Wrocławskie Studia Erazmiańskie

Studia Erasmiana Wratislaviensia

Orient daleki i bliski
Orient Far and Near

XIV

Redakcja:

Mirosław Sadowski
Andrzej Demiańczuk
Paweł Szklarczyk
Bartosz Chrząszcz

Wrocław 2020

Orient Far and Near

Orient Daleki i Bliski

Redaktor Naczelny / Editor-in-chief
Prof. dr hab. Mirosław Sadowski

Rada Naukowa / Programme Board
Prof. dr hab. Andrzej Antoszewski (Wrocław)
Prof. dr Christopher J. Berry (Glasgow)
Dr Giovanni Bianco (Bari)
Prof. dr hab. Krystyna Chojnicka (Kraków)
Prof. UMCS dr hab. Tomasz Demendecki (Lublin)
Prof. dr hab. Lech Dubel (Lublin)
Prof. UWr dr hab. Włodzimierz Gromski (Wrocław)
Prof. dr Knud Haakonssen (Boston, Uppsala, Sussex)
Prof. dr Shinsuke Hosoda (Kyoto)
Prof. dr hab. Witold Kwaśnicki (Wrocław)
Prof. dr hab. Marek Maciejewski (Wrocław)
Dr hab. Rafał Mańko (University of Amsterdam)
Prof. Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (University of Westminster)
Doc. dr Jānis Pleps (Latvia)
Hon.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Gert Pottering, MdEP (Niemcy)
Doc. dr Olesia Radyszewska (Kijow)
Prof. dr hab. Mirosław Sadowski (Wrocław)
Prof. dr dr h.c. Quentin Skinner (London)
Dr Maria Sobolewska (Manchester)
Dr hab. Monika Urbaniak (Poznań)

WROCŁAWSKIE STUDIA ERAZMIAŃSKIE
STUDIA ERASMIANA WRATISLAVIENSIA
Zeszyt XIV

Orient Daleki i Bliski
Orient Far and Near

Redaktor Naczelny:
Mirosław Sadowski
I Zastępca Redaktora Naczelnego:
Andrzej Demiańczuk
II Zastępca Redaktora Naczelnego:
Paweł Szklarczyk
Sekretarz redakcji:
Bartosz Chrząszcz

Wrocław 2020
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Lista stałych recenzentów / Permanently-appointed reviewers:
Prof. dr hab. Włodzimierz Bernacki, UJ
Prof. dr Laura Carballo Pineiro, Hiszpania
Prof. UŁ dr hab. Maciej Chmieliński,
Prof. UJ dr hab. Anna Citkowska-Kimla,
Prof. UJ dr hab. Piotr Kimla,
Prof. William Koprowski, Ph.D., J.D., USA
Prof. UR dr hab. Artur Łuszczyński,
Prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ, UWr
Prof. Pavelas Ravluševičius, Litwa
Prof. UJ dr hab. Arkady Rzegocki,
Prof.UWr. dr hab. Janusz Sawicki
Prof. SWPS dr hab. Iwona Sierpowska,
Dr Paweł Sydor, SAN w Łodzi
Prof. dr hab. Tomasz Tulejski, UŁ
Dr hab.Krzysztof Urbaniak, UAM

Korekta:
Paweł Szklarczyk

Projekt okładki:
Aleksandra Snitsaruk

Wykonanie okładki:
Krzysztof Strużyński

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

Copyright by Pracownia Badań Praw Orientalnych, Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego & Authors, Wrocław 2020

ISSN 2080-332X
ISBN 978-83-65158-18-5

Wstęp ... 8
Część I. Orient Daleki i Bliski ... 9
Małgorzata Kania
Pierwszy Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej ... 10
Andrzej Demiańczuk
Myśl polityczna i prawna Gu Yanwu ... 24
Krzysztof Fila
Specyfika japońskiego prawa karnego ... 42
Patrycja Głogowska
Rewolucje i refolucje libańskie – zrywy ludności w najnowszej historii Libanu ... 53
Dominik Delczyk
Squeeze-out w anonim şirket (tureckiej spółce akcyjnej) - wybrane aspekty ... 72
Rafał Borowy
Umowy międzynarodowe Stolicy Apostolskiej z państwami arabskimi w XX i XXI wieku ... 88
Marcin Birt
Izrael i syjonizm w politycznej koncepcji Tadeusza Adama Walichnowskiego ... 102
Paweł Szklarczyk
Komparatystyka prawnicza a metoda historyczna na przykładzie badań nad reformami prawnymi okresu Meiji ... 122
Beata Grodziska- Modzelewska
Funkcjonowanie systemu bankowego w Polsce a sposób działania islamskich podmiotów mikrofinansowych. ... 144
Dominik Delczyk
Buddyzm w Konstytucji Królestwa Bhutanu ... 159
Część II.Varia ... 169
Weronika Kundera
Prawa jednostki w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec ... 170
Wojciech Wereszko
Ustrój i system polityczny Bośni i Hercegowiny - próba zapewnienia współrządów trzech narodów w ramach jednego organizmu państwowego ... 210
Bartosz Modzelewski
Religia obywatelska i etyka protestancka w dobie prezydentury George'a W. Busha ... 225
Adam Knych
Legalizacja pobytu cudzoziemca w Polsce ze względu na pozostawanie w związku małżeńskim z obywatelem polskimw kontekście małżeństw zawieranych dla pozoru ... 240

Kamil Gaweł
Jane Jacobs i miasto ,,samoorganizujące się” 297
Marcin Jędrysiak
Państwo prawa i państwo konstytucyjne w myśli Bohdana Kistiakowskiego 311
Barbara Wątek
Prawo kosmosu - prawo wobec wyzwań współczesności. Liberalizacja czy stabilizacja? 333
Jakub Juszczak
Czy własność intelektualna to kradzież? Stosunek libertarian do własności intelektualnej 343
Kamila Fatyga
Istota Generalnego Systemu Preferencji (GSP) oraz jego praktyczne stosowanie 360
Bartosz Chrząszcz
Antoine Blanc de Saint-Bonnet - krytyka rewolucji na tle francuskiego tradycjonalizmu 375

Wstęp

Prezentowany, XIV już tom Wrocławskich Studiów Erazmiańskich, zawiera dwadzieścia artykułów. Wiele spośród nich porusza szeroko rozumianą problematykę orientalistyczną. Połowa z nich to rezultat III Międzynarodowej Konferencji „Orient Daleki i Bliski", która odbyła się 20 grudnia 2019 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Mnogość poruszanych problemów nadaje temu tomowi wyraźnie interdyscyplinarny charakter. Zarówno Redaktorzy, jak i Autorzy żywią nadzieję, że prezentowana publikacja wywoła duże zainteresowanie oraz szerokie dyskusje wśród Czytelników.

Mirosław Sadowski

Andrzej Demiańczuk

Paweł Szklarczyk

Batosz Chrząszcz

Część I. Orient Daleki i Bliski

Małgorzata Kania

Pierwszy Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej

First Civil Code of the People's Republic of China

ABSTRACT

The article "First Civil Code of the People's Republic of China" describes short history of rounds of work on civil code's drafts from the establishment of People's Republic in China in 1949, the goal implementation, as well as the structure of adopted on May 28th, 2020 Civil Code of People's Republic of China and content of its seven books: Book One General Part, Book Two Real Rights, Book Three Contracts, Book Four Personality Rights, Book Five Marriage and Family, Book Six Succession, Book Seven Tort Liability.

Keywords: China, People`s Republic of China, Civil Code of the People`s Republic of China, civil code in China, civil law in China

Na trzeciej sesji trzynastego Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych, dnia 28 maja 2020 r. uchwalony został Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej (dalej stosowany skrót: KCChRL)[1,2]. Jest to pierwsza kodyfikacja prawa cywilnego w Chińskiej Republice Ludowej (dalej stosowany skrót ChRL), tj. od 1949 roku. Nie oznacza to jednak, iż we wcześniejszych dziejach prawa chińskiego kodeks cywilny nie był znany.

[1] Ogólnochińskie Zgromadzenie Przedstawicieli Ludowych jest najwyższym organem władzy państwowej w systemie konstytucyjnym opartym na jedności władzy państwowej. Jeden z obszarów kompetencji stanowi ustawodawstwo, w tym uchwalanie ustaw z zakresu prawa cywilnego. [Rowiński J., Jakóbiec W., *System konstytucyjny Chińskiej Republiki Ludowej*, Warszawa 2006, s. 44 - 46.]

[2] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej z 28.05.2020 r. («中华人民共和国民法典» Civil Code of the People's Republic of China, Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on May 28, 2020),
http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202103/c487476d061844beb093bc3f22e729ae/files/4aaa35619b4c446dbc704f4376bfccd6.pdf [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].
Tłumaczenie angielskie aktów prawnych w niniejszym artykule jest powszechnie używanym tłumaczeniem referencyjnym z języka chińskiego. Tłumaczenie na język polski w niniejszym artykule, jest tłumaczeniem własnym autorki z wersji anglojęzycznej i chińskojęzycznej KCChRL. Dostęp do aktualnie obowiązujących aktów prawnych pochodzi z oficjalnej strony Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych www.npc.gov. Dostęp do archiwalnych aktów prawnych pochodzi ze strony www.lawinfochina.com.

Pierwszy kompletny kodeks cywilny przyjęty został przez rząd Kuomintangu w latach 1929-1930. Mimo, że kodeks ten oparty był na prawie z dynastii Qing (lata panowania 1644-1912), charakteryzował się także silnymi wpływami japońskiego kodeksu cywilnego z 1896 r. oraz niemieckiego kodeksu cywilnego z 1896 r., z elementami zaczerpniętymi również z innych, zagranicznych kodeksów cywilnych[3].

Od czasów powstania ChRL w 1949 r., odbyły się co najmniej cztery rundy przygotowywania projektów kompleksowego kodeksu cywilnego, a wszystkie zakończyły się niepowodzeniem. Pierwsza runda rozpoczęła się w 1956 r., a bazę stanowiło prawo cywilne Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich. Druga próba kodyfikacji rozpoczęła się w 1964 r. i podkreślała cechy charakterystyczne dla gospodarki planowej. Następnie, początek reform i otwarcie się na świat Chin w 1978 r. zapoczątkowało powstanie nowego zespołu kodyfikacyjnego prawa cywilnego. Także w tym przypadku, próby przygotowania nowego kodeksu cywilnego zakończyły się niepowodzeniem, jednakże dnia 12 kwietnia 1986 r. udało się uchwalić ustawę Generalne Zasady Prawa Cywilnego («中华人民共和国民法通则» *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China*). Ustawa ta nie stanowiła ani kompleksowego kodeksu cywilnego, ani nie skupiała się na specyficznych kwestiach prawa cywilnego, natomiast zawierała rozwinięte już zasady prawa cywilnego. W 2002 r. rozpoczęło się czwarte podejście kodyfikacyjne[4], jednakże i ono nie zakończyło się ustanowieniem kodeksu cywilnego. Końcowo, w 2014 r. rozpoczął się dwuetapowy proces prac. W pierwszym etapie zaplanowano przyjęcie części ogólnej kodeksu, która zawierałaby zbiór ogólnych zasad prawa cywilnego. I tak, 15 marca 2017 r. Ogólnochińskie Zgromadzenie Przedstawicieli Ludowych uchwaliło ustawę Przepisy Ogólne Prawa Cywilnego («中华人民共和国民法总则», *General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China*). Następnie opracowano pozostałych sześć części, które po połączeniu z częścią ogólną, przedstawione zostały Ogólnochińskiemu Zgromadzeniu Przedstawicieli Ludowych w grudniu 2019 r. do prac końcowych[5].

Po uchwaleniu KCChRL, szeroko komentowane były zarówno cel, jak i oczekiwania względem skutków prawnych, społecznych i ekonomicznych kodeksu, między innymi: pierwsze chińskie prawo noszące tytuł „kodeksu" od czasu założenia Chińskiej Republiki Ludowej w 1949 r., powinno kompleksowo wzmocnić ochronę różnych praw i ulepszyć chiński

[3] Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden-Boston 2016, s.453 - 456.
[4] Bu Y., *Chinese Civil Law*, Munchen 2013, s.1 – 2.
[5] Wei C., *2020 NPC Session: A Guide to China's Civil Code (Updated)*, https://npcobserver.com/2020/05/21/2020-npc-session-a-guide-to-chinas-civil-code/ [dostęp 27.03.2021 r.].

socjalistyczny system prawny[6]. Ponadto: kompilacja KCChRL jest ważnym elementem planów Komitetu Centralnego Komunistycznej Partii Chin i ma znaczenie dla rozwoju rządów opartych na prawie, promowania wysokiej jakości rozwoju gospodarczego i poprawy dobrobytu publicznego[7]. Sam KCChRL wskazuje na cel jego sformułowania w artykule pierwszym, który stanowi, iż prawo to zostało sformułowane w zgodzie z Konstytucją Chińskiej Republiki Ludowej w celu ochrony praw i interesów podmiotów prawa cywilnego, uregulowania stosunków cywilnoprawnych, utrzymania porządku społecznego i gospodarczego, zaspokajania potrzeb rozwoju socjalizmu z chińskimi cechami oraz kontynuowania podstawowych wartości socjalistycznych[8].

Twórcy prawa twierdzą, że kodyfikacja nie polega na tworzeniu nowego prawa cywilnego, ale raczej, na spójnym, systematycznym łączeniu przepisów cywilnych, ich modyfikowaniu i poprawie celem dostosowania do nowych sytuacji. W tym też celu, przeprowadzono szerokie konsultacje społeczne, które skutkowały nadesłaniem w formie elektronicznej ponad miliona komentarzy i sugestii. Przykładem innowacji są między innymi przepisy dotyczące ochrony danych, aktywów wirtualnych, czy też przepisy dotyczące ochrony praw w przypadku sytuacji nadzwyczajnych, takich jak pandemia wirusa COVID-19[9].

Kodeks wszedł w życie dnia 1 stycznia 2021 r. Datę tę wskazuje artykuł 1260 KCChRL, będący jednocześnie ostatnim artykułem kodeksu, wymieniającym ustawy, które z dniem wejścia w życie KCChRL przestały obowiązywać, mianowicie: prawo małżeńskie ChRL, prawo dziedziczenia ChRL, Ogólne Zasady Prawa Cywilnego ChRL, prawo adopcyjne ChRL, prawo gwarancyjne ChRL, prawo umów ChRL, prawo własności ChRL, prawo deliktowe ChRL, Przepisy Ogólne Prawa Cywilnego ChRL[10].

---

[6] Oficjalna strona Rady Państwa ChRL w wersji anglojęzycznej, *Civil Code of the People's Republic of China* http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html [dostęp 27.03.2021 r.].

[7] Oficjalna strona Rady Państwa ChRL w wersji anglojęzycznej, *Chinese lawmakers deliberate draft civil code,* http://english.www.gov.cn/news/topnews/202005/22/content_WS5ec746cfc6d0b3f0e949844d.html [dostęp 27.03.2021r.].

[8] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej…, art.1.

[9] Oficjalna strona Ogólnochońskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych ChRL w wersji anglojęzycznej, *China adopts milestone Civil Code* http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202005/c65fbd2de4c54c0db9639ef41e99c290.shtml [dostęp 27.03.2021 r.].

[10] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej…, art. 260.
Ustawy uchylone przez KCChRL w oryginalnej wersji językowej, w kolejności ich występowania w art. 260: 中华人民共和国婚姻法 (prawo małżeńskie ChRL), 中华人民共和国继承法 (prawo dziedziczenia ChRL), 中华人民共和国民**法通**则 (Ogólne Zasady Prawa Cywilnego ChRL), 中华人民共和国收养法 (prawo adopcyjne ChRL), 中华人民共和国担保法 (prawo gwarancyjne ChRL), 中华人民共和国合同法 (prawo umów ChRL), 中

W dniu 30 grudnia 2020 r. na stronie Najwyższego Sądu Ludowego ChRL opublikowano informację dotyczącą interpretacji sądowych i dokumentów regulacyjnych związanych z mającym wejść w życie dwa dni później KCChRL[11]. Podano, iż od czerwca 2020 r. Najwyższy Sąd Ludowy dokonał kompleksowego przeglądu łącznie 591 interpretacji sądowych i powiązanych dokumentów normatywnych od czasu powstania Chińskiej Republiki Ludowej. Wśród nich, łącznie 364 pozycje są zgodne z przepisami KCChRL, nie zostały więc zmodyfikowane i nadal obowiązują, 111 pozycji wymaga zmiany, natomiast 116 pozycji zostało zniesionych i straciło ważność z dniem 1 stycznia 2021 r. Ponadto, Najwyższy Sąd Ludowy sformułował pierwszą serię siedmiu nowych interpretacji sądowych zgodnych z KCChRL, które miały być wdrażane równolegle z KCChRL od 1 stycznia 2021 roku, w tym interpretacje sądowe dotyczące zasad intertemporalnych stosowania kodeksu, interpretacje sądowe dotyczące stosowania systemu gwarancyjnego oraz interpretacje sądowe dotyczące praw majątkowych, małżeństwa i rodziny, dziedziczenia, umów budowlanych, sporów pracowniczych[12].

Kodeks cywilny ChRL składa się z 1260 artykułów ujętych w siedmiu księgach. Każda z ksiąg podzielona jest na rozdziały. Niektóre rozdziały podzielone są dalej na sekcje. Księgi Druga i Trzecia, będące najobszerniejszymi księgami, podlegają wymienionemu wcześniej podziałowi, natomiast rozdziały, zachowując swą kolejną numerację, zgrupowane są także

---

华人民共和国物权法 (prawo własności ChRL), 中华人民共和国侵权责任法 (prawo deliktowe ChRL), 中华人民共和国民法总则 (Przepisy Ogólne Prawa Cywilnego ChRL) [wersja chińskojęzyczna: http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml, dostep 5.04.2021 r].

[11] Najwyższy Sąd Ludowy jest najwyższym organem władzy sądowniczej w ChRL. Sprawuje on nadzór nad funkcjonowaniem sądów ludowych różnych szczebli oraz sądów specjalnych. Najwyższy Sąd Ludowy ponosi odpowiedzialność przed Ogólnochińskim Zgromadzeniem Przedstawicieli Ludowych oraz Stałym Komitetem Ogólnochińskiego Zgromadzenie Przedstawicieli Ludowych. [Konstytucja Chińskiej Republiki Ludowej z 4.12.1982 r., następnie nowelizowana (Constitution of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Fifth National People's Congress and promulgated by the Announcement of the National People's Congress on December 4, 1982; amended in accordance with the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the First Session of the Seventh National People's Congress on April 12, 1988, the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the First Session of the Eighth National People's Congress on March 29, 1993, the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999, the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the Second Session of the Tenth National People's Congress on March 14, 2004, and the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the First Session of the Thirteenth National People's Congress on March 11, 2018),, http://www.npc.gov.cn/englishnpc/constitution2019/201911/1f65146fb6104dd3a2793875d19b5b29.shtml [dostep 5.04.2021 r.], art. 132, art. 133].

[12] Oficjalna strony Najwyższego Sądu Ludowego ChRL, ***最高法全面完成司法解***释清理并发布首批民法典配套司法解释 废止*116*件***司法解***释及规范性文***件***, http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-282451.html [dostęp 27.03.2021 r.].

w części. Księgi zatytułowane są w następujący sposób:

- Księga Pierwsza Część Ogólna,
- Księga Druga Prawa Własności,
- Księga Trzecia Umowy,
- Księga Czwarta Dobra Osobiste,
- Księga Piąta Małżeństwo i Rodzina,
- Księga Szósta Dziedziczenie,
- Księga Siódma Odpowiedzialność Deliktowa.

Kodeks cywilny ChRL wieńczy rozdział pod tytułem „Przepisy Dodatkowe”[13].

Księga Pierwsza Część Ogólna podzielona jest na dziesięć rozdziałów, ujętych łącznie w artykułach od 1 do 204, z czego niektóre dzielą się na dalsze sekcje. Księga Pierwsza Część Ogólna jest w dużej mierze powtórzeniem ustawy Przepisy Ogólne Prawa Cywilnego z 15.03.2017 r. i zawiera regulacje dotyczące między innymi:

- przepisów ogólnych, w tym celu i zakresu ustawy, podstawowych zasad i zakresu terytorialnego (Rozdział I, art. 1 - 12);
- osób fizycznych, zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, opieki (Rozdział II, art. 13 - 56);
- osób prawnych, organizacji nieposiadających osobowości prawnej (Rozdział III i IV art. 57-108);
- praw podmiotowych, czynności prawnych, oświadczeń woli, przedstawicielstwa, odpowiedzialności, przedawnienia (Rozdział V- VIII, art. 109 - 199);
- obliczania terminu (Rozdział X art. 200-204)[14].

Księga Druga Prawa Własności podzielona jest na dwadzieścia rozdziałów, które pogrupowane zostały w pięciu częściach, ujętych łącznie w artykułach od 205 do 462, z czego niektóre dzielą się na dalsze sekcje. Księga Druga opiera się w dużej mierze na przepisach zawartych uprzednio w ustawie prawo własności ChRL z 16.03.2007 r. i zawiera regulacje dotyczące między innymi:

a) w części pierwszej zawierającej przepisy ogólne:

---

[13] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej… .

[14] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej…., art. 1-204.

Ustawa Ogólne Przepisy Prawa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej z 15.03.2017 r. («中华人民共和国民法总则» General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China, Adopted at the 5th Session of the Twelfth National People's Congress on March 15, 2017), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=23213&lib=law&SearchKeyword=civil%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 5.04.2021 r.].

- zasad ogólnych, w tym przedmiotu regulacji Księgi (Rozdział I, art. 205-208);
- powstania, zmiany, zbycia, wygaśnięcia praw własności, rejestracji nieruchomości, dostarczenia ruchomości (Rozdział II, art. 209-232);
- ochrony praw własności (Rozdział III, art. 233 - 239);

b) w części drugiej zawierającej przepisy dotyczące własności:
- zasad ogólnych, własności państwowej, własności kolektywnej, własności prywatnej, własności zasobów naturalnych, własności części budynków (Rozdział IV - VI, art. 240 - 287);
- służebności (Rozdział VII, art. 288 - 296);
- współwłasności (Rozdział VIII, art. 297 - 310);
- przepisów szczególnych dotyczących nabycia prawa własności (Rozdział IX, art. 311 - 322);

c) w części trzeciej zawierającej przepisy dotyczące prawa użytkowania:
- zasad ogólnych, w tym do prawa do używania i czerpania korzyści z własności państwowej (Rozdział X, art. 323 - 329);
- prawo do umownego zarządzania gruntami, do użytkowania gruntu w celach budowlanych, prawa do używania cudzej nieruchomości celem poprawy efektywności własnej nieruchomości (Rozdział XI - XIII, art. 330-365, Rozdział XV, art. 372 - 385);
- prawa do zamieszkania (Rozdział XIV, art. 366 - 371);

d) w części czwartej zawierającej przepisy dotyczące zabezpieczenia wierzytelności:
- zasad ogólnych, w tym ustanowienia zabezpieczenia, zakresu zabezpieczenia, pierwszeństwa zaspokojenia z wierzytelności (Rozdział XVI, art. 386 do 393);
- hipoteki, zastawu na ruchomościach i prawach (Rozdział XVII - XIX, art. 394 - 457);

e) w części piątej zawierającej przepisy dotyczące posiadania:
- posiadania ruchomości i nieruchomości (Rozdział XX, art. 458 - 462)[15].

Księga Trzecia Umowy stanowi najobszerniejszą księgę KCChRL ujmując ponad pięćset artykułów (artykuły od 463 do 988). Księga podzielona jest na dwadzieścia dziewięć rozdziałów (z czego niektóre dzielą się na dalsze sekcje), które pogrupowane zostały w trzech częściach. Księga Trzecia opiera się na przepisach zawartych uprzednio w ustawie prawo umów ChRL z dnia 15.03.1999 r., poszerzając jednak regulacje w stosunku do uchylonej ustawy.

[15] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej …, art. 205-462.
Ustawa prawo własności Chińskiej Republiki Ludowej z 16.03.2007 r. («中华人民共和国物权法» Property law of the People's Republic of China, adopted at the 5th session of the Tenth National People's Congress on March 16, 2007, is promulgated for effect as of October 1, 2007), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=6642&lib=law&SearchKeyword=property%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 5.04.2021 r.].

Księga Trzecia zawiera regulacje dotyczące między innymi:

a) w części pierwszej zawierającej przepisy ogólne:

- zasad ogólnych, przedmiotu regulacji, formy, definicji umowy (Rozdział I, art. 463 - 468);
- zawierania umów (Rozdział II, art. 469 - 501);
- skutków i wykonania zobowiązań umownych (Rozdział III i IV, art. 502 - 534);
- zachowania i modyfikacji zobowiązań umownych (Rozdział V i VI, art. 535 - 556);
- zakończenia praw i obowiązków wynikających z umowy (Rozdział VII, art. 557 - 576);
- niewykonania i nienależytego wykonania zobowiązań umownych (Rozdział VIII, art. 577 - 594);

b) w części drugiej zawierającej przepisy dotyczące umów typowych (nazwanych), ujętych w dwudziestu jeden rozdziałach, w taki sposób, iż każdy rozdział odpowiada jednej umowie:

- umowy sprzedaży (Rozdział IX, art. 595 - 647);
- umowy na dostawę i zużycie energii elektrycznej, wody, gazu lub ciepła (Rozdział X, art. 648-656);
- umowy darowizny (Rozdział XI, art. 657 - 666);
- umowy pożyczki (Rozdział XII, art. 667 - 680);
- umowy poręczenia (Rozdział XIII, art. 681 - 702);
- umowy najmu (Rozdział XIV art. 703 - 734);
- umowy leasingu (Rozdział XV, art. 735 - 760);
- umowy faktoringu (Rozdział XVI, art. 761 - 769);
- umowy o dzieło (Rozdział XVII, art. 770 - 787);
- umowy o projekt budowlany (Rozdział XVIII art. 788 - 808);
- umowy o przewóz (Rozdział XIX, art. 809 - 842);
- umowy technologiczne (Rozdział XX, art. 843 - 887);
- umowy o opiekę nad mieniem (Rozdział XXI, art. 888 - 903);
- umowy o magazynowanie (Rozdział XXII, art. 904 - 918);
- umowy powiernicze (Rozdział XXIII art. 919 - 936);
- umowy na usługi zarządzania mieniem (Rozdział XXIV art. 937 - 950);
- umowy brokerskie (Rozdział XXV, art. 951 - 960);
- umowy pośrednictwa (Rozdział XXVI, art. 961 - 966);
- umowy partnerskie w łączonych przedsięwzięciach (Rozdział XXVII, art. 967 - 978);

c) w części trzeciej zawierającej quasi umowy zawierającej przepisy dotyczące:

- prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (Rozdział XXVIII, art. 979 - 984);

- bezpodstawnego wzbogacenia (Rozdział XXIX, art. 985 - 988)[16].

Księga Czwarta Dobra Osobiste podzielona jest na sześć rozdziałów, ujętych łącznie w artykułach od 989 do 1039. W odróżnieniu od pozostałych ksiąg KCChR, Księga Czwarta nie jest oparta na wcześniej istniejącej ustawie, oparta jest jednak na kilku przepisach z ustawy Zasady Ogólne Prawa Cywilnego z 12.04.1986 r., znowelizowanej 27.08.2009 r. oraz na interpretacji sądowych i regulacji administracyjnych[17]. Księga Czwarta zawiera regulacje dotyczące między innymi:

- zasad ogólnych, w tym zakresu regulacji księgi, definicji dóbr osobistych (Rozdział I, art. 989-1001);
- prawa do życia, prawa do integralności cielesnej, prawa do zdrowia (Rozdział II, art. 1002-1011);
- prawa do imienia, nazwy, wizerunku, reputacji, tytułów honorowych (Rozdział III - V, art. 1012 - 1031);
- prawa do prywatności i ochrony danych osobowych (Rozdział VI, art. 1032 - 1039)[18].

Księga Piąta Małżeństwo i Rodzina podzielona jest na pięć rozdziałów, ujętych łącznie w artykułach od 1040 do 1118, z czego niektóre dzielą się na dalsze sekcje. Księga Piąta jest w dużej mierze oparta na przepisach ustaw prawo małżeńskie ChRL z 10.09.1980 r., znowelizowanej 28.04.2001 r. i prawo adopcyjne ChRL z 29.12.1991 r. znowelizowanej 4.11.1998 r. i zawiera regulacje dotyczące między innymi:

- zasad ogólnych, w tym przedmiotu regulacji księgi, ochrony małżeństwa i rodziny przez państwo, pokrewieństwa (Rozdział I, art. 1040 - 1045);
- zawarcia małżeństwa (Rozdział II, art. 1046 - 1054);

---

[16] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej …, art. 463-988.

Ustawa prawo umów Chińskiej Republiki Ludowej z 15.03.1999 r. («中华人民共和国合同法», Contract Law of the People's Republic of China, Adopted at the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=6145&lib=law&SearchKeyword=contract%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].

17 Wei C., *2020 NPC Session: A Guide to China's Civil Code (Updated)…* .

[17] Oficjalna strona Rady Państwa ChRL w wersji anglojęzycznej*, Civil Code of the People's Republic of China*, http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html [dostęp 27.03.2021r.].

[18] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej …, art. 989-1039.

Ustawa Zasady Ogólne Prawa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej z 12.04.1986 r, znowelizowana 27.08.2009 r. («中华人民共和国民法通则», General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China, (Adopted at the fourth session of the sixth National People's Congress on April 12,1986; Amended in accordance with the Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending Some Laws adopted at the 10th session of the eleventh Standing Committee of the National People's Congress on August 27, 2009), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=18525&lib=law&SearchKeyword=civil%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].

- relacji domowych pomiędzy małżonkami, dziećmi a rodzicami oraz innymi krewnymi (Rozdział III, art. 1055 -1075);
- rozwodu (Rozdział IV, art. 1076 - 1092);
- adopcji (Rozdział V, art. 1093 - 1118)[19].

Księga Szósta Dziedziczenie podzielona jest na cztery rozdziały, ujęte łącznie w artykułach od 1119 do 1163. Przepisy Księgi Szóstej oparte są w większości na ustawie Prawie Dziedziczenia ChRL z 10.04.1985 r. i zawierają regulacje dotyczące między innymi:
- zasad ogólnych, w tym przedmiotu regulacji księgi, ochrony dziedziczenia przez państwo, podstawowych zasad dziedziczenia (Rozdział I, art. 1119 - 1125);
- dziedziczenia ustawowego (Rozdział II, art. 1126 - 1132);
- dziedziczenia testamentowego (Rozdział III art. 1133 - 1144)
- zarządu mieniem spadku (Rozdział IV, art. 1145 - 1163[20]).

Księga Siódma Odpowiedzialność Deliktowa podzielona jest na dziesięć rozdziałów, ujętych łącznie w artykułach od 1164 do 1258. Jak większość poprzednich ksiąg opartych na uchylonych ustawach, księga ta oparta jest na prawie deliktowym ChRL z 26.12.2009 r. i zawiera regulacje dotyczące między innymi:
- zasad ogólnych, w tym przedmiotu regulacji księgi (Rozdział I, art. 1164 - 1178);
- odszkodowania (Rozdział II, art. 1179 - 1187);
- domniemania odpowiedzialności (Rozdział III, art. 1188 - 1201);

---

[19] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej…, art. 1042-1118.

Ustawa prawo małżeńskie Chińskiej Republiki Ludowej z 10.09.1980 r, znowelizowana 28.04.2001 r. («中华人民共和国婚姻法», Marriage Law of the People's Republic of China (Adopted at the Third Session of the Fifth National People's Congress on September 10, 1980, and amended according to the Decision on Amending the marriage law of the People's Republic of China made at the 21st meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on April 28, 2001), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=1793&lib=law&SearchKeyword=marriage%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].

Ustawa prawo adopcyjne Chińskiej Republiki Ludowej z 29.12.1991 r. znowelizowana 4.11.1998 r.(«中华人民共和国收养法», Adoption Law of the People's Republic of China Adopted at the 23rd Meeting of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on December 29, 1991, amended in accordance with the Decision on Revising the adoption law of the People's Republic of China adopted at the 5th Meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on November 4, 1998 and promulgated by Order No. 10 of the President of the People's Republic of China as of the same date, http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=12687&lib=law&SearchKeyword=adoption%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].

[20] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej …, art. 1119-1163.

Ustawa prawo dziedziczenia Chińskiej Republiki Ludowej z 10.04.1985 r. («中华人民共和国继承法», Law of Succession of the People's Republic of China, Adopted at the Third Session of the Sixth National People's Congress on April 10, 1985), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=56&lib=law&SearchKeyword=law%20of%20succession&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].

- odpowiedzialności za produkt (Rozdział IV, art. 1202 - 1207);
- odpowiedzialności za zdarzenia z udziałem pojazdów silnikowych (Rozdział V, art. 1208 - 1217);
- odpowiedzialności za błędy w sztuce lekarskiej (Rozdział VI, art. 1218 - 1228);
- odpowiedzialności za zanieczyszczenie środowiska i szkody ekologiczne (Rozdział VII, art. 1229 - 1235);
- odpowiedzialności za zdarzenia związane z wysokim ryzykiem (Rozdział VIII, art. 1236-1244),
- odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta domowe (Rozdział IX, art. 1245-1251),
- odpowiedzialności za szkody wyrządzone przesz budynki i obiekty (Rozdział X, art. 1252-1258)[21].

Ostatnią częścią kodeksu cywilnego ChRL są Postanowienia Dodatkowe, składające się zaledwie z dwóch artykułów, mianowicie artykułu 1259 doprecyzowuje kilka pojęć związanych z miarą (np. „nie mniej niż", „więcej niż") oraz omawianego już wcześniej artykułu 1260[22].

Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej z 28.05.2020 r. jest pierwszą kodyfikacją prawa od momentu powstania ChRL w 1949 r., dlatego też oraz z uwagi na niedawną datę wejścia w życie, jego funkcjonowanie jest obecnie bacznie obserwowane. Można spodziewać się więc nowych publikacji literatury przedmiotu, a także nowych interpretacji Najwyższego Sądu Ludowego pomagających w rozumieniu przepisów oraz w stosowaniu prawa.

ABSTRAKT

Artykuł „Pierwszy Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej" opisuje krótką historię rund prac nad projektami kodeksu cywilnego od powstania Chińskiej Republiki Ludowej w 1949 r., cel implementacji, a także strukturę uchwalonego dnia 28 maja 2020 r. Kodeksu Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej wraz z zawartością jego siedmiu ksiąg: Księga Pierwsza Część

[21] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej …, art. 1164-1258.
Ustawa prawo deliktowe Chińskiej Republiki Ludowej z 26.12.2009 r. («中华人民共和国侵权责任法», Tort Law of the People's Republic of China, Adopted at the 12th session of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on December 26, 2009), http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=7846&lib=law&SearchKeyword=tort%20law&SearchCKeyword= [wersja anglojęzyczna, dostęp 27.03.2021 r.].
[22] Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej …, art. 1259-1260.

Ogólna, Księga Druga Prawa Własności, Księga Trzecia Umowy, Księga Czwarta Dobra Osobiste, Księga Piąta Małżeństwo i Rodzina, Księga Szósta Dziedziczenie, Księga Siódma Odpowiedzialność Deliktowa.

