 1 k.p.c.: „Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone”.

²⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

²⁶ M. Safjan [*Odpowiedzialność Państwa na podstawie art. 77 Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 4 (1999), s. 8] definiuje go jako instytucję, strukturę organizacyjną, jednostkę władzy publicznej.

²⁷ Tak ograniczają pojęcie organu władzy publicznej, np. M. Safjan, *Odpowiedzialność Państwa*, s. 8; P. Granecki, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.*, „Palestra” 11–12 (2002), s. 223–224.

²⁸ Za szerszym rozumieniem pojęcia organu władzy publicznej opowiada się np. I. Karasek, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy po wyroku TK z dnia 4 grudnia 2001 r.*, SK 18/2000, „Transformacje Prawa Prywatnego” 1–2 (2002), s. 99–100.

stwową i samorządową²⁹. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślono, że pojęcia organu państwa oraz organu władzy publicznej nie są tożsame. W pojęciu „władzy publicznej” mieszczą się bowiem także inne instytucje niż państwowe lub samorządowe, o ile wykonują funkcje władzy publicznej w wyniku powierzenia czy przekazania im tych funkcji przez organ władzy państwowej lub samorządowej. Wykonywanie władzy publicznej dotyczy wszelkich form działalności państwa, samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych, które obejmują bardzo zróżnicowane formy aktywności. Wykonywanie takich funkcji łączy się z reguły, chociaż nie zawsze, z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki³⁰.

Reasumując, złożenie wskazanych dwóch przesłanek prowadzić będzie do uznania dopuszczalności procesowego wykorzystania opinii biegłych sporządzonych w trakcie postępowania cywilnego, w trakcie postępowania karnego (tak w fazie przygotowawczej, jak i sądowej), w trakcie postępowania wykroczeniowego (tak w trakcie czynności wyjaśniających, jak i sądowych), postępowania administracyjnego (tak w fazie rozpoznawczej, jak i egzekucyjnej).

Wprowadzenie do procesu opinii, o której stanowi projektowany art. 278¹ k.p.c., wymagałoby przyjęcia trybu postępowania właściwego dla opinii biegłego. W pierwszej kolejności strona winna złożyć wniosek o dopuszczenie takiego dowodu, precyzyjnie wskazując nie tylko, na jakie okoliczności ma on zostać przeprowadzony, ale równocześnie konkretnie określając postępowanie, w którym taka opinia została przeprowadzona. Tego rodzaju wniosek podlega ocenie na zasadach ogólnych wskazanych w art. 278 k.p.c. Niezbędna jest zatem nade wszystko ocena, czy przeprowadzenie danego dowodu nie jest wyłączone na mocy regulacji szczególnych, czy dowód nie służy wykazaniu faktów bezspornych, nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy lub udowodnionych zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, czy rzeczywiście jest on przydatny dla wykazania danego faktu i czy dla jego wykazania niezbędne są wiadomości specjalne. Wreszcie, nie sposób pominąć także oceny,

²⁹ Zgodnie z art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 z późn. zm.), organami władzy publicznej są m.in. organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Zob. także: T. Demendecki, *Komentarz do art. 244*, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1-729*, red. A. Jakubecki, wyd. 7, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 441.

³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 18/00, OTK 2001/8/256.

czy wniosek ten nie zmierza do przedłużenia postępowania lub winien zostać uznany za spóźniony.

Regulacja art. 278 k.p.c. umożliwia stronom wyrażenie stanowiska „co do liczby biegłych i ich wyboru” przed wezwaniem biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii. Sąd zobligowany jest zatem umożliwić stronom wyrażenie swojego stanowiska w tym zakresie tak w przypadku rozpoznawania wniosku strony o dopuszczenie dowodu z innego postępowania, jak i w sytuacji, w której zamierza dopuścić taki dowód z urzędu³¹. Oznacza to, że zwłaszcza przed wydaniem postanowienia dowodowego sąd władny jest oceniać czy wskazany biegły nie podlega wyłączeniu jako *peritus inhabilis*, jak też rozstrzygnąć zarzuty co do braku bezstronności biegłego (art. 48-49 k.p.c. w zw. z art. 281 k.p.c.). Ostatecznie zaś, gdy dojdzie już do wydania postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego przeprowadzonej w innym postępowaniu, dalszy przebieg postępowania nie powinien odbiegać istotnie od tradycyjnego opiniowania w danej sprawie, w tym w szczególności gwarantującego realizację zasady kontrydiktoryjności³².

Udostępnienie stronom opinii biegłego wydanej w innej sprawie powinno następować w sposób umożliwiający im zapoznanie się z jej treścią i zgłoszenie ewentualnych zastrzeżeń. Równocześnie wyrażam stanowisko, że dopuszczenie dowodu nie wymaga w tym przypadku wezwania biegłego na rozprawę w celu umożliwienia stronom zadawania pytań biegłemu co do treści opinii³³. W pierwszej kolejności bowiem nie sposób odczytywać literalnie kodeksowego wezwania biegłego w celu zasięgnięcia jego opinii, skoro art. 278 § 3 k.p.c. wprost dozwala na dokonanie przez sąd wyboru, czy opinia winna być przedstawiona ustnie, czy pisemnie. Rosnący poziom skomplikowania stosunków społecznych sprawia, że sądy i inne organy jedynie wyjątkowo (w sporadycznych przypadkach) decydują się na pozyskanie wy-

³¹ Odmiennie por. J. Derlatka (*Wykorzystanie dowodu*, s. 130), która wskazuje, że w przypadku dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z urzędu “[s]trony zaś pozbawione są prawa przedstawienia uprzednich wniosków co do powołania biegłego oraz możliwości wskazania na przeszkody w wyznaczeniu konkretnego biegłego”. Zgodzić się należy natomiast ze wskazaniem Autorki, że wykorzystanie opinii przygotowanej na potrzeby innego postępowania wyklucza skorzystanie przez biegłego z przewidzianej w art. 280 k.p.c. możliwości odmowy przyjęcia obowiązku wydania opinii.

³² Co do znaczenia prawidłowości przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego zob. zwłaszcza A. Wasilewski, *Prawo do sprawiedliwego postępowania sądowego a problem granic jego kontrydiktoryjności (na przykładzie dowodu z opinii biegłych)*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 266 (1999), s. 423–432.

³³ Odmiennie por. J. Derlatka, *Wykorzystanie dowodu*, s. 127.

łącznie ustnej opinii biegłego; taką formę przybierają *de facto* – i to nie wszystkie – opinie uzupełniające. Względy ekonomiki procesowej oraz konieczność zapewnienia stronom rzeczywistej możliwości zapoznania się z opinią biegłego (a dokładniej tokiem rozumowania, który doprowadził do określonych wniosków) przemawiają obecnie za pisemną formą opiniowania. Natomiast – w razie potrzeby wynikającej z niepełności lub nieadekwatności opinii, w razie zastrzeżeń, pytań, wątpliwości stron odnośnie do treści opinii – celowe może stać się żądanie ustnego wyjaśnienia opinii (art. 286 k.p.c., art. 291 § 1 zd. 2 k.p.c.); brak jednak potrzeby takiego ustnego wyjaśnienia, gdy żadne wątpliwości i zastrzeżenia nie pojawiły się tak u sądu, jak i u stron.

PODSUMOWANIE

Projektowana regulacja art. 278¹ k.p.c. dezaktualizuje pojawiający się obecnie niekiedy pogląd, że dla wykluczenia możliwości skorzystania z opinii biegłego wydanej w innym postępowaniu wystarczający jest brak zgody jednej ze stron lub też proste żądanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego wyłącznie na potrzeby danego postępowania. Już to spostrzeżenie pozwala na wstępnie pozytywną ocenę wprowadzenia tejże regulacji do Kodeksu postępowania cywilnego. Przedstawiona analiza pozwala na wniosek, że walory proponowanego rozwiązania na rzecz szybkości postępowania i zaoszczędzenia kosztów wydają się równoważyć częściowe ustępstwa dokonane po stronie zasady bezpośredniości. Tym łatwiej o taką ocenę w przypadku opinii biegłego, która w przeważającej większości spraw ma formę pisemną, a dopiero na skutek zgłoszenia zarzutów i pytań uzupełniających dochodzi do wezwania biegłego do złożenia opinii (uzupełniającej) w formie ustnej. Niezbędny element bezpośredniości i kontradiktoryjności realizowany będzie dzięki wydaniu postanowienia dowodowego w trybie art. 278 k.p.c. i umożliwieniu stronom zapoznania się z opinią i zgłoszenia do niej zastrzeżeń. Podkreślić wypada, że strony postępowania po otrzymaniu odpisu opinii wydanej w innym postępowaniu mogą zgłaszać wnioski o jej uzupełnienie i skorygowanie lub zastrzeżenia, niezależnie od stanowiska zajmowanego w pierwotnym procesie w tym zakresie. O ile bowiem przygotowana wówczas opinia mogła być w pełni adekwatna do stanu faktycznego sprawy i okoliczności istotnych dla jej rozstrzygnięcia, o tyle adekwatność ta nie musi zachodzić w kolejnej sprawie, choćby z uwagi na pewne (większe lub mniejsze) odmienności stanu faktycznego lub odmiennie nakreślony krąg okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Na koniec podkreślić wypada, że

wprowadzenie do procesu cywilnego opinii wydanej w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy nie przesądza o wiarygodności tego dowodu. Dowód taki, jak każdy inny dowód, podlega swobodnej ocenie sądu zgodnie z kryteriami wyrażonymi w art. 233 k.p.c.

PIŚMIENNICTWO

- Błaszczak, Łukasz, i Krystian Markiewicz (red.). 2016. *Rola biegłego w postępowaniach sądowych*. Wrocław: Wydawnictwo Presscom.
- Budzowska, Jolanta. 2012. „Opinia prywatna w sprawie o tzw. błąd medyczny.” *Monitor Prawniczy* 5:279–280.
- Derlatka, Joanna. 2018. „Wykorzystanie dowodu z opinii biegłego sporządzonej w innej sprawie w postępowaniu cywilnym.” *Przegląd Sądowy* 7–8:121–135.
- Ereciński, Tadeusz (red.). 2016. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze*. Wyd. 5. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Granecki, Paweł. 2002. „Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.” *Palestra* 11–12:215–226.
- Jakubecki, Andrzej (red.). 2017. *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1–729*. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Jodłowski, Jerzy [i in.]. 2009. *Postępowanie cywilne*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Karasek, Iwona. 2002. „Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy po wyroku TK z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/2000.” *Transformacje Prawa Prywatnego* 1–2:93–112.
- Klich, Aleksandra. 2016. *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym. Biegły lekarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Knoppek, Krzysztof. 2014. „Prywatna opinia biegłego de lege ferenda.” W *Aequitas sequitur legem. Księga jubileuszowa z okazji 75. urodzin Profesora Andrzeja Zielińskiego*, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska, i Grzegorz Jędrejek, 225–229. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Marciniak, Andrzej, i Kazimierz Piasecki (red.). 2016. *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366*. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Misztal-Konecka, Joanna. 2012. „Proces cywilny a opinia biegłego wydana w innym postępowaniu.” *Przegląd Sądowy* 11–12:56–65.
- Misztal-Konecka, Joanna. 2013. „Znaczenie tzw. opinii prywatnych dla postępowania cywilnego.” *Monitor Prawniczy* 2:63–69.
- Piasecki, Kazimierz. 1970. *Wpływ postępowania i wyroku karnego na postępowanie i wyrok cywilny*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Piasecki, Kazimierz. 1971. „Wykorzystanie w postępowaniu cywilnym materiału dowodowego zebranego w sprawie karnej.” *Palestra* 12:5–17.
- Piasecki, Kazimierz. 2010. *System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Rejman, Stanisław. 1967. *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Resich, Zbigniew, i Władysław Siedlecki (red.). 1969. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

- Rudkowska-Ząbczyk, Ewa. 2000. „Dowód z opinii biegłego.” W *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Łukasz Błaszczak, Krzysztof Markiewicz, i Ewa Rudkowska-Ząbczyk, 482–495. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Safjan, Marek. 1999. „Odpowiedzialność Państwa na podstawie art. 77 Konstytucji RP.” *Państwo i Prawo* 4:3–18.
- Siedlecki, Władysław. 1957. „Głosa [do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1956 r., II CR 236/55].” *Nowe Prawo* 3:119–124.
- Waligórski, Marian. 1953. „Moc dowodowa ustaleń faktycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia.” *Nowe Prawo* 3:28–39.
- Wasilewski, Andrzej. 1999. „Prawo do sprawiedliwego postępowania sądowego a problem granic jego kontradiktoryjności (na przykładzie dowodu z opinii biegłych).” *Acta Universitatis Wratislaviensis* 266:423–432.
- Wengerek, Edmund. 1968. „Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania cywilnego za rok 1967.” *Nowe Prawo* 4:609–638.
- Widła, Tadeusz. 2007. „Ekspertyzy irrelewantne.” *Prokuratura i Prawo* 10:5–16.
- Wiśniewski, Tadeusz (red.). 2016. *System prawa procesowego cywilnego* T. II, cz. 2: *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Wójcikiewicz, Józef. 2000. *Dowód naukowy w procesie sądowym*. Kraków: Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie.

PROSPECTS FOR THE USE OF AN EXPERT OPINION
FROM DIFFERENT PROCEEDINGS IN CIVIL PROCEEDINGS

Summary. Whether or not an expert opinion issued for different proceedings can be used in civil proceedings has been the subject of much discussion in literature and jurisprudence. To settle this matter once and for all, one of the draft amendments of the Civil Code proposes a new provision – Article 278¹ of Polish Code of Civil Procedure – to provide direct legal basis to admit opinions commissioned by public authorities in different proceedings conducted under the authority of an act of Parliament. This will make it possible to speed up the course and limit the costs of civil proceedings, and, thanks to prescribing some limitations relating to the basis for ordering such evidence (proceedings provided for by an act of Parliament) and the ordering body (a public authority), it will also guarantee that the principle of fair trial (due process) is upheld in relation to the expert's impartiality.

Key words: expert opinion, the principle of directness, the adversarial principle, special information

PROTECTION OF THE RIGHT TO FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION IN THE SLOVAK REPUBLIC¹

Michaela Moravčíková

Institute for Legal Aspects of Religious Freedom
Trnava University in Trnava
Slovak Republic
<https://orcid.org/0000-0002-0856-0286>

Summary. The paper deals with protection of the right to freedom of thought, conscience and religion in the Slovak Republic. It focuses to religious freedom, legal framework of State-Church Relations, recognitions of Churches by the State, they public manifestations, status and autonomy. It elucidates constitutional guarantees of freedom of conscience, thought and religion. It zooms in specific legal acts, documents, current practice, problems, challenges and possible development, and reflects the complex correlation of the issue of State-Church relations and position of Churches in the society with the need of protection of the State and society.

Key words: religious freedom, legal framework of State-Church relations, recognitions of Churches by the State

INTRODUCTION

We live in an era in which culture of values, identity and faith is increasingly important. This brings challenges and threats. After the collapse of Communism, political and economic liberty revived. The external manifestations of religious life were revived, too. Today we are often talking about the boundaries of religious freedom, and we are talking about the need to limit external manifestations of religious freedom because of the security of the State. We are living in times of terrorist attacks and other manifestations of

¹ The contribution was created as part of the project VEGA 1/0254/16 Financing of Churches and Religious Societies.

religious extremism. Therefore, it is necessary to think again about the legal framework of State-Church relations, recognition of Churches by the State and funding of Churches and especially about the participation of new religious movements in the society.

Nowadays the definitions of the terms thought, conscience, belief, religion and religious conviction have been missing in the Slovak law. The States, in general, do not reserve the right to define these terms for the sake of law, although, without any doubts, they occur as core notions in legal texts. They rely more upon court decisions since these reflect reality and practice. These also reflect knowledge of social sciences, life science, and philosophy. This mainly regards a definition of religion in its substance as a special phenomenon within human activity – mostly etymological, reflecting the importance of religion as expressed by the language of the given society, essentialist, determining positive features, negative patterns, necessary elements, objectives and subjects of religion; or analogical, analysing elements of religion as a phenomenon and creating general patterns.

Freedom of thought can be interpreted as the right to independent reflection of the reality and decision-making on the basis of this reflection. It enables any formulation of the approach to the issues of conscience and belief. We reflect the opinion of certain theoreticians of law according to whom the freedom of religion, belief or worldview, as well as conscientious freedom and freedom of thought should be judged in an unequivocal way irrespective of whether certain belief is or not religion. The freedom of thought protects the human internal world against State interventions and any ideological influence; it may evolve into the freedom of conscience and religion. Gradually, an opinion starts to dominate that the right to religious freedom also includes the freedom of the worldview; these were supposed to be fundamental opinions on the position of a man and the social life², what is already reflected by some countries in their legislation; for instance, the European Union in its approach to religious and worldview organizations.

² H. Barancová, *Právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženskú slobodu*, in: *Právna ochrana slobody svedomia*, eds. M. Moravčíková, V. Križan, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Trnava 2013, pp. 17–22.

PROTECTION OF THE RIGHT TO FREEDOM OF THOUGHT,
CONSCIENCE AND RELIGION IN THE SLOVAK REPUBLIC

The Slovak Republic mainly guarantees religious freedom through the Constitution of the Slovak Republic, Constitutional Act No. 23/1991 Coll. of Acts (Coll.) which incorporates the Charter of Fundamental Human Rights and Freedoms, and Act No. 308/1991 Coll. of Laws on the Freedom of Religion and the Status of Churches and Religious Societies. Slovakia is also bound by international legal documents among which we would mention the Universal Declaration of Human Rights, the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Pact on Civil and Political Rights, the European Social Charter and the primary legislation of the European Union. Also worthy of mention are the Framework Agreement between the Slovak Republic and the Holy See, the Agreement between the Slovak Republic and the Registered Churches and Religious Societies and the set of so called partial treaties and agreements between the Slovak Republic and these religious entities.

In the preamble to the Constitution, the Slovak Republic joins the spiritual heritage of Cyril and Methodius and the historical message of Great Moravia. At the same time, it declares that is not bound to any ideology or religion. Article 24 of the Constitution guarantees freedom of thought, conscience, religion and belief. This right includes the possibility to change own religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest own religion or belief in practice, worship, observance or teaching.

The execution of State administration in the area of Churches and religious societies, in harmony with the law on organization of the activities of the Government and the organizations of central State administration, is covered by the Ministry of Culture of the Slovak Republic.

The basic Slovakian confession-related piece of legislation, Act No. 308/1991 Coll. of Laws on Freedom of Religion and the Status of Churches and Religious Societies in its first part derives the definition of the right to freedom of thought, conscience and religion from the Charter of Fundamental Rights and Freedoms: "Everyone has the right to his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance. Everyone has the right to change his religion or belief or to have no religion" and develops it further. Everyone is guaranteed the right to freely spread his religion or the conviction to be of no religion. No one can

be forced to adopt any religion or to be of no religion. The profession of belief shall not be a reason for the restriction of the rights and freedoms of citizens guaranteed by the Constitution, especially, the right to education, choice and execution of occupation and access to information. In Article 2, the Law recognizes the rights of believers “a believer has the right to celebrate holidays and ceremonies according to the requirements of own religion in harmony with the generally binding regulations”. The Law also anchors the right of parents or legal guardians to decide on the religious education of children under the age of fifteen.

Article 5 of the Law lists other rights of believers, the rights to associate, to establish Churches and religious societies and to join already existing Churches or religious societies and to participate in their life, in particular: to take part in religious acts; to take part in worships or other rites; to be educated in a religious spirit, in line with the conditions set by the internal regulations of Churches and religious societies and generally binding legal regulations to teach religion; to establish and maintain religious contacts internationally; to own religious literature in any language³ and to disseminate it under the conditions defined by generally binding legal regulations; to opt for spiritual or monastic status and to decide for a life in communities, orders or other similar societies.

Article 1 para 1 contains a definition pursuant to which “For the purpose of this Law, a believer is everyone who professes a religious belief”. The Law awards these special rights to those who profess religious belief, and it does not apply to bearers of other, non-religious convictions and world-views’.

These provisions cannot be separated from Article 4 para 1 of the Law which for its own needs understands a Church as “a church or a religious society as a voluntary association of persons of the same religious belief in an organization established on the basis of affiliation to the religious belief on the grounds of internal regulations of the church or religious society” in connection with para 4 of the Article: “The State recognizes only those churches and religious societies which are registered”.

Reflecting the legislation and the execution of public administration in the field of Churches and religious societies, which not only encompasses

³ The list of these rights undoubtedly reflects the knowledge of law and practical experience of the Church policy before 1989.

the sector of culture⁴, but also of education, health care, social issues and the interior, we may state that the Slovak Republic is in no way behind the family of democratic countries in ensuring the right of thought, conscience and religious belief to their citizens and those who are in its territory in accordance with the law, and does not have significant problems with the execution of the right to individual freedom of thought, conscience and religion and its external manifestations. It is also necessary to take in the condition of non-discrimination. In this context, one may mention an often-discussed issue nowadays, religious symbols in the public sphere, including those worn on the human body, not to mention the cases of the “Muslim scarves”. In this sense, the Slovakian legal practice is of interest. Act No. 224/2006 of Coll. on Identity Cards and amendments stipulates in Article 5, para 4 that “the scanning of the image of the face is done in civil clothing, with no head covering and no glasses with dark glass parts. The scanning of the image of the face of a female member of a religious society may also be done in a religious robe and with the head covering which is part of her clothing”. The present application practice of this provision in the Slovak Republic enables the scanning of the image of the face with the head covering also of Muslim women who apply for it in spite of the fact that by now Islam is not recognized as a Church or religious society in Slovakia pursuant to the Law on Freedom of Religion and the Status of Churches and Religious Societies. Such practices may be viewed as efforts to maximally ensure external manifestations of the individual’s right to religious freedom.

THE MANIFESTATION OF RELIGION AND THE AUTONOMY OF CHURCHES

The acts of thought, conscience and belief not manifested outwardly shall not be subject to State regulation. The outer manifestation of such acts is a constitutive element of the freedom of thought, conscience and religion. No one can be prevented from acting in accordance with his conscience and religious conviction, in private or public, alone or in community with others, within the relevant limits. This is the external dimension of absolute rights⁵.

⁴ The State administration in the field of Churches and religious societies in harmony with the competence law is executed by the Ministry of Culture of the Slovak Republic.

⁵ A.I. Hrdina, *Náboženská svoboda v právu České republiky*, Eurolex Bohemia, Prague 2004, p. 104.

By its very nature religion plays a more and more important role in recommending certain way of life, the perception of reality and the protection of values in relation to its offer of answers to fundamental questions of life. The efforts to install principal changes in cultural, political and legal approaches which require the acceptance and reflection of the individual and social human consciousness in many cases come into conflict with religious entities' moral and ethical principles and perception of values⁶. And here we are aware of the linkage of the right to freedom of thought, conscience and religion with other rights, primarily the right to freedom of expression, freedom of association, freedom to assemble and a ban on discrimination.

If religiousness is a clear-cut attribute of mankind, it is also present at the levels of the organization of the society, and in the relations formed among people in the context of various groups they belong to. Religion goes beyond the individual and influences broad spheres of collectivism in its most diverse manifestations, from the core family to the international community, and in this way it also brings in the State. Religion is also an aspect of human sociability, which is also governed by the criteria of a religious nature in interpersonal relations. The need for the regulation of religion by law is dependent on the importance of religion in the society, because it is the laws that set the rules for the relations between individuals and groups in all fields of social life. If the religion is not restricted to the individual dimension but is present in collective manifestations of human sociability, then a law aiming to ensure justice and security in interpersonal relations shall play a regulating role in relation to religion. For this purpose, it may impose sanctions and use the coercive political power it has at its disposal⁷.

In their basic laws, the States define themselves as neutral in relation to confession and ideology, and often define their role in this area negatively, for instance, non-intervention in Church activities. Most of the structural elements of religious freedom, however, refer to the positive role of the State. In addition to the requirement to leave free choice of religion, its change or indifference to religion to everyone, there is also the requirement to ensure the freedom of public manifestation of religious practice and worship, to guarantee the freedom of citizens to assemble and associate for a religious

⁶ M. Šmid, *Ochrana slobody svedomia a bilaterálne zmluvy s cirkvami a náboženskými spoločnosťami na Slovensku*, in: *Právna ochrana slobody svedomia*, pp. 137–138.

⁷ J. Bacelar Gouveia, *Náboženská svoboda a vláda práva v ústavním státě: portugalská zkušenost*, in: AA. VV., *Náboženství a veřejná moc v zemích Evropské unie. Sborník textů z konference*, Ministerstvo kultury České republiky, Prague 2009, p. 162.

purpose and to allow alternative service in place of armed military service. These positive interventions of the State are directed to the creation of external conditions in addition to the assurance of the citizens' religious freedom⁸.

In the judgment *Prais v. Council*⁹ of 1976, the European Court of Justice stated in its decision the duty of Community institutions to take measures for the prevention of religious conflicts and, at the same time, to adopt positive organization measures which provide reasonable space for the protection of religious interests, without regard to the content of the teaching of individual religions and confessions.

In the judgment *Torfain Borrough v. Council*, the European Court of Justice decided that the retail opening hours governed by the legislation of the Member States on the protection of Sundays do not contradict the provisions of the Treaty. According to the reasoning of the judgment, the protection of Sundays and holidays is regulated by the Member States' legislation as the expression of political and economic decisions taking into account the cultural context of the State¹⁰. Among the construed conditions for the expression of external manifestation of the right to freedom of thought, conscience and religion resides the creation of a legal framework for the ritual slaughter of animals¹¹ or the provision of religious and moral education of children according to parents' own conviction, reflecting the development and mental capabilities of children, the dissemination of religious beliefs via the public media and uninterrupted by advertisements or other announcements.

The need to profess religion in community with others reflects the character of the human being as a social creature; perhaps, due to this, the existence of institutional religious groups is the direct logical consequence of the freedom of religion. Although, the freedom of religion is primarily perceived as an individual freedom, people exercise this freedom in community with others. The communities in which people associate for the purpose of the

⁸ S. Přibyl, *Svoboda svědomí a církevní zvěstování z hlediska kanonického práva*, in: *Právna ochrana slobody svedomia*, p. 156.

⁹ The European Court of Justice, 130/75, 1976. In spite of the Commission's invitation, Ms Prais did not come to a tender on an administrative position in the Council because it was held on Friday and her Jewish religious conviction prevented her from participation.

¹⁰ G. Robbers, *Stát a církev v Evropském společenství*, in: *Stát a církev v zemích EU*, ed. G. Robbers, Academia, Prague 2001, pp. 360–361.

¹¹ *Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz*, eds. R. Potz, B. Schinkele, W. Wieshaider, Plochl-Kovar, Freistadt-Egling 2001.

execution of their right to religious belief are most commonly designated as Churches or religious societies.

LEGAL STATUS OF CHURCHES AND RELIGIOUS SOCIETIES IN THE SLOVAK REPUBLIC

The Act on Freedom of Religion and the Status of Churches and Religious Societies considers a Church or a religious society as a voluntary association of persons of the same belief within an organization created on the grounds of the affiliation to a belief, on the basis of the internal regulations of the relevant Church or religious society.

All Churches and religious societies have the same legal status before the law, are legal persons, may associate, create communities, monastic orders, societies and similar communities. The Law also stipulates that the State recognizes only those Churches and religious societies which are registered, and it may conclude agreements on mutual cooperation with them¹².

Every new religious entity not having the status of a registered Church from the period before the year 1989 which wishes to enjoy the rights of the “recognized” Churches and religious societies shall undergo the process of registration. The proposal for registration is to be submitted by at least a three-member preparatory body of the Church or religious society; the members shall be persons of legal age. The preparatory body shall demonstrate that the Church or religious society to be registered has recorded minimum of fifty thousand adult members with permanent residence in the Slovak Republic who are citizens of the Slovak Republic. A proposal for registration shall contain the name and the seat of the Church, identification data of the members of the preparatory committee, basic characteristics of the Church being established, its teaching, mission and the territory it intends to act in, also the affidavit of at least twenty thousand adult members who have permanent residence in Slovakia and are its citizens, confirming that they are affiliated to the Church or religious society, support the proposal for its registration, are its members, know the basic tenets of the belief and its teaching and are aware of the rights and duties resulting from their membership in the Church or religious society.

¹² Article 4 of the Law on the Religious Freedom and the Status of Churches and Religious Societies No. 308/1991 Coll.

If the proposal meets all the requirements and has been reviewed by the registration body and has shown that the establishment and activity of the Church or religious freedom is not in contradiction with the laws, protection of security of citizens and public order, health, moral, the principles of humanity and tolerance, and that the rights of other legal persons and citizens are not endangered, the registration body will decide whether the Church or religious society will be registered¹³.

The State suffers some criticism for the high, 50 thousand numerous census. This numerous census is new since 2017. The change was brought by Act No. 39/2017 Coll. amending Act No. 308/1991 Coll. on the freedom of religious belief and the status of Churches and religious societies as amended. The required number of members was increased from twenty thousand to fifty thousand. The Slovak Parliament discussed the new issue in the autumn of 2016.

The essence of the draft amendment was the increase of the required number of the members of the newly established Church from 20 thousand to 50 thousand of major citizens of the State. The Slovak Republic has been criticised for the previous legal regulation. Especially small Churches do not have real chance to achieve this legal status. Change of the conditions for registration has been under consideration too, thinking about a two-tier model of registration of Churches – as established in the Czech Republic. In 2005–2006, the lower number of believers for registration required for registration was also under consideration. As a main reason for the proposed change, the explanatory memorandum to the parliamentary draft amendment of 2016 states that “the aim of the submitted draft is to eliminate speculative registrations of alleged churches and religious societies seeing the main aim of registration – getting funds from the State”¹⁴. The proposers also presented an extensive portfolio of benefits which, in addition to the funds from the natio-

¹³ M. Moravčíková, *Medzinárodné a vnútroštátne právne aspekty subjektivity osobitných subjektov medzinárodného práva a cirkví a náboženských spoločností*, in: *Medzinárodné a vnútroštátne právne aspekty subjektivity osobitných subjektov medzinárodného práva a cirkví a náboženských spoločností*, eds. M. Šmid, M. Moravčíková, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Trnava 2013, pp. 130–145; Idem, *Security in the state-Church relations in Slovakia*, in: *Bezpieczeństwo prawne państw demokratycznych w procesie integracji europejskiej: Polska – Słowacja – Ukraina*, eds. J. Krukowski, J. Potrzebszcz, M. Sitarz, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2016, pp. 235–248.

¹⁴ Explanatory Memorandum to the draft act of the MPs, amending Act No. 308/1991 on the Freedom of Belief and the Position of Churches and Religious Societies No. CRD-1747/2016, p. 1.

nal budget, are brought by the status of registered Church or religious society. They stressed the access of the registered churches' clerics to public facilities, especially schools and the right to teach religions in public schools and carry out pastoral activities in health care, social and other facilities. More than in the explanatory memorandum, the real motives were discussed within the parliamentary debate focused on Islam and migration. Another group of MPs submitted an amending draft, requiring the increase of the number of the members necessary for the registration up to 250 000. This proposal was not accepted.

The draft amendment was approved by the National Council of the Slovak Republic on 30 November 2016 with the expected date of effect 1 January 2017. The President used his right to return the act for re-discussion. He reasoned his decision by concerns about the possible lower level of ensuring the right to religious freedom in the country. The members of parliament did not adopt the President's arguments and approved the act again on 31 January 2017. Act No. 39/2017 Coll. amending Act No. 308/1991 Coll. on the Freedom of Belief and the Position of Churches and Religious Societies as amended became effective on 1 March 2017. Section 23 of this Act contains a transitional provision reading that the proceedings concerning the registration of Churches or religious societies started before 28 February 2017 would be completed according to laws effective until that day. In fact, this transitional provision concerns only the registration of Church Christian Communities of Slovakia which has been seeking the status of the registered Church and religious society since 2007. The relevant national authority rejected the application of this entity twice, the organisational committee (of this entity) has lodged an appeal to the Supreme Court. The impact of the amendment is broader, it significantly tightens the focus criterion for registration. Considering the number of citizens of the country, another application for registration of a new Church or religious society does not appear likely, unless it would be a branch of the existing traditional Church which separated from such Church. Bearing in mind the verbalised statements of political representatives and deputies of political parties which submitted and supported the amendment, concerns about religious extremism and terrorism played a significant role in its drafting. The new confessional regulation *de facto* does not enable the formation of new Churches and religious societies recognised by the State, however in no way it limits religious freedom of persons, autonomy and activities of already existing Churches and religious societies, any exercise of the right of freedom of belief, especially pastoral care. It provokes a debate on the right to autonomy of Churches which are active within

the society but are not registered under Act No. 308/1991 Coll, i.e. they do not have legal personality as Churches and religious societies have. They function as civil associations or foundations (e.g. Islamic foundation) and do not enjoy the rights of registered societies.

Earlier, in 2008, the Prosecutor General of the Slovak Republic challenged in his application among other things the large number of members affiliated to the Church or religious society seeking registration required by law¹⁵. The Constitutional Court did not satisfy his proposal and, among other things mentioned in the reasoning of the decision which follows from the principle of a democratic rule of law that the Slovak Republic as a State has the authority to define the conditions for activities of Churches in its territory and to express these conditions in the form of registration. The situation when a certain Church or religious society is not registered does not mean and does not imply the fact that the members of such groupings are limited in the very substance of their right to freedom of religion and its manifestation. The Church registration and the setting of the number of members are according to the Constitutional Court not a necessary condition for the execution of freedom of the right pursuant to Article 24, but concern only the conditions for their establishment as Churches and religious societies recognized by the State¹⁶.

It is significant that one of the judges of the Constitutional Court did not identify with the finding of the Court plenary and requested the publication of his dissenting opinion. Judge Lajos Mészáros states in his differing opinion that: “For the assessment of an intervention into the freedom of manifestation of own religion requiring a high numerous census, one should view it from the perspective that the census of twenty thousand members could be

¹⁵ He reasoned that by setting a required number of members of a Church or religious society which is too high in the European context and difficult to achieve in Slovakia, the legislation prevents the acquisition of a legal personality by low numbered Churches and religious societies. The State obviously does not fulfill its duty to create the legal conditions for the execution of the right to freedom of religious belief manifestation in accordance with an individual's own choice, and by this restriction it directly intervenes the freedom of religion.

¹⁶ Equally, the Constitutional Court has not met or has not found a correlation between Act No. 308/1991 and Declaration on the Protection of Human Rights cited by the prosecutor general because by registration the Law does not regulate religious freedom as an individual right. If it concerns the execution of religious freedom by refugees, the possible registration of the Church they affiliate to is not a necessary condition for the execution of their religious freedom in Slovakia as stated by the Court. Press release No. 3/2010 of the Constitutional Court of the Slovak Republic sp. zn. PL. ÚS 10/08 of 3 February 2010.

accepted for the acquisition of special rights, however, it should be tested from the viewpoint that it is a condition for the acquisition of pure legal personality since our legislation does not make a difference between the acquisition of pure legal personality (basic legal standard) and a legal personality with special rights. This means that there is no possibility to acquire at least a legal personality with a low number of members; one can only acquire a legal personality with a high number of members, altogether with special rights¹⁷. In the past, it seemed that in this specific Slovakian case, perhaps, the issue of non-registered Churches could be resolved by a system of multi-tier registration, whereas the proportionality test and maintenance of the mechanisms of the protection of both the society and the individual are necessary¹⁸. Today, following the adoption of Act No. 39/2017 Coll. significant qualitative changes cannot be expected in the near future.

We live in a time endangered by extremism, terrorism and speculators. State and society protection is becoming a priority. But we have to ask whether the restriction of Church registration is a sufficient and good solution. We have to study whether, and to what extent, we are dealing with the emergence of the ecclesiastic gray zone. Unregistered Churches cannot demand State support, they even do not have legal status under public law. Often, we do not have the basic documents authorized by them, which State their internal law. There may be a legitimate concern that the hostile attitude of the State towards them may evoke the equally tense response.

CONCLUSION

The role of the State is to set legal conditions for the enforcement of the right to freedom of religion and belief based on the choice of an individual

¹⁷ The dissenting position of the judge of the Constitutional Court Lajos Mészáros on the decision of the plenary of the Constitutional Court of the Slovak Republic in the matter sp. zn. PL. ÚS 10/08. M. Moravčíková, *Freedom of thought, conscience and religion or belief*, in: *Freedom of conscience and religious freedom*, eds. M. Moravčíková, M. Šmid, Leges, Praha 2015, pp. 33–54.

¹⁸ In this context one may refer to the statement of the European Court for Human Rights of 3 March 2009 in the matter *Lajda a spol. v. Czech Republic*. The ECHR rejected the complaint as inadmissible since it considered the requirement of the previous applicable law of ten thousand Church adherents too high. W. Wieshaider, *ESLP a početný census pre registráciu náboženských spoločností*, in: *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví 2010*, eds. M. Moravčíková, E. Valová, ústav pre vzťahy štátu a cirkví, Bratislava 2011, p. 191. The Court, however, did not offer any suitable example of a reasonable required number.

so that even the members of low-numbered Churches and religious societies do not experience discrimination and that these entities, too, may enjoy their right to autonomy since without legal personality several principal manifestations of Church autonomy cannot be applied. Today, this challenge is for many countries. The Slovak Republic is furthermore endorsed by the Act on the Economic support of Churches and Religious Societies No. 218/1949 Coll. According to this act the State provides financial support of registered Churches and religious societies directly from the State budget – if the Church so requests. This is one of the crucial reasons for restricting registration conditions. Another reason is the vast set of rights and benefits that registered Churches and religious societies have. This is primarily about free access to public facilities and the possibility of teaching religion in public schools. Detailed examination of the rights and benefits of registered Churches makes the Church policy of the State much clearer. The development of contractual relations between the State and the Churches seems hopeful.

REFERENCES

- Bacelar Gouveia, Jorge. 2009. "Náboženská svoboda a vláda práva v ústavním státě: portugalská zkušenost." In AA. VV., *Náboženství a veřejná moc v zemích Evropské unie. Sborník textů z konference*, 162–166. Prague: Ministerstvo kultury České republiky.
- Barancová, Helena. 2013. "Právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženskú slobodu." In *Právna ochrana slobody svedomia*, edited by Michaela Moravčíková, and Viktor Križan, 17–22. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.
- Hrdina, Antonín I. 2004. *Náboženská svoboda v právu České republiky*. Prague: Eurolex Bohemia.
- Moravčíková, Michaela. 2013. "Medzinárodné a vnútroštátne právne aspekty subjektivity osobitných subjektov medzinárodného práva a cirkví a náboženských spoločností." In *Medzinárodné a vnútroštátne právne aspekty subjektivity osobitných subjektov medzinárodného práva a cirkví a náboženských spoločností*, edited by Marek Šmid, and Michaela Moravčíková, 130–145. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.
- Moravčíková, Michaela. 2015. "Freedom of thought, conscience and religion or belief." In *Freedom of conscience and religious freedom*, edited by Michaela Moravčíková, and Marek Šmid, 33–54. Praha: Leges.
- Moravčíková, Michaela. 2016. "Security in the state-Church relations in Slovakia." In *Bezpieczeństwo prawne państw demokratycznych w procesie integracji europejskiej: Polska – Słowacja – Ukraina*, edited by Józef Krukowski, Jadwiga Potrzebszcz, and Mirosław Sitarz, 235–248. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Potz, Richard, Brigitte Schinkele, and Wolfgang Wieshaider (edited by). 2001. *Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz*. Freistadt-Egling: Plochl-Kovar.
- Příbyl, Stanislav. 2013. "Svoboda svědomí a církevní zvěstování z hlediska kanonického práva." In *Právna ochrana slobody svedomia*, edited by Michaela Moravčíková, and Viktor Križan, 155–163. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.

- Robbers, Gerhard. 2001. "Stát a církev v Evropském společenství." In *Stát a církev v zemích EU*, edited by Gerhard Robbers, 355–366. Prague: Academia.
- Šmid, Marek. 2013. "Ochrana slobody svedomia a bilaterálne zmluvy s cirkvami a náboženskými spoločnosťami na Slovensku." In *Právna ochrana slobody svedomia*, edited by Michaela Moravčíková, and Viktor Križan, 128–154. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.
- Wieshaider, Wolfgang. 2011. "ESLP a početný census pre registráciu náboženských spoločností." In *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví 2010*, edited by Michaela Moravčíková, and Eleonóra Valová, 188–197. Bratislava: ústav pre vzťahy štátu a cirkví.

OCHRONA PRAWA DO WOLNOŚCI MYŚLI, SUMIENIA I RELIGII
W REPUBLICE SŁOWACKIEJ

Streszczenie. Artykuł dotyczy ochrony prawa do wolności myśli, sumienia i religii w Republice Słowackiej. Koncentruje się na wolności religijnej, prawnych ramach stosunków Państwo-Kościół, uznawaniu Kościołów przez Państwo, ich manifestacjach publicznych, statusie i autonomii. Wyjaśnia konstytucyjne gwarancje wolności sumienia, myśli i religii. Przybliża konkretne akty prawne, dokumenty, bieżącą praktykę, problemy, wyzwania i możliwy rozwój oraz odzwierciedla złożoną korelację kwestii stosunków Państwo-Kościół i pozycji Kościołów w społeczeństwie z potrzebą ochrony Państwa i społeczeństwa.

Słowa kluczowe: wolność religijna, ramy prawne stosunków Państwo-Kościół, uznanie Kościołów przez Państwo

BEZPIECZEŃSTWO PAŃSTWA A PRAWA OSKARŻONEGO W POLSKIM PRAWIE KARNYM PROCESOWYM (KWESTIE WYBRANE)

Ireneusz Nowikowski

Katedra Postępowania Karnego
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Polska
<https://orcid.org/0000-0001-8631-7698>

Streszczenie. Autor akceptuje pogląd, że jednym z zadań władzy państwowej jest zapewnienie bezpieczeństwa dla struktur państwa oraz obywateli przed działaniami przestępnymi, godzącymi w cenne społecznie dobra prawne. Temu celowi ma służyć m.in. prawo karne materialne, wprowadzając odpowiedzialność karną za naruszenie dóbr, chronionych przez to prawo. Realizacja prawa karnego materialnego następuje w toku procesu karnego. W procesie karnym wyróżnia się funkcje ścigania, obrony oraz orzekania. Autor twierdzi, że w procesie karnym istnieje stały konflikt między realizacją funkcji ścigania, której cechą charakterystyczną jest dążenie do skazania oskarżonego, a więc działaniem na jego niekorzyść, a funkcją obrony sprowadzającej się do działania na korzyść oskarżonego, aby doprowadzić do uniewinnienia albo umniejszenia zakresu odpowiedzialności karnej oskarżonego. Według Autora, prawne rozwiązanie tego konfliktu nie powinno być nastawione na realizację jednego z tych interesów. Normy prawne regulujące postępowania karne, powinny dążyć do osiągnięcia swego „złotego środka”, szczególnego kompromisu między gwarancjami interesu wymiaru sprawiedliwości, zabezpieczającymi, optymalnie z punktu widzenia społecznego, realizację wymiaru sprawiedliwości, a gwarancjami uczestników procesu, wśród których należy wyróżnić gwarancję praw oskarżonego.

Autor rozważa, czy treść przepisu art. 301 k.p.k., który przyznaje podejrzanemu prawo do przesłuchania z udziałem obrońcy, gwarantuje podejrzanemu zachowanie prawa do obrony.

W części artykułu dotyczącej funkcji ścigania Autor omawia przepisy art. 237 i art. 237a k.p.k. regulujące dopuszczalność przeprowadzenia w toku postępowania karnego kontroli i utrwalenia treści rozmów telefonicznych. Ponadto, analizuje treść art. 168b k.p.k., regulującego wykorzystanie w procesie karnym dowodów uzyskanych przez Policję i inne służby w trakcie kontroli operacyjnej.

Słowa kluczowe: postępowanie karne, funkcja ścigania, funkcja obrony, podejrzański, kontrola operacyjna

I

Jednym z zadań władzy państwowej jest zapewnienie bezpieczeństwa dla struktur państwa oraz obywateli przed działaniami przestępnymi, godzącymi w cenne społecznie dobra prawne. Sprowadza się ono zatem do działań prowadzących do eliminowania zagrożeń w tym względzie¹. W piśmiennictwie przyjmuje się, że człowiekowi przysługuje naturalne prawo do bezpieczeństwa, co wynika w szczególności z przepisów Konstytucji RP, w tym zwłaszcza z art. 5 oraz art. 30². Artykuł 5 Konstytucji stanowi, że Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju. Podnosi się, że prawo to można sprowadzić do zasady, która ukierunkowuje działanie organów państwowych oraz ma zastosowanie przy tworzeniu i stosowaniu prawa w państwie³. Jednym z aspektów bezpieczeństwa prawnego, jako stanu osiąganego za pomocą prawa pozytywnego, jest bezpieczeństwo prawne w sensie obiektywnym, sprowadzające się do stanu, w którym za pomocą środków prawnych zabezpieczone są istotne dobra życiowe człowieka i jego interesy oraz sprawnie działa system gwarantujący skuteczność tych środków⁴. Temu celowi ma służyć m.in. prawo karne materialne, wprowadzając odpowiedzialność karną za naruszenie dóbr, chronionych przez to prawo⁵. Realizacja prawa karnego materialnego następuje w toku procesu karnego. Przyjęto bowiem wyłączność sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (*nulla poena sine iudicio*)⁶. W piśmiennictwie karnoprocesowym powszechnie

¹ Odnośnie do sposobu rozumienia pojęcia „bezpieczeństwo” zob. obszerne uwagi J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 25–67 i wskazaną tam literaturę.

² J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne*, s. 64.

³ Tamże, s. 64.

⁴ J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne a pewność prawa – perspektywa filozoficzno-prawna*, w: *Bezpieczeństwo prawne państw demokratycznych w procesie integracji europejskiej: Polska – Słowacja – Ukraina*, red. J. Krukowski, J. Potrzeszcz, M. Sitarz, Towarzystwo Naukowe KUL, Polska Akademia Nauk Oddział w Lublinie, Lublin 2016, s. 290.

⁵ W piśmiennictwie wskazuje się na funkcję ochronną prawa karnego, zob. np. A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 14–15.

⁶ Zob. R. Kmiecik, *Rozdział pierwszy. Prawo karne procesowe i proces karny – podstawowe pojęcia i założenia teoretyczne. § 1. Prawo karne procesowe a proces karny: wyłączność sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (nulla poena sine iudicio)*, w: R. Kmiecik,

wskazuje się, że jedną z funkcji prawa karnego procesowego jest funkcja prakseologiczna, zwana również instrumentalną. Zgodnie z tą funkcją, uregulowany przez prawo karne procesowy proces karny ma umożliwić realizację prawa karnego materialnego⁷. Do tej funkcji nawiązuje art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem, celem Kodeksu postępowania karnego jest takie ukształtowanie postępowania karnego, aby sprawca został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności⁸. Postępowanie karne ma zatem prowadzić do rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa poprzez realizację norm prawa karnego materialnego⁹.

W piśmiennictwie wyróżnia się, oprócz funkcji prawa karnego procesowego, funkcje procesowe w postępowaniu karnym. Określa się je jako zasadniczy kierunek (typ) działalności procesowej wyznaczony przez procesową rolę podmiotu procesowego, tj. podmiotu zasadniczego stosunku procesowego¹⁰. Ten zasadniczy stosunek procesowy sprowadza się do relacji między oskarżycielem, oskarżonym oraz sądem¹¹. Wyróżnia się zatem w płaszczyźnie odpowiedzialności karnej następujące funkcje: ścigania, obrony oraz orzekania¹². Rozwiązania odnośnie do wzajemnych relacji między tymi

cik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, wyd. 7, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 19.

⁷ Tak: Tenże, *Rozdział pierwszy. Prawo karne procesowe i proces karny – podstawowe pojęcia i założenia teoretyczne. § 2. Funkcje prawa karnego procesowego; pojęcie procedury karnej*, w: R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, wyd. 6, Oficyna a Wolters Kluwer business, Kraków 2006, s. 24; J. Skorupka, *Funkcje procesu karnego*, w: *System Prawa Karnego Procesowego*, t. I: *Zagadnienia ogólne*, cz. 1, red. P. Hofmański, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2013, s. 193–194; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. 8, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011, s. 51; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2001, s. 17–18.

⁸ Przepis ten nawiązuje do art. 2 k.p.k. z 1969 r., zgodnie z którym przepisy tego Kodeksu miały na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności.

⁹ R. Kmiecik, *Rozdział pierwszy. Prawo karne procesowe i proces karny – podstawowe pojęcia i założenia teoretyczne § 1*, s. 19.

¹⁰ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 471.

¹¹ Zob. tamże, s. 463–464.

¹² Zob. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, wyd. 3, Ars boni et Aequi, Poznań 1996, s. 52; S. Kalinowski, *Polski proces karny w zarysie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1979, s. 9–10; S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Wydawnictwo Gebethner i Wolff, Warszawa 1948, s. 98; M. Siewierski, *Rozdział II. Podstawowe zasady procesowe. § 4. Zasada skargowości*, w: M. Siewierski, J. Tyl-

funkcjami mają wpływ na formę procesu oraz na regulacje szczegółowe dotyczące pozycji procesowej uczestników postępowania. Kumulacja funkcji procesowych przez sąd była charakterystyczna dla procesu inkwizycyjnego, a rozdzielenie między odrębne podmioty cechuje proces skargowy.

Rozważając kwestie związane z funkcjami procesowymi w postępowaniu karnym można też zwrócić uwagę na inny aspekt tego zagadnienia. Wydaje się, że w pełni zasadne jest stwierdzenie, iż w procesie karnym istnieje stały konflikt między realizacją funkcji ścigania, której cechą charakterystyczną jest dążenie do skazania oskarżonego, a więc działaniem na jego niekorzyść, a funkcją obrony sprowadzającej się do działania na korzyść oskarżonego, aby doprowadzić do uniewinnienia albo umniejszenia zakresu odpowiedzialności karnej oskarżonego¹³. Zwiększenie liczby rozwiązań prawnych, które ułatwiają realizację funkcji ścigania może prowadzić do łatwiejszego pociągania do odpowiedzialności karnej oskarżonego, utrudniając realizację obrony, a w krańcowych sytuacjach, przy braku odpowiednich gwarancji przysługujących oskarżonemu, nawet powodować skazanie osób niewinnych. Przyjęcie zaś regulacji prawnych, które nadmiernie wzmacniają funkcję obrony może utrudniać skazanie, a nawet prowadzić do uniewinniania faktycznych sprawców. Ta ostatnia sytuacja może zaistnieć w razie przyjęcia np. reguły dowodowej „zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa” (*fruit of the poisonous tree doctrine*)¹⁴. Wydaje się zatem, że prawne rozwiązanie tego konfliktu nie powinno być nastawione na realizację jednego z tych interesów¹⁵. Z tych też względów należy zaaprobować pogląd, że interesy zbior-

man, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1971, s. 35; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie*, s. 78; Z. Świda, *Rozdział pierwszy. Zagadnienia ogólne. 1. Pojęcia podstawowe*, w: Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 14. Zdaniem M. Cieślaka (*Polska procedura*, 1984, s. 471) w płaszczyźnie odpowiedzialności karnej można wyróżnić następujące funkcje: ścigania karnego, obrony karnej, wyjaśniania i rozstrzygania sprawy oraz wykonania orzeczeń w kwestii odpowiedzialności karnej. Podobnie także: K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, s. 22–23.

¹³ M. Cieślak rozważając kwestię charakteru stosunków procesowych wyróżnił stosunek procesowej walki, determinowany przeciwstawnością procesowych interesów i celów, zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1971, s. 386.

¹⁴ Zob. Z. Sobolewski, *Zasada „Nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1979, s. 170–171.

¹⁵ Zob. R. Hauser, E. Schweri, K. Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel–Genf–München 2005, s. 3; zob. także: P. Wiliński, *Zasada prawa os-*

rowy i indywidualny w procesie karnym należy równoważyć przez określone struktury postępowania karnego¹⁶. Można dodać, że rozwiązania prawne, regulujące postępowania karne, powinny dążyć do osiągnięcia swego „złotego środka”, szczególnego kompromisu między gwarancjami interesu wymiaru sprawiedliwości, zabezpieczającymi, optymalne z punktu widzenia społecznego, realizację wymiaru sprawiedliwości, a gwarancjami uczestników procesu, wśród których należy wyróżnić gwarancję praw oskarżonego¹⁷. Podzielić należy pogląd wyrażony w piśmiennictwie, że ochronie z tytułu potrzeby uzyskania zgodności ze standardem rzetelnego procesu podlega nie tylko pozycja oskarżonego, lecz również pokrzywdzonego, świadków oraz innych uczestników procesu, w tym również organów procesowych¹⁸. Zaaprobować trzeba zatem tezę, iż rzetelny proces to tylko taki proces, w którym – przy zachowaniu właściwych proporcji do pozycji innych uczestników – również pozycja organów procesowych jest ukształtowana w taki sposób, aby organy te miały możliwość osiągnięcia zasadniczego celu, do którego zostały powołane – stanu sprawiedliwości materialnej¹⁹.

W postępowaniu karnym powinna być zatem zapewniona realizacja dyrektywy trafnej represji (trafnej reakcji karnej) oraz regulacje prawne, które gwarantują, że proces karny będzie spełniał kryteria rzetelnego procesu.

W kontekście tych uwag można postawić pytanie, w jakim zakresie obowiązujący Kodeks postępowania karnego realizuje potrzeby funkcji ścigania oraz obrony oraz czy jedna z tych funkcji ma pozycję dominującą? Przy rozważaniu tej kwestii będą uwzględniane ostatnie nowele wprowadzone do Kodeksu postępowania karnego.

karzonego do obrony w polskim procesie karnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 459.

¹⁶ Zob. R. Hauser, E. Schweri, K. Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, s. 3.

¹⁷ Zob. M. Cieślak, *Polska procedura*, 1971, s. 372–376. Używam tu pojęcia „gwarancje karno-procesowe” w rozumieniu M. Cieślaka, który twierdził, że są to ustawowe środki zabezpieczające określone prawa lub interesy w procesie karnym, tamże, s. 371; zob. także: R. Hauser, E. Schweri, K. Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, s. 3.

¹⁸ M. Jeż-Ludwichowska, *Głosy w dyskusji*, w: *Rzetelny proces karny. Materiały z konferencji naukowej, Trzebiezowice 17-19 września 2009 r.*, red. J. Skorupka, W. Jasiński, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 47.

¹⁹ Tamże.

II

Analizując regulacje prawne służące realizacji funkcji obrony należy stwierdzić, że Kodeks postępowania karnego z 1997 r., zarówno w swej pierwotnej wersji, jak również w później uchwalonych nowelizacjach, spowodował znaczne poszerzenie zakresu uprawnień przysługujących oskarżonemu, umożliwiając mu efektywną obronę. Do tych uprawnień, które są szczególnie istotne dla zapewnienia efektywnej obrony należy zaliczyć przede wszystkim znajomość stawianych zarzutów²⁰. W pełni należy zaaprobować pogląd, że tylko wiedza o stawianych zarzutach daje możliwość ich odparcia²¹. W przeciwnym razie wystąpi sytuacja opisana w *Procesie F. Kafki*. O ile Kodeks postępowania karnego z 1969 r. realizował wymóg przedstawienia zarzutu podejrzanemu, o tyle potrzeba pouczenia podejrzanego o przysługującym mu uprawnieniu do odmowy złożenia wyjaśnień było kwestią sporną²². Wynikało to stąd, że art. 63 k.p.k. z 1969 r. nie nakazywał obligatoryjnie, stosownie do art. 10 § 1 k.p.k. z 1969 r., pouczać podejrzanego o tym uprawnieniu. Analogiczna sytuacja występowała również w stosunku do innych uprawnień przysługujących podejrzanemu. Ten stan prawny uległ radykalnej zmianie po uchwaleniu w 1997 r. nowego Kodeksu po-

²⁰ P. Wiliński, *Zasada prawa oskarżonego do obrony*, s. 275.

²¹ Tamże.

²² Przeciwno pouczeniu oskarżonego o tym uprawnieniu opowiedzieli się: M. Siewierski, *Komentarz do art. 63*, w: J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming [i in.], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1976, s. 137; E. Skrętowicz, *Rozdział III. Uczestnicy procesu. § 3.6. Oskarżony*, w: T. Taras, E. Skrętowicz, R. Kmiecik, *Proces karny. Część ogólna*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1971, s. 147. Tak też Sąd Najwyższy: w wyroku Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 15 lipca 1979 r., sygn. akt V KRN 102/79 i sygn. akt V KRN 123/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1981, z. 7, poz. 141, s. 348–354. Według innych Autorów, na podstawie art. 10 § 2 k.p.k. z 1969 r., należało pouczać oskarżonego o uprawnieniu wskazanym w art. 63 k.p.k. z 1969 r., zob.: A. Kaftal, *Glosa do wyroku składu 7 sędziów SN – Izba Karna z dnia 15 VII 1979 r.*, V KRN 102/79 i V KRN 123/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 7–8 (1981), s. 354–356; R. Łyczywek, *Prawo oskarżonego do wypowiedzania się w procesie*, „Państwo i Prawo” 2 (1970), s. 299; M. Lipczyńska, *Rozdział V. Strony procesowe oraz obrońcy, pełnomocnicy i przedstawiciel społeczny*, w: M. Lipczyńska, A. Kordik, Z. Kegel, Z. Świda-Łagiewska, *Polski proces karny*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa–Wrocław 1975, s. 117; K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, s. 245; F. Prusak, *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 254; A. Sanecki, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 VII 1979 r.*, V KRN 102/79 i V KRN 123/79, „Palestra” 7–9 (1981), s. 119–122; zob. także: Z. Sobolewski, *Zasada*, s. 95.

stępowania karnego. Kodeks ten wprowadził w art. 300 nakaz pouczenia podejrzanego o jego uprawnieniach: do składania wyjaśnień, odmowy składania wyjaśnień, odmowy odpowiedzi na pytania; informacji o treści zarzutów i ich zmianach; do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia; do korzystania z pomocy obrońcy, w tym do wystąpienia o obrońcę z urzędu w wypadku określonym w art. 78 k.p.k. (gdy w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny); do końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego; do złożenia wniosku o skierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego lub wyrażenia zgody na mediację (art. 23a § 1); do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim (art. 72 § 1); do dostępu do akt postępowania przygotowawczego (art. 156 § 5), a w razie złożenia w toku postępowania przygotowawczego wniosku o tymczasowe aresztowanie albo przedłużenie tego środka zapobiegawczego do udostępnieniu podejrzanemu i jego obrońcy akt sprawy w części zawierającej treść dowodów dołączonych do wniosku (art. 156 § 5a); do przesłuchania podejrzanego z udziałem ustanowionego obrońcy (art. 301); do złożenia wniosku o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego (art. 338a, art. 387); do informacji, że oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Treść pouczenia, o którym mowa w art. 300 k.p.k., obejmuje również poinformowanie podejrzanego o ciężących na nim obowiązkach dowodowych, obowiązku informowania organu prowadzącego postępowanie o każdej zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu trwającej dłużej niż 7 dni, o obowiązku stawienia się na każde wezwanie w toku postępowania karnego. Ponadto, w pouczeniu wskazanym w art. 300 § 1 k.p.k. jest mowa o konsekwencjach niepodjęcia pisma w odpowiednim terminie (art. 133 § 2 k.p.k.), o konsekwencjach wynikających z niepodania nowego adresu, a w razie przebywania za granicą, o obowiązku wskazania adresata do doręczeń w kraju.

Należy również podnieść, że inne przepisy Kodeksu postępowania karnego też wprowadzają nakaz pouczenia oskarżonego o przysługujących mu uprawnieniach²³. Omawiając regulacje prawne związane z funkcją obrony należy również wskazać na przepisy Kodeksu postępowania karnego wyrażają-

²³ Zob. art. 100 § 8, § 9, art. 321 § 1, art. 334 § 3, art. 338 § 1a, § 2, art. 353 § 3, 4, art. 386, art. 517c § 2, § 2a, art. 517ea § 1 k.p.k.

ce zasady: prawa oskarżonego do obrony (art. 6), domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.) i wynikające z niej konsekwencje, w tym zwłaszcza regułę *in dubio pro reo* (art. 5 k.p.k.)²⁴, zasadę kontradiktoryjności²⁵. Ponadto, istotne są unormowania związane z prawem oskarżonego do „ostatniego słowa” (art. 406 k.p.k.), zakazem *reformationis in peius* (art. 434 i 443 k.p.k.), zakazami *ne peius* (art. 454 k.p.k.). Należy nadto wskazać na przewidziany w art. 171 § 4 k.p.k. zakaz zadawania pytań sugerujących treść odpowiedzi. W kontekście tych uwag należy również wspomnieć o art. 171 § 5 k.p.k., zgodnie z którym niedopuszczalne jest stosowanie określonych metod przesłuchania oraz zakaz zastępowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego treścią pism i zapisków zawarty w art. 174 k.p.k. Przepisy te mają zagwarantować oskarżonemu zachowanie przysługującego mu prawa do obrony.

Trzeba również podkreślić, że obowiązywanie tych przepisów oraz innych regulacji prawnych przyznających oskarżonemu określone uprawnienia nie powoduje, iż w konkretnych sytuacjach nie powstają utrudnienia w realizacji funkcji obrony. Na przykład fakt tymczasowego aresztowania podejrzanego albo inna okoliczność powodująca pozbawienie go wolności sprawia, że nie może on z reguły uczestniczyć w czynnościach przewidzianych w art. 316 § 1 k.p.k., art. 317 § 1 k.p.k., art. 318 § 1 k.p.k., będących przejawem rozwiązań kontradiktoryjnych w postępowaniu przygotowawczym. Fakt pozbawienia wolności podejrzanego jest bowiem okolicznością, która sprawia, że zapewnienie tymczasowo aresztowanemu udziału w tych czynnościach prowadziłoby z reguły do zwłoki w dokonaniu tych czynności lub wywoływałoby inne znaczne trudności. Powoduje to wykluczenie podejrzanego od udziału w tych czynnościach.

Konieczność pouczenia podejrzanego o przysługujących mu uprawnieniach i ciążących na nim obowiązkach, wskazana w art. 300 k.p.k. nie usuwa sama przez się przeszkód w realizacji przyznanych mu uprawnień. W kontekście tej uwagi można wskazać np. na kwestie łączące się z umożliwieniem oskarżonemu (podejrzanemu) skorzystania z pomocy obrońcy, w tym

²⁴ Zob. szerzej: P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1983, s. 11–137; A. Tęcza–Paciorek, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 42–79, 136–201. W kwestii relacji między zasadą domniemania niewinności a regułą *in dubio pro reo* zob. uwagi A. Tęczy–Paciorek (tamże, s. 145 i wskazana tam literatura).

²⁵ W kwestii zasady kontradiktoryjności zob. P. Hofmański, *Zasada kontradiktoryjności*, w: *System Prawa karnego Procesowego*, t. III: *Zasady procesu karnego*, cz. 1, red. P. Wiliński, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2014, s. 635–690.

zapewnienie mu kontaktu z obrońcą. Niewątpliwie temu celowi służy regulacja zawarta w art. 301 k.p.k., zgodnie z którą na żądanie podejrzanego należy przesłuchać go z udziałem ustanowionego obrońcy. Zgodnie z tym przepisem, w razie złożenia takiego żądania przez podejrzanego należy zarządzić przesłuchanie, powiadamiając o tym obrońcę żądającego²⁶. Niestawiennictwo obrońcy, nawet usprawiedliwione, nie tamuje jednak przesłuchania, które może być przeprowadzone. Wskazuje się również, że przesłuchujący może jednak odroczyć przesłuchanie i ustalić jego nowy termin²⁷. W piśmiennictwie podnosi się, że dostęp do obrońcy jest kluczowym elementem rzutującym bezpośrednio na dalszy tok postępowania oraz często przesądzającym o skorzystaniu z pozostałych gwarancji mieszczących się w ramach prawa do rzetelnej procedury²⁸. W doktrynie wskazano, że regulacja ta stanowi swoiste zabezpieczenie prawidłowości czynności procesowej przeprowadzanej w toku postępowania przygotowawczego w postaci przesłuchania podejrzanego²⁹. Podnosi się również, iż obecność obrońcy w trakcie przesłuchania podejrzanego motywuje przedstawicieli organów procesowych do większego wysiłku i stanowi dodatkową gwarancję zachowania przez te organy norm postępowania oraz warunków swobody wypowiedzi wskazanych w art. 171 k.p.k.³⁰ Dzięki udziałowi obrońcy w tej czynności, organ procesowy prowadzący postępowanie przygotowawcze uzyskuje jakby wzmocnienie tego, że przesłuchanie podejrzanego było przeprowadzone w sposób właściwy, przy pełnym poszanowaniu obowiązującego prawa³¹.

Doceniając istotną rolę owej regulacji dla umożliwienia podejrzanemu realizacji prawa do obrony, wskazać należy na wątpliwości pojawiające się przy wykorzystywaniu tego przepisu w praktyce. Pojawia się one zwłaszcza,

²⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467*, wyd. 6, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 1030.

²⁷ Tamże.

²⁸ T.T. Koncewicz, A. Podolska, *Dostęp do adwokata w postępowaniu karnym. O standardach i kontekście europejskim*, „Palestra” 9 (2017), s. 11.

²⁹ S. Stachowiak, *Uprawnienia obrońcy w postępowaniu przygotowawczym w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 10 (1998), s. 15.

³⁰ Tak C. Kulesza, *Wstąpienie obrońcy do procesu i udział w przesłuchaniu podejrzanego*, w: *System Prawa Karnego Procesowego*, t. X: *Postępowanie przygotowawcze*, red. R.A. Stefański, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 952; zob. także: Tenże, *Uwarunkowanie efektywności prawa do obrony w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, w: *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Cz. Kłak, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 20; T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 1032.

³¹ S. Stachowiak, *Uprawnienia obrońcy*, s. 15; Tenże, *Przesłuchanie podejrzanego z udziałem obrońcy*, „Prokuratura i Prawo” 12 (1997), s. 24.

gdy podejrzany chce skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 301 k.p.k. podczas pierwszego przesłuchania. Pierwsza wątpliwość łączy się z treścią art. 301 k.p.k., zgodnie z którą na żądanie podejrzanego należy przesłuchać go z udziałem ustanowionego obrońcy. Z regulacji zawartych w Kodeksie postępowania karnego wynika, że nabycie prawa do korzystania z pomocy obrońcy przysługuje podejrzanemu (zob. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 71 § 3 k.p.k.). Status zaś podejrzanego dana osoba uzyskuje od momentu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów albo od postawienia zarzutu w formie ustnej w razie dokonywania czynności wskazanych w art. 308 k.p.k. (czynności w niezbędnym zakresie), ewentualnie w dochodzeniu³². Zatem po uzyskaniu statutu podejrzanego staje się konieczne pouczenie, o którym mowa w art. 300 § 1 k.p.k., zawierającym m.in. informacje o treści art. 301 k.p.k.³³ Zgodzić się należy z uwagami zgłaszanymi w piśmiennictwie, że dla skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 301 k.p.k., celowa byłaby pewna zwłoka ze strony organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze między przedstawieniem zarzutu i pouczeniem podejrzanego o uprawnieniu wskazanym w art. 301 k.p.k. a przesłuchaniem podejrzanego³⁴. W tym czasie podejrzany mógłby podjąć czynności prowadzące do ustanowienia obrońcy. W sytuacji, gdy przesłuchanie podejrzanego następuje niezwłocznie po ogłoszeniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów albo postawienia zarzutu w formie ustnej, pouczenie podejrzanego o uprawnieniu wskazanym w art. 301 k.p.k. nie daje możliwości realnego skorzystania z tego uprawnienia. Podejrzany nie ma wówczas faktycznej możliwości ustanowienia obrońcy i poinformowanie go o terminie przesłu-

³² Zob. uwagi C. Kuleszy (*Wstąpienie obrońcy do procesu*, s. 950–951) oraz K.T. Boratyńskiej (*Instytucja przedstawienia zarzutów*, w: *System Prawa Karnego Procesowego*, t. VI: *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. C. Kulesza, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 728–729) odnośnie do rozumienia sformułowania „wydanie postanowienia przedstawieniu zarzutów”.

³³ P.K. Sowiński, *O prawie oskarżonego do przesłuchania z udziałem ustanowionego obrońcy. Uwagi na tle art. 301, 249 § 3 k.p.k. oraz art. 5 ust. 3 zdanie drugie ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym*, w: *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydoreczek, R. Olszewski, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 315–316; Tenże, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2012, s. 285.

³⁴ P.K. Sowiński, *O prawie oskarżonego*, s. 316; Tenże, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego*, s. 285.

chania³⁵. Pojawia się zatem pytanie, czy podejrzany ma możliwość uniknięcia takiej sytuacji. Stosownie do 83 § 1 k.p.k., jest to możliwe wówczas, gdy podejrzany był pozbawiony wolności, np. odbywał karę pozbawienia wolności albo był tymczasowo aresztowany w innej sprawie, ewentualnie zatrzymany w tej sprawie. Wówczas ustanowić obrońcę może inna osoba³⁶. W momencie zatem przedstawienia zarzutów, podejrzany mógłby zatem złożyć wniosek, o którym mowa w art. 301 k.p.k., bowiem dysponowałby wtedy już ustanowionym obrońcą³⁷. Pojawia się natomiast wątpliwość, czy w razie otrzymania wezwania danej osoby do stawienia się w celu przedstawienia zarzutu i przesłuchania jej (art. 313 § 1 k.p.k.), osoba ta może ustanowić obrońcę i zgłosić wniosek wskazany w art. 301 k.p.k.? Brak jest podstaw do przyjęcia, że mamy wówczas do czynienia z podejrzanym w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k. Można co najwyżej mówić o faktycznie podejrzanym. Do kwestii spornych należy odpowiedź na pytanie, czy takiej osobie przysługuje *de lege lata* prawo do obrony³⁸. Wydaje się, że w omawianej sytuacji „potencjalny podejrzany” w celu złożenia wniosku, o którym mowa w art. 301 k.p.k., mógłby skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 87 § 2 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem, osoba nie będąca stroną może ustanowić pełnomocnika, jeżeli wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu. Jednakże pełnomocnik, o którym mowa w art. 87 § 2 k.p.k., nie spełniałby warunków zawartych art. 301 k.p.k. W tej sytuacji jedynym roz-

³⁵ Zob. P.K. Sowiński, *O prawie oskarżonego*, s. 316; Tenże, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego*, s. 284; M. Wąsek-Wiaderek, *O dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego złożonych pod nieobecność obrońcy*, w: *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, L. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 554.

³⁶ Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 572–573.

³⁷ Zob. K.T. Boratyńska, *Prawo podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy i do przesłuchania z jego udziałem*, w: *System*, t. VI, s. 742–743; J. Kosonoga, *Przedstawienie i modyfikacja zarzutów a rola obrońcy*, w: *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. P. Wiliński, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015, s. 111.