Słowa kluczowe: Chiny, Chińska Republika Ludowa, Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej, kodeks cywilny w Chinach, prawo cywilne w Chinach

Bibliografia

1. **Akty prawne:**

Konstytucja Chińskiej Republiki Ludowej z 4.12.1982 r., następnie nowelizowana (Constitution of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Fifth National People's Congress and promulgated by the Announcement of the National People's Congress on December 4, 1982; amended in accordance with the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the First Session of the Seventh National People's Congress on April 12, 1988, the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the First Session of the Eighth National People's Congress on March 29, 1993, the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999, the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the Second Session of the Tenth National People's Congress on March 14, 2004, and the *Amendment to the Constitution of the People's Republic of China* adopted at the First Session of the Thirteenth National People's Congress on March 11, 2018),, http://www.npc.gov.cn/englishnpc/constitution2019/201911/1f65146fb6104dd3a2793875d19b5b29.shtml

Ustawa prawo małżeńskie Chińskiej Republiki Ludowej z 10.09.1980 r, znowelizowana 28.04.2001 («中华人民共和国婚姻法», Marriage Law of the People's Republic of China (Adopted at the Third Session of the Fifth National People's Congress on September 10, 1980, and amended according to the Decision on Amending the marriage law of the People's Republic of China made at the 21st meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on April 28, 2001),

http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=1793&lib=law&SearchKeyword=marriage%2

0law&SearchCKeyword=

Ustawa prawo dziedziczenia Chińskiej Republiki Ludowej z 10.04.1985 r. («中华人民共和国继承法», Law of Succession of the People's Republic of China, Adopted at the Third Session of the Sixth National People's Congress on April 10, 1985),

http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=56&lib=law&SearchKeyword=law%20of%20succession&SearchCKeyword=

Ustawa Zasady Ogólne Prawa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej z 12.04.1986 r., znowelizowana 27.08.2009 r. («中华人民共和国民法通则», General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China , (Adopted at the fourth session of the sixth National People's Congress on April 12,1986; Amended in accordance with the Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending Some Laws adopted at the 10th session of the eleventh Standing Committee of the National People's Congress on August 27, 2009),

http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=18525&lib=law&SearchKeyword=civil%20law&SearchCKeyword=

Ustawa prawo adopcyjne Chińskiej Republiki Ludowej z 29.12.1991 r. znowelizowana 4.11.1998 r.(«中华人民共和国收养法», Adoption Law of the People's Republic of China Adopted at the 23rd Meeting of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on December 29, 1991, amended in accordance with the Decision on Revising the adoption law of the People's Republic of China adopted at the 5th Meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on November 4, 1998 and promulgated by Order No. 10 of the President of the People's Republic of China as of the same date, http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=12687&lib=law&SearchKeyword=adoption%20law&SearchCKeyword=

Ustawa prawo umów Chińskiej Republiki Ludowej z 15.03.1999 r. («中华人民共和国合同法», Contract Law of the People's Republic of China, Adopted at the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999),

http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=6145&lib=law&SearchKeyword=contract%20law&SearchCKeyword=

Ustawa prawo właśności Chińskiej Republiki Ludowej z 16.03.2007 r. («中华人民共和国物权法» Property law of the People's Republic of China, adopted at the 5th session of the Tenth National People's Congress on March 16, 2007, is promulgated for effect as of October 1, 2007),

http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=6642&lib=law&SearchKeyword=property%20law&SearchCKeyword=

Ustawa prawo deliktowe Chińskiej Republiki Ludowej z 26.12.2009 r. («中华人民共和国侵权责任法», Tort Law of the People's Republic of China, Adopted at the 12th session of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on December 26, 2009),

http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=7846&lib=law&SearchKeyword=tort%20law&SearchCKeyword=

Ustawa Ogólne Przepisy Prawa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej z 15.03.2017 r. («中华人民共和国民法总则» General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China, Adopted at the 5th Session of the Twelfth National People's Congress on March 15, 2017),
http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=23213&lib=law&SearchKeyword=civil%20law&SearchCKeyword=

Kodeks Cywilny Chińskiej Republiki Ludowej z 28.05.2020 r. («中华人民共和国民法典» Civil Code of the People's Republic of China, Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on May 28, 2020),

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202103/c487476d061844beb093bc3f22e729ae/files/4aaa35619b4c446dbc704f4376bfccd6.pdf
http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml

2. Literatura:

Bu Y., *Chinese Civil Law*, Munchen 2013.

Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden-Boston 2016.

Rowiński J., Jakóbiec W., *System konstytucyjny Chińskiej Republiki Ludowej*, Warszawa 2006.

3. Źródła internetowe:

https://npcobserve r.com/2020/05/21/2020-npc-session-a-guide-to-chinas-civil-code/

http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html

http://english.www.gov.cn/news/topnews/202005/22/content_WS5ec746cfc6d0b3f0e949844d.html

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202005/c65fbd2de4c54c0db9639ef41e99c290.shtml

http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-282451.html

Andrzej Demiańczuk
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0001-7842-7010

Myśl polityczna i prawna Gu Yanwu

Gu Yanwu`s political and legal thought

ABSTRACT

Gu Yanwu (1613-1682) was Confucian scholar living during the fall of Ming dynasty and rise of Qing dynasty. He devoted most of his life to study. He is often considered forerunner of later intellectual trends in Chinese intellectual life- Han learning and evidential learning (*kaozheng*). Statecraft was main, although by no means only, area of interest and research. He criticized contemporary system of government. He supported changes in local administration as well as in taxation system and recruitment of officials. The purpose of this article is to present and analyse Gu Yanwu`s political thought, to put it into proper context.

Keywords: Qing dynasty, China, confucianism

Gu Yanwu (1613-1682)[1] był wybitnym uczonym konfucjańskim działającym w XVII wieku. Bywa on przedstawiany, obok Huanga Zongxi (1610-1695) jako jeden z „dwóch wybitnych, reformatorsko nastawionych konfucjanistów tej epoki”[2]. Często uznaje się go za prekursora *kaozheng* (nauki opartej na dowodach), odgrywającej istotną rolę w życiu intelektualnym Chin w czasach dynastii Qing, zwłaszcza w badaniach nad tekstami klasycznymi[3]. Do najważniejszych dzieł Gu należą *Zapiski wiedzy zdobywanej codziennie* (*Rizhi lu*), *Pięć traktatów o fonologii* (*Yinxue wushu)* oraz *Zebrane wiersze i eseje* (*Shiwenji*)[4]. Dzieła Gu wyróżniają się wysoką erudycją i stanowią rezultat wieloletnich, skrupulatnych

[1] W całym artykule konsekwentnie stosowana jest transkrypcja *pinyin*.
[2] J. Tiwald, B.W. Van Norden (red.), *Readings in Later Chinese Philosophy. Han dynasty to 20th Century*, Indianapolis 2014, s. 313.
[3] Q. G. Priest, *Portraying Central Government Institutions: Historiography and Intellectual Accomodation in the High Ch`ing*, „”Late Imperial China” 1986, t. 7 nr 1, s. 37.
[4] Gu Yanwu, tł. i red. Ian Johnston, *Records of Daily Knowledge and Collected Poems and Essays. Selections*, wersja ebook, New York i Chichester 2017, s. 21.

badań. Najistotniejsze znaczenie, jeśli idzie o myśl polityczną Gu Yanwu mają *Zapiski* oraz niektóre eseje zawarte w *Shiwenji*, chociaż, jak dowodzi w swoim artykule Thomas Bartlett, nawet jego dzieła fonologiczne są z nią silnie związane[5]. Celem tego artykułu jest przedstawienie najważniejszych aspektów myśli politycznej Gu Yanwu, poddanie jej analizie i umieszczenie w szerszym kontekście rozwoju chińskiej myśli politycznej i prawnej oraz życia intelektualnego ówczesnych Chin. Z tego względu barwny życiorys konfucjańskiego uczonego oraz jego dorobek intelektualny dotyczący aspektów innych niż myśl polityczna zostaną przedstawione jedynie pobieżnie.

I. Życie uczonego konfucjańskiego w czasach kryzysu

Gu Yanwu urodził się jako Gu Jiang w Qiandun w powiecie (*xian)* Kunshan w prowincji Jiangnan[6]. Był drugim synem w rodzinie o silnych tradycjach urzędniczych[7]. Został adoptowany jako dziedzic stryja Gu Shaofeia, którego jedyny syn Gu Tongji zmarł bezpotomnie8. Jego przybraną matką została narzeczona zmarłego nazwiskiem Wang. Cieszyła się reputacją szlachetnej wdowy, ponieważ po śmierci swego narzeczonego dołączyła do rodziny swoich teściów, gorliwe ich wspierała i obchodziła żałobę po śmierci ich syna jak po zmarłym mężu. Jednocześnie Wang wykazywała zainteresowania dziełami historycznymi. W 1636 jej postawa została oficjalnie wyróżniona przez dwór cesarski[9]. Wang, a także Gu Shaofei wywarli istotny wpływ na Gu. Dzięki nim odebrał on staranne wykształcenie. Shaofei zalecił mu czytanie oryginalnych wersji dzieł historycznych zamiast popularnych streszczeń, wskazywał również na niedostatki mające charakteryzować współczesną naukę i wpoił mu sceptycyzm wobec systemu egzaminacyjnego[10]. W 1626 Gu uzyskał stopień *shengyuan* (studenta rządowego)*[11]*. W latach trzydziestych wstąpił do Fushe (Stowarzyszenia na Rzecz odrodzenia Starożytności)[12]. W młodości Gu Yanwu miał według własnej relacji interesować się przede wszystkim badaniami nad Pięcioksięgiem i nauką z czasów Song, pomimo tego, że Shaofei napominał go, by poświęcił się raczej zgłębianiu historii instytucji, strategii

[5] T. Bartlett, *Phonology as Statecraft in Gu Yanwu`s Thought*, [w:] *The Scholar`s Mind. Essays in Honor of Frederick W. Mote*, Perry Link (red.), Hong Kong 2009, s. 181.
[6] W. J. Peterson, *The Life of Ku Yen-wu* (1613-1682), „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1968, t. 28, s. 122.
[7] *Ibidem*, s. 117-120.
[8] Gu, *op. cit*., s. 23.
[9] Peterson, *The Life of Ku Yen-wu* (1613-1682), „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1968, t. 28, s. 120-122.
[10] *Ibidem*, s. 124-126.
[11] *Ibidem*, s. 125-126.
[12] *Ibidem*, s. 126-127.

wojskowej, agronomii, geografii czy astronomii[13]. W 1639 po kolejnej porażce w egzaminach Gu Yanwu zmienił swoje nastawienie i zaczął zajmować się nauką praktyczną[14].

Niezwykle istotny wpływ na dalsze życie Gu wywarł upadek dynastii Ming. W 1644 Pekin został zdobyty przez buntowników, ostatni cesarz Ming popełnił samobójstwo, a kraj najechali Mandżurowie[15]. Rok później jego rodzinny Kushan wpadł w ręce Mandżurów. W tym samym roku jego przybrana matka zagłodziła się na śmierć w akcie protestu przeciwko obcej inwazji [16] Był to również czas w którym ukazały się niektóre z najważniejszych esejów Gu, a on sam zmienił swoje imię na Yanwu[17]. W 1648 rozpoczął pierwszą ze swoich wędrówek. W celu bezpiecznego przemieszczania się po terenach kontrolowanych przez siły mandżurskiej dynastii Qing Gu musiał dostosować się do nakazu ścięcia włosów[18]. W 1655, na skutek serii wydarzeń związanych z konfliktem z wpływową rodziną Ye, Gu został skazany na roboty przymusowe, ale dzięki wstawiennictwu przyjaciół dość szybko odzyskał wolność[19]. Niedługo później wyszedł cało z ataku płatnego zabójcy wynajętego przez rodzinę Ye[20]. W 1657 zdawszy sobie sprawę z tego, że konflikt z rodziną Ye najprawdopodobniej nie skończy się korzystnym dla niego rezultatem, Gu rozpoczął okres podróży[21]. Dwóch przyjaciół Gu znalazło się wśród 70 uczonych konfucjańskich straconych w 1663 w północnym Zhejiangu w związku z ich zaangażowaniem w pracę nad nieoficjalną historią panowania dynastii Ming. On sam otrzymał zaproszenie do uczestnictwa w tym projekcie, na które udzielił odpowiedzi odmownej przede wszystkim z powodu swoich wątpliwości dotyczących merytorycznego przygotowania uczestników tego przedsięwzięcia[22]. Sytuacja Gu skomplikowała się ponownie, gdy w 1668 w czasie procesu przeciwko uczonym oskarżonym o autorstwo publikacji wymierzonych przeciwko mandżurskiej dynastii Qing znalazł się w więzieniu. Jednak już po pół roku odzyskał wolność[23]. Większość ostatnich lat życia Gu Yanwu spędził w Huayin w Shaanxi, który uważał za miejsce zbliżone do swojego ideału społeczności lokalnej[24]. Zmarł w 1682 na skutek powikłań po upadku z konia w trakcie podróży[25].

---

[13] *Ibidem*, s. 129-130.
[14] *Ibidem*, s. 131.
[15] *Ibidem*, s. 133.
[16] Gu, *op*. *cit*., s. 260.
[17] Co znaczy „wojowniczy", *ibidem*.
[18] *Ibidem*, s. 261.
[19] *Ibidem*.
[20] *Ibidem*.
[21] *Ibidem,* s. 261-262.
[22] Peterson, *The Life of Ku Yen-wu (1613-1682*), „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1969, t. 29, s. 226-227.
[23] Gu, *op*. *cit*., s. 263.
[24] W. Ku, *The political theories of Ku Yen-wu and the Manchu Conquest*, praca doktorska obroniona w 1983 na University of British Columbia, s. 262-263.
[25] W. J. Peterson, *The Life of Ku Yen-wu*"„Harvard Journal of Asiatic Studies" 1969, t. 30, s. 245-246.

II. Gu Yanwu wobec głównych nurtów myśli konfucjańskiej

Gu Yanwu był niezaprzeczalnie bardzo surowym krytykiem szkoły serca-umysłu Wang Yangminga. Według Gu Yanwu uczeni ją reprezentujący uciekali od rzeczywistych problemów swoich czasów, zaś samego jej założyciela zestawił z dwoma innymi kontrowersyjnymi postaciami w dziejach doktryny konfucjańskiej- Wang Yanem (256-311) oraz Wang Anshi (1021-1086)[26]. Chociaż Gu Yanwu przedstawiany jest niekiedy jako bezkompromisowy krytyk konfucjanizmu okresu Song[27], to jednak jego stosunek do ortodoksyjnego neokonfucjanizmu Zhu Xi, w przeciwieństwie od wspomnianej jednoznacznej krytyki szkoły Wang Yangminga, jest mniej oczywisty. Gu napisał książkę, w której zdecydowanie bronił nauki Zhu Xi, przedstawiając ją jako jedyną prawdziwą formę konfucjanizmu[28], a w 1679 zaangażował się również w budowę kaplicy i akademii w celu upamiętnienia jego wizyty[29]. W istocie Ku Wen-ying przedstawia nawet Gu jako zasadniczo zwolennika neokonfucjańskiej doktryny Zhu Xi, wskazując - obok wspomnianych już kwestii odbudowy kaplicy i potępienia szkoły serca-umysłu - na podkreślanie przez niego znaczenia nauki[30]. Wreszcie będące arcydziełem Gu *Zapiski wiedzy zdobywanej codziennie* wywarły wpływ na kształtowanie się najważniejszych nurtów intelektualnych w czasach dynastii Qing - nauki opartej o dowody (*kaozheng*) oraz nauki Han (*Hanxue*)[31].

III. Badawcze i literackie zainteresowania Gu Yanwu

Tematem artykułu jest myśl polityczna Gu Yanwu, trzeba jednak zaznaczyć, że chociaż niezwykle istotna, nie była ona w żadnym razie jedynym obszarem działalności literackiej oraz naukowej tego uczonego. Ponadto wydaje się, że nie należy jej rozpatrywać w oderwaniu od całości jego dorobku. Oprócz badań nad szeroko rozumianą sztuką rządzenia oraz zgłębiania klasycznych pism konfucjańskich do najważniejszych obszarów zainteresowania Gu Yanwu należała fonologia. W istocie przez dużą część okresu Qing, kiedy to władze sprzeciwiały się publikacji dzieł poświęconych sztuce rządzenia, to właśnie dziełom z zakresu fonologii zawdzięczał on w znacznym stopniu swoją sławę[32]. Gu Yanwu dążył do odtworzenia oraz

[26] Pan Jen-tai, *Liu Zongzhou`s Criticism of Wang Yangming`s Followers and his Scheme for Moral Reformation*, „Ming Studies" 2010, nr 61, s. 38.
[27] Yao Xizhong, tł. Justyn Hunia, *Konfucjanizm. Wprowadzenie*, Kraków 2009, s. 247.
[28] Ku, *op. cit*., s. 145.
[29] W. J. Peterson, *The life of Ku Yen-wu (1613-1682),* „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1969, t. 29, s. 216.
[30] Ku, *op. cit*., s. 303-304.
[31] Gu, *op. cit*., s. 21.
[32] Bartlett*, op. cit*., s. 185.

rozpropagowania dawnej wymowy[33]. Pozwoliłoby to przezwyciężyć negatywny wpływ wielości dialektów na klarowną komunikację ustną, zarówno pomiędzy samymi uczonymi konfucjańskimi jak również w ich relacjach z ludem[34]. Thomas Bartlett twierdzi, że kwestie fonologii oraz sztuki rządzenia są w przypadku Gu Yanwu silnie ze sobą związane, ponieważ zakorzenione są w tych samych wartościach i miały służyć temu samemu celowi[35]. Jako przykład innego aspektu dorobku Gu Yanwu można wskazać chociażby zawarte w *Zapiskach wiedzy zdobywanej codziennie* pięć esejów, których tematem są przemiany dotyczące obyczajów od czasów późnej dynastii Zhou po dynastię Song[36]. Na wyraźną pochwałę Gu zasłużyły sobie okres panowanie pierwszych trzech cesarzy Wschodniej dynastii Han oraz okres 1041-1086 w czasach dynastii Song[37]. Ponadto Gu Yanwu pisał również wiersze. Według Thomasa Bartletta miały być porównywane do wierszy słynnego poety Du Fu[38], chociaż Ian Johnston we wstępie poprzedzającym przekład wybranych wierszy stwierdza, że Gu nie był słynny jako poeta i nie przywiązywał do swoich wierszy dużej wagi[39].

IV. Myśl polityczna Gu Yanwu

Gu Yanwu podzielał wyrażony w *Księdze Mencjusza* pogląd, zgodnie z którym władca powinien mieć na względzie dobro ludu i nie dążyć do wzbogacenia się jego kosztem[40]. Jak zostanie ukazane w dalszej części artykułu, myśl polityczną Gu cechuje głębokie zainteresowanie rozwiązaniami historycznymi oraz surowa krytyka zastanej rzeczywistości. Według niego kluczem do dobrych rządów jest liczna, dobrze funkcjonują administracja na najniższym szczeblu oraz niewielka liczba urzędników na szczeblu centralnym[41]. Gu Yanwu darzył dużym szacunkiem postać założyciela dynastii Ming Zhu Yuanzhanga którego chwalił za działania mające na celu wzmocnienie władz lokalnych połączone z wrogością wobec patologicznych postaw wśród lokalnych elit[42]. Istotny wpływ na myśl polityczną Gu Yanwu wywarli również tacy wcześniejsi myśliciele, jak Liu Zongyuan z czasów dynastii Tang[43] oraz Ye Shi i Chen Liang działający w czasach dynastii Song[44].

---

[33] *Ibidem*, s. 194-196.
[34] *Ibidem*, s. 197-198.
[35] *Ibidem*, s. 195.
[36] Gu, *op. cit.*, s. 115.
[37] *Ibidem*, s. 116-117.
[38] Bartlett, *op. cit.*, s. 184.
[39] Gu, *op. cit.*, s. 245-246.
[40] *Ibidem,* s. 87.
[41] *Ibidem*, s. 96.
[42] Delury, *op. cit.*, s. 10-12.
[43] *Ibidem*, s. 7.
[44] *Ibidem*, s. 17.

IV.1. Krytyka postaw uczonych konfucjańskich

Gu Yanwu bywał niekiedy bardzo krytyczny wobec elit swoich czasów. W istocie uważał, że posiadacze niższych stopni zamieszkujących na wsi wywierają negatywny wpływ na społeczności, w których mieszkają. Jak napisał w swoich notatkach sporządzonych w trakcie prac nad *Zapiskami wiedzy zdobywanej codziennie*, „W wioskach, w których nie ma posiadaczy najniższych stopni, ludzie cieszą się spokojem”[45]. Za szczególny problem uważał liczbę oraz postawę *shengyuan*. Ze statusem *shengyuan* wiązały się przywileje, w tym zwolnienie z podatków od ziemi poniżej obszaru 50 *mu*, zwolnienie całej rodziny z obowiązku świadczenia przymusowej pracy na rzecz państwa oraz prawo do noszenia specjalnego stroju[46]. Ponadto nie stosowano wobec nich kary chłosty[47]. Co więcej, o ile liczba posiadaczy wyższych stopni egzaminacyjnych była ograniczona, o tyle w czasach dynastii Ming nie starano się zapobiegać stałemu wzrostowi liczby *shengyuan,* która u schyłku jej panowania mogła wynosić według szacunków Williama Atwella nawet ok. 600 tysięcy[48]. Gu Yanwu wskazywał na to, że wielu *shengyuan* (w jego ocenie 70%) nie stara się w istocie nawet o uzyskanie wyższych stopni, a jedynie o utrzymanie statusu *shengyuan* oraz wiążących się z nim korzyści[49]. W jego ocenie istotnym problemem była również powszechna korupcja wśród urzędników[50]. Gu Yanwu z dezaprobatą odnosił się ponadto do obserwowanego przez siebie zjawiska, jakim było oddawanie się przez emerytowanych urzędników praktykom buddyjskim (przede wszystkim w prowincjach południowych) oraz taoistycznym (głównie w prowincjach północnych)[51]. Jego zdaniem, powinni się oni poświęcać raczej działalności naukowej oraz praktykowaniu cnót konfucjańskich[52].

IV.2. Krytyka systemu egzaminacyjnego

System egzaminów do służby cywilnej, odgrywający fundamentalną rolę w ostatnim tysiącleciu rządów cesarskich, należy do najbardziej charakterystycznych i najważniejszych instytucji w historii Chin. Zapoczątkowany został w czasie krótkiego panowania dynastii Sui, po jej upadku został zachowany przez panującą po niej dynastię Tang[53]. Jego pojawienie się

[45] *Ibidem*, s. 4.
[46] Ku, *op. cit*., s. s. 176.
[47] Gu, *op. cit*., s. 210.
[48] Ku, *op. cit*., s. 194-195.
[49] Gu, *op. cit*., s. 210.
[50] Delury, *op. cit*., s. 4.
[51] Gu, *op. cit*., s. 135-136.
[52] *Ibidem*, s. 135-136.
[53] Dennis Twitchett, *Introduction*, [w:] Twitchett Dennis (red.), *Cambridge History of China volume 3 Sui and T`ang China, 589-906, Part 1*, Cambridge 2007, s.

bywało w przeszłości utożsamiane ze stopniowym zastąpieniem w tym okresie arystokracji przez biurokrację i wzmocnieniem władzy cesarskiej, jednak obecnie powszechnie uznaje się, że taka interpretacja wyolbrzymia znaczenie, jakie w tamtym okresie odgrywał system egzaminacyjny i nie zwraca uwagi, na dominującą rolę jaką odgrywali w nim arystokraci[54]. Znaczenie urzędników wyłonionych w rezultacie egzaminów wzrosło w czasie panowania cesarzowej Wu. Nawet wówczas przeważali wśród nich jednak przedstawiciele arystokracji[55]. System zyskał na znaczeniu w czasach dynastii Song[56], chociaż kwestia wpływu egzaminów w tym okresie na mobilność społeczną jest przedmiotem sporów historyków[57]. W czasach Ming dopuszczono do uczestnictwa w egzaminach kandydatów pochodzących z rodzin kupieckich oraz rzemieślniczych[58].

Krytykowane przez Gu egzaminy odbywały się co trzy lata w dwóch etapach, na szczeblu prowincji oraz całego kraju[59]. Uprawnionych do uczestnictwa w egzaminach prowincjonalnych wskazywali intendenci spośród najzdolniejszych potencjalnych kandydatów w danej prefekturze[60]. W 1425 wprowadzono formalne ograniczenia liczby kandydatów, którzy mogli uzyskać pozytywny rezultat w danej prowincji[61]. Egzaminy odbywały się w trzech sesjach, uczestnicy w ich trakcie znajdowali się osobnych kabinach, pilnowani przez żołnierzy. Prace były kodowane oraz przepisywane, tak by autorstwo nie mogło być ustalone na podstawie stylu pisma[62]. Od końca XV wieku niezbędna do sukcesu na egzaminie stała się umiejętność pisania tzw. ośmionogich esejów[63] .

Gu Yanwu poddał ten system egzaminacyjny druzgocącej krytyce. Oparł ją nie tylko na obserwacji jego funkcjonowania w praktyce, ale również na analizie historycznej ewolucji tej instytucji. W *Zapiskach wiedzy zdobywanej codziennie* Gu opisuje zmiany zachodzące w systemie egzaminacyjnym na przestrzeni wieków[64]. Według Gu formuła egzaminów faworyzowała młodych ludzi, uczących się na pamięć modelowych esejów kosztem

[54] *Ibidem*, s. 9-11.
[55] *Ibidem*, s. 14-15.
[56] Zhao Dingxin, *The Confucian-Legalist State. A New Theory of Chinese History*, Nowy Jork 2015, s. 334.
[57] Dobre wprowadzenie do tego niezwykle interesującego, ale kontrowersyjnego tematu stanowi artykuł recenzyjny Patricii Ebrey. Zob. P. Ebrey, *The Dynamics of Elite Domination in Sung China*, „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1988, t. 48 nr 2, s. 493-498 i 506-512.
[58] C. O. Hucker, *Ming government* , [w:] Dennis Twitchett, Frederick W. Mote (red.), *Cambridge History of China Vol 8 The Ming Dynasty, 1368-1644, Part 2*, Cambridge 1998, s. 36.
[59] *Ibidem*, s. 36-37.
[60] *Ibidem,* s. 36.
[61] Kwoty te bywały później modyfikowane. *Ibidem*, s. 37.
[62] *Ibidem*, s. 36-37.
[63] *Ibidem*, s. 40-41.
[64] *Ibidem*, s. 42, Gu, *op. cit*., 146-152.

prawdziwych uczonych[65]. Gu, podobnie jak inni uczeni żyjący w tych czasach, dostrzegał również, że egzaminy ze względu na swoją formę i znaczenie wprowadzają ducha bezwzględnej rywalizacji pomiędzy uczonymi konfucjańskimi[66]. Ponadto przyczyniają się do tego, że młodzi uczeni koncentrują się na przygotowywaniu do egzaminów - do czego zresztą mieli być zachęcani przez swoich nauczycieli i ojców - zamiast zajmować się przede wszystkim prawdziwą nauką [67]. W istocie obecny system miał być według Gu gorszy od komponowania wierszy w ramach egzaminu w czasach dynastii Tang i Song, ponieważ chociaż niepraktyczne, w większym stopniu niż eseje egzaminacyjne utrudniało sukces kandydatom nie posiadającym znacznego zasobu wiedzy[68].

Postulowana przez Gu reforma sposobu, w jaki mieli być wyłaniani urzędnicy nie zakładała mimo wszystko całkowitej likwidacji egzaminów czy *shengyuan,* a jedynie zmodyfikowanie formuły egzaminów, drastyczne zmniejszenie liczy *shengyuan* oraz wprowadzenie systemu rekomendacji jako alternatywy wobec systemu egzaminacyjnego[69].

Gu postulował szereg zmian dotyczących formy oraz treści egzaminów. Uważał, że pytania powinny wymagać ogólnej znajomości całego Czteroksięgu i Pięcioksięgu tak, by uniemożliwić sukces kandydatom polegającym na bezmyślnym zapamiętywaniu tekstu[70]. Ogółem egzaminy powinny być jego zdaniem trudniejsze i przeprowadzone w sposób rygorystyczny, by zniechęcać nieprzygotowanych kandydatów od uczestnictwa[71]. Kandydaci powinni móc pisać eseje w wybranym przez siebie stylu[72]. Ponadto egzaminy powinny testować również znajomość historii[73].

Gu Yanwu dostrzegał jednocześnie konieczność różnych metod doboru urzędników[74]. Dodatkowo system egzaminacyjny miał być uzupełniany systemem rekomendacji[75]. Co dwa lata z każdego powiatu przedstawiano by jednego kandydata, który byłby testowany przez Ministerstwo Personelu[76]. Ku Wei-ying zauważa, że z konfucjańskiego punktu widzenia system rekomendacji mógł się wydawać lepszy od egzaminacyjnego również z tego powodu, że w systemie rekomendacji to cesarz prosi o pomoc w sprawowaniu rządów, polegającą

[65] Ku, *op. cit*., s. 178.
[66] *Ibidem*, s. 181.
[67] *Ibidem*, s. 184-185.
[68] *Ibidem*, s. 185.
[69] Ku, *op. cit*., s. 226-227.
[70] *Ibidem*, s. 198.
[71] *Ibidem*, s. 188.
[72] *Ibidem*, s. 198-199.
[73] *Ibidem*, s. 199.
[74] *Ibidem*, s. 201.
[75] *Ibidem*.
[76] *Ibidem*, s. 149.

na przedstawieniu godnych kandydatów, a w systemie egzaminacyjnym to uczeni zabiegają o względy monarchy[77]. Dodatkowo Gu wskazywał na potencjalne zalety włączenia personelu *yamenu* do służby cywilnej, przy jednoczesnym obniżeniu jego liczebności do niezbędnego minimum[78].

Oprócz tego Gu Yanwu podkreślał znaczenie bezinteresownej krytyki (*qing yi*), która miała przeciwdziałać rekomendowaniu na odpowiedzialne stanowiska osób niegodnych. Branie pod uwagę reputacji, jaką potencjalni urzędnicy cieszą się w swoich miejscach zamieszkania, również wśród prostych ludzi, miało się przyczyniać w jego ocenie do zapewnienia ładu. Przywołuje on przy tym szereg historycznych przykładów[79]. Według Gu, publiczna krytyka pozwala na zapobieżenie katastrofie przynajmniej przez pewien czas nawet tam, gdzie obyczaje bardzo podupadły[80].

IV.3. Plan reformy administracji

W jednym z najważniejszych esejów zawartym w *Shiwiji* Gu Yanwu poddaje analizie i porównuje ze sobą systemy *fengjian* (system feudalny, mający cechować czasy starożytne, opisywany w klasycznych tekstach konfucjańskich) i *junxian* (scentralizowane cesarstwo istniejące od czasów dynastii Qin)[81]. Wskazuje, że tak jak pierwszy ustąpił drugiemu, tak i drugi prędzej czy później zostanie porzucony. Jednocześnie wyklucza możliwość przywrócenia wcześniejszego systemu *fengjian*. Wskazuje, że przyczyną jego upadku były jego słabości, które uwidoczniły się wraz z podupadaniem władzy dynastii Zhou. Podkreślił przy tym, że rozkład systemu *fengjian* był zjawiskiem stopniowym, rozciągniętym w czasie[82].

To, że Gu Yanwu dostrzegał wady dawnego systemu *fengjian* i uznawał jego upadek za nieunikniony, nie znaczyło wcale, że pochwalał system istniejący w jego czasach. Wręcz przeciwnie, w jego ocenie współcześni władcy traktują wszystko niczym swoją własność, próbują kontrolować wszystko i nie ufają nikomu[83]. Działalność urzędników mających sprawować nadzór nad prefektami i sędziów ma co prawda w założeniu na celu ochronę ludu przed ich nadużyciami, ale prowadzi do tego, że starają się oni przede wszystkim unikać problemów. Przyczynia się to do osłabienia państwa oraz do zubożenia ludu[84].

---

[77] *Ibidem*, s. 201.
[78] *Ibidem*, s. 209-210.
[79] Gu, *op. cit*., s. 123-125.
[80] *Ibidem*, s. 125-126.
[81] *Ibidem*, s. 194-195.
[82] *Ibidem*, s. 195.
[83] *Ibidem*.
[84] *Ibidem*, s. 195-196.

Rozwiązania problemu Gu Yanwu upatruje we wzmocnieniu pozycji sędziego (*zhixian*)[85] stojącego na czele powiatu. Opisał szereg zmian, których wprowadzenia miało doprowadzić do osiągnięcia tego rezultatu. Pierwszą było podniesie rangi urzędniczej sędziego z siódmej do piątej oraz zmiana nazwy stanowiska na *xianling* („naczelnik powiatu")[86]. Kolejną miała być zmiana sposobu wyłaniania urzędników piastujących to stanowisko. Mieli oni pochodzić z obszarów w promieniu tysiąca *li*[87] od miejsca, w którym mieli pełnić urząd. Gu uważał, że dzięki temu będą to ludzie dobrze znający lokalne zwyczaje[88]. Przez pierwsze trzy lata, stanowiące okres próbny, urzędnicy ci nazywani byliby *shiling*. Po trzech latach dobrej służby awansowaliby na stanowisko *zhenling,* a po kolejnych trzech stawaliby się pełnoprawnymi *xianling*. Po trzech latach dobrej służby na tym stanowisku otrzymywaliby oni list pochwalny od cesarza. Kolejne trzy lata miały być nagradzane dożywotnim powierzeniem stanowiska, a także podniesieniem urzędniczej rangi oraz wysokości wynagrodzenia[89]. Dodatkowo Gu postulował, by urzędnicy ustępujący ze stanowiska ze względu na zły stan zdrowia lub podeszły wiek mogli rekomendować na swoje miejsce syna lub młodszego brata, a w sytuacji, gdy nie jest to możliwe, inną wskazaną przez siebie osobę[90]. Byli urzędnicy, których wiek lub stan zdrowia zmusił do ustąpienia ze stanowiska, powinni mieszkać w powiecie, w którym sprawowali urząd i do końca życia otrzymywać wynagrodzenie od państwa[91].

Obok proponowanej przez siebie zmiany w charakterze kluczowego stanowiska, Gu postuluje daleko idącą reorganizację administracji terenowej. Najbardziej rewolucyjny charakter miała zalecana przez niego całkowita likwidacja administracji prowincjonalnej[92]. Gu nie przewidywał w swojej koncepcji administracji terytorialnej powyżej poziomu prefektury, którą miało tworzyć od trzech do sześciu powiatów[93]. W odróżnieniu od urzędników stojących na czele powiatów prefekci powinni być według Gu wymieniani co trzy lata, zaś podróżujący, sprawujący funkcje kontrolne cenzorzy, corocznie[94]. Gdy idzie

[85] Określenie sędzia jedynie w ograniczonym stopniu jest w stanie oddać charakter zadań urzędnika stojącego na czele powiatu, którego kompetencje obejmowały wiele innych zadań obok sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Znalezienie lepszego odpowiednika nie jest jednak łatwe; powszechnie stosowany w anglojęzycznej literaturze przedmiotu określenie „country/district magistrate" można przetłumaczyć na polski jako „sędzia pokoju", jednak nie miałoby to sensu w chińskim kontekście.
[86] *Ibidem*.
[87] 500 km.
[88] *Ibidem*, s. 196.
[89] *Ibidem*, s. 196-197.
[90] *Ibidem*.
[91] *Ibidem.*
[92] *Ibidem*, s. 197.
[93] *Ibidem.*
[94] *Ibidem*.

o dalsze udoskonalenie administracji Gu podkreśla znaczenie niższych urzędów, w tym rejestratorów, poczmistrzów czy naczelników spichlerzy, które powinny być w pełni obsadzone. Ci niżsi urzędnicy powinni być wskazywani przez samych *xianling* spośród mieszkańców powiatu i zgłaszani do Ministerstwa Personelu[95]. Według Gu urzędnicy, którzy dopuścili się przestępstw powinni, w zależności od ich powagi, zostać wygnani lub straceni. Za adekwatne formy kary śmierci uznawał ścięcie lub uduszenie[96].

Gu Yanwu odrzuca konwencjonalne argumenty przeciwko sprawowaniu urzędów w rodzinnych stronach. Twierdzi, że przekazywanie lokalnych urzędów w ramach rodziny może mieć pozytywne konsekwencje, ponieważ wzmacnia lojalność oraz zapał do obrony, ponieważ rodzina ma w takiej sytuacji więcej do stracenia w przypadku buntu lub wrogiego najazdu[97].

W kontekście wspomnianych wcześniej spostrzeżeń Gu na temat administracji lokalnej, warto również zwrócić uwagę na to, że z aprobatą odnosi się on do sposobu uregulowania w czasach panowania dynastii Han instytucji starszych (*san lao*), którzy byli wybierani spośród wyróżniających się moralnością mieszkańców w wieku powyżej 50 lat i do których obowiązków należało sprawowanie nadzoru nad edukacją w powiecie oraz doradzanie sędziemu i lokalnym urzędnikom wojskowym[98]. W tym okresie starsi otrzymywali oficjalny stopień w systemie administracyjnym oraz wynagrodzenie[99]. Co więcej, cesarz Wen nakazał im nauczać lud według własnego uznania, co miało skutkować tym, że rzeczywiście przyczyniali się oni do poprawy obyczajów[100]. Według Gu, o ile wśród starszych w tamtym okresie nie brakowało wybitnych uczonych, którzy cechowali się lojalnością i mogli służyć cenną radą, starsi w jego czasach unikają wykraczania poza ściśle interpretowany zakres swoich obowiązków i w istocie często są narzędziem w ręku krzywdzicieli ludu[101].

IV.4. Postulat reformy systemu podatkowego

Oprócz głębokiej reorganizacji administracji terenowej Gu Yanwu opowiadał się również za daleko idącą reformą podatkowego. Krytykował dążenie do oparcia podatków o srebro, ponieważ miało to w wielu przypadkach prowadzić do zubożenia ludności. Jako przykład wskazywał na niedolę mieszkańców prowincji Shandong, którzy ze względu na niską

[95] *Ibidem*.
[96] *Ibidem*.
[97] *Ibidem*, s. 198-199.
[98] Gu, *op. cit*., s. 94.
[99] *Ibidem*, s. 98-99.
[100] *Ibidem*, s. 100-101.
[101] *Ibidem*, s. 99.

cenę zboża nie byli w stanie zdobyć srebra potrzebnego do zapłaty podatku[102]. Problem ten stał się w czasach Gu szczególnie dotkliwy ze względu na niedobór srebra, szczególnie odczuwalny na terenach górskich a także w innych peryferyjnych regionach cesarstwa[103]. Gu postulował, by podatnicy mogli uiszczać podatek w wytwarzanych przez siebie produktach. Wskazywał przy tym na dawną praktykę, kiedy to podatki uiszczane były w postaci ziarna i tkanin[104]. Jednocześnie uznawał stosowanie srebra za adekwatne w regionach, gdzie istotną rolę odgrywało wydobycie srebra czy handel morski[105]. Od opisanej zasady przewidywał odstępstwa w przypadku rejonów trudnodostępnych, z których dostarczanie wytwarzanych lokalnie dóbr nastręczałoby nadmiernych trudności. W tym przypadku Gu opowiadał się za uregulowaniem zobowiązań podatkowych przez ich mieszkańców przy użyciu miedzianych monet[106]. Dodatkową zaletę proponowanego przez siebie rozwiązania Gu upatrywał w tym, że transporty srebra przyciągają uwagę bandytów w znacznie większym stopniu niż transporty ziarna lub miedzianych monet[107].