³⁸ Zob. np. R.A. Stefański, *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, w: *Z problematyki funkcji procesu karnego*, s. 296–310 oraz przytaczaną tam literaturę i orzecznictwo; S. Steinborn, M. Wąsek-Wiaderek, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, w: *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 430–452.

wiązaniem byłoby wówczas udzielenie przez podejrzanego, a więc bezpośrednio po przedstawieniu zarzutów, dotychczasowemu pełnomocnikowi pełnomocnictwa, aby działał w postępowaniu jako obrońca w tej sprawie³⁹.

Kolejna wątpliwość, która się pojawia przy interpretacji art. 301 k.p.k. sprowadza się do pytania, jak należy rozumieć sformułowanie Kodeksu, zgodnie z którym podejrzanego należy przesłuchać z udziałem „ustanowionego obrońcy”? Czy zatem owym obrońcą będzie obrońca z wyboru, czy zakresem owego pojęcia należy objąć obrońcę wyznaczonego z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny (art. 78 § 1 k.p.k.)⁴⁰? Za pierwszym rozwiązaniem przemawia wykładnia literalna, która nakazuje odróżniać obrońcę ustanowionego (art. 83 § 1 k.p.k.) od obrońcy wyznaczonego (art. 84 § 1 k.p.k.)⁴¹. Według stanowiska odmiennego, brzmienie przepisu art. 301 zd. 1 k.p.k. nie powinno prowadzić do pozbawienia podejrzanego prawa do przesłuchania z udziałem obrońcy tylko z tego powodu, że warunki finansowe nie pozwalają temu uczestnikowi postępowania na ustanowienie obrońcy z wyboru, a zatem żądanie podejrzanego może dotyczyć również obrońcy wyznaczonego⁴². Przy zaakceptowaniu tej tezy, żądanie podejrzanego wskazane w art. 301 k.p.k. może odnosić również do obrońcy wyznaczonego⁴³. Ustosunkowując się do tej kwestii należy podnieść, że ograniczenie możliwości przesłuchania podejrzanego z udziałem obrońcy tylko „ustanowionego obrońcy”, a pominięcie „obrońcy wyznaczonego” nasuwa wątpliwości. Po pierwsze, przyjęcie literalnej wykładni prowadziłoby do skutku wskazanego przez W. Posnowa, a w konsekwencji powodowałoby ograniczenie prawa do obrony (art. 6 k.p.k., art. 42 ust. 2 Konstytucji) w sytuacji, gdy podejrzanym korzysta z pomocy „obrońcy wy-

³⁹ Zob. J. Zagrodnik, *Metodyka pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych i karnych skarbowych*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 121.

⁴⁰ Zob. W. Posnow, *Udział obrońcy w przygotowawczym stadium procesu – aspekty realizacji niektórych uprawnień*, w: *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 419.

⁴¹ Tak K.T. Boratyńska, *Prawo podejrzanego*, s. 742–743; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. II, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 30; J. Kosonoga, *Przedstawienie i modyfikacja*, s. 111; J. Zagrodnik, *Metodyka*, s. 121.

⁴² W. Posnow, *Udział obrońcy*, s. 419.

⁴³ Tak także; S. Maciejewska, *Nowe gwarancje prawa do obrony przyznane podejrzanemu w kodeksie postępowania karnego z 1997 roku*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 5 (2000), s. 119; Z. Brodzisz, *Komentarz do art. 301*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 701.

znaczono”. Po drugie, należy jednak podkreślić, że jedną z reguł wykładni językowej jest dyrektywa, zgodnie z którą bez uzasadnionych powodów nie powinno się przypisywać różnym terminom tego samego znaczenia⁴⁴. Sięgnięcie do treści art. 325g § 3 k.p.k. uzasadnia tezę, że Kodeks postępowania karnego dokonuje rozróżnienia między ustanowieniem a wyznaczeniem obrońcy. Jednakże wskazana dyrektywa nie ma charakteru uniwersalnego. Zgodnie bowiem z dyrektywą wykładni systemowej, nie powinno się przypisywać regule prawnej znaczenia, przy której byłaby ona niekoherentna z innymi regułami systemu⁴⁵. Wydaje się, że w razie ograniczenia żądania wskazanego w art. 301 k.p.k. tylko do udziału „obrońcy ustanowionego” mielibyśmy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Z tych względów należy przyjąć tezę, że w sytuacji, gdy ów obrońca został wyznaczony, to podejrzany może skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 301 k.p.k. Po trzecie, rolę dostępu do adwokata podkreśla również art. 3 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48 z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, stanowiąc, że państwa członkowskie zapewniają podejrzany i oskarżonym prawo dostępu do adwokata w takim terminie i w taki sposób, aby osoby te mogły rzeczywiście i skutecznie wykonywać przysługujące im prawo do obrony⁴⁶.

Kolejna kwestia sporna związana z treścią art. 301 k.p.k. dotyczy zagadnienia, czy uprawnienie przewidziane w art. 301 k.p.k. ma charakter jednorazowy i wygasa po jednorazowym przesłuchaniu⁴⁷. Teza ta jest łągodzona

⁴⁴ J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Polska Akademia Nauk, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 79.

⁴⁵ Tamże, s. 82. Według Autora, system prawa jest koherentny, gdy oparty jest na wspólnych założeniach aksjologicznych w taki sposób, że reguły należące do systemu nie tylko są niesprzeczne, ale jeszcze są zharmonizowane ze sobą ze względu na wartości, które chronią lub które je uzasadniają, tamże. Wydaje się, że prawo oskarżonego do obrony jest taką wartością.

⁴⁶ Dz. U. UE L 2013294.1 z dnia 6 listopada 2013 r.

⁴⁷ Tak J. Grajewski, *Komentarz do art. 301*, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. 2, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 941; T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 1030; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 7, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2010, s. 320; M. Kurowski, *Komentarz do art. 301*, w: B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa

przez przyjęcie założenia, że prawo podejrzanego, o którym mowa w art. 301 k.p.k., aktualizuje się ponownie wraz ze zmianą sytuacji procesowej podejrzanego, związanej z modyfikacją przedstawienia zarzutów⁴⁸. Według poglądu odmiennego, to żądanie podejrzanego może być realizowane wielokrotnie przy kolejnych przesłuchaniach⁴⁹. Ustosunkowując się do tej kwestii należy opowiedzieć się za tezą o prawie podejrzanego do zgłaszania owego żądania wielokrotnie. Podzielić należy argument, że użycie w art. 301 k.p.k. zwrotu „przesłuchanie” nie akcentuje jednorazowości żądania udziału obrońcy w tej czynności, lecz wskazuje na rodzaj czynności, która może być dokonywana wielokrotnie⁵⁰.

Istotnym uprawnieniem z punktu widzenia zapewnienia obrony podejrzanemu (oskarżonemu) jest zapewnienie dostępu do obrońcy. W sytuacji, gdy podejrzany przebywa na wolności, to kontakt ten zależy wyłącznie od woli tego uczestnika postępowania. Przepisy dotyczące tzw. obrony obligatoryjnej (art. 79 k.p.k., art. 80 k.p.k.) oraz przewidujące możliwość skorzystania z „prawa ubogich” (art. 78 k.p.k.) zabezpieczają interesy podejrzanego (oskarżonego), gdy z powodu wieku, ułomności psychicznej lub fizycznej albo stanu majątkowego miałby on trudności w skorzystaniu z pomocy obrońcy. W sytuacji, gdy podejrzany (oskarżony) jest tymczasowo aresztowany istotnego znaczenia nabierają przepisy regulujące dostęp do obrońcy. Wówczas pełny walor dla obrony oskarżonego ma wyłącznie wolny od kontroli kontakt z obrońcą. Jedynie w tych warunkach adwokat lub radca prawny będzie mógł ustalać program obrony bez obawy naruszenia art. 86 § 1 k.p.k.⁵¹ Postulat ten spełnia uregulowanie przewidziane w art. 73 § 1 k.p.k., zgodnie z którym oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze

2017, s. 1093; S. Stachowiak, *Przesłuchanie podejrzanego*, s. 23; Tenże, *Uprawnienia obrońcy*, s. 14–15; J. Zagrodnik, *Metodyka*, s. 121.

⁴⁸ Tak K. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 1030; M. Kurowski, *Komentarz do art. 301*, s. 1093; J. Zagrodnik, *Metodyka*, s. 122; zob. także: S. Stachowiak, *Przesłuchanie podejrzanego*, s. 23.

⁴⁹ J. Kosonoga, *Przedstawienie i modyfikacja*, s. 110; P.K. Sowiński, *O prawie oskarżonego*, s. 318; Tenże, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego*, s. 286.

⁵⁰ J. Kosonoga, *Przedstawienie i modyfikacja*, s. 110.

⁵¹ Zob. I. Nowikowski, *Prawo tymczasowo aresztowanego do korespondencji z obrońcą*, „Palestra” 6 (1980), s. 70–71; zob. także: P. Hofmański, A. Wróbel, *Komentarz do art. 6, w: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, red. L. Garlicki, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 420–421; D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, „Prokuratura i Prawo” 12 (2003), s. 144; K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1998, s. 130.

swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Reguła ta ma zastosowanie zarówno w postępowaniu sądowym, jak również w postępowaniu przygotowawczym. Jednak w postępowaniu przygotowawczym doznaje ona ograniczeń, bowiem stosownie do § 2 art. 73 k.p.k. prokurator udzielając zezwolenia na porozumiewanie się, może zastrzec, że w szczególnie uzasadnionych wypadkach, jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego, będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona. Owe ograniczenia nie mogą być utrzymywane ani dokonywane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania. Z art. 73 § 3 k.p.k. wynika też, że jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego, prokurator w szczególnie uzasadnionych wypadkach, może zastrzec kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą. Tak samo, jak w wypadku kontaktów bezpośrednich z obrońcą, cenzura korespondencji nie może być ani utrzymywana ani dokonywana po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego. Uregulowanie przewidziane w art. 73 § 2-4 k.p.k. jest kompromisem między zapewnieniem podejrzanemu nieskrępowanego dostępu do obrońcy a potrzebą zabezpieczenia czynności postępowania przygotowawczego przed działaniami, które mogą prowadzić do utraty lub zniekształcenia określonych dowodów⁵². Jednym z celów postępowania przygotowawczego jest zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu. Niebezpieczeństwo ich utraty lub zniekształcenia występuje zwłaszcza we wczesnym etapie postępowania przygotowawczego, gdy nie zostały one w dostatecznym stopniu zebrane i utrwalone. Z tych powodów możliwość wprowadzenia wskazanych w art. 73 § 4 k.p.k. czasowych ograniczeń w swobodnych kontaktach między podejrzanym tymczasowo aresztowanym a jego obrońcą zasługuje na akceptację⁵³.

⁵² Zob. jednak zastrzeżenia: K. Dudka, *Kontrola korespondencji*, s. 139–140. W piśmiennictwie spotyka się stanowisko bardziej radykalne. Zdaniem K. Zakrzewskiego [*Prawo podejrzanego tymczasowo aresztowanego do kontaktu z obrońcą*, „Palestra” 9–10 (2013), s. 71] polski ustawodawca powinien dokonać zmiany unormowania procedury karnej w kierunku dopuszczenia nieograniczonych, poufnych kontaktów podejrzanego z obrońcą. Według Autora, skutek taki byłby osiągnięty poprzez skreślenie w art. 73 k.p.k. ustępów 2-4.

⁵³ Trybunał Praw Człowieka w sprawie S. przeciwko Szwajcarii stwierdził, że Konwencja nigdzie wyraźnie nie stanowi o prawie oskarżonego do porozumiewania się z obrońcą pod nieobecność innych osób. Przyjmuje się, że wynika ono jednak z celu i przedmiotu art. 6 ust. 3 lit. c jako fundamentalna część przygotowania do obrony. Wartość pomocy obrońcy uległaby znacznemu obniżeniu, gdyby adwokat nie mógł porozumiewać się ze swoim klientem i udzielać mu poufnych wskazówek bez jakiegokolwiek kontroli, tak M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka*, wyd. 4, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 318, powołując się na: Raport *Can v. Austria*

III

Przechodząc do funkcji ścigania należy stwierdzić, że jest ona realizowana w toku procesu karnego, głównie przez czynności podejmowane w stadium postępowania przygotowawczego przez organy śledztwa i dochodzenia. Jest skierowana ku wykryciu sprawcy i zebraniu materiału oskarżenia⁵⁴. Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze⁵⁵, prokurator wykonuje m.in. zadania w zakresie ścigania przestępstw. W piśmiennictwie przyjmuje się, że pojęcie „ściganie przestępstw” obejmuje całokształt walki z przestępczością, tj. wykrycie sprawcy i jego ujęcie oraz zebranie i utrwalenie dowodów (przygotowanie oskarżenia), działania zmie-

z 12 lipca 1984 r., skarga nr 9300/81, A.96, § 53; orzeczenie z 28 listopada 1991 r., A. 220; decyzję Heidegger v. Austria z 5 października 1999 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 27077/95, niepubl. D. Świecki przytacza tezę, że art. 6 ust. 3 lit. b Konwencji przewiduje prawo oskarżonego pozbawionego wolności do nieograniczonego kontaktu z obrońcą. Dopuszcza się ograniczenie tego prawa w fazie początkowej postępowania karnego. Sformułowano również pogląd, że Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie gwarantuje prawa oskarżonego do porozumienia z obrońcą bez obecności osób trzecich, zob. orzeczenie Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka z 28 listopada 1991 r. w sprawie 48/1990/239/309-310, pub. A220/1991, tak D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, wyd. 2, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011, s. 86. W orzecznictwie Trybunału Strasburskiego przyjmuje się również, że ograniczenia w zakresie kontaktów między obrońcą a aresztowanym klientem są wyjątkowe, np. w razie uzasadnionych podstaw do podejrzeń, że obrońca podczas spotkań z aresztowanym klientem nadużywa swojej uprzywilejowanej pozycji, wspólnie z nim stara się zataić lub usunąć dowody albo w inny sposób poważnie utrudnić postępowanie karne, tak M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Komentarze praktyczne*, wyd. 7, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 603, powołując się na wyrok Modarca v. Mołdowa, § 113. W wypadku zaś kontaktów korespondencyjnych adwokata z więźniem przeczytanie tej korespondencji może być dozwolone tylko w wyjątkowych sytuacjach, kiedy władze więzienne mają uzasadnione powody przypuszczać, że przywilej tajemnicy korespondencji z więźniem jest nadużywany w celach sprzecznych z prawem. Zdaniem Trybunału, żadna nagła potrzeba społeczna nie usprawiedliwia otwierania i czytania korespondencji więźnia z adwokatem, zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji*, 2017, s. 712 i wskazane tam orzeczenia.

⁵⁴ M. Cieślak, *Polska procedura*, 1984, s. 472. Zdaniem Autora, działalność organów postępowania przygotowawczego nie przestaje być też działalnością o charakterze obiektywnym, wyjaśniająco-rozpoznawczym, analogiczna do funkcji sądu w stadium jurysdykcyjnym, co nieuchronnie wiąże się z występowaniem elementów funkcji obrony w miarę potrzeby, tamże.

⁵⁵ Dz. U. z 2016 r., poz. 177 z późn. zm.

rzające do ukarania sprawcy (popieranie oskarżenia)⁵⁶. W stadium jurysdykcyjnym funkcja ta jest wypełniana przez oskarżyciela publicznego, posiłkowego, w postępowaniu z oskarżenia prywatnego przez oskarżyciela prywatnego. Przybiera postać oskarżenia⁵⁷. Wykonywanie funkcji ścigania może być zintensyfikowane przez obowiązywanie zasady legalizmu, wprowadzającej obowiązek prawny ścigania przestępstw z urzędu, gdy ściganie jest dopuszczalne pod względem prawnym oraz zasadne z powodów faktycznych (art. 10 § 1 k.p.k.)⁵⁸. Należy również podnieść, że paradoksalnie niektóre regulacje prawne, które są odstępstwem od zasady legalizmu, w ostatecznym rozrachunku mogą służyć realizowaniu funkcji ścigania. Odnosić się to może od instytucji świadka koronnego. Nadanie statusu świadka osobie będącej podejrzanym o udział w zorganizowanej grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa może być niekiedy jedyną metodą przełamywania „solidarności” członków owej zorganizowanej grupy albo związku przestępczego albo w innych sprawach objętych ustawą z dnia 25 czerwca 1997 r. świadku koronnym⁵⁹. Podzielić należy pogląd, że korzystanie z dostarczonych informacji i złożonych zeznań przez współsprawców przestępstw, udzielonych przez nich w charakterze świadków koronnych, może być niekiedy jedyną skuteczną metodą zwalczania bardzo groźnych przestępstw dokonywanych przez niebezpieczne grupy mafijne lub zorganizowane⁶⁰.

Realizacja funkcji ścigania wymaga zgromadzeniu odpowiednich źródeł i środków dowodowych. Uzyskanie źródeł dowodowych i środków dowodowych niejednokrotnie może się łączyć ze stosowaniem środków przymusu

⁵⁶ R.A. Stefański, *Zadania prokuratora a zadania oskarżyciela publicznego*, w: *System*, t. VI, s. 165 i wskazana tam literatura. Według niektórych Autorów, pojęcie ścigania obejmuje również wykonanie kary, zob. tamże.

⁵⁷ M. Cieślak, *Polska procedura*, 1984, s. 472.

⁵⁸ Zob. też uwagi: J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 285–286.

⁵⁹ Dz. U. z 2007 r. Nr 36, poz. 232 z późn. zm.; zob. M. Adamczyk, *Świadek koronny. Analiza prawno-kryminalistyczna*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 23; E. Kowalewska-Borys, *Świadek koronny w ujęciu dogmatycznym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 103.

⁶⁰ A. Murzynowski, *Refleksje na temat kształtu procedury karnej w XXI wieku*, w: *Postępowanie karne w XXI wieku*, red. P. Kruszyński, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2002, s. 54; zob. też uwagi M. Rogackiej-Rzewnickiej, *Środki racjonalizacji zasady legalizmu we współczesnym procesie karnym*, w: *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorzczak, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 118–119. Odnosnie do wad i zalet instytucji świadka koronnego zob. uwagi E. Kowalewskiej-Borys, *Świadek koronny*, s. 102–114.

w postaci zatrzymania rzeczy, korespondencji przeszukania, kontroli i utrwalania rozmów, zatrzymania osoby podejrzanego, stosowaniem środków zapobiegawczych, poszukiwania podejrzanego, wydawaniem listu gończego. Ponadto, zastosowanie środków przymusu może polegać na umieszczeniu w zakładzie psychiatrycznym celem dokonania badania, nałożenia kary pieniężnej w celu wymuszenia określonego zachowania, zajęcia mienia, pobrania odcisków palców w celach identyfikacyjnych⁶¹. Środkami przymusu procesowego w polskim procesie karnym są z reguły czynności organów procesowych mające na względzie zabezpieczenie prawidłowego biegu procesu i jego celów, polegające na stosowaniu odpowiedniego przymusu w toku procesu, ograniczającego prawa konstytucyjne osób, wobec których zastosowano te środki⁶². W piśmiennictwie wskazano, że organy procesowe, a zwłaszcza organy ścigania, realizując cele procesowe, w tym cele postępowania przygotowawczego mogą zatem naruszać nietykalność i wolność osobistą jednostki, sferę życia prywatnego, rodzinnego, tajemnicę komunikowania się, nienaruszalność mieszkania⁶³. Jednocześnie podkreśla się, że prawo procesowe musi więc ustanawiać dopuszczalne formy i sposoby realizacji prawa karnego materialnego, w tym nieprzekraczalne granice ingerencji w prawa i wolności jednostki⁶⁴. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, organy władzy publicznej mają obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa⁶⁵. Zdaniem Trybunału, wymóg podstawy prawnej dla działania organów władzy publicznej oznacza, że organy te mogą działać wyłącznie na podstawie upoważnień przewidzianych w prawie. Brak regulacji prawnej upoważniającej do podjęcia danego działania należy uznać za równoznaczny z zakazem tego działania⁶⁶. Teza ta jest odnoszona również do organów postępowania karnego⁶⁷.

⁶¹ K. Marszał, *Wprowadzenie*, w: *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. K. Amelung, K. Marszał, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1990, s. 12.

⁶² Tamże, s. 20.

⁶³ J. Skorupka, *Funkcja gwarancyjna przepisów prawa karnego procesowego*, w: *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego*, s. 404.

⁶⁴ Tamże.

⁶⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. akt P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138, s. 693; zob. także uwagi P. Wilińskiego (*Proces karny w świetle Konstytucji*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 90) i wskazywane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

⁶⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. akt P 3/00, s. 693–694.

⁶⁷ J. Skorupka, *Funkcja gwarancyjna*, s. 405–406.

W związku z omawianiem funkcji ścigania pojawia się pytanie, czy realizacja tej funkcji następuje tylko przez dokonywanie stosownych czynności procesowych⁶⁸. Czy w ramach funkcji ścigania, po wszczęciu postępowania karnego mogą być dokonywane czynności operacyjno-rozpoznawcze⁶⁹, które nie mają waloru czynności procesowych⁷⁰? Czynności te są dokonywane na podstawie ustaw: o Policji⁷¹, o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁷², o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁷³, o Straży Granicznej⁷⁴, o Krajowej Administracji Skarbowej⁷⁵, o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁷⁶, o Służbie Kontrwywiadu Woj-

⁶⁸ Zdaniem J. Skorupki (*O sprawiedliwości procesu*, s. 294), „Podporządkowanie postępowania karnego realizacji norm prawa karnego wymaga ograniczenia barier utrudniających poznanie prawdy oraz stałego poszerzania obowiązków dowodowych stron. Do procesu karnego wprowadzane są coraz bardziej inwazyjne czynności dowodowe o procesowym i pozaprocesowym charakterze”.

⁶⁹ Używam pojęcia „czynności operacyjno-rozpoznawcze” w znaczeniu zdefiniowanym przez A. Tarachę, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze – aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 25. Według Autora, czynności operacyjno-rozpoznawcze odznaczają się następującymi cechami: 1) są to czynności organów państwowych; 2) wykonywane tajnie lub poufnie; 3) w oparciu o podstawę ustawową; 4) spełniające funkcję informacyjną, wykrywczą, profilaktyczną i dowodową.

⁷⁰ W kwestii dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych wypowiadał się Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając dopuszczalność stosowania tych czynności w demokratycznym państwie prawa, uznając, że niejawnie pozyskiwanie informacji o obywatelach w toku kontroli operacyjnej jest uzasadnione koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa w warunkach zagrożenia terroryzmem, zorganizowaną przestępczością, wykorzystywaniem przez przestępców nowych technologii w celu komunikowania się między sobą, zob. P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych*, „Studia Prawnicze” 3 (211) 2017, s. 84–85 i przytaczane tam orzeczenia; M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 154–155 i przytaczane tam orzeczenia.

⁷¹ Zob. art. 19 i art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2017 r., poz. 2067.

⁷² Zob. art. 21 ust. 1, pkt 1-2, art. 22, art. 22a ust. 2 i ust. 5, art. 27, art. 29 ust. 1 i art. 30 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz. U. z 2017 r., poz. 1920.

⁷³ Zob. art. 17 i art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2017 r., poz. 1993.

⁷⁴ Zob. art. 9 ust. 1, art. 9b ust. 1 i ust. 3, art. 9e, art. 9f i art. 9g ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. z 2017 r., poz. 2365.

⁷⁵ Zob. art. 113 ust. 2, art. 114 ust. 1, art. 117 ust. 1, art. 118, art. 119 i art. 120 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz. U. z 2018 r., poz. 508.

⁷⁶ Zob. art. 4 ust. 2 pkt 4, art. 31, art. 32 i art. 33 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. z 2018 r., poz. 430.

skowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁷⁷, o Służbie Ochrony Państwa⁷⁸, o działaniach antyterrorystycznych⁷⁹. Nie budzi wątpliwości teza, że owe czynności mogły być dokonywane przed wszczęciem postępowania karnego. Kontrowersje istniały natomiast odnośnie do dopuszczalności przeprowadzania tych czynności w trakcie postępowania karnego⁸⁰. Aktualnie akceptację uzyskała teza, że takie czynności operacyjno-rozpoznawcze jak kontrola operacyjna, zakup kontrolowany i przesyłka niejawnie nadzorowana mogą być prowadzone przez odpowiednie organy także w trakcie trwania procesu karnego⁸¹. Pogląd ten należy zaakceptować.

W związku z poczynionymi uwagami można postawić pytanie, jak należy ocenić regulacje prawne dotyczące kontroli i utrwalania rozmów. Tego rodzaju czynności pozostają w opozycji do art. 49 Konstytucji, gwarantującej wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Konstytucja dopuszcza jednak ich ograniczenie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Zgodnie z art. 237 § 1 i § 2 k.p.k., po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżeniu nowego przestępstwa. W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicz-

⁷⁷ Zob. art. 25 pkt 1, art. 26 pkt 1, art. 28 ust. 1, art. 31, art. 33 ust. 1 i art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. z 2017 r., poz. 1978.

⁷⁸ Zob. art. 19 ust. 1 pkt 2, art. 42, art. 43 i art. 44 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa, Dz. U. z 2018 r., poz. 138.

⁷⁹ Zob. art. 9 ust. 1 i ust. 5, art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych Dz. U. z 2018 r., poz. 452.

⁸⁰ Zob. wypowiedzi przytaczane przez A. Tarachę, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 212–215 i wskazaną tam literaturę.

⁸¹ Zob. M. Błoński, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego*, „Palestra” 7–8 (2012), s. 83; K.J. Pawelec, *Substytuowanie dowodowe nielegalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Sądowy” 3 (2018), s. 75; D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2012, s. 180–183; A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 215–216. Należy dodać, że dokonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych w toku postępowania przygotowawczego wynika z art. 57 § 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, Dz. U. poz. 177 z późn. zm. Zgodnie z tym przepisem, Prokurator Generalny może zwrócić się o przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez właściwe uprawnione organy, jeżeli pozostawałyby one w bezpośrednim związku z toczącym się postępowaniem przygotowawczym, zob. także: R.A. Stefański, *Nowy model prokuratury a postępowanie karne*, w: *Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 roku*, red. A. Lach, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 65–66, 68.

nych może zarządzić prokurator, który jest zobowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni na posiedzeniu bez udziału stron. W wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora, sąd w postanowieniu wydanym w przedmiocie wniosku zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych dowodów. Jest to zatem jedna z tzw. czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym, polegająca na tym, że zamiast prokuratora to sąd podejmuje decyzję w kwestii zezwolenia na kontrolę i utrwalenia rozmów⁸². Ustawodawca wprowadził zamknięty katalog przestępstw, w stosunku do których można wprowadzić kontrolę rozmów w razie wszczęcia postępowania o te przestępstwa (art. 237 § 3 k.p.k.). Zgodnie z art. 237 § 4 k.p.k., kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawą lub grożącym przestępstwem. Artykuł 239 k.p.k. przewiduje możliwość odroczenia ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy. Unormowania zawarte w art. 237 k.p.k. określają granice dozwolonego prawem wykonywania podsłuchu oraz określają tryb przeprowadzenia kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. W piśmiennictwie podniesiono, że regulacja ta podlega interpretacji ścisłej ze względu na potrzebę należytej obrony prawa i wolności obywateli przed nadmierną ingerencją organów władzy publicznej w ich życie prywatne⁸³. Tezę tę należy zaakceptować, bowiem środki przymusu będące ustawowymi ograniczeniami w przyznane prawa i wolności obywatelskie nie powinny być interpretowane rozszerzająco⁸⁴.

Ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁸⁵ dodano § 8, który stanowił, że wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów

⁸² Zob. K. Eichstaedt, *Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 292–296.

⁸³ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 834, 835–836; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 1285 oraz przytaczane tam orzecznictwo sądów apelacyjnych; zob. także: J. Skorupka, *Krytycznie o stanowisku Sądu Najwyższego w kwestii legalności kontroli rozmów telefonicznych*, „Prokuratura i Prawo” 4 (2011), s. 8–9.

⁸⁴ K. Marszał, *Zastrzeżenie wyłączności podstawy ustawowej stosowania środków przymusu w polskim procesie karnym*, Rozdział III, § 2, w: *Stosowanie środków przymusu*, s. 97–98.

⁸⁵ Dz. U. Nr 53, poz. 273.

telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli (art. 237 § 8). Tą samą ustawą wprowadzono artykuł 237a k.p.k., który regulował tzw. kwestię zgody następcej. W następstwie tej nowelizacji, jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k., popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od jej zakończenia mógł wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym. Zgodnie z tym przepisem, wyrażenie zgody następcej należało do sądu i dotyczyło przestępstwa wskazanego w katalogu zawartym w art. 237 § 3 k.p.k., lecz niewymienionego w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli⁸⁶. Z treści art. 237a k.p.k. wynikało również, że owa zgoda następca mogła dotyczyć również podmiotowego rozszerzenia granic dopuszczalności wykorzystania treści zarejestrowanych w toku podsłuchu⁸⁷. Przewidziana w tym przepisie „zgoda następca” była zatem udzielana przez sąd i nie mogła dotyczyć przestępstwa niewskazanego w art. 237 § 3 k.p.k.⁸⁸ Ponadto, wystąpienie prokuratora do sądu o uzyskanie „zgody następcej” było ograniczone stosownymi terminami.

Na skutek nowelizacji dokonanej przez ustawę z 11 marca 2016 r.⁸⁹ treść art. 237 i art. 237a została zmieniona. Zmiana art. 237 k.p.k. polegała na uchyleniu paragrafu 8. Z kolei art. 237a k.p.k. uzyskał brzmienie następujące: „Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przestępstwa przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontro-

⁸⁶ M. Błoński, *Zakres przedmiotowy*, s. 85; T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 835–836; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks*, t. I, wyd. 4, s. 1308.

⁸⁷ M. Błoński, *Zakres przedmiotowy*, s. 86; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks*, t. I, wyd. 4, s. 1309; J. Skorupka, *Komentarz do art. 237a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 559.

⁸⁸ K. Eichstaedt, *Art. 237a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli*, w: B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski [i in.], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 765; J. Skorupka, *Komentarz do art. 237a*, s. 559.

⁸⁹ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 437.

li, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”. Konsekwencją wprowadzonych zmian jest po pierwsze, pozbawienie sądu prawa do wyrażania tzw. zgody następcej na wykorzystanie dowodów innych dotyczących innych przestępstw, niż wskazane w postanowieniu sądu o kontroli i utrwalaniu treści rozmów⁹⁰. Decyzja w tej kwestii na skutek omawianej nowelizacji została przekazana prokuratorowi. Po drugie, zostało zniesione istniejące dotychczas ograniczenie, zgodnie z którym przedmiotowe rozszerzenie zakresu owej kontroli może dotyczyć tylko przestępstwa, które zostało ujęte w katalogu przestępstw wskazanych w art. 237 § 3, a zatem tylko do tych przestępstw, w stosunku do których można prowadzić kontrolę i utrwalenie treści rozmów⁹¹. Ponadto, zasadnie podniesiono, że o ile zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 237a k.p.k., dowód popełnienia przestępstwa przez inną osobę, nieobjętą zarządzeniem kontroli, mógł dotyczyć tylko przestępstwa mieszczącego się w katalogu zawartym w art. 237 § 3 k.p.k., o tyle po nowelizacji ograniczenie to zostało wyeliminowane⁹². Po trzecie, wykorzystanie dowodów uzyskanych wobec osób, które nie były objęte zarządzeniem kontroli, zostało przekazane do kompetencji prokuratora. Po czwarte, zostały zniesione istniejące wcześniej ograniczenia czasowe, adresowane do prokuratora, wyznaczające terminy do występowania z wnioskiem o wydanie przez sąd zgody następcej⁹³. Należy podzielić w pełni pogląd, że w następstwie wprowadzonej nowelizacji art. 237a k.p.k. możliwe jest wykorzystanie dowodu popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez względu na to, czy przestępstwo takie upoważnia do zarządzenia procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów⁹⁴. Słuszne jest również stwierdzenie, iż w następstwie wprowadzanej zmiany treści art. 237a k.p.k., *de lege lata* brak

⁹⁰ Zob. K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 237a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, wyd. 7, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 586; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 94.

⁹¹ K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 237a*, s. 586; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 87–89, 93; B. Sitkiewicz, *Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej oraz podsłuchu procesowego*, w: *Postępowanie karne po nowelizacji*, s. 103.

⁹² P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 89–90.

⁹³ K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 237a*, s. 586; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 97.

⁹⁴ P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 90; D. Świecki, *Komentarz do art. 237a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian w 2016*, red. D. Świecki, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 228.

jest zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania procesowej kontroli i utrwalenia treści rozmów telefonicznych⁹⁵. Zgodzić się trzeba z poglądem, że takie rozwiązanie sprzyja realizacji zasady legalizmu⁹⁶, lecz pozostaje w opozycji do kategorycznego brzmienia art. 237 § 3, zawierającego zamknięty katalog przestępstw, w przypadku których można stosować kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych⁹⁷. Jako zasadne należy uznać stwierdzenie, że ograniczenie przedmiotowe kontroli i utrwalenia treści rozmów telefonicznych, przewidziane w art. 237 k.p.k. stają się w znacznej mierze iluzoryczne⁹⁸.

W kontekście tych uwag należy odnieść się również do kwestii czynności operacyjno-rozpoznawczych uregulowanych we wskazanych wyżej ustawach dotyczących poszczególnych służb specjalnych. Jednym z rodzajów owych czynności operacyjno-rozpoznawczych jest tzw. „kontrola operacyjna”. Polega ona na przeprowadzeniu kontroli korespondencji, kontroli przesyłek oraz stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przesyłanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych⁹⁹. Kontrola operacyjna pokrywa się zatem częściowo z przewidzianą w art. 237 k.p.k. instytucją kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, mającą zastosowanie także do kontroli i utrwalania

⁹⁵ P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 90.

⁹⁶ D. Świecki, *Komentarz do art. 237a*, s. 228; M.G. Węglowski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, sygn. I KZP 6/07, „Prokuratura i Prawo” 2 (2009), s. 158.

⁹⁷ D. Świecki, *Komentarz do art. 237a*, s. 228–229.

⁹⁸ P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 90.

⁹⁹ Zob. A. Taracha, *Działania operacyjno-rozpoznawcze prowadzone w ramach uprawnień jako kontratyp – wybrane zagadnienia*, w: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, red. Z. Ćwiąkalski, G. Artymiak, Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 461; zob. także: P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 82–83; D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 162–163; zob. także: art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 17 ust. 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 27 ust. 6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 4 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu, art. 9e ust. 7 ustawy o Straży Granicznej, art. 31 ust. 7 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 118 ust. 4 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, art. 43 ustawy o Służbie Ochrony Państwa. Kwestia zgodności z Konstytucją przepisów odnoszących się kontroli operacyjnej była przedmiotem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

innych rozmów i przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną (art. 241 k.p.k.)¹⁰⁰.

Należy również podnieść, że w ustawach o Policji (art. 19 ust. 15a, ust. 15c-15e), o Centralnym Biurze Antykorupcyjnych (art. 17 ust. 15a, ust. 15c-15e), o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art. 27 ust. 15a, ust. 15c-15e), o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 31 ust. 14a, ust. 14c-14e), o Straży Granicznej (art. 9e ust. 16a, ust. 16c-16e), o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (art. 31 ust. 16a, ust. 16c-16e) w brzmieniu sprzed 15 kwietnia 2016 r. przewidywały regulacje prawne tożsame z unormowaniem zawartym w art. 237 § 8 k.p.k. i art. 237a k.p.k. w zakresie „zgody następcej”¹⁰¹. Jeżeli zatem w wyniku kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, innego niż objętego postanowieniem o zarządzeniu kontroli operacyjnej, lecz mieszczącego się w katalogu przestępstw, wobec których można było prowadzić kontrolę operacyjną albo popełnionego przez osobę, wobec której nie zarządzono kontroli operacyjnej, to zgodę na wykorzystanie tego dowodu w postępowaniu karnym podejmował sąd¹⁰².

Ustawą z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁰³ uchylono wskazane wyżej przepisy, regulujące w tych ustawach kwestię „zgody następcej”. Wprowadzono jednocześnie art. 168b k.p.k., który zawiera uregulowania analogiczne o treści znowelizowanego art. 237a k.p.k. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. W piśmiennictwie podniesiono, że z treści art. 168b k.p.k. wynika również, że prokurator po-

¹⁰⁰ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 201, 202–205.

¹⁰¹ Zob. uwagi: L.K. Paprzycki, *Sądowa kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych de lege ferenda*, w: *Funkcje procesu karnego*, s. 100.

¹⁰² Zob. S. Brzozowski, *Wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b. kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 6 (2016), s. 24.

¹⁰³ Zob. art. 4, art. 5, art. 12, art. 13, art. 17, art. 18 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 437.

dejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w toku kontroli operacyjnej w odniesieniu do innej osoby niż ta, wobec której kontrola ta była prowadzona¹⁰⁴.

W związku z przeprowadzonymi zmianami w zakresie wykorzystania dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, należy w pełni odnieść do tych nowelizacji uwagi poczynione wyżej w stosunku do aktualnej treści art. 237 k.p.k. i art. 237a k.p.k. Konsekwencją tych zmian jest przełamanie zatem dotychczas obowiązującej reguły, że kontrola operacyjna jest podejmowana tylko za zgodą sądu¹⁰⁵. Do decyzji prokuratora, a nie jak poprzednio sądu, należy bowiem obecnie decyzja o wykorzystaniu dowodu uzyskanego odnośnie do przestępstwa, niewskazanego w decyzji o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Prokurator ma decydować o dopuszczalności wykorzystania dowodu dotyczącego przestępstwa nieumieszczonego w katalogu przestępstw przewidzianych w poszczególnych ustawach policyjnych, w stosunku, do których sąd może zarządzić kontrolę operacyjną¹⁰⁶ lub dowodu w stosunku do osoby nieobjętej dotychczasową decyzją o zarządzeniu kontroli. *De lege lata* brak jest ograniczeń czasowych na wyrażenie decyzji w przedmiocie wykorzystania dowodów¹⁰⁷. Ze względu na konsekwencje wynikłe z wprowadzonych zmian w zakresie wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych w następstwie kontroli i utrwalania rozmów oraz kontroli operacyjnej zostały ocenione krytycznie¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Zob. uwagi krytyczne S. Brzozowskiego, *Wykorzystanie dowodów*, s. 23–24.

¹⁰⁵ L.K. Paprzycki, *Sądowa kontrola*, s. 93–94.

¹⁰⁶ Zob. obszerne uwagi S. Brzozowskiego, *Wykorzystanie dowodów*, s. 23–24.

¹⁰⁷ P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 97; D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian w 2016*, s. 180.

¹⁰⁸ Zob. S. Brzozowski, *Wykorzystanie dowodów*, s. 23–25; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 88–99; D. Gruszecka, *Komentarz do art. 168b*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 345–347; J. Skorupka, *Komentarz do art. 237a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 535. Należy również podnieść, że sama koncepcja „zgody następcej” sformułowana pierwotnie w orzecznictwie – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37 – będąca podstawą do wprowadzenia do k.p.k. art. 237a oraz analogicznych unormowań do ustaw policyjnych spotkała się z rozbieżnymi opiniami. Krytyczne stanowisko wyrazili: K. Grzegorzczak, *Glosa do postanowienia Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/07*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 4 (2008), s. 156–158; A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007, I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 10 (2007), s. 148–152; A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2 (2007), s. 92–93; Tenże, *Glosa do postano-*

Ustosunkowując się do tej kwestii, należy podnieść, że dla ochrony struktur państwa oraz bezpieczeństwa obywateli przed zagrożeniami wynikającymi z przestępczości, odpowiednie organy państwowe są uprawnione do podejmowania określonych działań, które naruszając określone prawa obywatelskie mają służyć efektywnej walce z przestępczością. Nie budzi też wątpliwości teza, że prawa i wolności konstytucyjne nie są wartościami absolutnymi i niekiedy muszą podlegać ograniczeniom ze względu na potrzebę ochrony innych wartości, również chronionych konstytucyjnie (zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji)¹⁰⁹. Działania te są szczególnie uzasadnione w dobie powszechnego zagrożenia zamachami terrorystycznymi, przestępczością zorganizowaną. Z uwagi jednak na to, że czynności te sprowadzają się do stosowania środków przymusu, zachowań polegających na wykorzystaniu podstępów, godząc w wolności i prawa, to zakres stosowania tych środków oraz przewidziane metody powinny być poddane kontroli, która uniemożliwiałaby prowadzenie tej działalności poza ustawowymi granicami dla celów innych niż efektywna walka z przestępczością. Zaakceptować należy zatem tezę, że bezpieczeństwo i porządek publiczny są to dobra, które co do zasady usprawiedliwiają ograniczenia korzystania z dóbr obywatelskich, ale wymagają zachowania proporcjonalności dopuszczalnej ingerencji oraz istnienia systemu kontroli, w którym można byłoby badać zachowanie owej proporcjonalności¹¹⁰. Poddanie owej ingerencji kontroli sądu, jako organu niezawi-

wienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, „Diariusz Prawniczy” 3 (2007), s. 110–115; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za rok 2007*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2 (2008), s. 110–113; M.G. Węglowski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, s. 157–164; A. Taracha, *Opinia o ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 1079)*, „Opinie i ekspertyzy” OE-164, styczeń 2011, s. 4–5; zob. także: B. Sitkiewicz, *Wykorzystanie dowodów*, s. 97–103, 106–118; D. Szumiło–Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 195–197; Taż, *Glosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 26 kwietnia 2007 r.*, „Palestra” 9–10 (2008), s. 305–306. Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale zaaprobowali: L. Stryjewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, sygn. I KZP 6/07, „Prokurator” 3–4 (2009), s. 118, 120; Ł. Twarowski, *Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji*, „Palestra” 9–10 (2010), s. 76; zob. także: J. Skorupka, *Glosa do postanowienia z 26 IV 2007*, I KZP 6/07, „Państwo i Prawo” 2 (2008), s. 141–144.

¹⁰⁹ Zob. S. Brzozowski, *Wykorzystanie dowodów*, s. 21 i wskazaną tam literaturę; D. Szumiło–Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 133–135.

¹¹⁰ Zob. J. Skorupka, *Zgodność z prawem dowodów z podsłuchu telefonicznego na podstawie art. 237 k.p.k.*, w: *Iudicium et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*,

słego, stwarza optymalne warunki do wyważenia właściwej proporcji między tymi dobrami¹¹¹. Należy zaaprobować pogląd, że przyjęte ostatnio rozwiązania odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych oraz kontroli operacyjnej podważają istniejące dotychczas ograniczenia ustawowe, dotyczące przedmiotowego, temporalnego zakresu ich stosowania, czyniąc je w znacznej mierze pozornymi¹¹². Redukują one również rolę sądu w podejmowaniu decyzji co do zakresu owej kontroli oraz wykorzystania uzyskanych dowodów¹¹³.

Należy podnieść, że w piśmiennictwie i orzecznictwie Sądu Najwyższego zgłoszono propozycję prokonstytucyjnej wykładni art. 168b k.p.k.¹¹⁴ Przyjęto zatem, że rekonstrukcja wyrażonej w tym przepisie normy nie może prowadzić do uznania, że uchylenie nowelizacją z dnia 11 marca 2016 r. art. 19 ust. 15a-15e ustawy o Policji (oraz ich odpowiedników w innych ustawach) oraz wprowadzenie art. 168b k.p.k. stanowi odstępstwo od zgodności z czynami katalogowymi z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji informacji uzyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz wyrażenia przez sąd pierwotnej i następcej zgody na uruchomienie takiej kontroli¹¹⁵. Konsekwencją tej tezy jest stwierdzenie, że informacje uzyskane bez zgody sądu lub poza granicami czynności operacyjno-rozpoznawczych, jako nielegalnie uzyskane, nie mogą być wprowadzone i wykorzystane w procesie karnym¹¹⁶. Według J. Skorupki, odmienna wykładnia przepisu art. 168b k.p.k. naruszałaby konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności, takie jak: prawo do prywatności, wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się, nienaruszalność mieszkania, zakaz pozyskania i gromadzenia informacji o obywatelach oraz nie spełnia testu proporcjonalności ograniczeń w demokratycznym państwie prawa¹¹⁷. Zbieżne z tym poglądem jest stanowisko Sądu Najwyższego,

red. A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 615; zob. także: uwagi P. Daniluka, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 94.

¹¹¹ Zob. uwagi w tej kwestii: J. Skorupka, *Zgodność z prawem*, s. 615.

¹¹² Zob. P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 89–90.

¹¹³ Zob. uwagi P. Daniluka, *Instytucja tzw. zgody następcej*, s. 95.

¹¹⁴ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, w: *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 363–364; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt I KZP 4/18, LEX nr 2509692.

¹¹⁵ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia*, s. 363.

¹¹⁶ Tamże.

¹¹⁷ Tamże.

który stwierdził, że użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 t.j. z późn. zm.)¹¹⁸.

Wydaje się, że wprowadzone zmiany są przejawem pewnej tendencji, która pojawiła się ostatnio przy nowelizowaniu przepisów prawa karnego procesowego. Prowadzi ona do zwiększenia wpływu prokuratora na przebieg procesu karnego¹¹⁹. Przejawia się to również w konieczności umorzenia postępowania przez sąd postępowania w razie cofnięcia aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego do rozpoczęcia przewodu sądowego (art. 14 § 2 zd. 1 k.p.k.). Po rozpoczęciu przewodu sądowego, cofnięcie aktu oskarżenia dopuszczalne jest jedynie za zgodą oskarżonego (art. 14 § 2 zd. 2 k.p.k.). Kolejnym przykładem w tym zakresie jest regulacja zawarta w art. 360 § 2 k.p.k., zgodnie z którym, jeżeli prokurator sprzeciwi się wyłączeniu jawności rozprawy, to rozprawa odbywa się jawnie. Stanowisko prokuratora jest wówczas wiążące dla sądu prowadzącego rozprawę. Prokuratora Generalnego-Ministra Sprawiedliwości nie obowiązuje również ograniczenie zawarte w art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k., przewidujące, że kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary (art. 523 § 1a k.p.k.).

W świetle zaprezentowanych regulacji prawnym, za zasadną można uznać tezę, że regulacje zawarte w art. 168b k.p.k., art. 327a k.p.k., art. 360 § 2 k.p.k. art. 523 § 1 k.p.k. w zw. z art. 523 § 1a k.p.k. oraz przytoczonych wyżej ustawach policyjnych prowadzą do znaczącego wzmocnienia funkcji ścigania.

PIŚMIENNICTWO

Adamczyk, Marcin. 2011. *Świadek koronny. Analiza prawno-kryminalistyczna*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

¹¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt I KZP 4/18. To stanowisko Sądu Najwyższego zostało skrytykowane przez M. Warcholę, *Dlaczego Sąd Najwyższy chroni przestępców*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 9 lipca 2018 r., nr 131, prawnik b7.

¹¹⁹ Kwestia ta została przedstawiona w wystąpieniu T. Grzegorzcyka, *Aktualna rola prokuratora w procesie karnym*, wygłoszonym na konferencji pt. *Ustrojowe aspekty funkcjonowania procesu karnego* poświęconej pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego, Warszawa, 26 czerwca 2017 r. (materiały niepubl.).

- Błoński, Michał. 2012. „Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego.” *Palestra* 7–8:82–90.
- Boratyńska, Katarzyna T. 2016. „Instytucja przedstawienia zarzutów.” W *System Prawa Karnego Procesowego*. T. VI: *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. Cezary Kulesza, 727–730. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Boratyńska, Katarzyna T. 2016. „Komentarz do art. 237a.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Andrzej Sakowicz, 585–587. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Boratyńska, Katarzyna T. 2016. „Prawo podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy i do przesłuchania z jego udziałem.” W *System Prawa Karnego Procesowego*. T. VI: *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. Cezary Kulesza, 741–743. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Brodzisz, Zdzisław. 2016. „Komentarz do art. 301.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jerzy Skorupka, 701–702. Wyd. 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Brzozowski, Sebastian. 2016. „Wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b. kodeksu postępowania karnego.” *Palestra* 6:20–26.
- Cieślak, Marian. 1971. *Polska procedura karna*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Cieślak, Marian. 1984. *Polska procedura karna*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe Warszawa.
- Daniluk, Paweł. 2017. „Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych.” *Studia Prawnicze* 3(211):81–100.
- Daszkiewicz, Wiesław. 1996. *Proces karny. Część ogólna*. Wyd. 3. Poznań: Ars boni et Aequi.
- Dudka, Katarzyna. 1998. *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Eichstaedt, Krzysztof. 2008. *Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Eichstaedt, Krzysztof. 2015. „Art. 237a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli.” W Barbara Augustyniak, Krzysztof Eichstaedt, Michał Kurowski, i Dariusz Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. I, 765–766. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Grajewski, Jan. 2010. „Komentarz do art. 301.” W Jan Grajewski, Lech K. Paprzycki, i Sławomir Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. I, 941. Wyd. 2. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Gruszecka, Dagmara. 2016. „Komentarz do art. 168b.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jerzy Skorupka, 345–347. Wyd. 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Grzegorzczak, Kazimierz. 2008. „Głosa do postanowienia Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/07.” *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 4:156–158.
- Grzegorzczak, Tomasz, i Janusz Tylman. 2011. *Polskie postępowanie karne*. Wyd. 8. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Grzegorzczak, Tomasz. 2014. *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467*. Wyd. 6. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Grzeszczyk, Wincenty. 2010. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Hauser, Robert, Erhard Schwenk, i Karl Hartmann. 2005. *Schweizerisches Strafprozessrecht*. Basel–Genf–München: Helbing & Lichtenhahn.

- Herzog, Aleksander. 2007. „Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07.” *Diariusz Prawniczy* 3:110–115.
- Herzog, Aleksander. 2007. „Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów.” *Prokuratura i Prawo* 2:87–99.
- Hofmański, Piotr, Elżbieta Sadzik, i Kazimierz Zgryzek. 2001. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. I. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Hofmański, Piotr, Elżbieta Sadzik, i Kazimierz Zgryzek. 2011. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. I. Wyd. 4. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Hofmański, Piotr, Elżbieta Sadzik, i Kazimierz Zgryzek. 2011. *Kodeks postępowania karnego*. T. II. Wyd. 4. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Hofmański, Piotr, i Andrzej Wróbel. 2010. „Komentarz do art. 6.” W *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*. T. I, red. Leszek Garlicki, 241–460. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Hofmański, Piotr. 2014. „Zasada kontradyktoryjności.” W *System Prawa Karnego Procesowego*. T. III: *Zasady procesu karnego*, cz. 1, red. Paweł Wiliński, 635–690. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Jeż–Ludwichowska, Maria. 2010. „Głosy w dyskusji.” W *Rzetelny proces karny. Materiały z konferencji naukowej, Trzebieiszowice 17-19 września 2009 r.*, red. Jerzy Skorupka, i Wojciech Jasiński, 46–48. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Kaftal, Alfred. 1981. „Glosa do wyroku składu 7 sędziów SN – Izba Karna z dnia 15 VII 1979 r., V KRN 102/79 i V KRN 123/79.” *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych* 7–8:354–358.
- Kalinowski, Stefan. 1979. *Polski proces karny w zarysie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kmiecik, Romuald. 2006. „Rozdział pierwszy. Prawo karne procesowe i proces karny – podstawowe pojęcia i założenia teoretyczne § 2. Funkcje prawa karnego procesowego; pojęcie procedury karnej.” W Romuald Kmiecik, i Edward Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, 24–26. Wyd. 6. Kraków: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Kmiecik, Romuald. 2009. „Rozdział pierwszy. Prawo karne procesowe i proces karny – podstawowe pojęcia i założenia teoretyczne § 1. Prawo karne procesowe a proces karny; wyłączność sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (nulla poena sine iudicio).” W Romuald Kmiecik, i Edward Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, 19–22. Wyd. 7. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Koncewicz, Tomasz T., i Anna Podolska. 2017. „Dostęp do adwokata w postępowaniu karnym. O standardach i kontekście europejskim.” *Palestra* 9:9–23.
- Kosonoga, Jacek. 2015. „Przedstawienie i modyfikacja zarzutów a rola obrońcy.” W *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. Paweł Wiliński, 103–121. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Kowalewska-Borys, Ewa. 2004. *Świadek koronny w ujęciu dogmatycznym*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Kruszyński, Piotr. 1983. *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.
- Kulesza, Cezary. 2004. „Uwarunkowanie efektywności prawa do obrony w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego.” W *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, red. Zbigniew Sobolewski, Grażyna Artymiak, i Czesław Kłak, 11–28. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2004.
- Kulesza, Cezary. 2016. „Wstąpienie obrońcy do procesu i udział w przesłuchaniu podejrzanego.” W *System Prawa Karnego Procesowego*. T. X: *Postępowanie przygotowawcze*, red. Ryszard A. Stefański, 946–958. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.

- Kurowski, Michał. 2017. „Komentarz do art. 301.” W Barbara Augustyniak, Krzysztof Eichstaedt, Michał Kurowski, i Dariusz Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. I, 1093. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Lach, Arkadiusz, i Bartosz Sitkiewicz. 2007. „Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007, I KZP 6/07.” *Prokuratura i Prawo* 10:146–152.
- Lipczyńska, Maria. 1975. „Rozdział V. Strony procesowe oraz obrońcy, pełnomocnicy i przedstawiciel społeczny.” W Maria Lipczyńska, Andrzej Kordik, Zdzisław Kegel, i Zofia Świda-Lagiewska, *Polski proces karny*, 113–119. Warszawa–Wrocław: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Łyczewek, Roman. 1970. „Prawo oskarżonego do wypowiadania się w procesie.” *Państwo i Prawo* 2:297–310.
- Maciejewska, Sylwia. 2000. „Nowe gwarancje prawa do obrony przyznane podejrzanemu kodeksie postępowania karnego z 1997 roku.” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 5:113–129.
- Marek, Andrzej. 2001. *Prawo karne*. Wyd. 3. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Marszał, Kazimierz. 1988. *Prawo karne procesowe*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Marszał, Kazimierz. 1990. „Wprowadzenie.” W *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. Knut Amelung, i Kazimierz Marszał, 11–27. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Marszał, Kazimierz. 1990. „Zastrzeżenie wyłączności podstawy ustawowej stosowania środków przymusu w polskim procesie karnym. Rozdział III, § 2.” W *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. Knut Amelung, i Kazimierz Marszał, 91–98. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Murzynowski, Andrzej. 2002. „Refleksje na temat kształtu procedury karnej w XXI wieku.” W *Postępowanie karne w XXI wieku*, red. Piotr Kruszyński, 36–64. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Nowicki, Marek A. 2009. *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Wyd. 4. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Nowicki, Marek A. 2017. *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Komentarze praktyczne*. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Nowikowski, Ireneusz. 1980. „Prawo tymczasowo aresztowanego do korespondencji z obrońcą.” *Palestra* 6:65–72.
- Paprzycki, Lech K. 2011. „Sądowa kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych de lege ferenda.” W *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. Tomasz Grzegorczyk, 91–104. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Pawelec, Kazimierz J. 2018. „Substituowanie dowodowe nielegalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zagadnienia podstawowe.” *Przegląd Sądowy* 3:74–85.
- Posnow, Włodzimierz. 2009. „Udział obrońcy w przygotowawczym stadium procesu – aspekty realizacji niektórych uprawnień.” W *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdy*, red. Jerzy Skorupka, 416–437. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Potrzeszcz, Jadwiga, 2016. „Bezpieczeństwo prawne a pewność prawa – perspektywa filozoficzno-prawna.” W *Bezpieczeństwo prawne państw demokratycznych w procesie integracji europejskiej: Polska – Słowacja – Ukraina*, red. Józef Krukowski, Jadwiga. Potrzeszcz, i Mirosław Sitarz, 281–295. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL, Polska Akademia Nauk Oddział w Lublinie.

- Potrzeszcz, Jadwiga. 2013. *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Prusak, Feliks. 1973. *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Rogacka-Rzewnicka, Maria. 2011. „Środki racjonalizacji zasady legalizmu we współczesnym procesie karnym.” W *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. Tomasz Grzegorzczak, 105–121. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Rogalski, Marcin. 2016. *Kontrola korespondencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sanecki, Andrzej. 1981. „Głosa do wyroku SN z dnia 25 VII 1979 r., V KRNI102/79 i VKRN 123/79.” *Palestra* 7–9:119–122.
- Siewierski, Mieczysław. 1971. „Rozdział II. Podstawowe zasady procesowe § 4. Zasada skarżowości.” W Mieczysław Siewierski, Janusz Tylman, i Marek Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, 34–36. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Siewierski, Mieczysław. 1976. „Komentarz do art. 63.” W Jerzy Bafia, Jan Bednarzak, i Marian Flemming [i in.], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 137–138. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Sitkiewicz, Bartosz. 2017. „Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej oraz podsłuchu procesowego.” W *Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 roku*, red. Arkadiusz Lach, 97–128. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Skorupka, Jerzy. 2008. „Głosa do postanowienia z 26 IV 2007, I KZP 6/07.” *Państwo i Prawo* 2:140–144.
- Skorupka, Jerzy. 2011. „Krytycznie o stanowisku Sądu Najwyższego w kwestii legalności kontroli rozmów telefonicznych.” *Prokuratura i Prawo* 4:5–19.
- Skorupka, Jerzy. 2011. „Zgodność z prawem dowodów z podsłuchu telefonicznego na podstawie art.237 k.p.k.” W *Iudicium et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, red. Anna Przyborska-Klimczak, i Adam Taracha, 613–632. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Skorupka, Jerzy. 2013. „Funkcje procesu karnego.” W *System Prawa Karnego Procesowego*. T. I: *Zagadnienia ogólne*, cz. 1, red. Piotr Hofmański, 186–204. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Skorupka, Jerzy. 2013. *O sprawiedliwości procesu karnego*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Skorupka, Jerzy. 2015. „Funkcja gwarancyjna przepisów prawa karnego procesowego.” W *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. Maria Rogacka-Rzewnicka, Hanna Gajewska-Kraczkowska, i Beata T. Bieńkowska, 403–414. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Skorupka, Jerzy. 2015. „Komentarz do art. 237a.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jerzy Skorupka, 558–559. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Skorupka, Jerzy. 2017. „Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym.” W *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. Tomasz Grzegorzczak, i Radosław Olszewski, 351–364. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Skreutowicz, Edward. 1971. „Rozdział III. Uczestnicy procesu. § 3.6. Oskarżony.” W Tadeusz Taras, Edward Skreutowicz, i Romuald Kmiecik, *Proces karny. Część ogólna*, 144–150. Lublin: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej.
- Sobolewski, Zbigniew. 1979. *Zasada „Nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*. Lublin: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej.

- Sowiński, Piotr K. 2012. *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego.
- Sowiński, Piotr K. 2013. „O prawie oskarżonego do przesłuchania z udziałem ustanowionego obrońcy. Uwagi na tle art. 301, 249 § 3 k.p.k. oraz art. 5 ust. 3 zdanie drugie ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym.” W *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. Tomasz. Grzegorzczak, Jacek Izydorczyk, i Radosław Olszewski, 311–324. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Stachowiak, Stanisław. 1997. „Przesłuchanie podejrzanego z udziałem obrońcy.” *Prokuratura i Prawo* 12:21–24.
- Stachowiak, Stanisław. 1998. „Uprawnienia obrońcy w postępowaniu przygotowawczym w nowym kodeksie postępowania karnego.” *Prokuratura i Prawo* 10:7–17.
- Stefański, Ryszard A. 2008. „Przegląd uchwał Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za rok 2007.” *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2:81–130.
- Stefański, Ryszard A. 2013. „Prawo do obrony osoby podejrzanego.” W *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. Tomasz. Grzegorzczak, Jacek Izydorczyk, i Radosław Olszewski, 296–310. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Stefański, Ryszard A. 2016. „Zadania prokuratora a zadania oskarżyciela publicznego.” W *System Prawa Karnego Procesowego*. T. VI: *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. Cezary Kulesza, 165–167. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Stefański, Ryszard A. 2017. „Nowy model prokuratury a postępowanie karne.” W *Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 roku*, red. Arkadiusz Lach, 43–68. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Steinborn, Sławomir, i Małgorzata Wąsek–Wiaderek. 2015. „Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej.” W *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. Maria Rogacka–Rzewnicka, Hanna Gajewska–Kraczkowska, i Beata T. Bieńkowska, 430–452. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Strykowski, Leszek. 2009. „Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07.” *Prokurator* 3–4:118–125.
- Szumilo–Kulczycka, Dobrosława. 2008. „Głosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 26 kwietnia 2007 r.” *Palestra* 9–10:303–307.
- Szumilo–Kulczycka, Dobrosława. 2012. *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Śliwiński, Stanisław. 1948. *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*. Warszawa: Wydawnictwo Gebethner i Wolff.
- Świda, Zofia. 2008. „Rozdział pierwszy. Zagadnienia ogólne 1. Pojęcia podstawowe.” W Zofia Świda, Ryszard Ponikowski, i Włodzimierz. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, 13–15. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Świecki, Dariusz. 2011. *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*. Wyd. 2. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Świecki, Dariusz. 2016. „Komentarz do art. 237a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli.” W *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian w 2016*, red. Dariusz Świecki, 228–230. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Taracha, Adam. 2006. *Czynności operacyjno-rozpoznawcze – aspekty kryminalistyczne i prawnowodowodowe*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie–Sklódowskiej.
- Taracha, Adam. 2009. „Działania operacyjno-rozpoznawcze prowadzone w ramach uprawnień jako kontratyp – wybrane zagadnienia.” W *Współzależność prawa karnego material-*

- nego i procesowego, red. Zbigniew Cwiakalski, i Grażyna Artymiak, 459–473. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Taracha, Adam. 2011. „Opinia o ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 1079).” *Opinie i ekspertyzy* OE-164:1–5.
- Tarnowska, Danuta. 2003. „Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą.” *Prokuratura i Prawo* 12:141–152.
- Tęcza–Paciorek, Anna. 2012. *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Twarowski, Łukasz. 2010. „Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji.” *Palestra* 9–10:73–84.
- Waltoś, Stanisław. 2001. *Proces karny. Zarys systemu*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Warchoła, Marcin. 2018. „Dlaczego Sąd Najwyższy chroni przestępców.” *Dziennik Gazeta Prawna* z 9 lipca 2018 r., 131:b7.
- Wąsek–Wiaderek, Małgorzata. 2013. „O dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego złożonych pod nieobecność obrońcy.” W *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. Anna Błachnio–Parzych, Jolanta Jakubowska–Hara, Jacek Kosonoga, i Hanna Kuczyńska, 545–558. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Węglowski, Michał G. 2009. „Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07.” *Prokuratura i Prawo* 2:156–164.
- Wiliński, Paweł. 2006. *Zasada prawa oskarżonego do obrony w polskim procesie karnym*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Wiliński, Paweł. 2011. *Proces karny w świetle Konstytucji*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Wróblewski, Jerzy. 1990. *Rozumienie prawa i jego wykładnia*. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Polska Akademia Nauk.
- Zagrodnik, Jarosław. 2016. *Metodyka pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych i karnych skarbowych*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Zakrzewski, Karol. 2013. „Prawo podejrzanego tymczasowo aresztowanego do kontaktu z obrońcą.” *Palestra* 9–10:63–72.

THE SAFETY OF THE STATE AND THE RIGHTS OF THE DEFENDANT IN POLISH CRIMINAL PROCEEDINGS (SELECTED ISSUES)

Summary. The Author accepts the opinion that one of the tasks of the state authority is to provide safety to state structures and the citizens from criminal activities detrimental to legal values which are socially cherished. This is also the purpose of the criminal law which introduces criminal responsibility for infringement of values which are protected by that law. The execution of criminal law takes place during criminal proceedings. The functions of prosecution, defence and sentencing are distinguished in criminal proceedings. The Author claims that, in criminal proceedings, there is a constant conflict between the application of the prosecution function, whose characteristic feature is the seeking to condemn the defendant which means activity to his disadvantage, and the defence function which comes down to activity to the defendant's advantage, it is to lead to his acquittal or to diminish the scope of his criminal responsibility. The Author expresses the opinion that the legal solution of the problem should not be focused on the implementation of one of these interests. The legal norms regulating criminal proceedings should focus on achieving a specific golden mean, a special compromise

between the guarantees of the justice system's interests which protect, optimally from the society's point of view, the implementation of justice and the guarantees of proceedings participants, among which the guarantee of the defendant's rights should be distinguished.

The Author considers whether the provision of Art. 303 of the Polish Code on Criminal Proceedings, which grants the defendant the right to hearing with the participation of his defendant, guarantees the preservation of the rights of the defence to the suspect.

In the part of the paper referring to the prosecution function the Author discusses the provisions of Art. 237 and 237a of the Polish Code on Criminal Proceedings which regulate the admissibility of control and recording of the content of telephone conversations during criminal proceedings. He also analyses Art. 168b of the Polish Code on Criminal Proceedings which refers to the use in criminal process of the evidence obtained by the police and other services during the control of correspondence, the control of mail and the conducting of wire-tapping.

Key words: criminal proceedings, prosecution function, defence function, suspect, control of correspondence, control and recording of conversations

SAFETY AND SECURITY LAW:
SPACE SITUATIONAL AWARENESS SYSTEM (SSA)
IN TRANSATLANTIC RELATIONS.
EUROPE VIS A VIS THE US

Małgorzata Polkowska

Department of Administration and International Law
War Studies University
Poland
<https://orcid.org/0000-0002-6633-2222>

Summary. This article undertakes a very sensitive issue such as space security and its implementation urgency into national law. There are a number of challenges to the security of space infrastructure, such as unintentional threats (space debris), intentional threats (space weapons, malicious interference, cyber-attacks) or threats related to the weather in space (geomagnetic storms, solar storms, etc.) Space is increasingly congested and various prevention and protection measures need to be implemented. On the other hand, there is a growing dependence on the space of some countries, including European ones. There is therefore an urgent need to speed up this work on security and international cooperation, e.g. between the European Union and the US – the “space leader”. The transatlantic cooperation between European states and the US is crucial in the area of space security. The US has necessary knowledge in its long history of experience of making space strategy, policy and security law and may be a good example for Europe in building the safety and security structures in space.

Key words: space security, space security awareness, security law, space strategy

INTRODUCTION

This article undertakes a very sensitive issue such as space security and its implementation urgency into national law. The transatlantic cooperation between European states and the US is crucial in this area. The US has necessary knowledge in its long history of experience of making space strategy, policy and security law¹.

¹ M. Polkowska, *Prawo bezpieczeństwa w Kosmosie*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2018, pp. 15–27.

THE SPACE SECURITY

Space Security is defined by the Space Security Index as “the secure and sustainable access to, and use of, space and freedom from space-based threats”. This definition encompasses the security of the unique outer space environment, which includes the physical and operational integrity of man-made assets in space and their ground stations, as well as security on Earth from threats originating in space. This definition can be expanded further to encompass the crucial role played by space systems in support of defense and security activities on Earth. In this report, ‘Space Security’ is understood primarily as ‘Security in Outer Space’ referring to the protection of space infrastructure from threats so that this infrastructure can fulfil its specific functions as expected. In this case, activities in the field of Space Security encompass the set of political, legal, economic and technical provisions required to ensure an “accessible”, “affordable” and “safe to operate” in space environment. There are three definitions “security in Outer Space” (the protection of the space infra-structure against natural and man-made threats or risks, ensuring the sustainability of space activities and “Outer Space for Security” (the use of space systems for security and defense purposes. “Security from Outer Space” means the protection of human life and the Earth environment against natural threats and risks coming from space.

The space infrastructure can be described as a network of space-based and ground-based systems interconnected by communication channels and enabled by access to space capabilities. It includes: a space segment (all systems of the infrastructure located in orbit, namely satellites required for the conduct of operations and delivery of intended service), a ground segment (all systems of the infrastructure located on the surface of the Earth and necessary for the conduct of operations in space and delivery of data and signals), an user segment (sub-part of the ground segment and composed of complementary ground-based systems required for the delivery of full-fledged space services accessible by end-users) and a down-links and up-links to interface between the space and ground segments (i.e. including users’ equipment) and to operate the space system and receive its data. The uplink refers to signals transmitted from the ground to space and the downlink refers to signals received on the ground from space².

² ESPI (European Space Policy Institute), Vienna, report June 2018 *Security in Outer Space: Rising Stakes for Europe*, report 64.

In the 21st Century while mentioning the space we should put attention into three “c” – congested, contested and competitive as a scene for implementation of space law regulations.

1. The Congested Space

From the beginning of the Space Age and the first satellite launch, i.e. Sputnik-1 on the 4th of October 1957 the number of space debris exceeds the number of operational satellites. As such space debris poses a threat to the Near Earth environment on the Global scale³. The first awareness of the problem came out in 1960s, based on the research activities undertaken in the US. In 1978 Donald Kessler⁴ concluded that the generation of space debris via collision and in-orbit fragmentations may lead to an exponential increase in the amount of the artificial objects in Space what would render spaceflight too hazardous to conduct.

Currently, the total number of the objects larger than 10 cm reached the number more than 17 000 objects and object between 1cm and 10 cm approx. 500 000 among which only approx. 1400 are active satellites. Those remnants of human activity around space encompass all the inactive, manmade objects, including the fragments that are orbiting Earth or re-entering the atmosphere. The majority of catalogued object however originated from more than 290 break-ups in orbit, mainly caused by the explosion, and from about 10 suspected collisions (of which four are confirmed between the catalogue objects). That debris creates the significant risk to the Space infrastructure as the collision with debris larger than 1 cm could disable an operational satellite or could cause the break-up of a satellite or the rocket body. Moreover, the impact by the debris larger than about 10 cm can lead to a catastrophic break-up as complete destruction of a spacecraft and generation of a debris cloud.

The major contributions to the population of the fragments came from a Chinese Anti-Satellite test targeting the Feng Yun-1C Weather Satellite on 11 January 2007, which created more than 3400 tracked fragments, and the approximately 2300 tracked fragments created from the first ever accidental

³ *The status and future evolution of Transparency and Confidence Building Measures*, in: *The prospects for Transparency and Confidence-Building Measures in Space*, eds. J. Robinson, M.P Schaefer, K-U. Schrögl [et al.], ESPI Report 27, Vienna 2010.

⁴ B.G. Cour-Palais, D.J. Kessler, *Collision frequency of artificial satellites: The creation of a debris belt*, “Journal of Geophysical Research” 83 (1978), issue A6, pp. 2637–2646.

collision between two satellites, Iridium-33 and Cosmos-2251 on 10 February 2009.

Many years of technical discussion and various exchanges reflected in the leading body in the field of space debris i.e. Inter-Agency Space Debris Coordination Committee (IADC) founded in 1993 by ESA, NASA, Japan Space Agency (JAXA) and Russian Space Agency (ROSCOSMOS) (complemented by the other space agencies later on). The significance of those issues has been recognized globally and some measures were applied as the nearly universal adoption of the Liability Convention⁵ IADC's Space Debris Mitigation Guidelines⁶ or some work being performed at the level of the Technical Subcommittee of the United Nations' Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (UN COPUOS) since 1994. However, the standardization measures are required in order to achieve a common understanding of the required task leading to the transparent and comparable processes as works performed with ISO/WD 24113 Space Debris Mitigation⁷. Additionally in order to address the issues posed by the Space debris on spacecraft activities UN COPUOS has taken the initiative to create a set of internationally agreed Guidelines for the long-term sustainability of outer space activities⁸.