IV.5. Stosunek do mandżurskiej dynastii Qing

Ku Wei-ying w swojej pracy doktorskiej wykazał, że Gu Yanwu prezentował konsekwentną postawę antymandżurską i nigdy nie pogodził się z panowaniem dynastii Qing, chociaż z oczywistych względów nie mogło to znaleźć wyraźnego odzwierciedlenia w opublikowanych wersjach jego dzieł. Odrzuca przy tym twierdzenie Willarda J. Petersona o rzekomej milczącej akceptacji przez niego panowania Mandżurów po 1650[108]. Gu, jak sam wspomniał w liście adresowanym do innego wybitnego uczonego konfucjańskiego swojej epoki, jakim był Huang Zongxi, stosował autocenzurę, świadomie unikając pisania w swoich dziełach czegoś, co bezpośrednio godziłoby w nową dynastię[109]. Gu Yanwu żywił przekonanie, że panowanie dynastii Qing okaże się relatywnie krótkie, tak jak w przypadku mongolskiej dynastii Yuan, której rządy trwały mniej niż 100 lat[110]. Przykładem wrogości Gu wobec Mandżurów może być to, że wyraziwszy swój krytyczny stosunek wobec rządzącej w przeszłości na północy Chin dynastii Jin, dodał „współcześni Jin są jeszcze gorsi”[111]. W

[102] *Ibidem*, s. 203-204.
[103] *Ibidem*,
[104] *Ibidem*.
[105] *Ibidem*, 204-205.
[106] Bartlett, *op*. *cit*., s. 193.
[107] Gu, *op*. *cit*., s. 208-209.
[108] Ku, *op*. *cit*., s. 122.
[109] Bartlett, *op*. *cit*., s. 195.
[110] Ku, *op*. *cit*, s. 121-122.
[111] *Ibidem*, s. 124.

opinii Ku Wei-yinga przekonanie o potrzebie, o ile nie wręcz obowiązku, aktywnego udziału wszystkich Chińczyków w obronie kraju przed obcym najeźdźcą należy do najważniejszych aspektów dziedzictwa Gu[112].

V. Myśl prawna Gu Yanwu

Gu, pomimo swojego głębokiego zainteresowania praktycznymi aspektami administracji, wyraża głęboki sceptycyzm wobec użyteczności kar oraz regulacji prawnych w zapewnianiu ładu w państwie. Jako wzór wskazuje na króla Wen z dynastii Zhou, który zgodnie z przekazem zawartym w *Księdze dokumentów* nie znał się na kwestiach związanych z prawem i nie zajmował wieloma sprawami związanymi ze sprawowaniem rządów, a pomimo tego był dobrym władcą dzięki swemu właściwemu postępowaniu. Podczas gdy pierwszy cesarz z dynastii Qin, dążący do samodzielnego rozpatrzenia wszelkich spraw, przyczynił się do rychłego upadku ustanowionej przez siebie dynastii[113]. Jak celnie zauważa w swoim artykule John Delury, o ile dla Monteskiusza istotą despotyzmu były arbitralne rządy jednostki, tak dla Gu oraz podobnych do niego uczonych konfucjańskich rządy despotyczne miały się cechować nadmiernym poleganiem na regulacjach prawnych[114]. Nadmiernie szczegółowe i liczne przepisy, mające zwiększyć kontrolę władcy nad jego urzędnikami, są z tego punktu widzenia szkodliwe. Stanowią wyraz braku zaufania władcy do ministrów oraz dworu do administracji terytorialnej[115].

Dla Gu przepisy kodeksu nie istniały po to, by chronić poddanych i ich słuszne interesy przed arbitralnymi działaniami władzy, ale stanowiły środek, za pomocą którego wyższe szczeble administracji państwowej kontrolowały funkcjonowanie niższych[116]. Gu podziela stanowisko Ye Shi, zgodnie z którym nadmierna złożoność praw skutkuje tym, że są one wykorzystywane przez podstępnych ludzi dążących do realizacji własnych interesów[117]. Zbytnią aktywność legislacyjną zaliczał do najistotniejszych mankamentów systemu *junxian*[118]. Z drugiej strony Gu podkreśla konieczność elastyczności oraz zmienności prawa. Zdecydowanej krytyce poddaje kurczowe trzymanie się regulacji odziedziczonych po poprzednikach, których następcy nie mają odwagi zmienić, nawet gdy w sposób oczywisty nie przynoszą one dobrych rezultatów. Zdaniem Gu problem ten w czasach panowania dynastii

[112] *Ibidem,* s. 167.
[113] Gu*, op. cit.*, s. 100.
[114] Delury, *op. cit*., s. 12.
[115] *Ibidem*, s. 14.
[116] *Ibidem*, s. 20.
[117] Gu*, op. cit.*, s. 102-103
[118] *Ibidem*, s. 195.

Ming miał być szczególnie dotkliwy[119]. Pomimo tego cokolwiek sceptycznego stosunku do prawa Gu nie odmawia mu zupełnie przydatności. Przede wszystkim rozróżniania prawo w węższym znaczeniu, obejmującym głównie przepisy regulujące postępowanie urzędników z całokształtem instytucji, praw i systemów. O ile jego stosunek do tych pierwszych jest w zasadzie jednoznacznie negatywny[120], o tyle drugie mogą być według niego dobre i potrzebne[121]. Co istotne, Gu chętnie korzystał z dorobku takich uczonych jak Ye Shi oraz Chen Liang, których Delury- zdaniem autora tego artykułu z pewną przesadą- nazywa półlegistycznymii [122]. W *Zapiskach wiedzy zdobywanej codziennie* Gu wymienia jasne prawa, obok adekwatnie obsadzonych stanowisk urzędniczych, jako środek mający stanowić gwarancję spokoju w państwie[123]. Gu podkreślał również znaczenie możliwości skutecznego składania skarg przez ludność. Potępiał postawę lokalnych urzędników, zaniedbujących swoje obowiązki związane z przekazywaniem ich dalej[124]. Można powiedzieć, że stosunek Gu do prawa cechuje jednocześnie wyraźny sceptycyzm co do jego możliwości połączony z akceptacją jego nieodzowności. W *Zapiskach wiedzy zdobywanej codziennie* stwierdza on, że monarcha nie jest w stanie obyć się bez norm prawnych wprowadzających zakazy i nakładających obowiązki, ale nie są one w stanie zastąpić w dziele zaprowadzania ładu w państwie działań mających na celu poprawę obyczajów i moralności[125].

Gu poświęcił wąsko rozumianym kwestiom związanym z prawem w stosunkowo niewiele miejsca w porównaniu do tych dotyczących organizacji administracji terytorialnej czy polityki fiskalnej. Krytykuje nadmierne poleganie na prawie, a wiedzy na jego temat czy umiejętności posługiwania się nim nie uznaje za nieodzowną dla dobrego władcy. Z drugiej strony, na uwagę zasługuje sam fakt, że docenia jego przydatność i postuluje jego większą elastyczność zamiast bezwarunkowego trwania przy zastanych rozwiązaniach. Ponadto, zajmując się kwestiami związanymi z ustrojem administracji terytorialnej poświęca wiele uwagi nawet tak szczegółowym kwestiom jak nazwa danego stanowiska i związana z nim ranga. Podsumowując, można powiedzieć, że pomimo typowo konfucjańskiego sceptycyzmu

---

[119] *Ibidem*, s. 101-102.
[120] Gu przyznaje wprawdzie, że pozwalają one na to, by złoczyńców częściej spotykała zasłużona kara, ale prowadzą do nadużyć i zniechęcają do kariery urzędniczej ludzi prawdziwie zdolnych i szlachetnych. Delury, *op. cit*., s. 14.
[121] *Ibidem*, s. 16.
[122] *Ibidem*, s. 3
[123] *Ibidem*, s. 18-19.
[124] Q. Fang, *Hot Potatoes: Chinese Complaint System from Early Times to the Late Qing (1898)*, „The Journal of Asian Studies" 2009, t. 68 nr 4, s. 1121.
[125] Delury*, op. cit.,*, s. 13.

wobec skuteczności regulacji prawnych Gu dostrzegał istotną rolę prawa w funkcjonowaniu państwa.

VI. Wpływ i odbiór dorobku Gu Yanwu

Jak zasygnalizowano już we wstępie, dzieła Gu Yanwu znalazły uznanie wśród późniejszych autorów. W istocie był on znanym i poważanym uczonym już w momencie swojej śmierci[126]. Kompilatorzy *Czterech skarbców* (*Siku Quanshu*), wielkiego encyklopedycznego projektu z czasów panowania cesarza Qianlonga, wprost potępili naśladowców Gu Yanwu, dążących do reformy mowy i rzekomo stanowiących przez to zagrożenie dla ładu w państwie, ale on sam, jak również jego metody stanowiły, dla nich źródło inspiracji[127]. Gu oraz jego siostrzeńcy przyczynili się do rozwoju *kaozheng* w rejonie jego rodzinnego Kushanu[128]. Do dorobku Gu Yanwu odwoływał się wybitny XVIII-wieczny uczony i zasłużony gubernator prowincji Jiangxi, Chen Hongmou[129], chociaż William T. Rowe sugeruje, że poglądy Chena miały więcej wspólnego z ideami uczonych takich jak Lu Shiyi i Lu Longqi niż bohatera niniejszego artykułu[130]. Na uwagę zasługuje także znaczący wpływ myśli Gu Yanwu na XIX-wiecznych reformatorów, Zenga Guofanga[131] oraz Feng Guifena[132]. Wreszcie Gu był bardzo ceniony przez jednego z najważniejszych twórców wczesnego chińskiego nacjonalizmu oraz ideologii antymandżurskiej Zhang Binglina[133].

W 1909 u samego schyłku cesarstwa jego imię wraz imionami innych XVII-wiecznych uczonych i zwolenników dynastii Ming, Wanga Fuzhi i Huanga Zongxi, zostało uhonorowane w cesarskiej świątyni Konfucjusza[134].

Podsumowanie

Liang Qichao (1873-1929), jeden z najbardziej wpływowych chińskich intelektualistów przełomu XIX i XX wieku, pomimo swego negatywnego stosunku do całości dorobku intelektualnego okresu dynastii Ming, uznawał Gu Yanwu, obok postaci takich jak Wang Fuzhi (1619-1692), Liu Xianting (1648-1695), Yan Yuan (1635-1704) oraz Huang Zongxi za

---

[126] Ku, *op. cit.*, s. 272.
[127] A. Woodside, , *The Ch`ien-lung Reign*, [w:] Willard J. Peterson (red.), *Cambridge History of China vol. 9 Part One: The Ch`ing Empire to 1800*, Cambridge 2008, s. 287-288.
[128] B. Elman, *Ch`ing Dynasty „Schools" of Scholarship*, „C`ing-sih wen-t`i" 1981, t. 4 nr 6, s. 7-8.
[129] W. T. Rowe, *Ancestral Rites and Political Authority in Late Imperial China: Cheng Hongmou in Jiangxi*, „Modern China" 1998, t. 24 nr 4, s. 382-383.
[130] *Ibidem*, s. 402.
[131] Ku, *op. cit.*, s. 281-284.
[132] *Ibidem*, s. 281, 284-287.
[133] Gu, *op. cit.*, s. 53.
[134] *Ibidem*, s. 290.

prekursorów bardziej „postępowych" w jego ocenie nurtów rozwijających się w okresie Qing[135]. Wu Genyou wymienił Gu Yanwu wśród przedstawicieli myśli konfucjańskiej z czasów dynastii Ming i Qing, których dorobek uznał za wyraz dążenia do demokracji[136]. Pogląd taki należy uznać za trafny jedynie biorąc pod uwagę to, że Wu, jak sam wskazuje, pod pojęciem demokracji rozumie chińskie *minzhu*, oznaczające przeciwieństwo autorytaryzmu, w związku z czym jest skłonny określić mianem demokratycznego każdy przejaw sprzeciwu wobec niego, w tym na przykład postulat ograniczenia władzy cesarskiej[137]. Nawet w tej kwestii można powiedzieć, że idee Gu Yanwu są w tej kwestii zdecydowanie bardziej umiarkowane od chociażby postulatów współczesnego mu Huanga Zongxi, który przedstawił koncepcję wprowadzenia równowagi pomiędzy cesarzem a pierwszym ministrem i kwestionował prawo stanowione przez cesarzy od czasów dynastii Han[138]. Nie zmienia to faktu, że dorobkowi Gu Yanwu w dziedzinie myśli politycznej nie można odmówić oryginalności, ani tego, że wywarł on istotny wpływ na późniejsze życie intelektualne w Chinach.

Chociaż można mieć wątpliwości, czy jego pomysły reformatorskie rzeczywiście były praktyczne, to stanowiły one próbę odpowiedzi na głęboki kryzys, którego świadkiem był Gu Yanwu. Nie stanowiły przy tym wytworu wyłącznie wyobraźni, ale wieloletnich wnikliwych badań. Z tego względu Gu Yanwu można uznać za jednego z najwybitniejszych chińskich myślicieli politycznych tego okresu.

ABSTRAKT

Gu Yanwu (1613-1682) to uczony konfucjański żyjący w XVII wieku. Był świadkiem upadku dynastii Ming i początku panowania dynastii Qing. Często uznawany jest za prekursora tendencji odgrywających istotną rolę w życiu intelektualnym Chin w późniejszym okresie – nauki Han oraz nauki opartej na dowodach (*kaozheng*). Zagadnienia związane z rządzeniem państwem należały do najważniejszych obszarów jego zainteresowań. Gu popierał daleko idące zmiany w administracji lokalnej, systemie podatkowym oraz metodach rekrutacji urzędników. Celem tego artykułu jest przedstawienie i przeanalizowanie dorobku Gu Yanwu w tej

[135] L. Struve, *Modern`s China Liberal Muse: The Late Ming*, „Ming Studies" 2011, nr 63 s. 39.
[136] W. Genyou, *Striving for democracy. Confucian political philosophy in the Ming and Qing Dynasties*, [w:] *Confucianism for Changing World Cultural Order*, Roger T. Ames, Peter D. Hershock (red.), Honolulu 2018, s. 252-253.
[137] *Ibidem*, s. 252.
138 *Ibidem*, s. 256-257.

dziedzinie, umieszczenie go we właściwym kontekście oraz ukazanie jego znaczenie w historii chińskiej myśli politycznej.

Słowa kluczowe: dynastia Qing, Chiny, konfucjanizm

Bibliografia

Bartlett T., *Phonology as Statecraft in Gu Yanwu`s Thought*, [w:] *The Scholar`s Mind. Essays in Honor of Frederick W. Mote*, Perry Link (red.), Hong Kong 2009.

Delury J.., *Gu Yanwu`s Mixed Model and the Problem of Two Despotisms*, „Late Imperial China" 2013, t. 34 nr 1.

Ebrey P., *The Dynamics of Elite Domination in Sung China*, "Harvard Journal of Asiatic Studies" 1988, t. 48 nr 2.

Elman B. A*., Ch`ing Dynasty „Schools" of Scholarship*, „Ch`ing-shih wen-t`i" 1981, t. 4 nr 6.

Gu Yanwu, tł. i red. Ian Johnston, *Records of Daily Knowledge and Collected Poems and Essays. Selections*, wersja ebook, New York i Chichester 2017.

Hucker C. O., *Ming government*, [w:] Twitchett Dennis, Mote Frederick W. (red.), *Cambridge History of China vol. 8, The Ming Dynasty 1368-1644, Part Two*, Cambridge 1998.

Ku Wei-ying, *The political theories of Ku Yen-wu and the Manchu Conquest*, praca doktorska obroniona w 1983 na University of British Columbia.

Pan Jen-tai, *Liu Zongzhou`s Criticism of Wang Yangming`s Followers and his Scheme for Moral Reformation*, „Ming Studies" 2010, nr 61.

Peterson W. J., *The Life of Ku Yen-wu (1613-1682)*, „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1968, t. 28.

Peterson W. J., *The Life of Ku Yen-wu (1613-1682)*, „Harvard Journal of Asiatic Studies" 1969, t. 29.

Priest Q. T., *Portraying Central Government Institutions: Historiography and Intellectual Accomodation in the High Ch`ing*, „Late Imperial China" 1986, t.7 nr 1.

Rowe W. T., *Ancestral Rites and Political Authority in Late Imperial China: Cheng Hongmou in Jiangxi*, „Modern China" 1998, t. 24 nr 4.

Struve L., *Modern China`s Liberal Muse: The Late Ming*, „Ming Studies" 2011, nr 63.

Twitchett D., *Introduction*, [w:] Twitchett Dennis (red.), *Cambridge History of China volume 3 Sui and T`ang China, 589-906, Part 1*, Cambridge 2007.

Wu G., *Striving for Democracy: Confucian Political Philosophy in the Ming and Qing Dynasties,* [w:] Roger T. Ames, P. D. Hershock (red.*), Confucianism for a Changing World Order*, Honolulu 2018.

Woodside A.r, *The Ch`ien-lung Reign*, [w:] Willard J. Peterson (red.), *Cambridge History of China vol. 9 Part One: The Ch`ing Empire to 1800,* Cambridge 2008.

Qiang Fang, *Hot Potatoes: Chinese Complaint System from Early Times to the Late Qing (1898)*, „The Journal of Asian Studies" 2009, t. 68 nr 4

Yao Xizhong, tł. Hunia Justyn, *Konfucjanizm. Wprowadzenie*, Kraków 2009.

Zhao Dingxin, *The Confucian-Legalist State. A New Theory of Chinese History*, Nowy Jork 2015.

Krzysztof Fila
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0002-8386-1775

Specyfika japońskiego prawa karnego

The specifics of Japanese criminal law

ABSTRACT

The aim of the article is to familiarize the reader with the framework in which Japanese criminal law operates. If we compared only the textual value of the codification of both Far East and European, we would come to the conclusion of many apparent similarities, which were also emphasized in the pages of the statements. However, Japan's valid law is behind standards that also derive their origins from social, philosophical (Confucian) conditions, or political ones. The thesis to which the author attempts to verify is based on the assumption of the need to interpret normative texts with reference to an extended cultural context.

Keywords: Japan, criminal law, patricide, confucianism

1. Wstęp

Niechaj za wprowadzenie do problematyki japońskiego prawa karnego posłuży historia jednego przypadku, która stała się motorem napędowym pewnych zmian, niezwykle doniosłych dla japońskiego systemu prawnego. Mianowicie, na przełomie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych, późniejsza oskarżona została zgwałcona przez ojca po raz pierwszy w wieku lat czternastu. Od tego momentu była ona zmuszana do stałego współżycia seksualnego z ojcem, wobec czego - w wyniku pełnego zdominowania - nie protestowała. Z tegoż kazirodczego związku zostało zrodzonych pięcioro dzieci. Następnie wieku 29 lat późniejsza oskarżona zakochała się w mężczyźnie, którego zapragnęła poślubić. Gdy oznajmiła

swoje postanowienie pijanemu ojcu, ten próbując wyperswadować ów zamiar córce, dotkliwie ją znieważył. W konsekwencji córka zabiła ojca, dusząc go[1].

Oceniając zdarzenie, japońskie sądy karne stanęły przed dość istotnym dylematem, ponieważ japoński kodeks karny za przedstawiony wyżej czyn przewidywał wówczas jedynie karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę śmierci. Wobec tego, zagadnienie zostało przedstawione do rozstrzygnięcia w 1973 r. japońskiemu sądowi konstytucyjnemu – Wielkiemu Senatowi Trybunału Najwyższego[2]. Kazus ten w dalszym wywodzie służyć będzie za przykład ilustrujący stwierdzenie, iż japoński system prawny fasadowo podobny jest do europejskich systemów prawnych. Jest tak, ponieważ na przełomie XIX i XX wieku japońscy prawodawcy praktycznie - jedynie z drobnymi korektami - przejęli europejskie rozwiązania legislacyjne, recypując czy to najpierw rozwiązania francuskie, czy też później pruskie. Nie należy jednak chyba ulegać językowym pozorom, bowiem za japońskimi przepisami kryją się prawdopodobnie zupełnie inne normy, wynikające z odrębnego systemu wartości, który jest konsekwencją olbrzymich różnic kulturowych pomiędzy Europą a Dalekim Wschodem, co też będzie przedmiotem próby wykazanie poniżej[3]. Toteż te instytucje prawne, które na pierwszy rzut oka możemy ocenić jako podobne, w ramach poznania głębszego jawić się będą jako instytucje *sui generis*, skonstruowane na wartościach wywodzonych choćby z filozofii konfucjańskiej. Nie bez znaczenia będzie także rozróżnienie, które za J. Widackim można sprowadzić do dychotomii „kultury winy" (charakterystycznej dla krajów Zachodu) oraz „kultury wstydu" (charakteryzującej właśnie kraje Wschodu)[4].

Teza, która postawiona zostanie na wstępie, będzie opierać się o stwierdzenie, że pomimo pozornych podobieństw w warstwie leksykalnej, czy też w strukturze aktów prawnych, pewne rozwiązania wykazują swoją prawdziwą naturę dopiero wtedy, kiedy zostaną skojarzone z determinantami pozaprawnymi, takimi jak choćby tzw. prawna moralność społeczeństwa albo nawet społeczne poczucie sprawiedliwości.

W tym też duchu, opis stosowania japońskiego prawa karnego zostanie przeprowadzony w odniesieniu do powołanego przykładu typu czynu zabójstwa wstępnego, ale także

---

[1] K. Yamanaka, *Zabójstwo krewnego wstępnego w japońskim prawie karnym*, tłum. z przekładu niem. za J. Giezkiem, [w:] *Przestępstwo – kara - polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin profesora Tomasza Kaczmarka*, J. Giezek (red.), Katowice 2006, s. 688.
[2] Szerz. o japońskim ustroju sądownictwa wraz z zaproponowanym tłum.: K. Karolczak, *System konstytucyjny Japonii*, Warszawa 1999, s. 44 i n.
[3] Podobnie A. Kość, *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Lublin 2001, s. 40–47.
[4] Szerz.: J. Widacki, *Przestępczość i wymiar sprawiedliwości karnej w Japonii. Zarys problematyki*, Lublin 1990, s. 109 i n.

w odniesieniu do struktury ustawowego oraz sądowego wymiaru kary za przestępstwa podobne do tych, z którymi stykamy się w ramach europejskich porządków prawnokarnych.

2. Historia japońskiego prawa karnego

Na przełomie XIX i XX wieku japońscy prawodawcy praktycznie przejęli europejskie rozwiązania legislacyjne, jedynie z drobnymi korektami, wynikającymi z uwarunkowań przede wszystkich translatorskich. W pierwszej kolejności zostały recypowane rozwiązania francuskie. Owocem działań legislacyjnych stał się kodeks karny z 1880 roku, który oparty był na projekcie francuskiego eksperta Emile Gustave Émile Boissonade de Fontarabie z Uniwersytetu Paryskiego. Akt ten był poprzedzony wcześniejszymi tłumaczeniami francuskich uregulowań prawnokarnych, dokonanych przez Rinsho Mitsukuri po roku 1869, których owocem była akceptacja takich zasad, jak m.in. zakaz *vendetty*, czy też oddzielenie sądów od biura prokuratora[5]. Ustawa z 1880 roku wprowadzała do systemu prawnego główne założenia nowożytnych kodyfikacji, m.in. zasady *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* zasadę równości wobec prawa (stanowiącej wówczas swoiste *novum* w silnie zhierarchizowanym japońskim społeczeństwie[6]), a także założenie o indywidualizacji zawinienia[7]. Istniały też czyny mniejszej wagi, które stanowiły odpowiednik wykroczeń, jednakże formalnie zawartych w tym samym akcie, w którym zawarte były zasady penalizacji przestępstw[8].

Podążając dalej śladem historii legislacyjnej, najpierw przyjęty został nowy kodeks postępowania karnego w 1890 roku oraz nowy kodeks karny w 1907 roku - oba według wzorców pruskich, czy też niemieckich. Już w 1922 roku przyjęto kolejny kodeks postępowania karnego, także oparty na prawie niemieckim, natomiast obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego pochodzi z 1948 roku[9]. Kodeksu karnego materialnego po wojnie nie zmieniano, zatem wciąż, po dziś dzień, obowiązuje kodeks z 1907 roku.

Jednakże, tak jak już zostało to zasygnalizowane na wstępie, nie należy ulegać językowym pozorom. Pomimo leksykalnej zbieżności aktów normatywnych europejskich oraz japońskich, głębsza struktura tych drugich jest odmienna, aniżeli aktów kontynentalnych. Rozróżniając, zgodnie m.in. poznańską konwencją, konsekwentnie przepisy od norm, za

[5] J. Izydorczyk, *„Hanzai" znaczy przestępstwo. Ściganie przestępstw pospolitych oraz „white-collar-crimes" w Japonii*, Warszawa 2008, s. 45.
[6] K. Karolczak, *System…*, *op. cit*., s. 22.
[7] L. Leszczyński, *Recepcja prawa z okresu Meiji – podłoże oraz wpływ na japoński porządek prawny*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2013, t. 19, s. 171–179.
[8] J. Izydorczyk, *Japoński kodeks karny,* „Prokuratura i Prawo" 2008, nr 5, s. 132.
[9] Zob.: J. Izydorczyk, *Japoński kodeks postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2007, nr 4, s. 105 – 120.

japońskimi przepisami kryją się inne normy, wynikające z odrębnego systemu wartości. Takowe uwarunkowanie jest konsekwencją doniosłych różnic kulturowych pomiędzy Europą a Dalekim Wschodem. Normy konstruowane są dla przykładu w oparciu o wartości wywodzone choćby z filozofii konfucjańskiej, który to nurt filozoficzny w znacznym stopniu dominuje w kulturze japońskiej, przynajmniej na poziomie dekodowania pewnych norm społecznych stanowiących pryzmat interpretacyjny dla przepisów prawnych[10].

Zaburzając nieco chronologię, na koniec zarysu historycznego należy bowiem odnieść się jeszcze do regulacji przedkodeksowych, wzorowanych właśnie na modłę konfucjańską. Tzw. „Kodeks Stu Artykułów" z 1742 roku był w zasadzie jedynie formą instrukcji dla urzędników, którą trzymano w tajemnicy przed poddanym. To rząd miał uczyć obywateli przede wszystkim tego, co jest moralne, a stosowanie prawa było sprawą drugorzędną. Co prawda, poddani wiedzieli mniej więcej za co mogą zostać ukarani, jednakowoż typy przestępstw oraz kary utrzymywane w tajemnicy, bowiem kary były wymierzane według pozycji społecznej sprawcy. Toteż takowe odniesienie do hierarchizacji społecznej było żywym wcieleniem idei konfucjańskich w rzeczywistości społeczno-polityczno-prawnej[11].

3. Zarys japońskich uwarunkowań karnomaterialnych oraz karnoprocesowych

Tak jak już wspomniano, obecnie obowiązujący japoński kodeks karny został uchwalony w pierwotnej wersji 1907 roku. Po II wojnie światowej dokonana został zasadnicza nowelizacja, związana z uchwalaniem nowej konstytucji Japonii. Wówczas w ustawie karnej dla przykładu skreślono jego rozdział I, w którym normowano przestępstwa przeciwko rodzinie cesarskiej, a także zdepenalizowano cudzołóstwo, za które karano wcześniej tylko kobiety. Z kolei w 1996 roku przełożono archaiczny literacki język japoński używany w kodeksie na współczesny, co jest współczesnym ewenementem nowelizacyjnym w perspektywie światowej.

Dokonując ogólnej charakterystyki kodeksu należy już na wstępie zaznaczyć, że jego cechą charakterystyczną jest to, iż zasada *nulla poena sine lege* jest modyfikowana przez prawo precedensów. Znaczy to, że zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego. Prawo precedensów powoduje oddzielenie *honne* od *tatemae*, czyli tego, co w kulturze europejskiej zwykliśmy

[10] Zob.: X. Yao, *Konfucjanizm: wprowadzenie*, tłum. J. Hunia, Kraków 2009; J. Zdanowski, *Współczesny konfucjanizm w społeczeństwach i polityce państw Azji,* Kraków 2015; M. Stępień, *Spór konfucjanistów z legistami : w kręgu chińskiej kultury prawnej,* Kraków 2013.
[11] J. Izydorczyk, *Japoński kodeks karny*…, *op. cit*. s. 132.

nazywać *law-in-the-books* i *law-in-action*[12]. Idąc dalej, prawo japońskie nie różnicuje wykroczeń i przestępstw, ale określa tzw. czyny drobne, które *de facto* odpowiadają naszym wykroczeniom, a które to unormowane są wespół z przestępstwami w tym samym akcie normatywnym. Granicą odpowiedzialności karnej w Japonii jest wiek 20 lat, na zasadzie wyjątku odpowiadają też osoby w przedziale wiekowym od 14. do 20. roku życia, natomiast sprawca który nie ukończył 14 lat nie odpowiada w ogóle, nawet na gruncie *quasi*-odpowiedzialności osób nieletnich[13].

Japoński kodeks karny przewiduje następujące kary kryminalne: karę śmierci (wykonywaną przez powieszenie, przy czym termin egzekucji utrzymywany jest w bezwzględnej tajemnicy) – popieraną *notabene* przez 80% członków społeczeństwa, karę dożywotniego pozbawienia wolności, karę pozbawienia wolności z obowiązkiem pracy do 20 lat, karę pozbawienia wolności bez obowiązku pracy do 20 lat oraz grzywnę pieniężną[14].

Kodeks składa się z dwóch ksiąg: ogólnej oraz szczególnej. Dla przykładu, część ogólna zawiera takie części składowe jak: rozdział II. kary, rozdział III. wymierzanie kar terminowych, rozdział IV. warunkowe zawieszenie wykonania, rozdział VII. odstąpienie od kary, rozdział VIII. usiłowanie, rozdział IX. powrót do przestępstwa. Jak widzimy, są to instytucje znajdujące odbicie w instytucjach europejskich, skodyfikowanych także w polskim k.k. z tą różnicą, że o ile w polskiej kodyfikacji danemu zagadnieniu poświęcona jest pojedyncza jednostka redakcyjna, o tyle w japońskiej jest to już cały rozdział, jak to ma miejsce np. przy usiłowaniu. W części szczególnej zachodzą podobne relacje z zakresu komparatystyki - niektóre oznaczenia rozdziałów także są zbliżone do europejskich odpowiedników, np. rozdział XI. przestępstwa w ruchu, rozdział XXXIV. przestępstwa przeciwko czci. Z drugiej jednak strony znowuż, co ciekawe, inne rozdziały w całości normujące dany typ przestępstwa, szczególnie istotny dla japońskiego ustawodawcy, np. rozdział XXV. przekupstwo, rozdzial XXVI. zabójstwo, rozdział XXXVIII. przywłaszczenie[15].

Jednakowoż na szczególną uwagę zasługuje przede wszystkim specyfika japońskiego procesu karnego, która ukazuje *de facto* stosowanie norm prawnomaterialnych w połączeniu z proceduralnymi w praktyce. Codzienność zatem wygląda tak, że pomimo prawa do milczenia, które jest kolejną recypowaną zasadą prawa kontynentalnego, zarówno prokuratorzy jak

[12] M. Depta, *„Honne" i „tatemae" – różnice między prawem stanowionym a stosowaniem prawa w Japonii,* [w:] *Prawo i kultura we współczesnej Japonii,* J. Marszałek-Kawa (red.)*,* Toruń 2017, s. 38.
[13] J. Izydorczyk, *Japoński kodeks karny*…,*op. cit.,* s. 136 i n.
[14] Zob.: U. Muszalska, *Kara śmierci w Japonii – historia, podstawy prawne i procedura egzekucyjna*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie" 2013, t. 7, s. 182; *Japan's way of judicial killing*, „The Japan Times: Sunday", April 8, 2007.
[15] Tłum. za J. Izydorczyk, *Japoński kodeks karny*…, *op. cit*., s. 134 i n.

i sędziowie oczekują, że oskarżony będzie składał wyjaśnienia. Wychodzą oni bowiem z przekonania, że jest to postawa moralnie słuszna i łatwiej wówczas przez to osiągnąć pełną rehabilitację. W związku z tym statystyki pokazują, że ponad 60% oskarżonych o przestępstwa z kodeksu karnego skazywana jest z warunkowym zawieszeniem wykonania kary, właśnie z uwagi na właściwą postawę w trakcie procesu. Na przeciwległym z kolei biegunie leży daleko posunięty oportunizm organów ścigania. Wyrazem tego jest łagodność w prowadzeniu spraw o tzw. przestępstwa moralne, tzn. np. bigamia jest karalna, ale w praktyce nie jest ścigana, karalne jest prostytuowanie się, jak i nawet korzystanie z usług prostytutek, ale także i te typy przestępstw nie są w ogóle ścigane i karane. Idąc dalej, aborcja, która jest wprawdzie penalizowana w samym kodeksie karnym przez aż pięć artykułów, w rzeczywistości jest jednak całkowicie i „praktycznie" zdepenalizowana (co więcej, przesłanką legalnego usunięcia ciąży są m.in. na względy ekonomiczne, które to przesłanka stanowi najczęstszą przyczynę legalnych przerwań). Niektórzy nawet kuszą się o stwierdzenie, iż z uwagi na rozwinięty w Japonii sektor usług seksualnych, mamy do czynienia z pewnym mechanizmem prostytucja – aborcja, społecznie akceptowalnym[16].

Tytułem ciekawostki historycznej można jeszcze dodać, że także hazard jest penalizowany, jednak po wojnie „praktycznie" zaprzestano ścigania osób, które takowe uprawiały. Problem stał się ostatnimi czasy o tyle nieaktualny, o ile nastąpiło ustawowe wyłączenie wyścigów konnych oraz loterii spod przepisów karnych[17].

Jednakże na przeciwległym biegunie istnieje też dążenie do tego, by praktycznie wyeliminować przestępstwa gospodarcze oraz korupcyjne z rzeczywistości społecznej. Narzędziem do osiągnięcia tegoż celu jest powołana ostatnimi czasy elitarna Tokijska Specjalna Grupa Śledcza (*Tokusōbu*), zrzeszająca najlepszych w kraju prokuratorów, których zadaniem jest ściganie najpoważniejszych przestępstw. Do tej kategorii zaliczane są właśnie *white-collar-crimes*, a to za sprawą szeregu skandali polityczno-biznesowych z okresu XX wieku. Co interesujące, nawet w przypadku tak silnie piętnowanych przestępstw, prokurator ma kompetencję zaniechania ścigania na podstawie zasady daleko posuniętego oportunizmu[18].

Podsumowując tę część, raz jeszcze należy zauważyć swoiste, a wręcz paradoksalne połączenie surowości reakcji karnej z jej łagodnością. Daleko posunięty oportunizm praktyczny powoduje, iż na zasadzie pewnego niepisanego zwyczaju niektórych czynów formalnie

[16] Np. M. Majewska, *Specyfika prawa karnego Japonii*, [w:] *Prawo i kultura we współczesnej Japonii,* J. Marszałek-Kawa (red.)*,* Toruń 2017, s. 67.
[17] J. Izydorczyk, *Japoński kodeks postępowania karnego*…, *op. cit*., s. 111 i n.
[18] J. Izydorczyk, *„Hanzai"…*, *op. cit*., s. 167 i n.

penalizowanych w ogóle się nie ściga. Z drugiej strony, niemal wszyscy oskarżeni przyznają się do czynu (winy) i niemal wszystkie zapadające wyroki są skazujące, co skłania ku refleksji, że niejako wymiar sprawiedliwości jest „sprawowany" przez prokuratorów, a nie przez organy sądowe. Wszystkie te działania bądź zaniechania podejmowane są ostatecznie w pryzmacie filozofii harmonii społecznej, która oparta jest na chęci „przywrócenia oskarżonego społeczeństwu" (mniej niż 5% sprawców skazywana jest na kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania).

4. Zabójstwo wstępnego

Gwoli ścisłości, problem typizacji zabójstwa wstępnego jest już obecnie rozwiązany na płaszczyźnie ustawowej. Mianowice w 1995 r. przepis został uchylony wskutek burzliwej debaty zarazem doktrynalnej, jak i orzeczniczej. Jednakowoż pomimo tego, że jest to już zatem zagadnienie obecnie jedynie historycznoprawne, oddaje ono w pełni klimat i uwarunkowania społeczne japońskiego prawa karnego.

Do 1995 roku typ podstawowy zabójstwa miał następującą postać leksykalną: „kto zabija człowieka, podlega karze śmierci lub dożywotniego więzienia lub więzienia na czas nie krótszy niż 3 lata". Z kolei właśnie typ kwalifikowany zabójstwa, czyli zabójstwo wstępnego, był zredagowany tymi słowy: „kto zabija człowieka, który z nim samym lub jego małżonkiem spokrewniony jest w linii wstępnej, podlega karze śmierci lub dożywotniego więzienia". Analogiczna regulacja dotyczyła m.in. przestępstwa ciężkiego okaleczenia człowieka[19].