The growing number of the spacecraft deployed around the Globe and the growing trend of their miniaturization significantly multiplies the risk of in-orbit collision⁹. Due to that fact, the systematically grows caused the necessity to gather more precise information on the location of the Earth orbiting objects. Moreover, all expert analyses highlight the risk collision which will increase significantly with appearance of so called mega-constellations (hundreds to thousands of Satellites).

This trend has been noticed worldwide and as such reflected as global concern within the international fora.

⁵ United Nations, Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects 1972.

⁶ IADC (Inter-Agency Space Debris Coordination Committee), Space Debris Mitigation Guidelines 2002.

⁷ ISO (International Standard Organization), Space Systems – Space Debris Mitigation, ISO TC 20/SC 14, 2011.

⁸ United Nations, Guidelines for the long-term sustainability of outer space activities, A/AC.105/L.315, 2018.

⁹ J. Radtke, Ch. Kebschull, E. Stoll, *Interactions of the space debris environment with mega constellations – Using the example of the OneWeb constellation*, "Acta Astronautica" 131 (2017), pp. 55–58.

2. The Contested Space

Beside the space debris, there are other challenges the contemporary space must face to. The today's world is the more and more dependent on the space assets and in parallel there is more and more countries able to perform hostile actions against the space related infrastructure (ground-based and space-based)¹⁰. These issues are both related to the civil security and the defense, of course. In civil world the fast growing dependence on usage of assets as Global Navigation Satellite Systems (GNSS such as GPS and Galileo) or strong dependence its easy visible. Lack of access to the space-based systems or disruption in the continuity of the services may significantly shake the economy of the countries and its internal security. This is even more visible in the military domain where the recent wars in Afghanistan and earlier in Iraq revealed universality of the space assets in the contemporary wars. Those wars were the first real space wars with the wide scope of the space assets utilized. The modern spaced systems like information gathering satellites were vastly used by performing missions contributing to the mission preparation, execution and the effects assessment. The similar situation concerns other asset as GNSS Guidance Munition and Satellite Communications.

However, other countries like Russia, China or India recognize the dependence of the NATO and the US on space assets¹¹. Because of it they pursue to develop counter-space capabilities like Anti-satellite weapon, electronic warfare, cyber and jamming capabilities, laser disabling or rendezvous and proximity operations (RPO).

The NATO and the national answer to the developing of counter-space activities by hostile states imposed the urgent need to improve SSA capabilities¹². In particular, the US signed so-called SSA Data Sharing Agreements and cooperating in military SSA exercise as the Global Sentinel.

¹⁰ A.A Faiyetole, *Potentialities of Space-based Systems for Monitoring Climate, Policies and Mitigation at Climate Policies and Mitigations of Climate Process Drivers*, "The International Journal of Space Politics and Policy" 14 (2018), no. 8, pp. 28–48; SWF (Space World Foundation), *Global Counter space Capabilities: An Open Source Assessment*, April 2018.

¹¹ S. Paracha, *Military dimensions of the Indian Space Programs*, "The International Journal of Space Politics and Policy" 11 (2013), no. 3, pp. 156–186.

¹² J.J. Klein, *The influence of Technology on Space Strategy*, "The International Journal of Space Politics and Policy" 10 (2012), no. 1, pp. 8–26.

3. The Competitive Space

At the beginning of the 21st century the International community is witnessing the confluence of the several powerful economic and the policy forces in the Global space sector¹³. Due to the financial constraints at the governmental level, the emergence of a new space markets and involvement of the venture capital in the commercialization of space market are increasing rapidly. In the same time the technology dissemination and lowering of the entrance level are bringing the new opportunities to the public space programs, introducing some New Space Actors.

Moreover, this change of commercial space is being performed within the world also experiencing the number of changes that are rapidly and vastly reshaping the global context, making in more complex and challenging. Five major global trends are dominant to the Horizon 2030:

- a) the globalization will continue moving towards more interdependence, but also fragmented governance and insecurity (in particular as regards the cyber- insecurity);
- b) the revolution in the technologies and their application will continue to transform the societies in almost every aspect;
- c) the nexus of climate change, energy and resources (including food security and water supply) will intensify;
- d) the shift in the world economy towards Asia will continue;
- e) the ageing will be global; Europe will be the “oldest” region; inequalities (in different forms, e.g. income, age, gender, digital divide ...) will persist; and migration may well further increase¹⁴.

In this environment the key driver of the Space change¹⁵ today is the enabling of major change in the commercial launch and satellite manufacturing industries. While relatively small markets today, rapidly falling costs are lowering the barrier to participate in the Space economy, making new industries like a space tourism, asteroid mining, and on-orbit manufacturing viable, and growing existing flagship communications satellite services busi-

¹³ C. Al-Ekabi, S. Feretti, *Yearbook on Space Policy 2016 – Space for sustainable development*, ESPI, Vienna 2018, p. 1 and following.

¹⁴ European Strategy and Policy Analysis System (ESPAS), *Global Trends to 2030: Can the EU meet the Challenges Ahead?*, 2015; World Economic Forum, *Global Risks Report 2017*, 12th Edition, Geneva 2017.

¹⁵ *Profiles in Innovation: Space: Next Investment Frontier*, Goldman, Sachs & Co., April 2017.

ness while taking exploration deeper into space. Space is also becoming a military focal point as government pivot off Earth.

All above trends in Space (i.e. increased number of space objects, militarization and commercialization)¹⁶ make the space much more busiest place that must be appropriately reflected in effective SSA and its evolution and bifurcation to Space Traffic Management. Additional supplementing operational aspects as SWE and NEO both enhance maturity and effectiveness of SSA system and protection and security in space and on the ground.

INTERNATIONAL COOPERATION IN SPACE

International partnerships on space security have their roots in the Second World War, when sensitive information was marked “Eyes Only” for the nationalities of the “eyes” that could have access to specific sorts of information. Today, five World War II allies – United States, Australia, Canada, New Zealand and the United Kingdom – continue to participate in a range of important and interrelated security cooperation arrangements. During World War II, crucial and enduring partnerships were forged between the United States, Canada and the United Kingdom in the Battle of the Atlantic and during the liberation of Western Europe. Similar close and enduring cooperation also took place in the Pacific with Australia and New Zealand. While some dwell on the role of “Ultra” or “Magic” intelligence, it’s important to recall that the Allied victories were due to a combination of a range of factors. Failing this, dependence on third countries would persist even though there would be a shift from direct dependence on foreign space systems (e.g. GPS) to dependence on foreign capabilities to secure European systems¹⁷.

Space cooperation can take many forms, such as multilateral cooperation at the international or regional level and bilateral cooperation with individual countries. Depending on the format of this cooperation, countries may designate specific agencies or institutions as the main representative, but the acti-

¹⁶ R.G. Harrison, *Unpacking the Three C’s: congested, competitive and contested Space*, “The International Journal of Space Politics and Policy” 11 (2013), no. 3, pp. 121–131.

¹⁷ Remarks of R.H. Bueneke, *Senior Advisor, National Security Space Policy Office of Emerging Security Challenges Bureau of Arms Control, Verification and Compliance U.S. Department of State Panel on “Balancing national security and economic security in a contested and congested space domain” “Greater Security Through International Space Collaboration” Seminar George Washington University Space Policy Institute The Aerospace Corporation’s Center for Space Policy & Strategy*, July 19, 2018, pp. 1–5.

vity may involve other agencies or departments and non-governmental representatives from industry or academia. At the multilateral level, active participation in the key space forums (e.g., the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS), International Telecommunication Union (ITU), as well as related forums for cooperation in specific application areas (e.g., the Group on Earth Observations for cooperation in Earth observation), is often considered a fundamental aspect of these activities. Countries see it as both a way to exert leadership and ensure their views are represented in relevant exchanges at the international level and a way to share information about their space activities and learn of the activities of others.

This participation may thus influence policy debates at the national level. At a regional or bilateral level, countries may adopt multiple mechanisms to formalize relationships – whether issuing joint declarations or statements, signing cooperative agreements to pursue specific activities together or to exchange data, pooling institutional or financial resources in a cooperative program, or other methods. Regional space cooperation organizations have also emerged as a way to improve cooperation in and coordination of space activities at the regional level. For example, the Asia-Pacific Regional Space Agency Forum (APRSAF) seeks to advance space activities in the Asia-Pacific region with institutions from more than 40 countries participating.

Governments occupy a range of roles in their interaction with the private sector: regulator, customer, supplier (of technology and intellectual property), collaborator, and competitor. The way these roles are expressed is a major influence on the development of a broader space industry outside of the government program in a given country. Along with its role in the market as a regulator, government also exerts considerable influence through its role as a customer. Governments must be aware of how the choices they make in engaging the private sector through the procurement of goods and services affects both the development of industry and the evolution of government space strategy and programs¹⁸.

¹⁸ M. Othman, *National Space Policy and Administration*, in: *Handbook for New Actors in Space*, ed. C.D. Johnson, Secure World Foundation, 2017, pp. 54–87.

SPACE SECURITY CHALLENGES

The space domain is undergoing a significant set of changes. A growing number of states and commercial actors are getting involved in space, resulting in more innovation and benefits on Earth, but also more congestion and competition in space. From a security perspective, an increasing number of states are looking to use space to enhance their military capabilities and national security. The growing use of, and reliance on, space for national security has also led more states to look at developing their own counterspace capabilities that can be used to deceive, disrupt, deny, degrade, or destroy space systems.

The existence of counterspace capabilities is not new, but the circumstances surrounding them are. Today there are increased incentives for development, and potential use, of offensive counterspace capabilities. There are also greater potential consequences from their widespread use that could have global repercussions well beyond the military, as huge parts of the global economy and society are increasing reliant on space applications. There is a significant development of a broad range of kinetic (i.e. destructive) and non-kinetic counterspace capabilities in multiple states. However, only non-kinetic capabilities are actively being used in current military operations.

Space Weather

“Space weather” is the term for the set of physical and electromagnetic processes and effects that occur on the sun, and ultimately interact with the Earth’s magnetic sphere, atmosphere, and surface. These phenomena, which include solar flares, solar wind, geomagnetic storms, and coronal mass ejections, can have adverse effects on activities in orbit and on the Earth’s surface. The sun is constantly emitting electrically charged particles, which flow outward throughout the solar system in a phenomenon known as solar wind. The sun also emits electromagnetic radiation across a variety of wavelengths including radio, infrared, visible light, ultraviolet, and X-rays. Changes in the intensity of these emissions result in the variety of effects known as space weather events, including: sunspots, which can lead to increased emission of solar wind, coronal mass ejections, which correlate with increased numbers of electrically charged particles being ejected into the solar wind, and which have effects similar to those of sunspots, coronal holes, which also cause increased solar wind activity, solar flares, which result in high-concentration bursts of radiation.

Outside of the aurorae, space weather affects are generally not visible to the naked eye. For the most part, the Earth's natural magnetic field protects the planet from the general solar and radiation environment. However, when space weather events occur, they can have deleterious impacts on spacecraft operations that operators need to be aware of. These include: higher levels than normal of charged particles, which might degrade satellite components and equipment; interference with electrical signals, including those of high-frequency and ultra-high-frequency communications satellites and global navigation satellite systems (GNSS), interference with radar and/or space tracking systems looking in sunward or poleward directions, increased drag for satellites operating in low Earth orbit; and the potential for increased radiation exposure for humans in orbit.

Strong space weather events can also impact vulnerable systems on Earth's surface, including electrical power grids and aviation systems. Space weather is typically correlated with an 11-year cycle of solar maximum and minimum, although notable events can occur at any point in the cycle. Government agencies, including the National Oceanic and Atmospheric Administration's Space Weather Prediction Center (NOAA SWPC) and the US Air Force, provide space weather forecast services, including offering watches, warnings, and alerts. Depending on the type of space weather event, warnings, watches, and alerts can be issued with between 10 minutes and 72 hours of advance notice. Space weather events are rated by a published scale to describe their expected severity. Operators and other interested parties can subscribe to the forecast service via NOAA's Space Weather Prediction Center¹⁹.

A hybrid space operation

A common characteristic of hybrid space operations is that they often involve ambiguous attribution, temporary and reversible effects, and are generally not visible publicly. Space is, by nature, a critical domain for hybrid operations and warfare. In that sense, it is no different from land, air, sea, and cyberspace. NATO, as a military alliance dependent on space assets (e.g. SATCOM, ISR, integrated tactical warning and attack assessment, weather information, Position, Navigation and Timing, etc.), is exposed to space related threats. NATO is aware that the maintenance and security of space-based

¹⁹ G. Wyler, *Responsible Operations in Space*, in: *Handbook for New Actors in Space*, pp. 118–119.

systems are critical for the Alliance. Accordingly, it acknowledges the importance of SSA, which it defines as “the knowledge and the understanding of military and non-military events, activities, circumstances and conditions within and associated with the space environment or space-related systems that are relevant for current and future NATO interest, operations and exercises”. Any effort aimed at developing effective multinational SST networks to enhance SSA, like the European SST project, is welcomed by NATO.

A number of activities dealing directly or indirectly with space hybrid operations are now underway in Europe. To accelerate this positive momentum, consideration should be given to the following recommendations: elevate further the visibility of space hybrid operations so that this rapidly evolving threat indecisively taken off of “back-burner” status; work to identify capability gaps, including the tracking and mapping of space incidents and the quick ability to differentiate between anomalies and space hybrid operations; organize regular meetings of space security officials and experts to discuss the latest developments in this threat environment; organize tabletop exercises and simulations to rehearse the operational aspects of detecting, attributing, characterizing and reacting to space hybrid incidents; educate and train personnel in operations centers concerning these threats, including the E&F “space sector capture” predations of China and Russia globally; review classification standards related to these threats to enable partner and allied access to essential information; include these threats in the development of a Space Domain Awareness (SDA) architecture; consider cross-domain deterrence or response options in the E&F space by putting at risk continued unfettered access to the international trading and financial systems by malevolent Chinese and Russian space-related, state-owned enterprises (several of which are publically-traded in Western capital markets). From the perspective of international law it is essential to have a clear definition of “space hybrid operations” in order to delimit the possible reactive measures. If the space hybrid operation amounts to an armed attack in light of Article 51 of the UN Charter, a reactive measure in the form of the right to self-defence is lawful. In other words, defensive recourse to the use of force and the right of the target to strike back is legally permissive.

It raises the question, however, of how to define an armed attack in the specific physical conditions of Outer Space? Which iteration of space hybrid interferences might constitute an armed attack? Beyond conventional military attacks, other space service disruptions might be judged, most practically, similarly to cyber-attacks, via the “effects-based doctrine”. It means that we assess the qualification of the attack in light of the consequences and damag-

es caused. If a particular space hybrid disruption causes substantial harm and damages, the quantity and quality of which is equivalent to the destruction produced by a regular conventional armed attack (e.g. deactivation of data/signals paralyzing the functioning of the critical infrastructure of the state causing significant damage or even fatalities), the qualification as “armed attack” might apply. If a space hybrid operation does not attain the level of an armed attack but is qualified as illegal, there exists the right to apply countermeasures or reprisals. Countermeasure/reprisal is an act which is in itself illegal, but has been made acceptable in retaliation for the commission of an earlier illegal act by a state actor. Examples of countermeasures are traditional economic, financial or political sanctions. It is therefore essential to determine which of the hybrid disruptions constitute an international wrongful act. We may identify applicable rules banning such activities or initiate a new set of rules. If the space hybrid operation is qualified as lawful, reactive measure can reportedly only take the form of pressure or coercion called retorsion (i.e., an unfriendly and harmful act which is a lawful retaliation against an injurious activity of another state, the objective of which is to hurt the perpetrator’s interests with the aim of modifying its conduct). If the space hybrid operation is interpreted as “harmful interference” (under Art. IX of OST), it is important to note that this provision does not qualify the harmful interference as such as being illegal. Art. IX of OST only lays down the legal obligation for states to resort to consultations with respect to possible harmful interference²⁰. European space architectures will reduce vulnerabilities against cyberattacks and malevolent space-related economic and financial (E&F) operations; Accelerating inclusion of space in the category of hybrid threats and building space-related considerations into broader security policies – already underway – will ensure that their integration into future EU and NATO policies is bolstered by adequate funding and human resources²¹.

SPACE SECURITY IN THE US

Security in Outer Space has long been a strategic interest of the U.S., compelled by the military stakes of the Cold War related to ballistic missiles

²⁰ *Europe preparedness to respond to space hybrid operations*, June 2018, PSSI (Prague Security Studies Institute) Report, p. 1 and following.

²¹ J. Robinson, *Presentation 2018 International Astronautical Congress Session D5.4. Cyber-security threats to space missions and countermeasures to address them Bremen*, October 5, 2018, Europe’s Management of Space Hybrid Threats.

development and nuclear deterrence. Today, the U.S. SSA system is the most advanced in the world and relies on a wide national infrastructure called the U.S. Space Surveillance Network (SSN), a network of 30 surveillance sensors, including radars and optical telescopes, operated by military and civilian entities. It is the Joint Force Space Component Command (JFSCC since December 2017 – formerly the Joint Functional Component Command for Space), a component of the U.S. Strategic Command (USSTRATCOM), which, through the Joint Space Operations Center (JSpOC – recently renamed the 18th Space Control Squadron (SPCS), operates the SSN to gather, catalogue and analyze SSA data. The Centre is one of the ten joint command centers of the U.S. Department of Defense (Unified Combatant Commands of the United States Department of Defense, DoD) and is funded by the U.S. military programme. In this regard, the SSN system was originally conceived to detect objects of military significance, even though it quickly moved towards monitoring a diversity of other space objects. With ground-based radars and optical sensors located in 25 sites worldwide, SSN surveillance allows the U.S. to have unmatched mapping of orbiting objects and predict their trajectory, making interventions in advance possible, in case collisions can be predicted, or to foresee the re-entry of a body, as well as to monitor launches led by other states.

Security in Outer Space has long been a strategic interest of the U.S., compelled by the military stakes of the Cold War related to ballistic missiles development and nuclear deterrence. Today, the U.S. SSA system is the most advanced in the world and relies on a wide national infrastructure called the U.S. Space Surveillance Network (SSN), a network of 30 surveillance sensors,⁴³ including radars and optical telescopes, operated by military and civilian entities²².

Partial access to American SSA data is granted to selected partners through a worldwide co-operation scheme. The American approach to cooperation was updated, formalized and expanded in 2004 by the Commercial and Foreign Entities (CFE) Pilot Program and gave way, in 2009, to a full-fledged SSA Sharing Program under the responsibility of the USSTRATCOM. Today, the U.S. has more than 70 unclassified SSA Sharing Agreements with commercial and institutional organizations. These SSA Sharing Agreements aim to support transparency on operations in outer space, promote cooperation for security and safety, enhance the availability of infor-

²² Remarks of R.H. Bueneke, *Senior Advisor, National Security*, pp. 1–5.

mation among the partners, and improve the quality of U.S. SSA information. In practice, SSA sharing agreements provide selected organizations, which are not affiliated to the Federal government, including foreign institutions and private operators, with free access to authorized data stemming from SSN sensors²³.

SPACE SECURITY IN EUROPE

The European Space Situational Awareness System (SSA) consists of three separate segments: Space Surveillance and Tracking, especially in the context of Space Debris (Space Weather) and Near Earth Orbit (NEO) observation. The European SSA system has dual-use civilian and military applications. Additional components to the SSA system may be added in the near future. They are built on the basis of military requirements and compiled by the European Defence Agency (EDA). The conference also devoted a lot of space to the development of the STM (Space Traffic Management)²⁴ system, which does not yet exist in Europe, unlike the USA. The goals for Space Situational Awareness are the following: society heavily dependent on critical space and ground assets, critical assets need to be protected against adverse effects from space, SSA Programme Declaration calls for independent European access to SSA data and services. There are three main areas: Space Weather, Near Earth Objects, Space Debris clean space. The participants in ESA SSA programs are 19 participating states. The good progress in the development of a SSA system in Europe has been observed and many actors involved: Member States, ESA, and EU. Distribution of roles needs to be finalized: development vs exploitation. There is still a performance gap in surveillance radars that is why there is a need to agree on a suitable governance scheme for the exploitation of future high performance European surveillance radar. There is a development of a high performance radar can be achieved within 3 years SWE and NEO systems will reach pre-operational status by 2020²⁵.

²³ ESPI Vienna report 64.

²⁴ STM: "Space Traffic Management (STM) is the set of technical and regulatory provisions for promoting safe access into outer space, operations in outer space and return from outer space to Earth free from physical or radio-frequency interference".

²⁵ N. Bobrinsky, *Presentation Forging ahead: from SSA to space safety*, in: 12th ESPI Autumn Conference, 27th of September, Vienna 2018.

Thus, Europe has started its own preparatory programme of the SSA. International negotiations on permanent exchange of information and coordination, mainly with the USA, are also foreseen. Poland should also participate in these studies, which this year is to eventually become a member of the European SSA Consortium, where they play the biggest role: France, Germany, Great Britain and Italy. Much of the data to be dealt with by the established Consortium can be found in public satellite catalogues created by the USA and other countries, which are available on the Internet and can be freely used. That is why transatlantic cooperation is so crucial. Orbital paths are constantly changing or are disturbed by a number of factors, such as inconsistent degrees of attraction, solar activity or the effects of gravity of other orbital objects. International cooperation on SSA data sharing is weakened by issues such as liability and property concerns, data formatting standards and compliance with catalogued tools, and finally security (some satellites do not provide data to the public). These issues are still being discussed in various international fora, including UN COPUOS (United Nations Committee on the Peaceful Uses of Space). The author follows these discussions on an ongoing basis and makes use of them in her scientific work. Space security has a multidimensional concept. It can be understood as Security in Outer Space, Outer Space for Security or Security for Space. The first means the protection of the space infrastructure against natural and man-made threats or risks, ensuring the safety and sustainability of space activities. The second means the use of space systems for security and defence purposes. Security for Space means the protection of human life and the Earth environment against natural threats and risks coming from space.

There are also several meanings of such definitions as: Space Situational Awareness (SSA) which can be understood as current and predictive knowledge and understanding of the outer space environment including space weather and location of natural and manmade objects in orbit around the Earth; SEPP (Space Environment Protection and Preservation, which is preventive and curative mitigation of negative effects of human activity in outer space on the safety and sustainability of the outer space environment and Space Infrastructure Security (SIS) as assurance of the infrastructure ability to deliver a service that can justifiably be trusted despite a hazardous environment.

There are some challenges to space infrastructure security, such as unintentional hazards (space debris, accidental interferences), Intentional threats (ASAT, malicious interferences, and cyberattacks), Space weather hazards (geomagnetic storms, solar storms).

There are rising challenges to space infrastructure security. Space is an increasingly congested and contested resource. Space is multiple and diverse, there are different mitigation and protection measures. There are many actors playing in the Space, so interdependence between them has been noticed. There are various trends in Space, such as increasing space activity, new concepts, connected space, strategic target, “space control” capabilities, etc. The most important is growing dependence on space for society and economy at large²⁶.

Growing security threats to civilian space programmes (access to space, cybersecurity in space, safe operations in space). Space is a critical infrastructure: satellites (jamming, spoofing, blinding), ground stations (hacking). Threats (military, non-military, natural) are understood and accepted and now are more properly and precisely assessed. Readiness to face and respond to threats is growing in governments and private sector. It seems that there is a possibility to invest in handling threats are developing and to find political solutions in managing threats²⁷.

FINAL REMARKS

To sum up, all EU Member being active in Space will need to take the urgent steps to implement the SSA into national system of law. The US example and its experience can be a good one to follow. The system will guarantee some privileges such as sharing data and cooperation among states which is crucial in undertaking any kind of space activities in dual use meaning, mostly in preserving security. Thus the urgent steps should be done to make SSA system in force as soon as necessary.

REFERENCES

- “The status and future evolution of Transparency and Confidence Building Measures.” 2010. In: *The prospects for Transparency and Confidence-Building Measures in Space*, edited by Jana Robinson, Michael P. Schaefer, and Karl-U. Schrögl [et al.]. Vienna: ESPI Report 27.
- Al-Ekabi, Cenani, and Stefano Feretti. 2018. *Yearbook on Space Policy 2016 – Space for sustainable development*. Vienna: ESPI.

²⁶ S. Moranta, *Security in Outer Space: Perspectives on Transatlantic Relations*, in: *12th ESPI Autumn Conference*.

²⁷ K. Uwe Schrögl, *Security in Outer Space: Rising Stakes for Civilian Space Programmes*, in: *12th ESPI Autumn Conference*.

- Bobrinsky, Nicolas. 2018. "Presentation Forging ahead: from SSA to space safety." In *12th ESPI Autumn Conference, 27th of September*. Vienna: ESPI.
- Bueneke, Ronald H. 2018. *Senior Advisor, National Security Space Policy Office of Emerging Security Challenges Bureau of Arms Control, Verification and Compliance U.S. Department of State Panel on "Balancing national security and economic security in a contested and congested space domain" "Greater Security Through International Space Collaboration" Seminar George Washington University Space Policy Institute The Aerospace Corporation's Center for Space Policy & Strategy*.
- Cour-Palais, Bourton G., and Donald J. Kessler. 1978. "Collision frequency of artificial satellites: The creation of a debris belt." *Journal of Geophysical Research* 83:2637–2646.
- Faiyetole, Ayodele A. 2018. "Potentialities of Space-based Systems for Monitoring Climate, Policies and Mitigation at Climate Policies and Mitigations of Climate Process Drivers." *The International Journal of Space Politics and Policy* 14(8):28–48.
- Harrison, Ross G. 2013. "Unpacking the Three C's: congested, competitive and contested Space." *The International Journal of Space Politics and Policy* 11(3):121–131.
- Klein, John J. 2012. "The influence of Technology on Space Strategy." *The International Journal of Space Politics and Policy* 10(1):8–26.
- Moranta, Sebastien. 2018. "Security in Outer Space: Perspectives on Transatlantic Relations." In *12th ESPI Autumn Conference, 27th of September*. Vienna: ESPI.
- Othman, Mazlan. 2017. "National Space Policy and Administration." In *Handbook for New Actors in Space*, edited by Christopher. D. Johnson, 54–87. Secure World Foundation.
- Paracha, Sobia. 2013. "Military dimensions of the Indian Space Programs." *The International Journal of Space Politics and Policy* 11(3):156–186.
- Polkowska, Małgorzata. 2018. *Prawo bezpieczeństwa w Kosmosie*. Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo.
- Radtke, Jonas, Christopher Kebschull, and Enrico Stoll. 2017. "Interactions of the space debris environment with mega constellations – Using the example of the OneWeb constellation." *Acta Astronautica* 131:55–58.
- Robinson, Jana. 2018. *Presentation 2018 International Astronautical Congress Session D5.4. Cyber-security threats to space missions and countermeasures to address them Bremen. Europe's Management of Space Hybrid Threats*.
- Schrögl Uwe, Karl. 2018. "Security in Outer Space: Rising Stakes for Civilian Space Programmes." In *12th ESPI Autumn Conference, 27th of September*. Vienna: ESPI.
- Wyler, Greg. 2017. "Responsible Operations in Space." In *Handbook for New Actors in Space*, edited by Christopher. D. Johnson, 88–132. Secure World Foundation.

PRAWO BEZPIECZEŃSTWA:
SYSTEM ŚWIADOMOŚCI SYTUACYJNEJ W KOSMOSIE (SSA)
W STOSUNKACH TRANSATLANTYCKICH. EUROPA A USA

Streszczenie. Niniejszy artykuł dotyczy bardzo delikatnej kwestii, takiej jak bezpieczeństwo kosmiczne i jego pilnej potrzeby wdrożenia do prawa krajowego. Istnieje szereg wyzwań dla bezpieczeństwa infrastruktury kosmicznej, takich jak niezamierzone zagrożenia (śmieci kosmiczne), zagrożenia celowe (broń kosmiczna, umyślne zakłócenia, ataki cybernetyczne) lub zagrożenia związane z pogodą w przestrzeni kosmicznej (burze geomagnetyczne, burze słoneczne, itp.). Z drugiej strony, rośnie zależność od przestrzeni kosmicznej niektórych państw, w tym państw europejskich. Istnieje zatem pilna potrzeba przyspieszenia prac nad bezpieczeństwem i współpracą międzynarodową, np. między Europą a USA – „liderem kosmicznym”. Współpraca transatlantycka w dziedzinie prawa bezpieczeństwa kosmicznego ma klu-

czowe znaczenie. Stany Zjednoczone posiadają niezbędną wiedzę w swojej długiej historii w zakresie tworzenia strategii kosmicznej, polityki i prawa bezpieczeństwa i mogą być dobrym przykładem dla Europy w budowaniu struktur bezpieczeństwa w Kosmosie.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo kosmiczne, system świadomości sytuacyjnej w Kosmosie, prawo kosmiczne, strategia kosmiczna

STATE SECURITY AND RESTRICTIONS ON CONSTITUTIONAL FREEDOMS AND HUMAN AND CIVIL RIGHTS

Jadwiga Potrzeszcz

Department of Theory and Philosophy of Law
The John Paul II Catholic University in Lublin
Poland

<https://orcid.org/0000-0002-4358-7273>

Summary. The considerations in this article relate to the relationship between state security and the necessity of introduction restrictions on constitutional rights and freedoms of man and citizen. In order to present the multidimensionality of this relationship, the author first explained the concept of state security with regard to the meaning of constituent concepts, namely the concept of state and the notion of security. Subsequently, the analysis of constitutional provisions was carried out from the point of view of their relationship with the concept of state security and in the context of protection of constitutional freedoms and human and civil rights. The analysis has proven that in many cases the implementation of state security requires restrictions on constitutional freedoms and rights of man and citizens. These restrictions should respect the principle of proportionality.

Key words: the state, security, freedoms and human and civil rights, state security, the principle of proportionality

INTRODUCTION

In the 21st century, security is a term that is frequently applied in numerous contexts of meaning. Presumably the reason of that is increasing number and intensity of threats that cause increasing necessity for security.

The necessity of security concerns, in particular, the man who feels and perceives increasing number of threats in his environment, while simultaneously he notices decreasing tendency to trust in the society of risk. However, not only man as an individual requires security. The institutions, including the institution of the state, require security as well.

In this paper an attempt is made to clarify the concept of state security, taking into account the components of this concept. Subsequently, the analy-

sis of constitutional provisions will be carried out from the point of view of their relationship with the concept of state security and in the context of protection of constitutional freedoms and human and civil rights.

1. THE CONCEPT OF STATE SECURITY

When approaching the definition of the concept of state security, it is primarily necessary to explain the meaning of the individual components of this concept. To begin we should start with a brief explanation of the concept of a state. According to the dictionary definition, a state is a “politically organized community inhabiting the territory boundaries, having an independent form of government”¹. In specialist political literature, the most adequate and the most appropriate definition of a state inspired by the views of Georg Jellinek², is most often assumed, according to these views, as “lasting relationship of people permanently inhabiting a certain territory, subjected to supreme authority”³. In this definition, three elements of a state may be distinguished, namely population, territory and authority.

Turning to the definition of the concept of security, we should first refer to the dictionary definition, according to which security is “a state of non-threat, peace, certainty”⁴. Therefore, in the basic sense, safety is the opposite of the threat. However, it should be remembered that security is one of the sort of primitive concepts that we realize in an intuitive manner, which is difficult to define⁵.

¹ *Słownik języka polskiego*, vol. II, ed. M. Szymczak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, p. 595.

² Jellinek defines a state as follows: “A state, as a legal concept, is ipso fact a corporation of settled people, equipped with direct, self-sovereign supremacy, or to use the now resubmitted term, equipped with direct, self-sustaining authority of the territorial corporation”, G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, Księga II I III, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1924, p. 50; see also J. Kostrubiec, *Próba współczesnej interpretacji klasycznej definicji państwa Georga Jellinka*, in: *Doktryny polityczne i prawne u progu XXI wieku*, eds. M. Maciejewski, M. Marszał, Kolonia Limited, Wrocław 2002, pp. 375–382; Idem, *Nauka o państwie w myśli Georga Jellinka*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2015.

³ B. Szmulik, M. Żmigrodzki, *Pojęcie, sposoby definiowania oraz cechy państwa*, in: *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, eds. B. Szmulik, M. Żmigrodzki, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2006, p. 16.

⁴ *Słownik języka polskiego*, vol. I, ed. M. Szymczak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, p. 147.

⁵ On the concept of security, see broader J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo i porządek publiczny w ujęciu filozofii prawa*, in: *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia podstawowe*, ed. W. Lis,

Explaining the meaning of the term ‘security’ we should refer to the etymology of the Latin term *securitas*, meaning peace of mind, safety, carelessness. *Securitas* noun derived from the adjective *securus*, which is a submission *se* (a preposition ‘without’, which means as a prefix *se* – offset, remoteness, lack of something), and *cura* (care, carefully, taking care of someone or something, but also fear, anxiety, worry about something) and meaning, among others, in a positive sense – carefree, calm, free from worries, taking place in peace, ensuring peace, protected from something; but also in a negative sense – too confident, careless, ruthless⁶.

In an attempt to explain the etymology of the Polish term ‘bezpieczeństwo’ we should refer to the word ‘piecza’ (‘custody’) meaning as much as “caring, caring about someone or something, solicitude”⁷. As explained by Alexander Brückner, “in the old language (orthodox church, old Czech and others) it used to be said «*piec się o czym*» (‘try’ and ‘strive’), hence *bezpieczny* and *niebezpieczeństwo* (‘safe’ and ‘danger’), and once, even, and in the 16th century *przezpieczny, przezpieczność*”⁸. In the opinion of Krzysztof Karolczak the term ‘bezpieczeństwo’ (‘security’) is the simple negation of the term of ‘danger’ or ‘threats’. Such an explanation is associated with the common understanding of security as a real state or subjective feeling of no external threat, enabling the attainment of one’s own goals⁹.

In the general social sense, security “includes the necessity of existence, survival, certainty, stability, integrity, identity, independence, protection of level and quality of life. Security being the supreme need of a human and social groups, is simultaneously a fundamental necessity of states and international systems; its absence causes anxiety and a sense of danger”¹⁰. Cur-

Wydawnictwo KUL, Lublin 2014, pp. 15–25; Eadem, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, pp. 25–38.

⁶ Cf. *Słownik łacińsko-polski*, vol. V, ed. M. Plezia, ed. 2, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, pp. 83–84; cf. J. Potrzebszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, p. 26.

⁷ *Słownik języka polskiego*, vol. II, p. 648.

⁸ A. Brückner, *Słownik etymologiczny języka polskiego*, ed. 6, Wiedza Powszechna, Warszawa 1993, p. 406.

⁹ K. Karolczak, *Bezpieczeństwo jednostki i narodu – mrzonka czy realność w XXI wieku?*, in: *Bezpieczeństwo w XXI wieku. Asymetryczny świat*, eds. K. Liedel, P. Piasecka, T.R. Aleksandrowicz, Difin, Warszawa 2011, p. 15.

¹⁰ R. Zięba, *Pojęcie i istota bezpieczeństwa państwa w stosunkach międzynarodowych*, “Sprawy Międzynarodowe” 10 (1989), p. 50.

rently, three dimensions of security are indicated, namely: 1) individual dimension, 2) national (state) dimension, and 3) international dimension¹¹.

Security belongs to essentially disputable concepts, “which meaning cannot be definitively determined. You cannot deny this assertion some equity, since security for each means something a bit different, in the study of international relations, however, there is generally a consensus that by security one understands the state of control over what threatens particularly appreciated values”¹².

In the context of the aforementioned findings, in attempting to determine what state security is, one should take into consideration all the constituent elements of the state, namely population, territory, authority, and subsequently consider what sort of threats may arise in relation to each distinguished element. Undoubtedly, a diversity of possible threats influences the multidimensionality of the concept of state security.

Due to the source of the threat, a distinction is made between external and internal security¹³, namely it is claimed that “external security means no threat from other entities or external factors. Internal security is the stability and harmony of a given organism or entity, obtained as a result of the state’s fulfilment of an internal function implemented as part of a strategic national security policy manifested in the protection of the constitutional order, life and health of citizens and national property against unlawful activities, along with the consequences of natural and technical disasters”¹⁴.

The doctrine establishes that the concept of state security is not simply defined unambiguously. Therefore, the most general term is adopted, stating that security of a state is associated with such an absence of threats, owing to which the existence and development of a given state is possible¹⁵. State security is also referred to as “maintaining the desired socio-economic rela-

¹¹ W. Giziński, *Bezpieczeństwo jako proces polityczno-społeczny*, in: *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*, eds. J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2007, p. 19.

¹² P.D. Williams, *Badania bezpieczeństwa. Wprowadzenie*, in: *Studia bezpieczeństwa*, transl. N. Nowicki, Wydawnictwo UJ, Kraków 2012, p. 1.

¹³ W. Lis, *Bezpieczeństwo wewnętrzne i porządek publiczny jako sfera działania administracji publicznej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, p. 47.

¹⁴ *Bezpieczeństwo wewnętrzne RP w ujęciu systemowym i zadań administracji publicznej*, eds. B. Wiśniewski, S. Zalewski, Bielsko-Biała 2006, p. 14, excerpt. from W. Lis, *Bezpieczeństwo wewnętrzne*, p. 47.

¹⁵ Cf. W.J. Wołpiuk, *Sily Zbrojne w regulacjach Konstytucji RP*, Scholar, Warszawa 1998, p. 47.

tions, the prevailing political system and the territory inhabited by the citizens of a given state”¹⁶. According to another definition, state security is “a state in which there no exist threats to the existence of the state and its democratic system. State security includes in its scope the directives of caring for its sovereignty, territorial integrity and defence potential, even when there no exists any threat from other states or terrorists”¹⁷. State security is also understood as “a state of conditions in which the state does not feel threatened by military or political or economic pressure and at the same time has conditions for its own development and progress”¹⁸.

Since threats can originate from outside a given country or may have their source within the state, there is a distinction between external security and internal security, in the sense of the state’s ability to protect its values against external or internal threats. Primarily, it is important to sustain the state existence, guarantee its territorial integrity, preserve political sovereignty and, above all, guarantee the biological existence of the population living in the territory of the state¹⁹.

Therefore, both the external security and internal security of the state are an integral element of the state’s security. The external security of the state is defined in the doctrine as “one of two aspects of state security, meaning the state of affairs, a set of different circumstances taking place in its environment (in an international environment), characterized by the absence of negative impacts from other entities, allowing the state for a stable and harmonious development (functioning); it is the state and process of securing

¹⁶ K. Fus, *Kierowanie bezpieczeństwem narodowym RP*, in: *Bezpieczeństwo w XXI wieku*, p. 42; see: J. Prońko, *Bezpieczeństwo państwa – zarys teorii problemu i zadań administracji publicznej*, Wydawnictwo WSA, Bielsko-Biała 2007, p. 20.

¹⁷ J. Karp, *Bezpieczeństwo państwa*, in: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, eds. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, pp. 108–109.

¹⁸ M. Pawełczyk, *Publicznoprawne obowiązki przedsiębiorstw energetycznych jako instrument zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego w Polsce*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2013, pp. 29–30.

¹⁹ Cf. L. Grosicki, *Zakres przedmiotowy bezpieczeństwa wewnętrznego państwa*, in: *Organizacja i kierowanie instytucjami bezpieczeństwa wewnętrznego państwa*, eds. K. Grosicka, L. Grosicki, P. Grosicki, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Pułtusk-Warszawa 2013, pp. 18–19; K. Dunaj, *Istota bezpieczeństwa państwa*, in: *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, eds. M. Czuryk, K. Dunaj, M. Karpiuk [et al.], Wydział Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2016, p. 21.

the values and interests of the state against negative external factors”²⁰. The state’s internal security is defined in the doctrine as “one of two aspects (sorts) of security, meaning the state of affairs, a set of various circumstances taking place in all areas of internal activity, characterized by stability and harmoniousness of its development (functioning), in other words – the state and process of securing the values and interests of the state against negative internal factors”²¹.

Summing up this part of the considerations, it should be emphasized that “the overall recognition of state security includes both internal aspects and external aspects of this security. Such a broad approach results from the fact that threats to the state may result from both the internal structure of the society living in a given country, as well as from the functioning and evolution of the international environment in which the country is functioning [...]. State security may and should be dealt with in a very broad subject or generic approach. Therefore, there are many specific types of state security, such as state political security, military security of the state, economic security (including, for instance, raw materials, food, etc.) of the state, state social security, state cultural security, ideological security of the state, ecological security of the state”²².

2. STATE SECURITY IN THE PROVISIONS OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

Numerous provisions of the Constitution of the Republic of Poland²³ refer to the concept of state security. However, this concept has not been defined by the legislator. Yet in Chapter I of the Constitution of the Republic of Poland, titled *Rzeczpospolita*, in art. 5 there is a norm according to which “The Republic of Poland shall safeguard the independence and integrity of its territory and ensure the freedoms and rights of persons and citizens, the security of the citizens, safeguard the national heritage and shall ensure the

²⁰ W. Kitler, *Bezpieczeństwo narodowe. Podstawowe kategorie, dylematy pojęciowe i próba systematyzacji*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2010, p. 26, excerpt. from K. Dunaj, *Is-tota bezpieczeństwa państwa*, p. 22.

²¹ Ibidem.

²² L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31*, in: *Konstytucja RP*, vol. I: *Komentarz do art. 1–86*, eds. M. Safjan, L. Bosek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, Legalis side note 96–97.

²³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm. [hereinafter called the Constitution of the Republic of Poland or the Constitution].

protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development”.

According to the adopted assumption, the definitional elements of the state are population, territory, authority. Therefore, in the context of the concept of ‘state security’, all these elements should be the subject to protection. It finds its confirmation in the text of art. 5 of the Constitution. “In the broadly understood concept of the state security system, one may distinguish, among others, the following closely related subsystems: - political security (aims to protect the interests of the state with political methods), – military security (aims to provide defence in the event of armed conflict) – economic security (aims to protect Poland’s economic development), – security public (aims to ensure constitutional order, protection against crisis situations, environmental threats, ensure public order and protection against criminogenic phenomena), – social security (aims to provide basic conditions for a dignified existence of a citizen)”²⁴.

It is very important from the point of view of the subject taken in this study to establish the relationship between the security of the state and the security of citizens. In the latest commentary on art. 5 of the Constitution of the Republic of Poland, the subject of consideration is, *inter alia*, such a relation: “art. 5 of the Constitution formulates for the Polish state an important contemporary task of ensuring the security of its citizens. Thus the security is therefore guaranteed not to everyone, but only to those who share the citizenship with them. The security of citizens (articles 5 and 230 par. 1) cannot be equated with the notion of state security (art. 26 par. 1, art. 31 par. 3, art. 45 par. 2, art. 53 par. 5, art. 61 par. 3, art. 126 par. 2, articles 130, 135, 146 par. 7 and 8 of the Constitution), although, of course, both concepts are interrelated to some extent. If the security of the state is endangered, the security of its citizens is also endangered. However, it may happen that the security of citizens will be endangered, although the security of the state will not show such a threat. Hence, it should be assumed that, for instance, certain actions of other citizens, which are generally not directed against the state as such, may be a threat to the security of citizens. The state is therefore obliged to ensure citizens’ security also in their mutual relations. The necessity of providing the state with security may justify limiting the constitutional rights and freedoms of citizens, and the threat to citizens’ security is a premi-

²⁴ H. Zięba-Załucka, *Konstytucyjne aspekty bezpieczeństwa*, “Studia Iuridica Lublinensia” 22 (2014), pp. 418–419.

se for introducing a state of emergency on the territory of a state or a part of it. It is also worth noting that art. 76 declares the protection of consumers, users and tenants against activities threatening their safety. It considers certain activities not only from state authorities, but also from private entities”²⁵. The aforementioned views are convincing and acceptable.

With reference to art. 5 of the Constitution, Dariusz Dudek, noted that “the protection of the independence of the state and the inviolability of its territory primarily affects the protection of its external security and peaceful existence in the international arena. This is confirmed by the later provision of art. 26 par. 1 of the Constitution, which defines the tasks of the Armed Forces of the Republic of Poland, serving to protect the independence of the state and the indivisibility of its territory, and to ensure the security and inviolability of its borders. In this provision, state security is directly related to the external sovereignty of the state and its territorial integrity, including the inviolability of state borders”²⁶.

In Chapter II of the Constitution, entitled *Freedoms, rights and obligations of man and citizen*, in art. 31 par. 3 state security is listed as one of the premises justifying limiting the constitutional rights and freedoms of man and citizen. This provision provides “any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights”.

Among the freedoms and personal rights, the Constitution norms, *inter alia*, the right to court and freedom of conscience and religion. In art. 45 par. 1 of the Constitution is expressed the right to a court, namely the right to “a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court”. In art. 45 par. 2, the possibility of excluding the hearing is provided, *inter alia*, due to national security.

In art. 53 par. 1 of the Constitution, the freedom of conscience and religion is normalized. Art 53 par. 5 of the Constitution establishes a norm concerning the restriction of freedom to manifest religion. According to this norm “the freedom to publicly express religion may be limited only by

²⁵ M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 5, w: Konstytucja RP*, Legalis side note 33.

²⁶ D. Dudek, *Konstytucyjne podstawy ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego*, in: *Bezpieczeństwo państwa*, p. 37.

means of statute and only where this is necessary for the defence of State security, public order, health, morals or the freedoms and rights of others”.

Among the freedoms and political rights, the Constitution regulates the right to public information. Namely art. 61 par. 1 provides “a citizen shall have the right to obtain information on the activities of organs of public authority as well as persons discharging public functions. Such right shall also include receipt of information on the activities of self-governing economic or professional organs and other persons or organizational units relating to the field in which they perform the duties of public authorities and manage communal assets or property of the State Treasury”. The scope of this right is defined in art. 61 par. 2 of the Constitution in the following manner “the right to obtain information shall ensure access to documents and entry to sittings of collective organs of public authority formed by universal elections, with the opportunity to make sound and visual recordings”. However, art. 61 par. 3 of the Constitution refers to the limitation of the right expressed in the first two paragraphs of art. 61 of the Constitution. Under this provision “limitations upon the rights referred to in paras. 1 and 2 above, may be imposed by statute solely to protect freedoms and rights of other persons and economic subjects, public order, security or important economic interests of the State”.

In Chapter V of the Constitution entitled *the President of the Republic of Poland*, in art. 126 par. 2, the tasks of the President of the Republic of Poland were determined in the following manner: “The President of the Republic shall ensure observance of the Constitution, safeguard the sovereignty and security of the State as well as the inviolability and integrity of its territory”. As emphasized in the doctrine, “standing guard over the internal security of the state lies primarily in preventing obstacles to its proper functioning, preventing the threat of destabilization of organizational structures of the state and dysfunctions in the operation of its organs. Standing guard over external security consists in counteracting external threats and undertaking actions for the defence of the state. Two groups of competences are specifically related to the analysed sphere of the tasks of the President of the Republic of Poland, namely competences performed by the President of the Republic of Poland as the Commander of the Polish Armed Forces and competences concerning extraordinary measures [...]. The President of the Republic of Poland implements this task in cooperation with the Council of Ministers, which is politically responsible for internal and external security [...]. This cooperation may have a non-decisive and informal form, it may take a formal dimension, for instance, consisting of convening the Cabinet

Council, it may finally take a form of exercising of competences reserved exclusively for the President of the Republic of Poland or performed with a countersignature. Standing up to state security is closely related to the inviolability and indivisibility of its territory. The President of the Republic of Poland should oppose any attempted transfers of the territory of the state and violations of art. 3 of the Constitution, expressing the principle of uniformity of the state. This provision requires the order to oppose attempts to form a federal state and to give a part of its territory a privileged status, taking the form of territorial autonomy”²⁷.

The security of the Polish state as one of the values to be guarded by the President of the Republic of Poland is also reflected in the swearing oath referred to in art. 130 of the Constitution. This provision provides: “The President of the Republic shall assume office upon taking the following oath in the presence of the National Assembly: «Assuming, by the will of the Nation, the office of President of the Republic of Poland, I do solemnly swear to be faithful to the provisions of the Constitution; I pledge that I shall steadfastly safeguard the dignity of the Nation, the independence and security of the State, and also that the good of the Homeland and the prosperity of its citizens shall forever remain my supreme obligation». The oath may also be taken with the additional sentence «So help me, God»”. According to art. 135 of the Constitution “The advisory organ to the President of the Republic regarding internal and external security of the State shall be the National Security Council”.

In Chapter VI of the Constitution, entitled *the Council of Ministers and government administration*, in art. 146 par. 4 among the competences of the Council of Ministers are listed: ensuring internal security of the state and public order (art. 146 par. 4 point 7), as well as ensuring the external security of the state (art. 146 par. 4 point 8).

From the point of view of the security of the state, the provisions of the Constitution included in Chapter XI entitled *Extraordinary measures* are of significant importance. In particular, art. 228 par. 1 provides that “in situations of particular danger, if ordinary constitutional measures are inadequate, any of the following appropriate extraordinary measures may be introduced: martial law, a state of emergency or a state of natural disaster”. In art. 229 of

²⁷ P. Tuleja, K. Kozłowski, *Komentarz do art. 126*, in: *Konstytucja RP*, vol. II: *Komentarz do art. 87–243*, eds. M. Safjan, L. Bosek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, Legalis side note 32.

the Constitution, the issue of the possibility of introducing martial law was normalized, namely “In the case of external threats to the State, acts of armed aggression against the territory of the Republic of Poland or when an obligation of common defence against aggression arises by virtue of international agreement, the President of the Republic may, on request of the Council of Ministers, declare a state of martial law in a part of or upon the whole territory of the State”. Art. 230 of the Constitution regulates the question of the possibility of introducing a state of emergency, namely “1. In the case of threats to the constitutional order of the State, to security of the citizenry or public order, the President of the Republic may, on request of the Council of Ministers, introduce for a definite period no longer than 90 days, a state of emergency in a part of or upon the whole territory of the State. 2. Extension of a state of emergency may be made once only for a period no longer than 60 days and with the consent of the Sejm”.

Special restrictions on freedoms and human rights may be introduced during extraordinary circumstances. However, the Constitution in art. 233 provides certain exclusions of these restrictions, namely “1. The statute specifying the scope of limitation of the freedoms and rights of persons and citizens in times of martial law and states of emergency shall not limit the freedoms and rights specified in Article 30 (the dignity of the person), Article 34 and Article 36 (citizenship), Article 38 (protection of life), Article 39, Article 40 and Article 41, para .4 (humane treatment), Article 42 (ascription of criminal responsibility), Article 45 (access to a court), Article 47 (personal rights), Article 53 (conscience and religion), Article 63 (petitions), as well as Article 48 and Article 72 (family and children). 2. Limitation of the freedoms and rights of persons and citizens only by reason of race, gender, language, faith or lack of it, social origin, ancestry or property shall be prohibited. 3. The statute specifying the scope of limitations of the freedoms and rights of persons and citizens during states of natural disasters may limit the freedoms and rights specified in Article 22 (freedom of economic activity), Article 41, paras. 1, 3 and 5 (personal freedom), Article 50 (inviolability of the home), Article 52, para. 1 (freedom of movement and sojourn on the territory of the Republic of Poland), Article 59, para. 3 (the right to strike), Article 64 (the right of ownership), Article 65, para. 1 (freedom to work),

Article 66, para. 1 (the right to safe and hygienic conditions of work) as well as Article 66, para. 2 (the right to rest)”²⁸.

3. STATE SECURITY AS A PREMISE TO LIMIT CONSTITUTIONAL RIGHTS AND FREEDOMS OF MAN AND CITIZEN

Aforementioned, in art. 31 par. 3 of the Constitution of the Republic of Poland, state security is mentioned as one of the premises justifying limiting the constitutional rights and freedoms of man and citizen. According to this provision, the restrictions on constitutional rights and freedoms of man and citizen may be imposed only by statute, and only when they are necessary in a democratic state for its safety. Art. 31 par. 3, regulates the security of a democratic state. Therefore, it is not a state apparatus that is opposed to citizens yet a “social group organized in a particular manner”²⁹.

From art. 31 par. 3 of the Constitution it follows that “the legislator allows restricting constitutional rights and freedoms to the protection of the broadly understood security of a «democratic» state, and thus to protect the security of the state based on democratic principles (values). With reference to art. 31 par. 3, therefore, it is possible to limit the constitutional rights and freedoms of individuals in order to relegate various threats to the Polish state, coming from within or from outside, and that may undermine its foundations or being as a democratic state”³⁰.

Due to the fact that the provisions of the Constitution of the Republic of Poland refer to external and internal security, “human rights restrictions on this basis may be established in the case of both external and internal threats”³¹.

Limitations of human rights and freedoms because of national security should be consistent with the principle of proportionality, having its founda-

²⁸ On the subject of the concept of state security in the Constitution of the Republic of Poland, see also B. Przywora, *Bezpieczeństwo państwa jako przesłanka dopuszczalności ograniczenia praw i wolności osób pełniących funkcje w służbie publicznej*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, ed. S. Biernat, “Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego” 1(3) 2012, pp. 243–244.

²⁹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, p. 169.

³⁰ L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31*, Legalis side note 98.

³¹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej*, pp. 183–184.

tion in art. 31 par. 3 of the Constitution. This principle is related to the prohibition of excessive interference in the sphere of human rights. According to the view of the Polish Constitutional Tribunal “the essence of the prohibition of excessive interference is the recognition that the legislator cannot impose restrictions exceeding a certain degree of nuisance, and in particular, disturbing the proportion between the degree of violation of the individual’s rights and the public interest, which is thus to be protected. [...] Considering whether this prohibition was violated by the legislator, should take into account the specificity of individual rights and freedoms of an individual (stricter evaluation standards should be applied, for instance, to regulation of personal and political rights and freedoms rather than economic or social rights), because this involves the general boundaries of permissible limitations. These considerations should therefore answer three questions: 1) whether the introduced legislative regulation is potential to lead to its intended effects; 2) whether this regulation is necessary to protect the public interest with which it is associated; 3) whether the effects of the introduced regulation are in proportion to the burdens imposed on the citizen by it”³².

CONCLUSION

The considerations carried out in this paper allow to draw a few conclusions. First of all, it should be emphasized that the relationship between state security and constitutional freedoms and human and citizen rights is complex. State security cannot be unequivocally oppose human security, and thus the safety of the population living in the territory of the state. The population consists an integral part of the concept of the state. Therefore, state security is unambiguous with the security of the population living in the territory of that state. Whereas, the right to security is the fundamental, natural right of every human being. Although in the Constitution of the Republic of Poland, it has not been explicitly expressed, however detailed regulations concerning freedoms and human and civil rights, in fact serve to implement the idea of human security, in particular the idea of legal security.

On the other hand, however, the implementation of state security in many cases requires the introduction of restrictions on constitutional rights and freedoms of man and citizen. The provisions of the Constitution refer to the-

³² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., ref. act K 11/94, OTK 1995, part I, item 12.

se restrictions. However, such restrictions should meet the test of proportionality, and thus should not violate the constitutional principle of proportionality.

REFERENCES

- Bosek, Leszek, and Marek Szydło. 2016. "Komentarz do art. 31." In *Konstytucja RP*. Vol. I: *Komentarz do art. 1–86*, edited by Marek Safjan, and Leszek Bosek, Legalis side note 96–97. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Brückner, Aleksander. 1993. *Słownik etymologiczny języka polskiego*. 6. ed. Warszawa: Wydawnictwo Powszechna.
- Dudek, Dariusz. 2014. "Konstytucyjne podstawy ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego." In *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia podstawowe*, edited by Wojciech Lis, 35–54. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Dunaj, Katarzyna. 2016. "Istota bezpieczeństwa państwa." In *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, edited by Małgorzata Czuryk, Katarzyna Dunaj, and Mirosław Karpiuk [et al.], 17–27. Olsztyn: Wydział Prawa i Administracji UWM.
- Florczak-Wątor, Monika. 2016. "Komentarz do art. 5." In *Konstytucja RP*. Vol I: *Komentarz do art. 1–86*, edited by Marek Safjan, and Leszek Bosek, Legalis side note 33. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Fus, Katarzyna. 2011. "Kierowanie bezpieczeństwem narodowym RP." In *Bezpieczeństwo w XXI wieku. Asymetryczny świat*, edited by Krzysztof Liedel, Paulina Piasecka and Tomasz R. Aleksandrowicz, 38–57. Warszawa: Difin.
- Gizicki, Wojciech. 2007. "Bezpieczeństwo jako proces polityczno-społeczny." In *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*, edited by Jan Świtka, Małgorzata Kuć, and Grzegorz Gozdór, 11–46. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Grosicki, Leszek. 2013. "Zakres przedmiotowy bezpieczeństwa wewnętrznego państwa." In *Organizacja i kierowanie instytucjami bezpieczeństwa wewnętrznego państwa*, edited by Katarzyna Grosicka, Leszek Grosicki and Przemysław Grosicki, 13–28. Pułtusk–Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR.
- Jellinek, Georg. 1924. *Ogólna nauka o państwie*. Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka.
- Karolczak, Krzysztof. 2011. "Bezpieczeństwo jednostki i narodu – mrzonka czy realność w XXI wieku?" In *Bezpieczeństwo w XXI wieku. Asymetryczny świat*, edited by Krzysztof Liedel, Paulina Piasecka, and Tomasz R. Aleksandrowicz, 15–25. Warszawa: Difin.
- Karp, Janusz. 2009. "Bezpieczeństwo państwa." In *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, edited by Wiesław Skrzydło, Sabina Grabowska, and Radosław Grabowski, 108–109. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kitler, Waldemar. 2010. *Bezpieczeństwo narodowe. Podstawowe kategorie, dylematy pojęciowe i próba systematyzacji*. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa.
- Kostrubiec, Jarosław. 2002. "Próba współczesnej interpretacji klasycznej definicji państwa Georga Jellinka." In *Doktryny polityczne i prawne u progu XXI wieku*, edited by Marek Maciejewski, and Maciej Marszał, 375–382. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kostrubiec, Jarosław. 2015. *Nauka o państwie w myśli Georga Jellinka*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.

- Lis, Wojciech. 2015. *Bezpieczeństwo wewnętrzne i porządek publiczny jako sfera działania administracji publicznej*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Pawelczyk, Mirosław. 2013. *Publicznoprawne obowiązki przedsiębiorstw energetycznych jako instrument zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego w Polsce*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Plezia, Marian (edited by). 2007. *Słownik łacińsko-polski*. Vol. V. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2013. *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2014. "Bezpieczeństwo i porządek publiczny w ujęciu filozofii prawa." In *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia podstawowe*, edited by Wojciech Lis, 15–34. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Prońko, Jarosław. 2007. *Bezpieczeństwo państwa – zarys teorii problemu i zadań administracji publicznej*. Bielsko-Biała: Wydawnictwo WSA.
- Przywora, Bogusław. 2012. "Bezpieczeństwo państwa jako przesłanka dopuszczalności ograniczenia praw i wolności osób pełniących funkcje w służbie publicznej." In *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, edited by Stanisław Biernat. *Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego* 1:239–252.
- Szmulik, Bogumił, and Marek Żmigrodzki. 2006. "Pojęcie, sposoby definiowania oraz cechy państwa." In *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, edited by Bogumił Szmulik, and Marek Żmigrodzki, 13–21. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Szymczak, Mieczysław (edited by). 1994. *Słownik języka polskiego*. Vol. I. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Szymczak, Mieczysław (edited by). 1994. *Słownik języka polskiego*. Vol. II. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Tuleja, Piotr, and Krzysztof Kozłowski. 2016. "Komentarz do art. 126." In *Konstytucja RP. Vol II: Komentarz do art. 87–243*, edited by Marek Safjan, and Leszek Bosek, *Legalis si de note* 32. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Williams, Paul D. 2012. "Badania bezpieczeństwa. Wprowadzenie." In *Studia bezpieczeństwa*, transl. Wojciech Nowicki, 1–12. Kraków: Wydawnictwo UJ.
- Wojtyczek, Krzysztof. 1999. *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Wołpiuk, Waldemar J. 1998. *Siły Zbrojne w regulacjach Konstytucji RP*. Warszawa: Scholar.
- Zięba, Ryszard. 1989. "Pojęcie i istota bezpieczeństwa państwa w stosunkach międzynarodowych." *Sprawy Międzynarodowe* 10:18–50.
- Zięba-Załużka, Halina. 2014. "Konstytucyjne aspekty bezpieczeństwa." *Studia Iuridica Lublinensia* 22:411–428.

BEZPIECZEŃSTWO PAŃSTWA A OGRANICZENIA KONSTYTUCYJNYCH WOLNOŚCI I PRAW CZŁOWIEKA I OBYWATELA

Streszczenie. Rozważania zawarte w niniejszym artykule dotyczą relacji pomiędzy bezpieczeństwem państwa a koniecznością wprowadzenia ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela. W celu ukazania wielowymiarowości tej relacji, autor najpierw wyjaśnił pojęcie bezpieczeństwa państwa z uwzględnieniem znaczenia pojęć składowych, a mianowicie pojęcia państwa i pojęcia bezpieczeństwa. Następnie została przeprowadzona analiza przepisów konstytucyjnych z punktu widzenia ich związku z pojęciem bezpieczeństwa państwa oraz w kontekście ochrony konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela.

watela. Analiza wykazała, że w wielu przypadkach realizacja bezpieczeństwa państwa wymaga wprowadzenia ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela. Ograniczenia te powinny respektować zasadę proporcjonalności.

Słowa kluczowe: państwo, bezpieczeństwo, wolności i prawa człowieka i obywatela, bezpieczeństwo państwa, zasada proporcjonalności

PRAWO DO OBRONY W KANONICZNYM PROCESIE KARNO-ADMINISTRACYJNYM. ZARYS PROBLEMATYKI

Agnieszka Romanko

Katedra Kościelnego Prawa Publicznego i Konstytucyjnego
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0001-9206-747X>

Streszczenie: Ustawodawca w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r. stanowi, że wierni chrześcijanie – zarówno duchowni, jak i świeccy – mogą legalnie dochodzić i bronić przysługujących im w Kościele uprawnień na właściwym forum kościelnym według przepisów prawa (kan. 221 § 1). Właściwe forum kościelne odnosi się nie tylko do procesu sądowego, ale także pozasądowego (administracyjnego).

Słowa kluczowe: prawa i obowiązki wiernych chrześcijan, obrona, ochrona, ordynariusz

Ustawodawca w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r.¹ stanowi: „Wier-
nym przysługuje legalne dochodzenie i obrona przysługujących im w Ko-
ściele uprawnień na właściwym forum kościelnym według przepisów pra-
wa” (kan. 221 § 1). Realizacja tego uprawnienia została zagwarantowana za-
równo w postępowaniu sądowym (spornym i karnym), jak i pozasądowym,
tj. administracyjnym. Przedmiotem artykułu będzie prawo do obrony w ka-
nonicznym procesie karno-administracyjnym, tj.: 1) ukazanie różnicy mię-
dzy prawem do obrony a prawem do ochrony; 2) analiza kan. 221 KPK/83;
3) określenie procesu karno-administracyjnego i podstawowych gwarancji
prawa do obrony.

¹ *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (25.01.1983), AAS 75 (1983), pars II, s. 1–317; tekst polski w: *Kodeks Prawa Kanonicznego*, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Pallottinum, Poznań 1984 [dalej cyt.: KPK/83].

1. PRAWO DO OBRONY A PRAWO DO OCHRONY

Ustawodawca kodeksowy na określenie **prawa do obrony** używa łacińskiego wyrażenia *ius defensionis*². Czasownik *defendo*, -ere, -di, -sum został przetłumaczony m.in. jako: bronić; występować w charakterze obrońcy; brać w obronę; usprawiedliwiać; oczyszczać z zarzutów; przytoczyć coś; powiedzieć na czyjś obronę; bronić jakiegoś zdania; twierdzić; dowodzić; utrzymywać; stwierdzać; potwierdzać; popierać; zalecać; doradzać coś; rościć pretensje do czegoś; domagać się; żądać; dążyć do czegoś; starać się o coś; ścigać sądownie³. Łaciński rzeczownik *defensio*, -onis oznacza odpieranie; zbijanie zarzutów; stanowisko obronne, wyraz *defensa*, -ae – obronę, *defensor*, -oris – zostało przełożone jako obrońca⁴, natomiast wyrażenie *defensor vinculi* (obrońca węzła) oznacza obrońcę ważności małżeństwa i święceń kapłańskich (kan. 1432)⁵. W związku z powyższym *ius defensionis*⁶ w prawie kanonicznym odnosi się do sytuacji, w której **określone uprawnienie zagwarantowane konkretnej osobie w KPK/83 lub innych aktach normatywnych zostało naruszone i niezbędne jest podjęcie działań mających na celu jego obronę, której celem będzie usunięcie skutków tego naruszenia i przywrócenie stanu poprzedniego**.

Prawo do obrony należy odróżnić od **prawa do ochrony**. Wyraz „ochrona” trzeba wyprowadzić od łacińskiego czasownika *tuto*, -are (od *tueri*) i *tutor*, -ari, -atus sum (od *tueri*), tłumaczonego jako zabezpieczać, chronić, opiekować się, a także z rzeczownika *tutor*, -oris (od *tueri*) oznaczającego

² „Acquisitis probationibus, iudex decreto partibus et earum advocatis permittere debet, sub poena nullitatis, ut acta nondum eis nota apud tribunalis cancellariam inspiciant; quin etiam advocatis id petentibus dari potest actorum exemplar; in causis vero ad bonum publicum spectantibus iudex ad gravissima pericula evitanda aliquod actum nemini manifestandum esse decernere potest, cauto tamen ut *ius defensionis* semper integrum maneat” (kan. 1598 § 1); „Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si: [...] *ius defensionis* alterutri parti denegatum fuit [...]” (kan. 1620, 7°).

³ A. Jougan, *Słownik kościelny łacińsko-polski*, wyd. 5, Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz 2013, s. 178; *Słownik łacińsko-polski*, t. II, red. M. Plezia, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, s. 47–48.

⁴ A. Jougan, *Słownik kościelny łacińsko-polski*, s. 178.

⁵ Tamże. Wyrażenie *defensor vinculi* znajduje się także w kan.: 1433-1436, 1447, 1448 § 2, 1449 § 4, 1451 § 1, 1533, 1561, 1603 § 3, 1606, 1612 § 1, 1626 § 1, 1628, 1636 § 2, 1676 § 1-2, 1677 § 1, 1680 § 1-2, 1686, 1687 § 1, 1688, 1689 § 1, 1690, 1701 § 1, 1705 § 1, 1711.

⁶ Ponadto czasownik *defendo* i rzeczownik *defensio*, *defensa* i *defensor* (z wyjątkiem *defensor vinculi*) zostało użyte w KPK/83 w następujących kan.: 221 § 1, 229 § 1, 635 § 2, 695 § 2, 697, 2°-3°, 698, 699, 879, 1481 § 3, 1596 § 1, 1601, 1602 § 1-3, 1603 § 1, 1606, 1687 § 1, 1720, 1°.

m.in. opiekuna⁷. Prawo do ochrony ma zasadniczo charakter **prewencyjny i zapobiegawczy**⁸. Prawo to oznacza przede wszystkim **strzeżenie i zabezpieczenie konkretnego dobra**, a także **zagwarantowanie w płaszczyźnie prawnej, m.in. poprzez stosowanie środków ochrony prawnej na drodze sądowej (karnej i cywilnej) i pozasądowej (administracyjnej)**.

Różnicę między prawem do ochrony a prawem do obrony można wskazać na przykładzie kan. 220 KPK/83, zgodnie z którym: „Nikomui nie wolno bezprawnie naruszać dobrego imienia, które ktoś posiada, ani też naruszać prawa każdej osoby do ochrony własnej intymności”. Ustawodawca kodeksowy w cytowanym kanonie zabezpieczył przysługujące każdemu człowiekowi prawo do dobrego imienia oraz prawo do intymności i prywatności. Dlatego też w chwili naruszenia prawa do dobrego imienia (np. przestępstwo zniesławienia – kan. 1390 § 2) lub prawa do intymności (np. naruszenie tajemnicy spowiedzi świętej – kan. 983) pokrzywdzonemu przysługuje prawo do obrony, którego może dochodzić – w zależności od zaistniałych okoliczności – na drodze sądowej lub pozasądowej (administracyjnej)⁹.

⁷ *Słownik łacińsko-polski*, t. V, red. M. Plezia, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, s. 469; A. Jougan, *Słownik kościelny łacińsko-polski*, s. 704. Nie zawsze jednak wyraz *tutor* tłumaczony jest jako opiekun, ale jako obrońca, zaś czasownik *tuto* nie zawsze jest tłumaczony jako „chronić”, ale „bronić”. Pomimo tego, iż ustawodawca w KPK/83 np. w kan. 220, 459 § 1, 587 § 1, 1063 4°, 1220 2°, 1243, 1361 § 3 używa czasownika *tuto* (i jego pochodnych), w języku polskim użyto wyrażen „bronić” albo „obrona”. Dlatego też tak ważne jest, aby przy interpretacji konkretnej ustawy, uwzględniać także cel i okoliczności jej powstania oraz *mens legislatoris* (kan. 17).

⁸ Np. ochrona wolności religijnej została zagwarantowana nie tylko w KPK/83 (m.in. w kan. 748), ale także w porządku państwowym, zob.: Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, *Declaratio de libertate religiosa de iure personae et communitatum ad libertatem sociale et civilem in re religiosa Dignitatis humanae* (7.12.1965), AAS 58 (1966), s. 929–946; tekst polski w: Sobór Watykański II, *Konstytucje, dekryty, deklaracje*, tekst polski, nowe tłumaczenie, Pallottinum, Poznań 2002, s. 410–421, nr 6: „Przestrzeganie i popieranie nienaruszalnych praw człowieka należy w sposób istotny do obowiązków każdej władzy państwowej. Władza państwowa powinna więc przez sprawiedliwe ustawy i przez inne odpowiednie środki podjąć skuteczną ochronę wolności religijnej wszystkich obywateli i stworzyć korzystne warunki do rozwoju życia religijnego, żeby obywatele rzeczywiście byli w stanie korzystać z praw religijnych i wypełniać obowiązki religijne [...]”.

⁹ „Kościół więc, mocą powierzonej sobie Ewangelii, proklamuje prawa ludzi, a dynamizm dzisiejszej doby, z jakim wysuwa się wszędzie te prawa, uznaje i ceni wysoko. Ruch ten trzeba jednak przepajać duchem Ewangelii i zabezpieczać przeciw wszelkiego rodzaju fałszywej autonomii. Ulegamy bowiem pokusie mniemania, że nasze prawa osobiste są tylko wtedy w pełni zabezpieczone, kiedy wyłamujemy się spod wszelkiej normy prawa Bożego. Lecz ta droga nie ocala godności osoby ludzkiej, ale raczej ją zatracza”, zob. Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, *Constitutio pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis Gau-*

2. PRAWO DO OBRONY W KATALOGU „OBOWIĄZKÓW I UPRAWNIENÍ WSZYSTKICH WIERNYCH CHRZEŚCIJAN”

Papieska Komisja do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego stwierdziła: prawo do obrony jest prawem fundamentalnym¹⁰. Przygotowany przez Komisję „Schemat Fundamentalnego Prawa Kościoła” (*Schema Legis Ecclesiae Fundamentalis*)¹¹ – wśród kanonów traktujących o obowiązkach i uprawnieniach chrześcijan – określał prawo do obrony (kan. 21). Schemat, który miał być ustawą konstytucyjną dla Kościoła katolickiego, nie został promulgowany. Dlatego też katalog obowiązków i praw wszystkich wiernych chrześcijan został po raz pierwszy zamieszczony w KPK/83 (kan. 208-223). Wśród tych uprawnień ustawodawca kodeksowy wyróżnia m.in. prawo do obrony (kan. 221)¹².

2.1. Kanon 21 *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalis*

W Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 r.¹³ nie było wyraźnie sformułowanego kanonu dotyczącego „prawa do obrony” w zakresie, w jakim uprawnienie to znajduje się w KPK/83. Nie oznacza to jednak, iż prawo do obrony nie przysługiwało stronom w procesie kanonicznym¹⁴.

Papieska Komisja do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego w „Zasadach, które winny kierować reformą Kodeksu Prawa Kanonicznego” z 1967 r.

dium et spes (7.12.1965), AAS 58 (1966), s. 1025–1116; tekst polski w: Sobór Watykański II, *Konstytucje*, s. 526–606, nr 41.

¹⁰ „Ius christifidelium ut semper iura sua defendere possint, et ius ut iudicentur secundum praescripta iuris, fundamentalia etiam iura sunt”. Zob. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Relatio super priore schemate Legis Ecclesiae Fundamentalis* (20.09.1969), w: Taż, *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalis. Textus emendatus cum relatione de ipso schemate deque emendationibus receptis*, Typis Polyglottis Vaticanis, [b.m.w.] 1971, s. 84.

¹¹ Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalis* (24.05.1969), w: Taż, *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalis. Textus emendatus*, s. 7–58.

¹² Prawo do obrony zostało uregulowane również w kan. 24 Kodeksu dla katolickich Kościołów wschodnich, zob. *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (18.10.1990), AAS 82 (1990), s. 1045–1363; tekst polski w: *Kodeks Kanonów Kościołów Wschodnich promulgowany przez papieża Jana Pawła II*, tłum. L. Adamowicz, M. Dyjakowska, Wydawnictwo Archidiecezji Lubelskiej Gaudium, Lublin 2002.

¹³ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus* (27.05.1917), AAS 9 (1917), pars II, s. 1–593.

¹⁴ Zob. np. kan. 1861 § 2.

stwierdziła: „Nie wystarcza tylko to, aby w naszym prawie obowiązywała w sposób odpowiedni ochrona praw. Muszą być bowiem uznane uprawnienia podmiotowe prawdziwe i własne, bez których nie da się pojąć porządku prawnego społeczności. Należy przeto proklamować w prawie kanonicznym, że zasada ochrony prawnej jest stosowana w jednakowym stopniu względem przełożonych i podwładnych tak, by w zakresie administracji kościelnej całkowicie wykluczyć podejrzenie jakiegokolwiek dowolności”¹⁵. Komisja zwróciła uwagę na konieczność uznania praw naturalnych – jakim jest m.in. prawo do ochrony i obrony – w kościelnym prawie stanowionym. Kościół jest społecznością Bosko-ludzką, dlatego nie może istnieć bez porządku prawnego. Troska o poszanowanie i ochronę potrzeb współczesnego człowieka przyświecała rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego, w tym modyfikowaniu i ustanawianiu instytucji, które zagwarantują „absolutnie konieczne i niezbywalne prawa”¹⁶. Do takich koniecznych i niezbywalnych uprawnień zalicza się prawo do obrony. Jest prawem naturalnym i wynika z przyrodzonej godności osoby ludzkiej, dlatego instytucje kościelne czy państwowe nie nadają tego uprawnienia, ale powinny gwarantować jego ochronę i obronę w prawie stanowionym. Papieska Komisja podkreśliła, że samo „prawo do ochrony” jest niewystarczające, ale konieczne jest także uznanie i zagwarantowanie „prawa do obrony”.

Według kan. 21 *Schema Legis Ecclesiae Fundamental*is przygotowanego przez Papieską Komisję do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego: „§ 1. Wiernym na forum kościelnym przysługuje **prawna obrona posiadanych w Kościele uprawnień**: czy to na drodze sądowej, czy też – w wypadkach określonych przez prawo – **na drodze administracyjnej**, z zachowaniem przepisów kanonicznych. § 2. W wypadku powołania do sądu przez władzę ko-

¹⁵ Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant. A Pontificia Commissione proposita et Primi Generalis Coetus «Synodi Episcoporum» examini subiecta*, Typis Polyglottis Vaticanis 1967; tekst polski w: *Posoborowe prawodawstwo kościelne*, oprac. E. Szafranski, Akademia Teologii Katolickiej, Warszawa 1971, t. III, z. 3, s. 5–27, nr 7. Tekst oryginalny: „Neque id sufficit ut tutela iurium in iure nostro convenienter vigeat. Agnoscenda enim sunt iura subiectiva vera et propria sine quibus ordinatio iuridica societatis vix concipitur. Proclamari idcirco oportet in iure canonico principium tutelae iuridicae aequo modo applicari superioribus et subditis, ita ut quaelibet arbitrariness suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat”.

¹⁶ Ioannes Paulus PP. II, *Allocutio ad Romanae Rotae Iudices coram admissos* (23.01.1992), AAS 85 (1993), s. 140–143; tekst polski w: *Jan Paweł II. Dzieła zebrane*, t. V: *Orędzia. Przesłania. Przemówienia okolicznościowe*, red. P. Ptasznik, Wydawnictwo „M”, Kraków 2007, s. 689.

ścielną, wiernym przysługuje także prawo, by byli sądzeni z zachowaniem przepisów kanonicznych, stosowanych ze słuszością” (kan. 21)¹⁷. Ponadto w *Relatio* z 30 listopada 1970 r. do kan. 21 dodano nowe sformułowanie wyrażające się w zasadzie *Nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁸. Komisja uzasadniając tę zmianę podkreśliła, iż pozwoli to zapobiec ewentualnej arbitralności władzy¹⁹.

2.2. Kanon 221 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku

Papież Jan Paweł II w przemówieniu do Trybunału Roty Rzymskiej stwierdził: „**Prawo do obrony pozostaje zawsze nienaruszone.** [...] Nie można wydać wyroku bez kontradiktoryjności, to znaczy bez konkretnej możliwości zagwarantowania każdej ze stron prawa do wysłuchania i poznania jej racji oraz przeciwstawienia się wnioskowi, dowodom i wywodom strony przeciwnej lub *ex officio*”²⁰. Dlatego też ustawodawca w KPK/83 przypisuje duże znaczenie prawu do obrony. W kan. 221 stwierdza: „§ 1. Wiernym przysługuje legalne dochodzenie i **obrona przysługujących im w Kościele uprawnień** na właściwym forum kościelnym według przepisów prawa. § 2. Wierni, jeżeli zostali wezwani przed sąd przez kompetentną władzę, mają prawo, by byli sądzeni z zachowaniem przepisów prawa, stosowanych ze słuszością. § 3. Wiernym przysługuje prawo, by nie nakładano na nich kar kanonicznych, jak tylko zgodnie z przepisami ustawy”²¹. Z cytowanego kanonu wynikają trzy uprawnienia, składające się na szeroko rozumiane prawo do

¹⁷ Polskie tłumaczenie za: *Ustrój hierarchiczny Kościoła. Wybór źródeł*, red. i oprac. W. Kacprzyk, M. Sitarz, Wydawnictwo KUL, Lublin 2006, s. 873. Tekst oryginalny: „§ 1. Christifidelibus competit ut iura quibus in Ecclesia gaudent legitime defendant in foro ecclesiastico, et quidem via iudiciali necnon, in casibus iure definitis, via administrativa, ad normam sacrorum canonum. § 2. Christifidelibus ius est quoque ut, si ad iudicium ab auctoritate ecclesiastica vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis”.

¹⁸ „Nemo puniri potest nisi in casibus ipsa lege definitis atque modo ad eadem determinato”, zob. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Relatio super schemate Legis Ecclesiae Fundamentalibus emendato* (30.11.1970), w: Taż, *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalibus. Textus emendatus*, s. 135.

¹⁹ Tamże.

²⁰ Ioannes Paulus PP. II, *Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos coram admissos* (26.01.1989), AAS 81 (1989), s. 922–927; tekst polski w: Jan Paweł II, *Dziela zebrane*, t. V, s. 674.

²¹ „§ 1. Christifidelibus competit ut iura, quibus in Ecclesia gaudent, legitime vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris. § 2. Christifidelibus ius quoque est ut, si ad iudicium ab auctoritate competenti vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis. § 3. Christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur”.

sądu, tj.: 1) **prawo dochodzenia i obrony praw na właściwym forum kościelnym**; 2) prawo do sądenia z zachowaniem przepisów prawa i słuszności; 3) prawo do nienakładania kar niezgodnych z ustawą. Prawa do obrony nie można jednak interpretować w oderwaniu od dwóch pozostałych uprawnień wskazanych w kan. 221.

Ustawodawca w kan. 221 § 1 KPK/83 nie używa sformułowania, iż chrześcijanom przysługuje prawo do obrony na drodze sądowej lub administracyjnej (por. kan. 21 *Schema Legis Ecclesiae Fundamentalis*), ale posługuje się zwrotem „na właściwym forum kościelnym”. Należy sądzić, iż „właściwe forum kościelne” odnosi się zarówno do procesu sądowego (karnego i spornego), jak i pozasądowego (administracyjnego).

Prawo do obrony jest prawem naturalnym, które wynika z przyrodzonej godności osoby ludzkiej. Prawo to przysługuje każdemu człowiekowi w każdej społeczności, nie tylko państwowej, ale także w społeczności kościelnej. W konsekwencji ustawodawca kodeksowy zagwarantował to prawo zarówno w postępowaniu sądowym (spornym i karnym), jak i w postępowaniu pozasądowym (administracyjnym). Jednak dopiero wierne przestrzeganie przepisów procesowych – zwłaszcza przez organy stosujące prawo – umożliwi zainteresowanemu podmiotowi pełne zabezpieczenie i możliwość korzystania z tego uprawnienia. Z kolei niewłaściwe wykorzystanie prawa do obrony prowadzi do nadużyć w działalności sędziowskiej i utrudnia poszukiwanie prawdy. Prawda zaś – mówił papież Jan Paweł II – „nie zawsze jest łatwa: potwierdzenie jej jest czasami sprawą bardzo wymagającą. Jednak musi być ona zawsze respektowana w ramach komunikacji i relacji międzyludzkich. To samo odnosi się do sprawiedliwości i prawa: one również nie zawsze są sprawą prostą”²². Dlatego „prawo do obrony dla każdej ze stron w sprawie, to znaczy nie tylko strony pozwanej, ale także strony powodowej, powinno oczywiście być wykonywane zgodnie z właściwymi przepisami stanowionego prawa, którego zadaniem nie jest pozbawianie kogokolwiek wykonywania prawa do obrony, ale takie jego regulowanie, by nie zostało ono wykorzystane do nadużyć lub utrudnień, a jednocześnie zagwarantowana była możliwość wykorzystania tego prawa. Wierne zachowywanie prawa pozytywnego

²² Ioannes Paulus PP. II, *Allocutio ad Romanae Rotae iudices et administratos coram admissos* (28.01.1994), AAS 86 (1994), s. 947–952; tekst polski w: *Jan Paweł II. Dzieła zebrane*, t. V, s. 695–696.

go ustanowionego w tym zakresie stanowi poważny obowiązek wszystkich zaangażowanych w wymiar sprawiedliwości”²³.

3. CHARAKTERYSTYKA KANONICZNEGO PROCESU KARNO-ADMINISTRACYJNEGO

Celem kanonicznego procesu administracyjnego jest zapewnienie sprawnego i rzetelnego funkcjonowania administracji kościelnej i „obrony subiektywnych praw osób wchodzących w skład społeczności kościelnej, przed ich ewentualnym naruszeniem przez władzę lub członków społeczności”²⁴. Przedmiotem kanonicznego procesu karnego są przestępstwa w celu wymierzenia lub stwierdzenia kary (kan. 1400 § 1, 2°)²⁵. Proces ten zmierza do ustalenia przestępstwa i jego sprawcy oraz ukarania winnego albo stwierdzenia, że z chwilą popełnienia przestępstwa zaciągnął przepisaną prawem karę²⁶. Wymierzanie lub stwierdzenie kary może odbywać się na drodze sądowej albo pozasądowej, zwaną administracyjną. Jeżeli zastosowanie znajduje droga pozasądowa, wówczas mamy do czynienia z procesem karno-administracyjnym.

W kanonicznym procesie karno-administracyjnym dekretem pozasadowym można wymierzyć lub stwierdzić cenzury (kan. 1331-1333) lub kary ekspijacyjne (kan. 1336), jeśli uzasadnione przyczyny (np. konieczność działania bez rozgłosu) przeszkadzają w przeprowadzeniu procesu sądowego. Środki karne i pokuty mogą być nakładane dekretem pozasadowym bez ograniczeń (kan. 1342 § 1)²⁷. Ustawodawca kodeksowy ogranicza zastosowanie procesu karno-administracyjnego stwierdzając, iż dekretem pozasado-

²³ Tenże, *Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos coram admissos* (26.01.1989), AAS 81 (1989), s. 922–927; tekst polski w: *Jan Paweł II. Dzieła zebrane*, t. V, s. 675.

²⁴ E. Szafronowski, *Prawo kanoniczne w okresie odnowy soborowej. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, Akademia Teologii Katolickiej, Warszawa 1979, s. 542.

²⁵ W odróżnieniu od procesu karnego, przedmiotem procesu spornego jest natomiast dochodzenie lub obrona uprawnień osób fizycznych lub osób prawnych albo stwierdzenie faktów prawnych (kan. 1400 § 1, 1°).

²⁶ T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. IV: *Doczesne dobra Kościoła. Sankcje w Kościele. Procesy*, Warmińskie Wydawnictwo Diecezjalne, Olsztyn 2009, s. 373.

²⁷ „Ileokroć uzasadnione przyczyny przeszkadzają w przeprowadzeniu procesu sądowego, karę można wymierzyć lub deklarować dekretem pozasadowym. Natomiast środki karne i pokuty mogą być w każdym wypadku nakładane dekretem” (kan. 1342 § 1).

wym nie można wymierzać lub deklarować kar wiążących na stałe²⁸ oraz kar, których zabrania wymierzać dekretem ustanawiająca je ustawa lub nakaz (kan. 1342 § 2)²⁹.

Proces karno-administracyjny prowadzi ordynariusz (kan. 134)³⁰, który – jeśli uzna, że należy postępować na drodze dekretu pozasądowego, tj. administracyjnego, powinien: 1) przedstawić oskarżonemu oskarżenie i dowody, **umożliwiając mu obronę**, chyba że właściwie wezwany oskarżony, zanie dbał stawienia się; 2) dokładnie rozważyć z dwoma asesarami wszystkie dowody i ich argumentację; 3) jeśli przestępstwo z pewnością stwierdzono, a skarga karna nie wygasła, wydać dekret zgodnie z kan. 1342-1350, podając przynajmniej krótko uzasadnienie prawne i faktyczne (kan. 1720)³¹.

W procesie karno-administracyjnym, pomimo tego, że nie są stosowane wszystkie elementy właściwe procedurze sądowej, prawo do obrony nigdy nie powinno zostać naruszone³². Obrona przysługujących uprawnień realizo-

²⁸ Wiążące na stałe mogą być kary ekspiacyjne, np. wydalenie ze stanu duchownego (kan. 1336 § 1, 5°).

²⁹ Szerzej na temat procesu karno-administracyjnego zob.: A.G. Miziński, *Elementy kanonicznego procesu karno-administracyjnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” XIII (2003), z. 2, s. 127–159.

³⁰ „Pod nazwą ordynariusz rozumiani są w prawie, oprócz Biskupa Rzymskiego, biskupi diecezjalni oraz inni, którzy – choćby tylko czasowo – są przełożonymi Kościoła partykularnego lub wspólnoty do niego przyrównanej zgodnie z przepisem kan. 368, jak również ci, którzy w nich posiadają ogólną wykonawczą władzę zwyczajną, mianowicie wikariusze generalni i biskupi, a także – dla własnych członków – wyżsi przełożeni kleryckich instytutów zakonnych na prawie a papieskim i kleryckich stowarzyszeń życia apostolskiego na prawie papieskim, którzy posiadają przynajmniej zwyczajną władzę wykonawczą”. Do ordynariuszy zalicza się także przełożonych zrównanych w prawie z biskupem diecezjalnym tych Kościołów partykularnych, które zostały utworzone na podstawie kan. 372 § 2, tj.: ordynariusza polowego (wojskowego), administratora apostolskiego Administratury Apostolskiej Świętego Jana Marii Vianneya i ordynariusza personalnego dla Anglikanów powracających do pełnej wspólnoty z Kościołem katolickim.

³¹ Ponadto w odniesieniu do ordynariusza w kanonicznym procesie karno-administracyjnym należy uwzględnić kan. 1342 § 3: „Co ustawa lub nakaz mówią odnośnie do sędziego, gdy chodzi o wymierzanie lub deklarowanie kar w sądzie, należy stosować także do przełożonego, który dekretem pozasądowym wymierza lub deklaruje karę, jeśli nie wiadomo czego innego i nie chodzi o przepisy dotyczące jedynie procedury”. Szerzej zob.: J. Krukowski, *Wymierzanie kar w trybie administracyjnym*, „Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich” XXI (2011), nr 24, s. 76–84.

³² A.G. Miziński, *Elementy kanonicznego procesu karno-administracyjnego*, s. 135.

wana jest w procesie karno-administracyjnym m.in. poprzez prawo do adwokata lub pełnomocnika (kan. 1738)³³.

WNIOSKI

1) Prawo do obrony jest prawem naturalnym i fundamentalnym. Dlatego też ustawodawca w KPK/83 to uprawnienie uznaje także w prawie stanowionym i gwarantuje jego realizację nie tylko w procesie sądowym, ale także pozasądowym, czyli administracyjnym.

2) Prawo do obrony znajduje zastosowanie w sytuacji, w której określone uprawnienie zagwarantowane konkretnej osobie w KPK/83 lub innych aktach normatywnych zostało naruszone i niezbędne jest podjęcie działań mających na celu jego obronę, której celem będzie usunięcie skutków tego naruszenia i przywrócenie stanu poprzedniego. Z kolei prawo do ochrony ma charakter zapobiegawczy w celu strzeżenia i zabezpieczenia konkretnego dobra podlegającego ochronie prawnej.

3) Zgodnie z kan. 221 § 1 KPK/83, wszystkim wiernym chrześcijanom – duchownym i świeckim – przysługuje legalne dochodzenie i obrona przysługujących w Kościele uprawnień na właściwym forum kościelnym – także administracyjnym – według przepisów prawa. Pełne zabezpieczenie prawa do obrony i możliwość praktycznego korzystania z niego domaga się wierności w przestrzeganiu przepisów procesowych.

PIŚMIENNICTWO

- Jougan, Alojzy. 2013. *Słownik kościelny łacińsko-polski*. Wyd. 5. Sandomierz: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu.
- Kacprzyk, Wiesław, i Mirosław Sitarz (red. i oprac.). 2006. *Ustrój hierarchiczny Kościoła. Wybór źródeł*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Krukowski, Józef. 2011. „Wymierzanie kar w trybie administracyjnym.” *Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich* 21(24):76–84.
- Miziński, Artur G. 2003. „Elementy kanonicznego procesu karno-administracyjnego.” *Roczniki Nauk Prawnych* 13(2):127–159.
- Pawluk, Tadeusz. 2009. *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*. T. IV: *Doczesne dobra Kościoła. Sankcje w Kościele. Procesy*. Olsztyn: Warmińskie Wydawnictwo Diecezjalne.

³³ „Wnoszący rekurs ma zawsze prawo posłużyć się adwokatem lub pełnomocnikiem, unikając bezużytecznej zwłoki; co więcej, obrońca winien być ustanowiony z urzędu, jeżeli wnoszący rekurs nie ma obrońcy, a przełożony uzna to za konieczne; przełożony jednak zawsze może nakazać, by wnoszący rekurs sam się stawił, by zostać przesłuchanym”.

- Plezia, Marian (red.). 2007. *Słownik łacińsko-polski*. T. II. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Plezia, Marian (red.). 2007. *Słownik łacińsko-polski*. T. V. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Sztafrowski, Edward. 1979. *Prawo kanoniczne w okresie odnowy soborowej. Podręcznik dla duchowieństwa*. T. II. Warszawa: Akademia Teologii Katolickiej.

RIGHT TO DEFENSE IN THE CANONICAL PENAL-ADMINISTRATIVE PROCESS.
AN OUTLINE

Summary: The legislator in the 1983 Code of Canon Law states that the Christian faithful – both the lay Christian faithful and the clerics – can legitimately vindicate and defend the rights which they possess in the Church in the competent ecclesiastical forum according to the norm of law (can. 221 § 1). The competent ecclesiastical forum considers not only the judicial process but also the extrajudicial (administrative) one.

Key words: obligations and rights of the lay Christian faithful, defense, protection, ordinary

OCHRONA KARNA WOLNOŚCI SUMIENIA I RELIGII W PRAWIE KANONICZNYM

Mirosław Sitarz

Katedra Kościelnego Prawa Publicznego i Konstytucyjnego
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0001-7596-8508>

Streszczenie. Ustawodawca w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r. stanowi, że wszyscy ludzie, zarówno wierzący, jak i niewierzący, obowiązani są szukać prawdy dotyczącej Boga i Jego Kościoła, a poznana mają obowiązek i prawo z mocy prawa Bożego przyjąć i zachowywać (kan. 748 § 1). Ponadto, ludzie nie mogą być przez nikogo zmuszani do przyjęcia wiary katolickiej wbrew własnemu sumieniu (§ 2). Wolność sumienia i religii ma źródło w godności osoby ludzkiej. Wolność religijna w aspekcie wewnętrznym jest rozumiana jako wolność sumienia, natomiast w aspekcie zewnętrznym jako wolność religii. Podmiotami uprawnionymi do wolności sumienia i religii jest każda osoba ludzka, rodzina oraz wspólnoty religijne.

Słowa kluczowe: osoba ludzka, rodzina, Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 roku, sumienie, religia

W państwie demokratycznym przedmiotem ochrony prawnej jest dobro wspólne, które „obejmuje całokształt [...] warunków życia społecznego, w jakich ludzie mogą pełniej i szybciej osiągnąć swą własną doskonałość”¹. Dobro wspólne oznacza taki porządek społeczny, w którym zagwarantowane będą podstawowe prawa i wolności każdego człowieka mające źródło w przyrodzonej i niezbywalnej godności osoby ludzkiej². Do tych fundamentalnych

¹ Ioannes PP. XXIII, *Litterae encyclicae de recentioribus rerum socialium processibus ad christianam praecepta componendis Mater et Magistra* (15.05.1961), AAS 53 (1961), s. 401–464; tekst polski w: Papież Jan XXIII, *Encyklika o współczesnych przemianach społecznych w świetle nauki chrześcijańskiej (Mater et Magistra)*, Société d’Editions Internationales, Paris 1965, s. 43–121, nr 66.

² Godność i dobro osoby ludzkiej – zgodnie z zasadą personalizmu chrześcijańskiego – stanowią „nienaruszalny kanon działania”. Dlatego też społeczność każdego rodzaju ma charakter służebny w stosunku do osoby ludzkiej, zob. *Wstęp do Encykliki Mater et Magistra*, w: Papież Jan XXIII, *Encyklika o współczesnych przemianach społecznych*, s. 28.

wolności należą wolność sumienia i religii, które są dobrami prawnie chronionymi zarówno ze strony państwa, jak i Kościoła.

Celem artykułu będzie próba ukazania ochrony karnej wolności sumienia i religii w prawie kanonicznym, która polega na zabezpieczeniu nie tylko całego Kościoła – jako instytucji Bosko-ludzkiej – ale także każdego wiernego przed czynami stanowiącymi naruszenie lub stwarzającymi zagrożenie dla dóbr prawnych, m.in. wolności sumienia i religii, a więc ochrona w wymiarze indywidualnym i instytucjonalnym, wewnętrznym i zewnętrznym.

W artykule zostanie scharakteryzowany zakres przedmiotowy i podmiotowy wolności sumienia i religii, a następnie ochrona karna wolności sumienia i religii na przykładzie przestępstw przeciwko religii i jedności Kościoła uregulowanych w kan. 1364-1369 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r.³ Przeprowadzona analiza pozwoli uzyskać odpowiedzi na następujące pytania: czy wolność sumienia i religii należy rozpatrywać łącznie, czy są to dwa odrębne i niezależne od siebie dobra chronione? Kiedy wolność sumienia może podlegać reglamentacji prawnej? Jakie podmioty są uprawnione, a jakie zobowiązane w zakresie ochrony karnej wolności sumienia i religii? W sytuacji popełnienia jakich przestępstw przewidzianych przez ustawodawcę kościelnego racją karania jest ochrona wolności sumienia i religii?

1. ZAKRES PRZEDMIOTOWY WOLNOŚCI SUMIENIA I RELIGII

Św. Jan Paweł II w liście przesłanym szefom państw-sygnatariuszy Aktu Końcowego Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie napisał: „Wolność sumienia i religii [...] jest [...] pierwszym i niezbywalnym prawem osoby ludzkiej, a nawet więcej, można powiedzieć, że w stopniu, w jakim dotyka ona najbardziej intymnej sfery ducha, podtrzymuje głęboko zakotwiczoną w każdej osobie rację bytu innych wolności. Oczywiście, taka wolność może być stosowana tylko w sposób odpowiedzialny, to znaczy w zgodzie z zasadami etycznymi oraz zasadami równości i sprawiedliwości [...]”⁴. Ustawodawca kodeksowy stanowi: „§ 1. Wszyscy ludzie obowiązani

³ *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (25.01.1983), AAS 75 (1983), pars II, s. 1–317; tekst polski w: *Kodeks Prawa Kanonicznego*, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Pallottinum, Poznań 1984 [dalej cyt.: KPK/83].

⁴ Ioannes Paulus PP. II, *Civilibus Auctoritatibus quae sollemne foedus anno MCMLXXV Helsinki factum subscripserunt missus: de libertate conscientiae et religionis* (1.09.1980), AAS 72 (1980), s. 1252–1260 [dalej cyt.: LCR]; tekst polski w: *Kościelne prawo publiczne*.

są szukać prawdy dotyczącej Boga i Jego Kościoła, a poznana mają obowiązek i prawo z mocy prawa Bożego przyjąć i zachowywać. § 2. Ludzie nie mogą być przez nikogo zmuszani do przyjęcia wiary katolickiej wbrew własnemu sumieniu” (kan. 748). Podstawą cytowanego kanonu jest deklaracja Soboru Watykańskiego II o wolności religijnej *Dignitatis humanae*⁵, dlatego też wolność sumienia i religii – jako przedmiot ochrony prawnej – powinny być odczytywane i interpretowane przede wszystkim w kontekście soborowej deklaracji⁶.

1.1. Wolność sumienia

Wolność sumienia stanowi aspekt wewnętrzny wolności religijnej. Zgodnie z nauczaniem Soboru Watykańskiego II, sumienie jest najtajniejszym ośrodkiem i sanktuarium człowieka, gdzie przebywa z Bogiem⁷. „W głębi sumienia człowiek odkrywa prawo, którego sam sobie nie nadaje, lecz któremu winien być posłuszny i którego głos, nawołując go zawsze do miłowania i czynienia dobra oraz unikania zła tam, gdzie należy, rozbrzmiewa we wnętrzu człowieka: Czyn to, tamtego unikaj. Człowiek bowiem ma w sercu wpisane przez Boga prawo; posłuszeństwo temu prawu stanowi właśnie o jego godności, i według niego on sam będzie osądzony” (GS 16). Każda osoba ludzka za pomocą sumienia poznaje i uznaje nakazy prawa Bożego. Czło-

Wybór źródeł, red. M. Sitarz, M. Grochowina, M. Lewicka [i in.], Wydawnictwo KUL, Lublin 2012, s. 404–411, nr 5.

⁵ Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, *Declaratio de libertate religiosa de iure personae et communitatum ad libertatem socialem et civilem in re religiosa Dignitatis humanae* (7.12.1965), AAS 58 (1966), s. 929–946 [dalej cyt.: DH]; tekst polski w: Sobór Watykański II, *Konstytucje, dekryty, deklaracje*, tekst polski, nowe tłumaczenie, Pallottinum, Poznań 2002, s. 410–421. Należy jednak podkreślić, że kan. 748 § 2 jest powtórzeniem zasady zawartej w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 r., zob. *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus* (27.05.1917), AAS 9 (1917), pars II, s. 1–593, kan. 1351: „Ad amplexandam fidem catholicam nemo invitus cogatur” (Nikogo nie wolno zmuszać, wbrew jego woli, do przyjęcia wiary katolickiej). Potwierdził to także Sobór Watykański II: „Chociaż w życiu Ludu Bożego, pielgrzymującego przez zmienne koleje historii ludzkiej, niekiedy pojawiał się sposób postępowania mniej zgodny z duchem ewangelicznym, a nawet mu przeciwny, to jednak pozostawała zawsze niezmienna nauka Kościoła, że nikogo do wiary nie należy przymuszać” (DH 12).

⁶ J.A. Coriden, *The Obligation and Right to Search for Truth and to Embrace It*, w: *New Commentary on the Code of Canon Law*, red. J.P. Beal, J.A. Coriden, T.J. Green, Paulist Press, New York–Mahwah 2000, s. 912.

⁷ Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, *Constitutio pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis Gaudium et spes* (7.12.1965), AAS 58 (1966), s. 1025–1116 [dalej cyt.: GS]; tekst polski w: Sobór Watykański II, *Konstytucje*, s. 526–606, nr 16.

wiek nie powinien być przymuszany do postępowania sprzecznego z sumieniem, a także nie powinien spotykać się z przeszkodami, gdy działa zgodnie z własnym sumieniem. Z uwagi na fakt, iż „praktykowanie religii z samego jej charakteru polega przede wszystkim na aktach wewnętrznych, swobodnych i wolnych, przez które człowiek zwraca się wprost do Boga, tego rodzaju akty nie mogą być przez władzę czysto ludzką ani nakazywane, ani zabraniane” (DH 3).

Wolność sumienia dotyczy sfery przeżyć każdego człowieka i jego zdolności do wyboru światopoglądu, który uważa za prawdziwy⁸. „Wszyscy [...] ludzie są zobowiązani, zwłaszcza w tym, co odnosi się do Boga i Jego Kościoła, do poszukiwania prawdy, a poznawszy ją, przyjąć i zachować. [...] te obowiązki dotyczą sumienia ludzkiego i wiążą je, a prawda narzuca się w sumieniu tylko siłą siebie samej [...]” (DH 1). Dlatego też wolność sumienia obejmuje wolność religijną w aspekcie wewnętrznym, która polega na zdolności człowieka do poznania prawdy o Bogu, a także obowiązku jej przyjęcia i postępowania zgodnie z poznaną prawdą. Każda osoba ludzka jest zobowiązana, a jednocześnie uprawniona do nieustannego poszukiwania prawdy w dziedzinie religijnej w taki sposób, aby „ukształtować w sobie słuszny i prawdziwy sąd sumienia” (DH 3). Osąd sumienia nie podlega jednak reglamentacji prawnej i – dopóki nie zostanie uzewnętrzniony w stosunkach międzyludzkich – pozostaje poza zasięgiem interwencji władzy publicznej⁹. Należy jednak podkreślić, że nie tylko Kościół, ale również państwo powinno udostępnić każdemu człowiekowi wszystko, czego potrzebuje do prowadzenia prawdziwie ludzkiego życia. Dlatego do takich Ojcowie soborowi – obok pożywienia, pracy czy dobrej opinii – wskazali postępowanie zgodne z normą własnego sumienia (GS 26).

1.2. Wolność religii

Aspektem zewnętrznym wolności religijnej jest wolność religii, określana również jako wolność wyznania. Ojcowie Soboru przypomnieli: „Stosownie do swej godności wszyscy ludzie, ponieważ są osobami, to znaczy istotami obdarzonymi rozumem i wolną wolą, a przeto wyposażonymi w osobistą odpowiedzialność, przez własną naturę są przynaglani i moralnie zobowiązani do poszukiwania prawdy – przede wszystkim religijnej. Są też zobowiązani

⁸ M. Makarska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2005, s. 7.

⁹ Tamże, s. 22.

do przyłgnięcia do poznanej prawdy oraz podporządkowania całego swego życia według jej wymagań. Temu zaś obowiązkowi sprostać w sposób odpowiadający swojej naturze ludzie mogą tylko wtedy, gdy będą cieszyć się wolnością wewnętrzną [wolnością sumienia – M.S.], a zarazem wolnością od przymusu zewnętrznego. [...] prawo do wolności religijnej zasadza się nie na subiektywnej dyspozycji osoby, lecz na samej jej naturze. Dlatego prawo do tej wolności trwa nadal także w tych, którzy nie wypełniają obowiązku poszukiwania prawdy i przyłgnięcia do niej; a w korzystaniu z niego nie można przeszkadzać, byleby tylko był respektowany słuszny ład publiczny” (DH 2)¹⁰. W związku z tym każdy człowiek jest moralnie zobowiązany do: 1) szukania prawdy; 2) trwania przy poznanej prawdzie i 3) kształtowania zgodnie z poznaną prawdą swojego życia. Tego zobowiązania ludzie nie byłiby w stanie wypełniać w sposób zgodny ze swoją naturą, gdyby nie mieli zagwarantowanej wolności od przymusu zewnętrznego¹¹, tj. przymusu ze strony jednostki, grup społecznych i wszelkiej władzy ludzkiej, tak, aby „nikt nie był zmuszany do działania wbrew swemu sumieniu ani nie doznawał przeszkody, gdy działa według swego sumienia – prywatnie czy publicznie, sam albo stowarzyszony z innymi – w należnych granicach” (DH 2).

Wolność religii – jako aspekt zewnętrzny wolności religijnej – odnosi się do tego, co jest uzewnętrzniane, gdyż „wolność religijna wyraża się w działaniach, które nie są tylko wewnętrzne ani wyłącznie jednostkowe, ponieważ istota ludzka myśli, działa i porozumiewa się w relacji z innymi; «wyznanie» i «praktyka» wiary religijnej wyrażają się szeregiem aktów widzialnych, czy to osobistych, czy zbiorowych, prywatnych czy publicznych, które rodzą wspólnotę z osobami tej samej wiary, ustalają więź przynależności wierzącego z organiczną wspólnotą religijną; ta więź może mieć różny stopień, różną intensywność zgodnie z naturą i wskazaniem wiary czy przekonaniem, które jednostka podziela” (LCR 2).

Wolność religii obejmuje: 1) wolność uzewnętrzniania swoich przekonań w życiu prywatnym i publicznym (wolność w sensie pozytywnym); 2) wolność od przymusu zewnętrznego w manifestowaniu swoich przekonań reli-

¹⁰ Zob. także: Ioannes PP. XXIII, *Litterae encyclicae de pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda Pacem in terris* (11.04.1963), AAS 55 (1963), s. 257–304; tekst polski: Papież Jan XXIII, *Encyklika o pokoju między wszystkimi narodami opartym na prawdzie, sprawiedliwości, miłości i wolności (Pacem in terris)*, wyd. 2, Wydawnictwo Znak, Kraków 1969, nr 9.

¹¹ M. Jaworski, *Wprowadzenie do deklaracji o wolności religijnej*, w: Sobór Watykański II, *Konstytucje*, s. 407.

gijnych (wolność w sensie negatywnym)¹². Wolność religijna podlega ochronie prawnej także ze strony władzy państwowej, której właściwym celem jest dbanie o dobro wspólne w wymiarze doczesnym. Dlatego władza państwowa powinna uznawać i wspierać życie religijne swoich obywateli, ale w sytuacji, w której rości sobie prawo do kierowania aktami religijnymi lub ich zabrania – przekracza swoje kompetencje (DH 3).

2. ZAKRES PODMIOTOWY WOLNOŚCI SUMIENIA I RELIGII

Soborowa deklaracja *Dignitatis humanae* już w podtytule – „o prawie osoby i wspólnot do społecznej i obywatelskiej wolności w sprawach religii” – określa zakres podmiotowy wolności sumienia i religii. Uczestnikami wolności sumienia i religii są wszyscy ludzie, zarówno wierzący, jak i niewierzący, którzy w jakikolwiek sposób stawiają w swoim życiu zagadnienie religii. Jeśli zatem ktoś problem religii rozwiązuje w sposób negatywny, wchodzi to także w zakres „sprawy religii”, a w konsekwencji nie może on podlegać jakimkolwiek naciskom z zewnątrz¹³.

W wolności sumienia i religii należy wyróżnić aspekty indywidualne i wspólnotowe oraz prywatne i publiczne, które są ze sobą ściśle powiązane.

2.1. Podmiot uprawniony

Zgodnie z nauką Magisterium Kościoła, podmiotami uprawnionymi do wolności sumienia i religii są: 1) człowiek; 2) rodzina; 3) wspólnoty religijne.

Każda **osoba ludzka** ma prawo do wolności religijnej (DH 2), rozumianej zarówno w aspekcie wewnętrznym (wolność sumienia), jak i zewnętrznym (wolność religii). Papież Jan Paweł II wskazał na następujące wolności przysługujące każdemu człowiekowi w aspekcie osobowym (indywidualnym): 1) wolność przyłączania się lub nie do określonego wierzenia i do odpowiadającej mu wspólnoty wyznaniowej; 2) wolność spełniania indywidualnie i zbiorowo, prywatnie i publicznie aktów modlitewnych i kultowych oraz posiadania kościołów i miejsc kultu w takiej ilości, w jakiej wymagają tego potrzeby wierzących; 3) wolność osób w korzystaniu z opieki religijnej wszędzie tam, gdzie się znajdują, szczególnie w zakładach opieki społecznej

¹² Szerzej zob. J. Krukowski, *Kościelne prawo publiczne. Prawo konkordatowe*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2013, s. 122–124; R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 46–48.

¹³ M. Jaworski, *Wprowadzenie do deklaracji o wolności religijnej*, s. 408.

(klinikach, szpitalach), w koszarach wojskowych i miejscach pełnienia alternatywnej do wojskowej służby cywilnej, jak również w więzieniach; 4) wolność od nacisku na płaszczyźnie osobistej, obywatelskiej lub społecznej, który zmusza do spełniania czynów sprzecznych z własną wiarą, oraz wolność od poddawania określonemu rodzajowi wychowania lub przymusu należenia do grup lub stowarzyszeń, których zasady sprzeczne są z własnymi przekonaniami religijnymi osób; 5) wolność, która zapewni każdemu człowiekowi, że nie będzie – w odróżnieniu od innych obywateli – spotykał się z ograniczeniami i dyskryminacjami w różnych dziedzinach życia z powodu wiary religijnej w zakresie kariery, studiów, pracy, zawodu, udziału we władzach państwowych i społecznych (LCR 4).

Podstawą tych dóbr prawnie chronionych jest godność osoby ludzkiej, „która odczuwa przemożną wewnętrzną konieczność wolnego działania «według nakazów sumienia»” (LCR 2). Rozpatrując natomiast przysługującą każdemu człowiekowi wolność sumienia i religii od strony *stricte* rozumowej, należy wskazać przede wszystkim jako podstawę prawo Boże, które jest wieczne, obiektywne i uniwersalne, będące „najwyższą normą życia ludzkiego” (DH 3). Znaczenie jednak prawa Bożego w definiowaniu wolności sumienia i religii odkrywa dopiero ten, kto je znalazł, trwa przy nim i według niego postępuje (kan. 748 § 1). Ponadto, dla chrześcijan podstawy doktrynalne wolności sumienia i religii znajdują się również w Objawieniu. Ojcowie *Vaticanum II* stwierdzili: „To, co ten Sobór Watykański głosi o prawie człowieka do wolności religijnej, ma fundament w godności osoby, której wymagania pełniej ukazały się rozumowi ludzkiemu przez doświadczenie wieków. Co więcej, ta nauka o wolności korzeniami tkwi w Objawieniu Bożym, dlatego tym bardziej pieczołowicie powinna być przez chrześcijan przestrzegana” (DH 9). W związku z tym, naczelnym twierdzeniem nauki katolickiej jest to, że „człowiek powinien odpowiedzieć Bogu przez wiarę dobrowolnie; dlatego nikogo nie wolno przymuszać do przyjęcia wiary wbrew jego woli” (DH 10).

Każdej **rodzinie**, ponieważ jest społecznością cieszącą się własnym i pierwotnym prawem, przysługuje uprawnienie do swobodnego organizowania domowego życia religijnego pod kierunkiem rodziców, którzy mają prawo określania – zgodnie ze swoimi przekonaniami religijnymi – rodzaju nauczania religijnego przekazywanego swoim dzieciom (DH 5). Dlatego też ochronie karnej podlegają w szczególności: 1) wolność rodziców w wychowaniu swych dzieci w tych przekonaniach religijnych, które inspirują ich własne życie, jak również możliwość uczęszczania dzieci na nauczanie katechetyczne i religijne, prowadzone przez wspólnotę; 2) wolność rodzin w wyborze

szkół lub innych sposobów, które zapewniają ich dzieciom to wychowanie, bez narzucanej bezpośrednio lub pośrednio konieczności podjęcia dodatkowych obowiązków, które w rzeczywistości uniemożliwiają korzystanie z tej wolności (LCR 4)¹⁴.

Wolność sumienia i religii, która przysługuje **poszczególnym osobom ludzkim**, powinna zostać zagwarantowana im również wtedy, **gdy działają wspólnie**, ponieważ domaga się tego zarówno społeczna natura człowieka, jak i sama religia (DH 4). Papież Leon XIII stwierdził: „Wrodzone jest człowiekowi żyć w społeczeństwie; w odosobnieniu bowiem nie może on niezbędnych opatrzyć życia potrzeb ani umysłu i serca odpowiednio wykształcić”¹⁵.

Dlatego też w płaszczyźnie wspólnotowej należy m.in. wskazać: 1) wolność posiadania własnej hierarchii wybieranej przez nie w sposób wolny; 2) wolność przełożonych wspólnot religijnych; 3) wolność posiadania własnych instytutów formacji religijnej i studiów teologicznych; 4) wolność otrzymywania i publikowania książek religijnych dotyczących wiary i kultu oraz swobodnego z nich korzystania; 5) wolność głoszenia i przekazywania nauczania wiary słowem i na piśmie; 6) wolność posługiwania się w tym samym celu środkami społecznego przekazu; 7) wolność prowadzenia działalności wychowawczej, dobroczynnej, opiekuńczej (LCR 4). Pomimo tego, że wolność religii dotyczy poszczególnych osób, to jednak każdy człowiek podejmuje decyzje w kontekście społecznym. Stąd społeczność kościelna i państwowa mają respektować te uprawnienia, powstrzymując się od jakiegokolwiek przymusu w sprawach religii.

2.2. Podmiot zobowiązany

Papież Benedykt XVI powiedział: „Godność każdego człowieka jest rzeczywiście zagwarantowana tylko wtedy, gdy wszystkie jego zasadnicze prawa są uznawane, chronione i umacniane. Kościół od zawsze powtarzał, że

¹⁴ Szerzej na temat wychowania chrześcijańskiego i katolickiego zob. *Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Declaratio de educatione christiana Gravissimum educationis* (28.10.1965), AAS 58 (1966), s. 728–739; tekst polski w: *Sobór Watykański II, Konstytucje*, s. 314–324; KPK/83, kan. 217, 226 § 2, 793–821; M. Sitarz, *Ochrona funkcji wychowawczej rodziny w prawie kanonicznym*, w: *Małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym i w prawie polskim*, red. J. Krukowski, M. Sitarz, J. Gręźlikowski, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2017, s. 63–86.

¹⁵ Leo PP. XIII, *Epistola encyclica SS. D. N. Leonis XIII de civitatum constitutione christiana Immortale Dei* (1.11.1885), ASS 18 (1885), s. 161–180; tekst polski w: *Kościelne prawo publiczne. Wybór źródeł*, s. 182.

podstawowe prawa, bez względu na to, jak są formułowane i jakie jest ich znaczenie w poszczególnych kulturach, mają charakter powszechny, gdyż wynikają z samej natury człowieka. Prawo naturalne, zapisane przez Boga w ludzkim sumieniu, jest «wspólnym mianownikiem» dla wszystkich ludzi i narodów; jest ono powszechnym przewodnikiem, którego wszyscy mogą poznać, i w oparciu o którego wszyscy mogą się porozumieć. Prawa człowieka mają ponadto swe ostateczne oparcie w Bogu Stwórcy, który obdarzył każdego człowieka rozumem i wolnością. Jeśli abstrahuje się od tego mocnego fundamentu etycznego, prawa człowieka są niepewne, ponieważ brak im mocnego oparcia»¹⁶. Troska o prawo do wolności sumienia i religii oraz jego ochronę spoczywa w wymiarze instytucjonalnym na władzy państwowej i kościelnej, natomiast w wymiarze indywidualnym – na każdym obywatelu i wiernym¹⁷.

Prawo i obowiązek Kościoła – jako instytucji Bosko-ludzkiej – dotyczące troski o wolność sumienia i religii wynika przede wszystkim z Jego misji powierzonej przez Jezusa Chrystusa: „Idźcie więc i nauczajcie wszystkie narody, udzielając im chrztu w imię Ojca i Syna, i Ducha Świętego” (Mt 28,19)¹⁸. Natomiast wszyscy wierni chrześcijanie, którzy przez chrzest zostali ukonstytuowani Ludem Bożym, na swój sposób uczestniczą w kapłańskim, prorockim i królewskim posłannictwie Chrystusa, a także są „powołani do wypełniania misji, jaką Bóg powierzył pełnić Kościołowi w świecie” (kan. 204 § 1).

Państwo, które jest społecznością odmiennego typu, powinno uznawać wolność sumienia i religii i ją chronić. „Władza państwowa powinna więc przez sprawiedliwe ustawy i przez inne odpowiednie środki podjąć skuteczną ochronę wolności religijnej wszystkich obywateli i stworzyć korzystne warunki do rozwoju życia religijnego” (DH 6).

¹⁶ Benedykt XVI, *Przemówienie z okazji 60-lecia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka* (10.12.2008), w: *Kościelne prawo publiczne. Wybór źródeł*, s. 478–479.

¹⁷ „Ponieważ dobro wspólne społeczeństwa, którym jest całość tych warunków życia społecznego, dzięki którym ludzie mogą pełniej i swobodniej osiągnąć doskonałość, polega zwłaszcza na zachowaniu praw i obowiązków osoby ludzkiej, dlatego troska o prawo do wolności religijnej spoczywa tak na obywatelach, jak i na grupach społecznych oraz na władzach państwowych i na Kościele oraz na innych wspólnotach religijnych, byle działało się to w sposób każdemu właściwy, odpowiednio do jego obowiązków wobec dobra wspólnego” (DH 6).

¹⁸ *Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu w przekładzie z języków oryginalnych*, wyd. 5, Pallottinum, Poznań 2008.

3. GWARANCJE OCHRONY KARNEJ WOLNOŚCI SUMIENIA I RELIGII W WYMIERZANIU SANKCJI KARNYCH

Po scharakteryzowaniu przedmiotowego i podmiotowego zakresu wolności sumienia i religii, należy wskazać, w jaki sposób ustawodawca w KPK/83 chroni te podstawowe wolności każdego człowieka przede wszystkim w kontekście przestępstw przeciwko religii i jedności Kościoła (kan. 1364-1369).

Do przestępstw przeciwko religii i jedności Kościoła ustawodawca kodeksowy zalicza: apostazję, herezję i schizmę (kan. 1364)¹⁹, współudział w rzeczach świętych z niekatolikami (kan. 1365), oddanie dzieci do chrztu lub na wychowanie w religii niekatolickiej (kan. 1366), profanację postaci eucharystycznych (kan. 1367), krzywoprzysięstwo (kan. 1368), bluźnierstwo, obrazę moralności, religii lub Kościoła (kan. 1369)²⁰. W wymienionych przestępstwach racją karania jest przede wszystkim ochrona jedności Kościoła, obrona wiary i czystości jej depozytu, która jest podstawowym dobrem Kościoła. Osoba, która popełnia przestępstwo apostazji, herezji czy schizmy wyrządza szkodę całej wspólnoty kościelnej, wprowadza rozbięcie doktrynalne. Godzi w ten sposób w prawa i wolności innych osób, dotyczące zwłaszcza problematyki religijnej. W odniesieniu do przestępstwa oddania dzieci do chrztu lub na wychowanie w religii niekatolickiej racją karania jest ochrona dobra wiary i praw dzieci ochrzczonych w Kościele katolickim do wychowania w religii katolickiej (kan. 217) oraz prawa i obowiązku rodziców do zapewnienia wychowania zgodnego z nauką przekazywaną przez Kościół (kan. 226 § 2). Z kolei racją karania przestępstw znieważenia Eucharystii, krzywoprzysięstwa, bluźnierstwa, obrazy moralności, religii lub Kościoła jest obraza uczuć religijnych, ochrona czci należnej Bogu, a także

¹⁹ „Herezją nazywa się uporczywe, po przyjęciu chrztu, zaprzeczanie jakiegóż prawdziw, w którą należy wierzyć wiarą boską i katolicką, albo uporczywe powątpiewanie o niej; apostazją – całkowite porzucenie wiary chrześcijańskiej, schizmą – odmowa uznania zwierzchnictwa Biskupa Rzymskiego lub utrzymywania wspólnoty z członkami Kościoła, uznającymi to zwierzchnictwo” (kan. 751 KPK/83).

²⁰ Szerzej na temat charakterystyki poszczególnych przestępstw zob. J. Syryjczyk, *Kanoniczne prawo karne. Część szczególna*, Wydawnictwo UKSW, Warszawa 2003, s. 19–60.

ochrona religii, Kościoła i moralności chrześcijańskiej w życiu publicznym²¹.

WNIOSKI

Z przeprowadzonej analizy należy wyciągnąć następujące wnioski:

1) Wolność sumienia i religii ma źródło w przyrodzonej i niezbywalnej godności osoby ludzkiej. Ustawodawca kodeksowy stanowi, że każdy człowiek – ochrzczony i nieochrzczony, wierzący i niewierzący – obowiązany jest szukać prawdy dotyczącej Boga i Jego Kościoła, a poznana ma obowiązek i prawo z mocy prawa Bożego przyjąć i zachowywać. Ludzie nie mogą być przez nikogo zmuszani do przyjęcia wiary katolickiej wbrew własnemu sumieniu.

2) Każdy człowiek ma prawo do wolności religijnej, rozumianej w aspekcie wewnętrznym jako wolność sumienia oraz zewnętrznym – wolność religii, inaczej wyznania. Wolność sumienia odnosi się do sfery przeżyć każdego człowieka i jego zdolności do wyboru światopoglądu, który uważa za prawdziwy, natomiast wolność religii polega na uzewnętrznianiu tego światopoglądu w relacjach międzyludzkich.

3) Podmiotami uprawnionymi do wolności sumienia i religii jest zarówno każdy człowiek, jak i rodzina oraz wspólnoty religijne. Z kolei podmiotami zobowiązanymi są: władza państwowa i kościelna oraz w wymiarze indywidualnym – każdy obywatel i wierny Kościoła.

4) Ochrona karna wolności sumienia i religii została zagwarantowana w KPK/83 m.in. w kontekście przestępstw przeciwko religii i jedności Kościoła.

PIŚMIENNICTWO

1965. „Wstęp do Encykliki *Mater et Magistra*.” W Papież Jan XXIII, *Encyklika o współczesnych przemianach społecznych w świetle nauki chrześcijańskiej (Mater et Magistra)*, 13–45. Paris: Société d’Editions Internationales.

Coriden, James A. 2000. “The Obligation and Right to Search for Truth and to Embrace It.” In *New Commentary on the Code of Canon Law*, edited by John P. Beal, James A. Coriden, and Thomas J. Green, 912–913. New York–Mahwah: Paulist Press.

²¹ W. Wójcik, J. Krukowski, F. Lempa, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. T. 4. Księga V. Dobra doczesne Kościoła. Księga VI. Sankcje w Kościele*, Redakcja Wydawnictw KUL, Lublin 1987, s. 219–234.

- Jaworski, Marian. 2002. „Wprowadzenie do deklaracji o wolności religijnej.” W Sobór Watykański II, *Konstytucje, dekryty, deklaracje*, tekst polski, nowe tłumaczenie, 405–409. Poznań: Pallottinum.
- Krukowski, Józef. 2013. *Kościelne prawo publiczne. Prawo konkordatowe*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Makarska, Małgorzata. 2005. *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Paprzycki, Rafał. 2015. *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sitarz, Mirosław. 2017. „Ochrona funkcji wychowawczej rodziny w prawie kanonicznym.” W *Małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym i w prawie polskim*, red. Józef Krukowski, Mirosław Sitarz, i Janusz Gręźlikowski, 63–86. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Syryjczyk, Jerzy. 2003. *Kanoniczne prawo karne. Część szczególna*. Warszawa: Wydawnictwo UKSW.
- Wójcik, Walenty, Józef Krukowski, i Florian Lempa. 1987. *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. T. 4. Księga V. Dobra doczesne Kościoła. Księga VI. Sankcje w Kościele*. Lublin: Redakcja Wydawnictw KUL.

PENAL PROTECTION OF FREEDOM OF CONSCIENCE
AND RELIGION IN CANON LAW

Summary. The legislator in the 1983 Code of Canon Law states that all persons both believers and non-believers are bound to seek the truth in those things which regard God and his Church and by virtue of divine law are bound by the obligation and possess the right of embracing and observing the truth which they have come to know (can. 748 § 1). Furthermore no one is ever permitted to coerce persons to embrace the Catholic faith against their conscience (§ 2). Freedom of conscience and religion comes from the dignity of the human person. The religious freedom is understood in the internal aspect as the freedom of conscience and in the external one as the freedom of religion. The entities entitled to the freedom of conscience and religion are every human being, family and religious communities.

Translated by Agnieszka Romanko

Key words: human being, family, the 1983 Code of Canon Law, conscience, religion

EWOLUCJA SYSTEMU PRAWNEJ OCHRONY PRAW I INTERESÓW STANÓW ZJEDNOCZONYCH. URZĄD PROKURATORA GENERALNEGO

Bronisław Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi w Józefowie
Polska

<https://orcid.org/0000-0002-7365-6954>

Streszczenie. Przedmiotem opracowania jest przedstawienie powstania i rozwoju instytucji odpowiedzialnej za prawną ochronę praw i interesów Stanów Zjednoczonych. Instytucja Prokuratora Stanów Zjednoczonych (*Attorney General*) wywodzi się z analogicznego rozwiązania istniejącego wcześniej w Anglii. Analiza historyczna pokazuje jednak, że pomimo wspólnego pochodzenia, *Attorney General* w Stanach Zjednoczonych posiada własną historię. Celem opracowania, a jednocześnie hipotezą badawczą jest ukazanie respektu amerykańskiej polityki do stałości rozwiązań i ewolucyjnych zmian, niekiedy trwających dziesiątki lat. W efekcie został stworzony system skupiający się w Departamencie Sprawiedliwości, na czele którego stoi *Attorney General*. Jest to największa kancelaria na świecie, bardzo rozbudowana strukturalnie, która niezwykle skutecznie chroni praw i interesów Stanów Zjednoczonych.

Słowa kluczowe: *Attorney General*, Stany Zjednoczone, zastępstwo procesowe państwa, ochrona praw i interesów państwa

WSTĘP

Przedmiotem opracowania jest przedstawienie historii organizacji i funkcjonowania systemu prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych. Już na początku należy stwierdzić, że jest to system dość scentralizowany instytucjonalnie, jednak z daleko idącą autonomią stanową w zakresie organizacji wewnętrznej struktury i nazewnictwa jednostek wchodzących w skład struktury prawnej ochrony praw i interesów państwa.

Celem opracowania jest przedstawienie rozwoju odmiennego rozwiązania ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych od rozwiązań istniejących i funkcjonujących w państwach Europy Kontynentalnej.

Urząd Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych (*Attorney General*) jest specyficzną instytucją. Prokurator posiada kompetencje nie tylko

z zakresu procedury i prawa karnego, co jest typowe dla europejskich systemów prawnych, ale również procedury i prawa cywilnego. W tym ostatnim przypadku, w wielu krajach europejskich funkcjonują odrębne instytucje, jak chociażby w Polsce Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej czy *Avvocato dello Stato* we Włoszech.

Instytucja Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych była już przedmiotem licznych amerykańskich¹, międzynarodowych² i polskich opracowań³. Uwagę należy zwrócić również na istniejące opracowania dotyczące historii organizacji i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych⁴. Specyfiką publikacji jest przedstawienie ewolucji procesu tworzenia urzędu Prokuratora Generalnego, również z uwzględnieniem analizy materiałów źródłowych oraz literatury amerykańskiej niespotykanej w polskich opracowaniach.

1. GENEZA I POCZĄTKI POWSTANIA ATTORNEY GENERAL – OKRES DO 1790 ROKU

Rodzące się od 4 czerwca 1776 r. Państwo Amerykańskie potrzebowało jakiegoś systemu prawnej ochrony swoich praw i interesów. Początkowo do reprezentowania interesów państwa w postępowaniach sądowych, w których

¹ Zob. G. Gilliéron, *Public Prosecutors in the United States and Europe. A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*, Springer International Publishing, Cham–Heidelberg–New York–Dordrecht–London 2014, s. 50; J.L.J. Edwards, *The Attorney General, politics, and the public interest*, Legal Pubns, Carswell 1984; D.J. Meador, *The President, the Attorney General, and the Department of Justice*, White Burkett Miller Center of Public Affairs, Charlottesville 1980; J. Powell, *The Constitution and the Attorneys General*, Carolina Academic Press, Harvard 1999.

² Zob. G. Gilliéron, *Public Prosecutors*, s. 50.

³ Wśród polskich autorów, którzy zajmowali się instytucją Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych należy wymienić: P. Laidler, *Urząd Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych. Konflikt kompetencji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2004; P. Bury, *Bezpośredni wybór i odwoływanie prokuratorów na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki*, w: http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79462/03_01_P_Bury,_Bezposredni_wybor_i_odwoływanie_prokuratorow.pdf [dostęp: 30.09.2018]; R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

⁴ Zob. T. Licak, *Rewanżyzm prokuratorski w USA*, „Państwo Prawne” 1 (6) 2016, s. 192–208; Idem, *Nadużycia prokuratorów w Ameryce*, „Ius et Administratio” 4 (2014), s. 17–40, w: <https://repozytorium.ur.edu.pl/bitstream/handle/item/843/Licak%20T.-Naduzycia%20%20fin.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 19.10.2018]; K. Nowak, *Aparat biurokratyczny w Stanach Zjednoczonych*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Nauki polityczne” 36 (1969), s. 64.

występował interes Stanów Zjednoczonych, zatrudniano prywatnych prawników. Jednak dość szybko uświadomiono sobie potrzebę utworzenia publicznej instytucji, która w sposób profesjonalny zajęłaby się prawną ochroną praw i interesów państwa, głównie przed sądami.

Dobrym wzorcem była instytucja *Attorney General*, czyli Prokuratora Generalnego, wywodząca się z Anglii. Pierwsza wzmianka o jej istnieniu pochodzi z 1398 r. Dość szybko do jego pomocy został ustanowiony urząd *Solicitors*. Zadaniem angielskiego Prokuratora Generalnego było wykonywanie zastępstwa procesowego za króla Anglii⁵. Instytucja ta pojawiła się w koloniach angielskich, w tym również na terenie Ameryki, zwłaszcza w Wirginii (1643) czy Rhode Island (1650). Podlegali oni angielskiemu Prokuratorowi Generalnemu⁶.

W Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 1787 r. nie wprowadzono żadnych przepisów dotyczących utworzenia systemu prawnej ochrony praw i interesów nowego państwa. Nie mniej, w art. II § 2 Konstytucji stwierdzono, że prezydent „wyznacza, a za radą i zgodą Senatu mianuje ambasadorów, innych pełnomocnych przedstawicieli i konsulów, sędziów Sądu Najwyższego oraz wszystkich innych funkcjonariuszy Stanów Zjednoczonych na urzędy utworzone ustawą, chyba że konstytucja przewiduje inny tryb obsadzania ich”⁷. Rozwiązanie to miało dalsze znaczenie przy określeniu kompetencji prezydenta do mianowania wyższych urzędników państwowych, w tym Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych.

Istotne jednak znaczenie do utworzenia systemu prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych miała ustawa z 24 września 1789 r. o sądownictwie (*Judiciary Act of 1789*), na podstawie której powołano do życia jednoosobowy Urząd Generalnego Prokuratora Stanów Zjednoczonych, a jednocześnie utworzono federalny system wymiaru sprawiedliwości. Jego struktura opierała się na schemacie: Sąd Najwyższy, sądy dystryktowe dla każdego stanu i trzy sądy okręgowe. Prawo do mianowania osoby na urząd Prokuratora Generalnego za zgodą senatu otrzymał prezydent.

Z punktu widzenia porządku ustrojowego, w hierarchii naczelnych urzędów w państwie początkowo Prokurator Generalny został posadowiony poniżej pierwszych trzech departamentów powołanych do życia podczas

⁵ Szczegółową historię tej instytucji w Anglii, zob. P. Leidler, *Urząd Prokuratora Generalnego*, s. 62–64.

⁶ Tamże, s. 65.

⁷ Tłumaczenie podaję za stroną Sejmu RP: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> [dostęp: 19.10.2018].

pierwszego posiedzenia Kongresu Stanów Zjednoczonych, jakie miało miejsce w marcu 1789 r., tj. departamentu wojny (*War*), spraw zagranicznych (*Foreign Affairs*) i skarbu (*Treasury*)⁸. Pozycja ustrojowa Prokuratora znajdowała swoje odzwierciedlenie w wysokości wynagrodzenia, który otrzymał pensję o połowę niższą niż szefowie wspomnianych departamentów. Ponadto, Prokurator był zatrudniony w niepełnym wymiarze czasu pracy. Jedynym wymogiem, jaki stawiano kandydatowi na ten urząd, było to, aby był biegły w prawie (*learned in the law*)⁹.

Pierwotnie, do obowiązków Prokuratora Generalnego należało występowanie z oskarżeniami i wykonywanie zastępstwa procesowego przed Sądem Najwyższym w postępowaniach, w których występował interes Stanów Zjednoczonych. Ponadto, Prokurator mógł udzielać porad i opinii prawnych prezydentowi Stanów Zjednoczonych oraz szefom poszczególnych departamentów, ale wyłącznie w zakresie ich kompetencji. Dość szybko Prokurator brał udział w sporach i procesach między Anglią i Stanami Zjednoczonymi, w których niekiedy zajmował stanowisko wbrew opinii publicznej, zapobiegając tym samym potencjalnym przyczynom wojny między obu krajami¹⁰.

Z czasem przybywało spraw, którymi musiał zajmować się Prokurator Generalny, stąd konieczne stało się zatrudnienie kilku asystentów. W tym okresie wiele jednak spraw prawnych, w tym zastępstwo procesowe w sprawach, w których był interes Stanów Zjednoczonych, nadal prowadzili adwokaci prywatni.

2. ZMIANA POZYCJI USTROJOWEJ INSTYTUCJI *ATTORNEY GENERAL* – OKRES DO 1870 ROKU

Pierwszym Prokuratorem Generalnym został Edmund Randolph¹¹, który w swoim pierwszym sprawozdaniu z działania urzędu przedłożonym w 1791 r. prezydentowi Stanów Zjednoczonych wskazał na pewne mankamenty związane z organizacją i funkcjonowaniem tej instytucji. Postulował upoważnienie pracowników urzędu do wykonywania zastępstwa procesowego również

⁸ Te cztery departamenty stanowiły gabinet prezydenta Waszyngtona. Zob. E. Laboulaye, *Historia Stanów Zjednoczonych*, t. III: *Organizowanie Państwa i Konstytucja (1776-1789)*, Wydawnictwo Michała Glücksberga, Warszawa 1877, s. 227.

⁹ Zob. B.B. Griffin, *The Attorney General: The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator, or One Among Many?* „Fordham Law Review” 46 (6) 1978, s. 1051.

¹⁰ Zob. E. Laboulaye, *Historia Stanów Zjednoczonych*, s. 228.

¹¹ Zob. B.B. Griffin, *The Attorney General*, s. 1051.

w postępowaniach przed sądami niższej instancji. Według niego, taka praktyka byłaby uzasadniona tym, że prawnicy jego urzędu mieliby wpływ na kształtowanie się precedensów, czyli linii orzeczniczej w taki sposób, aby następnie łatwiej mogli rozstrzygać kwestie sporne przed Sądem Najwyższym. Dalej wskazywał na konieczność przyznania mu uprawnienia do kontroli nad prawnikami wykonującymi swoją pracę w innych urządach publicznych ze względu na nierównomierną egzekucję prawa. Żądał też zwiększenia zatrudnienia prawników celem usprawnienia pracy urzędu.

Prezydent G. Washington (1789-1797) petycje te przesłał do Kongresu Stanów Zjednoczonych. Musiało jednak minąć wiele lat zanim zostały one spełnione. Finanse przeznaczone na funkcjonowanie urzędu Prokuratora Generalnego po raz pierwszy zostały zwiększone w 1818 r., zaś uprawnienie do kontroli prawników zatrudnionych w innych publicznych urządach nominalnie przyznano Prokuratorowi Generalnemu w 1861 r. *De facto* jednak takie uprawnienie weszło w życie prawie 70 lat później.

Dalszy rozwój instytucji ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych był spowodowany rozwojem administracji centralnej. Kongres uznał za konieczne, aby w organach publicznych byli zatrudnieni doświadczeni prawnicy (*solicitors*). Pierwszy taki urząd powstał w 1830 r. w Departamencie Skarbu, a w dalszej kolejności w pozostałych departamentach¹². Początkowo były to jednostki niezależne od Prokuratora Generalnego. Na zwiększenie kompetencji tego urzędu nie wyrażał zgody Kongres.

Wzrost znaczenia urzędu Prokuratora Generalnego odnotowano dopiero za rządów prezydenta A. Jackson'a (1829-1839). Według niego, konieczne było wzmocnienie ochrony interesu publicznego (*public interest*) poprzez przyznanie w 1830 r. Prokuratorowi Generalnemu nowych kompetencji nadzorczych nad prawnikami zatrudnionymi w urządach publicznych oraz nad przebiegiem procesów cywilnych czy karnych, w których zaangażowany byłby interes Stanów Zjednoczonych. Wzrost znaczenia tego urzędu uwidocznił się w podniesieniu wysokości wynagrodzenia dla Prokuratora Generalnego¹³.

Kolejny prezydent J. Polk (1845-1849) w 1845 r. zażądał, aby Prokurator Generalny na stałe przebywał w Waszyngtonie. To żądanie było uzasadnione tym, że ówczesny Prokurator miał jeszcze dwa dodatkowe zajęcia. Unie-

¹² Zob. A. Langeluttig, *The Department of Justice of the United States*, The Johns Hopkins Press, Baltimore-Maryland 1927, s. 55.

¹³ Zob. H.B. Learned, *The Attorney-General and the Cabinet*, „Political Science Quarterly” 24 (3) 1909, s. 454.

możliwiło to rzetelne wypełnianie obowiązków Prokuratora. C. Cushing był pierwszym Prokuratorem, który od 1853 r. na stałe rezydował w Waszyngtonie. Otrzymał również dość wysokie wynagrodzenia jak na owe czasy, tj. opiewające na 8 tys. dolarów¹⁴.

W wyniku wzrostu liczby ludności Stanów Zjednoczonych, rozwoju handlu, terytorium, a w konsekwencji i administracji rozbudowywany został urząd Prokuratora Generalnego. M.in. powołano do życia urząd asystenta Prokuratora ds. pozwów sądowych (1855) oraz *Solicitor* skarbu (1830). Działy te były ze sobą dość luźno powiązane. W 1867 r. Kongres powołał Komitet, który miał przeprowadzić reorganizacji struktury i funkcjonowania urzędu Prokuratora¹⁵.

3. UTWORZENIE DEPARTAMENTU SPRAWIEDLIWOŚCI – OKRES DO 1933 ROKU

Po zakończeniu wojny secesyjnej (1861-1865) znacząco zwiększyła się liczba spraw sądowych, w które zaangażowane były Stany Zjednoczone. Stąd istotna zmiana o charakterze ustrojowym dokonała się 22 czerwca 1870 r. Wówczas to, na podstawie ustawy (*An Act to Establish the Department of Justice*) powołano do życia Departament Sprawiedliwości (*Department of Justice*), na czele którego stanął Prokurator Generalny Stanów Zjednoczonych. Rozpoczął się okres rozbudowy urzędu, w tym jego struktury i zatrudniania nowych prawników, adwokatów lub asystentów¹⁶.

Na mocy tej ustawy ustanowiono biegłego w prawie *Solicitor General*, który w razie *vacatu* na urzędzie Prokuratora Generalnego miał go zastępować we wszystkich obowiązkach. Oprócz tego zostali ustanowieni dwaj inni asystenci Prokuratora Generalnego. *Solicitors* zatrudnieni w innych departamentach mieli zostać przeniesieni do Departamentu Sprawiedliwości.

W konsekwencji ustawy z 1870 r., Prokurator Generalny miał przejąć pełną kontrolę nad pracami prawników, którzy byli zatrudnieni w innych departamentach i urzędach publicznych (*Solicitors*). Proces wdrożenia tej kontroli nad pracą prawników zatrudnionych w urzędach publicznych trwał jednak dłuższy czas, bowiem wielu z nich dalej zachowywało się tak, jakby byli autonomiczni w swoich decyzjach.

¹⁴ Tamże, s. 455–456.

¹⁵ Tamże, s. 461.

¹⁶ Act of June 22, 1870, ch. 150.

Nie była też jasna relacja urzędu Prokuratora Generalnego do Departamentu Sprawiedliwości. Relacja ta nie została jednoznacznie określona przez Kongres. Przyznanie mu uprawnień kontrolnych nad sferą obsługi prawnej urzędów publicznych nie zostało ugruntowane odpowiednimi instrumentami wykonawczymi. Takie spostrzeżenie wynika z kolejnych decyzji Kongresu. W 1871 r. Kongres powołał do życia dwóch nowych asystentów Prokuratora Generalnego (*Assistant Attorney General*), ale podporządkował ich Departamentowi Zasobów Wewnętrznych (*Department of the Interior*) oraz Departamentowi Poczty Stanów Zjednoczonych (*Department of the Post Office*)¹⁷.

W ustawie z 1870 r. wprowadzono też przepisy dotyczące przygotowania opinii prawnych na potrzeby szefów innych departamentów i samego prezydenta. Opinie te mogły dotyczyć wszelkich kwestii prawnych za wyjątkiem jednak kwestii konstytucyjnych. Te bowiem zostały zarezerwowane wyłącznie do kompetencji Sądu Najwyższego. Opinie takie były przygotowywane przez zatrudnionych w biurze adwokatów (*officer*), ale musiały uzyskiwać akceptację samego Prokuratora Generalnego. W podobnym trybie miały być udzielane porady prawne na wniosek szefów departamentów. Do kompetencji Prokuratora Generalnego należało również zastępstwo procesowe we wszystkich sprawach, w których zaangażowany był interes rządu Stanów Zjednoczonych. Do wyłącznej kompetencji Prokuratora Generalnego należało wykonywanie zastępstwa procesowego w sprawach, które toczyły się przed Sądem Najwyższym.