Po pobieżnej analizie, połączonej z kontekstem społecznym, zauważamy, że typ kwalifikowany został wyraźnie oparty na aksjologii rodzinno-plemiennej, czy też konfucjańskiej, gdzie wystąpienie przeciwko japońskiemu *pater familas* postrzegane jest jako czyn szczególnie odrażający, a także niszczące podstawową komórkę społeczną, jaką był przez długie lata ród. Z drugiej strony, odnosząc się do pewnych zaobserwowanych na przestrzeni lat zjawisk, w Japonii często zdarzają się zabójstwa nie wstępnego, lecz zstępnego. Chodzi tu przede wszystkim o przypadki zabójstwa własnego dziecka lub dzieci, a następnie dopiero zrealizowanie przez rodzica własnego zamachu samobójczego. W oczach opinii publicznej dla przykładu matka, która przed próbą samobójczą nie zabije własnych dzieci, jest złą matką, pozostawiającą potencjalne sieroty na pastwę losu[20].

Wszak powracając do problematyki zabójstwa wstępnego, w 1973 roku stała się ona

[19] Za K. Yamanaka, *Zabójstwo krewnego*…, s. 690.
[20] M. Wojcieszek, *Kara za zabójstwo w świetle japońskiego kodeksu karnego – aspekty prawne i doktrynalne,* „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2018, t. 21, nr 38131, s. 131.

przedmiotem debaty w Wielkim Senacie Trybunału Najwyższego w Japonii. Czternastu z piętnastu sędziów uznało typ kwalifikowany za niezgodny z konstytucją, co w konsekwencji doprowadziło do takiego stanu, że przepis formalnie nie obowiązywał przez 22 lata, a skazania opierano na typie ogólnym[21].

Pogląd większościowy oparty został na wielu założeniach, z których główne sprowadzało się do tezy, iż typ kwalifikowany wydaje się być nieracjonalnie surowym obostrzeniem względem typu podstawowego – sankcja zań porównywana była jedynie z typem zdrady stanu. Po drugie, ówczesne uregulowanie był nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą równości – wstępni niczym się nie różnią od innych ofiar zabójstw. Wreszcie po trzecie, co zdaje się być argumentem przeważającym, aksjologia odwołująca się do naturalnej miłości lub uniwersalnej etyki zachowań względem krewnych nie znajduje racjonalnego usprawiedliwienia normatywnego. Założenie o większej społecznej i moralnej zarzucalności nie eliminuje bowiem przypadków, gdy surowsze ukaranie nie znajdzie uzasadnienia. Toteż konkludując, typ podstawowy przewidywał zdaniem sędziów sankcje, które pozwalały sprawiedliwie ukarać skrajnie odrażające czyny[22].

Wobec wyżej zaprezentowanego stanowiska, *votum separatum* zgłosił sędzia Shimokawa. Wedle jego koncepcji, pytanie, czy kara jest odpowiednio surowa, powinno być postawione ocenie rządu. Argumentem systemowym był fakt, że wszystkie inne typy czynów zabronionych, dotyczące wstępnych, zostały formalnie pozostawione w ustawie, jako zgodne z konstytucją. Nasuwa się zatem w tym miejscu wątpliwość, czy ustawa jako całość jest spójna aksjologicznie. Nie może bowiem być tak, że w pewnych przypadkach cześć oddawana bliskim osobom pozostaje pod specjalną ochroną, a w innych przypadkach już nie[23].

Keiichi Yamanaka, glosując niejako oba stanowiska, zauważył, że prawo karne nie powinno być traktowane jako narzędzie zmuszającym kogokolwiek do przyjęcia określonych postaw moralnych. Wypływa stąd niepisana dyrektywa dla ustawodawcy, iż nie powinien on tworzyć w przyszłości typów kwalifikowanych opartych na więzach rodzinnych. Wszak surowe karanie nie odbuduje utraconego w społeczeństwie autorytetu rodziców, którzy zazwyczaj unikają odpowiedzialności wychowawczej w Japonii w obecnych czasach[24].

Jednakowoż praktyka sądowa, stając niejako na stanowisku pośrednim, ewoluowała w 22 letnim okresie w specyficznym kierunku. Sądy zaostrzały kary wobec zabójców

[21] K. Yamanaka, *Zabójstwo krewnego*…, *op*. *cit*., s. 685.
[22] *Ibidem*, s. 686 i n.
[23] *Ibidem*, s. 688.
[24] *Ibidem*, s. 692.

wstępnego względem zwykłych zabójstw, w ramach sądowego wymiaru kary, uzasadniając to tym, że czyny takie cechują się jednak wyższym stopniem społecznej szkodliwości, ujmowanej chyba jednak mimo wszystko przez pryzmat powszechnej moralności publicznej.

5. Podsumowanie

Zazwyczaj sprawy, które wymykają się z szablonu spraw typowych, niczym historia przytoczona na początku, stają się przyczyną ożywionej debaty, której celem jest weryfikacja dotychczasowego dekodowania norm prawnych. Dzieje się tak, ponieważ w procesie wykładni odkrywane są normy prawne, których dekodowanie oparte jest o dyrektywy zakładające jednak zawsze dokonywanie pewnych ocen. Oceny te mogą się różnić na przestrzeni lat, albowiem zmieniać się może także aksjologia leżąca u ich podstaw.

Odnosząc się do postawionej tezy, należy dojść do przekonania, iż pozaprawne determinanty powinny rzutować i rzutują na kwestie walidacyjne oraz interpretacyjne. Mimo licznych podobieństw japońskiego kodeksu karnego do nawet polskiego kodeksu karnego w warstwie językowej, są to akty zupełnie inaczej stosowane. Pierwszym przykładem z brzegu jest aborcja, nad którą w Polsce toczy się obecnie ożywiona debata w kontekście bezwzględnej penalizacji tak określonego czynu, podczas gdy w Japonii czyn ten jest w ogóle nieścigany.

Jednakowoż dostrzegając inne aspekty, japońskie prawo zbliża się krok po kroku do europejskiego systemu prawnego w ramach szeroko pojętej globalizacji. Widać to na przykładzie ojcobójstwa, które zaczęto postrzegać w ramach europejskiej zasady równości, eliminując tym samym regionalne filozoficzne podstawy konfucjańskie, które uzasadniały wcześniej obowiązujące uregulowania prawne. Idąc krok dalej, wypada postawić pytanie, czy w ramach postępującej uniwersalizacji prawa karnego japoński, ustawodawca nie powinien np. wdrożyć środki zapobiegawcze względem zabójstwa dzieci przed samobójstwem rodzica, czy też samobójstwem w ogóle? Jest to pytanie póki co otwarte, a być może nawet *postulat de lege ferenda.*

ABSTRAKT

Celem artykułu jest przybliżenie czytelnikowi ram w jakich funkcjonuje japońskie prawo karne. Jeżeli porównalibyśmy tylko warstwę tekstową kodyfikacji zarówno dalekowschodnich, jak i europejskich, doszlibyśmy do wniosku o wielu pozornych podobieństwach, które także na łamach wypowiedzi zostały uwypuklone. Jednakowoż prawdziwe prawo Japonii kryje się za

normami, które także czerpią swe źródła z uwarunkowań społecznych, filozoficznych (konfucjańskich w tym przypadku), czy też politycznych. Teza, do której weryfikacji autor dąży, opiera się o założenie konieczności interpretowania tekstów normatywnych z odniesieniem do szerszego kontekstu kulturowego.

Słowa kluczowe: Japonia, prawo karne, ojcobójstwo, konfucjanizm

Bibliografia

Depta M., *„Honne" i „tatemae" – różnice między prawem stanowionym a stosowaniem prawa w Japonii*, [w:] *Prawo i kultura we współczesnej Japonii*, J. Marszałek-Kawa (red.), Toruń 2017.

Izydorczyk J., *„Hanzai" znaczy przestępstwo. Ściganie przestępstw pospolitych oraz „white-collar-crimes" w Japonii*, Warszawa 2008.

Izydorczyk J., *Japoński kodeks karny*, „Prokuratura i Prawo" 2008, nr 5.

Izydorczyk J., *Japoński kodeks postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2007, nr 4.

Japan's way of judicial killing, „The Japan Times: Sunday", April 8, 2007.

Karolczak K., *System konstytucyjny Japonii*, Warszawa 1999.

Kość A., *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Lublin 2001.

Leszczyński L., *Recepcja prawa z okresu Meiji – podłoże oraz wpływ na japoński porządek prawny*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2013, t. 19.

Majewska M., *Specyfika prawa karnego Japonii*, [w:] *Prawo i kultura we współczesnej Japonii*, J. Marszałek-Kawa (red.), Toruń 2017.

Muszalska U., *Kara śmierci w Japonii – historia, podstawy prawne i procedura egzekucyjna*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie" 2013, t. 7.

Stępień M., S*pór konfucjanistów z legistami : w kręgu chińskiej kultury prawnej*, Kraków 2013.

Widacki J., *Przestępczość i wymiar sprawiedliwości karnej w Japonii. Zarys problematyki*, Lublin 1990.

Wojcieszek M., *Kara za zabójstwo w świetle japońskiego kodeksu karnego – aspekty prawne i doktrynalne*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2018, t. 21, nr 38131.

Yamanaka K., *Zabójstwo krewnego wstępnego w japońskim prawie karnym*, tłum. z przekładu niem. za J. Giezkiem, [w:] *Przestępstwo – kara - polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin profesora Tomasza Kaczmarka*, J. Giezek (red.), Katowice 2006.

Yao X., *Konfucjanizm: wprowadzenie*, tłum. J. Hunia, Kraków 2009.

Zdanowski J., *Współczesny konfucjanizm w społeczeństwach i polityce państw Azji*, Kraków 2015.

Patrycja Głogowska
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0002-6364-9128

Rewolucje i refolucje libańskie – zrywy ludności w najnowszej historii Libanu

The Lebanese Revolutions and Refolutions - the population rallies in Lebanon's recent history

ABSTRACT

The aim of the article is to try to analyze the uprising of the Lebanese people by classifying them as part of a revolution or refolution. A side goal concerns the comparability of the uprising and the indication of similarities between them. The article was realized with the help of critical literature and empirical research (in case of the October Revolution). The results of the research indicate that every rebellion of the Lebanese community is a result of unfulfilled demands of previous demonstrations. The failure of the ruling authorities to solve the problems leads in consequence to another revolution, multiplying the demands of the Lebanese community.

Keywords: Lebanon, civil war, cedar revolution, trash crisic, the october revolution.

Wstęp

„*Liban jest jedną z tych ziem, która może być określana jako mikroskopijna pod względem wielkości, ale makroskopijna pod względem wpływów*". Powyższe słowa jednego ze znawców historii arabskiej Philipa K. Hitti, podkreślają jak istotny wpływ na sytuację tego kraju ma nie tylko jego sytuacja wewnętrzna, ale również sytuacja regionalna poprzez działania bezpośrednich sąsiadów (Izrael, Syria) oraz mocarstw regionalnych (Arabia Saudyjska, Iran).

Republika Libańska to relatywnie mały kraj[1] położony na Bliskim Wschodzie

[1] Cała powierzchnia Libanu zajmuje 10 400 km^2 na której mieszka około 6 milionów osób (dane 2019 rok), a gęstość zaludnienia wynosi 620 mieszkańca na km^2. Dla porównania w Polsce województwo opolskie zajmuje 9 412 km^2 z liczbą mieszkańców 991 161, a na terenie całego kraju poziom zagęszczenia wynosi 123 mieszkańca

w subregionie Żyznego Półksiężyca czy też historycznego Lewantu[2]. Liban uzyskał niepodległość w 1943 roku z pod protektoratu francuskiego[3]. Od tego czasu społeczność libańska została zobligowana do utworzenia własnej państwowości. Największym wyzwaniem było utworzenie systemu politycznego, który odpowiadałby strukturze religijnej w kraju. Podział władzy pomiędzy chrześcijan a muzułmanów, w celu zapewnienia reprezentacji u władzy dla każdej z grup religijnych, nie zapobiegł licznym kryzysom politycznym w państwie. W artykule zostaną zaprezentowane największe kryzysy od momentu utworzenia Republiki Libańskiej. W tym okresie należy wyróżnić wojnę domową w latach 1975-1990, rewolucję cedrową 2005, rewolucję śmieciową 2015 oraz rewolucję październikową 2019.

Artykuł ma na celu odpowiedzieć na poniższe pytania badawcze:

- Jakie wystąpiły implikacje polityczne rewolucji w Libanie?
- Jakie są podobieństwa i różnice pomiędzy rewolucją cedrową, śmieciową i rewolucją październikową?
- Czy sytuacja regionalna i działania mocarstw oddziałują na sytuację wewnętrzną w Libanie?

Artykuł powstał w oparciu o krytyczną analizę literatury przedmiotu oraz artykułów prasowych. W pracy została wykorzystana metoda analizy systemowej do zbadania poszczególnych rewolucji. W ramach tej metody zostaną przeanalizowane wejścia (w postaci żądań demonstrujących) oraz wyjścia (w postaci reakcji władz na demonstracje).

Rewolucja a refolucja

Rewolucja charakteryzuje się gwałtowną zmianą zaistniałego porządku. Jacek Janiszewski zdefiniował rewolucję jako „wydarzenie o konsekwencjach holistycznych, prowadzące do przekształcenia całej tkanki społecznej, a więc polityki, gospodarki, kultury oraz osobowości jednostek[4]". Cechą konstytutywną rewolucji jest obecność siły oraz relatywnie krótki okres jej trwania. Crane Brinton, amerykański historyk, wyróżnił cztery fazy procesu rewolucji nazywając je anatomią rewolucji.

Pierwsza faza- Stary Porządek- charakteryzuje się:

---

na km^2.

[2] Lewant to historycznie terytorium Syrii, Jordanii, Libanu i Izraela.

[3] Francja uzyskała prawa do Libanu, na mocy paktu Sykes-Picot w 1916 roku, jako pokłosie rozpadu imperium Osmańskiego i podzielenia jego terytorium pomiędzy ówczesne mocarstwa kolonialne.

[4] J. Janiszewski, *Rewolucja jako przejaw zmiany społecznej, „*SEMINARE" 2012, t.32, s. 99-111.

1. słabą gospodarką – rząd wprowadza podatki;
2. kryzysem politycznym – rząd jest nieefektywny;
3. reformatorzy występują przeciwko władzy;
4. antagonizmami klasowymi – konflikt pomiędzy starym reżimem a nowymi siłami.

Druga faza rewolucji-Umiarkowany Reżim-objawia się następująco:

1. załamanie gospodarcze;
2. symboliczne akcje/ dramatyczne sytuacje – wzrastają protesty przeciwko panującej władzy;
3. znaczenie sił – rząd nie może stłamsić demonstracji;
4. próba reorganizacji rządu;
5. zostają podjęte działania, np. tworzenie nowej konstytucji, rozpoczęcie wojny.

Trzecia faza rewolucji, nazwana przez Brintona – Radykalnym reżimem charakteryzuje się:

1. przejęciem władzy przez radykałów;
2. wojną;
3. centralizacją władzy przez jednostkę lub grupę;
4. terrorem.

Ostatnia faza, nazywana reakcją Thermidorian, objawia się:

1. powolnym powrotem do spokojnych czasów;
2. rządami tyrana;
3. represją radykałów;
4. agresywnym nacjonalizmem.

Krzysztof Kozłowski w książce *Kolory rewolucji*, wskazuje na dwie możliwe przyczyny rewolucji[5]:
- deprywacja aspiracyjna – powstaje gdy występuje dysonans pomiędzy niesatysfakcjonującą rzeczywistością a oczekiwanymi możliwościami;
- deprywacja kryzysowa – zaistnieje gdy społeczeństwu jest odebrana możliwość życia na dotychczasowym poziomie.

Deprywacja aspiracyjna to długotrwały proces. Dysonans pomiędzy bogatymi a

[5] K. Kozłowski, *Kolory rewolucji,* Warszawa 2012, s. 24.

biednymi może się pogłębiać, bądź osiągnąć proces stagnacji poróżniając społeczeństwo. Sytuacja polityczno-społeczna w Libanie w drugim dziesięcioleciu dwudziestego wieku obrazuje powyższe rozróżnienie. Społeczność libańska długo oczekiwała na sformułowanie się nowego establishmentu. Po prawie dziewięciu latach powstał nowy parlament, rząd oraz został wybrany nowy prezydent. Rok działania nowej władzy nie przyniósł rozwiązań libańskich problemów, a jedynie pogłębił podziały w państwie tworząc bogatą grupę rządzących i biedne społeczeństwo. Powyższa sytuacja to deprywacja aspiracyjna. Z kolei deprywacją kryzysową, która bezpośrednio doprowadziła do rewolucji była próbą nałożenia kolejnego podatku na społeczeństwo. Wyróżnione przez Kozłowskiego przyczyny rewolucji nie są osobnymi procesami, ale tworzą wspólnie proces (deprywacja aspiracyjna) z momentem przełomowym (deprawacja kryzysowa) zakończony wystąpieniem ludności.

Zasadniczą różnicą pomiędzy rewolucją a refolucją jest użycie siły. Kiedy w trakcie rewolucji jest to warunek sine qua non, bez znaczenia czy użyty przez władzę czy też przez osoby sprzeciwiające się porządkowi politycznemu, w refolucji nie występuje użycie siły. Chęć zmiany porządku politycznego występuje w sposób pokojowy[6].

Krzysztof Kozłowski wyróżnia elementy wspólne dla dzisiejszych rewolucji nazywając je refolucjami, ze względu na ich miękką formę[7]:

1. Hasła wolności i rozwiązywania kwestii socjalnych odgrywają nadal fundamentalną rolę w przemianie rewolucyjnej;
2. Niespotykana mobilizacja społeczna w celu zbudowania nowej rzeczywistości społecznej – samoregulujący się ruch społeczny;
3. Rewolucje ewoluują od gwałtownych i brutalnych erupcji niezadowolenia społecznego do nie mniej gwałtownych, ale opierających się już nie na przemocy fizycznej, lecz zbiorowym masowym nacisku, doprowadzającym do fundamentalnej przebudowy realiów politycznych, gospodarczych i społecznych (refolucje).

Wojna domowa 1975-1990

Ustanowienie Paktu Narodowego w 1943 roku, doprowadziło do porozumienia muzułmanów i chrześcijan, zamieszkujących terytorium Libanu, w sprawie porządku państwowego, a w szczególności systemu politycznego. Pakt przypieczętował rozdział władzy pomiędzy grupy religijne. Stanowisko prezydenta otrzymali chrześcijanie maronici, premiera

[6] *Ibidem,* s. 35.
[7] *Ibidem,* s. 21.

muzułmanie sunnici, a przewodniczącego unikameralnego parlamentu muzułmanie szyici[8]. Miejsca w parlamencie, rządzie oraz służbie cywilnej zostały rozdzielone z korzyścią dla chrześcijan w proporcji 6:5. Powyższy podział został ustanowiony na mocy spisu ludności z 1932 roku, wówczas największą diasporę w kraju stanowili maronici 34% następnie sunnici 19% i szyici 16%. Pakt Narodowy zakładał również ustępstwa zarówno ze strony muzułmanów jak i chrześcijan. Ci ostatni mieli uznać arabską tożsamość Libanu oraz zrezygnować z permanentnego protektoratu Francji[9]. Muzułmanie zgodzili się zaprzestać dążenia do zjednoczenia terytorium Libanu z Syrią oraz zwracanie się o protekcje innych państw arabskich.

Ibrahim el-Cheikh wymienia przyczyny wojny domowej w Libanie grupując je na czynniki pośrednie (długotrwałe, prowadzące do rewolucji) oraz bezpośrednie[10]. Do czynników pośrednich zalicza:

- zmaganie się zwolenników panarabizmu z koncepcją całkowitego oddzielenia Libanu od świata arabskiego;
- mozaikę religijną, tworzącą hermetycznie zamknięte, zhierarchizowane grupy;
- system konfesyjny, który uniemożliwiał sprawne przeprowadzenie reform społeczno-politycznych
- podział na biednych i bogatych;
- korupcja, słabości i nieefektywność aparatu państwowego.

Do czynników bezpośrednich el-Cheikh zalicza:

- obecność na terytorium Libanu palestyńskich zbrojnych grup oporu;
- zbrojne napady Izraela na południe Libanu;
- sytuacja regionalna.

W 1975 roku, w prze dniu wojny domowej, Liban charakteryzował się zawiłą sytuacją wewnętrzną oraz wpływającą na nią „zbrojną" sytuacją zewnętrzną. W Libanie 30 lat po ustanowieniu Paktu Narodowego zmieniły się proporcje religijne w kraju. Większy przyrost

[8] Obecnie w Libanie uznawanych jest 18 wyznań: alawici, izmailici, szyici (dwunastkowcy), sunnici, druzowie, maronici, grekoprawosławni, grekokatolicy, gregorianie (apostolski kościół ormiański), katolicy obrządku ormiańskiego, jakobici (kościół syryjsko-ortodoksyjny), kościół syryjsko katolicki, kościół chaldejski, nestorianie, kościół rzymskokatolicki, protestanci, koptowie oraz żydzi. Każda z powyższych wyznań ma obowiązek być reprezentowana zgodnie z rozdziałem konfesyjnym. Jednak to sunnici, szyici, maronici i druzowie sprawują najważniejsze funkcje w państwie.

[9] Francja na mocy układy Sikes-Picot otrzymała Liban w ramach terytorium kontrolowanych po rozpadzie Imperium Osmańskiego. Od tego czasu utrzymywała znaczne wpływy w tym kraju.

[10] El-Cheikh I., *Przyczyny wojny domowej w Libanie w latach 1975-1990,* „Krakowskie Studia Międzynarodowe"2014, nr 3, s. 198.

naturalny wśród muzułmanów oraz liczne migracje chrześcijan poza granice państwa doprowadziły do odwrócenia proporcji. Wyznawcy islamu zaczęli stanowić większość populacji w kraju, jednak to nie ich grupa była najsilniej reprezentowana i w dalszym ciągu mieli mniejszość w parlamencie.

Istotny wpływ na sytuację Libanu miała sytuacja regionalna. Od wschodu Liban graniczy z Syrią. Rząd w Damaszku rościł sobie prawa terytorialne go Libanu, wzywając do odbudowy Wielkiej Syrii. Hafiz al-Asad dążył do uzależnienia Bejrutu od swoich rządów. Na południu Liban graniczy z Państwem Izrael. Państwo Żydowskie zostało proklamowane w 1948 roku, na terytorium byłej Palestyny. Mandatariusze podzielili terytorium pomiędzy żydów i arabów. Utworzenie kraju żydowskiego rozpoczęło „bunt" państw arabskich, które wzywały do ochrony swoich współwyznawców-Palestyńczyków. Ataki Izraela na Palestyńczyków stały się przyczyną masowych migracji tego narodu. Część z nich osiedliła się na południu Libanu. Razem z ludnością cywilną do sąsiedniego kraju wyemigrowali członkowie Organizacji Wyzwolenia Palestyny z Jasirem Arafatem na czele. Grupa prowadziła permanentną walkę z okupantem z terytorium państwa docelowego. Wynikiem tego były napady Izraela na południe Libanu prowadząc akcje odwetowe wobec Palestyńczyków.

Sytuacja Palestyńczyków podzieliła społeczność libańską na pro-palestyńską oraz anty-palestyńską (głównie maronicką).

Wojna domowa rozpoczęła się od incydentu, napadu członków Falangi Libańskiej (maronitów) na palestyński autokar. W wyniku ataku śmierć poniosło 27 palestyńskich uchodźców[11]. Starcia rozszerzyły się na cały Liban. Przeciwko sobie walczyło około stu zbrojnych grup[12]. Danuta Madeyska wskazuje na aktorów, którzy walczyli w trakcie wojny domowej[13]: *„Przez cały czas trwały w Libanie walki: między muzułmanami i chrześcijanami; między libańskimi sunnitami a prosyryjskimi szyitami i druzami; między Libańczykami a Syryjczykami; między Libańczykami a Palestyńczykami; między Syryjczykami a Palestyńczykami; między Palestyńczykami prosyryjskimi a Palestyńczykami proarafatowskimi; między libańskimi milicjami różnych partii; między ugrupowaniami antyrządowymi a armią libańską".*

Starcia pomiędzy Palestyńczykami a Libańczykami (maronitami) zaczęły przybierać charakter wojen religijnych. Przeciwko chrześcijańskim milicjom Palestyńczycy sprzymierzyli

[11] M. Brylew, *Liban. Religia-wojna-polityka,* Toruń 2016, s. 32.
[12] A. M. Baylouny, *Born violent: Armed political parties and non-state governance in Lebanon's civil war,* Small Wars&Insurgencies, 2014, p. 333.
[13] D. Madeyska, *Historia współczesna świata arabskiego,* Warszawa 2008, s. 57.

się z sunnitami oraz druzami. Ofiarami walk stały się także społeczności szyickie, które wcześniej niezaangażowane zbrojnie również stanęły do walk. Do najkrwawszego starcia doszło w obozie Tal al-Zaatar. Maronickie milicje w odwecie za ataki na chrześcijan zrównały obóz Palestyńczyków z ziemią. Zginęło wówczas 2 tysiące ludzie, a ponad 4 tysiące zostało rannych[14]. Działania maronitów doprowadziły do radykalizacji społeczność Palestyńską, która walczyła o przetrwanie w kraju docelowym uchodźctwa.

Władze nie potrafiły zapanować nad walką podzielonego społeczeństwa. Ówczesny prezydent Libanu Sulejman Farandżija złożył wniosek do Ligii Państw Arabskich o pomoc w opanowaniu sytuacji wewnętrznej w kraju. Działanie Farandżiji od razu spowodowało reakcję Hafiza al-Asada (ówczesnego prezydenta Syrii), dla którego sytuacja stała się dogodnym pretekstem do wprowadzenia wojska do Bejrutu. Oficjalnie siły syryjskie zostały nazwane przez Ligę Państw Arabskich siłami pokojowymi, których celem miało być zakończenie wojny domowej. Od początku wojny na terytorium Libanu stacjonowało 30 tysięcy wojsk syryjskich. Oficjalnie w celu pomocy rządowi w opanowaniu sytuacji i przywróceniu pokoju w kraju. Jednak dla Damaszku proces ten miał na celu całkowite podporządkowanie Libanu Asadowi. W 1978 roku fedaini zrzucili bombę na autobus, znajdujący się w pobliżu Tel Awiwu. Incydent stał się przyczyną do przeprowadzenia ataku na południe Libanu nazywanego Operacją Litani. Siły Izraelskie opuściły terytorium sąsiada po interwencji Rady Bezpieczeństwa ONZ, która zdecydowała o wprowadzeniu własnych wojsk na pogranicze izraelsko-libańskie (misja UNIFIL). W 1984 roku powstała kolejna organizacja, która umiejscawia się na południu Libanu – Hezbollah. Podstawowym celem utworzenia Partii Boga jest walka z Izraelem.

W 1985 roku trzy najważniejsze wówczas grupy: druzyjska Postępowa Partia Socjalistyczna Walida Dżunbulata, szyicka Amal Nabiha Birriego oraz chrześcijańska Falanga Iljasa Hubajki podpisały porozumienie (Zgoda Damasceńska), które miała stać się postawą do zawarcia rozejmu i zaprzestania walk. Postulaty obejmowały bezzwłoczne wstrzymanie ognia, w przeciągu roku zakończenie wojny domowej, zniesienie zasad konfesjonalnych w najbliższych trzech latach, utworzenie koalicyjnego rządu, rozbrojenie zbrojnych milicji i przekazanie pełni władzy siłowej armii wspomaganej przez siły syryjskie. W okresie przejściowym stanowisko prezydenta będzie piastował maronita, jednak część jego kompetencji zostanie scedowanych na premiera. Projekt zakładał również ścisła unię z Syrią w dziedzinie militarnej, polityki zagranicznej oraz bezpieczeństwa[15]. Porozumienie pozostało

[14] M. Brylew, *Liban. Religia-wojna-polityka,* Toruń 2016, s. 33.
[15] D. Madeyska, *Historia współczesna świata arabskiego,* Warszawa 2008, s. 59.

tylko na papierze, w Libanie w dalszym ciągu trwały zamieszki i walki każdego z każdym. Wojna domowa w Libanie zakończyła się oficjalnie w 1990 roku. Decyzja o zaprzestaniu walki była pokłosiem Porozumienia z Ta'if jakie udało się osiągnąć przywódcom libańskim po mediacji członków Ligii Państw Arabskich. Uzgodnienia zawarte w Porozumieniu były podobne do umowy zawartej w 1985 roku przez ówczesne największe ugrupowania. Dokument z Ta'if zakładał przede wszystkim równe rozdzielenie mandatów parlamentarnych pomiędzy chrześcijan i muzułmanów w proporcji 1:1 (wcześniej było 6:5 dla chrześcijan). Porozumienie sankcjonowało przekazanie części władzy wykonawczej z prezydenta na premiera oraz ustanowiono, za zgodą Syrii, Iliasa al-Hrawiego na prezydenta.

Skutki wojny domowej rozpatrywać można w kategorii wertykalnej i horyzontalnej. Pierwsza odnosi się do poziomów społecznych, libańskiego rządu oraz regionalnych wpływów. Horyzontalna do dziedzin funkcjonowania państwa jak polityczny czy gospodarczy. Na poziomie społecznym doszło do walki ludności pomiędzy sobą w obszarze tego samego narodu. W trakcie wojny domowej Libańczycy nie walczyli z rządem, obcym mocarstwem lecz pomiędzy sobą w granicach przynależności religijnych. Milicje religijne tworzyły posterunki i na podstawie dokumentów przepuszczały ludność. Wojna domowa uderzyła również w rząd. Ustanowiony podział stanowisk według klucza wyznaniowego uniemożliwił przywódcą politycznym skonsolidowanie ludności i wypracowanie rządu. Podział stanowisk według klucza wyznaniowego utrudnia przeprowadzenie reform i wypracowanie wspólnej polityki zagranicznej. Realizowanie interesów grup religijnych przez wasitów nie sprzyja prowadzeniu zjednoczonej polityki państwowej. Trzecim poziomem jest obszar regionalny. Rozwarstwione społeczeństwo i brak sprawnie działającej władzy z silnym aparatem bezpieczeństwa umożliwił siłom zewnętrznym ingerowanie w wewnętrzne sprawy Libanu. Słabe wewnętrznie państwo umożliwiło siłą syryjskim okupację na 30 lat. Dzięki temu Hafiz al-Asad uzależnił Bejrut od rządu w Damaszku militarnie, ekonomicznie oraz politycznie[16]. Konflikt wewnętrzny sprzyjał również utworzeniu organizacji takich jak Hezbollah, który jako proxy Iranu walczy zbrojnie z południa Libanu z Izraelem. Starcia Izraela z Hezbollahem najbardziej uderzają w infrastrukturę oraz ludność Libanu.

Horyzontalne skutki wojny domowej to przede wszystkim permanentny kryzys polityczny oraz problemy ekonomiczne. Liban przed 1975 rokiem był nazywany Szwajcarią Bliskiego Wschodu. Dzięki rozwojowi handlu oraz prężnej działalności banków Bejrut był

[16] Syria rości sobie prawa do Libanu ze względu na obszar historycznie Wielkiej Syrii. Pomiędzy państwami nie została nigdy podpisana umowa o kształcie granic, a relacje dyplomatyczne Damaszek z Bejrutem wymienił dopiero w 2009 roku.

centrum finansowym regionu. Bejrut nazywany Paryżem Bliskiego Wschodu to było miejsce owocnego nocnego życia z rozwojem artystycznym. To wszystko zostało zaprzepaszczone przez wojnę, która w skutkach nie przyniosła żadnych korzyści z wyjątkiem 800 tysięcy ofiar, rzeszy imigrantów, zniszczeniu największych miast, biedy i ubóstwa[17].

Rewolucja cedrowa

Wojna domowa w Libanie, mimo oficjalnego zakończenia walk nie rozwiązała problemów, a wręcz skumulowała niektóre z nich. Wymienione przez Ibrahima Cheikha czynniki, które doprowadziły do wojny domowej, w 2005 roku były wciąż aktualne. Podziały religijne występowały zarówno na poziomie społecznym jak i w strukturach państwowych. Przeprowadzenie reform w państwie utrudniał system konfesyjny. Przywódcy polityczni (a tym samym religijni- zu'am) podejmowali działania najlepsze dla swojej grupy, co utrudniało wypracowanie wspólnego stanowiska dla niektórych reform. Obok przywództwa religijno-grupowego, liderzy pomnażali swoje majątki wykorzystując piastujące stanowiska państwowe. W państwie pogłębiał się podział na bogatą elitę rządzącą oraz biedne społeczeństwo. Powszechne w krajach arabskich zjawisko klientelizmu pogłębiało tylko szerzącą się korupcję oraz nieefektywność aparatu państwowego. Pokłosiem wojny domowej było stacjonowanie wojsk syryjskich na terytorium Libanu oraz wpływy Damaszku w wewnętrzne sprawy tego kraju. Syria to nie jedyny aktor zewnętrzny, który oddziałuje na Liban. W 1982 roku powstała organizacja Hezbollah, która utworzyła państwo w państwie na południu Libanu, prowadząc permanentną walkę zbrojną z Izraelem, którego ataki odwetowe bezpośrednio oddziałują na ludność cywilną zamieszkującą rejon starć. Hezbollah to proxy Iranu. Dzięki zapleczu finansowemu oraz zbrojnemu dla Organizacji Teheran utrzymuje Liban w swojej strefie wpływów. Powyżej wymienione czynniki można zaliczyć do pośrednich przyczyn wybuchu rewolucji cedrowej.

W 2005 roku w Bejrucie został zorganizowany szczyt libańskich ugrupowań nazwany Kurnet Szehwan, w którym uczestniczyli reprezentanci: Postępowej Partii Socjalistycznej, Demokratycznego Forum, Libańskich Sił Chrześcijańskich, Demokratycznego Ruchu Lewicy, Wolnego Frontu Patriotycznego. W obradach nie wzięli udziału przedstawiciele partii wspieranych oraz współpracujących z Damaszkiem: Hezbollahu (islamskiej organizacji) oraz AMAL-u (świeckiej, szyickiej organizacji). Wynikiem tego spotkania było przyjęcie Deklaracji

[17] K. Czajkowska, A. Diawoł-Sitko, *Systemy polityczne wybranych państw Bliskiego Wschodu,* Warszawa 2012, s. 159.

Bristolskiej[18], która stanowiła o podjęciu wszelkich działań w celu usunięcia wojsk syryjskich z terytorium Libanu, wdrożeniu wszystkich postanowień w Ta'if oraz przeprowadzenie w 2005 roku zgodnych z prawem wyborów parlamentarnych. Deklaracja podjęła również problem przedłużenia kadencji prezydenta, sprzeciwiając się takiemu precedensowi oraz uwolnieniu więźniów politycznych[19].

Koalicja składająca się z Rafika Haririego, Walida Dżumblatta oraz z większości przedstawicieli chrześcijańskich stanowiła zagrożenie dla szyickich odpowiedników w nadchodzących wyborach. Blok prosyryjski na czele z Hezbollahem próbował nie dopuścić do zmian. Na początku poprzez naciski na Haririego, z zamiarem wciągnięcia przez tego sunnickiego polityka szyickie osoby na listy wyborcze. Kiedy okazało się, że jest to niemożliwe dokonano zmian wyborczych, aby prospektywnie uniemożliwić jego wygraną w wyborach. Zwycięstwo Haririego osłabiłoby wpływy Hezbollahu na politykę, oraz Syrię i Iran (zagraniczne mecenasi Partii Boga) w Libanie. 14 lutego 2005 roku w Bejrucie doszło do zamachu, w wyniku którego zginał Rafik Hariri oraz 22 inne osoby. Podzielona scena libańska zareagowała dwojako. Chrześcijanie, sunnici, druzowie domagali się ukarania winnych. Z kolei członkowie Hezbollahu i partii AMAL uznali, że działania zostały zorganizowane przez Izrael, aby uwikłać Liban w kolejną wojnę izraelsko-libańską. Reakcja libańskiej społeczności była zaskoczeniem dla establishmentu politycznego. Po raz pierwszy obywatele wyszli na ulicę, zgodni co do jednego, że nie ma przyzwolenia ludności na załatwianie spraw politycznych w taki sposób. Tysiące osób pojawiło się na Placu Męczenników (Martyrs Square) w Bejrucie domagając się zniesienia syryjskiej hegemonii w kraju[20]. Protestujący domagali się opuszczenia przez syryjskie wojsko terytorium Libanu oraz ustąpienia rządu. Libańczycy protestowali razem. Na ulicy nie ujawniała się przynależność partyjna tylko prawie wszystkie grupy religijne (oprócz szyitów) demonstrowały wspólnie. Na ulicach Libanu powiewała flaga narodowa, a protesty zostały nazwane Rewolucją Cedrową (od cedru-symbolu Libanu). 26 kwietnia 2005 roku pod naciskiem społeczności międzynarodowej, reagującej na wydarzenia w Bejrucie, Damaszek wycofuje swoje wojska po niemal trzydziestoletniej okupacji. Drugie z żądań protestujących również zostało spełnione. Prosyryjski premier Omar Karami zrezygnował z pełnienia urzędu i odwołał całą ówczesną radę ministrów[21]. W 2005 roku przeprowadzono wybory, które wygrała koalicja

[18] Nazwa deklaracji pochodzi od miejsca spotkania. Szczyt odbył się w Hotelu Bristol w Bejrucie.
[19] M. Brylew, *Liban. Religia-wojna-polityka,* Toruń 2016, s. 126.
[20] O. Bortolazzi, *The Cedar Revolution, Youth Participation, and Youth Organizations in Lebanon's Post Intifada. „Civic Engagement Sectarianism and Identity,* Cairo, 2013, s. 6.
[21] R. Sutton, *: Lebanon's Arab Spring: The Cedar Revolution Nine Years On* [w:] *A New Paradigm: Perspectives*

antysyryjska. 30 czerwca 2005 roku Fouad Siniora przedstawił rząd, w którego skład wchodziły wszystkie siły polityczne w państwie. Reakcją na zabójstwo Haririego było powołanie przez ONZ Komisji która miała zbadać okoliczności morderstwa i skazać winnych. Na jej czele został powołany niemiecki prokurator Detlevem Mehlisem. Raport Komisji wskazywał na sprawców dwóch bliskich współpracowników Baszara al-Asada oraz kilku wysoko postawionych członków libańskiej sceny politycznej[22].