W końcu w ustawie z 1870 r. został nałożony na Prokuratora Generalnego obowiązek corocznego składania sprawozdania z działalności urzędu do Kongresu Stanów Zjednoczonych. W tym sprawozdaniu winny znaleźć się dane dotyczące aktywności urzędu oraz ilościowego stanu przestępczości (sec. 12).

W 1887 r. Kongres utworzył Międzystanową Komisję ds. Handlu (*Interstate Commerce Commission*). Utworzenie jej było ważne z dwóch powodów. Pierwszym z nich był status Agencji, instytucji niezależnej od prezydenta i władzy wykonawczej, w tym i od Prokuratora Generalnego. Prawnicy tej agencji (*solicitors*) wykonywali zastępstwo procesowe przed sądami niższych instancji, w sprawach, w których występował interes publiczny. Ich niezależność stała się podstawą do określenia autonomicznego statusu Departamentu Sprawiedliwości, zwłaszcza jej szefa, czyli *Attorney General*,

¹⁷ Zob. B.B. Griffin, *The Attorney General*, s. 1051.

wobec władzy wykonawczej. Drugi powód, dla którego tak ważne było utworzenie Międzystanowej Komisji ds. Handlu było wywołanie z jednej strony konkurencji pomiędzy prawnikami Komisji a prawnikami Prokuratora Generalnego, ale też rozpoczęła się realna współpraca przy przygotowywaniu wspólnej linii obrony przez Sądem Najwyższym¹⁸.

Wzrost znaczenia instytucji Prokuratora Generalnego spowodował, że na podstawie ustawy z dnia 19 stycznia 1886 r. *An act to provide for the performance of the duties of the office of President in case of the removal, death, resignation, or inability both of the President and Vice-President* postanowiono, że Prokurator Generalny jest 4 urzędnikiem w kolejce po wiceprezydencie i sekretarzu stanu do urzędu prezydenta Stanów Zjednoczonych, w przypadku jego ustąpienia z urzędu, śmierci lub usunięcia. Takie rozwiązanie było skutkiem zamachu na prezydenta J. Garfielda, jaki miał miejsce w 1881 r., w wyniku którego po kilku miesiącach zmarł¹⁹.

W 1910 r. prezydent W. Taft (1909-1913) wysłał do Kongresu petycję, aby wszystkie sprawy prawne, w których zaangażowany byłby interes Stanów Zjednoczonych, winny być pod kontrolą Prokuratora Generalnego. Według niego, prawnicy zatrudnieni w Międzystanowej Komisji ds. Handlu winni być pod nadzorem Prokuratora Generalnego, chociaż mogliby też wykorzystywać przy opracowywaniu pism procesowych czy opinii prawnych wskazówki pochodzące od Komisji. Petycja ta nie znajdowała jednak odzwierciedlenia w praktyce, bowiem w okresie przed I wojną światową nadal prawnicy zatrudnieni w różnych departamentach i instytucjach publicznych, w tym w rzeczowej Komisji, nadal zachowywali swoją niezależność w podejmowanych czynnościach prawnych²⁰.

Proces centralizacji uprawnień kontrolnych Prokuratora Generalnego kontynuowany był w okresie pierwszej wojny światowej i bezpośrednio po niej. Konieczność centralizacji obsługi prawnej Państwa wynikła również z rozbudowywania się aparatu państwowego, zwłaszcza na poziomie federacji. W okresie bezpośrednio przez I wojną światową powstało wiele nowych agencji rządowych, które wymagały wsparcia prawniczego. Pomimo występowania obiektywnych przesłanek przemawiających za potrzebą wdrożenia

¹⁸ Tamże, s. 1054.

¹⁹ Kongres Stanów Zjednoczonych na posiedzeniu 19 stycznia 1886 r. postanowił, że po opóźnieniu urzędu prezydenta, jego stanowisko zajmuje wiceprezydent, a następny w kolejce jest sekretarz stanu i Prokurator Generalny. Act of January 19, 1889, ch. 4. Zob. H.B. Learned, *The Attorney-General*, s. 462.

²⁰ Zob. B.B. Griffin, *The Attorney General*, s. 1055.

dawnego postulatu, tj. centralizacji obsługi prawnej państwa, nadal była ona rozproszona.

Kolejny prezydent W. Wilson (1913-1921) w swoich wystąpieniach w Kongresie wskazywał na potrzebę centralizacji obsługi prawnej interesów Stanów Zjednoczonych. Na skomplikowaną sytuację w tym obszarze wskazuje raport Prokuratora Generalnego z 1928 r., w który, wykazał, że tylko 115 na 900 biur prawnych istniejących w różnych instytucjach publicznych, zostało podporządkowane jego kontroli²¹.

4. OSTATECZNE UKSZTAŁTOWANIE SIĘ INSTYTUCJI ATTORNEY GENERAL

Pełną centralizację ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych przeprowadził prezydent F. Roosevelt (1933-1945). Na podstawie aktu wykonawczego (*Executive Orders*) z 10 czerwca 1933 r., podporządkował Prokuratorowi Generalnemu wszystkich prawników zatrudnionych w urzędach federalnych²². W akcie tym zastali wymienieni adwokaci (*attorneys*), marszałowie (*marshals*)²³ i urzędnicy (*clerks*). Tym samym, nadzór nad ich pracą wykonywaną w zakresie dochodzonych przez nich roszczeń należnych rządowi Stanów Zjednoczonych lub roszczeń dochodzonych od niego, został powierzony Departamentowi Sprawiedliwości. Analogiczne rozwiązanie zostało zastosowane wobec postępowań sądowych karnych i cywilnych, w których zaangażowany byłby interes państwa. Z tym jednak, że w przypadku wszczętych postępowań sądowych przez inne jednostki federalne, w których znalazłby się interes Stanów Zjednoczonych, winny zostać przekazane do prowadzenia Departamentowi Sprawiedliwości. Chodziło zatem o sytuację, kiedy proces został wszczęty, a dopiero wówczas okazałoby się, że pojawia się w nim interes federacji. Do kompetencji tego Departamentu winno należeć podjęcie też decyzji o tym, czy wszczynać takie procesy lub wejść do toczącego się już procesu na zasadzie strony. Departament Sprawiedliwości zyskał też wyłączoną kompetencję do podjęcia decyzji o zawarciu ugody w toczącym się z sporze u udziałem interesu federalnego.

²¹ Tamże, s. 1056.

²² Exec. Order No. 6166, § 5.

²³ Dość trudne jest znalezienie odpowiednika angielskiego terminu *marshal* na język polski. Jest to rodzaj policjanta, który pełni służbę w ramach struktury *U.S. Marshals Service*. Obecnie do zadań tej służby należy egzekwowanie wyroków sądów federalnych, ochrona budynków i urzędników sądowych.

Zamierzona przez F. Roosevelta centralizacja prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych nie została w pełni zrealizowana, bowiem dość szybko pojawiły się tendencje jej decentralizacji. W 1934 r. powołana została do życia Komisja Papierów Wartościowych i Giełd (*The Securities and Exchange Commission*)²⁴ oraz Krajowa Rada Stosunków Pracowniczych (*National Labor Relations Board*)²⁵. W obu przypadkach, w tekście ustaw na podstawie których te rady powstały, ustawodawca udzielił im pełnej autonomii do prowadzenia ochrony prawnej interesów im właściwych, niezależnie od kompetencji procesowych Departamentu Sprawiedliwości. W następnych latach powstały kolejne jednostki posiadające autonomię procesową²⁶.

Współczesna organizacja Departamentu Sprawiedliwości, czyli urzędu Prokuratora Generalnego, jest w dużej mierze podobna do tej, która została określona w 1870 r. Dalej też utrzymywana jest koncepcja centralizacji prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych, co niewątpliwie udaje się w obszarze spraw karnych. Nie jest tak w sprawach cywilnych. Brak pełnej centralizacji ochrony prawa i cywilnych interesów Stanów Zjednoczonych ma swoje główne źródło w interesach komisji Kongresu, którym dane agencje rządowe podlegają. Chcąc zachować swoją strefę wpływów, bronią się przed podporządkowaniem podległych im agencji nadzorowi Departamentowi Sprawiedliwości²⁷.

Brak pełnej centralizacji prawnej ochrony prawa i interesów państwa w sprawach prawa cywilnego i procesów cywilnych w konsekwencji generuje niepotrzebne koszty. W praktyce zdarzają się sytuacje, że w sporze sądowym po dwóch stronach stają prawnicy państwowi, wykonujący swoją pracę na koszt podatnika. Sąd zaś musi rozstrzygać spory cywilne pomiędzy jednostkami federalnymi, w sporach, które mogłyby zostać rozstrzygnięte w trybie pozapprocesowym w ramach kompetencji Departamentu Sprawiedliwości²⁸. Co więcej, brak scentralizowania prowadzenia spraw cywilnych skutkuje również tym, że w praktyce w ramach rządu pojawiają się rozbieżne stanowiska w tych samych sprawach.

Prokurator Generalny Stanów Zjednoczonych jest szefem największej na świecie kancelarii prawnej. Do jego kompetencji włączono kontrolę i zarządzanie adwokatami zatrudnionymi w urzędach publicznych i nad innymi

²⁴ Securities Exchange Act of August 10, 1934, ch. 404, § 4, 48.

²⁵ Act of July 5, 1935, ch. 372, § 3(a), 49 Stat. 451.

²⁶ Zob. B.B. Griffin, *The Attorney General*, s. 1057.

²⁷ Tamże, s. 1058.

²⁸ Tamże.

urzędnikami zajmującymi się ochroną praw i interesów Stanów Zjednoczonych. Od początku istnienia tej instytucji funkcję Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych pełniło 83 Prokuratorów, a obecnie urząd ten od 7 listopada 2018 r. piastuje Mathew George Whitaker. Siedziba Departamentu Sprawiedliwości mieści się przy Pennsylvania Avenue 950, Washington DC.

KONKLUZJE

Rozwój systemu prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych ma historię nie krótszą niż w wielu państwach europejskich, w tym w Polsce. Tworzenie tego systemu w Stanach Zjednoczonych, chociaż jest wzorowane na angielskim rozwiązaniu, stworzyło własną historię, która jest odzwierciedleniem amerykańskiego sposobu tworzenia instytucji i określania ich kompetencji. Jego podstawową cechą jest zachowanie ciągłości, pomimo zachodzących ewolucyjnie zmian oraz respektowanie dialogu pomiędzy najważniejszymi organami w państwie. Stąd począwszy od 1779 r. do dziś, był to okres powolnego kształtowania się struktury i kompetencji *Attorney General*, wraz z Departamentem Sprawiedliwości, na czele którego on stoi.

Urząd Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych obecnie jest największą kancelarią świata, która zatrudnia w całości ok. 115 760 pracowników, z budżetem ponad 37 milionów dolarów rocznie²⁹. Liczby te pokazują siłę i możliwości skutecznego działania w obszarze prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych.

PIŚMIENNICTWO

- Bury, Paweł. „Bezpośredni wybór i odwoływanie prokuratorów na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki.” W http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79462/03_01_P_Bury_Bezposredni_wybor_i_odwoływanie_prokuratorow.pdf [dostęp: 30.09.2018].
- Edwards, John L.J. 1984. *The Attorney General, politics, and the public interest*. Carswell: Legal Pubns.
- Gilliéron, Gwladys. 2014. *Public Prosecutors in the United States and Europe. A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*. Cham–Heidelberg–Nowy Jork–Dordrecht–Londyn: Springer International Publishing.
- Griffin, Bell B. 1978. “The Attorney General: The Federal Government’s Chief Lawyer and Chief Litigator, or One Among Many?.” *Fordham Law Review* 46(6):1049–1070.

²⁹ Źródło: *FY 2017. Agency Financial Report. U.S. Department of Justice*, November 2017, s. 1–6 i 1–7.

- Laboulaye, Edward. 1877. *Historia Stanów Zjednoczonych*. T. III: *Organizowanie Państwa i Konstytucja (1776-1789)*. Warszawa: Wydawnictwo Michała Glücksberga.
- Laidler, Paweł. 2004. *Urząd Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych. Konflikt kompetencji*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Langeluttig, Albert. 1927. *The Department of Justice of the United States*. Baltimore–Maryland: The Johns Hopkins Press.
- Learned, Henry B. 1909. "The Attorney-General and the Cabinet." *Political Science Quarterly* 24(3):444–467.
- Licak, Tomasz. 2014. „Nadużycia prokuratorów w Ameryce.” *Ius et Administratio* 4:17–40. W <https://repozytorium.ur.edu.pl/bitstream/handle/item/843/Licak%20T.-Naduzycia%20%20fin.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 19.10.2018].
- Licak, Tomasz. 2016. „Rewanżyzm prokuratorski w USA.” *Państwo Prawne* 1(6):192–208.
- Meador, Daniel J. 1980. *The President, the Attorney General, and the Department of Justice*. Charlottesville: White Burkett Miller Center of Public Affairs.
- Nowak, Kazimierz. 1969. „Aparat biurowy w Stanach Zjednoczonych.” *Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Nauki polityczne* 36:61–76.
- Powell, Jefferson. 1999. *The Constitution and the Attorneys General*. Harvard: Carolina Academic Press.
- Tokarczyk, Roman. 2011. *Prawo amerykańskie*. Warszawa: Wolters Kluwer.

THE EVOLUTION OF THE LEGAL SYSTEM
OF PROTECTING THE RIGHTS AND INTERESTS
OF THE UNITED STATES. THE ATTORNEY GENERAL OFFICE

Summary. The subject of this studies is to show the development of the legal institution of protection of the rights and interests of the United States. The institution of the United States Attorney (Attorney General) is derived from a similar solution previously found in England. However, the historical analysis shows that despite the common origin, the Attorney General in the United States has its own history. The aim of the study, and at the same time the research hypothesis, is to show the respect of American politics to the stability of solutions and evolutionary changes, sometimes lasting decades. As a result, a system was created that focuses on the Justice Department, headed by Attorney General. It is the largest law firm in the world, very structurally developed, which protects the rights and interests of the United States extremely effectively.

Key words: Attorney General, United States, state's legal representation, protection of state's rights and interests

TREŚĆ PRAW CZŁOWIEKA W DOBIE GLOBALNYCH DETERMINANTÓW EGZOGENNYCH

Magdalena Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi w Józefowie
Polska

<https://orcid.org/0000-0002-7686-3617>

Streszczenie. Mimo różnych sporów doktrynalnych nie można zaprzeczyć istnienia zmienności treści praw człowieka. Jedynie ich ontologiczna substancja pozostaje niezmienna. Przedmiotem opracowania jest zatem określenie determinantów mających wpływ na treść praw człowieka. Celem pracy jest opisanie poszczególnych determinantów oraz tego, w jaki sposób mogą mieć wpływ na definiowanie treści praw człowieka. Sama zmienność treści praw człowieka nie oznacza wcale ich relatywizacji lub też oderwania ich od przyrodzonej godności człowieka.

Słowa kluczowe: prawa człowieka, globalizacja, zmienność treści praw człowieka, nowe technologie

ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Rozwój nowych technologii informatycznych, a także nowe odkrycia dokonane w naukach biologicznych, a w szczególności w neurologii oraz w naukach o zarządzaniu i ekonomii, mają ogromny wpływ na zmienność treści praw człowieka¹. Inaczej mówiąc, mają wpływ na ich dostosowanie do aktualnego stanu świadomości człowieka. Co do zasady, ontologicznie prawa człowieka są niezmiennie i pozostają nadal prawami, których źródłem jest przyrodzona godność człowieka². Oznacza to, że ich substancja pozostaje

¹ F. Parente. *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2018, s. 62 n.

² E.L. Tanasescu, *Human dignity and the circumstantial protection of social rights*, w: *Human rights in contemporary world*, red. M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2017, s. 306. Autorka podchodząc do koncepcji praw człowieka w duchu postmodernistycznym twierdzi, że współczesna koncepcja godności człowieka jest czymś nowym jakościowo. Trud-

bez zmiany, a ustawodawca ma obowiązek prawa te strzec i bronić. Władza wykonawcza nie może ich ograniczać czy zawieszać, chyba że ze względu na bezpieczeństwo, działając na podstawie ustawowego upoważnienia. Taka koncepcja praw człowieka znajduje swoje odzwierciedlenie w prawie międzynarodowym oraz we współczesnych konstytucjach, w prawie krajowym i w doktrynie.

W sposób ograniczony taką koncepcję praw człowieka, czyli niezmienną substancji i dostosowywanie ich treści do aktualnych czasów, można znaleźć również w prawie wewnętrznym wielkich organizacji międzynarodowych, takich jak FIFA czy MKOL³. Do przyrodzonej godności człowieka, jako źródła praw człowieka, od bardzo dawna odwołuje się religia, zwłaszcza chrześcijańska⁴, a także wiele nurtów filozoficznych, politycznych i ekonomicznych. Nierzadko dochodzi do instrumentalizacji prawa człowieka, czego przykładem może być ich wykorzystywanie w programach wyborczych jako instrumentu walki politycznej⁵.

no jest zgodzić się z tą hipotezą badawczą, bowiem pojęcie to było stosowane już w antycznym świecie i na przestrzeni wieków przechodziło ewolucję. Bez tego nie byłoby współczesnego pojęcia godności człowieka. Współczesna koncepcja jest efektem wielowiekowej ewolucji znaczenia tego pojęcia.

³ W strategii tej instytucji z 2017 r. w pierwszym zdaniu stwierdzono: „The goal of Olympism is to place sport at the service of the harmonious development of humankind, with a view to promoting a peaceful society concerned with the preservation of human dignity”. Zob. International Olympic Committee, *Legacy Strategic Approach. Moving Forward*, 2017, w: https://www.olympic.org/~media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Olympic-Legacy/IOC_Legacy_Strategy_Full_version.pdf?la=en [dostęp: 11.07.2018].

⁴ Do godności człowieka wielokrotnie odnoszą się papieże. W szczególności czynił to Jan Paweł II. Zob. Ph. Andre’-Vincent, *Les droit de l’home de Pie VI a’ Jean Paul II*, w: *Droit de Dieu et droit de l’homme*, red. J.-B. d’Onorio [i in.], Tequi, Paris 1988, s. 67–81.

⁵ Godność człowieka jako źródło praw człowieka od dość dawna stała się instrumentem w ręku polityków czy przedstawicieli skrajnych doktryn światopoglądowych, np. J. Liberski, *Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela*, 2018, w: <https://liberte.pl/przyrodzona-i-niezbywalna-godnosc-czlowieka- stanowi-zrodlo-wolnosc-i-praw-czlowieka-i-obywatela/> [dostęp: 11.07.2018]. Prawo i Sprawiedliwość już w pierwszym zdaniu swojego programu wyborczego z 2014 r. postanowiło: „U podstaw ideowych programu Prawa i Sprawiedliwości leży szacunek dla przyrodzonej i niezbywalnej godności każdego człowieka”. Z kolei w programie politycznym z 2015 r. Platformy Obywatelskiej była mowa jedynie o godności chorego. Również w programie politycznym Donalda Trumpa również znalazła się deklaracja, że polityka jego będzie opierała się na respektowaniu godności człowieka i wynikających stąd praw. *Republican Platform* 2016, w: https://prod-cdn-static.gop.com/media/documents/DRAFT_12_FINAL%5B1%5D-ben_1468872234.pdf [dostęp: 11.07.2018].

Nadanie w tekstach oficjalnych, prawnych czy doktrynalnych, charakteru ponadczasowego zwrotowi „godność człowieka”, a tym samym i koncepcji praw człowieka wyrosłej na gruncie tego zwrotu, pozwala dzisiaj stwierdzić, że konieczne jest poszukiwanie nowego spojrzenia na prawa człowieka. Nie budzi wątpliwości to, że źródłem praw człowieka jest jego przyrodzona i niezbywalna godność. Ontologicznie nic się nie zmienia i człowiek nadal ma prawo do życia, wolności, prywatności, dobrego imienia, wypoczynku, udziału w życiu politycznym czy do samorealizacji. Te prawa przynależą człowiekowi niezależnie od tego, czy jest on spostrzegany przez pryzmat jednostki czy zbiorowości, w której się znajduje.

Kwestia zmienności treści praw człowieka od dość dawna budzi różnego rodzaju spory doktrynalne, polityczne i religijne. Ich zmiana na przestrzeni dziesięcioleci, poczynając od 10 grudnia 1948 r., kiedy to Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych przyjęło Powszechną Deklarację Praw Człowieka, niekiedy jest znacząca. Przykładem może być prawo życia w odniesieniu do *nasciturusa*, kara śmierci, prawa osób niepełnosprawnych, prawo do wolności, do prywatności czy prawo do wypoczynku⁶.

Dzisiaj należy postawić pytanie dotyczące sposobu dyskusji o prawach człowieka. Przede wszystkim, jaką treść podkłada się pod konkretne prawo człowieka? Czy treści te są synchronizowane z postępem technicznym? Koncepcja treści praw człowieka powtarzana lub przerabiana w publikacjach naukowych, w dyskusjach politycznych czy społecznych, a przede wszystkim w aktach prawnych i krajowych moim zdaniem jest typowa dla epoki „przedinternetowej”, a więc sprzed ogromnego skoku technicznego i technologicznego, jaki towarzyszy ludzkości przynajmniej od lat 90-tych ubiegłego wieku.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest wskazanie na współczesne determinanty mające wpływ na kształtowanie się aktualnych treści praw człowieka. Celem pracy nie jest ukazanie ambiwalentności praw człowieka, lecz zmienności ich treści w zależności od wspomnianych już determinantów. Oddzielenie praw człowieka jako takich (źródłem ich jest godność człowieka) od ich treści pozwala też uniknąć dyskusji na temat relatywności samych praw człowieka. Jak słusznie zauważył K. Wroczyński, prawa człowieka są „zakotwiczone w naturze ludzkiej, która w swym zasadniczym uposażeniu

⁶ Należy być świadomym tego, że Deklaracja ONZ z 1948 r. jest efektem szeregu kompromisów storn układających się. Nie jest to zatem kompletny katalog praw człowieka. Podobnie jak Dekalog, który był pierwszym w dziejach ludzkości znaczącym zbiorem praw podstawowych. Zob. Ch. Becker, *Die Zehn Gebote*, LIT Verlag, Berlin 2016, s. 3 n.

ontycznym jest niezmienna oraz była ta sama w epoce stoików czy Cyncerona jak dziś”⁷. Te bowiem są niezmiennie, w przeciwieństwie od ich treści, czyli sformułowań poszczególnych praw człowieka, które są uzależnione od wielu czynników, w tym od potrzeb i możliwości poznawczych czy percepcyjnych człowieka, ale też od stopnia rozwoju organizacji państwa, społeczności międzynarodowej czy lokalnej grupy społecznej. Treści te muszą być dopasowywane do możliwości percepcyjnych i do mentalności człowieka oraz do cywilizacyjnych potrzeb człowieka. Tym samym może też być i rzeczywiście jest zróżnicowany poziom ochrony tych praw⁸.

Opracowanie to jest zatem wprowadzeniem do planowanego przeze mnie cyklu artykułów, w których będę wskazywała zmienność treści poszczególnych praw człowieka powodowaną przez czynniki egzogenne, do których należy zaliczyć: globalizację, informatyzację, rozwój nauk medycznych i biologicznych, ekonomizacja życia.

WPŁYW GLOBALIZACJI NA TREŚĆ PRAW CZŁOWIEKA

Jak wykazałam w mojej publikacji z 2016 r. dość niefortunne jest wiązanie praw człowieka z ideami doby nowożytnej, zwłaszcza rewolucji francuskiej. To wydarzenie bowiem mające jakieś znaczenie dla historii Europy, pozostaje bez większego znaczenia w innych częściach świata. Logiczne zatem pozostaje rozważanie historii rozwoju koncepcji praw człowieka poczynając od starożytności, nie zaś od dowolnie wybranego jej momentu. Nawet w Europie nie wszyscy uznają dorobek rewolucji francuskiej za wielki wkład w rozwój ludzkości⁹.

Próbując charakteryzować czasy współczesne niewątpliwie jest to czas globalizacji. Termin „globalizacja” jest jednym z najczęściej używanych pojęć w sferze publicznej¹⁰. Samo zjawisko zaś, czyli desygnat tego pojęcia,

⁷ K. Wroczyński, *O źródłach praw człowieka*, „Człowiek w Kulturze” 11 (1998), s. 162; zob. także: M. Sitek, *The impact of globalization on the content of human rights*, „Teka Komisji Prawniczej. Polska Akademia Nauk Oddział w Lublinie” 9 (2016), s. 205–217.

⁸ Zjawisko zmienności treści praw człowieka jest efektem socjologicznego podejścia do praw człowieka. To zagadnienie omawiał już M.A. Krąpiec, *O ludzką politykę*, KUL, Lublin 1998, s. 149. Z kolei o zmienności treści praw człowieka w kontekście polityczno-ekonomicznym piszą P. Bała, A. Wielomski, *Prawa człowieka – refleksje krytyczne*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 4 (2010), s. 485.

⁹ M. Sitek, *Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 27 n.

¹⁰ Z. Baumann, *Globalizacja*, PIW, Warszawa 2000, s. 5.

jest w różny sposób określane. Przyjmuje się, że globalizacja to zbiór wielu procesów i zjawisk zachodzących we współczesnym świecie, charakteryzujące się zniesieniem granic w zakresie przepływu kapitału, międzynarodowej jego koncentracji, dominacji wielkich koncernów, powstawaniu ogólnosiątkowych mass mediów. Globalizm charakteryzuje się także mieszaniami się kultur, religii, wzrostem przemocy czy terroryzmu¹¹. Te spostrzeżenia są o tyle ważne, że mają dość istotny wpływ na kształtowanie się treści praw człowieka.

Zniesienie granic politycznych powoduje nie tylko migrację ludności w sensie dosłownym, czyli przemieszczania się mas ludzkich, ale też przenikanie się światopoglądów. Stworzenie państwa narodowego w XVI w. sprzyjało kreowaniu i cementowaniu się kultury narodowej, zamkniętej w ramach danego państwa. Na tej bazie zrodziła się koncepcja ideologii faszystowskiej¹² i rasizmu¹³ w wielu odmianach. W tych systemach politycznych, gdzie ideologie te stały się ich fundamentem, człowiek musiał przynależać do określonej kultury narodowej lub rasy i dopiero wraz z tą przynależnością nabywał określone prawa i przywileje, zwłaszcza obywatelstwo, ochronę socjalną czy prawo do pracy¹⁴. Przy tej okazji należy też wspomnieć o ideologii komunistycznej, która wprowadziła pretendowała do bycia ideolo-

¹¹ Zob. R.S. Czarnecki, *Prawa człowieka wobec wyzwań globalizacji*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 6 (2005), s. 441; B. Dobrowolska, *Polska rodzina a kontekst migracji. Społeczno-kulturowe obszary funkcjonowania*, „Journal of Modern Science” 3 (23) 2014, s. 11–28.

¹² Istnieje wiele form nacjonalizmu, a konsekwentnie i wiele koncepcji i definicji tego zjawiska. Najbardziej znaną definicją nacjonalizmu jest ta sformułowana przez H. Kohna, według którego nacjonalizm jest stanem umysłu, polegającym na tym, że jednostka odczuwa najwyższy stopień lojalności wobec państwa narodowego. H. Kohn, *Nationalism: Its Meaning and History*, Van Nostrand, New York 1965, s. 9; W. Konarski, *Naród, mniejszość, nacjonalizm, religia – przyczynek do dyskursu o pojęciach i powiązaniach między nimi*, „Forum Politológiczne” 5 (2007), s. 20.

¹³ Rasizm jest doktryną polityczną i społeczną, pozbawioną podstaw naukowych. Była ona jednak podstawą do stworzenia ideologii faszystowskiej segregacji rasowej czy późniejszego apartheidu w RPA. Zob. M. Skocz, *Rasizm i ksenofobia*, w: *Organizacje międzynarodowe w działaniu*, red. A. Florczak, A. Lisowska, OTO Agencja Reklamowa, Wrocław 2014, s. 324; H.V. Faye, *Resisting Racism and Xenophobia: Global Perspectives on Races, Gender, and Human Rights*, AltaMira Press, Florida 2005, s. 15 n.

¹⁴ Ciekawe jest to, że w III Rzeszy Niemieckiej formalnie obowiązywała Konstytucja Weimarska, funkcjonująca od 1919 r. Jednak rozporządzenia Prezydenta Rzeszy Hindenburga z 24 marca 1933 r. (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) pozwalały na zawieszenie poszczególnych postanowień konstytucji na podstawie ustawy federalnej. Rozporządzenie to zawierało raptem 4 artykuły. „Reichsgesetzblatt” 1933, 141.

gią światową, jednak oparcie jej na koncepcji walki klas, powodowało podziały w społeczeństwie, a w konsekwencji łamanie nawet podstawowych praw człowieka.

Globalizacja zakłada ontologiczną równość wszystkich ludzi, niezależnie od płci, kultury, w tym religii, rasy czy przynależności narodowej. To zmienia optykę postrzegania każdego człowieka, również niezależnie od obywatelstwa. Prawa wszystkich ludzi są takie same. Jednak ich respektowanie może być zależne od miejsca, w którym dana osoba się aktualnie znajduje. Inny poziom ochrony praw człowieka jest w Niemczech, Polsce czy Stanach Zjednoczonych, a inny poziom ochrony praw człowieka będzie w Zimbabwe czy Indonezji. Chodzi nie tylko o zróżnicowanie systemów prawa czy instytucji, na których ciąży obowiązek ochrony praw człowieka, ale również, a może przede wszystkim, świadomości jednostki i społeczeństwa.

W tej perspektywie coraz większego znaczenia nabierają przepisy prawa międzynarodowego czy organizacji ponadnarodowych jak Unia Europejska, czy organizacji sportowych jak FIFA czy MKOL. Tym samym, wzrasta pozycja instytucji ponadnarodowych, w tym sądowniczych, zwłaszcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej czy Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w Hadze. W sprawach gospodarczych zaś znaczenia nabierają trybunały arbitrażowe, np. *International Court of Arbitration* w Paryżu (ICC) czy *The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* w Sztokholmie.

WPŁYW INFORMATYZACJI NA TREŚĆ PRAW CZŁOWIEKA

Jednym z najbardziej trafnych określeń obecnego pokolenia jest „globalne społeczeństwo informacyjne”. Informatyka zmieniła całkowicie sposób życia współczesnego społeczeństwa. Niestety temat ten w literaturze prawnoczłowieczej jest raczej pomijany. Wystarczy jednak wskazać na zmiany jakie informatyzacja wprowadziła do życia człowieka, zwłaszcza w sposobie kontaktów międzyludzkich czy w metodach wykonywania pracy zawodowej. To wszystko dokonało się w ciągu ostatnich trzech dekadach, kiedy to zmieniło się życie człowieka, jego świadomość i potrzeba ochrony jego praw.

Informatyzacja i jej instrumenty, zwłaszcza media społecznościowe, znacząco wpływają na treść różnych praw człowieka. Ograniczę się do dość pobieżnego przedstawienia jedynie dwóch praw człowieka, których treści radykalnie ewoluują wskutek informatyzacji.

Pierwszym przykładem jest prawo człowieka do prywatności. Zamieszczenie jakiejkolwiek informacji w sieci, zwłaszcza w portalach społecznościowych, powoduje upublicznienie jej w skali światowej. W tym przypadku nie ma znaczenia, czy informacja ta jest prawdziwa czy zmanipulowana. Zacierają się granice pomiędzy prawdą a fałszem. Ingerencja w sferę prywatności człowieka może być właściwie nieograniczona. Można rozpowszechniać informacje z wczesnej młodości w celu dyskredytacji osoby. Niektóre media społecznościowe są tak budowane, aby osoby fizyczne same dokonały „obnażenia” swojej osoby poprzez wypowiedzi, zdjęcia czy zachowania. Kreuje się w ten sposób bohaterów jednodniowych¹⁵. Z czasem jednak te dane utrwalone w Internecie mogą stać się w przyszłości przeszkodą do kariery politycznej, naukowej czy społecznej. Dochodzi do zaszufładowania danej osoby przez pryzmat jednego zdarzenia.

Prawo do zapomnienia, którego podstawę stanowi art. 17 rozporządzenia PE RE (EU) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.U. UE L 119/1) niestety przegrywa w tym przypadku z prawem prasowym i względami społecznymi, dla których administrator strony internetowej może nie wyrazić zgody na usunięcie z niej danej informacji. Nawet nakaz sądowy usunięcia takiej informacji może być obchodzony w ten sposób, że informacja ta nie jest widoczna np. w Europie, ale funkcjonuje w pozostałej części świata¹⁶.

Informatyzacja zmienia istotnie sposób wykonywania pracy w wielu zawodach. Uwidacznia się to nie tylko w nowych narzędziach pracy, jak komputer, oprogramowania, roboty czy szeroko rozumiana automatyka. Informatyzacja zmieniła jednak pojęcie czasu pracy. Współczesne kodeksy pracy, w tym polski Kodeks pracy w art. 128 § 1 stanowi, że „czasem pracy jest

¹⁵ Słusznie zauważa się w literaturze odchodzenie od koncepcji bohatera czy świętego do postaci ikony w mediach, nierzadko jednodniowej. Zob. L. Tafaro, *Dagli eroi alle celebrità. Icone e diritto civile*, Cacucci editore, Bari 2018, s. 25 n.

¹⁶ Nie poruszam już kwestii zmiany relacji człowieka do mass mediów jaka zaszła wraz z wejściem w życie *Web 2*. Obecnie człowiek jest nie tylko biernym czytelnikiem informacji, ale również aktywnym jej twórcą, przykładem są chociażby blogi czy komentarze do informacji zawartych w portalach informacyjnych. Szerzej o historii prawa do zapomnienia, jego genezie, podstawach prawnych i praktyce, zob. J. Żak, *Koncepcja „prawa do bycia zapomnianym”*, w: *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 141–155.

czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy”. Zaś w art. 129 § 1 ustawodawca postanowił, że „czas pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy [...]”. Zastosowanie jednak systemu informatycznego sprawia, że przepisy te stają się martwe. W praktyce bowiem pracownik ma dostęp do Internetu również w domu i coraz częściej wykonuje samorzutnie pracę ponad wymiar kodeksowy¹⁷.

Jeszcze inną kwestią, która wymaga szerszego omówienia w kolejnej publikacji, jest globalizacja wartości czy też wykreowania światowej wspólnoty aksjologicznej. Światowa sieć informatyczna temu właśnie sprzyja. W cyberprzestrzeni nie ma bowiem podziału na narodowości, kultury czy religie¹⁸. Tworzy się globalna społeczność, która wymaga nie tyle nowych reguł zachowań, co nowych sposobów ich stosowania. Nie chodzi tu tylko o normy moralne, lecz przede wszystkim o normy prawne. Informatyzacja pozwala bowiem na składanie oświadczeń za pomocą łańcucha bloków (*blockchain*)¹⁹.

WPŁYW ROZWOJU MEDYCyny NA TREŚĆ PRAW CZŁOWIEKA

Jednym z obszarów życia człowieka, w którym najlepiej uwidacznia się postęp techniczny i technologiczny jest medycyna w powiązaniu z naukami biologicznymi, zwłaszcza farmakologią. Efektem tego postępu jest przedłużająca się średnia długość wieku na całym globie. Przykładem mogą być dane z Francji, gdzie pod koniec XIX w. 28,7% mężczyzn i 32,2% kobiet dożywało 60 roku życia. Obecnie procent ten wynosi 85% dla panów i 93% dla pań²⁰. Należy wspomnieć też o podniesieniu się jakości życia człowieka, m.in. poprzez uśmierzanie bólu, implanty uzębienia czy wymianę stawów.

¹⁷ Zob. A. Sobczyk, *Kodeks pracy. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, Legalis.

¹⁸ Zob. A. Piasecka, *Etyl(em)izacja, czyli etyka w dobie globalizacji. Z krytycznym głosem Pana Lema w tle*, „Kultura – Historia – Globalizacja” 6 (2006), s. 36.

¹⁹ Zob. J. Szczerbowski, *Lex Cryptographia. Znaczenie prawne umów i jednostek rozliczeniowych opartych na technologii blockchain*, PWN, Warszawa 2018, s. 13; Idem, *Legalizacja kryptowaluty Bitcoin. Aspekty cywilnoprawne*, „Journal of Modern Science” 4 (35) (2017), s. 91–104.

²⁰ Zob. P. Szukalski, *Trwanie życia osób starszych w Europie na przełomie XX i XXI wieku*, „Gerontologia Polska” II (2) 2003, s. 56.

Rozwój medycyny oraz towarzysząca temu promocja zdrowia podnosi świadomość całych społeczeństw. Niewątpliwie sprzyja temu globalna sieć i nieograniczony przepływ informacji na temat nowych możliwości leczenia się lub podnoszenia poziomu życia. To z kolei wpływa na ciągłą zmienność treści prawa człowieka do ochrony zdrowia. Coraz to nowsze oczekiwania są ze strony osób niepełnosprawnych tak fizycznie, jak umysłowo, czy też osób starszych. Wszystkie kategorie tych osób chcą być zdrowsze i czuć się w jak najpełniejszym wymiarze pełnoprawnymi członkami społeczności.

Duże znaczenie dla ludzkości, a tym samym i praw człowieka ma rozwój biologii, zwłaszcza genetyki. Jak pisze P. Krajewski, genetyka ma „[...] potencjalnie nadzwyczajne możliwości ratowania istnień ludzkich gnębionych chorobami o podłożu genetycznym, eliminowanie patologii, zwiększenie produkcji żywności, walkę z głodem i niedożywieniem idącym w parze z eksplozją demograficzną krajów trzeciego świata, ochronę środowiska, zrównoważone wykorzystywanie bogactw naturalnych”²¹. Ta sama genetyka może jednak nieść też ze sobą pewne obawy o negatywny jej wpływ właśnie na zdrowie człowieka, a właściwie o zdrowie przyszłych pokoleń.

Nie ulega wątpliwości, że rozwój genetyki wpływa na środowisko naturalne, w tym powoduje np. ograniczenie bioróżnorodności. Rozwój genetyki coraz częściej pozwala na rozwój ksenotransplantacji, czyli możliwości przeszczepiania narządu lub tkanki od osobnika należącego do innego gatunku²².

Na obecnym etapie trudno jest jednoznacznie ocenić skutki tak szybkiego rozwoju medycyny i biologii w kontekście prawa człowieka do zdrowia.

WPŁYW EKONOMII GLOBALNEJ NA TREŚĆ PRAW CZŁOWIEKA

Ostatnim ważnym determinantem treści praw człowieka jest globalna ekonomia, obsługująca proces integracji gospodarek narodowych oraz międzynarodowe mega koncerny. Jest to nowy wymiar ekonomii, daleki od koncepcji ekonomii XIX- i XX-wiecznej ukierunkowanej głównie na obronę interesów krajowych, nierzadko o charakterze politycznym, jak np. utrzymanie władzy przez określoną grupę polityczną. Słusznie stwierdza J. Szapiel, że „w gospodarce rynkowej regulacja staje się towarem, którego podaż i popyt

²¹ P. Krajewski, *Ochrona prawna człowieka i jego środowiska wobec ekspansji organizmów genetycznie zmodyfikowanych w prawie wspólnotowym i międzynarodowym*, UWM, Olsztyn, 2010, s. 17.

²² Tamże, s. 208 n.

kreują określone grupy interesów czy grupy nacisku w celu realizacji swoich funkcji użyteczności”²³. Regulacje prawne pod wpływem procesów globalizacyjnych podlegają procesowi współdziałania państw, najczęściej w mniejszych grupach interesów.

W efekcie nowa ekonomia niesie ze sobą wzrost konsumpcji, zwiększa transfer kapitału i migrację ludzi. Zjawiska te mają swój pozytywny wpływ na rozwiązanie problemów społecznych, typowych dla państw narodowych, jak np. bezrobocie, wykluczenie określonych grup narodowościowych (np. burżuazji czy kułaków w państwach komunistycznych) czy kulturowych (np. Żydów w faszystowskich Niemczech). Ta nowa, globalna ekonomia łagodzi też spory graniczne wyrosłe w Europie na bazie porozumień w Jałcie i Teheranie. To sami ludzie decydują o miejscu zamieszkania, pracy czy spędzenia czasu na emeryturze. Tak samo funkcjonuje biznes, który może przenosić miejsce swojej działalności w dowolne miejsce na świecie²⁴.

Niewątpliwie jednym z celów nowej ekonomii, typowej dla XXI w. jest zysk. Państwo lub organizacje międzynarodowe przejęły na siebie obowiązki ponoszenia kosztów społecznych w zamian za podatki płacone przez biznes. Ten bowiem koncentruje się na wytwarzaniu zysku. To jednak ma wpływ na prawa człowieka. Przede wszystkim uwidacznia się ten wpływ w obszarze prawa do przynależności, zachowania własnej tożsamości, prawa do ochrony danych osobowych, prawa do zawarcia i poszanowania małżeństwa, prawa do zrzeszania się chociażby w związki zawodowe. Co najważniejsze, nowa ekonomia może, ale nie musi prowadzić do uprzedmiotowienia człowieka²⁵. Człowiek coraz częściej staje się nie podmiotem, lecz przedmiotem, czy produktem dla reklamy, kampanii społecznościowej. Stąd też już podczas mistrzostw świata w piłce nożnej władze FIFA podjęły decyzję o zwalczaniu podczas wielkich imprez sportowych zjawiska seksizmu polegającego na redukcji kobiety do przedmiotu reklamy. Wprowadzono nakaz ograniczenia eksponowania pięknych kobiet na trybunach stadionów²⁶.

²³ J. Szapiel, *Regulacja globalnych rynków z perspektywy nowej ekonomii politycznej*, „Studia Ekonomiczne” 129 (2013), s. 44.

²⁴ Zob. K. Novikova, M. Wiśniewska, *Twórczość a innowacja w świetle wybranych koncepcji w naukach społecznych i humanistycznych*, „Journal of Modern Science” 3(34) (2017), s. 59–78.

²⁵ B. Sitek, *Depodmiotyzacja człowieka wobec stopniowej legalizacji usług uprzedmiotawiających osobę ludzką*, w: *Wykorzystywanie człowieka w XX i XXI wieku*, red. B. Sitek [i in.], UWM, Olsztyn 2012, s. 249–263.

²⁶ *Kamery mają rządzić pokazywać kibicki. FIFA walczy z seksizmem*, tvn27.pl, w: <https://www.tvn24.pl/mundial2018/kamery-maja-rzadzic-pokazywac-kibicki-fifa-walczy-z->

WNIOSKI KOŃCOWE

Dysputa nad prawami człowieka pomiędzy konserwatystami a liberałami koncentruje się nad ich trwałością. Ci pierwsi ugruntowani są na pozycji niezmienności tych praw, drudzy zaś uważają, że zmieniają się one w zależności od wielu czynników. Spór ten zgoła akademicki możliwy jest do rozwiązania poprzez rozdzielenie substancji praw człowieka od treści. Substancja ta jest niezmienna i opiera się na przyrodzonej godności człowieka. Zmienia się, a nawet musi się zmieniać treść poszczególnych praw człowieka w zależności od determinantów kreowanych przez rozwój cywilizacyjny. Do takich determinantów wpływających na treść praw człowieka należy zaliczyć globalizację, nową ekonomię, nowe technologie, medycynę wraz z biologią, a zwłaszcza informatykę.

Takie podejście do praw człowieka jest konieczne z tego względu, że określona treść poszczególnych praw człowieka, czy to w aktach prawa międzynarodowego czy krajowego, definiowana jest w określonym kontekście historycznym, społecznym i politycznym, a otoczenie to podlega ciągłej ewolucji. Zatem, w dyskusji nad treścią praw człowieka należy zawsze uwzględniać to, czy mówi się o aktualnym ich rozumieniu czy raczej w ujęciu historycznym.

PIŚMIENNICTWO

- Andre'–Vincent, Philippe. 1988. "Les droit de l'home de Pie VI a' Jean Paul II." In *Droit de Dieu et droit de l'homme*, edited by Joël–Benoit d'Onorio [et al.], 67–81. Paris: Tequi.
- Bała, Paweł, i Adam Wielomski. 2010. „Prawa człowieka – refleksje krytyczne.” *Wrocławskie Studia Erazmiańskie* 4:457–487.
- Baumann, Zygmunt. 2000. *Globalizacja*. Warszawa: PIW.
- Becker, Christoph. 2016. *Die Zehn Gebote*. Berlin: LIT Verlag.
- Czarnecki, Radosław. 2005. „Prawa człowieka wobec wyzwań globalizacji.” *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy* 6:439–447.
- Dobrowolska, Barbara. 2014. „Polska rodzina a kontekst migracji. Społeczno-kulturowe obszary funkcjonowania.” *Journal of Modern Science* 3(23):11–28.
- Faye, Harrison V. 2005. *Resisting Racism and Xenophobia: Global Perspectives on Races, Gender, and Human Rights*. Florida: AltaMira Press.
- Kohn, Hans. 1965. *Nationalism: Its Meaning and History*. New York: Van Nostrand.
- Konarski, Wawrzyniec. 2007. „Naród, mniejszość, nacjonalizm, religia – przyczynek do dyskursu o pojęciach i powiązaniach między nimi.” *Forum Politologiczne* 5:17–51.

seksizmem,853578.html [dostęp: 14.07.2018]. Zob. *Successful first run for anti-discrimination monitoring system*, w: <https://www.fifa.com/worldcup/news/successful-first-run-for-anti-discrimination-monitoring-system-2920510> [dostęp: 14.07.2018].

- Krajewski, Piotr. 2010. *Ochrona prawna człowieka i jego środowiska wobec ekspansji organizmów genetycznie zmodyfikowanych w prawie wspólnotowym i międzynarodowym*. Olsztyn: UWM.
- Krąpiec, Mieczysław A. 1998. *O ludzką politykę*. Lublin: KUL.
- Liberski, Jacek. 2018. „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela.” W <https://liberte.pl/przyrodzona-i-niezbywalna-godnosc-czlowieka- stanowi-zrodlo-wolnosci-i-praw-czlowieka-i-obywatela/> [dostęp: 11.07.2018].
- Novikova, Kateryna, i Monika Wiśniewska. 2017. „Twórczość a innowacja w świetle wybranych koncepcji w naukach społecznych i humanistycznych.” *Journal of Modern Science* 3(34):59–78.
- Parente, Ferdinando. 2018. *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Piasecka, Agnieszka. 2006. „Etyl(em)izacja, czyli etyka w dobie globalizacji. Z krytycznym głosem Pana Lema w tle.” *Kultura – Historia – Globalizacja* 6:33–44.
- Sitek, Bronisław. 2012. „Depodmiotyzacja człowieka wobec stopniowej legalizacji usług uprzedmiotawiających osobę ludzką.” W *Wykorzystywanie człowieka w XX i XXI wieku*, red. Bronisław Sitek [i in.], 249–263. Olsztyn: UWM.
- Sitek, Magdalena. 2016. „The impact of globalization on the content of human rights.” *Teka Komisji Prawniczej. Polska Akademia Nauk Oddział w Lublinie* 9:205–217.
- Sitek, Magdalena. 2016. *Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Skocz, Marcin. 2014. „Rasizm i ksenofobia.” W *Organizacje międzynarodowe w działaniu*, red. Agnieszka Florczak, i Alicja Lisowska, 323–334. Wrocław: OTO Agencja Reklamowa.
- Sobczyk, Arkadiusz. 2018. *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck. Legalis.
- Szapiel, Jolanta. 2013. „Regulacja globalnych rynków z perspektywy nowej ekonomii politycznej.” *Studia Ekonomiczne* 129:43–50.
- Szczerbowski, Jakub. 2017. „Legalizacja kryptowaluty Bitcoin. Aspekty cywilnoprawne.” *Journal of Modern Science* 4(35):91–104.
- Szczerbowski, Jakub. 2018. *Lex Cryptographia. Znaczenie prawne umów i jednostek rozliczeniowych opartych na technologii blockchain*. Warszawa: PWN.
- Szukalski, Piotr. 2003. „Trwanie życia osób starszych w Europie na przełomie XX i XXI wieku.” *Gerontologia Polska* 2(2):55–62.
- Tafaro, Laura. 2018. *Dagli eroi alle celebrità. Inone e diritto civile*. Bari: Cacucci editore.
- Tanasescu, Elena S. 2017. “Human dignity and the circumstantial protection of social rights.” In *Human rights in contemporary world*, edited by Marek Zubik, 306–315. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Wroczyński, Krzysztof. 1998. „O źródłach praw człowieka.” *Człowiek w Kulturze* 11:161–176.
- Żak, Joanna. 2014. „Koncepcja «prawa do bycia zapomnianym».” W *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, red. Mariusz Jabłoński, i Sylwia Jarosz–Żukowska, 141–155. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.

THE CONTENT OF HUMAN RIGHTS
IN THE ERA OF GLOBAL EXOGENOUS DETERMINANTS

Summary. Despite various doctrinal disputes, one cannot deny the existence of the variability of the content of human rights. Only their ontological substance remains unchanged. The subject of this study is to define the determinants affecting the content of human rights. The purpose of this research is to describe individual determinants and how they can affect the definition of the content of human rights. The very volatility of the content of human rights does not mean their relativization or their detachment from the inherent dignity of the human being.

Key words: human rights, globalization, changeability of human rights content, new technologies

INNOWACYJNE METODY I NARZĘDZIA BADAWCZE W POSTACI APLIKACJI WYKORZYSTYWANE W PROCESIE REKRUTACJI I SELEKCJI ZAWODOWEJ¹

Małgorzata Such-Pyrgiel

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide de Gasperi w Józefowie
Polska

<https://orcid.org/0000-0001-5435-1154>

Streszczenie. Procesy rekrutacji i selekcji pracowniczej coraz częściej muszą uwzględniać dynamiczny charakter stanowisk, a rekrutowani kandydaci muszą być w stanie podołać nowym wymaganiom wynikającym ze zmian obowiązków w pracy. Dlatego stosuje się techniki, które mają na celu ocenę przydatności zawodowej kandydatów na dane stanowisko, ale także przydatności w zespole oraz całej organizacji (*mulilevel fit*). W tym celu stosuje się m.in.: wideowywiady, multimedialne testy interakcyjne, gdzie rozwiązuje się praktyczne case'y w wideosymulacjach, lub testowanie kandydatów przez Internet. Bywa on również kopalnią wiedzy o danym kandydacie, zwłaszcza, gdy osoba taka jest obecna w sieci i aktywnie uczestniczy w wirtualnych portalach społecznościowych. Technologia będzie w przyszłości coraz mocniej oddziaływać na proces rekrutacji i selekcji zawodowej oraz pojawią się nowe, nie znane dotąd metody. Celem artykułu jest ukazanie metod i narzędzi badawczych do naboru pracowników w postaci aplikacji na dekodery telewizji cyfrowej. Narzędzia te zwiększają dostęp do aktualnej wiedzy o możliwościach rynku pracy, poszerzają paletę dostępnych metod rekrutacji i selekcji zarówno dla pracownika, jak i pracodawcy. Tym samym wykorzystanie telewizji jako nośnika informacji oraz możliwości interakcji na rynku pracy jest naturalnym wyborem.

Słowa kluczowe: narzędzia i metody badawcze, selekcja i rekrutacja zawodowa, media, telewizja, nabór pracowników

¹ Niniejszy artykuł powstał w ramach projektu badawczo-rozwojowego pt. *Opracowanie innowacyjnego rozwiązania do przeprowadzenia procesu rekrutacyjnego za pośrednictwem sieci dekoderek telewizji kablowej*, nr RPMA.01.02.00-14-6185/16 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 (RPO WM 2014-2020), *Działalność badawczo-rozwojowa przedsiębiorstw*, realizowanego przez Wyższą Szkołę Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide de Gasperi w Józefowie dla firmy Benefactor Sp. z o.o w latach 2017-2018.

WSTĘP

W każdej organizacji procesy związane z doбором pracowniczym są istotnym elementem zarządzania zasobami ludzkimi. Odpowiednio przeprowadzony proces rekrutacji i selekcji pracowników jest niezbędny do właściwego funkcjonowania organizacji. Kompetentna kadra pracownicza to większa wydajność pracy oraz jej efektywność, przyczynia się także do ogólnego dobrostanu firmy. Jak w każdej dziedzinie życia, również i w procesach rekrutacji i selekcji kandydatów następują zmiany i pojawiają się nowe trendy. Globalizuje się rynek pracy i działań rekrutacyjnych, zmienia się natura zawodów oraz mechanizmy przebiegu kariery zawodowej. Coraz częściej można spotkać również marketingowe podejście do działań rekrutacyjnych, które powodują zmiany na rynku pracy, a do tego jeszcze wszechobecna informatyzacja, internetyzacja i nowe koncepcje teoretyczne. Wszystko to skłania do poszukiwania nowych metod i technik oraz wynajdowania i zastosowania nowych lub też istniejących mediów umożliwiających przeprowadzanie procesu rekrutacji i selekcji pracowniczey. Ważnym elementem, jest wypracowanie takich metod i technik, które redukowałyby koszty pracodawcy, były stosunkowo tanie, szybkie i łatwo dostępne za pomocą najpowszechniejszego medium. Takim właśnie rozwiązaniem jest opracowanie nowego produktu, stanowiącego innowację w skali co najmniej europejskiej, umożliwiającego realizację procesu rekrutacji za pośrednictwem dekodeków telewizji kablowej.

1. REKRUTACJA I SELEKCJA PRACOWNICZA – KONTEKST DEFINICYJNY

W literaturze przedmiotu można znaleźć wiele różnorodnych definicji pojęcia rekrutacji. Niektórzy badacze definiują ją jako całość działań związanych z przyjmowaniem nowych pracowników na wolne stanowiska pracy, inni zaś wskazują, że jest to pierwszy etap tego procesu, który koncentruje się wyłącznie na poszukiwaniu najbardziej właściwych kandydatów na dane stanowiska. Po tym etapie ma miejsce selekcja, druga część procesu doboru pracowników, która skupia się na wyborze odpowiedniego kandydata spo-

śród grupy osób pochodzących z etapu rekrutacji². Jak podkreśla A. Pocztowski, rekrutacja ma za zadanie zainteresować potencjalnych kandydatów daną ofertą pracy, a także skłonić do ubiegania się o przyjęcie na określone stanowisko pracy³. Zatem rekrutacja ma przede wszystkim przyciągnąć kandydatów i wybrać spośród nich tych, którzy mają odpowiednie kwalifikacje i kompetencje na dane stanowisko.

Według definicji T. Listwana, rekrutacja jest sposobem komunikowania się organizacji z rynkiem pracy dla osiągnięcia odpowiedniej liczby kandydatów na wolne stanowiska⁴. Z kolei B. Jamka wskazuje, iż rekrutacja jest procesem rozpoznawania oraz przyciągania puli kandydatów, spośród których wyselekcjonowanym jednostkom będą w przyszłości przedstawione oferty pracy⁵. Ogólnie, rekrutacja to proces przyjmowania nowych pracowników do organizacji według procedur, które są znane wszystkim kandydatom. Ma zapewnić obsadzenie konkretnych stanowisk w firmie odpowiednimi ludźmi, tak aby zwiększyć efektywność i sprawność wykonywania zadań na tych stanowiskach. W założeniach rekrutacji uwzględnia się nie tylko potrzeby firmy, ale również potrzeby ewentualnych przyszłych pracowników, dbając, aby stanowisko pracy było dostosowane do oczekiwań czy możliwości kandydatów. Ponadto ważne jest, aby stanowisko było atrakcyjne dla grupy docelowej rekrutacji, dzięki czemu zwiększy się liczba kandydatów do późniejszej selekcji. Należy pamiętać, że rekrutacja jest procesem skomplikowanym, a także może być dla organizacji procesem drogim (zwłaszcza przy obsadzaniu wyższych stanowisk kierowniczych czy specjalistycznych). Wymaga dokładnego określenia potrzeb organizacji i odbywa się w określonych realiach rynku pracy⁶. We wszystkich podanych powyżej definicjach można znaleźć wspólne elementy: pozyskiwanie kandydatów na wolne stanowiska pracy w określonej liczbie umożliwiającej spośród nich selekcję; działania informacyjne, które prowadzone są przez organizację dla poinformowania na temat samej organizacji oraz o warunkach uczestnictwa w niej;

² Wojewódzki Urząd Pracy w Warszawie, Centrum Informacji i Planowania Kariery Zawodowej, *Selekcja i rekrutacja. Przegląd stosowanych metod i narzędzi. Zeszyt Informacyjny*. Warszawa, 2013, s. 3.

³ A. Pocztowski, *Zarządzanie zasobami ludzkimi*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2008, s. 137.

⁴ T. Listwan, *Zarządzanie kadrami*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 115.

⁵ B. Jamka, *Dobór zewnętrzny i wewnętrzny pracowników. Teoria i praktyka*, Difin, Warszawa 2001, s. 17.

⁶ Z. Ścibiorek, *Zarządzanie zasobami ludzkimi*, Difin, Warszawa 2010, s. 66–70.

kształtowanie pozytywnego wizerunku oraz chęci zatrudnienia przez organizację.

Planowanie zasobów ludzkich, stworzenie profilu kompetencji oczekiwanego kandydata oraz przeprowadzenie analizy miejsca pracy są czynnikami poprzedzającymi etap rekrutacji. Najważniejszym celem procesu rekrutacji jest zainteresowanie jak największej liczby osób, które odpowiadają oczekiwaniom i wymaganiom pracodawcy. Głównym zadaniem rekrutacji jest zatem zapewnienie personelu w takiej liczbie, miejscu oraz czasie, która pozwoli na uzupełnienie aktualnych bądź pojawiających się niedoborów kadrowych w obrębie firmy oraz w jej otoczeniu⁷. Podane podejście podkreśla, iż podstawowym celem jest zyskiwanie takiej liczby pracowników, by określone wcześniej zapotrzebowanie personalne w ujęciu jakościowym, ilościowym, czasowym oraz przestrzennym były zgodne, zaś obsadzenie wolnych stanowisk miało odzwierciedlenie w celach i strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa⁸. M. Rosak i K. Tomaszycy podkreślają z kolei, że w procesie rekrutacji ważne jest to, iż poszukiwane są talenty wśród kandydatów na pracowników, a także tworzone są w miarę możliwości najlepsze grupy kandydatów na dane stanowisko pracy⁹.

W literaturze naukowej można odnaleźć różnorodne podziały na rodzaje rekrutacji. Wielość tych podziałów zależy od przyjętego kryterium. Ze względu na zakres poszukiwań kandydatów, wyróżniamy rekrutację szeroką i wąską. Z pierwszym rodzajem mamy do czynienia wówczas, gdy rozumiana jest jako ogólny proces związany z zatrudnianiem nowych pracowników przez przedsiębiorstwo lub jako działanie mające na celu dotarcie w tym samym czasie do jak największej liczby potencjalnych kandydatów. Opiera się na kierowaniu swojej oferty na temat zatrudnienia na szerokim rynku pracy. Posiada proste oraz standardowe procedury, które mają przyciągać kandydatów na operacyjne stanowiska¹⁰. Jest wskazana dla firm chcących zyskać

⁷ K. Schwan, K. Seipel, *Marketing kadrowy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1997, s. 63.

⁸ M. Gableta, *Potencjał pracy przedsiębiorstwa*, Wydawnictwo AE we Wrocławiu, Wrocław 2006, s. 70.

⁹ M. Rosak, K. Tomaszycy, *Rekrutacja i selekcja pracowników w świetle kompetencji personelu*, Zeszyty Naukowe Ostrołęckiego Towarzystwa Naukowego” 22 (2008), s. 257.

¹⁰ M. Kostera, *Zarządzanie personelem*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2010, s. 59; por. Taż, S. Kownacki, *Zarządzanie potencjałem społecznym w organizacji*, w: *Zarządzanie. Teoria i praktyka*, red. A.K. Koźmiński, W. Piotrowski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999, s. 463.

pracowników produkcyjnych¹¹. Jest stosowana podczas poszukiwania pracowników do realizowania prostych prac, które nie wymagają specjalistycznego przygotowania do wykonywania zawodu, np.: sprzedawcy. Celem tego typu rekrutacji jest dotarcie do jak największego grona odbiorców mogących być potencjalnymi pracownikami. Dzięki temu jest większe prawdopodobieństwo trafnego obsadzenia wolnych stanowisk w firmie¹².

W wąskim zaś znaczeniu, rekrutacja pojmowana jest jako początkowy etap złożonego procesu zatrudniania w organizacji lub gdy poszukiwani są kandydaci posiadający specjalistyczne kwalifikacje i umiejętności. Dlatego nazywana jest także rekrutacją segmentową lub wyspecjalizowaną. Skierowana jest do konkretnej grupy kandydatów, którzy mają określone cechy, jak zawód, umiejętność, wykształcenie czy kwalifikacje. Ma ona za zadanie przyciągać kandydatów – specjalistów. Koncentruje się ona przede wszystkim na kierownikach wyższych szczebli bądź specjalistach konkretnego rodzaju. Cechą charakterystyczną jest indywidualne traktowanie każdego kandydata, ponieważ określone kryteria odrzucają znaczną część chętnych na wolne stanowisko pracy. Rekrutacja ta pociąga za sobą wyższe koszty niż rekrutacja szeroka¹³. Ponadto rozróżniamy także rekrutację aktywną i pasywną, wewnętrzną i zewnętrzną.

Rekrutacja spełnia w organizacji szereg funkcji, do najważniejszych z nich można zaliczyć: informacyjną – ukazuje warunki na określonym stanowisku oraz potrzeby konkretnego zatrudnienia na właściwym rynku pracy; motywacyjną – kształtuje wśród potencjalnych kandydatów właściwe zainteresowanie w ubieganiu się o konkretne stanowisko; preselekcyjną – to proces weryfikowania ofert, które nie znajdują się w kręgu zainteresowań danej firmy.

Poza rekrutacją, w doborze pracownika, istotnym procesem jest selekcja, często uważana za jeden z podstawowych etapów samej rekrutacji. Selekcja umożliwia ostateczne wybranie kandydata na wolne stanowisko pracy. Z tego powodu ma ona ogromne znaczenie w organizacji i ważne jest, by była dokładnie i prawidłowo przeprowadzana. Chodzi bowiem o dobór najlepszych kandydatów na wolne stanowisko pracy, co ma wpływ na zwiększenie konkurencyjności przedsiębiorstwa na rynku.

¹¹ J.A. Rossiter, *Zarządzanie zasobami ludzkimi w małym przedsiębiorstwie*, Wydawnictwo ACDI, Warszawa 2000, s. 19.

¹² J.A.F. Stoner, Ch. Wankel, *Kierowanie*, Wydawnictwo PWE, Warszawa 1997, s. 282.

¹³ Tamże.

Niektórzy badacze uważają, że selekcja jest ostatnim przedsięwzięciem wspomagającym proces doboru pracowników. Jej istota polega na „ocenie przydatności zawodowej każdego kandydata i wyborze kandydata o największej przydatności”¹⁴. Głównym celem selekcji jest wybranie najlepszego kandydata odpowiadającego profilowi stanowiska pracy. W ten sposób przyjęty pracownik może wykonywać zadania, które sprawiają mu satysfakcję przy jednoczesnej minimalizacji wkładanego wysiłku i energii.

Podobnie, jak w przypadku pojęcia rekrutacji, w literaturze można spotkać wiele definicji selekcji. Według M. Rosak i K. Tomaszyckiego, selekcja to organizowanie liczby kandydatów oraz pozostawianie spośród nich jedynie tych, którzy posiadają najlepsze kwalifikacje na dane stanowisko pracy, co umożliwia osiągnięcie celów założonych przez organizację. Podczas tego procesu ma miejsce ocena kandydatów pod względem stopnia realizacji stawianych przed nimi zadań¹⁵. I.A. Baruk wyszczególnia dwa główne typy selekcji: selekcję prostą (która określana jest także mianem jednofazowej) oraz selekcję złożoną, pojmowaną także jako selekcję wielofazową¹⁶. We wspomnianej selekcji prostej wskazać można kilka podstawowych etapów: selekcja wstępna, wywiady i rozmowy z kandydatami, badania kompetencyjne, badania testowe osobowości kandydatów, analiza porównawcza, wywiad pogłębiany, wybór kandydata, podpisanie umowy. Poszukiwanie kompetentnych pracowników, a także kształtowanie warunków, które będą skłaniać ich do aktywnego oraz efektywnego uczestniczenia w życiu danej firmy stanowi sztukę i jest głównym celem zarządzania zasobami ludzkimi. Duże znaczenie selekcji w organizacji wynika z faktu, iż jest procesem zbierania informacji o kandydatach na wolne stanowiska pracy oraz dokonywania wyboru najlepszego z nich. Dokonanie tego wyboru określane jest mianem doboru zawodowego i zakłada on dwa główne cele: produkcyjny – wybranie kandydatów na wolne stanowisko pracy, którzy będą najlepiej wykonywać daną pracę oraz eliminowanie tych, którzy do takiej pracy się nie nadają; społeczny – wybieranie pracy dla ludzi pod kątem posiadanych przez nich zainteresowań oraz motywów, by wykonywali pracę z jak największą efektywnością i osiągalni z niej satysfakcję.

¹⁴ J. Marek, *Pozyskiwanie i dobór personelu. Kształtowanie zatrudnienia w organizacji*, Difin, Warszawa 2008.

¹⁵ M. Rosak, K. Tomaszycycki, *Rekrutacja i selekcja*, s. 257.

¹⁶ M. Dobrzyński, *Kierowanie kadrą*, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1978, s. 84.

W początkowej fazie selekcji konieczne jest określenie kryteriów, które zostaną wykorzystane w dalszych etapach tego procesu. Dotyczą one określonych cech kandydata, które wpływają na zatwierdzenie lub odrzucenie kandydatury. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo zdecyduje się na wybór więcej niż jednego kryterium, wtedy konieczne jest przyznanie poszczególnym kryteriom określonych rang czy też wag. Zestawienie tych rang nadaje pewną wartość danym cechom kandydata, które są konieczne do wykonywania pracy, o którą się ubiega. Trzeba zauważyć, że istnieje wiele rodzajów kryteriów selekcji, które są stosowane przez przedsiębiorstwa, m.in.: kryteria sformalizowane, niesformalizowane, ilościowe i jakościowe, pozytywne, negatywne i uboczne, obiektywne, subiektywne, ogólne, specyficzne i inne¹⁷.

Zastosowanie i dobór właściwych technik i metod w procesie selekcji decyduje o słuszności przyjęcia odpowiedniej osoby na wolne stanowisko pracy. Wybrane metody selekcji umożliwiają organizacji określenie cech kandydatów oraz identyfikację pożądanych umiejętności odpowiadających wymaganiom określonego miejsca pracy. Należy podkreślić, że istnieje wiele czynników, które bezpośrednio wpływają na wybór właściwej metody w procesie selekcji. Najpopularniejszą metodą wykorzystywaną podczas selekcji kandydatów jest analiza dokumentów aplikacyjnych, które są składane przez osoby ubiegające się o określone miejsce pracy (cv, list motywacyjny, rekomendacje, dyplomy, świadectwa, itp.). Kolejną popularną metodą ułatwiającą prowadzenie procesu selekcji jest wywiad. Może przybierać różne formy: podstawowy, pogłębiony, zogniskowany, problemowy, biograficzny, swobodny, kompetencyjny, itp.¹⁸ Do pozostałych metod można zaliczyć także m.in.: referencje oraz testy i *Assessment Center* (AC).

2. METODY I NARZĘDZIA REKRUTACJI I SELEKCJI PRACOWNIKÓW ZA POMOCĄ SIECI DEKODERÓW TELEWIZJI KABLOWEJ

Środki masowego przekazu w obecnym czasie odgrywają istotną rolę w życiu człowieka i do tego stały się nieodłącznym elementem współczesnego świata. Mają silne oddziaływanie na myśli, uczucia i wyobraźnię człowieka. Wchodzą w głąb życia społecznego nie mając przy tym ani barier

¹⁷ Zob. M. Armstrong, *Zarządzanie zasobami ludzkimi*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.

¹⁸ M. Juchnowicz, *Narzędzia i praktyka zarządzania zasobami ludzkimi*, Poltext, Warszawa 2003.

wiekowych ani środowiskowych. Z biegiem czasu ich zasięg i wpływ jest coraz większy. Środki masowego przekazu – mass media – „określa się jako ogół elektrycznych i elektronicznych sposobów odtwarzania, zapisywania i rozpowszechniania obrazów i dźwięków, które stosuje się w komunikowaniu masowym w celu zorganizowanego odbioru indywidualnego lub zbiorowego”¹⁹. Zalicza się do nich: telewizję, Internet, prasę, radio i fotografię. Są to zatem urządzenia, instytucje, za pomocą których przekazuje się pewne treści do dużej liczby osób i zróżnicowanych odbiorców. Lista funkcji mass mediów jest dość długa, jednak najczęściej wymienia się funkcje: informacyjną, opiniotwórczą, edukacyjną (wychowawczą), rozrywkową, integracji społecznej, propagandową²⁰. Zgodnie z funkcją integracji społecznej, telewizja jako medium komunikacji pomiędzy pracodawcą a pracownikiem wydaje się być naturalną drogą poszukiwania najlepszych metod interakcji. Zainteresowanie mediami wynika z tego powodu, że same media – w skali kraju i świata – wywierają coraz większy wpływ na życie społeczne. Dzięki mediom, a zwłaszcza telewizji, ludzie wiedzą coraz więcej, zwiększają swój udział w życiu społecznym, politycznym i kulturalnym. Dlatego nie sposób wyobrazić sobie dzisiaj działalności jakiegokolwiek większej instytucji, urzędu czy organizacji, które nie byłyby zainteresowane współpracą z mediami. I odwrotnie – nie ma obecnie osób, instytucji i problemów, które stanowiłyby dla mediów temat tabu. Media zmieniły styl życia, system wartości i wzorce zachowań ludzi, grup społecznych i całych społeczeństw. Wywarły i nadal wywierają ogromny wpływ na pracę, wypoczynek, życie publiczne i polityczne, na system kształcenia i wychowania.

Opracowane rozwiązanie w postaci aplikacji (systemu informatycznego) zintegrowanego z systemem zarządzania siecią dekodatorów telewizji kablowej pozwoli na wprowadzenie do oferty operatorów dodatkowej usługi polegającej na przeprowadzaniu procesu wstępnej rekrutacji za pośrednictwem ekranów telewizyjnych, w sposób łatwy w odbiorze, bez uczestnictwa osób trzecich i konieczności posiadania dostępu do Internetu. Telewizor jako medium dotychczas był wykorzystywany w bardzo wąskim zakresie. Zazwyczaj w postaci usług dla społeczności lokalnej, poprzez angażowanie się w miejscowe sprawy, zwłaszcza jeśli było to związane z możliwością przyciągnięcia odbiorców. Jednak reklamy telewizyjne są bardzo kosztowne (ko-

¹⁹ A. Lepa, *Pedagogika mass mediów*, Archidiecezjalne Wydawnictwo Łódzkie, Łódź 2000, s. 39.

²⁰ Zob. M. Ejsmont, B. Kosmalska, *Media, wartości, wychowanie*, Oficyna Wydawnicza Impuls, Kraków 2008.

szty czasu antenowego), jak również wydatki związane z realizacją takiego przedsięwzięcia, by przygotować profesjonalną reklamę czy ogłoszenie. Za wykorzystaniem telewizji jako medium do rekrutacji pracowniczey przemawia fakt, że zazwyczaj posiada ona bardzo dokładne dane z badań rynkowych na temat profilu odbiorów, którzy oglądają telewizję o różnych porach dnia. A zatem można wybrać najlepszą porę emisji ogłoszenia o pracę.

Proces rekrutacji pracowniczey za pomocą dekodertw telewizji kablowej daje znacznie większe i tańsze możliwości. Dekoder z prostym interfejsem do procesu rekrutacji, obsługiwany za pomocą kilku klawiszy pilota zdaje się być najbardziej komfortowym i najszybszym sposobem pozyskiwania informacji o potencjalnych kandydatach na danym terenie. Telewizor ciągle pozostaje dominującym medium dla komunikacji masowej. Możliwość jego wykorzystania przełoży się na powszechną dostępność do opisywanej usługi, a dostosowanie interfejsu i sposobu jego obsługi do możliwości i potrzeb także osób o niskich kompetencjach cyfrowych (co jest trudne do zrealizowania w przypadku rekrutacji on-line). To unikatowe rozwiązanie pozwoli na włączenie do procesu szerokiej grupy osób, w tym osób starszych i tych o niskich kompetencjach technologicznych. Kandydat udzieli odpowiedzi za pomocą przycisków na pilocie telewizora, postępując zgodnie z wyświetlaną na telewizorze instrukcją.

Aplikacja zintegrowana z systemem zarządzania siecią dekodertw telewizji kablowej pozwoli na wstępną rekrutację i selekcję kandydatów, dzięki której możliwe jest dobranie struktury populacji pracowników pod kątem wybranych cech społeczno-demograficznych zamawiającego usługę przedsiębiorcy, urzędu pośrednictwa pracy, stowarzyszenia lub organizacji: wieku, płci, wykształcenia, dochodów, miejsca zamieszkania i innych.

Do największych zalet procesu rekrutacji i selekcji za pośrednictwem nowego medium należą: duży zasięg geograficzny, dostęp do szerszych i zróżnicowanych grup oraz populacji trudno dostępnych (do kilkudziesięciu tysięcy osób), szybki sposób dotarcia do wybranej grupy, co pozwala na oszczędność czasu, również w zakresie opracowania danych, gdyż dane te dostępne są od razu w wersji elektronicznej (baza danych o kandydatach), następnie archiwizowane. Możliwe jest zastosowanie rozwiązań opartych na chmurze danych. Co więcej, operatorzy sieci telewizji kablowej będą mogli realizować proces poszukiwania kandydatów samodzielnie (na własne potrzeby) oraz na potrzeby: przedsiębiorców, organizacji non-profit, instytucji lub udostępniać narzędzie wyspecjalizowanym agencjom rekrutacyjnym. Ponadto, aplikacja będzie posiadała funkcję geolokalizacji, co pozwoli na realizację rekrutacji i selekcji zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego. Będzie bo-

wiem pozwalała na przeprowadzenie usługi nie tylko w zasięgu krajowym, ale także w zasięgu lokalnym czy regionalnym, z możliwością wyróżnienia wsi, miast, powiatów i województw, a także wyselekcjonowanie docelowej grupy potencjalnych pracowników pod kątem wybranych cech.

Aplikacja ta będzie realizowana jako dodatkowa funkcja „telewizyjna”, czyli wyświetlana podczas emisji sygnałów programów telewizyjnych z opcją włączenia się w proces rekrutacji, bądź ich pominięcia. Wzięcie udziału przez abonenta danej sieci telewizji kablowej w procesie rekrutacji i selekcji będzie skutkowało naliczaniem punktów, które – zgodnie z ustaleniami z operatorem – będą przekładały się na profity związane z powiększeniem oferty usług telekomunikacyjnych (telewizja, Internet, telefon) bądź obniżką ceny za aktualną opłatę abonamentową.

Przewaga rekrutacji i selekcji pracowników realizowana za pomocą sieci dekodatorów telewizji kablowej nad tradycyjnymi i nowoczesnymi metodami rekrutacji wynika przede wszystkim z:

- możliwości sformułowania ogłoszenia do różnych grup docelowych: pracowników fizycznych i niższego szczebla, pracowników wyższego szczebla – dyrektorów, osób z doświadczeniem w zarządzaniu (personalem, produkcją, łańcuchem dostaw, itp.). Możliwość przeprowadzenia wstępnego wywiadu rekrutacyjnego, gdzie odpowiedzi kandydata udzielane są za pomocą przycisków pilota telewizora;
- możliwości znalezienia pracy w rozsądnej odległości od miejsca zamieszkania pozwoli na zachowanie higieny życia, zgodnie z zasadą *work life balance* – prowadzącej do zbalansowania pomiędzy życiem osobistym a zawodowym poprzez ograniczenie konieczności poświęcenia dużej ilości czasu na dojazdy do pracy i powroty z niej. Dlatego funkcjonalność systemu będzie zapewniać funkcję geolokalizacji i pozwoli na realizację procesu rekrutacji w określonym promieniu odległości od umiejscowienia przedsiębiorstwa poszukującego określonych profili kwalifikacji zawodowych;
- niskiego kosztu rekrutacji i możliwości obniżenia kosztów realizacji procesów poszukiwania pracowników na rynku pracy w relacji do liczby potencjalnych kandydatów (wzrasta szansa dotarcia z ofertą do szerszej grupy osób) – zarówno aktywnie poszukujących pracy, jak i tych, którzy aktualnie zmuszeni są pracować poniżej swoich kwalifikacji z konieczności; niski koszt jednej rekrutacji dla klienta końcowego w porównaniu z tradycyjnymi metodami rekrutacji i selekcji pracowników oferowane przez agencje HR (około 300 zł);
- przeznaczenia dla szerokiego grona podmiotów związanych z rekrutacją i selekcją pracowniczą, gdyż użytkownikami końcowymi mogą być

przedsiębiorcy, firmy rekrutujące, agencje pośrednictwa pracy, powiatowe urzędy pracy;

- skutecznej metody dotarcia z informacją o ofertach pracy do szerszej grupy potencjalnych kandydatów. Powszechna dostępność do usługi poprzez jedno z najpowszechniejszych medium, jakim jest telewizja, to lepszy dostęp do wszystkich grup społecznych w Polsce;

- przyjaznej dla użytkownika formy rekrutacji – komunikaty z interaktywnymi ofertami pracy trafiają do potencjalnych zainteresowanych w czasie poświęconym na relaks, tj. przeznaczonym na oglądanie telewizji, na którą to aktywność poświęca się w Polsce przeszło 4 godziny dziennie. Trudno o znalezienie przyjemniejszej formy rekrutacji;

- powszechna dostępność do usługi oraz dostosowanie interfejsu do możliwości i potrzeb osób o niskich kompetencjach cyfrowych, w tym do osób w wieku 50+.

Wszystkie metody i techniki selekcji oraz rekrutacji pracowniczej za pośrednictwem aplikacji na dekodery telewizji kablowej będą rzetelne i mają następujące cechy:

- zaufany kanał rekrutacyjny – telewizja może być zaufanym kanałem rekrutacji dla potencjalnych pracowników, gdy publikuje wiarygodne ogłoszenia o pracę, gdy publikowane oferty pochodzą od dbającego o reputację pracodawcy;

- wielotorowość – rekrutacja za pomocą dekodów telewizji kablowej może być jedyną bądź uzupełniającą metodą rekrutacyjną, dzięki temu zwiększa się szanse na dotarcie do większej liczby potencjalnych pracowników i kandydatów;

- networking – aplikacja do rekrutacji umożliwi budowanie i rozpowszechnianie sieci biznesowych relacji, publikując informacje o procesach rekrutacji w danej branży czy środowisku (na wzór kongresów i spotkań branżowych);

- innowacyjność, wiarygodność i transparentność – proces rekrutacji za pomocą dekodera telewizji kablowej może spełniać jednocześnie dodatkowe funkcje – może być sposobem na promocję firmy i budowanie jej pozytywnego wizerunku wśród ogółu społeczeństwa, docierając jednocześnie do zainteresowanych osób. Będzie można uzyskać nie tylko informacje o oferowanym stanowisku pracy, ale także o samym pracodawcy;

- wstępna ocena przydatności kandydata – aplikacja daje możliwość przeprowadzenia pewnych ćwiczeń, symulacji, zadań, które pomogą ocenić rzeczywiste kompetencje kandydata;

– różnorodność – zarządzanie różnorodnością w organizacjach jest coraz powszechniejsze. Nie tylko różnorodność pod kątem płci, wieku czy narodowości, ale także pod kątem innej wiedzy, doświadczenia czy etosu pracy. Ważne, by różnorodność ta się uzupełniała – młodszy uczy się od starszych i na odwrót. Rekrutacja za pomocą dekodów telewizji cyfrowej daje możliwość pozyskania pracowników według różnych cech społeczno-demograficznych i pozwala na wstępną selekcję takiej grupy. „Dzisiaj pracodawcy muszą wyjść poza schemat klasycznego zamieszczania ogłoszeń w Internecie. Poszukiwanie nowych pracowników musi odbywać się wielokanałowo z wykorzystaniem często – jak między innymi w reklamie – innowacyjnych i przykuwających uwagę metod” – podsumowuje Ireneusz Wolski, Dyrektor ds. Rozwoju w Brainstorm Group²¹.

Narzędzia badawcze opracowane w formie aplikacji na dekodery telewizji kablowej mają szerokie możliwości zastosowania. Ich celem jest nie tylko dotarcie do osób o różnym statusie na rynku pracy – zarówno do tych, którzy nie posiadają aktualnie pracy, jak również do pracujących zawodowo – ale także zbadanie motywacji do zmiany pracy oraz potrzeb szkoleniowych podnoszących kwalifikacje i kompetencje zawodowe.

Narzędzie badawcze w postaci kwestionariusza ankiety rekrutacyjnej, jest jednym z najbardziej popularnych narzędzi stosowanych w badaniach społecznych. To zazwyczaj logiczny, jasny i spójny ciąg pytań dotyczących wybranego zagadnienia czy problemu badawczego. Spełnia kilka ważnych funkcji: powoduje przełożenie teorii badawczej na język konkretnych pytań dostarczających informacji, na jakich faktycznie zależy badaczowi, ponadto pozwala na ilościową bądź/i jakościową analizę danych, w zależności od obranego celu badań. Możliwości zastosowania kwestionariusza są więc bardzo szerokie, dlatego też wygląd, ilość i rodzaj stosowanych pytań są różne i każdorazowo dostosowane do problemu badawczego.

Narzędzie badawcze do rekrutacji i selekcji pracowniczej w postaci aplikacji na dekoder cyfrowy umożliwia zastosowanie różnorodnych typów pytań, biorąc pod uwagę kilka ich kategorii. Z uwagi na cel pytań, można wykorzystać pytania: wprowadzające, o opinie, o fakty, o wiedzę, o źródła informacji, o motyw, o sugestie i sondujące. Ze względu na budowę pytań, dekoder pozwala na zastosowanie pytań zamkniętych i otwartych (logicznie i technicznie), a także pytań dopełnienia, z szeregowaniem alternatyw (rangowaniem), pytań-skal (skal nominalnych, porządkowych, interwałowych,

²¹ Zob. www.mamstartup.pl [dostęp: 30.01.2018].

ilorazowych). Kolejną grupę pytań stanowią pytania rozróżniane ze względu na zakres podejmowanej przez nie problematyki. Możemy zadać pytania globalne i szczegółowe. W kategorii ukazującej sposób nawiązywania do danego problemu możemy zastosować pytania bezpośrednie i pośrednie. Urządzenie z aplikacją do rekrutacji pracowników daje nam także możliwość wykorzystania pytań w zależności od pełnionej funkcji w badaniach: pytania metryczkowe, filtrujące, wykluczające się, sprawdzające, podchwytliwe i puste²².

Aplikacja do rekrutacji pracowników za pomocą sieci dekodów telewizji cyfrowej będzie głównie wykorzystywana do rekrutacji szerokiej, która rozumiana jest jako ogólny proces związany z zatrudnianiem nowych pracowników przez przedsiębiorstwo lub jako działanie mające na celu dotarcie w tym samym czasie do jak największej liczby potencjalnych kandydatów. Opiera się na kierowaniu swojej oferty na temat zatrudnienia na szerokim rynku pracy²³. Posiada proste oraz standardowe procedury, które mają przyciągać kandydatów na operacyjne stanowiska²⁴. Jest wskazana dla firm chcących zyskać pracowników produkcyjnych²⁵. Jest stosowana podczas poszukiwania pracowników do realizowania prostych prac, które nie wymagają specjalistycznego przygotowania do wykonywania zawodu np.: sprzedawcy. Celem tego typu rekrutacji jest dotarcie do jak największego grona odbiorców mogących być potencjalnymi pracownikami. Dzięki temu jest większe prawdopodobieństwo trafnego obsadzenia wolnych stanowisk w firmie²⁶.

Kwestionariusz do przeprowadzania procesu rekrutacji pracowniczej za pośrednictwem sieci dekodów telewizji kablowej będzie posiadał następujące zalety techniczne: zawiera informację o sposobie udzielania odpowiedzi (np. proszę udzielić odpowiedzi wciskając odpowiednią cyfrę na pilocie telewizora); wyświetla komunikat z informacją, do kogo skierowana jest oferta pracy (ankieta rekrutacyjna), by już na początku dokonać wstępnej selekcji kandydatów pod kątem wybranych cech społeczno-demograficznych; aplikacja będzie umożliwiała rejestrację użytkownika i możliwość przeglądania wybranych ofert pracy w dowolnym czasie, dostępnych po zalogowa-

²² L.A. Gruszczyński, *Kwestionariusze w socjologii. Budowa narzędzi do badań surveyowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2008.

²³ M. Kostera, *Zarządzanie personelem*, s. 59.

²⁴ Taż, S. Kownacki, *Zarządzanie potencjałem społecznym*, s. 463.

²⁵ J.A. Rossiter, *Zarządzanie zasobami ludzkimi*, s. 19.

²⁶ A.F. Stoner, Ch. Wankel, *Kierowanie*, s. 282.

niu się do systemu; aplikacja ma charakter interaktywny. Po złożeniu swojej aplikacji, możemy oczekiwać odpowiedzi od pracodawcy.

ZAKOŃCZENIE

Współcześnie praktyczny wymiar zarządzania zasobami ludzkimi jest całkowicie inny niż kiedyś. Na czele stawiane są kompetencje i zadowolenie pracowników jako warunki konieczne do osiągnięcia celów firmy. Ogromną rolę zyskało efektywne wykorzystanie potencjału ludzkiego jako czynnika sukcesu przedsiębiorstwa w branży. Wiele organizacji przyjęło już za pewne, że innowacyjność i nowe technologie swój początek mają właśnie w wysoko wyspecjalizowanej kadrze. Odpowiednia jakość kadry, pozyskiwanej dzięki precyzyjnie określonym wymaganiom względem wiedzy, umiejętności i kwalifikacji przyszłych pracowników, pozwala lepiej wykorzystywać potencjał ludzki. Zarządzanie zasobami ludzkimi zyskało fundamentalne znaczenie w strategiach i procesach optymalizacji działań organizacji na równi z zarządzaniem kosztami czy ryzykiem. Procedury doboru kandydatów, programy szkoleniowe i zaawansowane systemy motywacyjne stały się ważnym czynnikiem zwiększającym kapitał intelektualny firm i maksymalizującym ich rozwój. Takie podejście do procesów rekrutacji i selekcji oraz ogólnie do zarządzania zasobami ludzkimi znacząco zwiększa konkurencyjność przedsiębiorstw w ich podstawowej działalności, ale również podnosi ich wartość na rynku pracy. Pracodawca, który zakłada, że pracownicy są ważniejsi niż pieniądze, a ich lojalność, zaangażowanie i entuzjazm są wartością dodaną organizacji, poprawia swój wizerunek. To właśnie ludzie tworzący firmy, podejmujący w nich decyzje, wykonujący codzienną pracę, są prawdziwym kapitałem, a ich działania mogą budować sukces organizacji lub zdecydować o jej porażce. Organizacje starają się budować swoją przyszłość w oparciu o swoich pracowników. To ich kreatywność i zaangażowanie są najważniejszymi czynnikami zwiększającymi konkurencyjność firm we współczesnej gospodarce²⁷. Każda współczesna firma powinna starać się pozyskać i zgromadzić jak największe pokłady niemierzalnych wartości, jak wiedza, doświadczenie, czy specyficzne kompetencje, poprzez staranny dobór kadry i utrzymanie stałego zatrudnienia. Ponieważ są to wartości unikalne, organizacje zasadniczo różnią się od siebie i inaczej funkcjonują w prze-

²⁷ *Teoretyczne i praktyczne aspekty funkcjonowania gospodarki*, red. T. Bernat, Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2009, s. 213.

strzeni gospodarczej. Z kolei odpowiednie wykorzystanie zgromadzonego kapitału ludzkiego, który w ujęciu funkcjonalnym ma charakter strategiczny dla firmy, pozwala organizacji zdobywać i utrzymać pozytywny wizerunek, reputację oraz przewagę konkurencyjną.

PIŚMIENNICTWO

- Amstrong, Michael. 2011. *Zarządzanie zasobami ludzkimi*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Bernat, Tomasz (red.). 2009. *Teoretyczne i praktyczne aspekty funkcjonowania gospodarki*. Szczecin: Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Dobrzyński, Marcin. 1978. *Kierowanie kadrami*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Ejsmont, Marek, i Beata Kosmalska. 2008. *Media, wartości, wychowanie*. Kraków: Oficyna Wydawnicza Impuls.
- Gableta, Małgorzata. 2006. *Potencjał pracy przedsiębiorstwa*. Wrocław: Wydawnictwo AE we Wrocławiu.
- Gruszczyński, Leszek A. 2008. *Kwestionariusze w socjologii. Budowa narzędzi do badań surveyowych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Jamka, Beata. 2001. *Dobór zewnętrzny i wewnętrzny pracowników. Teoria i praktyka*. Warszawa: Difin.
- Juchnowicz, Marta. 2003. *Narzędzia i praktyka zarządzania zasobami ludzkimi*. Warszawa: Poltext.
- Kostera, Monika, i Stanisław Kownacki. 1999. „Zarządzanie potencjałem społecznym w organizacji.” W *Zarządzanie. Teoria i praktyka*, red. Andrzej K. Koźmiński, i Włodzimierz Piotrowski, 455–481. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Kostera, Monika. 2010. *Zarządzanie personelem*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Lepa, Adam. 2000. *Pedagogika mass mediów*. Łódź: Archidiecezjalne Wydawnictwo Łódzkie.
- Listwan, Tadeusz. 2010. *Zarządzanie kadrami*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Marek, Jadwiga. 2008. *Pozyskiwanie i dobór personelu. Kształtowanie zatrudnienia w organizacji*. Warszawa: Difin.
- Pocztowski, Aleksy. 2008. *Zarządzanie zasobami ludzkimi*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Rosak, Mirosław, i Krzysztof Tomaszewski. 2008. „Rekrutacja i selekcja pracowników w świetle kompetencji personelu.” *Zeszyty Naukowe Ostrołęckiego Towarzystwa Naukowego* 22:255–270.
- Rossiter, Jill A. 2000. *Zarządzanie zasobami ludzkimi w małym przedsiębiorstwie*. Warszawa: Wydawnictwo ACDI.
- Schwan, Konrad, i Kurt G. Seipel. 1997. *Marketing kadrowy*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Stoner, James A.F., i Charles Wankel. 1997. *Kierowanie*. Warszawa: Wydawnictwo PWE.
- Ścibiorek, Zbigniew. 2010. *Zarządzanie zasobami ludzkimi*. Warszawa: Difin.

INNOVATIVE METHODS AND RESEARCH TOOLS
IN THE FORM OF APPLICATIONS IN THE PROCESS RECRUITMENT
AND PROFESSIONAL SELECTION

Summary. The recruitment and employee selection process must increasingly take into account the dynamic nature of the job positions, and the recruited candidates must be able to cope with the new requirements resulting from changes in job responsibilities. Therefore, the techniques are used to assess the professional suitability of candidates for a given position, but also suitability in the team and the entire organization (multilevel fit). For this purpose, among others: the video interviews, and the multimedia interactive tests are taken, where practical cases in video simulations are solved, or the testing of candidates via the Internet is taking place. It is also a mine of knowledge about a given candidate, especially when such a person is present in the network and actively participates in virtual social networks. The technology will in the future increasingly affect the recruitment and professional selection process and the new, unknown methods will emerge. The aim of the article is to show research methods and tools to recruit employees in the form of applications for digital television decoders. These tools increase access to current knowledge about the possibilities of the job market, expanding the range of available recruitment and selection methods for both the employee and the employer. Thus, the use of television as a carrier of information and opportunities for interaction in the job market is a natural choice.

Key words: tools and research methods, selection and recruitment, media, television, recruitment of employees

PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW OF SLOVAK REPUBLIC¹

Eva Szabová

Department of Criminal Law and Criminology
Trnava University in Trnava
Slovak Republic
<https://orcid.org/0000-0001-8776-5548>

Summary. If we want to talk about the issue of protection and respect for fundamental human rights in the legal environment of the Slovak Republic from the point of view of criminal law, I believe that the right which deserves special attention in this regard is the right to personal freedom and also the related right – right to health and life. I have decided to deal with this right and with the issue of its violation in the context of a specific criminal-law legal tool, namely pre-trial detention (custody). The reason for analyzing this legal measure is relatively simple. I believe that the custody represents one of the most radical interference with the personal freedoms and rights of the individual. The importance of this measure and its impact on the life and health of the persons can be demonstrated on the number of suicides committed during stay at custody. It must be noted that pre-trial detention is, in the comparison with the custodial sentence, only a temporary restriction of personal freedom, but in this regard it is necessary to emphasize that while in the case of imposed sentence we are talking about a person in respect of whom the court has already adopted the decision about his or her guilt on the basis of sufficient amount of evidences, in the case of pre-trial detention the principle of presumption of innocence is still applied. In other words, the person placed in custody is still regarded as innocent under the principle in question. The pre-trial detention cannot replace the prison sentence, even though such a punishment will probably be imposed on the accused at the end of the criminal proceedings. Custody does not have a sanctioning character in the sense of the Criminal Procedural Code, because it is explicitly only an act of detaining character and in comparison with the punishment of imprisonment it is a completely different independent criminal-law tool². In addition, it is appropriate to emphasize that criminal prosecution against an accused placed in custody is very often ended with an acquittal decision. Because of this reason I consider the issue of respecting for the right to personal freedom in the context of pre-trial detention as a very sensitive problematic that deserves a special attention.

Key words: right to personal freedom, pre-trial detention, criminal law, alternative measures, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Supreme Court of Slovak Republic, Constitutional Court of Slovak Republic

¹ This work was supported by Slovak Research and Development Agency under the Contract No. APVV-16-0106.

² Decision of the Supreme Court of Slovak Republic adopted at 17th June 2003, no. 6 Tz 3/2003.

INTRODUCTION

At first place of this article it is necessary to point out the basic attributes of national and European nature, which are associated with the analyzed criminal law legal tool. First of all, it is necessary to emphasize that the pre-trial detention that is contained in the provisions of sections 71 to 84 of Act No. 301/2005 Coll., The Criminal Procedural Code, is characterized primarily by its exceptional character, which can also be deduced from its facultative nature. In this connection, it is possible to point out the decision-making activities of the Supreme Court of the Slovak Republic, which states that custody must be understood as an exceptional mean of detaining the accused for the purposes of criminal proceedings if the facts established by law justify the necessity of its use for timely and appropriate clarification of criminal offenses and fair prosecution of offenders³.

In the light of the abovementioned facts, it may be added that when the fundamental rights and freedoms are restricted their substance and their meaning must be taken into account, and such restrictions may only be used for the established purpose. It is therefore desirable that the restriction of the individual's personal liberty by law enforcement state bodies should only be made when this process is legally justified and this restriction can be made only in the necessary range regarding the particular circumstances of the case even if the legal conditions are fulfilled⁴. It can be said that pre-trial detention is understood as the tool with ultima ratio character. Its application can only be taken into consideration when it is not possible to achieve the purpose pursued by the custody through other more lenient criminal-law measures, or by means of other branch of law (e.g. by applying labor law rules)⁵. National authorities should therefore always consider applying other less stringent measures⁶. The statement in question also reflects the principle of proportionality because the custody cannot be used if it is not proportionate, or in other words, if it would present a disproportionate strict procedural measure in view of the importance of the case and the expected sanction or,

³ Decision of Constitutional Court of Slovak Republic adopted at 18th October, no. II. ÚS 55/1998.

⁴ Ibidem.

⁵ Decision of the Supreme Court of Slovak Republic adopted at 26th August 2008, no. Tošs 26/2008.

⁶ Case *Ladent v. Poland*, application no. 11036/03, § 56.

if it is expected that criminal prosecution will be stopped⁷. In this regard, it should be stressed that such insight into the legal tool of detention is not only applied in the conditions of the Slovak Republic, but it also can be seen in the decision-making process of the European Court of Human Rights. According to the relevant jurisprudence of the Strasbourg court, the custody must be an appropriate measure through which the stated aim can be achieved⁸.

From the European and international point of view it can be said that issue in question is governed also by European convention on human rights and fundamental freedoms. The right to personal freedom is formulated in its art. 5 in a following way:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

- a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
- b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfillment of any obligation prescribed by law;
- c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
- d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
- e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
- f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

⁷ Decision of the Supreme Court of Slovak Republic adopted at 7th October 1993, no. 2 Ntv 382/1993.

⁸ Case *Ladent v. Poland*, application no. 11036/03, § 56, § 55–56.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation”.

OVERCROWDING OF DETENTION INSTITUTIONS IN REGARD WITH THE RIGHT TO PERSONAL FREEDOM

In connection with the described nature of the custody as a measure of the ultima ratio, I want to point to a problem in relation to which it cannot be said that there is a clear violation of the right to personal freedom but in the context of which a fundamental question arises. It is a question whether respecting of the legal conditions formulated by the legislator in the provisions of § 71 of Criminal Procedural Code, so the conditions for the taking of a person into a custody, is sufficient to conclude that the right to the personal freedom of the person concerned is not infringed. More specifically said, it is a problem of too frequent placing of the accused persons in custody. This problem is typical not only for the Slovak Republic but also for many other EU countries. This problem finds its concretization in the form of the overcrowding of the Institutions for the execution of the imprisonment and for the exercise of detention.

Nowadays the overcrowding of penal system is one of the most serious problems not only in Slovak Republic, but also in other European countries. This fact can be demonstrated through pointing to the annual report, which is drawn up every year by the Council of Europe on the basis of data submitted by individual European countries. The report highlights in the particular way the real situation of prison overcrowding in the monitored countries. In another words this report analyzes the situation, in which number of persons that are located in prison is higher than number of places in penal institutions. According to the recent report that was published by the Council of Europe on 14. March 2017 (data have been gained up to 1. September 2015)

penal institutions were overcrowded in fourteen European monitored countries. It should be noticed that this report collected not only information about states that are member states of European union, but also about the countries that are outside European union, but that can be at least partially considered as European state. However, if we look at the report with the intention of assessing the situation only in the EU Member States, we would have come to a rather overwhelming fact, which has emerged from the last report of the Council of Europe for the EU – out of the total number of states, which may be related to the overcrowding of penal institutions (it is the number eleven), ten States are members of the EU⁹.

Slovak Republic hasn't taken the place in the mentioned group of these eleven countries. However this fact doesn't mean that problem of the same nature cannot arise very easily also in our state. If we look at the development of the number of persons in custody and imprisonment institutions in the SR from the available statistic data, it is clear that the number of these persons is relatively high. The maximum value according to the *Statistical Yearbook of the Prison and Judicial Administration Corps* was recorded in the year 2012, where the total number of persons placed in these institutions was 10 956. The total capacity of these institutes in the Slovak Republic is 11 300 places. In this respect, however, it is necessary to point to a fact that is often forgotten in the assessment of the analyzed problem – it is the number of persons who were ordered to serve a sentence of imprisonment, but who did not come to prison institution to serve the sentence. Their number is 1600 per year. If, on the basis of the above mentioned facts, we imagine a scenario that the number of persons actually registered in the penal institutions 2015 would be increased by the number of persons who did not come to prison institution to serve the sentence, we would have to say that the SR would not have real places for 467 persons¹⁰.

In the context of report of Council of Europe it is necessary to mention, that Slovakia and the Czech Republic also got some placement according this report, because they were placed between the states with the highest number of prisoners for 100 000 inhabitants, concretely between the first seven¹¹.

⁹ Council of Europe, *Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations Survey 2014*, p. 36.

¹⁰ *Yearbooks of Corps of Prison and Court Guard for year 2015*.

¹¹ Council of Europe, *Annual Penal Statistics SPACE I*, p. 36.

The fact that the pre-trial detention is one of the major causes that lead to the overcrowding problem is undoubted can be demonstrated on many specific documents adopted by European Union (below only „EU”), in which the competent authorities of EU sought to identify the key reasons causing this negative situation. So the bodies of EU created several documents of non-legislative nature, in which they highlighted the problem of too frequent taking persons to the custody, so in another words the problem of violating the principle of proportionality, violating the principle of ultima ratio of custody, where the question about respecting the right of personal freedom is raising. These documents are mainly:

1) Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention¹² – its aim was to create an EU debate with Member States in this area, mainly solve the problems of pre-trial detention and also detention applied during the proceedings before the court;

2) Analysis of the replies to the Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention;

3) White paper on prison overcrowding – this document was adopted in September 2016. The Committee of Ministers approved the White Paper on prison overcrowding aimed at inciting member states to open a debate at national level regarding their penal system and to take decisions based on clear needs and objectives to be met in shorter and longer time-spans.

These documents have proved the existence of a clear link between the problem of prison overcrowding and the pre-trial detention. These documents identified two key issues that cause the problem in the form of prison overcrowding and that are tied with pre-trial detention:

a) poor implementation of the alternative measures, which is often caused by the lack of knowledge of judges about the negative aspects of the custody, and also by their reluctance to use alternatives to detention in a wider range, and

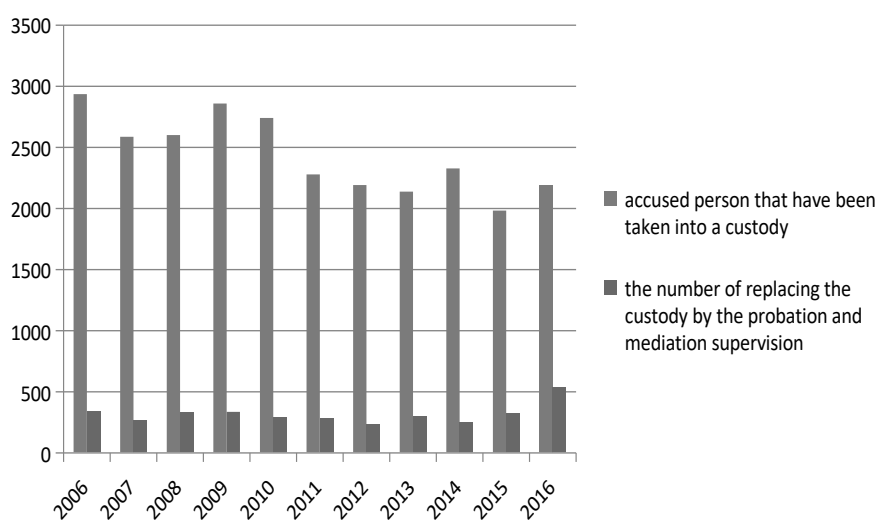
b) problem of frequent (in most Member States almost automatic) placement of non-residents in detention.

¹² European Commission, Strengthening mutual trust in the European judicial area – *A Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention*, Brussels, 14 June 2011, COM(2011) 327 final.

ALTERNATIVE NON-CUSTODIAL MEASURES AND MORE SUFFICIENT RESPECTING THE RIGHT TO PERSONAL FREEDOM

Because of the reason that the aim of this article is to deal with the problem of violating the principle of proportionality and the principle of *ultima ratio* nature of custody that, from our point of view, lead to insufficient respecting for right to personal freedom, in the following text we will deal only with the issue of poor application of the alternative measures. I am of the opinion that reluctance of Slovak courts to apply these tools can be understand as insufficient respecting for the right of personal freedom, because the judges take accused persons to the custody in spite of the fact that all legal conditions for applying alternative measure, formulated in Criminal Procedural Code, are met.

This negative situation can be demonstrated on the following graph, which shows, on the one hand, the number of persons for whom the court accepted the prosecutor's proposal for their detention and, on the other hand, the number of court decisions which replaced the custody by the supervision of probation and the mediation officer – this is only alternative measure that is registered in the relevant Slovak statistics¹³.



¹³ These data are contained in the *Yearbooks of Corps of Prison and Court Guard for years 2006 to 2016* and the *Yearbooks of Ministry of Justice of Slovak Republic for years 2006 to 2016*.

From the graph it is clear that the current use of alternative measures is actually very low. This condition exists despite the fact that in connection with this group of measures we could speak about significant positives which arise from the application of these measures not only for state but especially also for accused person. Because of the fact that this article focuses its attention particularly to the rights of accused person, it is important to describe positives that arise from alternative measures for this person.

By applying these measures the accused continues to practice their profession, employment, family care, it also allows him to preserve social relationships until time the person's guilt is finally shown in a final conviction of a court¹⁴. On the other hand we can mention the negatives of pre-trial detention, especially in the cases of persons who are convinced about their innocent. Many organizations that are active in this field highlighted serious impacts of situation when accused is placed into pre-trial detention. In this context, it is emphasized especially the negative impact of this situation on family life of the accused, and the consequences of a financial nature, which are caused by the fact that such person is deprived of real opportunities to acquire or procure salary, funds. Another problems and difficulties in this field have been identified in the sphere of preparation of the defence of an accused person placed in detention in comparison with a person who is prosecuted in a non-custodial way. In this context particularly significant consequences were identified in the group of these persons who felt innocent, on the basis of which they bear very hardly their "stay behind bars". According to the Fair Trial International for this group of people is very often diagnosed with diseases of primarily psychic origin and even with an increased risk of suicide¹⁵.

In this context I want to highlight the statistical data gained by the Corps of Prison and Court Guard of the Slovak Republic. When we look at the number of suicide and suicide attempts realized in Institutes for the Execution of Custody and Punishment of Imprisonment we can found out that in year 2016 there was recorded totally 6 suicides and 34 attempts of suicide. But totally stunning character has the fact that from that numbers there was four suicide and 19 attempts of suicide committed by accused person who

¹⁴ *White paper on prison overcrowding*, Document prepared by the Directorate General Human Rights and Rule of Law, Strasbourg, 24 September 2015, PC-CP (2015) 6 rev 2, p. 15.

¹⁵ Analysis of the *Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention*.

were executing a pre-trial detention¹⁶. In another words suicides or attempts of suicide are more often realized by persons who are executing custody than by the persons who are already convicted. I am of the opinion that this fact is the evidence that frequent taking accused to the custody is really big problem and that we must talk about huge and urgent necessity of solving this issue through any available solution. In this context it is important to say again that the most appropriate and the simplest solution in question is just a solution in the form of alternative non-custodial measures through which we can totally easily replace custody with some another criminal-law tool and through which it is possible to achieve the same aim as on the basis of the pre-trial detention.

Despite the existence of the above described positives that arise from alternative measures, it is necessary, as indicated in the introduction of this paper, to highlight their very weak application in practice. The reason for this situation is not the failure to meet the legal conditions for the use of these tools replacing the detention of accused person, but the absolute reluctance of the judges to reach wider use of these alternative tools. This fact is true not only in the Slovak Republic but also in many EU Member States. On the basis of these facts, there is a need to find some effective ways to achieve a more frequent use of alternative measures in practice of courts. As the first solution appears an obligation to deal with the question of the possibility of using an alternative means, which can be laid on the shoulders of judges in respect of each single custody deciding. In this connection, it must be pointed out that the concept of formulating of this kind of obligation was adopted by the French legislator. French legislative on detention, particularly legislation on the conditions of detention, is formulated in such a way that one from the conditions that must be met in order to decide about detention of accused person is a condition of a negative nature. Namely it is the condition that the purpose of the detention cannot be achieved by any means called judicial oversight (there are a total of seventeen tools of this nature) or by electronic monitoring of the accused movement. Accordingly, the judge is required, under the relevant provision of the French Code of Criminal Procedure, to examine the possibility of using the alternative non-custodial measure in every case, in which he want to order custody, and he is doing it without the

¹⁶ *Yearbook of Corps of Prison and Court Guard for 2016*, p. 16.

need for the application made by the person concerned. In other words, the judge in France realizes this examination *ex offio*¹⁷.

In spite of the fact that the legislation on the conditions of detention that is in force in the territory of the Slovak Republic does not recognize the negative condition of the above-mentioned nature, it is necessary to point out that certain conformity with the French legal environment can be identified. Conditions in the form of obligatory examining the possibility of using the alternative non-custodial measure isn't explicitly provided by Slovak Criminal Code, but its formulation passes from decision-making activities of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR), as well as the Slovak Constitutional Court. In the light of this fact, it is necessary to refer to the case-law of the ECtHR, which, in a number of its judgments, said that art. 5 (3) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: ECHR) requires national courts to consider and take into account alternative non-custodial measures laid down by national law when deciding about detention. He emphasized the existence of the duty of the courts to justify why, in the specific case, the use of alternative tools in a question is consider not to be suitable and the lack of such justification may, according to the ECtHR, establish the violation of art. 5 (3) ECHR.

The case-law of the European Protection Commissioner was followed by the decision of Constitutional Court of the Slovak Republic that adopted in 2013 a relatively fundamental decision for the analyzed area. This court has explicitly judged the duty of the court to investigate whether the purpose of the custody (detention) cannot be achieved by the alternative means in the form of probationary and mediation supervision. The Constitutional Court of the Slovak Republic emphasized that the judge carries out this task *ex offio*. In other words, in the legal environment of the Slovak Republic the judge should not wait for a proposal of accused person, but the court should act on its own initiative¹⁸.

However, it should be noted that neither ECHR case law nor the formulating of the "investigative" duty of judges by the Constitutional Court of the Slovak Republic has not led in the sphere of application of the alternative measures to results. It is more than clear that existing alternatives to detention are not among the judges who decide about detention to the "most popu-

¹⁷ Fair trial international. Communiqué issued after the meeting of the Local expert group (France), *Pre-trial detention in France*, 13 June 2013, p. 3.

¹⁸ Decision of Constitutional Court of Slovak Republic adopted at 5th June 2013, no. II. ÚS 67/2013-41.

lar” criminal law tools. The reason of this situation is probably caused by the fact that implementation of alternative measures are spoiled with large difficulties regarding controlling their true respecting by the accused persons¹⁹. On the basis of this fact, it is needed to state that it is more than necessary to think about other ways through which we can achieve a more frequent use of alternative means and through which we can ensure real fulfillment of a requirement which is formulated in several legislative or political documents of EU – the requirement that detention is considered to be a measure of an exceptional nature and that the criminal courts should, as far as possible, apply non-custodial measures²⁰. Similar requirement was also formulated by ECtHR, which, in its recent decision adopted on 10 March 2015 in the case *Varga and others v. Hungary*²¹, explicitly urges on the reduction of the number of persons in custody that should be achieved through the minimization of pre-trial custody and more frequent use of alternative measures to this kind of custody²².

In order to achieve the status foreseen by European Union and the ECtHR, many EU Member States currently come with the idea of a significant role that can be played in this area by system of electronic monitoring²³. Similarly, the EU itself has the same direction – EU constantly emphasizes that the rapid development of modern technologies creates realistic space and the possibility that the monitoring of the accused person without the necessity of his or her detention becomes more and more simple²⁴. These ideas have found their reflection in the form of concrete steps in several EU Member States. An electronic monitoring system as a means of replacing pre-trial detention is already well established and used in several EU countries. These are France, Germany, Great Britain, Ireland, Netherlands, Portugal, Spain and, as of 2012, also Romania.

¹⁹ Analysis of the *Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention*, p. 20.

²⁰ Explanatory report to the Proposal for a Council framework Decision on the European supervision order in pre-trial procedures between Member States of the European Union [SEC(2006)1079] [SEC(2006)1080], p. 2.

²¹ *Varga and Others v. Hungary* (application nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13), ECHR 077 (2015), 10 March 2015.

²² *White paper on prison overcrowding*, p. 9.

²³ Analysis of the *Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention*, p. 20.

²⁴ *White paper on prison overcrowding*, p. 15.

Ideas of a similar nature that have arisen in the above mentioned EU Member States has started to emerge also in the Slovak Republic. The ideas in question not remain only at the level of academic debates but, on the contrary, their reflection has been already found in the concrete steps taken in this sphere by the relevant criminal law enforcement agencies.

In this context, it is necessary to point out the fact in the form of the adoption of Act no. 78/2015 Coll. on the control of the enforcement of certain decisions by technical means as amended, which entered into force on 1 January 2016 and which regulates the conditions for exercising the control of the punishment of domestic prisons by technical means. The law in question has been long awaited, especially in connection with the application of the domestic prison sanction laid down in the Criminal Procedural Code, specifically in its provisions of § 53. When this act was adopting and when an electronic system of monitoring persons (ESMO) was introducing, ideas about the possibilities of using this system also in the area of replacing the detention belong. However, these ideas haven't been analyzed in more detailed way. For this reason, I believe that it is currently very important to point out whether in Slovak Republic is a real space for realizing the idea of using an electronic monitoring system in connection with replacement of pre trial custody.

In this context, I would like to assume that the Slovak Republic already has real possibilities for replacing custody with the electronic monitoring system. However, this option is not explicitly formulated within the legal framework of Criminal Procedural Code or within some provision of a special legal act. In this context it is therefore necessary to state that there are still four forms of alternative non-custodial measures explicitly provided by the Criminal Procedure Code. These are supervision of probation and mediation officer, the written promise of the accused, the guarantee of the civic association or a trusted person, and a monetary guarantee (bail). Therefore there is no doubt that the electronic monitoring *de lege lata* does not constitute a separate form (possibility) of the substitution of the custody in the Slovak law. However, I believe that the adoption of Act no. 78/2015 Coll. create a space for its perception as a sort of byproduct complementing the court's decision on replacing the custody. Within court's deciding on the replacement of the detention, the court is entitled, within the meaning of provision § 82 para. 1 of Criminal Procedural Code, to impose to accused one or several reasonable limitations and obligations to achieve the reinforcement of the purpose that would otherwise be achieved through the custody that is being replaced. Among the obligations in question is also an obligation in the form

of a prohibition to leave the place of residence of the accused person. The subsequent section no. 4, which was added to the provision of § 82 on the basis of the aforementioned Act no. 78/2015 Coll., stated that the control of the imposed appropriate limitations or obligations can be carried out by technical means, provided that the technical conditions specified in the act are met and provided that it will be subsequently ordered by the court.

SUMMARY

On the basis of the all facts and information stated in this article it can be concluded that through the abovementioned provisions and possibilities that are although indirectly offered by the current legislation of the Slovak Republic, it is possible to eliminate the undesirable phenomenon, which occurs in the sphere of the right to personal freedom. On the basis of these possibilities it is possible to prevent not only the negative consequences connected with the frequent placement of the accused persons in the custody that arise on the site of these persons, but at the same time it is also possible to achieve respecting of the abovementioned decision of the ECtHR and also of the Constitutional Court of Slovak Republic, which unequivocally talk about the requisite and necessity of replacing the pre-trial custody and avoiding too frequent adopting the decisions about taking accused to this type of detention.

OCHRONA PRAW INDYWIDUALNYCH W DZIEDZINIE PRAWA KARNEGO REPUBLIKI SŁOWACKIEJ

Streszczenie. Jeśli chcemy mówić o kwestii ochrony i poszanowania podstawowych praw człowieka w środowisku prawnym Republiki Słowackiej z punktu widzenia prawa karnego, wierzę, że prawem, które zasługuje na szczególną uwagę w tym względzie jest prawo do wolności osobistej, a także związane z nim prawo do życia i zdrowia. Postanowiłam podjąć się analizy tego prawa i jego naruszenia w kontekście konkretnego narzędzia prawnokarnego, mianowicie tymczasowego aresztowania. Przyczyna analizowania tego środka prawnego jest stosunkowo prosta. Uważam, że areszt stanowi jedną z najbardziej radykalnych ingerencji w wolności osobiste i prawa jednostki. Znaczenie tego środka i jego wpływ na życie i zdrowie osób może zostać wykazana poprzez liczbę samobójstw popełnianych podczas pobytu w areszcie. Należy zauważyć, że tymczasowe aresztowanie jest w stosunku do kary pozbawienia wolności, jedynie tymczasowym ograniczeniem wolności osobistej, ale wymaga podkreślenia to, że o ile w przypadku zasądzenia kary chodzi o osobę, w stosunku do której sąd wydał już decyzję o jego winie na podstawie wystarczającej ilości dowodów, natomiast w przypadku tymczasowego aresztowania zasada domniemania niewinności nadal jest stosowana. Zgodnie z tą zasadą, osoba tymczasowo aresztowana nadal uważana jest za niewinną. Wstępne aresztowanie nie może zastąpić kary pozbawienia wolności, choć taka kara może zostać nałożona na oskarżonego po zakończeniu postępowania karnego. Instytucja ta nie posiada charakteru

sankcjonującego w rozumieniu Kodeksu postępowania karnego, ponieważ jest to tylko akt zatrzymania i jego charakter, w stosunku do kary pozbawienia wolności, jest zupełnie inny, jako niezależny instrument prawa karnego. Ponadto, należy podkreślić, że postępowanie karne przeciwko oskarżonemu umieszczonemu w areszcie bardzo często kończy się jego uniewinnieniem. Z tego powodu uważam, że kwestia poszanowania prawa do wolności osobistej w ramach instytucji tymczasowego aresztowania jest bardzo wrażliwa i problematyczna, dlatego zasługuje na szczególną uwagę.

Słowa kluczowe: prawo do wolności osobistej, tymczasowe aresztowanie, prawo karne, środki alternatywne, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Sąd Najwyższy Republiki Słowackiej, Trybunał Konstytucyjny Republiki Słowackiej

UZYSKIWANIE I WYKORZYSTYWANIE DLA CELÓW BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI O OSOBIE A PRAWA JEDNOSTKI (ZAGADNIENIA WYBRANE)

Adam Taracha

Katedra Kryminalistyki i Prawa Dowodowego
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Polska
<https://orcid.org/0000-0001-8630-2496>

Streszczenie. Autor omawia związek między uprawnieniami służb policyjnych do uzyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji o osobach w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych koniecznych do zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego a ochroną praw jednostki. Zgodnie z art. 8 ust. 2 EKPC, dopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z prawa do prywatności w przypadkach przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi m.in. na bezpieczeństwo publiczne oraz zapobieganie przestępstwom. Zakres tej ingerencji powinien ulec poszerzeniu (objąć szerszy obszar) w sytuacji, gdy zagrożenie bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju wzrasta w wyniku działań terrorystycznych. Wzrost zagrożenia przestępczością (w tym atakami terrorystycznymi, na skalę nieznaną dotychczas w Europie) nakazuje szczególny umiar w działaniach legislacyjnych ograniczających możliwości służb policyjnych i służb specjalnych w zakresie działań operacyjnych.

Słowa kluczowe: czynności operacyjno-rozpoznawcze, uzyskiwanie, gromadzenie i przetwarzanie informacji o osobie, służby policyjne, służby specjalne, prawo do prywatności, terroryzm

Zagrożenie współczesną przestępczością (w tym zorganizowaną i terroryzmem) z jednej strony i postęp techniczny (szczególnie w obszarze informatyzacji) z drugiej, spowodowało konieczność wprowadzenia nowych instytucji prawnych, które umożliwiłyby organom ścigania skuteczną walkę z przestępczością. Szerokie uprawnienia w zakresie gromadzenia i przetwarzania informacji, które otrzymały służby policyjne i specjalne (w tym także poprzez dostęp do baz danych innych organów i instytucji) mogą budzić obawy, że wprowadzone instytucje zbyt mocno wkraczają w obszar praw człowieka. Z drugiej strony, jest oczywiste, że obecnie trudno byłoby skute-

cznie zwalczać przestępczość bez wykorzystania możliwości, jakie stwarza współczesna technika, z której zdobywcy korzystają także przestępcy.

W związku z uchwaleniem nowelizacji prawa policyjnego w dniu 15 stycznia 2016 r.¹ oraz w czasie prac nad ustawą o zwalczaniu terroryzmu z dnia 10 czerwca 2016 r.² pojawiły się głosy, że służby policyjne i służby specjalne otrzymały zbyt szerokie uprawnienia wkraczające w obszar praw człowieka.³ Nie ulega jednak wątpliwości, że służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo państwa muszą mieć dostęp do informacji niezbędnych do wykonywania ich ustawowych zadań. Konflikt między prawami jednostki, w tym prawem do prywatności, a działaniami służb policyjnych zdobywającymi informacje (w tym także w sposób tajny) wydaje się nieunikniony⁴. Trudno jest bowiem pogodzić sprzeczne cele, którymi są efektywne zwalczanie przestępczości (w szczególności terroryzmu i przestępczości zorganizowa-

¹ Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz.147.

² Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych, Dz. U. poz. 904 z późn. zm.

³ Zob. m.in. Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 18 lutego 2016 r o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej niektórych przepisów ustaw policyjnych (znowelizowanych ustawą z 15 stycznia 2016 r.); Fundacja Panoptykon, *Ustawa antyterrorystyczna wchodzi w życie – co się zmienia* (1.07.2016), w: <https://panoptykon.org/wiadomości/ustawa-antyterrorystyczna-wchodzi-w-życie-co-się-zmienia> [dostęp:15.03.2018]; *Stanowisko Fundacji Panoptykon w sprawie projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych* (10.05.2016), w: [obszernikdemokracji.pl/wp-content/.../Panoptykon_uat_opinia_10.05.2016.pdf](https://www.obserwatoriumdemokracji.pl/wp-content/uploads/2016/05/Panoptykon_uat_opinia_10.05.2016.pdf) [dostęp:15.03.2018]; *Rzecznik Praw Obywatelskich skarży ustawę antyterrorystyczną do Trybunału Konstytucyjnego* (11.07.2016), w: [https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rzecznik-praw-obywatelskich-skarży-ustawe-antyterrorystyczna-do-trybunału-konstytucyjnego](https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rzecznik-praw-obywatelskich-skarzy-ustawe-antyterrorystyczna-do-trybunału-konstytucyjnego) [dostęp:13.03.2018]; *Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej niektórych przepisów ustawy z 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych*, w: <https://www.rpo.gov.pl/pl/tagi/wniosek-do-tk> [dostęp:12.03.2018]; M. Szuniewicz–Stępień, *Działania operacyjno-rozpoznawcze w ustawie antyterrorystycznej a europejski standard ochrony praw człowieka – wybrane zagadnienia*, w: *Polska ustawa antyterrorystyczna – odpowiedź na zagrożenia współczesnym terroryzmem*, red. W. Zubrzycki, K. Jałoszyński, A. Babiński, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, Szczytno 2016, s. 335–368.

⁴ Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie kwestionując prawa państw stron konwencji w zakresie poddawania środkom tajnej kontroli osób objętych jurysdykcją tych państw, stwierdza że nie jest to prawo nieograniczone. Warunkiem stosowania tych środków jest ich ustawowe uregulowanie opatrzone gwarancjami zapobiegającymi nadużyciom, a stosowanie tych środków powinno podlegać dostatecznej kontroli Orzecznictwo Trybunału jest tu niezwykle konsekwentne poczynając już od sprawy z 1978 r. – *Klass*, seria A, nr 28, EHRR 214; zob. m.in. W. Hermeliński, *Bezpieczeństwo publiczne a prawo jednostki do prywatności*, „Palestra” 1–2 (2013), s. 17–20.

nej) przy użyciu tajnych działań (często z użyciem podstępu) i zapewnienie obywatelom prawa do prywatności. Należy jednak pamiętać, że jednym z podstawowych zadań państwa jest zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz ochrona życia, zdrowia i mienia obywateli⁵.

Europejska Konwencja Praw Człowieka w przyjętej zasadzie poszanowania prawa i praworządności obliguje państwa strony do ograniczenia działań służb policyjnych i służb specjalnych tylko do sytuacji dozwolonych i dostatecznie uzasadnionych przez prawo krajowe⁶.

Największe zaniepokojenie opinii publicznej budziły (i nadal budzą) działania służb policyjnych i specjalnych określane jako kontrola operacyjna⁷ i tzw. prowokacja policyjna⁸, gdyż stanowią najmocniejszą ingerencję w prawa człowieka. Znacznie mniejsze zainteresowanie towarzyszy uprawnieniom tych służb do uzyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji (poza uzyskanymi w trybie kontroli operacyjnej), chociaż, jak się wydaje, rola tych uprawnień wraz z postępującym w szybkim tempie rozwojem techniki informatycznej i tworzonych baz danych – będzie stale rosła. Właśnie tym zagadnieniom poświęcony będzie dalszy wywód.

W Polsce służby policyjne i służby specjalne mogą korzystać zarówno z informacji, które uzyskały, zgromadziły i przetworzyły w ramach własnych działań, jak też zgromadzonych i przechowywanych w bazach danych przez inne organy, instytucje rządowe i samorządowe oraz przez podmioty

⁵ Obowiązek zapewnienia obywatelom, przez organy państwa, właściwego poziomu bezpieczeństwa wynika wprost z przepisów Konstytucji RP. Natomiast w doktrynie i orzecznictwie niemieckim obowiązek ten („czynienia niezbędnych przedsięwzięć dla zachowania publicznego spokoju, bezpieczeństwa i porządku oraz dla odpierania zapowiadającego się niebezpieczeństwa grożącego zbiorowości lub pojedynczym jej członkom”) wywodzono z osiemnastowiecznego ustawodawstwa (norma zawarta w par.10 II. 17 Landrechtu z 1794 r.). Zob. szerzej: W. Szwarc, *Zarys ewolucji pojęcia „Policji” w Monarchii Pruskiej w XVII i XIX w.*, w: *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, red. H. Groszyk, L. Dubel, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1986, s. 117–133.

⁶ Przepisy tego prawa powinny być dostępne dla wszystkich, jasno określać zasady ich stosowania i być ściśle przestrzegane w praktyce. Zob. m.in. Sprawa Sunday Times, seria A nr 30,2 EHRR 245, 49 orzeczenia; P. Duffy, *Policja a Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, w: *Prawa człowieka a Policja. Problemy teorii i praktyki*, red. A. Rzepliński, Wydawnictwo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, Legionowo 1994, s. 254–255.

⁷ Czynność ta przeprowadzana jest niejawnie i obejmuje takie działania, jak kontrola rozmów telefonicznych, kontrola korespondencji (w tym także elektronicznej) i przesyłek oraz tajny podgląd i podsłuch w pomieszczeniach.

⁸ Zwana także transakcją pozorną, obejmująca „zakup kontrolowany” i „kontrolowaną łapówkę”.

prywatne. Polskie ustawodawstwo reguluje obecnie dość szczegółowo problematykę uzyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji w tym także w sposób niejawnym⁹. Należy jednak zauważyć, że są to regulacje stosunkowo świeżej daty. Zarówno na gruncie ustawy o Ministrze Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów z dnia 19 lipca 1983 r.¹⁰, jak też tzw. ustaw policyjnych z 6 kwietnia 1990 r. (ustawa o Policji, Urzędzie Ochrony Państwa i Urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych)¹¹, były to regulacje bardzo lakoniczne¹².

W literaturze przedmiotu podnoszono konieczność precyzyjnego określenia tych uprawnień¹³. Problem ten próbowano rozwiązać ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej oraz ustawy – Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną¹⁴. W myśl tej noweli, prawo Policji do uzyskiwania, gromadzenia, sprawdzania i przetwarzania informacji uległo znacznemu rozszerzeniu. Art. 20 ust. 1 pozostał niezmieniony. Natomiast znowelizowany art. 20 ust. 2 pozwalał na przetwarzanie danych osobowych – osób podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, osób o nieustalonej tożsa-

⁹ W tym tworzenia i wykorzystywania zbiorów danych daktyloskopijnych i biologicznych wykorzystywanych w analizie DNA.

¹⁰ Dz. U. Nr 38, poz. 173.

¹¹ Dz. U. Nr 30, poz. 179, 180, 181.

¹² Kwestię gromadzenia i wykorzystywania informacji regulowały art. 20 ust. 1 ustawy o Policji oraz art. 11 ustawy o UOP, które pozwalały na uzyskiwanie informacji (w tym także tajnie i poufnie), gromadzenie ich, sprawdzanie i przetwarzanie – z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w art. 19 ustawy o Policji oraz w art. 10 ustawy o UOP (kontrola korespondencji i stosowanie techniki operacyjnej). Przepisy te pozwalały zarówno na prowadzenie takich czynności operacyjnych, jak obserwacja (informacje uzyskiwane tajnie i poufnie) oraz na gromadzenie danych w sposób jawny, w tym także w trakcie czynności procesowych (m.in. pobieranie śladów daktyloskopijnych i biologicznych do badań DNA).

¹³ W literaturze przedmiotu wskazywano także, że niektóre z czynności organów ścigania skierowanych na uzyskiwanie informacji wymagają utworzenia odrębnego przepisu (np. regulującego przebieg czynności obserwacji w działaniach operacyjno-rozpoznawczych, czy też administracyjno-porządkowych).

¹⁴ Dz. U. Nr 100, poz. 1084. Nowela wprowadziła przepis art. 15 ust. 1 pkt 5a pozwalający funkcjonariuszom Policji na obserwowanie i rejestrowanie przy użyciu środków technicznych obrazu i zdarzeń w miejscach publicznych, a w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych podejmowanych na podstawie ustawy – także i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom.

mości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz osób poszukiwanych, także bez ich wiedzy i zgody. Dotyczy to także danych podlegających szczególnej ochronie (art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych)¹⁵.

Policja może (art. 20 ust. 15) w celu zapobieżenia lub wykrycia przestępstw oraz identyfikacji osób uzyskiwać, gromadzić i przetwarzać informacje, w tym również dane osobowe ze zbiorów prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów przez organy władzy publicznej, a w szczególności z Krajowego Rejestru Skazanych oraz Powszechnego Elektronicznego Systemu Ewidencji Ludności. Administratorzy danych gromadzonych w tych rejestrach są obowiązani do nieodpłatnego ich udostępnienia. Nowela także znacznie rozszerzyła prawo do korzystania przez Policję (i inne służby) z informacji zgromadzonych przez podmioty prywatne¹⁶.

Problem uzyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji przez służby policyjne w trybie działań własnych oraz dostęp do zbiorów danych gromadzonych przez inne podmioty doskonale jest widoczny na przykładzie uzyskiwania i gromadzenia przez służby policyjne i specjalne śladów daktyloskopijnych i genetycznych (DNA) pozwalających na identyfikację osób oraz korzystania przez te służby z danych telekomunikacyjnych, którymi dysponują operatorzy¹⁷.

Nie ulega wątpliwości, że realizacja funkcji wykrywczej i dowodowej organów ścigania byłaby niemożliwa bez odpowiednich zbiorów kryminalistycznych (baz danych). Skuteczność działania organów ścigania zależy od wielkości tych baz i możliwości korzystania z ich zawartości. Niewątpliwie wśród licznych zbiorów kryminalistycznych największe znaczenie mają obecnie zbiory daktyloskopijne i zbiory danych DNA. Na rozwój bazy danych w zbiorach daktyloskopijnych wpływ miała komputeryzacja

¹⁵ Z tym, że dane dotyczące kodu genetycznego wyłącznie o niekodujących regionach genu (art. 20 ust. 2 pkt 1 ustawy o Policji).

¹⁶ Art. 20 ust. 3 umożliwia Policji dostęp do informacji dotyczących umów ubezpieczenia, a w szczególności do przetwarzanych przez zakłady ubezpieczeń danych podmiotów w tym osób, które zawarły umowę ubezpieczenia, a także przetworzonych przez banki informacji stanowiących tajemnicę bankową. Informacje te udostępnia się na podstawie postanowienia wydanego na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji albo komendanta wojewódzkiego Policji przez sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu (art. 20 ust. 5). Dostęp ten został ograniczony przedmiotowo, może jedynie zmierzać do zapobieżenia przestępstwom określonym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji lub wykrycia albo ustalenia ich sprawców i uzyskania dowodów.

¹⁷ W obu tych sytuacjach zastrzeżenia do obowiązujących przepisów zgłaszał Rzecznik Praw Obywatelskich oraz wypowiadał się TK.

zbiorów daktyloskopijnych, która pozwoliła na wprowadzenie systemów automatycznej identyfikacji daktyloskopijnej (*AFIS – Automated Fingerprint Identification System*)¹⁸.

Jednak możliwości wykrywcze organów ścigania uzyskiwane dzięki systemowi *AFIS* w Polsce w ostatnich latach wyraźnie zmalały. Wynika to ze zmian, jakie ustawodawca wprowadził do ustawy o Policji nowelą z dnia 20 września 2006 r. Zmiany te spowodował wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., w którym Trybunał uznał za niezgodne z Konstytucją przepisy art. 19 ust. 4, art. 19 ust. 18, art. 20 ust. 2 pkt 1 oraz art. 20 ust. 17 ustawy o Policji¹⁹. Art. 20 ust. 2 ustawy o Policji został uznany za niezgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przez to, że nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, i nie określa rodzajów tych informacji w sposób wyczerpujący. W uzasadnieniu Trybunał podniósł także, że art. 20 ust. 2 zezwala na gromadzenie informacji o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym²⁰.

Nowela wprowadziła art. 20 ust. 2c w brzmieniu „Informacji, o których mowa w art. 20 ust. 2a, nie pobiera się, w przypadku gdy nie mają one przydatności wykrywczej, dowodowej czy identyfikacyjnej w prowadzonym postępowaniu”. W praktyce przyjęto ścisłą wykładnię tego przepisu dopuszczającą możliwość pobrania od osoby podejrzanej odcisków palców (i śladów biologicznych) tylko wtedy, gdy w prowadzonym postępowaniu takie ślady zostały ujawnione i zabezpieczone. Oznacza to, że w sprawach, w których nie ujawniono takich śladów Policja nie może pobierać od osób podejrzanych materiału do badań identyfikacyjnych. Niewątpliwie taka interpretacja tego przepisu nawiązuje wprost do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Jednak jej przyjęcie w istotny sposób ograniczyło uprawnienie funkcjonariuszy Policji do pobierania, uzyskiwania, gromadzenia, przetwarzania i wykorzystywania, w celach realizacji zadań ustawowych, informacji

¹⁸ Stało się możliwe ustalenie, czy sprawca pozostawiający nawet pojedynczy ślad na miejscu zdarzenia figuruje w karcotece daktyloskopijnej. Oznaczało to oczywiście przełom w możliwościach wykrywczych dzięki zastosowaniu techniki daktyloskopijnej także w praktycznym wymiarze. W Polsce centralny system identyfikacji daktyloskopijnej (*AFIS*) uruchomiono w maju 2000 r.

¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r. Dz. U. Nr 250, poz. 2116.

²⁰ Uzasadnienie, pkt 5.3., s. 24.

o osobach podejrzanych (art. 20 ust. 2), w tym także odcisków palców (art. 20 ust. 2a) i śladów biologicznych do analizy DNA. Oznacza to, że prawdopodobieństwo uzyskania pozytywnego wyniku podjętych poszukiwań w tej bazie staje się coraz mniejsze. Spadek ilości kart wprowadzanych do systemu AFIS (po wejściu w życie omówionych wyżej zmianach w ustawie o Policji) jest bardzo duży²¹. Wpływ kart do Centralnej Registratury Daktyloskopijnej łącznie w latach 2008-2016 (247 739) był znacznie mniejszy niż średnia wielkość wpływu w jednym roku w latach 2001-2006 (315 981). Zmiany te jednoznacznie należy łączyć z wprowadzeniem noweli przepisu art. 20 ust. 2a ustawy o Policji, co spowoduje w najbliższych latach istotne zmniejszenie możliwości wykrywania sprawców przestępstw w oparciu o ślady daktyloskopijne²².

Podobnie wygląda sytuacja, gdy chodzi o tworzenie baz danych śladów biologicznych wykorzystywanych w analizie DNA. Baza ta jest bardzo niepełna, gdyż zaczęto ją tworzyć w 2007 r., już po wejściu w życie znowelizowanego przepisu art. 20 ustawy o Policji, który w sposób zasadniczy ograniczył jej rozbudowę²³.

Niewątpliwie zmiana przepisu art. 20 ust. 2c ustawy o Policji w istotny sposób ograniczyła możliwości działań wykrywczych Policji – zwiększając

²¹ Wpływ kart do registratury CRD w latach 1991-2016 wyglądał następująco:

1991 – 17 082	1998 – 66 075	2004 – 297 728	2010 – 18 657	2016 – 32 273
1992 – 14 329	1999 – 40 358	2005 – 276 785	2011 – 20 844	
1993 – 11 501	2000 – 101 868	2006 – 332 226	2012 – 27 242	
1994 – 14 118	2001 – 271 229	2007 – 131 604	2013 – 33 559	
1995 – 16 761	2002 – 377 820	2008 – 21 545	2014 – 41 600	
1997 – 41 390	2003 – 340 099	2009 – 20 336	2015 – 31 683	

²² W literaturze przedmiotu zwracano uwagę na to, że wprowadzone przez ustawodawcę zmiany spowodowały zmniejszenie liczby daktyloskopowanych osób, co z kolei w ujemny sposób odbiło się na zasobach policyjnych bazy danych AFIS. J. Misztal, *Daktyloskopia w Polsce w XX wieku*, „Problemy Kryminalistyki” 262 (2008), s. 68–69; B. Krzemińska, *Kompetencje Wydziału Daktyloskopii CLK KGP we współpracy międzynarodowej*, „Problemy Kryminalistyki” 262 (2008), s. 31; A. Taracha, *Wykorzystanie śladów daktyloskopijnych w realizacji funkcji wykrywczej przez Policję*, w: *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, red. E. Gruza, M. Goc, T. Tomaszewski, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW, Warszawa 2010, s. 341–346.

²³ Wpływ profili do Bazy Danych DNA w Polsce w latach 2008-2016 przedstawiał się następująco: 2008 – osoba 3337, NN ślad – 490; 2009 – osoba 4404, NN ślad – 850; 2010 – osoba 2375, NN ślad – 503; 2011 – osoba 2245, NN ślad – 480; 2012 – osoba 3373, NN ślad – 737; 2013 – osoba 2150, NN ślad – 726; 2014 – osoba 3677, NN ślad – 901; 2015 – osoba 6460, NN ślad – 1030; 2016 – osoba 9637, NN ślad – 1826. W 2016 r. wielkość bazy danych DNA w Polsce (46 579) była mniejsza nawet w porównaniu z takimi państwami, jak Litwa (87 310) czy Łotwa (53 546).

gwarancje praw podejrzanego (najczęściej rzeczywistego sprawcy) ponad rzeczywistą potrzebę. Obecna regulacja prawna przyjęta w art. 20 ust. 2c (i jego wykładnia) wprowadza ograniczenia większe niż przewidziane w art. 74 k.p.k., który zezwala na pobieranie od podejrzanego i osoby podejrzanego śladów biologicznych, takich jak odciski palców (bez żadnych ograniczeń) i wymazu ze śluzówki policzków – pozwalających na analizę DNA (jeżeli jest to nieodzowne i nie zagrażałoby to zdrowiu podejrzanego lub innych osób)²⁴.

Także dostęp służb policyjnych i służb specjalnych²⁵ do danych telekomunikacyjnych budził szereg zastrzeżeń głównie ze względu na bardzo dużą liczbę tych ingerencji²⁶. W Unii Europejskiej przygotowanie nowych regulacji prawnych mających zapewnić skuteczniejszą walkę ze szczególnie niebezpieczną przestępczością rozpoczęto w końcu lat 90-tych ubiegłego wieku²⁷. Wprowadzenie efektywnych środków (w tym tajnych działań organów ścigania) zwalczania tych zjawisk przestępczych wiązało się jednak z koniecznością ograniczenia praw i wolności obywateli. Dopiero w dniu 29 czerwca 2005 r. został opublikowany *Projekt Decyzji Ramowej w sprawie przechowywania danych przetwarzanych i gromadzonych w związku z dostarczaniem publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej lub danych o publicznych sieciach komunikacyjnych w celu śledzenia, wykrywania ścigania przestępstw, w tym przestępstwa terroryzmu*²⁸. Parlament Europejski i Rada

²⁴ Kodeks postępowania karnego zawiera obowiązek poddania się takim badaniom przez podejrzanego i osoby podejrzanego niezależnie od rodzaju zabezpieczonych w prowadzonej sprawie śladów.

²⁵ Polskie prawo pozwala na uzyskiwanie danych telekomunikacyjnych (billingowych) zarówno w drodze czynności procesowych (art. 218 k.p.k.), jak i w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 20c ustawy o Policji, art. 28 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, art. 10b ustawy o Straży Granicznej, art. 30 ustawy o Żandarmerii Wojskowej oraz wojskowych organach porządkowych, art. 36b ustawy o kontroli skarbowej, art. 32 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 18 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym).

²⁶ Na przykład w Polsce w latach 2009-2014 liczba wniosków o udostępnienie danych telekomunikacyjnych wzrosła dwukrotnie i przekroczyła liczbę 2 mln zapytań (odpowiednio w roku: 2009 – 1 089 029; 2010 – 1 399 144; 2011 – 1 874 107; 2012 – 1 762 620; 2013 – 1 754 006; 2014 – 2 177 916).

²⁷ Zob. Zalecenie nr R (96) 8 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich dotyczące polityki kryminalnej w okresie przemian, postanowienia Traktatu Amsterdamskiego, postanowienia Rady Europy ze spotkań w Tampere oraz Santa Maria da Feira.

²⁸ *Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic services or data on public communications*

Unii Europejskiej przyjęły w dniu 15 marca 2006 r. Dyrektywę 2006/24/WE w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającą dyrektywę 2002/58/WE²⁹. Podstawowe kwestie dotyczyły określenia obowiązku zatrzymywania danych (art. 3) i okresów zatrzymywania (art. 6), dostępu do danych (art. 4), kategorie danych przeznaczonych do zatrzymania (art. 5), ochrony i bezpieczeństwa danych oraz wymogi dotyczące przechowywania zatrzymanych danych (art. 7 i 8) oraz ustanowienia organu odpowiedzialnego za nadzór nad stosowaniem przepisów dyrektywy (art. 9)³⁰. Komisja proponowała przyjęcie okresu przechowywania danych ustalając go na 6 miesięcy – Internet i 12 miesięcy – telefon. Natomiast w Parlamencie Europejskim przeważał pogląd, że okres ten powinien wynosić od 6 do 12 miesięcy zarówno dla Internetu, jak i telefonów, zaś w Radzie (UE) preferowano okres 6 miesięcy dla Internetu i od 6 do 24 miesięcy dla telefonów (według sondażu Komisji)³¹. Ostatecznie Parlament Europejski i Rada (po długiej dyskusji) przyjęły w dniu 15 marca 2006 r. Dyrektywę 2006/24/WE w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności. W dyrektywie przyjęto termin przechowywania danych nie mniej niż 6 miesięcy i nie dłużej niż 24 miesiące (art. 6 dyrektywy). W uzasadnionych sytuacjach kraj członkowski mógł otrzymać zgodę na przechowywanie danych transmisyjnych przez dłuższy okres (na-

networks for purpose of investigation, detection and prosecution of crime and criminal offences including terrorism, Nr dok. 10609/05 COPEN 102 TELECOM 64.