Rewolucja śmieciowa

W 2015 roku ulice Bejrutu zostały po raz drugi w historii zajęte przez protestujących. Powodem protestów był rozciągający się na cały kraj, a w szczególności widoczny w stolicy kryzys śmieciowy. Permanentny problem z utylizacją śmieci skłonił ludność jednej z dzielnic Bejrutu Naameh do zablokowania dostępu do składowiska śmieci w ich sąsiedztwie[23]. Brak zdecydowanych działań ze strony rządzących doprowadził do „prześmiecenia" obszarów zagospodarowanych jako wysypiska. Od zakończenia wojny domowej, śmieci z subregionu Bejrutu i Mount Lebanon były składowane w al-Nameh. W 1997 roku na terenie tego wysypiska znajdowało się 2 miliony ton śmieci, a w 2015 roku było to już 30 milionów ton[24]. Przez wiele lat Bejrut i dystrykt Mount Lebanon był oporządzany przez firmę Sukleen, należącą do Saada Haririego[25]. Brak przedłużenia umowy z tą firmą spowodował brak wywozu śmieci do i tak przepełnionych wysypisk.

W sierpniu 2015 roku, Libańczycy wyszli na ulicę domagając się zdecydowanych działań od władz w kwestii śmieci, które zaczęły już zalegać na ulicach. Powstał Ruch „Ty śmierdzisz" który zrzeszał protestujących. Demonstranci na plakatach oraz w przemówieniach odnieśli się również do popularnego zjawiska w Libanie – korupcji. Według Transparency International – organizacji określającej poziom korupcji w kraju Liban obecnie zajmuje 138 miejsce. Według punktacji 0-duży poziom korupcji 100 – wolny od korupcji w kraju Cedrów tendencja utrzymuje się od wielu lat (wykres 1).

on the Changing Mediterranean, edited by S. Toperich, A. Mullins, Washington 2014, p. 98.
[22] D. Madeyska, *Historia współczesna świata arabskiego,* Warszawa 2008, s. 67-68.
[23] J. F. Khalil, *Lebanon's waste crisis: An exercise of participation rights,*"New media & society 2017", Vol. 19 (5), s. 701-712.
[24] *Lebanese protest against waste-disposal crisis,* Al Jazeera 2015, https://www.aljazeera.com/news/2015/07/lebanon-beirut-trash-rubbish-crisis-150725060723178.html.
[25] A. Khajarian, *The Lebanese Trash Crisis,* ENV 334 Environmental Justice, 2017, s. 3, http://digitalcommons.salve.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=env334_justice.

Wykres 1. Poziom korupcji w Libanie

Lebanon Corruption Index, [dostęp: 5.01.2019], https://tradingeconomics.com/lebanon/corruption-index?user=btrader.

Protesty rozpoczęły się w ramach odpowiedzi mieszkańców Bejrutu i dystryktu Mount Lebanon na nieskuteczną ze strony władz prowadzenie polityki śmieciowej w kraju. Jednak postulaty wraz z rosnącą skalą protestów zaczęły dotykać takich kwestii jak korupcja, brak skuteczności władz, sektarianizm, bezrobocie, problemy z dostępem do wody i elektryczności. Śmieci dały pretekst do zademonstrowania swojego niezadowolenia z prowadzonej polityki i umożliwiły wyartykułowanie przez demonstrujących problemów z jakimi zmagają się codziennie. Na plakatach pojawiało się hasło „kellon ya'ny kellon", co oznacza wszyscy znaczy wszyscy[26]. Problemy Libanu to nie kwestie poszczególnych ministerstw i ich przewodniczących tylko to zaniedbanie wszystkich polityków. Protesty nie były wymierzone w jedną grupę religijną tylko we wszystkich rządzących.

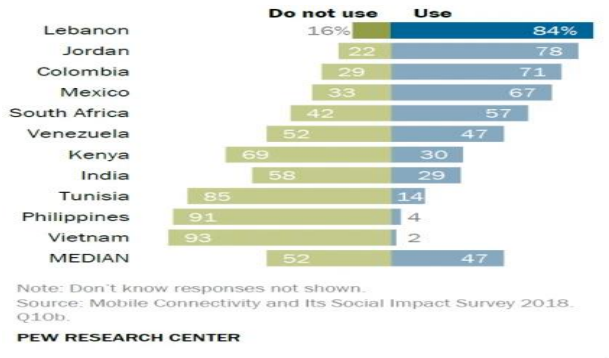
Rewolucja śmieciowa była wystąpieniem ludności, spowodowanym kryzysem gospodarowania odpadami. Jednak żądania ludności rozprzestrzeniły się również na inne aspekty funkcjonowania państwa. Społeczeństwo domagało się uregulowania przez władzę również innych kwestii. Śmieci stały się pretekstem do zademonstrowania niezadowolenia w innych dziedzinach. Jednak wynik wystąpienia ludności przeciwko władzy nie przyniósł rezultatów. Żaden z problemów, z którymi demonstrowali Libańczycy nie został rozwiązany przez rząd. Konsekwencje braku reakcji na żądania obywateli doprowadziły do kolejnych protestów nazywanych rewolucją październikową.

[26] M. M. Kraidy, *Trashing the sectarian system? Lebanon's "You Stink" movement and the making of affective publics,* „Communication and the Public", Volume 1, 2016, s. 19-26, [dostęp: 5.01.2020], https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2057047315617943.

Rewolucja październikowa – historia zaczyna się od nowa?

Donald Tusk napisał w swojej książce *Szczerze*, że historia się nie powtarza tylko się rymuje. Mimo permanentnych, tych samych problemów Libanu rewolucje mają miejsce w innym środowisku regionalnym i wewnętrznym. Rewolucja październikowa rozlicza poprzednie rewolucje. Protestujący domagają się uregulowania kwestii związanych ze Specjalnym Trybunałem dla Libanu (powstał po rewolucji cedrowej 2005), problemu z uchodźcami (palestyńskimi przed wojną domową oraz syryjskimi napływającymi po 2011). Oprócz starych problemów, nie rozwiązanych przez rząd doszły nowe adekwatne do zmieniającego się otoczenia i postępującej globalizacji. Protestujący domagają się działań władz w związku z degradacją środowiska i globalnym ociepleniem. W przypadku rewolucji październikowej po raz kolejny można przywołać wymienione przez Ibrahima Cheikha czynniki pośrednie, które doprowadziły do wojny domowej. W 2019 roku są one dalej aktualne. Podziały religijne, horyzontalne w społeczeństwie zostały zastąpione podziałami wertykalnymi na linii społeczeństwo a władza. Osoby, które uzyskały władzę po zakończeniu wojny domowej sprawują ja permanentnie. Nabih Berri, przewodniczący parlamentu, sprawuje tą funkcję od 1992 roku. Brak zmienności władz, sprzyjał rozwojowi korupcji, która jest silnie zakorzeniona w funkcji zu'am czy zjawisku klientelizmu. Asumptem do wystąpienia ludności była próba wprowadzenia przez rząd Saada Haririego opodatkowania za połączenia głosowe na What'sApp i Messenger Facebook. Ze względu na drogie koszty połączeń telefonicznych, aplikacja What'sApp stała się najpopularniejszą platformą komunikacyjną w Libanie (Tabela 2).

Wykres 2. Procent libańskich dorosłych korzystających z What'sApp



M. Mordecai, *Protests in Lebanon highlight ubiquity of WhatsApp, dissatisfaction with government,* [dostęp: 6.02.2020], https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/11/19/protests-in-lebanon-highlight-ubiquity-of-whatsapp-dissatisfaction-with-government/.

Procesom rewolucyjnym ułatwiają zmiany technologiczne[27]. W dobie powszechnego Internetu i ułatwionemu dostępowi do informacji i komunikacji, społeczeństwo sprawniej się komunikuje. Internet stał się motorem wielu rewolucji. Dla rządów Internet jest ambiwalentnym narzędziem. Z jednaj strony wykorzystywany do promowania działań, a z drugiej znacznie trudniej jest ukryć działania, kiedy jest możliwość sprawdzenia przez obywateli poczynań władzy. W Libanie społeczeństwo przy użyciu Internetu dowiedziało się o nadużyciach rządzących, a w tym szarzącej się korupcji, bogactwie członków establishmentu, braku gospodarowania pieniędzmi napływającymi z ropy naftowej.

Postulaty społeczeństwa można podzielić na trzy kategorie: polityczne, ekonomiczne oraz społeczne. Rewolucja październikowa jest nie tylko rewolucją antyrządową ale również antysystemową. Ludność Libanu domaga się ustąpienia obecnego establishmentu rządowego oraz zmiany całego systemu, w postaci zniesienia klucza religijnego. Dla młodych ludzi podziały religijne w Libanie są w zeru procentach religijne i w stu procentach polityczne[28]. Dlatego wśród protestujących rozbrzmiewają hasła o jedności, protestują wszyscy razem, sunnici z szyitami oraz chrześcijanami. Znakiem jedności w kraju było utworzenie łańcucha ludzkiego 27 października, kiedy na długości 107 km, wzdłuż kraju od Tripoli przez Bejrut do Tyru Libańczycy złapali się za ręce i utworzyli łańcuch, demonstrując tym samym jedność narodu. Rewolucje pojawiają się nie dlatego że zaistniały system jest nieadekwatny bądź zły, lecz dlatego, że długo nie odpowiadał na potrzeby społeczeństwa[29]. Brak rozwiązań problemów, które stoją przed Libanem od czterdziestu pięciu lat, spowodował brak wiary w system polityczny, który miał łączyć wszystkie grupy religijne, a podzielił naród pomiędzy władzę a społeczeństwo. Kwestie polityczne są skorelowane z obszarem ekonomicznym. Rozdział stanowisk według przynależności religijnej ustanowiony na początku dwudziestego wieku podzielił lud libański na bogatych rządzących i biedne społeczeństwo. Podział urzędów według religii rozwinął system wasta, klientelizmu[30], funkcję zu'am[31], sprzyjał pogłębiającej się korupcji. W 2017 roku Liban według indeksów transparentności zajął 143 na 180 miejsc w indeksie korupcji (im bliżej końca tym gorzej), otrzymując 28 na 100 punktów (0- wysoka korupcja; 100 – brak korupcji). Z kwestią korupcji jest związana również kwestia libańskiej

[27] F. Fukuyama, *Tożsamość. Współczesna polityka tożsamościowa i walka o uznanie,* Poznań 2018, s. 221.
[28] L. Murtada, *Aversive Visions of Unanimity: Political Sectarianism in Lebanon,* 2018, p.10.
[29] K. Kozłowski, *Kolory rewolucji,* Warszawa 2012, s. 29.
[30] Relacja patron-klient. Sposób regulacji przepływów, popularny w krajach arbskich. Powszechność nieformalnych powiązań łączących politycznych liderów zu'am z klientami stał się przyczółkiem do wyparcia instytucjonalnej drogi załatwiania interesów.
[31] Zu'am – lider grupy, przywódca religijny. Osoba, która wyrosła na patrona społeczności poprzez karierze w handlu bądź tradycji rodzinnej. Sprawuje często funkcję patrona grupy.

ropy. Libańczycy postulują, aby zyski z tego surowca naturalnego były przekierowane na rozwiązywanie problemów społecznych i wspomaganie libańskiej społeczności. Według CIA Factbook w 2004 roku 28,6% ludności żyła poniżej granicy ubóstwa. Pomimo braku późniejszych danych ta liczba została zasilona przez część uchodźców w Syrii oraz pauperyzację rodzin libańskich.

Pauperyzacja społeczeństwa libańskiego jest skorelowana z globalnym wzrostem nierówności. Francis Fukuyama, w książce *Tożsamość. Współczesna polityka tożsamościowa i walka o uznanie*, tłumaczy, że w przeciągu ostatnich trzech dekad nierówność pomiędzy krajami biednymi i bogatymi zmalała, ale na korzyść pogłębienia nierówności w kraju. Dodatkowo Fukuyama zaznacza, iż ciężko znaleźć na świecie kraj, w którym klasa oligarchów-miliarderów nie wykorzystuje swojego politycznego bogactwa do ochrony interesów[32].

Pod koniec 2019 roku rewolucja w państwie spowodowała spadek przychodów z turystyki, najważniejszej gałęzi libańskiej gospodarki. W 2017 roku 83% przychodów było generowanych z usług, 3,9% z rolnictwa oraz 13,1% z przemysłu[33]. Dodatkowo rewolucja spowodowała dewaluację funta libańskiego. Od 1997 roku utrzymywał się stały kurs, jeden dolar amerykański równał się 1500 funtów libańskich. Pod koniec listopada 2019 roku dolar wynosił 2 200-2 300, a w grudniu 2019 roku na lotnisku w Istambule 5 200[34]. Ceny produktów w Libanu permanentnie od momentu rozpoczęcia kryzysu wzrastają.

Kolejnym argumentem wysuwanym przez Libańczyków, przeciwko władzy i złemu rozdysponowaniu pieniędzy jest Specjalny Trybunał dla Libanu. Organ został utworzony w 2005 roku i jego zadaniem było osądzenie sprawców morderstwa Rafika Haririego. Finansowanie Trybunału zostało rozłożone pomiędzy Liban a państwa donatorów. W 2017 roku koszty funkcjonowania tej instytucji wyniósł 65 milionów dolarów. 49% kwoty jest opłacane przez Bejrut a 51% przez inne kraje. Średnio funkcjonowanie organu, który działa przez 15 lat (rok 2020) pochłania około trzydziestu milionów dolarów rocznie.

Trzecią kategorią postulatów są kwestie społeczne. Według Samuela Huntingtona najbardziej skore grupy do wystąpień społecznych to nie są najbiedniejsi, tylko klasa średnia, ponieważ to oni czują, że tracą swój status kosztem innych[35]. W związku z powyższym żądania społeczeństw są skorelowane z ich poziomem życia. Na bejruckich ulicach widnieją postulaty dotyczące praw mniejszości seksualnych oraz praw kobiet. Drugi rodzaj praw jest skorelowany

[32] F. Fukuyama, *Tożsamość. Współczesna polityka tożsamościowa i walka o uznanie,* Poznań 2018, s. 102.
[33] CIA Factbook, [dostęp: 5.02.2020], https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/le.html.
[34] *One dollar is being exchanged for 5000 LPB in Instanbul Airport!,* [dostęp 5.02.2020], https://www.the961.com/business/one-dollar-is-being-exchanged-for-5000-lpb-in-istanbul-airport
[35] F. Fukuyama, *Tożsamość. Współczesna polityka tożsamościowa i walka o uznanie,* Poznań 2018, s. 112.

z prawem do nadawania obywatelstwa dzieciom libańskim kobiet. Na początku dwudziestego wieku zostało przyjęte prawo, iż dziecko może otrzymać libańskie obywatelstwo jedynie z ojca Libańczyka. Po napływie palestyńskich uchodźców zostały zawierane mieszane małżeństwa. Uregulowanie kwestii obywatelstwa dla dzieci z mieszanych rodzin, również stało się jednym z długiej listy żądań do uregulowania przez przyszłe władze.

Wnioski

Rewolucje wybuchają, gdy rząd nie przeciwdziała wyzwaniom jakie borykają państwo i uderzają w obywateli. W najnowszej historii Libanu (kraj uzyskał niepodległość w 1943) można wyróżnić dwie rewolucje, wojnę domową oraz refolucje śmieciową. Kolejne wybuchy demonstrowania ludności przeciwko władzy rozliczają poprzednie rewolucje. Przyczyny pośrednie wojny domowej, nie zostały rozwiązane przez władzę i są one powtarzalne w każdej kolejnej rewolucji. Problemy korupcji, sekciarstwa, wyzwania polityki publicznej związanej z napływem uchodźców są permanentnymi problemami Libanu. Asumpty prowadzące do wyrażenia niezadowolenia przez społeczeństwo zmieniają się, jednak trzon postulatów pozostaje taki sam.

	Postulaty	Strony występujące przeciwko:
Wojna domowa	- system konfesyjny - korupcja, słabości i nieefektywność aparatu państwowego	Muzułmanie/ chrześcijanie
Cedrowa rewolucja	- system konfesyjny - korupcja - wycofanie wojsk syryjskich (+) - przeprowadzenie nowych wyborów	Koalicja 8 marca (szyicka, prosyryjska) / koalicje 14 marca (sunnicko-chrześcijańska, antysyryjska)
Rewolucja śmieciowa	- system konfesyjny - korupcja - przeprowadzenie nowych wyborów - ochrona środowiska	obywatele- władza

Rewolucja październikowa	- system konfesyjny - korupcja - przeprowadzenie nowych wyborów - ochrona środowiska naturalnego - prawa kobiet dla przekazania obywatelstwa swoim dzieciom - prawa społeczności LGBT - całodobowy dostęp do elektryczności - kary za zaśmiecanie - dostęp do służby zdrowia - podniesienie zarobków	obywatele- władza

Kolejne rewolucje przyniosły inne skutki dla sytuacji politycznej państwa. Wojna domowa zakończyła się modyfikacją systemu politycznego, zrównując reprezentacje przedstawicielką muzułmanów i chrześcijan. Rewolucja cedrowa podzieliła społeczeństwo na zwolenników silniejszej integracji z Syrią oraz przeciwników sojuszu z Damaszkiem. Od 2005 w społeczeństwie i u władzy był widoczny podział na przedstawicieli Koalicji 8 marca oraz 14 marca. Rewolucja październikowa w trakcie pisania tego artykułu jeszcze się nie zakończyła, ale już można zauważyć wyraźną koncyliację społeczeństwa. Zjednoczony naród libański wystąpił przeciwko całemu rządowi. W 2019 roku nie widać podziałów religijnych, a można zauważyć usilną próbę rozdzielenia religii od państwa i próbę ustanowienia nowego porządku politycznego i przede wszystkim systemowego w kraju. Jedynie refolucja śmieciowa nie przyniosła żadnych zmian w państwie. Władza przeczekała protesty, które relatywnie zakończyły się szybko nie doprowadzając do żadnych zmian społeczno-politycznych.

Wystąpienia ludności w Libanie mocno korelują z zaistniałą sytuacją w regionie. Przyczyną domową wojny domowej był masowy napływ Palestyńczyków, którzy po powstaniu państwa Izrael szukali bezpiecznego schronienia. Wojna domowa zakończyła się silnym uzależnieniem Bejrutu od Damaszku, włącznie z wprowadzeniem syryjskich wojsk. Wojna i zaangażowanie państw ościennych w uregulowanie wewnętrznych spraw Libanu zaowocowało powstaniem organizacji Hezbollah (proxy Iranu). Od powstania tej grupy,1982, Iran ma duże wpływy w wewnętrzne sprawy Bejruty poprzez swojego poplecznika. Problem stacjonowanie obcych wojsk w Libanie rozwiązała dopiero w 2005 roku rewolucja cedrowa, której pokłosiem było wycofanie sił zbrojnych Syrii. Zaangażowanie państw regionalnych i próba włączenia terytorium Libanu do swojej strefy wpływów pomiędzy Iranem

reprezentującym szyitów oraz Arabią Saudyjską rozpościerającą parasol nad sunnitami w regionie nie wpływa korzystnie na wewnętrzną sytuacją Libanu. Powoduje to walkę o wpływy w gronie osób u władzy, a nie realne rozwiązywanie libańskich problemów.

System koncyliacyjny miał łączyć, wszystkie grupy religijne zapewniając reprezentację odłamu religijnego u władzy. Jego główny cel został zapewniony jednak nie połączył całego kraju a złączył społeczeństwo (tak bardzo podzielone religijnie) przeciwko władzy (również sfragmentyzowanej wyznaniowo). Podział społeczeństwa na poziomie wertykalnym władza-obywatel, doprowadził do powstawania rewolucji w Libanie. Kolejne wystąpienia ludność rozliczają poprzednie, przy których rząd nie uregulował żądanych przez Libańczyków kwestii. Brak reakcji władz na problemy Libanu, powoduje ich namnażanie, oraz zachęca obywateli do walki o własne prawa.

ABSTRAKT

Celem artykułu jest próba przeanalizowania wystąpień ludności w Libanie klasyfikując je w ramach rewolucji bądź refolucji. Artykuł został zrealizowany przy pomocy krytycznej analizy literatury przedmiotu oraz badań empirycznych (w przypadku rewolucji październikowej). Wyniki badań wskazują, że każde wystąpienie społeczności libańskiej jest pokłosiem niespełnionych żądań poprzednich demonstracji. Brak rozwiązywania przez panujące władze problemów doprowadza w konsekwencji do kolejnej rewolucji pomnażając żądania społeczności libańskiej.

Słowa kluczowe: Liban, wojna domowa, rewolucja cedrowa, kryzys śmieciowy, rewolucja październikowa.

Bibliografia

Baylouny A. M., *Born violent: Armed political parties and non-state governance in Lebanon's civil war, „*Small Wars&Insurgencies", 2014.

Biskup P., *Brexit jako rewolucja?,* „Polski Przegląd Dyplomatyczny", 2019.

Bortolazzi O., *The Cedar Revolution, Youth Participation, and Youth Organizations in Lebanon's Post Intifada. „Civic Engagement Sectarianism and Identity",* Cairo 2013.

Brylew M., *Liban. Religia-wojna-polityka,* Toruń 2016.

Czajkowska K., Diawoł-Sitko A., *Systemy polityczne wybranych państw Bliskiego Wschodu,* Warszawa 2012.

El-Cheikh I., *Przyczyny wojny domowej w Libanie w latach 1975-1990, „*Krakowskie Studia Międzynarodowe"2014, nr 3.

Fukuyama F., *Tożsamość. Współczesna polityka tożsamościowa i walka o uznanie,* Poznań 2018.

Janiszewski J., *Rewolucja jako przejaw zmiany społecznej, „*SEMINARE" 2012, t.32.

Khajarian A. , *The Lebanese Trash Crisis,* ENV 334 Environmental Justice, 2017, http://digitalcommons.salve.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=env334_justice.

Khalil J. F., *Lebanon's waste crisis: An exercise of participation rights,* New media & society 2017, Vol. 19 (5).

Kozłowski K., *Kolory rewolucji,* Warszawa 2012.

Kraidy M. M., *Trashing the sectarian system? Lebanon's "You Stink" movement and the making of affective publics,* Communication and the Public, Volume 1, 2016.

Lebanese protest against waste-disposal crisis, Al Jazeera 2015, https://www.aljazeera.com/news/2015/07/lebanon-beirut-trash-rubbish-crisis-]150725060723178.html.

Madeyska D., *Historia współczesna świata arabskiego,* Warszawa 2008.

Murtada L., *Aversive Visions of Unanimity: Political Sectarianism in Lebanon,* 2018.

Sozer B., *Development of proxy relationships: a case study of the Lebanese Civil War,* Small Wars & Insurgencies.

Sutton R., *: Lebanon's Arab Spring: The Cedar Revolution Nine Years On* [w:] *A New Paradigm: Perspectives on the Changing Mediterranean, edited by S. Toperich, A. Mullins,* Washington 2014.

Dominik Delczyk
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0002-7048-5125

Squeeze-out w anonim şirket (tureckiej spółce akcyjnej) - wybrane aspekty

Squeeze-out in anonim şirket (Turkish company) – selected aspects

ABSTRACT

The article is about the squeeze-out right in Turkish company - anonim şirket. Despite some similarities, the Turkish model of squeeze-out is significantly different from the *squeeze-out* regulations which are in force in most countries. Its originality results from the specificity of economic conditions and axiology, according to which property rights deserve special legal protection. Some of the solutions adopted in Turkish law are innovative and may inspire lawmakers also in other countries. The paper includes analysis of the legal norms which are in force in the Republic of Turkey. The research was conducted based on the views presented by representatives of the doctrine.

Keywords: squeeze-out, turkish law

Wprowadzenie

Przymusowy wykup akcji jest wyrażeniem funkcjonującym w polskim języku prawnym i prawniczym oznaczającym (w dużym skrócie) instytucję pozwalającą na odpłatne pozbawienie akcji akcjonariuszy mniejszościowych bez konieczności uzyskiwania ich zgody. W niniejszym artykule pojęcie to używane jest jako skrót myślowy. Prawodawca turecki posługuje się bowiem nieco inną terminologią – instytucję o której mowa w *madde* 208 *Türk Ticaret Kanunu*[1] nazywa „*satın alma hakkı"(tur. prawo do zakupu)* natomiast instytucję o której a instytucję o której mowa w *madde* 27/1 *Sermaye Piyasası Kanunu*[2] „*çıkarma hakkı"(tur. prawo do wydania)*. Tureccy prawnicy często posługują się także pochodzącym z języka

[1]Türk Ticaret Kanunu, Tarih: (Tarih:14/2/2011 Sayı: 27846) ; dalej jako TTK.
[2] Sermaye Piyasası Kanunu (Tarih: 30/12/2012 Sayı: 28513); dalej jako SerPK.

angielskiego pojęciem *squeeze-out* w którym zawierają się zarówno obydwie przedmiotowe instytucje[3] jak i kilka innych funkcjonujących w prawie tureckim. W tureckim piśmiennictwie[4] pojęcie *squeeze-out'u* używane jest w kontekście różnych metod odpłatnego, przymusowego usuwania ze spółek akcjonariuszy lub wspólników spółek kapitałowych[5]. Pojęcie *squeeze-out'u* najczęściej stosowane jest względem procedury którą mogą zainicjować akcjonariusze (bądź wspólnicy) większościowi. Niektórzy autorzy[6] mianem tym określają również odpłatne pozbawienie akcji akcjonariuszy mniejszościowych przez sąd w trybie określonym w *madde* 531 *Türk Ticaret Kanunu.* Nie stanowi ono jednak przedmiotu niniejszego opracowania z uwagi na fakt iż dopuszczalne jest ono jedynie względem akcjonariuszy którzy wystąpili do sądu o rozwiązanie spółki a zatem *de facto* wyrazili wolę utraty jej akcji. Sama instytucja przymusowego wykupu akcji wywodzi się z prawa brytyjskiego. Pierwszym na świecie aktem normatywnym regulującym *squeeze-out* był *Companies Act* z 1929 r.[7] W prawie tureckim *squeeze-out* uregulowany jest w ustawie z dnia 13 stycznia 2011 r. *Türk Ticaret Kanunu*, w ustawie z dnia 6 grudnia 2012 r. *Sermaye Piyasası Kanunu* oraz w wydanym 31 grudnia 2020 r. przez *Sermaye Piyasası Kurulu*[8] na podstawie upoważnienia zawartego w *madde* 27/4 SerPK *Ortaklıktan Çıkarma Ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3)[9]. Jako, że dokonanie analizy całokształtu regulacji dot. przymusowego wykupu akcji akcjonariuszy *anonim şirket*[10]

---

[3] T. Poyraz, *TTK m. 208 uyarınca azınlığın paylarını satın alma hakki*, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, danışman: A. Karamanlioğlu, İstanbul 2019, s. 6-15.

[4] Zob. S. Sevinç, *Exit Right and Squeeze Out From Limited Liability Companies*, http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/law-post/exit-right-and-squeeze-out-from-limited-liability-companies/ [dostęp 18 maja 2021 r.]; G. Gürkaynak, N. N. Yukaruc, B. Ustuntas, *The Court of Appeals Sheds Light on "Just Cause" for Termination, Exit Right and Squeeze-out of Shareholders*, https://ceelegalmatters.com/turkey/9725-the-court-of-appeals-sheds-light-on-just-cause-for-termination-exit-right-and-squeeze-out-of-shareholders [dostęp 18 maja 2021 r.].

[5] Odnoszenie pojęcia *squeeze-out'u* do instytucji pozwalającej wspólnikom większościowym nabyć udziały wspólników mniejszościowych spółki będącej odpowiednikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bez uzyskiwania ich zgody spotykane jest również w piśmiennictwie spoza Republiki Turcji – zob. np. F. A. Gevurtz, *Squeeze-Outs and Freeze-Outs in Limited Liability Companies*, „Washington University Law Review" 1995, nr 1, *passim*.

[6] M.in. G. Godollar, *A Brief Overview on Article 2008 of the Turkish Commercial Cod*e, s.3 https://www.academia.edu/39257748/A_BRIEF_OVERVIEW_ON_ARTICLE_208_OF_THE_TURKISH_COMMERCIAL_CODE [dostęp 18 maja 2021 r.]; L. Orak Celikboya, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Çıkma Ve Ayrılma*, http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/anonim-sirketlerde-ortakliktan-cikarilma-cikma-ve-ayrilma/ [dostęp 18 maja 2021 r.].

[7] The Companies Act 1929 (19 & 20 Geo. 5 C. 23); zob. A. Radwan, *Die Squeeze-out-Einführung vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen, rechtspolitischen und rechtsvergleichenden Analyse,* Magisterarbeit, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 1. Gutachter: W. Bayer, 2. Gutachter: O. Werner, 2001,. s. 44; M. Špačková, *Vybrané problémy právní úpravy squeeze-out,* disertační práce, Masarykova univerzita, vedoucí: J. Kotásek, Brno 2017/2018, s. 21; J. Birds, R. Hildyard, R. Miles, N. Boardman, M. Davis-White, *Annoted companies legislation*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 1113; P. L. Davies, *The notion of equality in European Take-over Regulation*, "SSRN Electronic Journal" 2002 nr 1, s. 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305979 [dostęp 18 maja 2021 r.].

[8] Rada ds. Rynków Kapitałowych.

[9] Ortaklıktan Çıkarma Ve Satma Hakları Tebliği (II-27.3), (Tarih:.31/12/2020 Sayı: 31351).

[10] Turecki odpowiednik spółki akcyjnej.

w zwięzłym artykule nie jest możliwe, niniejsze opracowanie ogranicza się do wybranych zagadnień.

Çıkarma hakkı o którym mowa w *madde* 27 *Sermaye Piyasası Kanunu – czyli squeeze-out „z progiem" 98 procent ogólnej liczby głosów w spółce*

Chronologicznie pierwszym aktem normatywnym stanowiącym o przymusowym wykupie akcji w prawie tureckim jest *Türk Ticaret Kanunu*[11]. Opublikowana 30 grudnia 2012 r. ustawa z dnia 6 grudnia 2012 r. *Sermaye Piyasası Kanunu* jest jednak pierwszym aktem prawnym regulującym *squeeze-out* w spółkach publicznych[12] (przy odrzuceniu poglądu[13] o możliwości stosowania przepisów TTK stanowiących o przymusowym wykupie akcji także w spółkach publicznych). Zgodnie z *madde* 27/1 SerPK akcjonariusze, którzy w związku z ofertą publiczną lub nabyciem akcji w inny sposób osiągnęli lub przekroczyli wymaganą ilość głosów w spółce uprawnieni są do żądania wykupu akcji należących do pozostałych akcjonariuszy. Spełnienie przez akcjonariuszy większościowych warunków umożliwiających przeprowadzenie przymusowego wykupu akcji zgodnie z *madde* 27/2 SerPK uprawnia jednak akcjonariuszy mniejszościowych do skorzystania z prawa do zbycia akcji w trybie *sell-out'u*. Możliwość skorzystania z prawa do *squeeze-out'u* przez akcjonariusza tureckiej spółki publicznej nie jest uzależniona od tego jakim jest on podmiotem. W przeciwieństwie do przymusowego wykupu uregulowanego w niemającym zastosowania w spółkach publicznych[14] *madde* 208 TTK podmiotem wykupującym poprzez *squeeze-out* akcje akcjonariuszy mniejszościowych spółki publicznej nie musi być nim spółka dominująca. *Madde* 27/4 SerPK upoważnia *Sermaye Piyasası Kurulu* do określenia procedur i zasad dotyczących wdrażania *madde* 27 SerPK. Przyznanie przez tureckiego prawodawcę tak szerokich kompetencji *Sermaye Piyasası Kurulu* znacząco odróżnia turecki model *squeeze-out'u* od rozwiązań obowiązujących w większości państw które zdecydowały się na wprowadzenie do swojego porządku prawnego instytucji przymusowego wykupu akcji. O ile bowiem zdarza, się że obowiązujące w państwach które zdecydowały się na wprowadzenie do swoich porządków prawnych instytucji

---

[11] L. Orak Celikboya, *Turkey: Squeeze-Out, Sell-Out And Exit Rights in Join Stock Companies,* https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/226046/squeeze-out-sell-out-and-exit-rights-in-joint-stock-companies [dostęp 18 maja 2021 r.]; L. Orak Celikboya, *Anonim… op. cit.* [dostęp 18 maja 2021 r.].

[12] L. Orak Celikboya, *Squeeze-out and Sell-out Rights in Public Companies*, http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/squeezeout-and-sellout-rights-in-public-companies/ [dostęp 18 maja 2021 r.].

[13] N. Turunç, K. Turunç, *Q&A: completing public M&A transactions in Turkey*, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=adad6cfd-deab-4781-be37-e81a1b787ed7 [dostęp 18 maja 2021 r.].

[14] Odmienny, dopuszczający stosowanie madde 208 TTK w spółkach publicznych: N. Turunç, K. Turunç, *Q&A: completing… op. cit* [dostęp 18 maja 2021 r.].

przymusowego wykupu akcji ustawy zawierają odesłania do aktów prawnych niższego rzędu precyzujących sposób przeprowadzenia *squeeze-out'u*[15], tak uregulowanie w *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3) oraz obowiązujących przed nim *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.2)[16] i *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.1)[17] wysokości procentowego progu ilości głosów w spółce którego osiągnięcie lub przekroczenie warunkuje prawo do nabywania akcji poprzez *squeeze-out* stanowi specyficzną cechę prawa tureckiego. Wysokość procentowego progu ogólnej ilości głosów w spółce którego osiągnięcie lub przekroczenie umożliwia zainicjowanie procedury *squeeze-out'u* w komentowanym trybie, od stycznia 2018 r. wynosi on 98 procent. W latach 2015-2017 był on 97 procentowy a od wejścia w życie *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.1) do końca 2014 r. wynosił 95 procent[18]. W 2020 r. próg ten planowano obniżyć do 95 procent[19]. Z pomysłu tego jednak zrezygnowano. Przy obliczaniu „progu" uwzględnia się akcje pośrednio i bezpośrednio posiadane przez zamierzającego dokonać *squeeze-out'u* akcjonariusza. Akcjonariusz może osiągnąć go sam lub z „osobami z którymi działa". Funkcjonowanie wysokiego progu ilości głosów w spółce oznacza, przyjęcie aksjologii zgodnie z którą prawo własności jest dobrem zasługującym na szczególną ochronę prawną. Przyjęte rozwiązanie stanowi ograniczenie kręgu osób mogących dokonać wykupu i liczby sytuacji w których do wykupu mogłoby dojść. Nie rozwiązuje ono jednak problemu zróżnicowania akcjonariuszy ze względu na posiadane wpływy w spółce. Niezdecydowanie się w *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3) na obniżenie 98 procentowego progu, a nawet faktyczne „podwyższenie go tylnymi drzwiami" przez rozszerzenie[20] „katalogu" akcji z których głosy nie są liczone przy jego obliczaniu[21] może budzić pewne kontrowersje. Trudności w przeprowadzeniu *squeeze-out'u* są bowiem niekiedy wymieniane jako czynnik mogący

[15] Jak ma to miejsce m.in. w Polsce – zob. Art. 82 ust. 7 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst. jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 623 ze zm.).

[16] Ortaklıktan Çıkarma Ve Satma Hakları Tebliği (II-27.2), (Tarih:.12/11/2014 Sayı: 29173).

[17] Ortaklıktan Çıkarma Ve Satma Hakları Tebliği (II-27.1) (Tarih:.02/01/2014 Sayı: 28870).

[18] H. Gedik, G. Erkosoy, *CMB raises the squeeze-out threshold*, http://www.gedikeraksoy.com/CMB_raises_the_squeeze_out_threshold_November_2014.PDF?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original [dostęp 18 maja 2021 r.].

[19] II-27.3 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği Taslağı Duyurusu, https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20201028/0 [dostęp 18 maja 2021 r.].

[20] Zob. *Madde* 4/3 *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3).

[21] Podobnie jak pod rządami *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.2) przy obliczaniu progu ilości głosów w spółce umożliwiajacego przeprowadzenie *squeeze-out'u* nie uwzględnia się głosów z akcji którymi dysponuje on jako użytkownik ani głosów wynikających z uprzywilejowania akcji. Przy obliczaniu progu nie uwzględnia się również akcji uzyskanych wskutek wykonania prawa wykupu i prawa poboru oraz akcji których stanowi *madde* 4/3 *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3).

spowolnić gospodarkę[22]. Z drugiej strony jednak Turcja nie jest jedynym krajem który zdecydował się na podwyższenie obowiązującego wcześniej progu warunkującego możliwość przeprowadzenia przymusowego wykupu w spółce publicznej. Na podobny krok zdecydowała się m.in. Polska podwyższając w 2019 r. dotychczasowy 90 procentowy próg ogólnej liczby głosów w spółce publicznej do 95 procent ogólnej liczby głosów w spółce[23].

Tryb przymusowego wykupu akcji uregulowany w *madde* 27 SerPK oraz *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3) jest tematem bez wątpienia zasługującym na osobny artykuł, w którym kompleksowej analizie poddane zostałyby chociażby regulacje *Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği* (II-27.3) dot. ceny wykupu, roli jaką w procedurze wykupu pełni spółka, czy charakteru prawnego związanych z ową procedurą terminów. Oryginalność rozwiązań dot. wysokości progu ogólnej liczby głosów w spółce jaki musi osiągnąć lub przekroczyć akcjonariusz chcący dokonać wykupu wynika ze specyfiki tureckiego rynku, a także z faktu, iż Turcja jako państwo niebędące członkiem Unii Europejskiej nie jest związana postanowieniami Dyrektywy 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia[24]. Artykuł 15 przedmiotowej dyrektywy stanowiący o prawie przymusowej sprzedaży, zabrania państwom członkowskim ustanawiać progu wyższego niż 95 procent liczby głosów. Przedmiotowa dyrektywa poza niebagatelnym wpływem jaki miała na kształ regulacji prawnych obowiązujących w Państwach Członkowskich wywarła istotny wpływ na prawodawstwo niektórych państw nienależących do Unii Europejskiej lecz mających z nią silne powiązania gospodarcze m.in. Ukrainy[25]. Turcja oparła się jednak tym wpływom wybierając model korzystniejszy dla drobnych akcjonariuszy. Możliwość dokonania przymusowego wykupu akcji w tureckiej spółce publicznej nie jest uzależniona od wcześniejszego złożenia oferty zakupu akcji wszystkim (innym niż oferent) akcjonariuszom. Jest to powód, dla którego,

---

[22] Cardon Ch., *New 90% threshold to implement a squeeze-out threshold: good news for financial markets, from IPO to Pt*, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e6bf644-9a94-4d13-b8fc-e4b65c59a44a [dostęp 18 maja 2021 r.].

[23] Zob. Art. 1 pkt. 65 ustawy z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 2217).

[24] Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz.U. L 142 z 30.4.2004, s. 12–23).

[25] O. Kolohoida, I. Lukach, V. Poiedynok, A. Prokopiuk, *The Squeeze-out of Minority Shareholders: The Case of Ukraine*, „Hungarian Journal of Legal Studies" 2019 nr 3, s. 266; S. Beljasov, *Squeeze-out and its specific features in Ukraine*, https://kreston-gcg.com/en/squeeze-out-and-its-specific-features-in-ukraine/ [dostęp 14 sierpnia 2020 r.].

mimo że 98 procentowy jest wyższy od 95 procentowego, w piśmiennictwie[26] wskazuje się, że zakres prawa do przymusowego wykupu akcji gwarantowany przez Dyrektywę 2004/25/WE jest węższy od prawa do przymusowego wykupu akcji gwarantowanego w *Sermaye Piyasası Kanunu.*

Satın alma hakkı w trybie *madde* 208 Türk Ticaret Kanunu – *squeeze-out* wymagający uzasadnienia

Umiejscowiony wśród przepisów różnych (tur. *çeşitli hükümler*)[27] dotyczących „społeczności spółkowej", (tur. *şirketler topluluğu*), uznawany za innowacyjny[28] *madde* 208 TTK stanowi o trybie *squeeze-out'u* którego może dokonać spółka dominująca. Ów tryb wykupu możliwy jest do zastosowania w spółkach kapitałowych[29], z uwagi na tematykę artykułu rozważania zawarte w niniejszym podrozdziale dotyczą jednak będącej jedną z nich spółki *anonim şirket* (stąd w części nieniejszego artykułu dot. przedmiotowego trybu wykupu użycie słów „akcja" i „akcjonariusz"). Z literalnego brzmienia *madde* 27/3 SerPK wynika że *madde* 208 TTK nie znajduje zastosowania w spółkach publicznych. Pogląd taki dominuje również w piśmiennictwie[30] (choć można spotkać się również z niezasługującym na aprobatę stanowiskiem dopuszczającym stosowanie w nich *madde* 208 TTK)[31]. Do wykupu akcji

---

[26] Ç. Manavgat, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, „Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi", 2015 nr 2, s. 95.

[27] Umiejscowienie norm dotyczących squeeze-out'u w przedmiotowej częsci TTK spotkało się z krytyką już na etapie uwag dot. projektu tej ustawy – zob. M. İ. Kaya*, Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right)*, „Hukuk Fakültesi Dergisi Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi" 2007 vol. XI, issue: 1-2, s. 327.

[28] M. Tütüncü, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out),* Doktora Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Danışman: M. K. Omağ, 2016, s. 19; G. Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku 1. Baskı*, İstanbul 2009, s. 439.

[29] T. Poyraz, *TTK m. 208…dz.cyt.*, s. 102 oraz cyt. za T. Poyraz, *TTK m. 208…dz.cyt.*, s. 102: M. Tütüncü, *Hâkim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out) –TTK M.208-, 1. Baskı*, İstanbul 2017, s. 144, 156-159; L. Orak Çelikboya, *Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı, 1. Baskı*, İstanbul 2017, s. 121; G. Okutan Nilsson, *Türk… op. cit.,* s. 438; K. Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, Ankara 2015, s. 44; A. I. Karacan, *Ortaklıktan Çıkarma – Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme, 1. Baskı*, İstanbul 2015, s. 186; S. Ö. Yeşiltepe, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, Güncellenmiş 2. Baskı*, Ankara 2016, s. 158; G. Gündoğdu, *Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu*, „Legal Hukuk Dergisi", 2014 nr 133, s. 259; Ü. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası*, İstanbul 2015, s. 613-614, 671-672; E. R. Giray, *Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Şirketler Topluluğu* [w:] S. Karahan, *Şirketler Hukuku, 2. Baskı*, İstanbul 2015, s. 159; A. Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Basıdan Tıpkı 3. Bası*, İstanbul 2016, s. 191; O. H. Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 3. Bası*, Ankara 2017, s. 177-178.

[30] Pogląd powszechny, m.in. zob. M. Tütüncü, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out),* Doktora Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Danışman: M. K. Omağ, 2016*,* s. 19; K. Demir, *Squeeze-out mergers in Turkey – an overview*, https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Corporate-FinanceMA/Turkey/Kayum-Demir/Squeeze-out-mergers-in-Turkey-an-overview [dostęp 18 maja 2021 r.]; T. Poyraz, *TTK m. 208… op. cit.,* s. 141

[31] N. Turunç, K. Turunç, *Q&A: completing...op.cit.*, [dostęp 18 maja 2021 r.].

w trybie *madde* 208 TTK dochodzi na skutek postanowienia sądu. O jego wydanie wnioskować może jedynie spółka dominująca (tur. *hâkim şirket*) posiadająca co najmniej 90 procent kapitału zakładowego oraz 90 procent ogólnej liczby głosów w spółce zależnej w której zamierza przeprowadzić *squeeze-out*[32]. Użycie przez prawodawcę słowa „ve" które przetłumaczyć można jako „i" oznacza że koniecznym jest osiągnięcie lub przekroczenie obydwu 90 procentowych progów[33]. Kryterium posiadania owej ilości kapitału zakładowego i głosów w spółce powinna ona spełniać aż do dnia wydania przez sąd postanowienia[34]. Na marginesie wspomnieć należy, że na etapie projektowania TTK, rozważano możliwość ustalenia przedmiotowych progów na poziomie 95%[35]. Możliwość przeprowadzenia przymusowego wykupu akcji w trybie *madde* 208 TTK została uzależniona przez tureckiego prawodawcę od zaistnienia uzasadniających go przesłanek. Akcjonariusze mniejszościowi mogą zostać wbrew swojej woli pozbawieni akcji jeżeli uniemożliwiają prawidłowe funkcjonowanie spółki, działają wbrew zasadzie uczciwości, powodują poważne szkody dla spółki lub postępują lekkomyślnie. Uzależnienie możliwości „wyciśnięcia" mniejszości ze spółki od powyższych przesłanek świadczy o istotnym znaczeniu prawa własności jako dobra chronionego przez prawo tureckie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie interpretacja użytych w *madde* 208 TTK klauzul generalnych może nastręczać trudności[36]. Sądy posiadają znaczną swobodę w zakresie ustalania ich zaistnienia, brak bowiem definicji legalnej pojęć takich jak np. „lekkomyślność"[37]. Przyjmuje się, że dostatecznym uzasadnieniem dla pozbawienia akcjonariuszy mniejszościowych akcji może być wystąpienie przez nich z bezzasadnym powództwem o unieważnienie walnego zgromadzenia, bezzasadne domaganie się przezeń przeprowadzenia w spółce audytu lub odroczenia walnego zgromadzenia, a także szkodzenie reputacji spółki

[32] Zob. İ. Akın, *TTK m.208 Kapsaminda Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması*, „Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi" 2013 nr 1-2, s. 13 – autor w szczegółowy sposób wyjaśnia jak obliczać progi o których mowa w *madde* 208 TTK.

[33] T. Poyraz, *TTK m. 208…, op. cit.,* s. 105.

[34] A. Baltaci, Y. Işık, A. Işıklı, *Squeeze out Right in Turkey*, http://www.bereket-baltaci.com/Squeee-out-Right-in-Turkey-Bereket-BAltaci-Turkish-Law-Firm-Turkey.html [dostęp 14 sierpnia 2020 r.]; G. Gürkaynak, N.N.Yukaruç, D. Doğancalı, E. İlci, *Squeeze-Out Right in Group of Companies*, „*Legal Insights Quarterly by ELIG Gürkaynak Attorneys-at-Law" Marzec-Maj 2019***,** s. 1, https://www.gurkaynak.av.tr/docs/liq/mar19/#PDF/4-5 [dostęp 18 maja 2021 r.].

[35] B. Develi, *6102 Sayili Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrilma Akçesi*, „Ankara Hacı Bayram Veli University Journal of the Faculty of Law" 2013 vol. 17 issue 2, s. 467; zob. też A. Turanboy, *6102 Sayili Türk Ticaret Kanunu'nun Sermaye PiyasasI Hukuku Bakimindan Değerlendirilmesi*, [w:] *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2-3 Haziran 2011*, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara 2011, s. 26.

[36] K. Demir, *Squeeze-out mergers...dz.cyt.* [dostęp 18 maja 2021 r.].

[37] Ü. Hergüner, D. Tunce, Z. Ahu Sazcı Uzun, S. Kaya, *Chambers Glonbal Practice Guides. Corporate M&A*, *Contributed by Hergüner Bilgen Özeke Attorney Partnership*, 2017, s. 10 https://herguner.av.tr/public/site/files/Chambers_&_Partners_-_Corporate_M&A_-_Law_&_Practice_2016.PDF; [dostęp 14 sierpnia 2020 r.].

w sektorze w którym ona funkcjonuje[38]. W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd zgodnie z którym aby możliwym było przeprowadzenie przymusowego wykupu akcji w trybie *madde* 208 TTK zachowanie akcjonariuszy mniejszościowych powinno mieć negatywny wpływ na zarządzanie spółką i jego skutki powinny być odczuwalne przez pewien okres czasu[39]. Ciężar dowodu spoczywa na akcjonariuszu który chce nabyć akcje poprzez *squeeze-out*[40]. Uzależnienie możliwości przeprowadzenia przymusowego wykupu akcji od podejmowania przez akcjonariuszy mniejszościowych określonych działań stanowi cechę wyróżniającą turecką regulacje na tle rozwiązań legislacyjnych przyjętych w innych państwach. „Wyciśnięcie" ze spółki akcjonariuszy mniejszościowych podejmujących szkodzące spółce działania może być korzystne dla pozostałych akcjonariuszy niezależnie od ilości posiadanego przez nich kapitału zakładowego czy ilości posiadanych przez nich głosów w spółce. Teza zgodnie z którą *madde* 208 TTK równoważy interesy akcjonariuszy większościowych i akcjonariuszy mniejszościowych[41] wydaje się by słuszną. *De lege ferenda* można jednak postulować wprowadzenie możliwości nabycia akcji w drodze przymusowego wykupu akcji przez akcjonariusza będącego osobą fizyczną który osiągnie wymagany próg kapitału zakładowego i głosów w spółce. Kompetencji przyznanej spółce dominującej nie można na zasadzie *a minori ad maius* interpretować jako przysługującej każdemu akcjonariuszowi. W obecnym stanie prawnym akcjonariusz nie będący spółką dominującą nie ma możliwości nabycia akcji w trybie *madde* 208 TTK[42].

Przymusowy wykup akcji przeprowadzany w trybie *madde* 208 TTK mimo, iż może być przeprowadzony dopiero po stypizowanym w ustawie nieodpowiednim zachowaniu akcjonariuszy mniejszościowych pełni funkcję prewencyjną, chroni on bowiem spółkę oraz pozostałych jej akcjonariuszy przed ponowieniem tego typu działań przez akcjonariuszy którzy już raz się ich podjęli. Wskazać należy jednak na istotną lukę w prawie tzn. brak regulacji określającej w jakim czasie po ziszczeniu się którejś z przedmiotowych przesłanek możliwym jest przeprowadzenie *squeeze-out'u*. Wprawdzie pozostawienie swobody uznania w tym przedmiocie sądowi ma zalety takie jak chociażby możliwość oceny spełnienia przesłanek dokonania *squeeze-out'u* w oparciu o doświadczenie życiowe oraz praktykę życia gospodarczego. Niemniej rozwiązanie takie rodzi ryzyko odmiennych rozstrzygnięć w podobnych sprawach. Jeżeli w przyszłości prawodawca zdecydowałby się na uregulowanie

[38] K. Demir, *Squeeze-out mergers...op.cit.* [dostęp 18 maja 2021 r.].
[39] G. Godollar,, *A Brief... op.cit.*, s.1 [dostęp 18 maja 2021 r.].
[40] H. Karabay, *Squeeze Out Right,* https://ermaner.av.tr/squeeze-out-right/ [dostep 18 maja 2021 r.].
[41] G. Gürkaynak, N.N.Yukaruç, D. Doğancalı,E. İlci, *Squeeze-Out Right... op. cit.,* s. 1 [dostęp 18 maja 2021 r.].
[42] N. Turunç, K. Turunç, *Q&A: completing... op. cit.*, [dostęp 18 maja 2021 r.].

tej kwestii, wówczas powinien uwzględnić zarówno czas jaki upłynął od czynu akcjonariusza mniejszościowego jak i czas w jakim spółka dominująca powzięła o nim wiedzę lub przy dołożeniu należytej staranności mogła ją powziąć. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której informacja np. o niszczeniu przez akcjonariusza spółki zależnej jej reputacji w sektorze w którym funkcjonuje nie dotarłaby do spółki dominującej od razu.

Cena wykupu dokonywanego w trybie *madde* 208 TTK ustalana jest w trybie *madde* 202/2 TTK[43] tzn. powinna odpowiadać giełdowej wartości akcji a jeżeli jej ustalenie nie jest możliwe ich rzeczywistej wartości. W praktyce, w związku z tym, że jak stanowi *madde* 27/3 SerPk (który wszedł w życie później niż *Türk Ticaret Kanunu*) *madde* 208 TTK nie ma zastosowania w spółkach publicznych wartość giełdowa nie jest odniesieniem branym pod uwagę przy ustalaniu ceny wykupu[44]. Tureccy prawnicy są zdania, że przy ustalaniu ceny wykupu sąd powinien wziąć pod uwagę wartość spółki w terminie możliwie najbliższym dniu wydania orzeczenia[45]. Mimo, że ustalenie ceny wykupu odpowiadającej rzeczywistej wartości wykupywanych akcji w praktyce niekiedy może być trudne, uznaje się[46] iż *squeeze-out* nie narusza *madde* 35 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası[47] (Konstytucji Republiki Turcji) stanowiącego o prawie do własności. Powierzenie kompetencji związanych z przedmiotową procedurą sądowi miało na celu ochronę przed ryzykiem nie opłacenia ceny wykupu w wysokości wynikającej z przepisów prawa[48].

Squeeze-out związany z połączeniem spółek – squeeze-out merger w wersji tureckiej

Prawo tureckie przewiduje specjalny tryb przeprowadzania *squeeze-out'u* związany z łączeniem się spółek. Choć użycie określenia tryb *squeeze-out'u* wymaga wyjaśnienia iż choć tak przedmiotowa instytucja kwalifikowana jest przez większość tureckiej doktryny[49],

---

[43] E. Bayramoğulları, *The Squeeze out Right in Joint Stock Companies*, https://www.gsghukuk.com/en/publications-bulletins/articles/21-the-squeeze-out-right-in.pdf [dostęp 18 maja 2021 r.].

[44] Gürpinar law firm, *Turkey: Ensuring In-Company Peace: The Right To Squeeze-Out,* https://www.mondaq.com/turkey/contracts-and-commercial-law/853994/ensuring-in-company-peace-the-right-to-squeeze-out [dostęp 18 maja 2021 r.].

[45] G. Gürkaynak, N.N.Yukaruç, D. Doğancalı,E. İlci, *Squeeze-out Right... dz.cyt.* s. 1, [dostęp 18 maja 2021 r.]; G. Godollar, *A Brief …dz.cyt..* [dostęp 18 maja 2021 r.].

[46] E. Tuzemen-Atik, *An Overview of Minority Rights in the Joint Stock Company under the Provisions of the New Turkish Commercial Code* [w:] H. Arslan, M. A. İçbay, A. Dragoescu, Current Perspectives in Social Sciences içinde, Białystok 2017 s. 383, Ç. Manavgat, *Halka… op. cit.*, s. 95.

[47] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Tarih: 9/11/1982 Sayı: 17863 Mükerrer).

[48] A. B. Doğrusoz, Ö. Onat, F. Tunçel Töralp, *Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile. Türk Ticaret Kanunu (Ticari işletme, ticaret şiketleri, kiymetli evrak hükümleri) Cilit: I (Madde 1-849)*, İskitler / Ankara 2011, s. 346.

[49] Pogląd iż jest to stanowisko większości doktryny wyraził T. Poyraz, *TTK m. 208… op. cit.*, s. 9 powołując się przy tym na poglądy wyrażone w: A. Şahin,: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*, İstanbul 2013, s. 412; F. Bilgili, E. Demirkapı, *Şirketler Hukuku, 9. Baskı*, Bursa, 2013, s.76-77; E. Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Azınlık Pay*

w literaturze przedmiotu można spotkać się również ze stanowiskiem[50] że instytucja której dotyczy nienijszy podrozdział nie jest *squeeze-out'em* lecz instytucją do niego podobną. Doktryna wykup taki określa pochodzącym z języka angielskiego określeniem *squeeze-out merger*[51]. Podobne regulacje poza Turcją obowiązują także m.in. w Niemczech[52] oraz niektórych stanach USA[53]. *Squeeze-out* przeprowadzany w związku z łączeniem się spółek uregulowany został w *madde* 141 TTK oraz *madde* 151 TTK. Tryb ten podobnie jak *squeeze-out* uregulowany w *madde* 208 TTK znajduje zastosowanie nie tylko w *anonim şirket*[54], z uwagi na tematykę artykułu w niniejszym podrozdziale omówiony został jednak w kontekście spółek *anonim şirket* (stąd w podrozdziale tym użycie słów „akcja" i „akcjonariusz"). Zgodnie z *madde* 141 TTK, jeżeli dochodzi do połączenia dwóch lub większej ilości spółek umowa połączeniowa stanowić może o wypłaceniu akcjonariuszom łączącej się spółki, która nie będzie istnieć po połączeniu kwoty odpowiadającej wartości akcji stanowiących ich własność, zamiast wydawania im akcji spółki mającej istnieć po połączeniu. Umowa taka musi zgodnie z *madde* 151/5 TTK zostać zaakceptowana przez akcjonariuszy posiadających 90 procent ogólnej liczby głosów w spółce która przestanie istnieć wskutek połączenia. Funkcjonowanie w tureckim porządku prawnym przedmiotowej regulacji oznacza iż mimo że art. 141 TKK może być stosowny nie tylko w stosunku do akcjonariuszy posiadających łącznie nie więcej niż 10 procent ogólnej liczby głosów w spółce jednak wobec nich może być stosowany w sposób przymusowy. Przyjęte rozwiązanie ma na celu usprawnienie funkcjonowania spółki mającej istnieć po połączeniu oraz jej ochronę przed potencjalnym nadużywaniem praw podmiotowych przez akcjonariuszy mniejszościowych. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji w której akcjonariusze mniejszościowi jednej z łączących się spółek mieliby sprzeczne interesy z inną

Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması, [w:] E. Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Ankara 2014, s. 73 i nast.; S. Ö. Yeşiltepe, *Halka…dz.cyt.*, s. 167; Akın İ., *TTK m.208… op. cit.*, s. 10.

[50] Ü. Tekinalp [w:] R. Poroy, Ü. Tekinalp, E. Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası*, İstanbul 2019, s. 602 cyt. za T. Poyraz, *TTK m. 208…op. cit.,* s. 9.

[51] Zob. m.in. J. Senney, *Squeeze-Out Merger – LLC*, https://www.pselaw.com/squeeze-out-merger-llc/ [dostep 18 maja 2021 r.]; T. Poyraz, *TTK m. 208…op.cit.*, s. 6; M. Tütüncü, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out),* Doktora Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Danışman: M. K. Omağ, 2016, s. 9-10.

[52] A. L. Seretakis, *Guest Post: German Appraisal Right Depends on Squeeze-Out Method, https://www.appraisalrightslitigation.com/2019/09/05/guest-post-german-appraisal-rights-depend-on-squeeze-out-method/* [dostęp 18 maja 2021 r.].

[53] D. N. Shine, *Delaware Decision Reinforces Need for Proper Procedure in Squeeze-Out Merger*, https://corpgov.law.harvard.edu/2014/03/20/delaware-decision-reinforces-need-for-proper-procedure-in-squeeze-out-merger/ [dostęp 18 maja 2021 r.]; B. Springmeyer, *Forcing Minority Shareholders Out: Freeze Outs, Squeeze Outs, and Shareholder Dilution*, http://www.calstartuplawfirm.com/business-lawyer-blog/minority-shareholder-freeze-outs-squeeze-outs-dilution-oppression.php [dostęp 18 maja 2021 r.].

[54] Zob. np. Ç. Akkan, *Limited Şirketlerde Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılmas*, http://www.akkan.av.tr/makale/limited-sirketlerde-ortagin-ortakliktan-cikmasi-ve-cikarilma/50/ [dostęp 18 maja 2021 r.]; F. B. Çakir Çelebi, *Limited Şirkette Çıkma Ve Çıkarma.* Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, danışman: H. Bozgeyik, 2015, s. 84-85.

spółką z którą dochodzi do połączenia i po połączeniu podejmowaliby działania szkodzące spółce w którą spółki się połączyły. Bezspornym jest, że opisany w niniejszym podrozdziale *squeeze-out merger* może być przeprowdzony w spółkach nie będących spółkami publicznymi. Doktryna turecka, nie zajmuje jednolitego stanowiska w przedmiocie możliwości stosowania przedmiotowego trybu przymusowego wykupu akcji również w spółkach publicznych[55].

Podsumowanie

Obowiązujące w Republice Turcji regulacje prawne dotyczące *squeeze-out'u* w istotny sposób różnią się od przepisów obowiązujących w innych państwach, w szczególności zaś od norm obowiązujących w krajach będących członkami Unii Europejskiej. Specyfika tureckiego rynku, brak konieczności dostosowywania przepisów do norm Dyrektywy 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia oraz aksjologia przywiązująca większą wagę do ochrony prawa własności przysługującego drobnym akcjonariuszom przyczyniły się do stworzenia oryginalnego modelu instytucji przymusowego wykupu akcji. Wysoki – 98 procentowy próg ogólnej liczby głosów w spółce warunkujący możliwość dokonania przymusowego wykupu akcji w spółce publicznej oraz występujące obok 90 procentowych progów posiadanego kapitału zakładowego oraz ogólnej liczby głosów w spółce kryterium podejmowania przez drobnych akcjonariuszy określonych za pomocą klauzul generalnych działań sprzecznych z interesem spółki jako warunki przeprowadzenia *squeeze-out'u* w spółce niepublicznej ograniczają ryzyko nadużywania *squeeze-out'u* przez dążących jedynie do realizacji swoich partykularnych interesów akcjonariuszy większościowych. Pewnym wyjątkiem od wspomnianych restrykcyjnych regulacji wydają się być normy dotyczące *squeeze-out merger* tzn. przymusowego wykupu akcji dokonywanego w związku z łączeniem się spółek. Ich treść swoje uzasadnienie znajdować może w znacznym ryzyku wystąpienia potencjalnego konfliktu interesów pomiędzy akcjonariuszem mniejszościowym łączącej się spółki a spółką powstającą w skutek połączenia lub kontynuującą działalność po połączeniu.

[55] Za taką możliwością: m.in. N. Turunç, K. Turunç, *Q&A: completing:… op.cit.* [dostęp 18 maja 2021 r.].; przeciw m.in. K. Demir, *Squeeze-out mergers...op.cit.* [dostęp 18 maja 2021 r.].

ABSTRAKT

Artykuł dotyczy przymusowego wykupu akcji przeprowadzanego w tureckiej spółce anonim şirket. Turecki model przymusowego wykupu akcji mimo pewnych podobieństw znacząco różni się od prawnych uregulowań squeeze-out' obowiązujących w większości państw. Jego oryginalność wynika ze specyfiki uwarunkowań gospodarczych i aksjologii zgodnie z którą prawa własności zasługuje na szczególną ochronę prawną. Niektóre spośród przyjętych w prawie tureckim rozwiązań mają charakter innowacyjny i mogą stanowić inspirację dla prawodawców również w innych państwach. Artykuł zawiera analizę norm prawnych obowiązującej w Republice Turcji. Badania zostały przeprowadzone w oparciu o poglądy prezentowane przez przedstawicieli doktryny.

Słowa kluczowe: squeeze-out, przymusowy wykup akcji, prawo tureckie

Bibliografia

Akty prawne:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun (Tarih: 9/11/1982 Sayı: 17863 Mükerrer).

Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz.U. L 142 z 30.4.2004, s. 12–23).

Ustawa z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 2217).

Sermaye Piyasası Kanunu (Tarih: 30/12/2012 Sayı: 28513).

Türk Ticaret Kanunu, Tarih: (Tarih: 14/2/2011Sayı: 27846).

The Companies Act 1929 (19 & 20 Geo. 5 C. 23).

Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği (II-27.3), (Tarih:.31/12/2020 Sayı: 31351).

Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği (II-27.2), (Tarih:.12/11/2014 Sayı: 29173).

Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği (II-27.1) (Tarih:.02/01/2014 Sayı: 28870).

Publikacje:

Akın İ., *TTK m.208 Kapsaminda Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması,* „Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi“ 2013 nr 1-2.

Akkan Ç., *Limited Şirketlerde Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılmas*, http://www.akkan.av.tr/makale/limited-sirketlerde-ortagin-ortakliktan-cikmasi-ve-cikarilma/50.

Baltaci A., Işık Y., Işıklı A., *Squeeze out Right in Turkey*, http://www.bereket-baltaci.com/Squeee-out-Right-in-Turkey-Bereket-BAltaci-Turkish-Law-Firm-Turkey.html [dostęp 14 sierpnia 2020 r.].

Bayramoğulları E., *The Squeeze out Right in Joint Stock Companies*, https://www.gsghukuk.com/en/publications-bulletins/articles/21-the-squeeze-out-right-in.pdf [dostęp 18 maja 2021 r.].

Beljasov S., *Squeeze-out and its specific features in Ukraine*, https://kreston-gcg.com/en/squeeze-out-and-its-specific-features-in-ukraine/ [dostęp 14 sierpnia 2020 r.].

Bilgili F., Demirkapı E., *Şirketler Hukuku, 9. Baskı*, Bursa, 2013.

Birds J., Hildyard R., Miles R., Boardman N., Davis-White M., *Annoted companies legislation*, Oxford University Press, Oxford 2010.

Cardon Ch., *New 90% threshold to implement a squeeze-out threshold: good news for financial markets, from IPO to Pt*, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e6bf644-9a94-4d13-b8fc-e4b65c59a44a [dostęp 18 maja 2021 r.].

Çakir Çelebi F. B., *Limited Şirkette Çıkma Ve Çıkarma.* Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, danışman: Bozgeyik H., 2015.

Davies P. L., *The notion of equality in European Take-over Regulation*, "SSRN Electronic Journal" 2002 nr 1, s. 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305979 [dostęp 18 maja 2021 r.].

Demir K., *Squeeze-out mergers in Turkey – an overview*, https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Corporate-FinanceMA/Turkey/Kayum-Demir/Squeeze-out-mergers-in-Turkey-an-overview [dostęp 18 maja 2021 r.].

Develi B., *6102 Sayili Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrilma Akçesi*, „Ankara Hacı Bayram Veli University Journal of the Faculty of Law" 2013 vol. 17 issue 2.

Doğrusoz A. B., Onat Ö., Tunçel Töralp F., *Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile. Türk Ticaret Kanunu (Ticari işletme, ticaret şiketleri, kiymetli evrak hükümleri) Cilit: I (Madde 1-849)*, İskitler / Ankara 2011.

Gedik H., Erkosoy G., *CMB raises the squeeze-out threshold*, http://www.gedikeraksoy.com/CMB_raises_the_squeeze_out_threshold_November_2014.PDF?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original [dostęp 18 maja 2021 r.].

Gevurtz F. A., *Squeeze-Outs and Freeze-Outs in Limited Liability Companies*, „Washington University Law Review" 1995 nr 1.

Giray E. R., *Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Şirketler Topluluğu* [w:] Karahan S.,

Şirketler Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2015

Godollar G. , *A Brief Overview on Article 2008 of the Turkish Commercial Cod*e, https://www.academia.edu/39257748/A_BRIEF_OVERVIEW_ON_ARTICLE_208_OF_THE_TURKISH_COMMERCIAL_CODE [dostęp 18 maja 2021 r.].

Göktürk K., *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, Ankara 2015.

Gündoğdu G., *Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu*, „Legal Hukuk Dergisi", 2014 nr 133.

Gürkaynak G., Yukaruç N.N., Doğancalı D., İlci E., *Squeeze-Out Right in Group of Companies*, „*Legal Insights Quarterly by ELIG Gürkaynak Attorneys-at-Law" March-May 2019*, s. 1, https://www.gurkaynak.av.tr/docs/liq/mar19/#PDF/4-5 [dostęp 18 maja 2021 r.].

Gürkaynak G., Yukaruc N. N., Ustuntas B., *The Court of Appeals Sheds Light on "Just Cause" for Termination, Exit Right and Squeeze-out of Shareholders*, https://ceelegalmatters.com/turkey/9725-the-court-of-appeals-sheds-light-on-just-cause-for-termination-exit-right-and-squeeze-out-of-shareholders [dostęp 18 maja 2021 r.].

Gürpinar law firm, *Turkey: Ensuring In-Company Peace: The Right To Squeeze-Out,* https://www.mondaq.com/turkey/contracts-and-commercial-law/853994/ensuring-in-company-peace-the-right-to-squeeze-out [dostęp 18 sierpnia 2021 r.].

Hergüner Ü., Tunce D., Ahu Sazcı Uzun Z., Kaya S., *Chambers Glonbal Practice Guides. Corporate M&A, Contributed by Hergüner Bilgen Özeke Attorney Partnership*, 2017, https://herguner.av.tr/public/site/files/Chambers_&_Partners_-_Corporate_M&A_-_Law_&_Practice_2016.PDF ; [dostęp 14 sierpnia 2020 r.].

Karabay H., *Squeeze Out Right,* https://ermaner.av.tr/squeeze-out-right/ [dostep 18 maja 2021 r.].

Karacan A. I., *Ortaklıktan Çıkarma – Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme, 1. Baskı*, İstanbul 2015.

Kaya M. İ*., Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right)*, „Hukuk Fakültesi Dergisi Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi" 2007 vol. XI, issue: 1-2;

Kendigelen A., *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Basıdan Tıpkı 3. Bası*, İstanbul 2016.

Kolohoida O., Lukach I., Poiedynok V., Prokopiuk A., *The Squeeze-out of Minority Shareholders: The Case of Ukraine*, „Hungarian Journal of Legal Studies" 2019 nr 3.

Manavgat Ç., *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı Sermaye Piyasası*

Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, „Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi“ 2015 nr 2.

Okutan Nilsson G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku 1. Baskı*, İstanbul 2009.

Orak Celikboya L., *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Çıkma Ve Ayrılma*, http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/anonim-sirketlerde-ortakliktan-cikarilma-cikma-ve-ayrilma/ [dostęp 18 maja 2021 r.].

Orak Celikboya L., *Squeeze-out and Sell-out Rights in Public Companies*, http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/squeezeout-and-sellout-rights-in-public-companies/ [dostęp 18 maja 2021 r.].

Orak Celikboya L., *Turkey: Squeeze-Out, Sell-Out And Exit Rights in Join Stock Companies,* https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/226046/squeeze-out-sell-out-and-exit-rights-in-joint-stock-companies [dostęp 18 maja 2021 r.].

Orak Çelikboya L., *Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı, 1. Baskı*, İstanbul 2017.

Poyraz T., *TTK m. 208 uyarınca azınlığın paylarını satın alma hakki*, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, danışman: Karamanlioğlu A., İstanbul 2019.

Radwan A., *Die Squeeze-out-Einführung vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen, rechtspolitischen und rechtsvergleichenden Analyse,* Magisterarbeit, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 1. Gutachter: Bayer W., 2. Gutachter: Werner O., 2001.

Şahin A., *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*, İstanbul 2013.

Senney J., *Squeeze-Out Merger – LLC*, https://www.pselaw.com/squeeze-out-merger-llc/ [dostep 18 maja 2021 r.].

Seretakis A. L., *Guest Post: German Appraisal Right Depends on Squeeze-Out Method, https://www.appraisalrightslitigation.com/2019/09/05/guest-post-german-appraisal-rights-depend-on-squeeze-out-method/* [dostęp 18 maja 2021 r.].

Sevinç S., *Exit Right and Squeeze Out From Limited Liability Companies*, http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/law-post/exit-right-and-squeeze-out-from-limited-liability-companies/ [dostęp 18 maja 2021 r.].

Şener O. H., *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 3. Bası*, Ankara 2017.

Shine D. N., *Delaware Decision Reinforces Need for Proper Procedure in Squeeze-Out Merger*, https://corpgov.law.harvard.edu/2014/03/20/delaware-decision-reinforces-need-for-proper-procedure-in-squeeze-out-merger/ [dostęp 18 maja 2021 r.].

Špačková M., *Vybrané problémy právní úpravy squeeze-out,* disertační práce, Masarykova

univerzita, vedoucí: Kotásek J., Brno 2017/2018.

Springmeyer B., *Forcing Minority Shareholders Out: Freeze Outs, Squeeze Outs, and Shareholder Dilution*, http://www.calstartuplawfirm.com/business-lawyer-blog/minority-shareholder-freeze-outs-squeeze-outs-dilution-oppression.php [dostęp 18 maja 2021 r.].

Tekinalp Ü. [w:] Poroy R., Tekinalp Ü., Çamoğlu E., *Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası*, İstanbul 2019.

Tekinalp Ü., *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası*, İstanbul 2015.

Turanboy A., *6102 Sayili Türk Ticaret Kanunu'nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakimindan Değerlendirilmesi*, [w:] *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2-3 Haziran 2011*, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara 2011.

Turunç N., Turunç K., *Q&A: completing public M&A transactions in Turkey*, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=adad6cfd-deab-4781-be37-e81a1b787ed7 [dostęp 18 maja 2021 r.].

Tuzemen-Atik E., *An Overview of Minority Rights in the Joint Stock Company under the Provisions of the New Turkish Commercial Code* [w:] Arslan H., İçbay M. A., Dragoescu A., Current Perspectives in Social Sciences, Białystok 2017.

Tütüncü M., *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out),* Doktora Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Danışman: Omağ M. K., 2016.

Tütüncü M., *Hâkim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out) –TTK M.208-, 1. Baskı*, İstanbul 2017.

Ulusoy E., *Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması* [w:] Ulusoy E., *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Ankara 2014.

Yeşiltepe S. Ö., *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları*, *Güncellenmiş 2. Baskı*, Ankara 2016.