²⁹ Dz. U. L 105 z 13.4.2006, s. 54–63.

³⁰ Najwięcej rozbieżności dotyczyło ustalenie minimalnych i maksymalnych okresów zatrzymania danych. Komisja wolności obywatelskich, sprawiedliwości i spraw wewnętrznych Parlamentu Europejskiego przedstawiła swój raport dotyczący projektu Dyrektywy Ramowej w dniu 28 listopada 2005 r. (sprawozdawcą był Alexander Nuno Alvaro).

³¹ Zob. *Report on the proposal for directive of the European Parliament and of the Council on the retention of data processed in connection with the provision of publicly available electronic services and amending Directive 2002/58/ec (COM(2005)0438-C6-0293/2005-2005/0182(COD))*. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, s. 32–36. Projekt decyzji (po pierwszym czytaniu) zobowiązywał operatorów telekomunikacyjnych do przechowywania przez okres 12 miesięcy (od daty ich powstania) danych transmisyjnych (*traffic data, location data*) obejmujących dane nadawcy i odbiorcy, czas trwania połączenia oraz miejsca, z którego połączenie było prowadzone (w przypadku korzystania z telefonu komórkowego), a w wypadku poczty elektronicznej adresu nadawcy i odbiorcy, czasu przesyłania i objętości e-maila. Parlament Europejski przyjął projekt dyrektywy w pierwszym czytaniu w dniu 14 grudnia 2005 r.

wet do czterech lat) lub krótszy (ale nie krótszy niż 6 miesięcy). Mimo uchylenia Dyrektywy 2006/24/WE przez wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2014 r., należy zauważyć, że termin 6 miesięcy przez wiele lat uważany był za termin minimalny (nie podlegający skróceniu). Propozycja, aby był to termin maksymalny nie wydaje się trafna, gdyż można wskazać sytuacje, gdy okres ten może okazać się zbyt krótki. Obecnie w Polsce termin przechowywania danych telekomunikacyjnych przez operatorów wynosi 12 miesięcy³² i jest taki sam, jak w wielu krajach UE.

Zgodnie z dyrektywą, państwa członkowskie zobowiązane są do podjęcia środków w celu zagwarantowania, że zatrzymane dane udostępniane będą jedynie uprawnionym przez prawo właściwym organom krajowym, w szczególnych przypadkach, przy spełnieniu wymogu konieczności oraz proporcjonalności (podlegając odpowiednim przepisom prawa Unii Europejskiej lub międzynarodowego prawa publicznego, w szczególności Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka zgodnie z interpretacją Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)³³.

Ujawnienie skali ingerencji, jeżeli chodzi o dostęp do danych telekomunikacyjnych w Polsce, spowodowało, że zostały podjęte działania zmierzające do ograniczenia liczby wniosków o udostępnienie danych oraz poddania tych działań zwiększonej ochronie. Rzecznik Praw Obywatelskich w dniu 3 sierpnia 2011 r. złożył w Trybunale Konstytucyjnym wniosek o uznanie za niezgodne z Konstytucją RP przepisów ustaw policyjnych pozwalających na dostęp do danych telekomunikacyjnych, określanych także jako tzw. billing³⁴, oraz przepisów tych ustaw, które nie przewidują znisz-

³²Został skrócony z 24 miesięcy do 12 miesięcy od dnia 21 stycznia 2013 r.

³³Kategorie danych przeznaczonych do zatrzymania dyrektywa określa dość precyzyjnie. Należą do nich: dane niezbędne do ustalenia źródła połączenia w telefonii stacjonarnej i komórkowej oraz dostępu internetowego, elektronicznej poczty internetowej i telefonii internetowej; dane niezbędne do ustalenia odbiorcy połączenia w telefonii stacjonarnej i komórkowej oraz elektronicznej poczty internetowej i telefonii internetowej; dane niezbędne do określenia daty, godziny i czasu trwania połączenia w telefonii stacjonarnej i komórkowej oraz elektronicznej poczty internetowej i telefonii internetowej; dane niezbędne do określenia rodzaju połączenia; dane niezbędne do określenia narzędzia komunikacji lub tego, co może służyć za narzędzie komunikacji telefonii stacjonarnej, komórkowej oraz w przypadku dostępu do Internetu, elektronicznej poczty internetowej i telefonii internetowej, a także dane niezbędne do identyfikacji lokalizacji urządzenia komunikacji ruchowej. Dane te są także zatrzymywane i przechowywane w przypadku nieudanych prób połączenia (art. 3 ust. 2).

³⁴Wniosek dotyczył następujących przepisów: art. 20c ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji; art. 10b ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej; art. 36b ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej; art. 30 ust. 1 ustawy

czenia tych spośród pozyskanych danych, które nie zawierają informacji mających znaczenie dla prowadzonego postępowania³⁵. Zdaniem RPO, uprawnienia służb policyjnych w zakresie dostępu do danych telekomunikacyjnych są niezgodne z art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Natomiast brak przepisów nakazujących zniszczenie danych, które nie zawierają informacji mających znaczenie dla prowadzonego postępowania jest niezgodny z art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP³⁶. RPO niewątpliwie miał rację wskazując, że brak w niektórych ustawach policyjnych przepisów nakazujących niszczenie danych dotyczących ruchu telekomunikacyjnego (tzw. billingu), gdy są one już nieprzydatne w prowadzonym postępowaniu, jest niezgodny z Konstytucją RP. Przepisy takie znajdują się w części ustaw policyjnych, a w niektórych nie. Różnica ta wynika nie z powodów merytorycznych, które uzasadniałyby takie rozróżnienie między służbami, lecz z tego powodu, że część tych ustaw została już znowelizowana, a część jeszcze nie³⁷.

W maju 2012 r. w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (Biuro Kolegium do spraw służb specjalnych) przygotowano dokument zatytułowany *Założenia projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw, w związku z pozyskiwaniem*

z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych; art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu; art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym; art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego.

³⁵ Dotyczył następujących przepisów: art. 36b ust. 5 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej; art. 28 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu; art. 18 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym; art. 32 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego.

³⁶ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

³⁷ Natomiast wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich o uznanie za niekonstytucyjne przepisów o dostępie do danych telekomunikacyjnych, które nie zawierają treści pojęciowej (treści korespondencji) wydaje się nietrafny. RPO cały wywód opiera na stwierdzeniu, że tzw. dane telekomunikacyjne także objęte są tajemnicą komunikowania się. Jak się wydaje, jest to zbyt szerokie ujęcie. Komunikowanie się to przekazywanie informacji. Natomiast dane telekomunikacyjne, do których dostęp, w oparciu o przepisy, niezgodne zdaniem RPO z Konstytucją, mają służby policyjne i służby specjalne w Polsce, nie mogą zawierać danych, które ujawniają treść komunikatu (gdyż w oparciu o przepisy o retencji danych nie mogą być zatrzymywane takie informacje). Takie rozwiązanie prawne zakazujące zatrzymywania przez operatora danych zawierających treść przekazu przyjęte jest zarówno w prawie europejskim (art. 5 ust. 2 Dyrektywy 2006/24 WE) oraz w polskim prawie telekomunikacyjnym (art. 180a ust. 6 ustawy – prawo telekomunikacyjne).

i wykorzystywaniem danych telekomunikacyjnych³⁸. Najdalej idącą propozycją zmian przedstawioną w *Założeniach* było ograniczenie zakresu pozyskiwania i wykorzystywania danych podlegających retencji. Zgodnie z projektem, pozyskiwanie i wykorzystywanie danych telekomunikacyjnych przez uprawnione służby, prokuraturę i sądy byłoby możliwe jedynie dla potrzeb postępowań w ściganiu przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 3 lata oraz o ściganie przestępstw popełnionych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Ograniczenie to nie obowiązywałoby w postępowaniach dotyczących ścigania przestępstw celnych. Pozyskiwanie i wykorzystywanie danych telekomunikacyjnych przez poszczególne służby byłoby możliwe także w przypadku ścigania tych przestępstw, w odniesieniu do których służby te mogą wnioskować o zastosowanie kontroli operacyjnej. Pozyskany w taki sposób dowód mógłby zostać przeprowadzony przed sądem tylko wówczas, gdy ustalenie określonej okoliczności faktycznej innymi dowodami będzie niemożliwe (zasada subsydiarności).

Z pewnością wprowadzenie obowiązku wykazania, że ustalenie określonych stanów faktycznych przy użyciu innych niż dane retencyjne dowodów nie było możliwe (lub niecelowe) jest tworzeniem gwarancji ponad skalę ingerencji w prawa i wolności obywateli. Zasada subsydiarności powinna być stosowana w wypadku kontroli operacyjnej oraz kontroli korespondencji i utrwalania rozmów, gdyż czynności te bardzo głęboko ingerują w prawo do komunikowania się obywateli. Natomiast wykorzystywanie retencyjnych danych telekomunikacyjnych, zarówno w postępowaniu karnym i cywilnym oraz w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, stanowi znacznie łagodniejszą formę ingerencji i w proporcji do jej uciążliwości dla obywatela powinny być stosowane odpowiednie zabezpieczenia gwarancyjne. Oprócz tego podstawowego argumentu przemawiającego za niestosowaniem zasady subsydiarności w odniesieniu do wykorzystywania w postępowaniu dowodowym danych retencyjnych, należy podnieść, że zasada ta prowadzi do nieuniknionego wydłużenia procesu karnego w związku z koniecznością wykazania, że inne dowody okazały się nieprzydatne. W ten sposób uszczerbku doznawałaby istotna zasada procesu karnego – zasada szybkości postę-

³⁸ W założeniach przyjęto wprowadzenie następujących zmian: 1) utworzenie instytucji Pełnomocnika ds. ochrony danych osobowych i telekomunikacyjnych; 2) ograniczenie pozyskiwania i wykorzystywania danych podlegających retencji, 3) zwiększenie nadzoru Prokuratury, 4) wprowadzenie obowiązku niszczenia danych, 5) wprowadzenie obowiązku sprawozdawczego (projekt z dnia 28 maja 2012 r.).

powania. Prokurator musiałby wykazać, że ustalenie konkretnego stanu faktycznego było niemożliwe przy wykorzystaniu innych źródeł dowodowych (musiałby wskazać przy użyciu jakich konkretnie), aby móc wprowadzić do procesu dowód z danych retencyjnych. W niektórych wypadkach, co trafnie podnosił Prokurator Generalny, prowadziłyby to do utraty dowodu (minąłby czas przechowywania danych retencyjnych)³⁹.

Zgodnie z *Załoženiami*, zwiększenie nadzoru Prokuratury polegałoby na zobowiązaniu podmiotów uprawnionych do pozyskiwania i wykorzystywania danych telekomunikacyjnych do przekazywania prokuratorowi, wraz z materiałem dowodowym zawierającym takie dane, informacji o wszystkich przypadkach wystąpienia o dane telekomunikacyjne w sprawie, w której uzyskano dane telekomunikacyjne podlegające przekazaniu. W ramach nadzoru nad zgodnością z prawem pozyskiwania i wykorzystywania danych telekomunikacyjnych – prokurator dokonywałby analizy i oceny, uwzględniając w szczególności faktyczną i prawną podstawę do pozyskiwania i wykorzystywania tych danych (zakres i sposób przeprowadzania tych czynności, okres ich stosowania i terminowość ich zarządzania, przeprowadzanie niszczenia materiałów zbędnych)⁴⁰. Ostatecznie nie nadano *Założeniom* dalszego biegu w procesie legislacyjnym, a jedyne zmiany w tym zakresie wprowadziła ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw⁴¹.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. wprowadziła kontrolę sądową wykorzystywania danych telekomunikacyjnych przez służby policyjne w działaniach operacyjno-rozpoznawczych. Wprowadziła obowiązek przekazywania przez służby policyjne (i służby specjalne) sądowi okręgowemu w okresach półrocznych spra-

³⁹ Pismo Prokuratora Generalnego do Ministra Spraw Wewnętrznych z 17.08.2012 r., PG VII G 025-255/12, s. 3.

⁴⁰ Przeciwno takiemu zwiększaniu obowiązków prokuratora w nadzorze nad pozyskiwaniem i wykorzystywaniem danych telekomunikacyjnych zdecydowanie wypowiedział się Prokurator Generalny. Trafnie zauważył, że pozyskiwanie i wykorzystywanie danych telekomunikacyjnych w ramach procesu karnego (jako czynność procesowa) obwarowane jest szeregiem gwarancji procesowych, które bez wątpienia odpowiadają standardom demokratycznego państwa prawa (konieczność powiadomienia osoby o zastosowaniu tego rodzaju czynności, możliwość złożenia zażalenia) i nie wymagają wprowadzania dodatkowych przepisów gwarancyjnych. Także przepisy prawne regulujące pozyskiwanie i wykorzystywanie tych danych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, zdaniem Prokuratora Generalnego, stanowią wystarczającą gwarancję praw obywateli.

⁴¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 147.

wozdań obejmujących liczbę przypadków pozyskania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych oraz kwalifikację prawną czynów w sprawach, w których wystąpiono o udostępnienie danych. W ramach tej kontroli, sąd okręgowy może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi udostępnienie uprawnionym służbom danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych.

Przed nowelizacją dostęp do danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych przez służby policyjne i służby specjalne nie podlegał żadnej kontroli przez organ zewnętrzny. Rozwiązanie przyjęte w ustawie z 6 lutego 2016 r. wprowadzające kontrolę *ex post* wykorzystywania przez uprawnione służby danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych – uznać należy za trafne⁴².

Przedstawione przykłady czynności operacyjno-rozpoznawczych wskazują wyraźnie na skomplikowany związek między możliwościami efektywnego ścigania karnego a ochroną praw człowieka. Nowelizacja art. 20 ust. 1 ustawy o Policji zwiększająca (ponad rzeczywistą potrzebę) gwarancje praw podejrzanego i osoby podejrzanego spowodowała, że możliwości jakie daje rozwój nauki w realizacji funkcji ścigania poprzez wykorzystanie śladów biologicznych (daktyloskopii i DNA) zostały znacznie ograniczone⁴³.

Natomiast nowelizacja przepisów dotyczących korzystania z danych telekomunikacyjnych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych zwiększyła gwarancje praw jednostki bez uszczerbku dla efektywności działań służb policyjnych i specjalnych. Wspomniane wyżej stanowisko Prokuratora Generalnego, w którym zdecydowanie opowiedział się przeciw poddaniu pozyskiwania i wykorzystywania danych telekomunikacyjnych (w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych) nadzorowi prokuratora uznać należy za trafne. Nie można uzależniać wszystkich decyzji dotyczących czynności

⁴² Innego zdania był RPO, który w dniu 18 lutego 2016 r. zaskarżył do TK (sygn. akt K 9/16) m.in. art. 20c ust. 1 ustawy o Policji (i odpowiadające mu przepisy innych ustaw) jako niezgodne z Konstytucją RP, podnosząc zbyt szeroki zakres stosowania tej instytucji (w stosunku do wszystkich przestępstw) oraz brak wymogu subsydiarności. W związku z tym, że RPO w dniu 14 marca 2018 r. cofnął wniosek i wniósł o umorzenie postępowania, zastrzeżenia podniesione przez RPO we wniosku do TK mają w tej chwili charakter historyczny.

⁴³ Jest to doskonały przykład (niestety negatywny) na ograniczającą funkcję norm prawnych – w sytuacji, gdy osiągnięcia nauk technicznych pozwalają na zwiększenie możliwości wykrywczych organów ścigania.

operacyjno-rozpoznawczych od zgody organów zewnętrznych, gdyż spowodowałoby to faktyczny paraliż organów ścigania. Przyjęta w noweli kontrola *ex post* (wykorzystywania danych telekomunikacyjnych w działaniach operacyjnych) wykonywana przez niezawisły sąd jest rozwiązaniem trafnym – z jednej strony nie utrudnia zbytnio prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, a z drugiej, poddaje tę działalność kontroli organu zewnętrznego – zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego.

Poszukując rozwiązań, które zapewniłyby równowagę między zakresem uprawnień organów ścigania w ich działalności (w tym także w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych) a ochroną praw człowieka, należy mieć na uwadze stopień zagrożenia przestępczością (w tym w szczególności terroryzmem i przestępczością zorganizowaną). Wzrost zagrożenia przestępczością (w tym atakami terrorystycznymi, na skalę nieznana dotychczas w Europie) nakazuje szczególnie umiar w działaniach legislacyjnych ograniczających możliwości służb policyjnych i służb specjalnych w zakresie działań operacyjnych.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 EKPC niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z prawa do prywatności z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób. Kluczowe znaczenie ma tutaj zakres pojęcia „konieczne”. Nie ulega wątpliwości, że zakres ten powinien ulec poszerzeniu (objąć szerszy obszar) w sytuacji gdy zagrożenie bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju wzrasta w wyniku działań terrorystycznych, z czym mamy do czynienia niewątpliwie w chwili obecnej. Należy postawić pytanie, czy dotychczasowe środki okazały się wystarczające, czy też nie? Jeśli nie, to należy wyposażyć służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny w dodatkowe uprawnienia⁴⁴, a nie wprowadzać przepisy ograniczające możliwości efektywnego działania tych służb.

⁴⁴ Tak postąpiono w USA po zamachach w dniu 11 września 2001 r. wprowadzając zmiany ustawowe (w kilkunastu ustawach), zwiększające uprawnienia służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo określone jako *Patriot Act*.

PIŚMIENNICTWO

- Duffy, Peter. 1994. „Policja a Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.” *Prawa człowieka a Policja. Problemy teorii i praktyki*, red. Andrzej Rzepliński, 251–282. Legionowo: Wydawnictwo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie.
- Hermeliński, Wojciech. 2013. „Bezpieczeństwo publiczne a prawo jednostki do prywatności.” *Palestra* 1–2:17–26.
- Krzemińska, Beata. 2008. „Kompetencje Wydziału Daktyloskopii CLK KGP we współpracy międzynarodowej.” *Problemy Kryminalistyki* 262:29–40.
- Misztal, Jan. 2008. „Daktyloskopia w Polsce w XX wieku.” *Problemy Kryminalistyki* 262:63–71.
- Szuniewicz–Stępień, Marta. 2016. „Działania operacyjno-rozpoznawcze w ustawie antyterrorystycznej a europejski standard ochrony praw człowieka – wybrane zagadnienia.” *W Polska ustawa antyterrorystyczna – odpowiedź na zagrożenia współczesnym terroryzmem*, red. Waldemar Zubrzycki, Kuba Jałoszyński, i Aleksander Babiński, 335–368. Szczecino: Wyższa Szkoła Policji w Szczecinie.
- Szwarc, Wojciech. 1986. „Zarys ewolucji pojęcia «Policji» w Monarchii Pruskiej w XVII i XIX w.” W *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, red. Henryk Groszyk, i Lech Dubel, 117–133. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Taracha, Adam. 2010. „Wykorzystanie śladów daktyloskopijnych w realizacji funkcji wykrywczej przez Policję.” W *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, red. Ewa Gruza, Mieczysław Goc, i Tadeusz Tomaszewski, 341–346. Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW.

OBTAINING AND USING INFORMATION ON A PERSON FOR SAFETY PURPOSES
AND THE RIGHTS OF THE INDIVIDUAL (SELECTED ISSUES)

Summary. The Author discusses the relationship between the rights of police services to obtain and process information on persons during police investigative operations necessary to the provision of safety and public order and the protection of rights of the individual. According to Art. 8 of the ECHR the interference by a public authority with the exercise of the right to privacy is admissible when it is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of, among others, public safety and for the prevention of crime. The scope of that interference should be broadened (refer to a more extensive sphere) in the case in which the threat to the state's safety, public safety or economic welfare increases due to terrorist actions. The increase in the crime threat (including terrorist attacks on a scale unknown before in Europe) demands special moderation in legislative actions restricting the rights of police services and of special services in the sphere of investigative operations.

Key words: police investigative operations, obtaining, gathering and processing of information on a person, police service, special service, the right to privacy, terrorism

PROTECTION OF CULTURAL IDENTITY
– INTERNAL RULES OF THE EMPLOYERS
AND THEIR ANTI-DISCRIMINATION ASPECTS
IN THE DECISION MAKING PROCESS
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU

Peter Varga

Department of International Law and European Law
Trnava University in Trnava
Slovak Republic
<https://orcid.org/0000-0003-4252-6134>

Summary. The article deals with the recent judgments of the Court of Justice of the European Union that deal with the internal rules of the employers stipulating the neutrality principle of their employees. The neutrality principle prohibits the employee to wear any visible political, philosophical and religious symbols in the workplace. Such prohibition, may, however, be in conflict with the principle of non-discrimination within the meaning of the Directive 2000/78/EC. The article deals with the aspect the employers must take into account when they decide to issue internal rules requiring neutrality of their employees.

Key words: anti-discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, religion, belief, Directive 2000/78/EC

FOREWORD

These days, people in Europe face many opinions and many proposals of different ways how to protect cultural identity. Also in countries of Central Europe protection of cultural identity became a topic for politicians and this topic became nearly a central topic for discussions, including the discussions among lawyers. It is more than clear that the cultural identity is also a legal problem, as it affects the relations between the state and an individual as well as between individuals themselves.

This is especially significant in employment relationships where very often different interests are in a collision. And truly said, both the interests are very often legitimate, as they may be legally founded on different principles based in international law, EU law or national law. This situation may be the

case where the employers require its employees to be neutral¹ regarding their political, philosophical or religious signs.

The Court of Justice of the EU (hereinafter as CJEU) issued two important judgments in March 2017 that provide the criteria for the employers relating their internal rules requiring their employees to follow the neutrality principle. These judgments have also been discussed by human rights activists who declared several doubts relating to potential discrimination of persons of certain religions that are connected with visible symbols characteristic for that religion (e.g. Muslims or Sikhs). Acceptance of the neutrality principle may lead to their exclusion from work life and will prevent them in integration².

Irrespective of the various opinions on the correctness or inaccuracy of those judgments of the CJEU, it is important for the employers that they have an instruction and interpretation of laws, in order not to breach laws that guarantee the right to freedom of religion or belief. Such a contradiction could occur in case of internal rules that assign the dress code for the employees³. These judgments are also important for interpretation of national laws of the EU member states as the EU legislation was transposed into national legislation⁴.

¹ See: M. Moravčíková, *Sekulárny štát a náboženská sloboda v sociológii a v právnej teórii*, in: *Constans et perpetua voluntas*, eds. P. Mach, M. Pekarík, V. Vladár, Trnavská univerzita v Trnave, Trnava 2014, pp. 435–450; Eadem, *Náboženská neutralita štátu a svet práce*, in: *Sloboda jednotlivca a svet práce*, eds. M. Moravčíková, M. Križan, Leges, Praha 2014, pp. 183–191; Eadem, *Religion, law, and secular principles in the Slovak Republic*, in: *Religion and the secular state*, eds. J. Martínez-Torrón, C. Durham, Universidad Complutense, Madrid 2015, pp. 641–655.

² D. Balážová, *Do práce bez hidžábu aj kríža? Nie vždy*, “Pravda” 16.03.2017, in: <https://spravy.pravda.sk/domace/clanok/423261-do-prace-bez-hidzabu-aj-kriza-nie-vzdy/> [accessed: 1.11.2018].

³ A. Olšovská, “Dress code” zamestnanca a náboženské vyznanie, in *Islam v Európe – právne postavenie a financovanie islamských náboženských organizácií*, ed. M. Moravčíková, Leges, Praha 2017, pp. 43–61; M. Moravčíková, *Temptation in the desert. Troubles with state neutrality: or (not-)talking about God: debate not only about the case of sister Dalmácia*, in: *Religion: problem or Promise?*, ed. Š. Marinčák, Dobrá kniha, Trnava 2009, pp. 153–158.

⁴ In the Slovak Republic the anti-discrimination law is mainly regulated by the Act No. 365/2004 Coll., Anti-Discrimination Act and the Act No. 311/2001 Coll., the Labour Code. M. Moravčíková, *Law and religion in the workplace in the Slovak Republic*, in: *Law and religion in the workplace*, ed. M. Rodríguez Blanco, Comares, Granada 2016, pp. 337–348; Eadem, *The mutual roles of religion and state in Slovakia*, in: *The mutual roles of religion and state in Europe*, ed. B. Schanda, European consortium for Church and state research, Trier 2014, pp. 177–191.

1. LEGISLATION ON NON-DISCRIMINATION IN EUROPEAN UNION LAW

Antidiscrimination legislation is an important element of legislation in European Union law that also influences realization of private law relations, especially in labour law. Moreover, the issue of equal treatment is discussed a lot, as the realization of labour law relations, in which the antidiscrimination legislation is applied, may collide with other rights. Subsequently, it is up to the courts to decide the potential collision between two or more rights or to clarify the mutual relations between the application of these rights, which can often collide with one another, as also mentioned in this article. There are quite many cases concerning the equal treatment in recent years. This growth of cases is connected with increase in the sensitivity of the society to the occurrence of unequal treatment on the one hand as well as the fact the people are no more willing to accept that only the expectations of the major society are acceptable and correct⁵.

The legislation of EU member states is highly influenced by EU law in the area of equal treatment. This is connected with the need to harmonize the national legislation with EU law. EU law has significantly influenced the qualitative level of legal protection against discrimination. E.g., in the Slovak Republic, the actual anti-discrimination legislation in the form as it is drafted, results from the obligation to transpose the EU directive into national legislation. However, in the Slovak Republic, there were many discussions about the necessity to adopt the anti-discrimination legislation. Due to these discussions the Slovak Anti-Discrimination Act was adopted with delay, since it came into effect only after the accession of the Slovak Republic to the EU⁶.

EU anti-discrimination legislation is constantly developing, as there is a strong influence of the Court of Justice of the EU on this development.

⁵ M. Moravčíková, *Nekotorye aspekty gosudarstvenno-cerkovnykh otnošenij v stranach Evropejskovo Sojuza*, in: *Novaja Evropa – obščestvo, kultura, riligija i parvo*, ed. M. Moravčíková, Kluwer, Bratislava 2016, pp. 68–79.

⁶ Transposition of the directives is an obligation of the EU member states. Failure to comply with this obligation constitutes a breach of EU law. This obligation is established in the Accession Treaty of the member state to the EU. With respect to the Slovak Republic, the Article 2 of the Act on Conditions of the Accession stipulates an obligation to apply the EU law under the conditions and to the extent stipulated by EU law: “From the date of accession, the provisions of the original Treaties and acts adopted by the institutions and the European Central Bank prior to accession shall be binding on the new Member States and shall apply under the conditions laid down in these Treaties and in this Act”.

1.1. Prohibition of discrimination in EU primary law

The Treaty on European Union⁷ (TEU), the Treaty on the Functioning of the European Union⁸ (TFEU) as well as the Charter of the Fundamental Rights of the EU⁹ contain provisions on prohibition of discrimination, including the discrimination on grounds of religion or belief. To be complete, it is also necessary to point out the characteristics of EU law that are not based in EU legislation, but are necessary for a complex application of EU law in the territories of the EU member states, including the anti-discrimination legislation. In this connection the direct effect must be mentioned.

1.2. Prohibition of discrimination in EU secondary law

The customs union started to function in 1968. It was a necessary stage to further development, which is the internal market. The European Commission started works on social legislation in this time. In addition to the directives governing the process of collective redundancies, transfer of undertaking, also other directives regulating the equal treatment principle were adopted. This legislation has been gradually extending and includes also discrimi-

⁷ Article 2 TEU contains a provision that specifies the values on which the EU is founded. According to this article, the EU is founded on values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

⁸ TFEU contains several provisions which fight against discrimination that is considered to be illegal. Article 8 TFEU stipulates that the EU shall, in all its activities, aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women. Article 10 stipulates that the EU shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation in defining and implementing its policies and activities.

⁹ According to the Article 6(1) TEU the EU recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties. According to the Article 51 of the Charter, the provisions of the Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. It may therefore be expected that the Charter provisions will be relatively often applied, including the provisions regulating the equal treatment. However, the Charter does not influence in any way the EU competences. The Charter explicitly prohibits any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers and respecting the limits of the powers of the Union as conferred on it in the Treaties.

nation based on grounds of religion or belief in employment and occupation. This prohibition is established in the Directive No 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation¹⁰. The purpose of this directive is to establish a general framework for combating discrimination in employment and occupation on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation, in order to implement the principle of equal treatment in the EU Member States. This directive does not provide with the definition of the term religion¹¹, but refers in its recitals to the fundamental human rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and which result from constitutional traditions common to the Member States as fundamental principles of EU law. Article 9 ECHR provides, the right of everyone to freedom of thought, conscience and religion, including the right to express the religion or belief, either alone or in community with others and in public or private to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance¹². The directive refers to constitutional traditions common for the member states as fundamental principles of EU law. Among those rights stemming from these traditions, which have also been confirmed in the Charter of Fundamental Rights of the EU, are also the right to freedom of thought, conscience and religion¹³. This right includes the freedom to change the religion or belief, as well as the freedom to express the religion or belief either alone or together with others, either alone or in community, in worship, teaching, practice and observance. It is clear from the Explanatory report to the Charter of Fundamental Rights of the EU that this right corresponds to the right guaranteed in Article 9 of the ECHR and, in accordance with Article 52(3) of the Charter, this right has the same meaning and scope. As the ECHR and subsequently the Charter of the Fundamental Rights of the EU admit a broad meaning to the term „reli-

¹⁰ Published in OJ EC L 303, 2.12.2000, pp. 16–22; edition in Slovak language: Chapter 05 volume 004 pp. 79–85.

¹¹ M. Moravčíková, *Sloboda myslenia, svedomia a náboženského vyznania*, in: *Verejná správa*, ed. S. Košičiarová [et al.], Spolok Slovákov v Poľsku, Krakov 2015, pp. 146–150.

¹² Article 9 of the Convention mainly protects the area of personal conviction and religious belief (the right to freedom of thought, conscience and religion), that the people experience in their inner spheres. V. Križan, *Sloboda presvedčenia a výhrada svedomia v pracovnom práve*, in: *Právna ochrana slobody svedomia*, eds. M. Moravčíková, V. Križan, Typi Universitatis Tyrnaviensis, spoločné pracovisko Trnavskej univerzity v Trnave a Vedy, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied, Trnava 2013, pp. 50–67.

¹³ Article 10(1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU.

gion”, this term must necessarily be interpreted in the same way for the purposes of the Directive 2000/78 so that it includes *forum internum* (the fact of having a belief) as well as *forum externum* (public demonstration of a religious belief¹⁴).

The following cases concern the interpretation of the prohibition of discrimination on grounds of religion in employment and occupation in cases where the employer issued an internal rule prohibiting wearing the visible political, philosophical and religious symbols and situations where the employer has a will to take into account the customer’s wish that its services are no longer provided by a worker wearing a Islamic headscarf.

The interpretation concerned the provisions of the Directive 2000/78/EC, and the term „the principle of equal treatment” which means that there shall not be direct or indirect discrimination based on any of the grounds referred to in Article 1 of this Directive¹⁵. The Directive also provides the definition of direct and indirect discrimination, whereby the direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1¹⁶. Indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary¹⁷.

The Directive 2000/78/EC contains a provision that regulates its scope, and the Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies with respect to conditions for access to employment, including selection criteria and recruitment conditions, employment and working conditions, including dismissals and pay¹⁸.

¹⁴ V. Križan considers the right to freedom of thought, conscious and religion in principle to be the matter of each individual that is also shown towards others. See: V. Križan, *Sloboda presvedčenia*, p. 53.

¹⁵ Among these grounds belong: religion or belief, disability, age or sexual orientation.

¹⁶ Article 2(2)(a) of the Directive 2000/78/EC.

¹⁷ Article 2(2)(b) of the Directive 2000/78/EC.

¹⁸ Article 3(1) of the Directive 2000/78/EC.

2. JUDGMENT OF THE COURT C-157/15, SAMIRA ACHBITA,
CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR
RACISMEBESTRIJDING PROTI G4S SECURE SOLUTIONS NV¹⁹

In this case the Court of Justice (Court) issued a judgment on 14 March 2017. The case concerned an assessment of the employer's internal regulation that prohibited the employees wearing visible political, philosophical and religious symbols on the workplace and assessment of that prohibition in the light of the principle of non-discrimination within the meaning of the Directive 2000/78/EC. The subject of the dispute was whether the internal regulation of the employer causes direct or indirect discrimination and the conditions for the application of that prohibition with regard to the application of the Directive 2000/78/EC.

2.1. Facts of the case

The company G4S has forbidden its employees to wear any visible political, philosophical or religious symbols at their workplace and to carry out any related ceremonies. This prohibition led to a dispute between G4S and her employee Samira Achbita and the Centre for equal opportunities and fight against racism (Centre). Ms Achbita is of Islamic belief and started to work for G4S in 2003 as receptionist. There was an unspoken rule at the employer that the employees could not wear any visible political, philosophical, or religious symbols of their conviction in the workplace. Ms Achbita informed in April 2006 her supervisors that she plans to wear the Muslim scurf during the working time. The employer replied that the wearing of the scarf would not be tolerated, since the wearing of visible political, philosophical or religious symbols is contrary to the position of G4S neutrality. The employee informed the employer that she will wear the Muslim scurf after she returns to work after the temporary sick leave. Subsequently, the works council approved the amendment to the internal regulation, in the sense of which the employees are prohibited to wear any visible symbols of their political, philosophical or religious beliefs in the workplace and/or to carry out any related ceremony. As Ms Achbita continued to insist on wearing a Muslim scarf in the workplace, the employer decided to dismiss her, paying her the three-month severance pay and benefits under the employment contract.

¹⁹ ECLI:EU:C:2017:203.

Ms Achbita brought an action for the nullity of dismissal. The first instance court decided to refuse her action. She subsequently recalled to the second instance court that also refused her appeal for reason that the dismissal cannot be considered to be unjustified since the blanket ban on wearing visible signs of political, philosophical or religious beliefs in the workplace did not give rise to direct discrimination, and no indirect discrimination or infringement of individual freedom or of freedom of religion was evident. The Appeals Court rejected the argument that the prohibition to wear visible religious or philosophical symbols itself constitutes a direct discrimination of Ms Achbita, as a person with her belief. The court stated that the prohibition did not only refer to the use of religious symbols, but also to symbols relating to philosophical belief which fulfills the condition of protection under Directive 2000/78/EC that refers to religion or belief. Ms Achbita argues that, by holding that the religious belief on which the employer's ban is based is a neutral criterion and by failing to characterise the ban as the unequal treatment of workers as between those who wear an Islamic headscarf and those who do not, on the ground that the ban does not refer to a particular religious belief and is directed to all workers, the Appeal Court misconstrued the concepts of 'direct discrimination' and 'indirect discrimination' as referred to in Article 2(2) of Directive 2000/78.

In those circumstances, the Hof van Cassatie (Court of Cassation) decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling: "Should Article 2(2)(a) of Directive 2000/78 be interpreted as meaning that the prohibition on wearing, as a female Muslim, a headscarf at the workplace does not constitute direct discrimination where the employer's rule prohibits all employees from wearing outward signs of political, philosophical and religious beliefs at the workplace?"

2.2. The findings of the Court of Justice

The Court of Justice interpreted the question of the court as follows: Must the Article 2(2) of Directive 2000/78 be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking imposing a blanket ban on the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, constitutes direct discrimination that is prohibited by that directive.

The Court of Justice in the first place summarized the purpose of that directive 2000/78/EC that is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation. The Court of Justice was

dealing with the term religion and confirmed that it must be broadly interpreted. In the second place it was necessary to determine whether the internal rule at issue in the main proceedings gives rise to a difference in treatment of workers²⁰ on the basis of their religion or their belief and, if so, whether that difference in treatment constitutes direct discrimination within the meaning of Article 2(2)(a) of Directive 2000/78.

The Court of Justice reflected in this case that the internal rule at issue refers to the wearing of visible signs of political, philosophical or religious beliefs and therefore covers any manifestation of such beliefs without distinction. The rule must, therefore, be regarded as treating all workers of the undertaking in the same way by requiring them, in a general and undifferentiated way, *inter alia*, to dress neutrally, which precludes the wearing of such signs. The Court of Justice considers that the internal rule was not applied differently to Ms Achbita as compared to any other worker. Accordingly, it must be concluded that an internal rule such as that at issue does not introduce a difference of treatment that is directly based on religion or belief, for the purposes of Article 2(2)(a) of Directive 2000/78.

The Court of Justice concluded that it is not excluded that the national court may assess the facts and to determine whether and to what extent the internal rule at issue meets those requirements. The Court of Justice continues that such a difference of treatment does not amount to indirect discrimination within the meaning of Article 2(2)(b) of the directive if it is objectively justified by a legitimate aim and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary. As regards the condition relating to the existence of a legitimate aim, it should be stated that the desire to display, in relations with both public and private sector customers, a policy of political, philosophical or religious neutrality must be considered legitimate. An employer's wish to project an image of neutrality towards customers relates to the freedom to conduct a business that is recognised in Article 16 of the Charter and is, in principle, legitimate, notably where the employer involves in its pursuit of that aim only those workers who are required to come into contact with the employer's customers.

²⁰ A term worker is used in EU law (the provisions of the TFEU relating the free movement of workers as well as the secondary legislation use the term worker). On the other hand, Slovak legislation uses the term employee (e.g. the Labour Code); the employee is an individual performing a dependant activity. As the provisions of EU have also been transposed to the Labour Code, the interpretation of the term worker will also be applicable on employees.

As regards the appropriateness of an internal rule such as that at issue in the main proceedings, it must be held that the fact that workers are prohibited from visibly wearing signs of political, philosophical or religious beliefs is appropriate for the purpose of ensuring that a policy of neutrality is properly applied, provided that that policy is genuinely pursued in a consistent and systematic manner. This is the role of the national court to ascertain whether the employer established a general and undifferentiated policy of prohibiting the visible wearing of signs of political, philosophical or religious beliefs in respect of members of its staff who come into contact with its customers.

As regards the assessment of the question whether the prohibition at issue was necessary, it must be determined whether the prohibition is limited to what is strictly necessary. In this case, what must be ascertained is whether the prohibition on the visible wearing of any sign or clothing capable of being associated with a religious faith or a political or philosophical belief covers only workers who interact with customers. If that is the case, the prohibition must be considered strictly necessary for the purpose of achieving the aim pursued.

The Court of Justice was of opinion that if the employee refused to give up wearing an Islamic headscarf when carrying out her professional duties for customers, it would be necessary to examine, if there would be an additional burden for the employer to offer her a post not involving any visual contact with those customers, instead of dismissing her. It is always necessary to limit the restrictions on the freedoms concerned to what is strictly necessary.

2.3. Conclusion to the judgment and summary

The Court of Justice in the judgment decided that the prohibition to wear Islamic headscarf that is established by the employer's internal rule prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, does not constitute direct discrimination based on religion or belief within the meaning of the directive 2000/78. However, it may constitute indirect discrimination if it is established that the apparently neutral obligation it imposes results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, unless it is objectively justified by a legitimate aim, such as the pursuit by the employer, in its relations with its customers, of a policy of political, philosophical and religious neutrality, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

3. JUDGMENT OF THE COURT C-188/15, ASMA BOUGNAOUI,
ASSOCIATION DE DÉFENSE DES DROITS DE L'HOMME (ADDDH)
V. MICROPOLE SA, FORMERLY MICROPOLE UNIVERS SA²¹

The Court of Justice issued a decision in this case on 14 March 2017. The case concerned a situation in which the willingness of an employer to take account of the wishes of a customer no longer to have the services of that employer provided by a worker wearing an Islamic headscarf can be considered a “genuine and determining occupational requirement” within the meaning of the Directive 2000/78/EC. The subject of the dispute concerned the situation when the employer dismissed a female employee on the grounds that she did not want to take off her Islamic headscarf while performing a work task at the customers.

3.1. Facts of the case

The subject of the case, similarly as in the previous case, was the interpretation of the provisions of the Directive 2000/78/EC. However, in this case, the Court of Justice was dealing with the Article 4(1) that stipulates, the member states may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1²² shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

Ms Bougnaoui was employed by her employer for indefinite period as a design engineer. Prior she was recruited to the employment, she was on an internship at the employer. That time, she was wearing a simple bandana and was informed that wearing an Islamic headscarf might pose a problem when she was in contact with customers of the company. Later, she has decided to wear an Islamic headscarf.

The employer called her for an interview preliminary to possible dismissal. During this interview the issue of wearing an Islamic headscarf in the premises of the customers was discussed with her as number of the customer's employees were upset of that. The employer informed her that it re-

²¹ ECLI:EU:C:2017:204.

²² These grounds are: religion or belief, disability, age or sexual orientation.

spects her freedom of opinion and religious beliefs of everyone, but the employer practices the neutrality to which she was notified prior to the commencement of the employment relationship.

As the employee refused to change her opinion and further insisted to wear an Islamic headscarf, the employer decided to dismiss her. Ms Bougnaoui considered that dismissal to be discriminatory and brought an action before the court. The first instance court dismissed the remainder of the action on the ground that the restriction of Ms Bougnaoui's freedom to wear the Islamic headscarf was justified by her contact with customers of that company and proportionate to Micropole's aim of protecting its image and of avoiding conflict with its customers' beliefs. Ms Bougnaoui appealed against that decision, but the Appeal Court upheld the decision of the first instance court. It ruled, in particular, that Ms Bougnaoui's dismissal did not arise from discrimination connected with the religious beliefs of the employee, since she was permitted to continue to express them within the undertaking, and that it was justified by a legitimate restriction arising from the interests of the undertaking where the exercise by the employee of the freedom to manifest her religious beliefs went beyond the confines of the undertaking and was imposed on the latter's customers without any consideration for their feelings, impinging on the rights of others.

Ms Bougnaoui brought an appeal against that decision to the Court of Cassation. She claimed that restrictions on religious freedom should be justified by the nature of the task to be undertaken and should arise from a genuine and determining occupational requirement, subject to the proviso that the objective be legitimate and the requirement proportionate. They argued that the wearing of the Islamic headscarf by an employee of a private undertaking when in contact with customers does not prejudice the rights or beliefs of others, and that the embarrassment or sensitivity of the customers of a commercial company, at the mere sight, allegedly, of a sign of religious affiliation, is neither a relevant nor legitimate criterion, free from any discrimination, that might justify the company's economic or commercial interests being allowed to prevail over the fundamental freedom of religion of an employee.

The Court of Cassation reflected the previous case law of the CJEU, but it did not find an answer to the question whether Article 4(1) of Directive 2000/78 must be interpreted as meaning that the wish of an employer's customer no longer to have that employer's services provided by a worker on one of the grounds to which that directive refers is a genuine and determin-

ing occupational requirement, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out.

3.2. The findings of the Court of Justice

The Court of Justice has defined the scope of the question as follows: Must Article 4(1) of Directive 2000/78 be interpreted as meaning that the willingness of an employer to take account of the wishes of a customer no longer to have that employer's services provided by a worker wearing an Islamic headscarf constitutes a genuine and determining occupational requirement within the meaning of that provision?

In this case the Court of Justice was dealing with the term religion and has taken into account a broad interpretation of this term both by the ECHR and the Charter of the Fundamental Rights and Freedoms. This term includes both *forum externum* as well as *forum internum*.

The Court of Justice in its reply confirmed that the national court must ascertain whether the dismissal was based on non-compliance with a rule in force within that undertaking, prohibiting the wearing of any visible sign of political, philosophical or religious beliefs, and if it were to transpire that that apparently neutral rule resulted, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, it would have to be concluded that there was a difference of treatment indirectly based on religion or belief, as referred to in Article 2(2)(b) of Directive 2000/78/EC. Such a difference of treatment does not amount to indirect discrimination if it is objectively justified by a legitimate aim, such as the implementation of a policy of neutrality vis-à-vis its customers, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

On the other hand, if the dismissal was not based on the existence of an internal rule, it would be necessary to consider whether the willingness of an employer to take account of a customer's wish no longer to have services provided by a worker who has been assigned to that customer by the employer and who wears an Islamic headscarf constitutes a genuine and determining occupational requirement within the meaning of Article 4(1) of Directive 2000/78/EC. In accordance to this provision the member states may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1 of the directive does not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is

proportionate. The Court of Justice emphasized that from the Article 4(1) of Directive 2000/78/EC results that that it is not the ground on which the difference of treatment is based but a characteristic related to that ground which must constitute a genuine and determining occupational requirement.

The Court of Justice pointed out that it is only in very limited circumstances that a characteristic related, in particular, to religion may constitute a genuine and determining occupational requirement and according to wording of Article 4(1) of Directive 2000/78/EC, such a characteristic may constitute such a requirement only “by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out”.

3.3. Conclusion to the judgment and summary

Based on the above mentioned information arises that the concept of “genuine and determining occupational requirement” refers to a requirement that is objectively dictated by the nature of the occupational activities concerned or of the context in which they are carried out. It cannot, however, cover subjective considerations, such as the willingness of the employer to take account of the particular wishes of the customer. As a consequence, the Court of Justice answered that the Article 4(1) of Directive 2000/78/EC must be interpreted as meaning that the willingness of an employer to take account of the wishes of a customer no longer to have the services of that employer provided by a worker wearing an Islamic headscarf cannot be considered a genuine and determining occupational requirement within the meaning of that provision.

SUMMARY

The judgments of the Court of Justice presented in this article provide that employers may, in certain circumstances, prohibit their employees from wearing visible political, philosophical or religious symbols. The Court of Justice declared that such a prohibition does not introduce a direct discrimination. However, it did not exclude, that this may establish an indirect discrimination if the internal regulation proves to be disadvantageous to a certain group of people. Such a difference in treatment, however, does not establish an indirect discrimination if it is objectively justified by the legitimate aim and the means of achieving it are appropriate and necessary.

The Court of Justice stipulates that the will of an employer to introduce the neutrality principle into relations with the customers is legitimate, especially in case of employees who come into contact with customers. The

Court of Justice emphasized that the neutrality principle must be applied by the employer in a coherent and systematic way, i.e. it must be proven that the principle is consistently applied and is not an ad hoc application in a particular situation and that it is not an ad hoc application of that principle in a specific situation.

In the second case that was subject to analyses, the Court of Justice came to a conclusion that the willingness of the employer to take account the particular wishes of the customer that the services are no more provided by the employee who wears an Islamic scarf, cannot be considered to be a genuine and determining occupational requirement.

REFERENCES

- Balážová, Daniela. 2017. "Do práce bez hidžábu aj kríža? Nie vždy." *Pravda*. In <https://spravy.pravda.sk/domace/clanok/423261-do-prace-bez-hidzabu-aj-kriza-nie-vzdy/> [accessed: 1.11.2018].
- Križan, Viktor. 2013. "Sloboda presvedčenia a výhrada svedomia v pracovnom práve." In *Právna ochrana slobody svedomia*, edited by Michaela Moravčíková, and Viktor Križan, 50–67. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, spoločné pracovisko Trnavskej univerzity v Trnave a Vedy, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied.
- Moravčíková, Michaela. 2009. "Temptation in the desert. Troubles with state neutrality: or (not) talking about God: debate not only about the case of sister Dalmácia." In *Religion: problem or Promise?*, edited by Šimon Marinčák, 153–158. Trnava: Dobrá kniha.
- Moravčíková, Michaela. 2014. "Náboženská neutralita štátu a svet práce." In *Sloboda jednotlivca a svet práce*, edited by Michaela Moravčíková, and Viktor Križan, 183–191. Praha: Leges.
- Moravčíková, Michaela. 2014. "Sekulárny štát a náboženská sloboda v sociológii a v právnej teórii." In *Constans et perpetua voluntas*, edited by Peter Mach, Matej Pekarik, and Vojtech Vladár, 435–450. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave.
- Moravčíková, Michaela. 2014. "The mutual roles of religion and state in Slovakia." In *The mutual roles of religion and state in Europe*, edited by Balazs Schanda, 177–191. Trier: European consortium for Church and state research.
- Moravčíková, Michaela. 2015. "Religion, law, and secular principles in the Slovak Republic." In *Religion and the secular state*, edited by Javier Martínez-Torrón, and Cole Durham, 641–655. Madrid: Universidad Complutense.
- Moravčíková, Michaela. 2015. "Sloboda myslenia, svedomia a náboženského vyznania." In *Verejná správa*, edited by Soňa Košičiarová [et al.], 146–150. Krakov: Spolok Slovákov v Poľsku.
- Moravčíková, Michaela. 2016. "Law and religion in the workplace in the Slovak Republic." In *Law and religion in the workplace*, edited by Miguel Rodriguez Blanco, 337–348. Granada: Comares.
- Moravčíková, Michaela. 2016. "Někotorye aspekty gosudarstvenno-cerkovnykh otnošenij v stranach Evropejskovo Sojuza." In *Novaja Evropa – obščestvo, kultura, riligija i pravo*, edited by Michaela Moravčíková, 68–79. Bratislava: Kluwer.

Olšovská, Andrea. 2017. “«Dress code» zaměstnanca a náboženské vyznání.” In *Islam v Evropě – právní postavení a financování islamských náboženských organizací*, edited by Michaela Moravčíková, 43–61. Praha: Leges.

OCHRONA TOŻSAMOŚCI KULTUROWEJ
– WEWNĘTRZNE ZASADY PRACODAWCÓW
I ICH ASPEKTY ANTYDYSKRYMINACYJNE W PODEJMOWANIU DECYZJI
W PROCESACH PRZED TRYBUNAŁEM SPRAWIEDLIWOŚCI UE

Streszczenie. Artykuł dotyczy niedawnych wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które odnoszą się do wewnętrznych przepisów pracodawców określających zasadę neutralności ich pracowników. Zasada neutralności zabrania pracownikowi noszenia widocznych symboli politycznych, filozoficznych i religijnych w miejscu pracy. Zakaz taki może jednak pozostawać w sprzeczności z zasadą niedyskryminacji w rozumieniu dyrektywy 2000/78/WE. Artykuł dotyczy aspektu, który pracodawcy muszą wziąć pod uwagę przy podejmowaniu decyzji w wydawaniu wewnętrznych przepisów wymagających neutralności swoich pracowników.

Słowa kluczowe: antydyskryminacja, dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, religia, przekonania, dyrektywa 2000/78/WE

OCHRONA KARNA PRAWA CZŁOWIEKA DO ŻYCIA W PRAWIE POLSKIM

Krzysztof Wiak

Katedra Prawa Karnego
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0003-0947-570X>

Streszczenie. Opracowanie zawiera omówienie regulacji polskiego Kodeksu karnego chroniących życie człowieka. W pierwszej części została zawarta analiza ponadustawowych standardów ochrony prawa do życia, wynikających z prawa międzynarodowego i Konstytucji RP. W części drugiej przedstawiono wybrane problemy pojawiające się przy kwalifikacji prawnej czynów zabronionych jako zabójstw. W artykule zwrócono szczególną uwagę na zagadnienie procesowego przypisania sprawcy zamiaru zabicia człowieka oraz znaczenie i wykładnię znamion kwalifikujących.

Słowa kluczowe: życie, prawo do życia, zabójstwo, Kodeks karny

UWAGI WSTĘPNE

Określenie stosunku prawa karnego do życia ludzkiego, a co za tym idzie, wyznaczenie zakresu i intensywności ochrony tego podstawowego dobra prawnego przysługującego każdemu człowiekowi, wymaga w pierwszej kolejności wskazania ponadustawowych wzorców, wiążących ustawodawcę. Powszechnie przyjmuje się, że uznanie przyrodzonej i niezbywalnej ludzkiej godności stanowi fundament współczesnej koncepcji praw człowieka. Podstawowym prawem człowieka, w tym znaczeniu, iż warunkuje możliwość korzystania z innych praw i wolności, jest prawo do życia. Znajduje ono potwierdzenie w wielu dokumentach prawa międzynarodowego, w tym w treści art. 3 Powszechnej Deklaracji Prawa Człowieka z 1948 r.¹, art. 6 § 1 Mię-

¹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., w: http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf [dostęp: 20.11.2018].

dzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.², art. 2 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.³

Niniejsze opracowanie zawiera syntetyczne – ograniczone objętością artykułu – omówienie regulacji polskiego Kodeksu karnego chroniących życie człowieka. W pierwszej części została podjęta próba nakreślenia standardów ochrony życia, wynikających z prawa międzynarodowego i Konstytucji RP. W części drugiej wskazano wybrane problemy pojawiające się przy kwalifikacji prawnej zachowań przestępnych wypełniających znamiona kodeksowych typów zabójstwa.

ŻYCIE JAKO DOBRO PRAWNIE CHRONIONE

Wyznaczenie granic i intensywności ochrony życia ludzkiego w ramach przysługującej ustawodawcy swobody legislacyjnej musi uwzględniać wiążące wzorce normatywne o randze ponadustawowej. Taki charakter mają dwa przepisy konstytucyjne. Zgodnie z art. 30 Konstytucji RP⁴ przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Ponadto, przepis art. 38 Konstytucji RP stanowi wprost, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Z treści obu przepisów wyprowadzić należy normę zakazującą legalizacji zamachów na życie człowieka oraz zobowiązującą ustawodawcę zwykłego do wprowadzenia skutecznych gwarancji jego ochrony.

Konstytucja RP w art. 38 nie definiuje bliżej pojęcia człowieka, jednakże zapewnia ochronę „każdemu człowiekowi”, co nakazuje odnosić te gwarancje do całego okresu jego istnienia. Na tle przywołanych wzorców konstytucyjnych należy stwierdzić, że przymiot bycia „człowiekiem” oraz przyrodzona godność przynależą każdej istocie ludzkiej od momentu, od którego zaczyna się jej istnienie (od poczęcia), dotąd aż jej byt się nie skończy. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, w jaki sposób rozpoczęło się życie człowieka – czy początek nastąpił w środowisku naturalnym czy sztucznym (*in*

² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej uchwalona 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

vitro). Wyprowadzenie z Konstytucji RP takiego wzorca, wiążącego ustawodawcę zwykłego, powinno skutkować przyjęciem regulacji mających na celu zapewnienie skutecznej ochrony godności i życia każdego człowieka.

Tak też obowiązki wspólnoty państwowej wobec życia człowieka postrzega Trybunał Konstytucyjny. W orzeczeniu z 28 maja 1997 r.⁵ przyjęto: „Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. [...] Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju. Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”⁶.

Wyrażona w Konstytucji RP deklaracja poszanowania życia ludzkiego wymaga zapewnienia jego skutecznej ochrony jako dobra prawnego, nie rozstrzyga jednak szeregu istotnych problemów dotyczących zakresu i intensywności tej ochrony. Od lat polaryzację stanowisk można dostrzec w związku z kwestiami dopuszczalności przerywania ciąży czy legalizacji eutanazji. W ostatnim czasie rozbieżności ocen wyraźnie pogłębiają się na skutek rozwoju nauk biomedycznych, budzącego ożywione dyskusje na temat eksperymentów genetycznych, sztucznej prokreacji, transplantacji czy kryteriów ustalania śmierci człowieka.

Przyjęcie określonych rozstrzygnięć prawnych wobec tych zagadnień wymaga uprzedniego udzielenia odpowiedzi na pytanie, od jakiego momentu istocie ludzkiej przysługuje atrybut „człowieczeństwa”, a więc bycia podmiotem, któremu ustawodawca powinien zapewnić ochronę. Zwolennicy kryterium tzw. genetycznego konsekwentnie uznają za człowieka każdą isto-

⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK ZU 1997, Nr 2, poz. 19.

⁶ *Trybunał Konstytucyjny w sprawie życia. Dokumenty*, Biblioteka „Niedzieli”, Częstochowa 1997, s. 97–98.

tę ludzką już od momentu poczęcia⁷. Za takim rozstrzygnięciem przemawia okoliczność, że wówczas powstaje nowy organizm ludzki wyposażony w indywidualny kod genetyczny. Inni wskazują na znaczenie różnie definiowanych kryteriów tzw. rozwojowych, których istotę oddaje twierdzenie, że istota ludzka dopiero „staje się” człowiekiem wraz z osiągnięciem odpowiedniego stadium rozwoju. Za tak doniosłe i przełomowe dla statusu człowieka momenty uznaje się: początek bicia serca, wykształcenie się mózgu lub całego układu nerwowego⁸, uzyskanie zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki⁹. Akceptacja dla jednego ze wskazanych kryteriów wywiera bezpośredni wpływ na płaszczyźnie prawa, w tym prawa karnego, prowadząc do przyjęcia określonego modelu ochrony człowieka, jego życia i innych dóbr prawnych. Kontrowersje natury etyczno-moralnej dotyczą również granicy końcowej istnienia człowieka. Pojawiają się one w związku z pytaniami o zakres medycznego obowiązku ratowania życia ludzkiego czy też dążeniem do możliwie wczesnego i pewnego rozpoznania śmierci człowieka, mającego znaczenie dla rozwoju transplantologii. Współcześnie nie brak również problemów generowanych przez zagrożenia wynikające z potrzeby przeciwdziałania najpoważniejszym postaciom przestępczości, jak np. kwestia dopuszczalności zestrzelenia uprowadzonego samolotu (równoznacznego z pozbawieniem życia niewinnych ofiar na pokładzie), który może być użyty jako środek do przeprowadzenia rozległego zamachu terrorystycznego¹⁰.

Dokonując rozstrzygnięć normatywnych dotyczących zasygnalizowanych wyżej kwestii należy mieć na uwadze, iż ochronie powinno podlegać zarówno podmiotowe prawo do życia w ujęciu subiektywnym (jako atrybut przynależny człowiekowi), jak i życie ludzkie jako obiektywna wartość dla społeczeństwa (niezależnie od woli uprawnionego podmiotu). Perspektywa obiektywna nakazuje odrzucenie wszelkich kryteriów różnicujących ochronę, które mogłyby dyskryminować pewne grupy istot ludzkich, oraz respektowanie przez system prawa jednakowej wartości życia każdego człowieka,

⁷ Zob. A. Grześkowiak, *Zagadnienia prawnokarnej ochrony dziecka poczętego w pracach Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1990–1991*, Ottonianum, Szczecin 1990, s. 12.

⁸ Zob. E. Klimowicz, *Filozoficzne i etyczne podstawy poglądów na temat aborcji*, w: *Polityka i aborcja*, red. M. Chałubiński, Agencja Scholar, Warszawa 1994, s. 23–24.

⁹ Zob. K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2001, s. 203.

¹⁰ Zob. Tenże, *Terrorism and Criminal Law*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2012, s. 177–182.

bez względu na jego indywidualne cechy i właściwości. Sąd Najwyższy w wyroku z 17 lutego 1989 r. wyraził to w następujący sposób: „Życie każdego człowieka niezależnie od wieku, stanu zdrowia, reprezentowanego poziomu wiedzy, kultury, stanu rodzinnego i realnej społecznej przydatności jest wartością naczelną i podlega jednakowej ochronie prawnej. Jest niedopuszczalne ze względu na wymienione lub inne przesłanki dotyczące ofiary zbrodni zabójstwa wartościowanie jej życia i w związku z tym przenoszenia tych wartości na grunt przesłanek dotyczących wymiaru kary [...]”¹¹. Podobne wypowiedzi można odnaleźć w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Sąd Apelacyjny [dalej: SA] w Szczecinie w wyroku z 14 listopada 2016 r.¹² sformułował następującą tezę: „Jest [...] oczywistym, że życie ludzkie jest najwyższą wartością w każdej społeczności, czy kulturze etnicznej, a co za tym idzie, [...] względy kulturowe nie mogą stanowić jakiegokolwiek usprawiedliwienia dla takiego zachowania jakie urzeczywistnił oskarżony”.

SYSTEMATYKA PRZESTĘPSTW PRZECIWKO ŻYCIU

Prawnokarna ochrona życia ludzkiego realizuje się w pierwszej kolejności na podstawie przepisów umieszczonych w rozdziale XIX Kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.¹³ Zawarte w nim typy rodzajowe przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu znalazły się już na początku części szczególnej Kodeksu karnego, zaraz po rozdziale XVI „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”, rozdziale XVII „Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej” i rozdziale XVIII „Przestępstwa przeciwko obronności”. Konsekwencją takiej systematyki jest wysunięcie życia ludzkiego na czoło katalogu indywidualnych dóbr prawnych, tuż po najważniejszych dobrach zbiorowych. W świetle kodeksowej aksjologii, takie rozstrzygnięcie ustawodawcy podkreśla wysoką rangę życia wśród chronionych wartości.

W strukturze rozdziału XIX można wyodrębnić dwie grupy przepisów, które chronią człowieka przed zamachami na życie (art. 148-155 k.k.) oraz przed narażeniem na niebezpieczeństwo utraty życia (art. 158-162 k.k.). Do pierwszej należy zaliczyć: zabójstwo i jego typy zmodyfikowane (art. 148-150 k.k.), namowę lub pomoc do samobójstwa (art. 151 k.k.), przerwanie

¹¹ Wyrok SN z dnia 17 lutego 1989 r., sygn. akt IV KR 15/89, OSNKW 1989, Nr 5–6, poz. 420.

¹² Wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. akt II AKa 158/15, Legalis.

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

cięży (art. 152-154 k.k.), nieumyślne spowodowanie śmierci (art. 155 k.k.). Do drugiej grupy należą przepisy kryminalizujące udział w bójce lub pobiciu (art. 158-159 k.k.), narażenie na niebezpieczeństwo (art. 160 k.k.), narażenie na zarażenie (art. 161 k.k.) i nieudzielenie pomocy (162 k.k.).

Poza rozdziałem XIX Kodeksu karnego życie człowieka jest chronione na podstawie przepisów wprowadzających odpowiedzialność za: ludobójstwo (art. 118 k.k.), zamachy przeciwko ludności (art. 118a k.k.) oraz zamach na życie Prezydenta RP (art. 134 k.k.). Przy pewnych typach przestępstw okolicznością kwalifikującą, skutkującą surowszą odpowiedzialnością sprawcy, jest wystąpienie następstwa w postaci śmierci człowieka (np. art. 156 § 3, art. 166 § 3, art. 254 § 2 k.k.).

ZRÓŻNICOWANIE OCHRONY ŻYCIA W ZALEŻNOŚCI OD STADIÓW ROZWOJU CZŁOWIEKA

Bliższa analiza konstrukcji rozdziału XIX Kodeksu karnego pozwala na wyróżnienie dwóch dalszych grup przepisów chroniących życie ludzkie, pomiędzy którymi cezurę wyznacza nastąpienie porodu. Do czynów następujących w stadium życia prenatalnego znajdują zastosowanie typy rodzajowe przestępstw, w których kryminalizowane są zachowania prowadzące do przerwania ciąży (art. 152-154 k.k.), skierowane przeciwko życiu „dziecka poczętego”. Termin ten oznacza istotę ludzką w całym prenatalnym okresie rozwoju – od momentu połączenia męskiej i żeńskiej komórek rozrodczych (zapłodnienia)¹⁴. W drugiej grupie przepisów, regulujących odpowiedzialność karną za czyny zabronione następujące w okresie późniejszym (od rozpoczęcia porodu), przedmiotem zamachu jest „człowiek” (art. 148, art. 150-151, art. 155, art. 158-162 k.k.) lub „dziecko” (art. 149 k.k.).

Porównanie zakresu norm sankcjonowanych wyprowadzonych z treści przepisów należących do obu wyodrębnionych grup dowodzi, że ustawodawca dokonał w nich wyraźnego rozwarstwienia ochrony życia i zdrowia ludzkiego w zależności od faz jego rozwoju. Standard ochrony fazy prenatalnej życia ludzkiego jest przy tym wyraźnie niższy od ochrony życia człowieka urodzonego czy też dopiero rodzącego się. Tezę tę potwierdza przede wszystkim niekaralność przerywania ciąży we wskazanych ustawowo przy-

¹⁴ Zob. M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2005, s. 267-268; A. Grześkowiak, *W trosce o rodzinę*, Biblioteka „Niedzieli”, Częstochowa 1996, s. 238-240; K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego*, s. 132.

padkach, a także brak kryminalizacji zamachów nieumyślnych na życie i zdrowie dziecka poczętego oraz narażenia jego życia i zdrowia na niebezpieczeństwo. Takie ograniczenia prawnokarnej ochrony nie występują przy czynach zabronionych godzących w człowieka po przekroczeniu cezury narodzin.

Zróżnicowane standardy ochrony życia w okresie prenatalnym i postnatalnym oraz niejednolita terminologia stosowana dla określenia istoty ludzkiej wśród znamion typów rodzajowych przestępstw z rozdziału XIX wymagają ustalenia cezury rozgraniczającej zakres pojęć „dziecko poczęte” oraz „człowiek”. Przyjmuje się, że człowiek to istota ludzka urodzona, co jednak nie rozwiązuje wszystkich problemów pojawiających się przy rozstrzyganiu o kwalifikacji prawnej.

W ostatnich latach kwestia wyznaczenia dokładnej linii granicznej pomiędzy przepisami zawierającymi w swojej dyspozycji terminy „człowiek” i „dziecko poczęte” kilkakrotnie pojawiła się w orzecznictwie Sądu Najwyższego [dalej: SN]. W uchwale z 26 października 2006 r.¹⁵ SN przyjął, że przedmiotem prawnokarnej ochrony na tle wszystkich przepisów rozdziału XIX posługujących się znamieniem „człowiek” jest „życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodowi), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu”. Z treści orzeczenia wynika, iż w całym okresie porodu, czyli już od jego rozpoczęcia, dziecko objęte jest ochroną na mocy przepisów, w których ustawodawca użył terminu „człowiek”. Rozstrzygnięciu temu, nie bez racji, zarzucono niejednoznaczne ustosunkowanie się do kwestii porodu drogą cesarskiego cięcia. Wątpliwości te SN starał się wyjaśnić w postanowieniu z dnia 30 października 2008 r.¹⁶, w którym wyrażono następującą tezę: „Pełna prawnokarne ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu od:

- rozpoczęcia porodu (naturalnego),
- w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu,

¹⁵ Uchwała SN z dnia 26 października 2006 r., sygn. akt I KZP 18/06, OSNKW 2006, z. 11, poz. 97.

¹⁶ Postanowienie SN z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt I KZP 13/08, OSNKW 2008, z. 11, poz. 90.

– w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności”.

Kontynuacją tej linii orzeczniczej był wyrok z dnia 27 września 2010 r., w którym z przesłanki, iż ochrona dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki, aktualizuje się z chwilą zaistnienia medycznych wskazań do niezwłocznego zakończenia ciąży cesarskim cięciem, SN wyprowadził wniosek o istnieniu obowiązku sprawowania tej ochrony przez lekarza już od „chwili wystąpienia zagrożenia płodu w stopniu uzasadniającym prawdopodobieństwo zaistnienia konieczności dokonania zabiegu, a więc w procesie diagnostycznym, i trwa do czasu ustania zagrożenia”¹⁷.

Przywołane wyżej judykaty SN są aksjologicznie uzasadnione dążeniem do zapewnienia jak najszerszego zakresu ochrony życia dziecka „rodzącego się”. Efektem tych rozstrzygnięć jest jednak niezamierzona, lecz wyraźna dysproporcja w stosowaniu tych samych przepisów w wypadku porodu naturalnego i zabiegu cesarskiego cięcia. Podjęcie decyzji o zakończeniu ciąży w sposób operacyjny pozwala na objęcie intensywniejszą ochroną życia dziecka już od momentu osiągnięcia zdolności do samodzielnego życia, podczas gdy w zwykłych okolicznościach, co do zasady, następuje to dopiero wraz z naturalnym rozpoczęciem porodu.

ZABÓJSTWO I JEGO TYPY RODZAJOWE

W Kodeksie karnym z 1997 r., obok typu podstawowego zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.) i znanych poprzednim kodyfikacjom typów uprzywilejowanych (zabójstwo z afektu – art. 148 § 4 k.k., dzieciobójstwo – art. 149 k.k., eutanazja – art. 150 k.k.), po raz pierwszy zostały wprowadzone typy kwalifikowane (art. 148 § 2-3 k.k.), zwane zabójstwami ciężkimi lub morderstwami. Do okoliczności, które wpływają na surowsze zagrożenie karą czynów polegających na zabiciu człowieka, zalicza się:

- 1) szczególne okrucieństwo;
- 2) związek z wzięciem zakładnika;
- 3) związek ze zgwałceniem;
- 4) związek z rozbojem;
- 5) motywację sprawcy zasługującą na szczególne potępienie;

¹⁷ Wyrok SN z dnia 27 września 2010 r., sygn. akt V KK 34/10, OSNKW 2010, z. 12, poz. 105.

- 6) użycie przez sprawcę materiałów wybuchowych;
- 7) okoliczność, że sprawca jednym czynem zabił więcej niż jedną osobę;
- 8) wcześniejsze prawomocne skazanie za zabójstwo;

9) okoliczność, że ofiarą jest funkcjonariusz publiczny, a zabójstwo zostało popełnione podczas lub w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi lub ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego.

Czynność sprawcza w ustawowym opisie typów rodzajowych przestępstwa zabójstwa została określona przy użyciu czasownika „zabija”, który obejmuje każde zachowanie połączone związkiem przyczynowym ze skutkiem w postaci śmierci człowieka. Może to być cios zadany nożem, siekierą, ciężkim przedmiotem, strzał z pistoletu, otrucie, uduszenie, a także oddziaływanie psychiczne, za jakie A. Zoll uważa np. sugerowanie nieuleczalnej choroby i doprowadzenie w ten sposób do samobójstwa albo skłonienie do unicestwienia własnego ciała w celu „przeniesienia się na inną planetę”¹⁸. Znamiona zabójstwa wyczerpuje sprawca, który namawia lub udziela pomocy w targnięciu się na własne życie osobie nie mogącej, z racji na właściwości psychiczne, w pełni rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swoim postępowaniem, np. niepoczytalnemu lub dziecku¹⁹. Odpowiedzialność może również ponieść osoba dopuszczająca się tzw. zabójstwa sądowego, gdy orzeczenie w wyroku skazującym kary śmierci nastąpiło bez dowodów lub na podstawie sfalszowanych dowodów i okoliczności te były wiadome sądowi²⁰.

Zabójstwo może być zrealizowane nie tylko przez działanie, lecz także przez zaniechanie, gdy na sprawcy ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi, np. w sytuacji nieudzielenia pomocy przez zobowiązanego do tego lekarza. Z tego względu, w judykaturze przyjmuje się, że znamiona zabójstwa realizuje brak sprzeciwu matki wobec działań podejmowanych przez inną osobę prowadzących do śmierci jej dziecka. SA w Krakowie prawidłowo przyjął w wyroku z 29 maja 2007 r., że matka jest praw-

¹⁸ A. Zoll, *Komentarz do art. 148, w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Zoll, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 238–239.

¹⁹ Zob. wyrok SA w Gdańsku z dnia 13 listopada 2009 r., sygn. akt II AKa 276/09, POSAG 2011, Nr 11, poz. 96–99.

²⁰ Zob. wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt WA 7/01, Legalis.

nym gwarantem niedopuszczenia do popełnienia na dziecku czynu zabronionego i powinna to sprawcy uniemożliwić, a przynajmniej utrudnić²¹.

Zabójstwo zostaje dokonane w momencie nastąpienia skutku w postaci śmierci człowieka. Korzystając z dorobku nauk medycznych, współcześnie odstąpiono od koncepcji śmierci człowieka jako całości, przyjmując za rozstrzygające kryterium tzw. śmierć mózgu. Następuje ona, zgodnie z art. 43a ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry²², w razie stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Oznacza to, że nie zaprzestanie czynności oddechowych czy krążenia krwi, ale stan mózgu determinuje życie lub śmierć człowieka²³. Przepis art. 43a ust. 1 pkt 2 powołanej wyżej ustawy dopuszcza również ustalenie śmierci po stwierdzeniu nieodwracalnego zatrzymania krążenia.

Nastąpienie śmierci wyznacza końcową cezurę czasową realizacji obowiązku prawnokarnej ochrony życia człowieka. Jednakże śmierć biologiczna nie jest końcem „społecznej” egzystencji jednostki ludzkiej²⁴. Z godności przysługującej człowiekowi wynika szacunek i cześć dla zwłok, a także miejsca pochówku²⁵. Dlatego też z nastąpieniem śmierci mózgowej nadal ochronie podlega ciało (zwłoki, szczątki), które może być przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa zbezczeszczenia zwłok (art. 262 k.k.).

ZAMIAR ZABICIA CZŁOWIEKA

Zabójstwo jest przestępstwem umyślnym, i co do zasady, może być popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim, gdy sprawca tego chce, jak

²¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 29 maja 2007 r., sygn. akt II AKa 80/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, Nr 7–8, poz. 60.

²² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz. U. z 2017 r., poz. 125.

²³ Zob. Kryteria i sposób stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, ustalone przez specjalistów z dziedzin medycyny: anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej, zał. do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, M.P. Nr 46, poz. 547.

²⁴ W. Wróbel, *Opinia w sprawie skutków prawnych wprowadzenia do Konstytucji RP zmiany w treści art. 30 oraz art. 38, Kraków, 13 lutego 2007 r.*, w: *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, druk sejmowy nr 993, Biuro Analiz Sejmowych, marzec 2007, s. 100, w: [http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/A39859274052914CC1257298003B120B/\\$file/ppc_3-2007.pdf](http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/A39859274052914CC1257298003B120B/$file/ppc_3-2007.pdf) [dostęp: 20.11.2018]

²⁵ Zob. Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do art. 262*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, s. 1199; R.A. Stefański, *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 10 (2004), s. 21–22.

i w zamiarze ewentualnym, gdy sprawca przewiduje możliwość zabicia człowieka i na to się godzi. Ustalenia, że takie powiązanie pomiędzy sprawcą a czynem zachodzi, należy wyprowadzać z analizy całokształtu okoliczności przedmiotowych i podmiotowych zdarzenia, czyli najbardziej uchwytnych elementów działania sprawcy²⁶.

Za istnieniem zamiaru przemawiać może ugodzenie pokrzywdzonego ze znaczną siłą we wrażliwe części ciała lub użycie niebezpiecznego dla życia człowieka narzędzia²⁷. Przykładami tej linii orzeczniczej są poglądy wyrażone m.in. przez SA we Wrocławiu w wyroku z 15 marca 2012 r., w którym przyjęto, że „przeciętnie doświadczony człowiek ma świadomość tego, że uderzenie nożem w brzuch może powodować nie tylko ciężkie uszkodzenie ciała, ale również skutek śmiertelny”²⁸. Podobny kierunek argumentacji odnaleźć można w wyroku SA w Katowicach z 29 czerwca 2012 r.: „Nie potrzeba dużego doświadczenia życiowego, aby przewidzieć, że zadawanie licznych, silnych uderzeń w części ciała, gdzie umiejscowione są newralgiczne dla życia ludzkiego organy, może spowodować śmierć człowieka [...] Zadawanie uderzeń pięściami i kopanie obutymi nogami pokrzywdzonego w głowę i górne partie ciała może stanowić realizację zamiaru zabójstwa, zwłaszcza gdy zadawane uderzenia są silne, zadawane wielokrotnie w głowę, szyję i klatkę piersiową”²⁹.

W niektórych judykatach za decydujący argument uznaje się samo posłużenie się przez sprawcę niebezpiecznym dla życia narzędziem, takim jak siekiera lub nóż. W wyroku SA w Katowicach z 21 września 2009 r. wyrażony został pogląd: „Zamierzone zadanie ciosu narzędziem śmiertelnoścym jak nóż, w serce, najważniejszy dla życia organ, świadczy o działaniu z oczywistym zamiarem pozbawienia życia. Jest to działanie porównywalne z odda-

²⁶ Zob. wyrok SN z dnia 3 września 2002 r., sygn. akt V KKN 401/01, „Prokuratura i Prawo” 2003, Nr 1, poz. 6; wyrok SN z dnia 6 stycznia 2004 r., sygn. akt IV KK 276/03, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 29; wyrok SA w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt II AKa 49/14, Legalis; wyrok SA w Lublinie z dnia 4 czerwca 2014 r., sygn. akt II AKa 80/14, Legalis.

²⁷ Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 25 października 2007 r., sygn. akt II AKa 239/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, Nr 2, poz. 70; wyrok SA w Katowicach z dnia 18 września 2008 r., sygn. akt II AKa 236/08, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, Nr 2, poz. 55; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKa 153/13, Legalis; wyrok SA w Łodzi z dnia 19 września 2016 r., sygn. akt II AKa 165/16, Legalis.

²⁸ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt II AKa 55/12, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2012, Nr 6, poz. 40.

²⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 29 czerwca 2012 r., sygn. akt II AKa 84/12, „Prokuratura i Prawo” 2013, Nr 2, poz. 23.

niem strzału w głowę ofiary”³⁰. Zasadnie jednak podniósł L. Tyszkiewicz, że z samego faktu zadania ciosu, który okazał się śmiertelny i był zlokalizowany w miejscu, gdzie są ważne dla życia organy, nie można wnosić o zamiarze zabójstwa. Pchnięcie nożem w okolice serca „może być spowodowane tym, że prawa ręka sprawcy, w najczęstszym układzie przestrzennym sprawca – ofiara, operuje w rejonie znajdującym się w lewej części klatki piersiowej ofiary i to jest powodem lokalizacji uderzenia, a nie celowe mierzenie w serce”³¹.

Rozpoznanie zamiaru sprawcy na podstawie okoliczności przedmiotowych związanych z danym zdarzeniem w oparciu o analizę samego sposobu działania jest możliwe, jednakże ustalenia takie wymagają dużej ostrożności przy formułowaniu końcowych wniosków. Należy bowiem dowieść, że „działanie to jest tego rodzaju, że podjęcie go przez sprawcę wskazuje jednoznacznie, bez żadnych w tym zakresie wątpliwości, na cel, do jakiego on zmierza. Jednoznaczność ta nie może oznaczać niczego innego jak nieodwołalność określonego skutku, gdyż wtedy tylko możliwe jest prawidłowe ustalenie, iż sprawca chciał, względnie godził się na taki a nie inny skutek swego działania”³². Poza analizą sposobu działania, rodzaju użytego narzędzia i siły ciosu muszą być uwzględnione: motywacja i pobudki sprawcy, stosunki pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym, tło zajścia, dotychczasowy tryb życia sprawcy oraz wszelkie inne przesłanki wskazujące na to, że sprawca, chcąc spowodować uszkodzenie ciała, swoją zgodą, stanowiącą realny proces psychiczny, obejmował skutek w postaci śmierci ofiary³³.

Ustalenie istnienia zamiaru zabicia człowieka odróżnia przestępstwo z art. 148 k.k. od nieumyślnego spowodowania śmierci z art. 155 k.k. i spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ze skutkiem śmiertelnym z art. 156 § 3 k.k., a także oddziela odpowiedzialność za usiłowanie zabójstwa (art. 13 § 1 w zw. z art. 148 § 1 k.k.) od spowodowania ciężkiego uszczerb-

³⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt II AKa 167/09, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, Nr 12, poz. 59.

³¹ L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 148*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008, s. 694.

³² Wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt II AKa 20/14, Legalis.

³³ Zob. wyrok SN z dnia 4 stycznia 2006 r., sygn. akt III KK 123/05, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 25; wyrok SA w Łodzi z dnia 15 marca 2001 r., sygn. akt II AKa 28/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, Nr 4, poz. 13; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6 października 2016 r., sygn. akt II AKa 237/16, Legalis; wyrok SA w Szczecinie z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt II AKa 212/16, Legalis; wyrok SA w Katowicach z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt II AKa 557/16, Legalis.

ku na zdrowiu z art. 156 § 1 k.k. Jeżeli zamiaru, którego treścią jest wywołanie śmierci człowieka, nie da się ustalić bezspornie, mimo że sprawca zadawał ciężkie obrażenia ciała ofierze, to jego odpowiedzialność kształtuje się wyłącznie na podstawie przepisów określających znamiona przestępstw przeciwko zdrowiu (art. 156-157 k.k.).

ZABÓJSTWO Z ZAMIAREM EWENTUALNYM

Według poglądów wypowiedzianych w judykaturze, sprawca działa z zamiarem ewentualnym, gdy „ma on świadomość możliwości nastąpienia śmierci pokrzywdzonego i na to się godzi, to znaczy wprowadzić nie chce, aby śmierć pokrzywdzonego nastąpiła, ale zarazem nie chce, żeby nie nastąpiła, a więc gdy wykazuje całkowitą obojętność wobec uświadomionej sobie możliwości nastąpienia śmierci pokrzywdzonego”³⁴. Zamiaru ewentualnego zabójstwa nie można domniemywać, ale powinien on wynikać z oceny całości kształtu okoliczności danej sprawy, właściwości osobistych sprawcy, jego stosunku do pokrzywdzonego³⁵.

Działanie z zamiarem ewentualnym pozbawienia życia człowieka ilustrują następujące przykłady z orzecznictwa: sprawca podpalił drzwi mieszkania pokrzywdzonego, uprzednio je tarasując³⁶, sprawcy bili bezdomnych kłoszardów do utraty przytomności, rozebrali nieprzytomnych i pozostawili, nie bacząc na zimową porę roku³⁷, sprawca zadał ofierze ranę kłutą szyi o głębokości 8 cm oraz pozostawił jeszcze żyjącego pokrzywdzonego bez udzielenia mu pomocy³⁸, sprawca wielokrotnie uderzał pokrzywdzonego pięścią i nogą w twarz i głowę, powodując rozległe obrażenia twarzoczaszki i mózgu, po czym pozostawił go samego w mieszkaniu³⁹, sprawca połał substancją łatwopalną górne części ciała człowieka, a następnie podpalił go i oddalił

³⁴ Wyrok SA w Łodzi z dnia 19 lipca 2001 r., sygn. akt II AKa 120/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, Nr 7–8, poz. 12.

³⁵ Zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 20 marca 2002 r., sygn. akt II AKa 35/02, „Prokuratura i Prawo” 2004, Nr 3, poz. 18.

³⁶ Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 30 października 2003 r., sygn. akt II AKa 350/03, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, Nr 6, poz. 39; wyrok SA w Katowicach z dnia 17 stycznia 2007 r., sygn. akt II AKa 421/06, Legalis.

³⁷ Zob. wyr. SA w Katowicach z dnia 27 września 2006 r., sygn. akt II AKa 224/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, Nr 1, poz. 60.

³⁸ Zob. postanowienie SN z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt IV KK 269/13, Legalis.

³⁹ Zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. akt II AKa 357/13, Legalis.

się⁴⁰, sprawca, którego celem była ucieczka, oddał strzały z broni palnej w kierunku ścigającego go pokrzywdzonego⁴¹, sprawcy pozostawili ośmioletniego pobitego do nieprzytomności chłopca na kilkunastostopniowym mrozie⁴².

ZABÓJSTWO ZE SZCZEGÓLNYM OKRUCIEŃSTWEM

Jedną z okoliczności kwalifikujących przy zabójstwie jest szczególne okrucieństwo (art. 148 § 2 pkt 1 k.k.) w zachowaniu sprawcy, przez co należy rozumieć zadawanie ofierze dodatkowych cierpień, których charakter i intensywność wykraczają znacznie poza potrzebę realizacji zamierzonego skutku w postaci śmierci ofiary⁴³.

W orzecznictwie sądów polskich za zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem uznano: zabicie człowieka przez spalenie⁴⁴, zadawanie cierpień fizycznych (tortury) i psychicznych („pozorowana egzekucja”), symulowanie podcinania gardła⁴⁵, powodowanie śmierci „na raty”⁴⁶, pozostawienie konającego, w mroźny dzień, przywiązanego do drzewa, przed zwłokami żony⁴⁷, długotrwałe przetrzymywanie ofiary przykutej łańcuchem do ściany piwnicy, bez możliwości utrzymywania higieny, dostępu światła dziennego, przy ciągłej obserwacji przez kamerę⁴⁸.

⁴⁰ Zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II AKa 211/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, Nr 4, poz. 76.

⁴¹ Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 25 października 2007 r., sygn. akt II AKa 239/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, Nr 2, poz. 70.

⁴² Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 531/13, Legalis.

⁴³ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 10 maja 2001 r., sygn. akt II AKa 78/01, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2001, Nr 5, poz. 26; wyrok SA w Katowicach z dnia 19 kwietnia 2001 r., sygn. akt II AKa 80/01, „Wokanda” 2002, Nr 7–8, poz. 84; wyrok SA w Łodzi z dnia 8 października 2015 r., sygn. akt II AKa 185/15, Legalis.

⁴⁴ Wyrok SA w Lublinie z dnia 27 października 1998 r., sygn. akt II AKa 155/98, Legalis; wyrok SA w Łodzi z dnia 20 października 2016 r., sygn. akt II AKa 203/16, Legalis.

⁴⁵ Wyrok SA w Łodzi z dnia 13 grudnia 2001 r., sygn. akt II AKa 168/00, „Prokuratura i Prawo” 2002, Nr 7–8, poz. 24.

⁴⁶ Wyrok SA w Lublinie z dnia 19 września 2002 r., sygn. akt II AKa 182/02, „Prokuratura i Prawo” 2003, Nr 3, poz. 27.

⁴⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt II AKa 14/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, Nr 11, poz. 55.

⁴⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 8 grudnia 2008 r., sygn. akt II AKa 306/08, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, Nr 12, poz. 72.

ZABÓJSTWO W WYNIKU MOTYWACJI
ZASŁUGUJĄCEJ NA SZCZEGÓLNE POTĘPIENIE

Do typów kwalifikowanych zabójstwa zalicza się zabicie człowieka w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie (art. 148 § 2 pkt 3 k.k.). Za taką uznaje się motywację, która w powszechnym odczuciu jest jaskrawo naganna, wywołuje silne reakcje repulsywne w społeczeństwie, takie jak oburzenie, potępienie, gniew, odrazę. Innymi słowy, oznacza ona działanie z motywów ocenianych wyjątkowo negatywnie, zasługujących na szczególne napiętnowanie⁴⁹.

Wprowadzając klauzulę o takiej treści, ustawodawca odsyła do reguł pozakodeksowych, wymagając wartościowania zachowania sprawcy na tle norm moralnych. Kodeks karny nie określa bliżej katalogu takich okoliczności, oceny należy więc dokonywać *in concreto*. Trafnie K. Daszkiewicz sprzeciwiła się przyjmowaniu założenia, że niektóre spośród przeżyć psychicznych sprawcy poprzedzających realizację przestępstwa zawsze powinny być uznawane za tzw. niskie pobudki, a motywacja, w której skład wchodzi – za „zasługującą na szczególne potępienie”⁵⁰.

W orzecznictwie sądów polskich za motywację zasługującą na szczególne potępienie uznawano: zabicie człowieka na zlecenie lub w wyniku dążenia do uzyskania spadku, pozbawienie życia rywala dla pożądanego stanowiska, zabicie człowieka „dla zabawy”⁵¹, usprawiedliwianie zabójstwa potrzebą wyeliminowania ze społeczeństwa ludzi należących w ocenie sprawcy do „drugiej kategorii”⁵², dążenie do uniknięcia odpowiedzialności, jaką niesie ze sobą ojcostwo⁵³, zlikwidowanie osobowego dowodu obciążającego sprawców⁵⁴, poczucie pogardy⁵⁵, zabicie bliskiej, ufającej sprawcy osoby, „na

⁴⁹ Zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. akt II AKa 12/99, „Prokuratura i Prawo” 2001, Nr 5, poz. 27.

⁵⁰ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 71.

⁵¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 16 stycznia 2002 r., sygn. akt II AKa 308/01, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, Nr 2, poz. 32.

⁵² Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 września 2004 r., sygn. akt II AKa 275/04, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, Nr 5, poz. 53.

⁵³ Postanowienie SN z dnia 10 sierpnia 2005 r., sygn. akt III KK 297/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 1513.

⁵⁴ Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt II AKa 236/05, „Prokuratura i Prawo” 2007, Nr 5, poz. 42.

⁵⁵ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 20 maja 2008 r., sygn. akt II AKa 55/08, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, Nr 11, poz. 57.

krótko przed pójściem do więzienia, tak aby poprawić sobie swój byt, by mieć za co «pić i ćpać»»⁵⁶.

Niejednolicie oceniane jest zabójstwo rodzica. Zostało potraktowane jako czyn zasługujący na szczególne potępienie w wyroku SA w Krakowie z 8 grudnia 2005 r.⁵⁷ i w wyroku SA w Krakowie z 7 maja 2012 r.⁵⁸ Odmienny pogląd wyraził SA w Katowicach w wyroku z 21 listopada 2013 r.⁵⁹: „Wprawdzie w niniejszym przypadku syn pozbawił życia ojca, a zabójstwo rodzica jest zawsze zbrodnią budzącą odrazę ze względu na węzły pokrewieństwa sprawcy i ofiary, to fakt ten pozwala uznać, że czyn oskarżonego zasługuje na najwyższe potępienie, ale nie jest wystarczającym dla przyjęcia, że działał on w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie”.

Problematyczna jest ocena działania z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej. SA w Szczecinie w wyroku z 20 października 2016 r.⁶⁰ sformułował następujący pogląd: „W [...] sytuacji, gdy motywem zabójstwa jest chęć zdobycia pieniędzy, a zatem chęć zysku (mniej istotne jak dużego), której zaspokojeniu zgodnie z zamysłem sprawcy, służyć ma unicestwienie dobra prawnego podlegającego najwyższej ochronie, a zatem gdy w grę wchodzi krzywda w wymiarze nieodwracalnym, jaką jest śmierć człowieka, to nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju motywacja zasługuje na szczególne potępienie”. Na ocenę taką z pewnością zasługuje zabicie człowieka za opłatą (na zlecenie) czy z chęci uzyskania spadku. Nie zawsze jednak dążenie do wzbogacenia się będzie uchodziło za motywację zasługującą na szczególne potępienie⁶¹. A. Zoll wyklucza kwalifikację czynu jako zabójstwa popełnionego w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, gdy został popełniony w związku z rabunkiem⁶².

PROPOZYCJE ZMIAN LEGISLACYJNYCH

W okresie dwudziestu lat obowiązywania Kodeksu karnego (1998-2018) zasadnicza konstrukcja ochrony życia i zdrowia człowieka na podstawie re-

⁵⁶ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II Aka 58/17, Legalis.

⁵⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 8 grudnia 2005 r., sygn. akt II Aka 149/05, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, Nr 2, poz. 37.

⁵⁸ Wyrok SA w Krakowie z dnia 7 maja 2012 r., sygn. akt II Aka 42/12, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2012, Nr 6, poz. 27.

⁵⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt II Aka 394/13, Legalis.

⁶⁰ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 20 października 2016 r., sygn. akt II Aka 119/16, Legalis.

⁶¹ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 23 lutego 2006 r., sygn. akt II Aka 14/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, Nr 3, poz. 32.

⁶² A. Zoll, *Komentarz do art. 148*, s. 255.

gulacji przyjętych w rozdziale XIX pozostała nienaruszona, chociaż poszczególne przepisy podlegały zmianom obejmującym zarówno kształt znamion typów rodzajowych przestępstw, jak i grożące za nie sankcje.

W ostatnim czasie pojawiła się propozycja wprowadzenia nowych rozwiązań legislacyjnych w zakresie ochrony życia ludzkiego. Zawiera ją *Program reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”* ogłoszony przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 25 kwietnia 2018 r.⁶³ Zakładana przez projektodawców w Części ogólnej Kodeksu karnego likwidacja osobnej kary 25 lat pozbawienia wolności i wprowadzenie elastycznego zakresu wymiaru kary pozbawienia wolności od 15 dni do 30 lat lub dożywotniego pozbawienia wolności⁶⁴, skutkowałyby tym, że za zabójstwo zwykłe groziłaby sankcja w postaci kary pozbawienia wolności od 8 lat do 30 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności.

Kolejną propozycją, potencjalnie mogącą mieć zastosowanie do sprawców zabójstw, jest dopuszczalność orzeczenia bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia. Ma być ono orzekane, jak argumentują projektodawcy, wobec „sprawców, którzy są trwale niebezpieczni dla społeczeństwa. Taką karę sądy będą musiały obligatoryjnie orzekać również wobec osób, które zostały w przeszłości skazane na dożywocie albo na 20 i więcej lat więzienia, a dopuściły się kolejnego przestępstwa, za które orzeczono wobec nich dożywocie. W tych przypadkach wyrok dożywocia ma na zawsze pozbawiać możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie”⁶⁵. Wydłużony ma być również okres przedawnienia karalności zabójstwa – z 30 do 40 lat⁶⁶.

W Części szczególnej Kodeksu karnego projekt zakłada wprowadzenie karalności już na etapie przygotowania do zabójstwa (aktualnie pierwszą karalną formą stadialną zabójstwa jest usiłowanie) oraz odpowiedzialności karnej za przyjęcie zlecenia zabójstwa. Oba czyny mają być zagrożone karą od 2 do 15 lat pozbawienia wolności.

Uzasadniając wprowadzenie takich rozwiązań projektodawcy argumentują, iż „Zaostrzenie kar za najpoważniejsze przestępstwa zbliża polski Kodeks karny do rozwiązań funkcjonujących w wielu krajach Unii Europejskiej. Nie

⁶³ *Program reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”*, w: <https://www.ms.gov.pl/pl/informacje/news,10881,program-reform-sprawiedliwosc-i-bezpieczenstwo.html> [dostęp: 20.11.2018].

⁶⁴ Tamże, s. 10.

⁶⁵ Tamże, s. 10–11.

⁶⁶ Tamże, s. 11.

jest wyrazem restrykcyjności, lecz sprawiedliwości. To polskie prawo – na tle europejskich przepisów – było dotąd nazbyt pobłażliwe. Konsekwencją obowiązującej dotąd w Polsce liberalnej doktryny prawa karnego są też łagodne wyroki orzekane przez sądy wobec sprawców najcięższych zbrodni – znacznie niższe niż te ferowane przez sądy w innych europejskich krajach⁶⁷. Przywołanymi w *Programie reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”* przykładami surowszych sankcji stosowanych za zabójstwo w krajach Unii Europejskiej są ustawowe zagrożenia za zabójstwo we Francji (kara od 10 do 30 lat więzienia lub dożywotnie więzienie), Belgii (kara od 20 do 30 lat więzienia lub dożywotnie więzienie) i w Czechach (kara od 10 do 30 lat więzienia lub dożywotniego więzienia)⁶⁸. Z zaprezentowanego zestawienia wynika ponadto, że sądy w Polsce jedynie wobec 4% skazanych za zabójstwo orzekły karę dożywotniego pozbawienia wolności, podczas gdy w Grecji – 43%, Anglii i Walii – 34%, w Niemczech – 21%, a średnia w Unii Europejskiej to 12%⁶⁹.

UWAGI KOŃCOWE

Struktura rozdziału XIX Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” nie odbiega znacząco od przyjętej w poprzednich kodyfikacjach karnych z 1932 r. i z 1969 r. Ranga chronionego jego przepisami dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, wciąż wywołuje jednak pytania o wymagany poziom ochrony. Wątpliwości co do pełnej realizacji konstytucyjnego standardu ochrony życia każdego człowieka dotyczą zwłaszcza wyraźnie niższego standardu ochrony życia w fazie prenatalnej od ochrony życia człowieka urodzonego.

Szereg problemów natury procesowej wywołuje kwestia ustalenia rzeczywistego zamiaru sprawcy powodującego śmierć człowieka. Wymaga to wnikliwej analizy sposobu działania sprawcy, rodzaju użytego narzędzia, siły ciosu oraz wszechstronnego zbadania pozostałych okoliczności, takich jak motywacja, stosunki pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym, tło zajścia, dotychczasowy tryb życia sprawcy, oraz wszelkie inne przesłanki wskazujące na to, że sprawca, swoją zgodą, stanowiącą realny proces psychiczny, obejmował skutek w postaci śmierci ofiary.

⁶⁷ Tamże, s. 14.

⁶⁸ Zob. tamże.

⁶⁹ Zob. tamże, s. 15.

Ostatnie propozycje nowelizacji Kodeksu karnego dowodzą, że przyjęty w rozdziale XIX model ochrony życia nadal jest poddawany pod dyskusję. Zgłaszane propozycje wprowadzenia nowych regulacji dotyczą zarówno poszerzenia zakresu kryminalizowanych zachowań (przygotowanie do zabójstwa, przyjęcie zlecenia zabójstwa), jak również zasadniczego obostrzenia kar (dożywotnie pozbawienie wolności).

PIŚMIENNICTWO

1997. *Trybunał Konstytucyjny w sprawie życia. Dokumenty*. Częstochowa: Biblioteka „Niedzieli”.
- Daszkiewicz, Krystyna. 2000. *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Filar, Marian (red.). 2008. *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Gałązka, Małgorzata. 2005. *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Grześkowiak, Alicja. 1990. *Zagadnienia prawnokarnej ochrony dziecka poczętego w pracach Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1990–1991*. Szczecin: Ottonianum.
- Grześkowiak, Alicja. 1996. *W trosce o rodzinę*. Częstochowa: Biblioteka „Niedzieli”.
- Klimowicz, Ewa. 1994. „Filozoficzne i etyczne podstawy poglądów na temat aborcji.” W *Polityka i aborcja*, red. Mirosław Chałubiński, 89–153. Warszawa: Agencja Scholar.
- Stefański, Ryszard A. 2004. „Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.).” *Prokuratura i Prawo* 10:19–28.
- Wiak, Krzysztof. 2001. *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Wiak, Krzysztof. 2012. *Terrorism and Criminal Law*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Wróbel, Włodzimierz. 2007. „Opinia w sprawie skutków prawnych wprowadzenia do Konstytucji RP zmiany w treści art. 30 oraz art. 38, Kraków, 13 lutego 2007 r.” W *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, druk sejmowy nr 993, Biuro Analiz Sejmowych, w: [http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/A39859274052914CC1257298003B120B/\\$file/ppc_3-2007.pdf](http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/A39859274052914CC1257298003B120B/$file/ppc_3-2007.pdf) [dostęp: 20.11.2018].
- Zoll, Andrzej (red.). 2006. *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. II. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

CRIMINAL PROTECTION OF HUMAN'S RIGHT TO LIFE IN POLISH LAW

Summary. The article contains an overview of the Polish Penal Code regarding the protection of human life. The first part contains an analysis of the standards of protection of right to life, adopted in international law and in the Constitution of the Republic of Poland. The second part presents selected problems appearing in the legal qualification of a prohibited act as a homicide.

Key words: life, right to life, homicide, Penal code

MAJĄTKOWA OCHRONA STOSUNKU POWINOWACTWA MORTIS CAUSA

Hanna Witczak

I Katedra Prawa Cywilnego
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Polska
<https://orcid.org/0000-0002-5949-3052>

Streszczenie. Realizując koncepcję poszerzenia kręgu spadkobierców ustawowych w prawie polskim, ustawodawca zdecydował o zaliczeniu do uprawnionych do dziedziczenia z ustawy dzieci małżonka spadkodawcy. Takie rozwiązanie wydaje się spójne z przepisami prawa rodzinnego, gdzie przewidziano, wbrew ogólnej zasadzie, możliwość powstania obowiązku alimentacyjnego pomiędzy pasierbem i ojczymem czy macochą. Ochrona stosunku powinowactwa *inter vivos* jest szersza z uwagi na wzajemność, której nie przewidziano w dziedziczeniu. O ile sama koncepcja włączenia do uprawnionych do dziedziczenia z ustawy dzieci małżonka spadkodawcy zasługuje na aprobatę, wątpliwości budzi kształt przyjętej regulacji. Zwłaszcza wątpliwe wydaje się uzależnienie uzyskania ustawowego tytułu powołania do dziedziczenia po spadkodawcy przez dziecko jego małżonka od niedożycia przez żadne z jego rodziców chwili otwarcia spadku. Poza tym w literaturze brak zgodności odnośnie do rozumienia w kontekście przepisu art. 934¹ k.c. zwrotu „dzieci małżonka spadkodawcy” oraz „niedożycie chwili otwarcia spadku”.

Słowa kluczowe: powinowactwo, dzieci małżonka spadkodawcy, pasierbowie

I. POJĘCIE POWINOWACTWA. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Powinowactwo jest stosunkiem rodzinnoprawnym wynikającym z małżeństwa. Jest to stosunek pomiędzy jednym małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka¹. Dotyczy to zarówno pokrewieństwa biologicznego, jak i pokrewieństwa wynikającego z przysposobienia². Stosunek ten trwa mimo

¹ Stosunek powinowactwa nie istnieje między krewnymi jednego a krewnymi drugiego małżonka. Szerzej zob. J. Ignaczewski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 448–449.

² Zob. W. Żukowski, *Projektowana nowelizacja przepisów regulujących dziedziczenie ustawowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1 (2008), s. 262 i powołaną tam literaturę.

ustania małżeństwa³ [art. 61⁸ § k.r.o.⁴]⁵. Powinowactwa nie ma bez pokrewieństwa, stąd można by „mówić o powinowactwie jako swego rodzaju wtórnym, czy pochodnym stosunku pokrewieństwa, gdy nastąpi jego zbieg z drugą przesłanką związku małżeńskiego jednej z osób, węzłem pokrewieństwa złączonych”⁶. Liczenie linii i stopni powinowactwa nie odbywa się samodzielnie, ale według stopni pokrewieństwa⁷.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy chroni interesy majątkowe stron tego stosunku *inter vivos* w aspekcie majątkowym, przewidując w art. 144 k.r.o. możliwość powstania pomiędzy nimi w określonych okolicznościach obowiązku alimentacyjnego. Regulacja ta stanowi odstępstwo od wyrażonej w art. 128 k.r.o. zasady, zgodnie z którą źródłem obowiązku alimentacyjnego jest stosunek pokrewieństwa i obowiązek ten powstaje między krewnymi w linii prostej i pomiędzy rodzeństwem⁸. Z przepisu art. 144 k.r.o. wyraźnie wynika, że konieczną przesłanką powstania takiego obowiązku i to zarówno w relacji pasierb – ojczym (macocha), jak i ojczym (macocha) – pasierb jest zasadność żądania uprawnionego oceniana z punktu widzenia zasad współżycia społecznego. W stosunku ojczym (macocha) – pasierb ustawa dodatkowo wymaga, aby ten pierwszy przyczyniał się do wychowania i utrzymania dziecka⁹.

³ I niezależnie od przyczyny ustania. Nie dotyczy to, co oczywiste, unieważnienia małżeństwa, które skutkuje *ex tunc* ustaniem stosunku powinowactwa. Zob. J. Winiarz, *Komentarz do art. 61⁸*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 624, Nb 7 oraz E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. J. Gudowski, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 88, teza 2 oraz s. 89, teza 5. Szerzej zob. A. Wojdyła, *Ustanie i unieważnienie małżeństwa a powinowactwo*, „Nowe Prawo” 11–12 (1988), s. 90–91.

⁴ Por. art. 26 k.r.o. w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. Nr 220, poz. 1431.

⁵ Szerzej zob. np. H. Haak, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 16–17; T. Sokołowski, *Komentarz do art. 61⁸*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 460; J. Winiarz, *Komentarz do art. 61⁸*, s. 623–624.

⁶ B. Dobrzański, *Uwagi do projektu kodeksu cywilnego Pokrewieństwo i powinowactwo Księga II – Tytuł II, „Przegląd Notarialny”* 1 (1949), s. 99.

⁷ Zob. np. T. Smoczyński, *Więzi rodzinne*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. XI: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 10–11, Nb 24–25; T. Sokołowski, *Komentarz do art. 61⁸*, s. 460–461; J. Ignaczewski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, s. 449.

⁸ T. Domińczyk, *Komentarz do art. 144*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 1006–1007, teza 1.

⁹ Szerzej zob. T. Smoczyński, *Przesłanki obowiązku alimentacyjnego między powinowatymi*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. XII: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Wy-

Do 2009 r.¹⁰ przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidywały majątkowej ochrony stosunku powinowactwa na wypadek śmierci. Podczas prac nad nowelizacją przepisów o dziedziczeniu ustawowym rozważano możliwość włączenia do kręgu uprawnionych do dziedziczenia z ustawy pasierbów spadkodawcy – dzieci małżonka spadkodawcy nie będących jego dziećmi. W projektowanych zmianach nie przewidziano tu wzajemności – macocha i ojczym nie zostali uwzględnieni jako potencjalni spadkobiercy ustawowi po swoim pasierbie¹¹.

II. DZIECI MAŁŻONKA SPADKODAWCY JAKO SPADKOBIERCY GRUPY V. UZASADNIENIE DLA WŁĄCZENIA DO KRĘGU SPADKOBIERCÓW USTAWOWYCH PASIERBÓW SPADKODAWCY

Nowelą do Kodeksu cywilnego z dnia 2 kwietnia 2009 r. krąg spadkobierców ustawowych został poszerzony¹² o dzieci małżonka spadkodawcy, tj. pasierbów spadkodawcy. Jak się wydaje, oznacza to, że obecnie uprawnienie do dziedziczenia z ustawy może wynikać nie tylko ze stosunku małżeństwa, pokrewieństwa czy przysposobienia ze spadkodawcą, ale także ze

dawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 776–778, Nb 31–33; J. Ignaczewski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, s. 814–818; H. Dolecki, *Komentarz do art. 144*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, s. 786–789 oraz powołane tam orzecznictwo; J. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 144*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, s. 1151–1155; J. Pawliczak, *Komentarz do art. 144*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2017*, red. K. Osajda, Legalis oraz powołaną tam literaturę. Najszerzej problematykę omawia J. Strzebińczyk, *Udział powinowatych dziecka w jego utrzymaniu i wychowaniu według K.R.O.*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1985.

¹⁰ Tj. do 27 czerwca 2009 r. Z dniem 28 czerwca 2009 r. weszła w życie ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 79, poz. 662 [dalej cyt.: Nowela do k.c. z dnia 2 kwietnia 2009 r.].

¹¹ Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Nowelizacja prawa spadkowego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 15. J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. X: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 291. Odnośnie do postulatów *de lege ferenda* w kwestii zmiany w tym zakresie zob. M. Łączkowska, *Dziedziczenie ustawowe członków rodziny spadkodawcy*, „Rejent” 5 (2012), s. 49–50 oraz T. Mróz, *O potrzebie i kierunkach zmian przepisów prawa spadkowego*, „Przegląd Sądowy” 1 (2008), s. 88.

¹² Obok dziadków spadkodawcy i ich zstępnych (art. 934 k.c.).

stosunku powinowactwa istniejącego między spadkodawcą a dziećmi jego małżonka¹³.

Zgodnie z art. 934¹ k.c., w braku małżonka spadkodawcy i krewnych, powołanych do dziedziczenia z ustawy, spadek przypada w częściach równych tym dzieciom małżonka spadkodawcy, których żadne z rodziców nie dożyło chwili otwarcia spadku¹⁴.

Jeżeli spadkodawca miał więcej niż jednego pasierba i żadne z ich rodziców nie dożyło otwarcia spadku, spadek przypada wszystkim tym pasierbom w częściach równych¹⁵. Pasierbowie dziedziczą zatem przed gminą ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy albo Skarbem Państwa.

Ze względu na to, że ustalenia kręgu podmiotów uprawnionych do dziedziczenia z ustawy należy dokonywać na podstawie przepisów obowiązujących w chwili otwarcia spadku, tj. w chwili śmierci spadkodawcy¹⁶, zmienione zasady dziedziczenia mają zastosowanie do spadków otwartych od dnia 28 czerwca 2009 r. Jak już zaznaczono¹⁷, jest to data wejścia w życie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r., którą dokonano nowelizacji przepisów o dziedziczeniu ustawowym¹⁸.

Tak w wersji Projektu z 2008 r.¹⁹, jak i 2007 r.²⁰, pasierbowie spadkodawcy mieli dochodzić do dziedziczenia w ostatniej kolejności. Warto pod-

¹³ Zob. J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 288–289 oraz powołaną tam literaturę (przyp. 328). Wymaga zaznaczenia, że w przepisie art. 934¹ k.c. ustawodawca nie odwołuje się do stosunku powinowactwa. O wątpliwościach dotyczących wymogu istnienia stosunku powinowactwa między spadkodawcą a spadkobiercą będzie mowa w dalszej części artykułu.

¹⁴ Oznacza to, że ustawowy tytuł powołania do dziedziczenia po ojczymie czy macosze posiada tylko pasierb będący sierotą. Tak: M. Pazdan, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny*, t. II: *Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 1002, Nb 1 i s. 1003, Nb 9 oraz M. Łączkowska, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 49. Por. niżej uwagi dotyczące wątpliwości co do rozumienia zwrotu „których żadne z rodziców nie dożyło chwili otwarcia spadku”.

¹⁵ Zob. np. J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 290; W. Żukowski, *Porządek dziedziczenia ustawowego po nowelizacji kodeksu cywilnego ustawami z dnia 2 kwietnia 2009 r. oraz z dnia 18 marca 2011 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1 (2012), s. 170–171 oraz J. Ciszewski, J. Knabe, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 1580, teza 4.

¹⁶ Zob. art. LI ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 94.

¹⁷ Zob. przyp. 10.

¹⁸ Ustawa nadała nowe brzmienie przepisom art. 932-935 k.c. Dotychczasowe brzmienie zachowały przepisy art. 931 oraz 935¹-937 k.c. Dodany również został do k.c. art. 934¹.

¹⁹ Odnosnie do tekstu Projektu z 2008r. zob. M. Pazdan, *Projektowane zmiany w unormowaniu dziedziczenia ustawowego*, „Rejent” 4 (2008), s. 11–12.

kreślić, że Projekt z 2007 r. nie różnicował sytuacji pasierbów spadkodawcy. W braku małżonka i krewnych spadkodawcy powołanych do dziedziczenia z ustawy, cały spadek miał przypaść w częściach równych wszystkim dzieciom małżonka spadkodawcy. Ostatecznie odstąpiono od tego rozwiązania, uzależniając uzyskanie w omawianym przypadku ustawowego tytułu powołania do dziedziczenia od niedożycia przez rodziców pasierba chwili otwarcia spadku²¹.

Propozycja włączenia pasierbów spadkodawcy do kręgu spadkobierców ustawowych miała wielu zwolenników, choć pojawiały się i głosy przeciwnie temu rozwiązaniu²².

Wśród argumentów przemawiających za włączeniem do kręgu dziedziców ustawowych pasierbów spadkodawcy, którzy dochodziliby do spadku w braku małżonka i krewnych wskazanych w art. 931-934 k.c., niebagatelne znaczenie miał ten, że powstaniu więzi formalnej pomiędzy ojczymem czy macochą a pasierbem towarzyszą zwykle rzeczywiste więzi rodzinne o charakterze uczuciowym²³. Zwracano uwagę także na to, że majątek ojczyma czy macochy nierzadko powstaje czy ulega zwiększeniu przy udziale naturalnego rodzica pasierba; wydaje się zatem, że za dopuszczeniem pasierbów do dziedziczenia przemawiają także argumenty natury słusznościowej²⁴. Zaliczenie pasierbów do kręgu spadkobierców ustawowych uzasadnia także stosunek powinowactwa w linii prostej pierwszego stopnia²⁵. Poza sporem pozostaje, że takie rozwiązanie zmniejsza ryzyko dojścia do dziedziczenia gminy ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy albo Skarbu Pań-

²⁰ Projekt został opublikowany m.in. w „Kwartalniku Prawa Prywatnego” 3 (2007), s. 861–863.

²¹ Podnoszono np. brak uzasadnienia dla zaliczenia do kręgu spadkobierców ustawowych pasierba mającego swojego naturalnego rodzica, którego małżeństwo ze spadkodawcą zostało rozwiązane przez rozwód. M. Pazdan, *Projektowane zmiany*, s. 21. Zob. też J.S. Piątkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 235, Nb 23, zwłaszcza przyp. 66.

²² Zwolenników i oponentów tej koncepcji wskazuje M. Pazdan, *Projektowane zmiany*, s. 20, przyp. 21. Zob. też A. Dyoniak, *Ochrona rodziny w razie śmierci jednego z małżonków*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa–Poznań 1990, s. 41–46.

²³ Zob. w szczególności M. Pazdan, *O potrzebie i kierunkach zmian dziedziczenia ustawowego w polskim prawie cywilnym*, „Rejent” 9 (2005), s. 45; Tenże, *Projektowane zmiany*, s. 20. Por. J. Waszczuk–Napiórkowska, *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks cywilny – zmiany w kręgu dziedziczenia nietestamentowego*, „Zeszyty Prawnicze. Biuro Analiz Sejmowych” 2 (2009), s. 170–171.

²⁴ M. Pazdan, *Projektowane zmiany*, s. 20–21. Tak też J. Waszczuk–Napiórkowska, *Opinia prawna*, s. 171 oraz M. Załucki, *Dylematy regulacji dziedziczenia ustawowego dzieci małżonka spadkodawcy (art. 934¹ k.c.)*, „Białostockie Studia Prawnicze” 3 (2017), s. 57–58.

²⁵ J. Waszczuk–Napiórkowska, *Opinia prawna*, s. 171.

stwa²⁶. Konieczność tego rodzaju zmiany uzasadnia także postulat spójności regulacji prawa rodzinnego i spadkowego z uwagi na wspomniany już przepis art. 144 k.r.o.²⁷ Argumenty podnoszone przez przedstawicieli doktryny były w zasadzie zbieżne z tymi, jakie akcentowano w Uzasadnieniu Projektu z 2008 r.²⁸

Przedstawiona argumentacja nie dla wszystkich okazała się przekonująca. Kwestionowano w szczególności argument dotyczący nawiązania więzi rodzinnej pomiędzy pasierbem a ojczymem czy macochą. O ile wydaje się on zasadny w stosunku do osób małoletnich, mieszkających wspólnie z rodzicem naturalnym i jego małżonkiem, to w odniesieniu do dzieci dorosłych i samodzielnych może budzić wątpliwości²⁹. Podkreślano, że takie rozwiązanie może dziwić o tyle, że potencjalna różnorodność więzi pomiędzy pasierbem a ojczymem czy macochą została uwzględniona przez ustawodawcę w art. 144 k.r.o. poprzez odwołanie się do klauzuli zasad współżycia społecznego, co oznacza, że zachował on dalej idącą ostrożność w sprawach o mniejszym znaczeniu ekonomicznym³⁰.

²⁶ Zob. J. Biernat, *Dzieci małżonka spadkodawcy, których żadne z rodziców nie dożyło chwili otwarcia spadku jako spadkobiercy ustawowi*, w: *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkievicz, F. Zoll, LexisNexis Polska, Warszawa 2012, s. 490 i literaturę powołaną w przyp. 5.

²⁷ M. Pazdan, *O potrzebie i kierunkach zmian*, s. 20.

²⁸ Podkreślano, że „dzieci osoby, która zawiera małżeństwo, stają się z reguły członkami rodziny, która na skutek tego małżeństwa powstaje”, a formalnym relacjom w postaci powstałego pomiędzy małżonkiem rodzica a tymi dziećmi stosunku powinowactwa w linii prostej pierwszego stopnia w życiu często towarzyszą rzeczywiste więzi rodzinne pomiędzy przyszłym spadkodawcą a dziećmi jego współmałżonka (punkt 8 uzasadnienia Projektu). Szerzej: M. Pazdan, *Projektowane zmiany*, s. 20–21. Zob. także J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 190 oraz 234.

²⁹ Z drugiej strony, z regulacji ustawowej nie wynika, aby przesłanką dziedziczenia przez pasierba po ojczymie czy macosze była bliska więź uczuciowa wyrażająca się we wspólnym zamieszkiwaniu. Z uwagi na to, że „niedopuszczalne jest ustalanie przesłanek dziedziczenia w drodze wykładni innej niż gramatyczna”, należy przyjąć, że jedynym warunkiem rozstrzygającym o zaliczeniu do kręgu spadkobierców ustawowych jest w tym przypadku formalna więź w postaci powinowactwa pomiędzy spadkodawcą a dziećmi jego małżonka. Tak: E. Skowrońska-Bocian, *Nowelizacja prawa spadkowego*, s. 47–48.

³⁰ W. Żukowski, *Projektowana nowelizacja*, s. 268–269. W literaturze zwraca się uwagę, że chociaż sam postulat poszerzenia kręgu spadkobierców ustawowych o pasierbów spadkodawcy „wydaje się godny poparcia, to jednak szczegółowe rozwiązania niekoniecznie realizują funkcje prawa spadkowego”, takie jak m.in. „spajanie więzi rodzinnych, zachęta do gromadzenia majątku, pozostawienie majątku w rękach prywatnych”. Tak: M. Załucki, *Dylematy regulacji*, s. 57.

Pod pojęciem pasierbów należy rozumieć dzieci małżonka spadkodawcy z poprzednich związków małżeńskich oraz dzieci pozamałżeńskie.

III. STOSOWANIE PRZEPISU ART. 934¹ K.C. – WĄTPLIWOŚCI INTERPRETACYJNE

Jak już zaznaczono, zgodnie z art. 934¹ k.c., **dziecko małżonka spadkodawcy może dziedziczyć, o ile żadne z jego rodziców nie dożyło otwarcia spadku**. Regulacja kodeksowa odnośnie do dziedziczenia ustawowego przez dzieci małżonka spadkodawcy budzi w kilku aspektach wątpliwości interpretacyjne.

Po pierwsze, wątpliwości te dotyczą zwrotu „**dziecko małżonka spadkodawcy**”. Część przedstawicieli doktryny przyjmuje, że w odniesieniu do przepisu art. 934¹ k.c., zwrot ten należy rozumieć w ten sposób, że chodzi o taki podmiot, który pozostawał ze spadkodawcą w stosunku powinowactwa³¹. Poza sporem pozostaje, że przyjęcie, iż przesłanką dziedziczenia na podstawie art. 934¹ k.c. jest formalna więź w postaci powinowactwa, prowadzi do wniosku, że uprawnione do dziedziczenia po macosze czy ojczymie będą nie tylko dzieci tego małżonka spadkodawcy, z którym pozostawał na dzień otwarcia spadku w związku małżeńskim czy ostatniego małżonka spadkodawcy, ale dzieci wszystkich tych osób, które kiedykolwiek pozostawały w związku małżeńskim ze zmarłym³².

Oczywiście, na co zwraca się uwagę w literaturze, mogą się znaleźć wśród nich osoby, z którymi nie tylko nie łączyła spadkodawcy żadna więź, ale wręcz takie, z którymi spadkodawca w ogóle nie miał styczności, co wydaje się klócić z podstawowym założeniem dziedziczenia ustawowego, aby do spadku po zmarłym dochodziły osoby, które łączyła ze spadkodawcą określona więź. Wydaje się zatem, że do kręgu spadkobierców ustawowych powinny należeć tylko dzieci małżonka spadkodawcy pochodzące z małżeństwa istniejącego do chwili otwarcia spadku³³. Ponadto, próbując uzasadnić dziedziczenie jedynie pasierbów z ostatniego związku małżeńskiego, „można ich prawa wywodzić z faktu, że gdyby ich rodzic żył, to on byłby następ-

³¹ Zob. w szczególności W. Żukowski, *Projektowana nowelizacja*, s. 262 oraz E. Skowrońska-Bocian, *Nowelizacja prawa spadkowego*, s. 48.

³² J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 290. Zob. też E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, s. 89, teza 5 oraz J. Biernat, *Dzieci małżonka spadkodawcy*, s. 492.

³³ M. Załucki, *Dylematy regulacji*, s. 60.

cą prawnym spadkodawcy, a więc ich powołanie wywodzi się z relacji, jaka bezpośrednio łączyła ich rodzica ze zmarłym”³⁴. Za taką interpretacją wydaje się przemawiać użycie przez ustawodawcę zwrotu „małżonka spadkodawcy” w liczbie pojedynczej³⁵.

Problem jednak tkwi w tym, że w przepisie art. 934¹ k.c. ustawodawca nie odwołuje się *expressis verbis* do stosunku powinowactwa. Stąd pogląd, w myśl którego „dzieckiem małżonka spadkodawcy”, w rozumieniu przepisu art. 934¹ k.c., jest ten, kogo łączył ze spadkodawcą stosunek powinowactwa, nie jest jednolicie prezentowany w literaturze. Jak zwraca się uwagę, realizując postulat gramatycznej wykładni przepisów zawierających normy regulujące dziedziczenie ustawowe, należałoby stwierdzić, że w przepisie art. 934¹ k.c. ustawodawca odwołuje się jedynie do dwóch typów więzi rodzinnoprawnych – małżeństwa i pokrewieństwa, nie znalazło się w nim natomiast, co wyżej podkreślono, odwołanie do stosunku powinowactwa. Wobec powyższego należałoby przyjąć, że ustawowym tytułem powołania do dziedziczenia po spadkodawcy będącym małżonkiem naturalnego rodzica potencjalnego spadkobiercy legitymują się nie tylko te dzieci małżonka spadkodawcy, które łączył ze zmarłym stosunek powinowactwa, ale także te, które przyszły na świat przed zawarciem związku małżeńskiego przez naturalnego rodzica i spadkodawcy, jak i po jego ustaniu. W konsekwencji, „za nieprecyzyjne należy uznać utożsamianie na gruncie art. 934¹ k.c. pojęcia «pasierb spadkodawcy» z pojęciem «dziecko małżonka spadkodawcy», a także posługiwanie się zwrotem «pasierbowie spadkodawcy» dla określenia grupy potencjalnych spadkobierców ustawowych. Pasierb spadkodawcy to dziecko jego małżonka, z którym łączył go stosunek powinowactwa; dziecko małżonka spadkodawcy to każde dziecko jego małżonka; zarówno takie, z którym łączył go stosunek powinowactwa, jak i takie, w relacji do którego stosunek ten nie występował”³⁶.

Po drugie, wątpliwości interpretacyjne zgłaszano w literaturze także w odniesieniu do zwrotu „o ile żadne z jego rodziców nie dożyło otwarcia spadku”. W prawie spadkowym niedożycie chwili otwarcia spadku uniemożliwia dziedziczenie po spadkodawcy z uwagi na brak przesłanki w postaci zdolności do dziedziczenia. Zdolności takiej nie posiada osoba fizycz-

³⁴ E. Niezbecka, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV: *Spadki*, red. A. Kidyba, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015, s. 86, teza 4.

³⁵ Tamże.

³⁶ Szerzej zob. na ten temat J. Biernat, *Dzieci małżonka spadkodawcy*, s. 493. Zob. też J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 291.

na, która nie przeżyła spadkodawcy³⁷. Ponadto, ustawa skutek równoważny „niedożyciu otwarcia spadku” wiąże z zaistnieniem określonych zdarzeń cywilnoprawnych, które należą do tzw. negatywnych przesłanek dziedziczenia. I tak spadkobierca uznany przez sąd za niegodnego dziedziczenia, ten, który spadek odrzucił oraz ten, który zawarł ze spadkodawcą umowę o zrzeczenie się dziedziczenia, zostają wyłączeni od dziedziczenia, tak jakby nie dożyli otwarcia spadku (zob. odpowiednio art. 928 § 2, art. 1020 oraz art. 1049 § 2 k.c.).

Wydaje się, że wymóg niedożycia przez oboje rodziców pasierba spadkodawcy chwili otwarcia spadku należy oceniać odmiennie w stosunku do każdego z nich. W odniesieniu do rodzica, który jest małżonkiem spadkodawcy, ta ocena i kryteria jej stosowania nie powinny budzić żadnych wątpliwości. Jest to oczywiste z uwagi na to, że żyjący rodzic, będący jednocześnie małżonkiem zmarłego, wyprzedzałby w porządku dziedziczenia swoje dziecko, które ze spadkodawcą łączy stosunek powinowactwa, uzasadniający dziedziczenie w ostatniej kolejności przed podmiotami publicznymi. Nie powinno budzić wątpliwości, że rodzic będący jednocześnie małżonkiem spadkodawcy wyprzedzi pasierba spadkodawcy tylko wówczas, gdy spełnią się po jego stronie pozytywne przesłanki dziedziczenia – będzie miał zdolność do dziedziczenia, a zatem fizycznie przeżyje on spadkodawcę, i będzie legitymował się określonym tytułem powołania do dziedziczenia – tutaj tytułem ustawowym wynikającym z pozostawania na dzień otwarcia spadku w związku małżeńskim ze spadkodawcą, a jednocześnie nie zaistnieją po jego stronie zdarzenia cywilnoprawne skutkujące wyłączeniem go od dziedziczenia (negatywne przesłanki dziedziczenia). To by oznaczało, że wymóg w postaci niedożycia przez rodziców naturalnych pasierba chwili otwarcia spadku po jego macosze czy ojczymie w odniesieniu do rodzica będącego jednocześnie małżonkiem spadkodawcy zostanie spełniony nie tylko wówczas, gdy naturalny rodzic – małżonek spadkodawcy nie dożyje w sensie biologicznym otwarcia spadku, ale także wówczas, gdy ustawa nakazuje traktować go tak, jak gdyby nie dożył otwarcia spadku (np. złożył oświadczenie o odrzuceniu spadku). W odniesieniu do drugiego naturalnego rodzica pasierba, tzn. nie będącego małżonkiem spadkodawcy, zwrot „nie dożył otwarcia spadku” należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem przyjętym w języku potocznym – to

³⁷ Szerzej zob. E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *Komentarz do art. 927*, s. 53–54, tezy 1 i 4.

znaczy, że rodzic taki zmarł przed spadkodawcą. Pogląd taki nie jest jednak przyjmowany jednolicie w literaturze³⁸.

Wobec istniejących wątpliwości interpretacyjnych przy stosowaniu przepisu art. 934¹ k.c. sformułowano w literaturze postulaty *de lege ferenda*, których wprowadzenie umożliwiłoby osiągnięcie dwóch podstawowych celów.

Pierwszym z nich jest oczywiście usunięcie wskazanych wątpliwości, co byłoby możliwe w sytuacji jednoznacznego przyjęcia, że spadkobiercami ustawowymi mogą być tylko dzieci ostatniego małżonka spadkodawcy, które łączył ze zmarłym stosunek powinowactwa (w stosunku do tych dzieci uprawnione wydaje się założenie co do istnienia rzeczywistej bliskiej więzi rodzinnej ze spadkodawcą) oraz wyeliminowania przesłanki uzależniającej dopuszczenie do dziedziczenia ustawowego dzieci małżonka spadkodawcy od tego, aby na chwilę otwarcia spadku nie żyło żadne z jego rodziców³⁹. Jeżeli dziecko nie utrzymywało kontaktu z naturalnym rodzicem i było wychowywane przez drugiego rodzica i jego małżonka, trudno zrozumieć dlaczego warunkiem uzyskania ustawowego tytułu dziedziczenia po tym małżonku miałyby być poprzedzająca chwilę otwarcia spadku śmierć jego rodzica⁴⁰.

Drugim celem jest takie normatywne ukształtowanie więzi pomiędzy potencjalnym spadkobiercą a spadkodawcą, „by ta odzwierciedlała w większym stopniu bliską więź o charakterze rodzinnym, czy też dawała większe prawdopodobieństwo istnienia bliskiej więzi o charakterze rodzinnym, przy jednoczesnym koniecznym utrzymaniu odwołania się do więzi o charakterze wyłącznie formalnym”⁴¹.

Ponadto, proponuje się rozszerzenie kręgu spadkobierców ustawowych na zstępnych dzieci małżonka spadkodawcy, co niewątpliwie wzmocniłoby majątkową ochronę stosunku powinowactwa *mortis causa*⁴².

³⁸ Zwolenników i oponentów zaprezentowanego poglądu wskazują J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko, *Dziedziczenie ustawowe*, s. 290. Zob. też W. Borysiak, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Spadki*, red. K. Osajda, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 187, teza 6 oraz E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *Komentarz do art. 934¹*, s. 89–90, teza 7 oraz W. Żukowski, *Porządek dziedziczenia ustawowego*, s. 169–170.

³⁹ J. Biernat, *Dzieci małżonka spadkodawcy*, s. 502. Odnośnie do wątpliwości co do trafności i celowości rozwiązania uzależniającego dziedziczenie przez pasierbów od niedożycia chwili otwarcia spadku przez jego rodziców zob. m.in. J. Kremis, *Komentarz do art. 934¹*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 1715 oraz W. Borysiak, *Komentarz do art. 934¹*, s. 188, teza 14.1.

⁴⁰ M. Załucki, *Dylematy regulacji*, s. 59.

⁴¹ J. Biernat, *Dzieci małżonka spadkodawcy*, s. 501–502.

⁴² Tamże. Wśród zwolenników włączenia zstępnych dzieci małżonka spadkodawcy do kręgu spadkobierców ustawowych są także: M. Pazdan, *O potrzebie i kierunkach zmian*, s. 44;

PIŚMIENNICTWO

- Biernat, Jakub. 2012. „Dzieci małżonka spadkodawcy, których żadne z rodziców nie dożyło chwili otwarcia spadku jako spadkobiercy ustawowi.” W *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. Jerzy Pisuliński, Piotr Tereszkiewicz, i Fryderyk Zoll, 489–502. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Borysiak, Witold. 2013. „Komentarz do art. 934¹.” W *Kodeks cywilny. Komentarz. T. III: Spadki*, red. Konrad Osajda, 185–190. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Ciszewski, Jerzy, i Jakub Knabe. 2013. „Komentarz do art. 934¹.” W *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Jerzy Ciszewski, 1579–1580. Warszawa: LexisNexis.
- Dobrzański, Bogusław. 1949. „Uwagi do projektu kodeksu cywilnego Pokrewieństwo i powinowactwo Księga II – Tytuł II.” *Przegląd Notarialny* 1:99–129.
- Dolecki, Henryk. 2010. „Komentarz do art. 144.” W *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Henryk Dolecki, i Tomasz Sokołowski, 786–789. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Domińczyk, Tadeusz. 2011. „Komentarz do art. 144.” W *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Kazimierz Piasecki, 1006–1011. Warszawa: LexisNexis.
- Dyoniak, Andrzej. 1990. *Ochrona rodziny w razie śmierci jednego z małżonków*. Warszawa–Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Haak, Henryk. 2009. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. Toruń: Dom Organizatora.
- Ignaczewski, Jacek. 2010. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kremis, Józef. 2016. „Komentarz do art. 934¹.” W *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek, i Piotr Machnikowski, 1715. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Łączkowska, Małgorzata. 2012. „Dziedziczenie ustawowe członków rodziny spadkodawcy.” *Rejent* 5:19–52.
- Mróz, Teresa. 2008. „O potrzebie i kierunkach zmian przepisów prawa spadkowego.” *Przegląd Sądowy* 1:81–93.
- Nieźbecka, Elżbieta. 2015. „Komentarz do art. 934¹.” W *Kodeks cywilny. Komentarz. T. IV: Spadki*, red. Andrzej Kidyba, 85–87. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Pawliczak, Jakub. 2017. „Komentarz do art. 144.” W *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz 2017*, red. Konrad Osajda. Legalis.
- Pazdan, Maksymilian. 2005. „O potrzebie i kierunkach zmian dziedziczenia ustawowego w polskim prawie cywilnym.” *Rejent* 9:38–49.
- Pazdan, Maksymilian. 2008. „Projektowane zmiany w unormowaniu dziedziczenia ustawowego.” *Rejent* 4:9–21.
- Pazdan, Maksymilian. 2015. „Komentarz do art. 934¹.” W *Kodeks cywilny. T. II: Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. Krzysztof Pietrzykowski, 1001–1003. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Piątowski, Józef S., Hanna Witczak, i Agnieszka Kawałko. „Dziedziczenie ustawowe.” W *System Prawa Prywatnego. T. X: Prawo spadkowe*, red. Bogudar Kordasiewicz, 229–241, 288–292. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

- Pietrzykowski, Janusz. 2012. „Komentarz do art. 144.” W *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Krzysztof Pietrzykowski, 1151–1155. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Skowrońska-Bocian, Elżbieta, i Jacek Wierciński. 2013. „Komentarz do art. 927.” W *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. Jacek Gudowski, 53–54. Warszawa: LexisNexis.
- Skowrońska-Bocian, Elżbieta, i Jacek Wierciński. 2013. „Komentarz do art. 934¹.” W *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. Jacek Gudowski, 88–90. Warszawa: LexisNexis.
- Skowrońska-Bocian, Elżbieta. 2010. *Nowelizacja prawa spadkowego. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Smyczyński, Tadeusz. 2009. „Więzi rodzinne.” W *System Prawa Prywatnego*. T. XI: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smyczyński, 1–24. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Smyczyński, Tadeusz. 2011. „Przesłanki obowiązku alimentacyjnego między powinowatymi.” W *System Prawa Prywatnego*. T. XII: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smyczyński, 776–778. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sokołowski, Tomasz. 2010. „Komentarz do art. 61⁸.” W *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Henryk Dolecki, i Tomasz Sokołowski, 460–461. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Strzebińczyk, Jerzy. 1985. *Udział powinowatych dziecka w jego utrzymaniu i wychowaniu według K.R.O.* Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Waszczuk-Napiórkowska, Jolanta. 2009. „Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks cywilny – zmiany w kręgu dziedziczenia nie testamentowego.” *Zeszyty Prawnicze. Biuro Analiz Sejmowych* 2:161–173.
- Winiarz, Jan. 2012. „Komentarz do art. 61⁸.” W *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. Krzysztof Pietrzykowski, 623–624. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Wojdyła, Andrzej. 1988. „Ustanie i unieważnienie małżeństwa a powinowactwo.” *Nowe Prawo* 10–12:87–95.
- Załucki, Mariusz. 2017. „Dylematy regulacji dziedziczenia ustawowego dzieci małżonka spadkodawcy (art. 934¹ k.c.).” *Białostockie Studia Prawnicze* 3:53–61.
- Żukowski, Wojciech. 2008. „Projektowana nowelizacja przepisów regulujących dziedziczenie ustawowe.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1:257–270.
- Żukowski, Wojciech. 2012. „Porządek dziedziczenia ustawowego po nowelizacji kodeksu cywilnego ustawami z dnia 2 kwietnia 2009 r. oraz z dnia 18 marca 2011 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1:169–171.

PROPERTY PROTECTION OF AFFINITY RELATION *MORTIS CAUSA*

Summary. According to the idea to extend the circle of statutory inheritors within the Polish Law it has been established to declare the testator's spouse children legal successors. Such a solution seems to be in concordance with the rules of the family law like a stepfather's or the stepmother's obligation to pay alimony to stepchildren. Protection of affinity relation *inter vivos* seems to have wider scope because it comprises mutuality which has not been included in succession. The idea to make the testator's spouse children legal successors can be accepted with approval, there arise doubts as to the rules adopted. The most doubtful is that the testator's spouse children may become legal successor only if both their parents died before inheritance proceedings have started. Besides, there is no clear explanation of the understanding of the statements “the testator's spouse children” and “dead on opening of the inheritance” with regard to the 934¹ rule of the Civil Code.

Key words: affinity, testator's spouse children, stepchildren

SPIS TREŚCI

CONTENTS

Wiesław Bar

- Nowe prawo i ... stare/nowe dylematy. Sprawy dyscyplinarne nauczycieli akademickich po reformie z 2018 roku 5
New Law and ... Old/New Dilemmas. Disciplinary Matters of Academic Teachers after the Reform of 2018

Waldemar Bednaruk

- Wpływ ubezpieczeń na rozwój transportu morskiego w epoce wczesno-nowożytnej 19
The Impact of Insurance on the Development of Maritime Transport in the Early Modern Period

Vyacheslav Blikhar

- Communication of the Right and Christian Religion. How to Realize Rights and Freedom Humans and Citizens? 29
Komunikacja prawa i religii chrześcijańskiej. W jaki sposób realizować prawa i wolności ludzkie i obywatelskie?

Tadeusz Bojarski

- Ochrona dóbr osobistych jednostki ze szczególnym uwzględnieniem (karnej) ochrony wolności jednostki..... 39
Protection of the Individual's Personal Rights with Special Emphasis on (Criminal Law) Protection of Individual Liberty

Paweł Chodak, Krzysztof Krassowski, Tomasz Wierzchowski

- How, for What, When and in Which Direction to Explore Corruption – New Model of Study in Reality of Civilization of Information in XXI Century – Program of Complete Study Process 69
Jak, po co, kiedy i w jakim kierunku badać korupcję – nowy model studiów w rzeczywistości społeczeństwa informacyjnego XXI wieku – program całościowego procesu badawczego

Przemysław Czarnek

Reforma wymiaru sprawiedliwości a bezpieczeństwo prawne.....	83
Reform of the Judiciary and the Legal Security	

Mariusz Czyżak

Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni	101
Cyberspace Security	

Dimitry Gegenava

Church-State Relations in Georgia: Legal Frames and General Overview.	121
Relacje Kościół-państwo w Gruzji: porządek prawny i zarys ogólny	

Oksana Hryshchuk

Human Dignity as the Basis of Fundamental Human Rights in the Con- text of European Integration.	131
Godność człowieka jako podstawa podstawowych praw człowieka w kon- tekście integracji europejskiej	

Viktor Hryshchuk

Prawnokarna ochrona życia człowieka przed umyślnym zamachem w drodze ku integracji europejskiej.	141
Criminal Law Protection of Human Life Against Deliberate Assassina- tion on the Way to European Integration	

Robert Kantor

The Preparatory Stage of the 5 th Synod of the Diocese of Tarnów – Structure and Tasks	153
Etap przygotowawczy V Synodu Diecezji Tarnowskiej – struktura i zada- nia	

Marcin Konarski

At the Roots of the Reconstruction of Polish Statehood. A Few Remarks at the Hundredth Anniversary of Regaining Independence (1918-2018). Part One.	167
U źródeł odbudowy państwowości polskiej. Kilka uwag w setną rocznicę odzyskania niepodległości (1918-2018). Część pierwsza	

Ewa Kruk

Ochrona prawa oskarżonego pozbawionego wolności do kontaktu z obrońcą w postępowaniu karnym	183
Protection of the Right of a Defendant Deprived of Liberty to Contact with His Counsel in Criminal Proceedings	

Ingrid Lanczová, Miriam Laclavíková

Abortion as the Partial Issue of the Right to Life and the Development of the Related Slovak Legal Regulation	205
Aborcja jako częściowa kwestia prawa do życia i rozwój w związku ze słowacką regulacją prawną	

Vasyl Lutsyk

Preservation of the Territorial Integrity of Ukraine in ATO Conditions by Criminal Justice Means	229
Ochrona integralności terytorialnej Ukrainy w warunkach operacji antyterrorystycznej za pomocą wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych	

Nelia Makoviecka

Odpowiedzialność karna za nieumyślne spowodowanie śmierci według ustawodawstwa karnego Ukrainy	239
Criminal Liability for Unintentional Causing Death According to the Criminal Legislation of Ukraine	

Oleksandr Marin, Iryna Sen

Liability for Economic Crimes under the Criminal Code of Ukraine in the Context of Eurointegration Processes	251
Odpowiedzialność za przestępstwa w dziedzinie działalności gospodarczej według ukraińskiego Kodeksu karnego w kontekście procesów integracji europejskiej	

Joanna Misztal-Konecka

Perspektywy wykorzystania w postępowaniu cywilnym opinii biegłego wydanej w innym postępowaniu	265
Prospects for the Use of an Expert Opinion from Different Proceedings in Civil Proceedings	

Michaela Moravčíková

Protection of the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion in the Slovak Republic	279
Ochrana práva do voľnosti myšľi, sumpienia i religii w Republice Słowackiej	

Ireneusz Nowikowski

Bezpieczeństwo państwa a prawa oskarżonego w polskim prawie karnym procesowym (kwestie wybrane)	293
The Safety of the State and the Rights of the Defendant in Polish Criminal Proceedings (Selected Issues)	

Małgorzata Polkowska

Safety and Security law: Space Situational Awareness System (SSA) in Transatlantic Relations. Europe vis a vis the US	329
Prawo bezpieczeństwa: system świadomości sytuacyjnej w kosmosie (SSA) w stosunkach transatlantyckich. Europa a USA	

Jadwiga Potrzebacz

State Security and Restrictions on Constitutional Freedoms and Human and Civil Rights	347
Bezpieczeństwo państwa a ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela	

Agnieszka Romanko

Prawo do obrony w kanonicznym procesie karno-administracyjnym. Zarys problematyki.	363
Right to Defense in the Canonical Penal-Administrative Process. An Outline	

Mirosław Sitarz

Ochrona karna wolności sumienia i religii w prawie kanonicznym.	375
Penal Protection of Freedom of Conscience and Religion in Canon Law	

Bronisław Sitek

Ewolucja systemu prawnej ochrony praw i interesów Stanów Zjednoczonych. Urząd Prokuratora Generalnego	387
The Evolution of the Legal System of Protecting the Rights and Interests of the United States. The Attorney General Office	

Magdalena Sitek

Treść praw człowieka w dobie globalnych determinantów egzogennych.	399
The Content of Human Rights in the Era of Global Exogenous Determinants	

Małgorzata Such-Pyrgiel

Innowacyjne metody i narzędzia badawcze w postaci aplikacji wykorzystywane w procesie rekrutacji i selekcji zawodowej	413
Innovative Methods and Research Tools in the Form of Applications in the Process Recruitment and Professional Selection	

Eva Szabová

Protection of Individual Rights in the Field of Criminal Law of Slovak Republic	429
Ochrona praw indywidualnych w dziedzinie prawa karnego Republiki Słowackiej	

Adam Taracha

Uzyskiwanie i wykorzystywanie dla celów bezpieczeństwa informacji o osobie a prawa jednostki (zagadnienia wybrane)	443
Obtaining and Using Information on a Person for Safety Purposes and the Rights of the Individual (Selected Issues)	

Peter Varga

Protection of Cultural Identity – Internal Rules of the Employers and Their Anti-discrimination Aspects in the Decision Making Process of the Court of Justice of the EU	459
Ochrona tożsamości kulturowej – wewnętrzne zasady pracodawców i ich aspekty antydyskryminacyjne w podejmowaniu decyzji w procesach przed Trybunałem Sprawiedliwości UE	

Krzysztof Wiak

Ochrona karna prawa człowieka do życia w prawie polskim	475
Criminal Protection of Human's Right to Life in Polish Law	

Hanna Witczak

Majątkowa ochrona stosunku powinowactwa <i>mortis causa</i>	495
Property Protection of Affinity Relation <i>mortis causa</i>	