Inne:

II-27.3 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği Taslağı Duyurusu, https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20201028/0 [dostęp 18 maja 2021 r.].

Rafał Borowy
(Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego)
ORCID: 0000-0002-4649-7898

Umowy międzynarodowe Stolicy Apostolskiej z państwami arabskimi w XX i XXI wieku

The international agreements of the Holy See with Arabic States in XX and XXI centuries.

ABSTRACT

The subject of this paper is the analysis of international agreements of the Holy See with Arabic States in XX and XXI centuries. The border date is determined by the teaching of the Second Vatican Council on religious freedom and the attitude of the Catholic Church to non-Christian religions. Consequently, the concept of concordat has been changed, according to which the purpose of such an agreement is to protect freedom of religion. The first part presents the notions of the Holy See and its right to conclude international agreements. The second part analyzes the general agreements set by the Holy See with Arabic countries: Tunisia and Morocco, and two partial agreements on the development of further diplomatic relations and privileges related to the use of diplomatic passports.

Key words: concordat, international agreement, Holy See, Arabic States

Wstęp

W stosunkach prawno-międzynarodowych, co do zasady, za podmioty uznaje się jedynie państwa. Wynika to z faktu, że posiadają one określone granicami terytorium, na którym wykonują suwerenne i niezależne władztwo wobec zamieszkującej go ludności. Jednym z wyjątków od tej reguły jest Stolica Apostolska, która cechuje się zdolnością do czynności prawno-międzynarodowych, pomimo, że nie posiada wyżej wymienionych atrybutów. Przejawem jej aktywności na tym polu jest stosunkowo częste korzystanie z prawa do zawierania traktatów z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Do tych umów stosuje się specyficzną nazwę „konkordatu". Do 1964 roku Stolica Święta ograniczała swoje

ius tractatuum do relacji z tzw. państwami katolickimi. Sobór Watykański II położył podwaliny pod nową koncepcję konkordatu, którego celem jest ochrona wolności sumienia i wyznania obywateli państwa, będących jednocześnie wiernymi Kościoła katolickiego. W ten sposób otwarto możliwość zawierania przez Stolicę Apostolską konwencji z państwami niekatolickimi, a wręcz nawet niechrześcijańskimi.

Datą graniczną wyznacza zawarcie traktatu z Republiką Tunezji w przededniu wydania przez Sobór Watykański II konstytucji duszpasterskiej o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes*, deklaracji o wolności religijnej *Dignitatis humanae* oraz deklaracji o stosunku Kościoła do religii niechrześcijańskich *Nostra aetatae*. W latach 1964-2018 Stolica Święta zawarła, bowiem cztery konkordaty z czteroma państwami arabskimi (Republiką Tunezji, Królestwem Maroka, Kuwejtem, Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi).

Ius contrahendi Stolicy Apostolskiej

Stolica Apostolska pod względem swojego statusu prawno-międzynarodowego jest unikatowa, zarówno w stosunkach międzynarodowych, jak i strukturze prawnej *ius gentium*[1]. Spowodowane jest to niepowtarzalnymi na arenie międzynarodowej uwarunkowaniami, zarówno historyczno-kulturowymi, prawnymi czy politycznymi. Mimo tego, że Stolicy Apostolskiej nie da się przyrównać do żadnego innego podmiotu w obrocie prawno-międzynarodowym, wzrost jej aktywności na tej arenie sprawia, że jest to byt szczególny[2].

Przez Stolicę Świętą należy rozumieć stolicę biskupią Rzymu posiadającą pierwszeństwo nad innymi stolicami biskupimi i formami jurysdykcji w Kościele katolickim, zarówno w Kościele łacińskim, jak i w Kościołach wschodnich uznających prymat papieża. Jest to termin oznaczający najwyższą władzę w Kościele powszechnym[3]. Władza następcy świętego Piotra dotyczy spraw wiary, dyscypliny, obyczajów, a także funkcjonowania w sferze międzynarodowej[4].

Zgodnie z prawem kanonicznym podmiotowość Stolicy Apostolskiej wywodzi się

---

1 Szerzej na temat podmiotowości publicznoprawnej Stolicy Apostolskiej w: R.J. Araujo, *The Holy See – international person and sovereign*, *Ave Maria International Law Journal*, 2011, s. 1-62; C. Ryngaert, *The Legal Statut of the Holy See*, *Goettingen Journal of International Law 3* (2011) nr 3, s. 829-859.

2 Por. T. Olejarz, *Podmiotowość Stolicy Apostolskiej w stosunkach międzynarodowych*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia*, Sectio K, vol. XVI, z. 1, 2009, s. 74.

3 Por. Hasło *Saint-Siège*, w: *Dictionnaire de la terminologie du droit international publié sous le patronage de l' Union Académique internationale*, Sirey, 1960, s. 550: "Siège épiscopal de Rome comportant primauté sur les autres sieges épiscopaux et juridiction sur toute l'Eglise catholique. Terme désignant la direction suprême de l'Eglise catholique".

4 Por. G. Harasimiak, *Stolica Apostolska*, w: *Encyklopedia zagadnień międzynarodowych,* red. E. Cała-Wacinkiewicz, R. Podgórzańska, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2011, s. 725.

z natury Kościoła katolickiego jako osoby moralnej, a nie osoby prawnej[5]. Termin „osoba moralna", oznacza, że podmiotowość zarówno Kościoła katolickiego jak i Stolicy Apostolskiej, wynika z samego ustanowienia Bożego i nie jest konieczne jej powołanie czy nadanie jej osobowości prawnej[6].

Zgodnie z ustawodawstwem zawartym w Kodeksie prawa kanonicznego promulgowanym przez papieża Jana Pawła II w 1983 roku (kan. 361) przez Stolicę Apostolską należy rozumieć nie tylko Papieża, ale także wszelkie inne instytucje Kurii Rzymskiej[7]. Przy pomocy Kurii Rzymskiej, każdorazowy zwierzchnik Kościoła katolickiego załatwia sprawy Kościoła powszechnego oraz wykonuje zadania dla dobra i służby Kościoła[8].

W konstytucji *Gaudium et Spes* Sobór Watykański II zawarł programowe postulaty do rewizji konkordatów obowiązujących z państwami katolickimi oraz dał podstawy do zawierania takowych umów z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. W tymże dokumencie ustawodawca soborowy postanowił, że Kościół „powinien się wyrzekać korzystania z niektórych formalnie nabytych praw, gdy stwierdzi, że z powodu ich używania kwestionowana jest autentyczność jego świadectwa albo że nowe warunki życia wymagają nowego uregulowania"[9]. Zakres konkordatów wyznacza soborowa deklaracja o wolności religijnej *Dignitatis humanae*, w myśl, której „prawo osoby ludzkiej do wolności religijnej należy tak uwzględnij w prawnym porządku społecznym, by stało się ono prawem państwowym"[10].

Kompetencje do zawierania umów międzynarodowych posiada jedynie Stolica Apostolska jako podmiot najwyższej władzy w Kościele. Zgodnie z Konstytucją Apostolską *Pastor Bonus* oraz motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum* do przygotowania zawarcia umowy, prowadzenia negocjacji z rządem państwa, które ma być stroną umowy upoważniony jest Sekretariat Stanu Stolicy Apostolskiej oraz legaci papiescy, którymi co do zasady są: nuncjusze, pronuncjusze, internuncjusze, delegat apostolski i poseł Stolicy Apostolskiej, regent

---

5 Por. *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, 25.01.1983, AAS 75 (1983); tekst łacińsko-polski: *Kodeks prawa kanonicznego*, przekład zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Poznań 1984 (dalej: KPK/83), kan. 113 § 1.

6 Por. G. Harasimiak, dz. cyt., s. 725.

7 Por. kan. 361 KPK/83.

8 Por. kan. 360 KPK/83.

9 Por. Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Pastoralis De Ecclesia in mundo huius temporis *Gaudium et spes*, 07.12.1965, nr 76, AAS 58 (1966), s. 1099-1100; tłum. pol. w: Sobór Watykański II. *Konstytucje, dekrety, deklaracje*, Poznań 2008, s. 953.

10 Por. Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Declaratio de libertate religiosa *Dignitatis humanae*, 07.12.1965, nr 2, AAS 58 (1966), s. 930-931; tłum. pol. w: Sobór Watykański II. *Konstytucje, dekrety, deklaracje*, Poznań 2008, s. 641.

oraz pełnomocnik do spraw zleconych *chargé d'affaires*[11]. Zakres przedmiotowy umów jest co do zasady nieograniczony, jednakże zgodnie z kan. 1290 Kodeksu prawa kanonicznego moc obowiązującą mogą mieć tylko te ustalenia, które nie są przeciwne prawu Bożemu, albo też nie wykraczają poza kompetencje Kościoła na poziomie władzy rządzenia.

Podstawą prawną, która na gruncie prawa kanonicznego daje gwarancje przestrzegania zasady *pacta sunt servanda* zawieranych umów jest kan. 3 Kodeksu prawa kanonicznego. Ustawodawca zagwarantował w nim nieodwołalność oraz niezmienność umów międzynarodowych zawartych przez Stolicę Apostolską z państwami lub innymi organizacjami międzynarodowymi, podpisanych przed wejściem w życie Kodeksu. W sytuacji kolizji norm, prymat na prawem wewnętrznym wiodą zapisy umów międzynarodowych[12].

Deklarując prawo do wolności religijnej i dbałości o wolność religii i wyznania otworzył nowe horyzonty dla międzynarodowych relacji Stolicy Apostolskiej. Dzięki temu konkordaty mogą być zawierane nie tylko z państwami katolickimi, ale także państwami niechrześcijańskimi. Przedmiotem traktatu nie jest już bowiem wzajemna wymiana przywilejów, ale ochrona wolności religii i wyznania jednostki oraz wolność Kościoła w sprawowaniu jego misji.

Modus vivendi pomiędzy Stolicą Apostolską a Republiką Tunezji

Umowa Stolicy Apostolskiej z Republiką Tunezji, mająca formę *modus vivendi*, została zawarta 27 czerwca 1964 roku[13]. Układ był już przygotowywany od 1959 roku[14]. Celem zawarcia umowy było zagwarantowanie Kościołowi katolickiemu wolności sprawowania kultu, zgodnie z art. 5 Konstytucji Republiki Tunezji z 1 czerwca 1959 roku[15]. Także nowa ustawa zasadnicza Tunezji z 2014 roku zawiera gwarancje wolności religijnej[16]. Pakt jest podzielony na dwanaście artykułów. Do umowy dołączono także protokół dodatkowy wyjaśniający niektóre artykuły konwencji.

Na podstawie podpisanego traktatu Kościół katolicki otrzymał osobowość prawną, ze

---

11 Por. R. Szewczyk, *Pozycja prawna legatów Biskupa Rzymu*, Prawo Kanoniczne 56 (2013), s. 85 – 86.

12 Por. kan. 3 KPK/83.

13 Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam, 27.06.1964, AAS 56 (1964), s. 917-924.

14 Por. C. M. Mendonça Paz Mayol, *El Derecho Público Eclesiástico en los Concordatos de la Santa Sede de 1954 a 1994*, Romae 1997, s. 130.

15 Por. art. 1 Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam; por. tłum.za: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 412.

16 Por. art. 6 *Constitution de la Republique Tunisienne*, 26.01.2014, w: http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2018/04/Tunezja_fr_010118.pdf (dostęp: 13.05.2019).

swoją główną siedzibą w Tunisie. Jego zadaniem jest skupianie wokół siebie osób wyznania katolickiego w Tunezji oraz wstrzymywanie się od działalności politycznej. Stolica Apostolska, reprezentowana jest przez każdorazowego Prałata *Nullius* z Tunisu. Ma on przez to prawo do rozporządzania majątkiem ruchomym, a także nieruchomym, osobiście lub przez pełnomocników w obrębie Prałatury z zachowaniem obowiązującego prawa[17]. Do jego obowiązków, w momencie wejścia w życie tegoż aktu, należało przekazanie w ciągu miesiąca listy duchownych, którzy pełnili misje na terenie Republiki Tunezji[18].

Co więcej, Rząd Republiki Tunezji wyraził zgodę, aby Kościół katolicki tworzył i funkcjonował na zasadach swojego prawa wewnętrznego. Muszą one być jednak zgodne z ustawodawstwem powszechnym państwa. Może głosić swoją doktrynę w wyznaczonych miejscach, a także nauczać uczniów w szkole, jednak za zgodą rodziców[19].

Stolica Apostolska posiada pełne prawo do kontaktu z wiernymi oraz duchownymi pracującymi na terenie Republiki Tunezji. Należy przez to rozumieć prawo duchownych do komunikowania się między sobą, a także z wiernymi świeckimi. W miejscach przeznaczonych do kultu, Kościół katolicki posiada prawo do publikowania swoich instrukcji, zarządzeń oraz listów pasterskich do wiernych, z zastrzeżeniem, że kopia pism musi trafić do lokalnej władzy w dniu publikacji. Zgodnie z Aneksem „wolność publikacji jest przyznana Kościołowi katolickiemu pod warunkiem, że nie spowoduje naruszeń porządku publicznego”[20]. Wszelka inna działalność wydawnicza podlega wewnętrznemu prawu Tunezji[21].

Na podstawie umowy „Rząd Republiki Tunezji uznaje prawo własności Kościoła Katolickiego w Tunezji do miejsc przeznaczonych na cele kultu i majątku nieruchomego”[22]. Zebrane są one w Aneksie do umowy, a do zmiany ich niezbędna jest zgoda obydwu układających się Stron. Zanim do tego dojdzie, Stolica Apostolska i Republika Tunezji zobowiązały się spotkać trzy miesiące wcześniej w celu zbadania sytuacji miejsca, które ma być przeznaczone do oddawania kultu katolickiego. W ramach paktu „Kościół katolicki w Tunezji zgadza się na odstąpienie (cesja) Państwu Tunezyjskiemu definitywnie i tytułem nieodpłatnym miejsc kultu i innych nieruchomości, które wyliczone są w aneksach”[23]. Prałat będący przedstawicielem Stolicy Apostolskiej w Tunezji zobowiązany był do przesłania

---

17 Por. art. 2-3 Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam.
18 *Ibidem*, art. 11.
19 *Ibidem*, art. 4.
20 Por. Protokół dodatkowy do art. 5, wiersz 3, w: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 415.
21 Por. art. 5 Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam.
22 Por. art. 6a Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam; por. tłum. za: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 413.
23 Por. art. 6b Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam; por. tłum. za: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 413.

oryginałów bądź kopii akt własności gruntów wpisanych do rejestru dóbr scedowanych na rzecz Rządu Republiki Tunezji[24]. Strona zapewnia o wykorzystywaniu tych miejsc „dla celów pożytku ogólnego dającego się pogodzić z ich dawnym przeznaczeniem"[25]. W sytuacji, kiedy w danym regionie obie układające się Strony zauważą, że nie ma miejsca do sprawowania kultu katolickiego, „Rząd Republiki Tunezji udzieli zezwolenia na stałe celebrowanie kultu"[26]. Stolica Apostolska zobowiązana jest o zwrócenie się „z umotywowaną prośbą do Rządu, ten zgodnie ze swoją wolą (…) rozpatrzy życzliwie prośbę, zwracając uwagę na doniosłość liczbową wiernych, na odległość od innych miejsc kultu (…)"[27]. Rząd Republiki Tunezji zgodził się na sprawowanie kultu bez zezwolenia „w kaplicach lub innych miejscach przeznaczonych do tego celu wewnątrz (…)"[28] budynków szkolnych i szpitali należących do stowarzyszeń, stowarzyszeń cywilnych lub anonimowych z udziałem religijnym[29]. Ponadto bez niezbędnego zezwolenia od władzy zagwarantowano prawo do okazyjnego sprawowania kultu katolickiego. Jeśli zaszłaby taka okoliczność, właściciel miejsca zobowiązany jest do poinformowania odpowiednich organów przynajmniej na dwadzieścia cztery godziny przed ceremonią, jeśli jest możliwe[30], że będą uczestniczyć w niej „osoby nie mające zamieszkania w danym miejscu, (…) aby władze publiczne zapewniły konieczną ochronę temu miejscu"[31].

Zgodnie z postanowieniami umowy nabycie nieruchomości oraz nieodpłatne jej rezerwowanie dla Kościoła katolickiego bez zgody Rządu Republiki Tunezji nie wywołuje skutków prawnych. Wezwania do dzielenia się dobrami materialnymi i przekazywaniem ich Kościołowi katolickiemu w jakiejkolwiek formie, która odbywałaby się poza kościołem podlega przepisom państwowym[32]. Ustępstwem zostały objęte zapomogi przekazywane bezpośrednio przez Stolicę Apostolską do Prałatury[33]. Duchowni wysłani przez najwyższą władzę kościelną do pracy na terytorium Republiki Tunezji mają ułatwiony wjazd na jej terytorium, a także uzyskanie zgody na pobyt, z zastrzeżeniem dostosowania się do przepisów wewnętrznych[34].

---

[24] *Ibidem*.
[25] *Ibidem*.
[26] Por. art. 6 c Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam; por. tłum. za: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 413.
[27] Por. Protokół dodatkowy do art. 6 c Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam, w: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 415.
[28] Por. art. 6 d Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam.
[29] *Ibidem*, art. 9.
[30] Por. Protokół dodatkowy do art. 6 e Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam, w: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 415.
[31] Por. art. 6 e Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam.
[32] *Ibidem*, art. 7.
[33] Por. Protokół dodatkowy do art. 7, w: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 415.
[34] Por. art. 8 Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam.

Stolicy Apostolskiej zostało zagwarantowane prawo do wyboru Prałata będącego jej przedstawicielem na ziemiach Republiki Tunezji. Jednak zobowiązana jest do przedstawienia Rządowi Republiki Tunezji drogą dyplomatyczną, nazwiska kandydata, który miałby piastować to stanowisko, z możliwością zgłoszenia zastrzeżenia w terminie jednego miesiąca[35].

Do umowy zostały dołączone Listy między Stolicą Apostolską i Rządem Tunezji uzupełniające *Modus vivendi* i Protokół dodatkowy z dnia 27 czerwca 1964 roku. Sygnatariuszami paktu byli Jego Eminencja kard. Amleto Giovanni Cicognani, Sekretarz Stanu Jego Świątobliwości oraz Jego Ekscelencja pan Mongi Slim, Sekretarz Stanu Spraw Zagranicznych Tunisu. Została w nich zawarta zgoda na przekazanie w drodze cesji katedry znajdującej się w Kartaginie, na podstawie art. 6 pkt. c podpisanej umowy, z zachowaniem prawa zawartego w art. 6 pkt. d. W odpowiedzi kard. Cicognani stwierdził, że „Kościół katolicki mając na względzie szczególną sytuację Kartaginy, będzie używał, w celach publicznego celebrowania kultu w tej miejscowości, wyłącznie kaplicy położonej w Pensjonacie Sióstr Białych”[36]. Ponadto zauważył, że „Kościół katolicki nie ignoruje tego, że wykonuje swoją działalność w kraju, w którym islam jest religią państwową i większości mieszkańców”[37]. Przypomniał także „że wśród obowiązków Prałata Tunisu jest zapobieganie lub powstrzymywanie ewentualnych kroków mogących przynieść szkodę dobrym wzajemnym stosunkom”[38].

Wymiana not ratyfikacyjnych nastąpiła 9 lipca 1964 roku. Zgodnie z zapisem zawartym w art. 12, od tego momentu układ rozpoczął obowiązywać[39].

Wymiana listów między Stolicą Apostolską a Królestwem Maroko

Maroko jako państwo wyznaniowe muzułmańskie w swej konstytucji z 29 lipca 2011 roku deklaruje islam jako religię państwową, przy czym mocno zapewnia o gwarancji wolności wyznania[40]. Umowa ze Stolicą Apostolską została zawarta w formie wymiany listów między Jego Świątobliwością papieżem Janem Pawłem II, a Jego Wysokością Hassanem II, Królem

---

35 *Ibidem*, art. 10.
36 Por. List między Stolicą Apostolską i Rządem Tunezji uzupełniający *Modus vivendi* i Protokół dodatkowy z dnia 27 czerwca 1964 roku, w: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, n. 3769/64, s. 415.
37 *Ibidem*.
38 *Ibidem*.
39 Por. J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, s. 417.
40 Por. art. 3 Konstytucji Królestwa Maroka, 29.07.2011, w: Konstytucja Królestwa Maroka, Warszawa 2015, s. 59.

Maroka w latach 1983-1984[41].

Celem wymiany listów było prawne potwierdzenie dotychczasowego statusu Kościoła katolickiego w Królestwie Maroka. Tym, co przykuwa uwagę w piśmie Króla Hassana II do papieża Jana Pawła II jest jasne odwołanie do długiej tradycji marokańskiej braterskiego podejścia z pełnym szacunkiem do wiernych chrześcijan[42]. List Króla Maroka zabezpiecza wolność Kościoła w jego działalności religijnej w zakresie kultu, nauczania, wewnętrznej jurysdykcji, własności, nauczania religijnego i duszpasterstwa więźniów względem wiernych do niego należących[43].

Monarcha jasno określa, że Kościół katolicki przez przełożonych jednostek organizacji kościelnej (co do zasady arcybiskupa Marrakeszu i arcybiskupa Tangeru) może wykonywać wszystkie akty dotyczące zarządzania swymi dobrami bezpośrednio, bądź przez swoich przedstawicieli. W zakresie spraw podatkowych duchowni, zakonnicy, zakonnice i im podobni są zwolnieni z podatków, z wyjątkiem podatku od wynagrodzenia za pracę. Także nieruchomości należące do Kościoła, a przeznaczone na prowadzenie pomocy społecznej, dzieł edukacyjnych, kultu oraz budynki zakonne są zwolnione z podatku od nieruchomości. Zgodnie z dyspozycjami królewskimi Kościół jest upoważniony do otrzymywania koniecznej pomocy w celu zachowania swego istnienia. Kościołowi katolickiemu przyznaje się prawo do zakładania stowarzyszeń, których celem jest prowadzenie dzieł religijnych, edukacyjnych i charytatywnych. Duchowni katoliccy mają prawo odwiedzać więźniów wyznających wiarę katolicką i świadczyć im posługi religijne w miejscu, w którym przebywają[44].

Papież Jan Paweł II listem dnia 5 lutego 1984 roku wyraził wdzięczność i przyjął dyspozycje z listu królewskiego. W ten sposób uzyskały one charakter uzgodnień międzynarodowych. List monarchy został opublikowany w urzędowym komunikatorze *Bulletin Officiel - Royaume du Maroc*[45], przez co stał się częścią porządku prawnego w Królestwie Maroka. Tekst listów po stronie Stolicy Apostolskiej został opublikowany w *Acta Apostolicae Sedis*.

---

41 Litterae mutuo datae a Serenissimo Principe Hassan II, Rege Marochii, et a Ioanne Paulo II, Summo Pontifice: *de Statuto Ecclesiae Catholicae in Marochio*, 30.12.1983, 05.02.1984, AAS 77 (1985), s. 713-715.

42 Por. C. Corral y Santiago Petschen, *Concordatos vigentes. Textos originales, traducciones e introducciones (1981-1995)*, t. III, Madrid 1996, s. 517.

43 *Ibidem*, s. 519.

44 Por. Litterae mutuo datae, *op. cit.*, s. 713-715.

45 Por. *Bulletin Officiel - Royaume du Maroc*, N. 3764, 25 rebia I 1405 (19.12.1984), s. 428, http://www.sgg.gov.ma/BO/fr/1984/bo_3764_fr.pdf, (dostęp: 15.05.2019).

Protokół uzgodnień pomiędzy Stolicą Apostolską a Kuwejtem

Dalsze pogłębianie relacji między Kościołem katolickim a państwami muzułmańskimi objawia się m.in. poszerzaniem dróg dyplomatycznych kontaktów między tymi dwoma podmiotami prawa międzynarodowego. Układ zawarty między Stolicą Apostolską a Kuwejtem jest przykładem umowy wstępnej. Protokół uzgodnień[46] zawarty 10 września 2015 pomiędzy Sekretariatem Stanu Stolicy Apostolskiej, a Ministerstwem Spraw Zagranicznych Państwa Kuwejtu dotyczył prowadzenia konsultacji dwustronnych. Celem tegoż porozumienia było umożliwienie prowadzenia dalszych rozmów dyplomatycznych między Stolicą Apostolską a Kuwejtem. Jak zaznaczono w preambule do dokumentu Strony pragną „wspierać rozwój przyjaznych stosunków i współpracy w dziedzinie polityki, religii i kultury (…), przestrzegając zasady wzajemnego poszanowania suwerenności, niezależności i nieingerencji w swoje wewnętrzne sprawy, przekonane, że konsultacje i wymiana informacji na temat dwustronnych, regionalnych i międzynarodowych kwestii będących przedmiotem wspólnego zainteresowania Stron przyczynią się do pogłębienia wzajemnego zrozumienia”[47].

Przedmiotem zainteresowania układających się Stron będzie pogłębianie współpracy na rzecz rozwoju dwustronnych stosunków politycznych, religijnych i kulturowych poprzez organizowanie regularnych spotkań konsultacyjnych na szczeblu urzędników wyższego szczebla. Aby usprawnić działania, Strony mogą tworzyć grupy robocze lub wyspecjalizowane komisje eksperckie do omawiania konkretnych obszarów interesujących Strony. Zgodnie z postanowieniami Protokołu spotkania będę odbywać się na przemian w Watykanie lub w Kuwejcie raz na dwa lata, chyba że Strony uznają, że jest potrzeba zwiększenia częstotliwości spotkań[48].

Przedmiotem dalszych uzgodnień środkami dyplomatycznymi będzie ustalenie rangi reprezentantów Stron, daty, miejsca i porządku spotkań konsultacyjnych, zaś wyniki tychże będą poufne, chyba że Strony zadecydują inaczej[49]. Układające się Strony postanawiają powołać Komisję Wspólną, której zadaniem będzie przygotowanie umowy międzynarodowej regulującej wzajemne relacje w sposób stały. W tym celu będą szukać sposobów i środków do rozwijania stosunków w każdej dziedzinie, na różnych poziomach oraz w ramach swoich

---

[46] Por. Memorandum of Understanding between the Secretariat of State of the Holy See and the Ministry of Foreign Affairs of the State of Kuwait on conducting Bilateral Consultations, 10.09.2015, AAS 107 (2015), s. 1164-1168.

[47] Preambuła, *Ibidem*, s. 1164 (tłum. własne).

[48] Por. *Ibidem*, art. 1-2.

[49] Por. *Ibidem*, art. 3-4.

kompetencji[50].

Strony zastrzegły sobie prawo do zmiany wiążącego je Protokołu środkami dyplomatycznymi, w dowolnym czasie, za obopólną zgodą w formie pisemnej. Obecne porozumienie podpisane jest na czas nieokreślony z możliwością pisemnego wypowiedzenia z zachowaniem trzymiesięcznego okresu karencji. Porozumienie weszło w życie 10 września 2015 roku, w dniu podpisania[51].

Protokół ustaleń między Stolicą Apostolską a Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi

Ze względu na niekwestionowaną pozycję Stolicy Apostolskiej na arenie międzynarodowej, również Rząd Zjednoczonych Emiratów Arabskich, pragnąc rozwijać stosunki bilateralne i wzmocnić istniejącą współpracę, zdecydował się na zawarcie konwencji szczególnej ze Stolicą Świętą. Przedmiotem układu jest zwolnienie posiadaczy paszportów dyplomatycznych, urzędowych i służbowych wydanych przez układające się Strony z konieczności otrzymania wiz wjazdowych na terytoria podległe władztwu tych podmiotów prawa międzynarodowego.

Traktat składa się z dwunastu artykułów i jest przykładem tzw. konkordatu parcjalnego. Ma formę *memorandum* (protokołu uzgodnień)[52]. Strony zastrzegły w nim, że nie wpływa on na ich obowiązki wynikające z innych traktatów. Sam protokół został zawarty na czas nieokreślony[53].

Zgodnie z postanowieniami niniejszego protokołu ustaleń, osoby posiadające paszporty wydane przez Stolicę Apostolską (dyplomatyczne i służbowe) oraz Zjednoczone Emiraty Arabskie (dyplomatyczne i specjalne) zwolnione są z obowiązku wizowego, jeśli są one ważne przez okres nie krótszy niż sześć miesięcy. Układające się Strony zezwoliły posiadaczom paszportów dyplomatycznych, urzędowych i służbowych wydanych przez siebie na wjazd oraz pobyt bez wizy wjazdowej na maksymalny okres dziewięćdziesięciu dni, a także na przejazd tranzytowy przez swoje terytoria bez posiadania uprzedniej wizy wjazdowej oraz wniesienia opłaty. Wjazd ten może odbywać się jedynie przez punkty graniczne przeznaczone do międzynarodowego ruchu pasażerskiego. Podczas przekraczania granicy właściwe służby

---

50 Por. *Ibidem*, art. 5.
51 Por. *Ibidem* , art. 6-7.
52 Por. Memorandum of Understanding between the Secretariat of State of the Holy See and the Government of the United Arab Emirates on mutual exemption of entry visas for holders of Diplomatic special (official and service) passports, 15.09.2015, AAS 106 (2016), s. 1169-1178.
53 Por. *Ibidem* art. 9, 12.

podmiotu przyjmującego mają prawo odmówić wjazdu w przypadku, gdy posiadacz paszportu został uznany przez tę Stronę za *persona non grata*[54].

Kolejne postanowienie dotyczyło zobowiązania się Stron do poinformowania się wzajemnie o mianowaniu swojego przedstawiciela dyplomatycznego, posiadającego którykolwiek z wyżej wymienionych paszportów, zanim ten zacznie wykonywać swoją misję. Celem zabezpieczenia właściwego wykorzystania wydanych paszportów dyplomatycznych, Strony zastrzegają, że ich posiadacze nie mogą wykonywać zawodu ani studiować w którymkolwiek z tych podmiotów, chyba że zachowają zasady określone w krajowych przepisach obowiązujących w tej materii[55].

Ponadto, układające się Strony od daty podpisania omawianego protokołu ustaleń zobligowały się do wymiany pomiędzy sobą wzorów paszportów (dyplomatycznych, służbowych i specjalnych) za pomocą swoich kanałów dyplomatycznych. Jeśli którakolwiek ze Stron wprowadziłaby jakiekolwiek zmiany do swoich paszportów, Strona ta jest zobowiązana do przesłania ich drugiej Stronie w terminie trzech miesięcy przed datą ich wprowadzenia. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zmiany krajowych przepisów i regulacji dotyczących paszportów, o których mowa w umowie. Strony dołożą wszelkich starań, aby zapewnić najwyższy poziom zabezpieczenia paszportów oraz dokumentów podróżnych przed fałszerstwem[56].

Wątpliwości interpretacyjne będą rozwiązywane w drodze dyplomatycznej, zaś obydwie Strony dołożą starań, by umożliwić skuteczność postanowień traktatowych. Sygnatariusze paktu zastrzegają sobie prawo do zmiany jego postanowień w drodze wzajemnego uzgodnienia przez oficjalne noty dyplomatyczne. Ponadto, każda ze Stron może zawiesić stosowanie protokołu w całości lub częściowo ze względów bezpieczeństwa narodowego, porządku publicznego lub zdrowia publicznego. Oświadczenie o zawieszeniu zostanie niezwłocznie przekazane drugiej Stronie drogą dyplomatyczną. Umowa może zostać wypowiedziana drogą pisemną. Została sporządzona w dwóch oryginalnych egzemplarzach w języku angielskim i arabskim, przy czym każdy należy uważać za autentyczny. W przypadku rozbieżności w interpretacji, przeważa tekst w języku angielskim. Układ wszedł w życie z dniem podpisania tj. 15 września 2016 roku[57].

---

54 Por. *Ibidem*, art. 1-2, 6-7.
55 Por. *Ibidem*, art. 3, 5.
56 Por. *Ibidem*, art. 4, 8.
57 Por. *Ibidem*, art. 10-12.

Podsumowanie

Podmiotowość publicznoprawna Stolicy Apostolskiej i jej prawo do zawierania umów bilateralnych i multilateralnych jest faktem niekwestionowanym w obecnej doktrynie. Pomimo istnienia różnych koncepcji, dotyczących jej pochodzenia, znaczenia i zakresu nie można jej całkowicie zanegować. Potwierdzeniem tej tezy są licznie zawierane konkordaty oraz stosunek państw (typowych podmiotów stosunków dyplomatycznych) do Stolicy Świętej jako aktywnego uczestnika relacji internacjonalnych.

Uznanie osobowości prawnej na gruncie prawa międzynarodowego publicznego prowadzi do konstatacji, że wśród uprawnień Stolicy Świętej na tej płaszczyźnie należy zawieranie umów noszących specyficzną nazwę „konkordatów". Nie stanowią już one wzajemnej wymiany przywilejów między Kościołem katolickim a władcą katolickim, lecz są instrumentem ochrony wolności religii i wyznania ludzi, którzy, będąc obywatelami państwa, są jednocześnie wiernymi Kościoła. Kamieniem milowym dla tej koncepcji są dokumenty soborowe: *Gaudium et spes*, *Dignitatis humanae*, *Nostra aetatae*. Idea ta uzasadnia zawieranie umów międzynarodowych z państwami niechrześcijańskimi.

Ostatnie podróże apostolskie papieża Franciszka do krajów arabskich (Turcja 28-30 listopada 2014 roku, Egipt 28-29 kwietnia 2017 roku, Zjednoczone Emiraty Arabskie 3-5 lutego 2019 roku, Maroko 30-31 marca 2019 roku) dają nadzieję na dalsze pogłębiane relacji pomiędzy Kościołem katolickim a państwami spod znaku półksiężyca.

ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu jest analiza umów międzynarodowych Stolicy Apostolskiej z państwami arabskimi w XX i XXI wieku. Datę graniczną wyznacza nauka Soboru Watykańskiego II o wolności religijnej i stosunku Kościoła katolickiego do religii niechrześcijańskich. W związku z nią zmieniona została koncepcja konkordatu, zgodnie z którą celem takiej umowy jest ochrona wolności religii i wyznania. W pierwszej części przedstawiono pojęcie Stolicy Apostolskiej i jej prawo do zawierania umów międzynarodowych. W drugiej części poddano analizie dwie umowy generalne zawarte przez Stolicę Świętą z państwami arabskimi: Tunezją i Marokiem oraz dwie umowy parcjalne dotyczące dalszego rozwoju stosunków dyplomatycznych oraz przywilejów związanych z posługiwaniem się paszportami dyplomatycznymi.

Słowa kluczowe: konkordat, umowa międzynarodowa, Stolica Apostolska, państwa Arabskie

Bibliografia

Araujo R.J., *The Holy See – international person and sovereign*, *Ave Maria International Law Journal*, 2011, s. 1-62.

Bulletin Officiel - Royaume du Maroc, N. 3764, 25 rebia I 1405 (19.12.1984), s. 428, http://www.sgg.gov.ma/BO/fr/1984/bo_3764_fr.pdf, (dostęp: 15.05.2019).

Conventio (Modus Vivendi) inter Apostolicam Sedem et Tunetanam Rempublicam, 27.06.1964, AAS 56 (1964), s. 917-924.

Corral y Santiago Petschen C., *Concordatos vigentes. Textos originales, traducciones e introducciones (1981-1995)*, t. III, Madrid 1996.

Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, 25.01.1983, AAS 75 (1983); tekst łacińsko-polski: *Kodeks prawa kanonicznego*, przekład zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Poznań 1984.

Constitution de la Republique Tunisienne, 26.01.2014, w: http://biblioteka. sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2018/04/Tunezja_fr_010118.pdf (dostęp:13.05.2019).

Dictionnaire de la terminologie du droit international publié sous le patronage de l' Union Académique internationale, Sirey 1960.

Harasimiak G., *Stolica Apostolska*, w: *Encyklopedia zagadnień międzynarodowych,* red. Cała-Wacinkiewicz E., Podgórzańska R., Wacinkiewicz D., Warszawa 2011, s.725-726.

Memorandum of Understanding between the Secretariat of State of the Holy See and the Ministry of Foreign Affairs of the State of Kuwait on conducting Bilateral Consultations, 10.09.2015, AAS 107 (2015), s. 1164-1168.

Memorandum of Understanding between the Secretariat of State of the Holy See and the Government of the United Arab Emirates on mutual exemption of entry visas for holders of Diplomatic special (official and service) passports, 15.09.2015, AAS 106 (2016), s. 1169-1172.

Mendonça Paz Mayol C.M., *El Derecho Público Eclesiástico en los Concordatos de la Santa Sede de 1954 a 1994*, Romae 1997.

Konstytucji Królestwa Maroka, 29.07.2011, w: Konstytucja Królestwa Maroka, Warszawa 2015, s. 55-145.

List między Stolicą Apostolską i Rządem Tunezji uzupełniający *Modus vivendi* i Protokół dodatkowy z dnia 27 czerwca 1964 roku, w: J. Krukowski, *Konkordaty współczesne*, n.

3769/64, s. 415.

Litterae mutuo datae a Serenissimo Principe Hassan II, Rege Marochii, et a Ioanne Paulo II, Summo Pontifice: *de Statuto Ecclesiae Catholicae in Marochio*, 30.12.1983, 05.02.1984, AAS 77 (1985), s. 712-715.

Olejarz T., *Podmiotowość Stolicy Apostolskiej w stosunkach międzynarodowych*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia*, Sectio K, vol. XVI, z. 1, 2009, s. 74.

Ryngaert C., *The Legal Statut of the Holy See*, *Goettingen Journal of International Law 3* (2011) nr 3, s. 829-859.

Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Pastoralis De Ecclesia in mundo huius temporis *Gaudium et spes*, 07.12.1965, AAS 58 (1966), s. 1025-1120; tłum. pol. w: Sobór Watykański II. *Konstytucje, dekrety, deklaracje*, Poznań 2008, s. 824-981.

Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Declaratio de libertate religiosa *Dignitatis humanae*, 07.12.1965, AAS 58 (1966), s. 929-946; tłum. pol. w: Sobór Watykański II. *Konstytucje, dekrety, deklaracje*, Poznań 2008, s. 638-661.

Szewczyk R., *Pozycja prawna legatów Biskupa Rzymu*, Prawo Kanoniczne 56 (2013), s. 85 – 86.

Marcin Birt
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0003-2668-0393

Izrael i syjonizm w politycznej koncepcji Tadeusza Adama Walichnowskiego

Israel and Zionism in political ideas of Tadeusz Adam Walichnowski

ABSTRACT

Tadeusz Walichnowski (1928-2005) was one of the most important ideologists of the Polish United Workers' Party (PZPR) animating the so-called an anti-Zionist campaign in the years 1967-1968. He combined service in the communist repression apparatus with propaganda work, of which Israel and the Zionist movement became a particular object of interest in the indicated period. Together with the party of Mieczysław Moczar, the so-called "Partisans", he was responsible for inciting "anti-Zionist" (in fact anti-Semitic) hysteria, creating an image of Israel as an aggressive state, while identifying Zionism with aggressive, anti-communist nationalism. In his publications, he outlined a political concept, the foundation of which was the vision of cooperation between the Zionists and West German neo-Nazis against Poland and Poles. He formulated the assumption that in exchange for the aid given to Israel by the Federal Republic of Germany during the Six-Day War in 1967, Israel rehabilitated the West German state from responsibility for the Nazi genocide, seeking to assign Poles the status of the main responsibility for Nazi crimes committed against Jews. Tadeusz Walichnowski can be considered a "red nationalist", the creator of a political concept referring to Polish nationalist accents while remaining faithful to the ideological principles of the Polish United Workers' Party. After 1968, Tadeusz Walichnowski successfully continued his career in the communist ministry of security, also developing his own academic career. The political concept created by Tadeusz Walichnowski may be seen as a model of subordinating science to ideology, which may lead to intellectual astray.

Keywords: Tadeusz Walichnowski, communism, Nazism, Jews, Israel, Zionism, the Six-Day War, national communism.

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zasadniczych założeń politycznej koncepcji Tadeusza Adama Walichnowskiego (1928-2005) - dalej również jako Tadeusz Walichnowski) - jednego z aktywniejszych przedstawicieli polskiej publicystyki politycznej okresu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (PRL) schyłku lat 60-tych XX w. Jego poglądy, prezentowane na łamach wydawnictw wskazanego okresu, zasługują w mojej ocenie na przybliżenie. Wynika to z faktu rezonowania oficjalnego stanowiska kierownictwa politycznego PRL, w tym również zagadnień dotyczących Izraela i syjonizmu. Tadeusz Walichnowski łączył działalność publicystyczną z pracą w organach komunistycznego aparatu bezpieczeństwa oraz zajmowaniem eksponowanych stanowisk w systemie nomenklatury Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej (PZPR). Biogram polityczny tego Autora wskazuje pokonywanie kolejnych szczebli kariery w aparacie bezpieczeństwa PRL do komendanta warszawskiej Akademii Spraw Wewnętrznej oraz generała brygady Milicji Obywatelskiej włącznie[1]. Działalność naukowo – publicystyczna Tadeusza Walichnowskiego również spotkała się z uznaniem jego zwierzchników. Równolegle z kolejnymi awansami służbowymi i partyjnymi, rozwijała się jego kariera naukowa: od uzyskania stopnia naukowego doktora na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu (1967 r.) po tytuł profesora zwyczajnego w 1983 r.[2]

Kwerenda dostępnych współcześnie opracowań Tadeusza Walichnowskiego skłoniła mnie do przyjęcia, iż najbardziej reprezentatywne dla omawianego zagadnienia są trzy publikacje: „Izrael a NRF"[3], „Wokół agresji Izraela"[4] oraz „Syjonizm a NRF"[5]. Poruszana tam tematyka ogniskowała się wokół relacji PRL wobec: Izraela, ruchu syjonistycznego (interpretowanego w szczególny sposób) oraz Republiki Federalnej Niemiec (dalej również jako: RFN lub NRF -Niemiecka Republik Federalna albo Zachodnie Niemcy). Wskazane powyżej publikacje traktuję za podstawowe do prowadzenia dalszych rozważań. Należy wskazać, iż przyjęta przez wskazanego Autora narracja nacechowana jest skrajnie krytycznym, emocjonalnym stosunkiem do omawianych zagadnień. Pozwala to zaliczać go – obok Mieczysława Moczara[6] oraz Grzegorza Korczyńskiego[7] do przywódców pezetpeerowskiej frakcji „partyzantów" (zwanych też „moczarowcami"). „Partyzanci" przypisywali sobie

[1] https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/27113?katalog=5 (stan na dzień 04 grudnia 2020 r.).
[2] *Ibidem*.
[3] T. Walichnowski, „Izrael a NRF", Warszawa 1967.
[4] J. Dziedzic, T. Walichnowski, „Wokół agresji Izraela", Warszawa 1968.
[5] T. Walichnowski, „Syjonizm a NRF", Katowice 1968.
[6] https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/1187?katalog=4 (stan na dzień 04 grudnia 2020 r.).
[7] https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/45356 (stan na dzień 04 grudnia 2020 r.).

kombatancki etos komunistycznej partyzantki okresu II wojny światowej połączony z elementami polskiego nacjonalizmu oraz uprzedzeniami anty-zachodnioniemieckimi[8]. Frakcja „partyzantów", ponosiła główną odpowiedzialność za rozpętaną przez władze komunistyczne tzw. kampanię antysyjonistyczną lat 1967-1968, której apogeum przypadło na wydarzenia określane polskiej publicystyce historycznej jako „wydarzenia marcowe" lub „Marzec 1968"[9]. Jak zauważył Grzegorz Wołowiec, doszło wówczas do przejęcia „przez władzę komunistyczną ideologii etnonacjonalistycznej, czego skutkiem była erupcja państwowego antysemityzmu wraz z wygnaniem z kraju znacznej części pozostałych jeszcze w Polsce po wojnie obywateli żydowskiego pochodzenia"[10]. O ile jednak polityczne sylwetki Mieczysława Moczara[11] czy Grzegorza Korczyńskiego[12] znane są nie tylko badaczom współczesnej historii Polski, o tyle postać Tadeusza Walichnowskiego nie jest tak powszechnie identyfikowana. Zaryzykuję pogląd, że jego działalność polityczno-publicystyczna schyłku lat 60-tych XX w. nadawała ton poglądom całego środowiska wpływowej, pezetpeerowskiej frakcji „partyzantów", współtworząc ich „intelektualne zaplecze".

Tezą, którą zamierzam bronić na łamach niniejszego artykułu jest przyjęcie, że państwo Izrael oraz swoiście pojmowany – zgodnie z oficjalna narracją PZPR – ruch syjonistyczny, uważane były pod koniec lat 60-tych XX w. przez polskie władze komunistyczne za poważnych, politycznych wrogów PRL, natomiast antyżydowska narracja prezentowana w publikacjach Tadeusza Walichnowskiego odzwierciedlała ich oficjalny kurs polityczny. W syjonizmie upatrywano emanacji sił destrukcyjnych i antypolskich. Jak trafnie wskazała Bożena Szaynok, władze komunistyczne w Polsce w ten sposób zaczęły definiować syjonizm już na przełomie lat 40-tych i 50-tych:

„W latach 1949-1953 syjonizm wrócił na swoje miejsce w komunistycznej rzeczywistości – stał się synonimem wroga i zagrożenia. Takie zdefiniowanie syjonizmu pozwalało PRL zarówno na propagandowo-polityczny atak dalekiego państwa żydowskiego, jak i poszukiwanie „syjonistycznego wroga" w Polsce, pod pretekstem jego związków z Izraelem. Celem tych działań było pozbawianie stanowisk w strukturach PRL „żydowskich nacjonalistów"[13]. Jednak dopiero triumf Izraela nad wymierzoną przeciwko niemu koalicją

[8] Zob. w: B. Szaynok, „Polityczne wykorzystanie tematyki żydowskiej w działaniach PPR/PZPR (1944-1989) w: „Partia. Państwo. Społeczeństwo" pod red. K. Rokickiego, Warszawa 2016, s. 248- 249.
9 Tak np.: P. Osęka, „Marzec '68", Kraków 2008; J. Eisler, „Polski rok 1968", Warszawa 2006.
[10] G. Wołowiec, „Czerwone i brunatne. O nacjonalistycznym uprawomocnieniu komunizmu w Polsce raz jeszcze", w: „Komunizm. Idee i praktyki w Polsce 1944-1989" pod red. K. Chmielewskiej, A. Mrozik i G. Wołowca, Warszawa 2018, s. 159.
[11] https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/1187?katalog=4 (dostęp na dzień 05 grudnia 2020 r.).
[12] https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/45356?katalog=4 (dostęp na dzień 05 grudnia 2020 r.).
[13] B. Szaynok, *op. cit*., s. 243.

państw arabskich w 1967 r. („wojna sześciodniowa")[14] posłużył do oficjalnego uznania go „agresorem", a co za tym idzie – wykorzystanie tej sytuacji do „rozprawy" z syjonistami w ramach „kampanii antysyjonistycznej" lat 1967-1968. Rozwijając wskazaną tezę dążył będę do wykazania, iż polityczna publicystyka Tadeusza Walichnowskiego odegrała ważną rolę w kreowaniu jednoznacznie negatywnego, wrogiego wizerunku Izraela oraz ruchu syjonistycznego w ówczesnym, polskim dyskursie politycznym. Retorykę Tadeusza Walichnowskiego znamionowało wykazywanie „imperialistycznych" dążeń Izraela oraz doszukiwanie się analogii między jego polityką wobec ludności arabskiej i zbrodniczymi praktykami hitleryzmu.

W pracach nad przedmiotowym artykułem, jako metodę badawczą zastosowałem krytyczną analizę tekstu. Uznałem, że stanowi to optymalny sposób poznania przedstawionej w publikacjach Tadeusza Walichnowskiego koncepcji politycznej dotyczącej Izraela oraz syjonizmu. Podstawę pracy badawczej stanowiła lektura wybranych, wskazanych wcześniej publikacji tego Autora. Tak ukształtowaną bazę źródłową stanowią, jako zasadniczy materiał badawczy, książki wskazanego Autora, wydane w latach 1967 -1969. Uznałem, że szczególnie istotne jest poddanie analizie języka publikacji Tadeusza Walichnowskiego, oddającego nie tylko jego zapatrywania polityczne, ale często wręcz emocjonalne zaangażowanie. Komplementarną oraz komentatorską wobec nich funkcję pełnią materiały w postaci: źródeł internetowych oraz współczesnej literatury przedmiotu.

Struktura prezentowanego artykułu, poza wstępem i zakończeniem, składa się ze trzech rozdziałów. Pierwszy z nich zawiera prezentację postrzegania przez Tadeusza Walichnowskiego kształtowanie się ruchu syjonistycznego, aż do powstania Izraela. Drugi rozdział stanowi przedstawienie poglądów wskazanego Autora dotyczących udziału Izraela w wojnie sześciodniowej, wsparcia, które otrzymał wówczas od RFN oraz izraelskiej polityki wobec ludności arabskiej. Ostatni rozdział dotyczy wizji zagrożenia dla PRL ze strony wykazywanej przez Tadeusza Walichnowskiego współpracy między RFN i żydowskimi syjonistami, w tym dowodzonej przez tego Autora, prowadzonej przez nich wojny psychologicznej przeciwko Polsce i Polakom. Zakończenie posłużyło do prezentacji wieńczących niniejszy artykuł konkluzji.

[14] https://www.polskieradio.pl/39/156/Artykul/1146148,Szesciodniowa-wojna-blyskawiczna (dostęp na dzień 05 grudnia 2020 r.).

Kształtowanie się syjonizmu

W ocenie Tadeusza Walichnowskiego zdobycie Judei przez Imperium Rzymskie, związane z tym zagarnięcie przez Rzym Jerozolimy i utrata przez Żydów samodzielnego bytu państwowo-politycznego nie skutkowała pogodzeniem się przez nich z zaistniałą sytuacją. Autor akcentował znaczenie antyrzymskiego powstania ludności żydowskiej ze 132 r. n.e. pod wodzą Bar Kochby, brutalnie zdławionego przez wojska Imperium[15]. Represje, które spotkały ludność żydowską, implikowały jej eksodus poza Palestynę, głównie w kierunku Europy[16]. Tadeusz Walichnowski wskazywał, iż prześladowania, które spotkały tam Żydów, powodowały ich konwersję na chrześcijaństwo i próby asymilacji[17], która to sytuacja utrzymywała się do drugiej połowy XIX w. Wymieniał carską Rosję jako miejsce aktywizacji żydowskiej, częściowo zapewne zasymilowanej młodzieży studenckiej, integrującej się wokół koncepcji wyjazdu Żydów do Palestyny. Wskazywał na powstałe w 1882 r. charkowskie Koło Żydowskich Studentów głoszące hasło: „Beit Jaakow Ichu wenejlech" (pol.:„domu Jakuba, powstań, a pójdziemy")[18]. Z jej zawiązaniem Tadeusz Walichnowski łączył początek żydowskiej emigracji z Cesarstwa Rosyjskiego do Palestyny[19]. Znamiennym jest, że wskazany Autor nie przedstawiał przykładów dyskryminacji ludności żydowskiej w ówczesnej Rosji, w tym masowych pogromów, niosących śmierć Żydów i rabunek żydowskiego mienia. Na czynnik pogromowy, jako determinantę palestyńskiego kierunku emigracji zamieszkującej Rosję ludności żydowskiej zwracał natomiast uwagę Aleksander Sołżenicyn: „Wśród rosyjskich Żydów istniał także, jeszcze niezbyt nasilony, ruch palestynofilski-dążenie do powrotu do Palestyny. (Byłoby to ucieleśnienie modlitewnego pozdrowienia: „W przyszłym roku w Jerozolimie"). Tendencje te wyraźnie nasiliły się po pogromach 1881- 1882. „Dążyć do kolonizacji Palestyny (…), aby w ciągu jednego wieku żydzi mogli, prawie ostatecznie, zostawić niegościnną Europę". Wcześniejsze hasła krzewicieli oświaty walczących (…) z ortodoksją, chasydyzmem i religijnymi przesądami zastąpiło wezwanie do pojednania i zjednoczenia wszystkich warstw żydostwa, po to, aby realizować ideały (…) Palestyny; (…) do powrotu do starego żydostwa. W wielu miastach Rosji powstały kółka Chowewej Syjon (Przyjaciół Syjonu)"[20].

---

[15] T. Walichnowski, „Izrael a NRF", Warszawa 1967, s.15.
[16] T. Walichnowski, „Izrael a…", *op.cit*., s. 16.
[17] *Ibidem*.
[18] *Ibidem*.
[19] *Ibidem.*
20 A. Sołżenicyn, „Dwieście lat razem 1795-1995. Część pierwsza. W przedrewolucyjnej Rosji", tłum. A. Mayer, N. Michalak, Wrocław 2012, s. 203 i podana tam dalsza literatura.

Tadeusz Walichnowski łączył wprawdzie powstanie ruchu syjonistycznego z osobą Teodora Herzla, jednak wskazywał na wyraźne związki syjonizmu z rozwojem europejskich nacjonalizmów w drugiej połowie XIX w. oraz związki syjonistów z kajzerowskimi Niemcami[21]. W jego ocenie, fundament niemiecko-syjonistycznego porozumienia miały stanowić zabiegi syjonistów o poparcie przez cesarza Wilhelma II koncepcji utworzenia państwa żydowskiego w Palestynie[22]. Plany te zostały jednak udaremnione klęską wojenną Cesarstwa Niemieckiego w I wojnie światowej oraz pozbawieniem Niemiec statusu mocarstwowego[23]. Zdaniem Tadeusza Walichnowskiego powyższe fakty skłoniły kierownictwo ruchu syjonistycznego do poszukiwania nowego protektora koncepcji utworzenia państwa żydowskiego - Wielkiej Brytanii. W tych kategoriach Autor traktował deklarację Balfoura z 1917 r., w której „rząd Anglii (…) zobowiązał się do współdziałania w stworzeniu „żydowskiego narodowego ogniska" w Palestynie"[24]. Deklaracja implikowała nasilenie się emigracji żydowskiej z Europy do Palestyny, co nie pozostawało bez wpływu na zachowanie się tamtejszej ludności arabskiej, która w latach: 1929, 1933, 1936 wszczynała masowe rozruchy, wymierzone przeciwko brytyjskiej polityce umożliwiającej migrację żydowską do Palestyny[25]. Skalę tego zjawiska obrazować miała liczba żydowskich osadników w Palestynie, wynosząca w 1922 r. 82 000, aby w roku 1937 wzrosnąć do liczba 460 000 osób[26]. Zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, w ślad za wzrostem żydowskiej imigracji, zwiększał się areał ziemi uprawnej stanowiącej własność syjonistycznych osadników w Palestynie oraz postępował wzrost napływającego tam żydowskiego kapitału[27]. Skutkowało to, zdaniem wskazanego Autora, ekspansją ekonomiczną Żydów, wymierzoną przeciwko interesom ludności arabskiej oraz uprzywilejowaniem statusu ludności żydowskiej[28]. Za ekspansją kapitałową iść miała żydowska ekspansja terytorialna: „Szczególnie wielkiego znaczenia nabrała polityka wypędzania chłopów arabskich z ich ziem i skup tych ziem przez żydowski fundusz kolonizacyjny"[29].

Wybuch II wojny światowej, pomimo wszelkich utrudnień związanych z możliwością migracji ludności żydowskiej do Palestyny, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, nie zahamował

[21] T. Walichnowski, „Izrael a …", *op.cit*., s. 18-19.
[22] *Ibidem*, s.19.
[23] *Ibidem*, s. 21.
[24] *Ibidem*, s. 22.
[25] T. Walichnowski, „Izrael a…", *op. cit*., s. 24.
[26] *Ibidem*, za: K. Iwanow, Z. Szejnis, „Państwo Izrael", Warszawa 1960, s. 29.
[27] *Ibidem*.
[28] *Ibidem*.
[29] *Ibidem*, s.24-25.

żydowskiej migracji do Palestyny: w 1940 r. tamtejsza populacja żydowska liczyła już 467 500 osób, stanowiących 30% wszystkich mieszkańców tego obszaru[30].

Zdaniem Tadeusza Walichnowskiego pod koniec 1946 r. organizacje żydowskie działające w Palestynie wzmogły działania terrorystyczne, wymierzone przeciwko brytyjskiej administracji oraz ludności arabskiej[31]. Spór o przyszłość Palestyny wiązał również brytyjską scenę polityczną, podzieloną między zwolenników syjonistów i zwolenników polityki kolonialnej, dążącymi do przedłużenia brytyjskiego mandatu nad ziemiami palestyńskimi[32]. W ocenie Tadeusza Walichnowskiego, działającym tam organizacjom żydowskim pomagali wpływowi Żydzi amerykańscy, sympatyzujący z syjonizmem albo liczący się z syjonistami jako wyborcami. Pomoc ta miała nie ograniczać się wyłącznie do politycznego lobbingu i medialnego, prożydowskiego kształtowania opinii publicznej, a polegać również „na zaopatrywaniu terrorystów w broń"[33]. Spowodowało to, zdaniem wskazanego Autora, fiasko rozwiązania problemu arabsko-żydowskiego na forum międzynarodowym, w tym przy udziale Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ). Po wygaśnięciu mandatu brytyjskiego nad Palestyną, nocą z 14 na 15 maja 1948 r. zamieszkujący tam Żydzi proklamowali państwo Izrael[34]. Implikowało to wybuch wojny arabsko-żydowskiej, w której zwycięstwo odniosła strona izraelska. Triumf był bezdyskusyjny: Izrael objął nie tylko tereny określone uchwałą ONZ z 29 listopada 1947 r., lecz również nią nieobjęte ziemie palestyńskie - łącznie jego terytorium objęło 21 000 km² [35]. Żydowskie zwycięstwo zostało negatywnie ocenione przez Tadeusza Walichnowskiego. Zwrócił uwagę, iż: „Zdobycze terytorialne Izraela w wyniku tej wojny wzniosły barierę w stosunkach między Izraelem i krajami arabskimi. Izrael zagarnął ziemię Arabów i przekształcił setki tysięcy ludzi w wygnańców (…). Odpowiadało to planom kierowanej przez syjonistów Agencji Żydowskiej i planom rządu izraelskiego (…)"[36].

Izrael jako agresor

Skoordynowany, wspólny atak Egiptu i Syrii na Izrael dnia 6 czerwca 1967 r. stanowił najpoważniejsze – od daty utworzenia tego państwa w 1948 r. – zagrożenie dla jego niepodległości i politycznego bytu. Zjednoczone siły egipsko-syryjskie, uzbrojone głównie w broń sowiecką, wspierane były przez sowieckich doradców i walczyły według doktryny

[30] *Ibidem*, s. 27.
[31] *Ibidem*, s. 28.
[32] *Ibidem*.
[33] *Ibidem*, s.29.
[34] *Ibidem*, s. 34.
[35] *Ibidem*, s. 35.
[36] T. Walichnowski, „Izrael a…", *op.cit*., s. 36.

wojennej Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (ZSRR); z kolei armia izraelska uzbrojona była głównie w broń państw Paktu Północnoatlantyckiego, opierając się na własnych koncepcjach militarnych[37]. Mimo tego, że agresja egipsko-syryjska przeciwko Izraelowi była ewidentna, Tadeusz Walichnowski postrzegał ją inaczej. Zgodnie z narracją bloku państw komunistycznych, stwierdzał: „Sięgnięto po starą metodę agresorów: przerzucenie odpowiedzialności za wszczynanie wojny na napadniętego"[38]. Odwołując się do oficjalnego stanowiska I Sekretarza Komitetu Centralnego (KC) PZPR Władysława Gomułki[39], Tadeusz Walichnowski konstatował: „Oszustwo było Izraelowi potrzebne w zupełnie konkretnych celach. Chodziło o zyskanie bodaj kilku godzin, bodaj doby, aby opóźnić ewentualną interwencję ONZ"[40]. Wskazywał, że: „imperialistyczne i syjonistyczne siły propagandowe podjęły tezę izraelską (o arabskim ataku na Izrael – przyp. M.B.) bez wahania. „Głos Ameryki" w swych serwisach informacyjnych (…) kontynuował wprowadzanie w błąd słuchaczy, powtarzając komunikat izraelski na pierwszym miejscu (…). Wszystkie dzienniki radiowe BBC powtarzały to do późnego popołudnia. Paryski brukowiec, popołudniówka o masowym nakładzie, wydawana przez syjonistę, milionera Lazareffa, „France Soir", wyszła z olbrzymim tytułem, ciągnącym się przez wszystkie szpalty pierwszej kolumny: „Egipt zaatakował Izrael"[41]. Jednocześnie Tadeusz Walichnowski potępiał proizraelskie lub neutralne stanowiska rządów państw zachodnich, aprobatywnie oceniając natomiast oficjalny komunikat ZSRR: „Wskutek awanturniczej polityki jednego kraju – Izraela - który był zachęcany przez tajne i jawne poczynania określonych kół imperialistycznych, na Bliskim Wschodzie wybuchł zbrojny konflikt. Do tych niebezpiecznych poczynań Izrael został popchnięty przez przywódców, którzy stale oświadczają, że walczą rzekomo o istnienie Izraela jako państwa. Jeśli jednak cokolwiek może najbardziej podważać podstawy rozwoju i samego istnienia państwa izraelskiego – to właśnie taka szaleńcza, awanturnicza polityka, jaką obrały dzisiaj koła rządzące Izraela"[42].

Tadeusz Walichnowski, wspólnie z Janem Dziedzicem, przedstawiali również własną, odpowiadającą oficjalnej narracji PRL interpretację przebiegu działań wojny sześciodniowej. Pierwszy miał nastąpić atak lotniczy Izraela, który doprowadził do zniszczenia znacznej części egipskich sił powietrznych, po czym nastąpiło izraelskie uderzenie armii lądowej, skutkujące

[37] Zob. w: L. Kowalski, „Jaruzelski. Generał ze skazą. Biografia wojskowa generała armii Wojciecha Jaruzelskiego", Wydawnictwo Zysk i -ka 2012, s. 371.
[38] J. Dziedzic, T. Walichnowski, „Wokół agresji Izraela (1967)", Książka i Wiedza 1968, s. 39.
[39] *Ibidem* za: „Trybuna Ludu" z 20 czerwca 1967 r.
[40] *Ibidem.*
[41] *Ibidem*, s. 40.
[42] *Ibidem*, s. 44 za: „Trybuna Ludu" z 06 czerwca 1967 r.

przerwaniem frontu egipskiego, zajęciem przez Izrael Jerozolimy oraz wytyczeniem izraelskich rubieży w oparciu o rzekę Jordan; podobnie wyglądać miało domniemane uderzenie Izraela na Syrię, co skutkowało opanowaniem przez wojska izraelskie Wzgórz Golan[43].

Tadeusz Walichnowski przedstawiał sukces sił zbrojnych Izraela w kontekście używania przez izraelskie lotnictwo nowatorskich lub szczególnie drastycznych środków bojowych. Wskazywał, że podczas prowadzonych ataków powietrznych izraelskie lotnictwo używało „bomby drążącej beton"[44] oraz napalmu[45]. Jednocześnie wskazywał, iż użycie napalmu nie było podyktowane względami strategicznymi, a zemstą: „Napalmu używano nie tylko wobec armii przeciwnika, lecz również wobec ludności cywilnej. Fotografie popalonych ciał kobiet i dzieci bądź potwornych okaleczeń twarzy i kończyn tych, którzy atak napalmu przeżyli, pochodzące ze szpitali jordańskich i syryjskich, są tego dowodem"[46]. Bezwzględności żydowskich żołnierzy, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, sprzyjać miał ich religijny fanatyzm[47]. Towarzyszyła temu, w ocenie tego Autora, „bezgraniczna pogarda, pycha i chęć upokorzenia Arabów" przez „przedstawicieli soldateski izraelskiej", dla której „zaborczość była głównym celem tej wojny"[48]. Kontynuując tę myśl, Tadeusz Walichnowski wskazywał na okrucieństwo, jakiego mieliby dopuścić się żołnierze izraelscy: „Zburzono jordańskie miasteczko Kalkilia (…) gwałty, upokorzenia, masowe egzekucje i rabunki pokazały, jaką treść mają „ działania w obronie własnej egzystencji". W dniach , które następowały, świat poznał prawdę o tym, czego dopuszczano się w Synaju"[49]. Działania armii izraelskiej nie stanowiły jednak, zdaniem tego Autora, przejawów załamania się dyscypliny i żołnierskiej swawoli; przeciwnie – postrzegane były jako realizacja politycznych założeń izraelskiego rządu: „Rząd Izraela do 16 czerwca (*1967 r. – przyp. M.B.*) udaremniał Międzynarodowemu Czerwonemu Krzyżowi próby akcji ratowniczej na Synaju, mimo uporczywych wysiłków podejmowanych dla uzyskania prawa wjazdu jego ekip na pole bitwy czy tez przelotu helikopterów ratowniczych"[50].

Ożywionym zainteresowaniem Tadeusza Walichnowskiego cieszyła się kwestia poparcia udzielonego Izraelowi w okresie wojny sześciodniowej ze strony RFN. W tym

[43] J. Dziedzic, T. Walichnowski, „Wokół agresji…", *op. cit*., s. 46.
[44] *Ibidem*, s. 45.
[45] *Ibidem*, s. 50.
[46] *Ibidem*.
[47] *Ibidem*, s. 51.
[48] *Ibidem*, s. 55.
[49] *Ibidem*, s. 57.
[50] *Ibidem*.

zakresie stwierdzał: „Poparcia agresorowi izraelskiemu udzieliły partie polityczne Berlina zachodniego”[51], dodając: „Prasa, radio i telewizja , inspirowane przez koła polityczne w Bonn, udzieliły całkowitego poparcia agresorowi. Zachodnioniemieccy komentatorzy (…) wprost zachłystywali się z radości z powodu militarnych sukcesów wojsk Izraela”[52]. Komentując wizytę w NRF generała armii izraelskiej Aharona Dorona, zaproszonego przez Bawarski Związek Gmin Żydowskich, wskazywał na nieukrywane przez izraelskiego gościa znaczenie pomocy zachodnioniemieckich sił zbrojnych – Bundeswehry – udzielonej w trakcie wojny sześciodniowej armii Izraela[53]. Zdaniem Tadeusza Walichnowskiego: „Spotkanie z gen. Doronem wykorzystali dla celów propagandowych syjoniści z NRF przy pełnym poparciu militarystów zachodnioniemieckich”[54]. Wizyta izraelskiego wojskowego w Zachodnich Niemczech, miała więc służyć utrwalaniu wzajemnych więzów między żydowskimi syjonistami, a enerefowskimi militarystami. Wskazany Autor przedstawiał życzliwe temu komentarze zachodnioniemieckiej prasy. W tym kontekście szczególnie złowrogo dla Polski brzmiał, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, artykuł S. Schlamma zatytułowany: „Nie ma już granic w Berlinie Bliskiego Wschodu”, zamieszczony w gazecie „Bild am Sonntag”[55]. Jego treść, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego miała zawierać fragment stanowiący porównanie wojsk arabskich z siłami środkowoeuropejskich państw obozu komunistycznego[56] oraz chwalić zdecydowanie izraelskich polityków, jako wzór dla klasy politycznej NRF: „Nikt nie może nauczyć się więcej od Izraela, jak NRF. Tel-Awiw nie posłuchał opinii światowej, tylko swego narodowego sumienia, nie dał się sparaliżować i zahipnotyzować, lecz zdecydowaną siłą stworzył fakty dokonane. Pierwszy wniosek z tej nadzwyczajnej kampanii wojennej to kompletne obalenie modnej tezy, że wojny nie są już środkiem polityki”[57]. „Polityczna lekcja” udzielona przez RFN przez Izrael, miała wyznaczać, zdaniem cytowanego Autora, metodę działania państwa zachodnioniemieckiego, które słuchając „swego narodowego sumienia” powinno zbrojnie upomnieć się o swoje prawa w Europie.

Sukces Izraela w wojnie sześciodniowej możliwy był, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego również dzięki dysponowaniu przez wojska izraelskie uzbrojeniem produkcji RFN: „Otóż w wojnie tej doskonale – zdaniem fachowców wojskowych – zdała

[51] *Ibidem*, s. 95.
[52] *Ibidem*.
[53] J. Dziedzic, T. Walichnowski, „Wokół agresji…”, *op.cit*., s. 97.
[54] *Ibidem*.
[55] *Ibidem*, s. 98.
[56] *Ibidem*.
[57] *Ibidem*, s. 98-99.

egzamin broń zachodnioniemiecka, w tym przeciwpancerne pociski rakietowe „Kobra" (…)"[58]. Powołując się na treść publicznych wystąpień zachodnioniemieckich polityków oraz erefenowskie artykuły prasowe, Tadeusz Walichnowski budował narrację, że rząd zachodnioniemiecki usiłuje powtórzyć casus wojny sześciodniowej przez śmiałą, skoordynowaną akcję sił powietrznych i wojsk pancernych w Europie Środkowej: „Chodzi ogólnie biorąc o to, że na przykładzie agresji Izraela potwierdza się jakoby – zdaniem Bonn – teza, iż można wywołać wojnę lokalną i jeśli będzie to wojna błyskawiczna przy użyciu wszystkich nowoczesnych środków, to doprowadzi do zdobycia określonego terytorium bez ryzyka przekształcenia się w wojnę ogólnoświatową"[59]. Wnioski i oceny Tadeusza Walichnowskiego korespondowały z oficjalnym stanowiskiem najwyższych przedstawicieli reżimu komunistycznego PRL. Przykładem wykazującym tę korelację jest treść oficjalnego wystąpienia ówczesnego Prezesa Rady Ministrów PRL Józefa Cyrankiewicza: „Izrael pragnie wyzyskać chwilową przewagę militarną dla narzucania swym sąsiadom krzywdzących, niesłusznych, niedopuszczalnych warunków pokojowych (…). Strach przed zniszczeniem państwa Izrael był sztuczny i służył jedynie wywołaniu psychozy (…), a równocześnie służył mobilizacji narodu izraelskiego do wojny. Izrael (…) mógł zastosować w swej agresji wypróbowane dawniej przez innych agresorów formy „blitzkriegu" (…). Dla nas, Polaków, „blitzkrieg" kojarzy się z najazdem Hitlera na Polskę, ze straszliwą hitlerowską okupacją, z zagładą 6 mln ludzi, wśród których tak poważną część stanowili obywatele polscy pochodzenia żydowskiego. Jako przedstawiciel Polski uważam, że kto zachłystuje się „blitzkriegiem" izraelskim na Bliskim Wschodzie, porównuje go do ataków „Luftwaffe" na polskie ziemie, ten nie powinien równocześnie nadużywać pamięci Żydów pomordowanych w hitlerowskich obozach"[60].

Tak budowana narracja zmierzała również w publicystyce politycznej Tadeusza Walichnowskiego do wykazania ścisłej współpracy między rządem RFN, a syjonistami kierującymi polityką Izraela oraz posiadających realny wpływ na kształt polityki zagranicznej innych państw. Celem tej współpracy było uderzenie w newralgiczne interesy PRL i Polaków, przybierające postać prowadzonej przeciwko nim „wojny psychologicznej".

[58] *Ibidem*, s. 99.
[59] *Ibidem*, s. 100.
[60] J. Dziedzic, T. Walichnowski, „Wokół agresji…", *op. cit*., s. 147-148, za: „Trybuna Ludu" z dnia 24 czerwca 1967 r.

Współpraca przeciwko PRL

Zdaniem Tadeusza Walichnowskiego źródłem współpracy między zachodnioniemieckimi nazistami, a żydowskimi syjonistami była łącząca ich wspólnota interesów. W zamian za odszkodowania przyznane przez rząd NRF Izraelowi z tytułu zadośćuczynienia za straty doznane przez Żydów ze strony hitlerowskiej machiny śmierci[61], państwo zachodnioniemieckie miało uzyskać z ich strony polityczną i moralną rehabilitację, skutkującą zdjęciem z RFN odium spuścizny III Rzeszy[62]. Stwierdzał: „Jedną z najciemniejszych plam w działalności ruchu syjonistycznego jest rola przywódców syjonistycznych w moralnej rehabilitacji NRF w opinii światowej. Przywódcy syjonistyczni i kierownicy rządu izraelskiego (będący również aktywnymi działaczami syjonistycznymi) w zamian za otrzymany z NRF sprzęt wojskowy, pomoc gospodarczą i finansową przystąpili do realizacji swojej części zobowiązania: do stworzenia warunków umożliwiających zdjęcie odpowiedzialności za zbrodnie wojenne z Niemców i przerzucenie albo rozłożenie tej odpowiedzialności na inne narody. Chodziło przede wszystkim o przezwyciężenie hitlerowskiej przeszłości w kierunku wygodnym dla kół rządzących w Bonn, przy równoczesnym odsunięciu uwagi opinii publicznej od redakcyjnego charakteru prowadzonych w tym celu akcji, jako części składowych kampanii antykomunistycznej”[63]. W ocenie Tadeusza Walichnowskiego, oparta na powyższych zasadach współpraca między żydowskimi syjonistami, a rządem zachodnioniemieckim realizować miała zasadniczo trzy cele:

- moralną rehabilitację RFN oraz oczyszczenie zachodnioniemieckiego państwa i społeczeństwa z odpowiedzialności za zbrodnie nazizmu;

- w miejsce oczyszczonej z odium hitlerowskich zbrodni RFN, odpowiedzialność za ludobójstwo dokonane na Żydach w okresie II wojny światowej miała być „przerzucona” na „inne narody”, a zwłaszcza Polaków;

- realizacja dwóch powyższych celów, stanowiła część składową szerszej – bo wymierzonej przeciwko państwom bloku wschodniego z ZSRR na czele – kampanii antykomunistycznej.

Tadeusz Walichnowski uznawał tę współpracę za dowód moralnego upadku ruchu syjonistycznego, opierając się na stanowisku prezentowanym wówczas przez Komunistyczną Partię Izraela: „(…) kontynuuje i wzmaga się kampanię oszczerstw i kłamstw przeciwko ZSRR i innym krajom socjalistycznym. Broń izraelska dla generałów hitlerowskich, żydowskie

[61] T. Walichnowski, „Syjonizm a NRF”, Wydawnictwo „Śląsk”, Katowice 1968, s. 16.
[62] *Ibidem*, s. 26.
[63] *Ibidem*, s. 26-27.

rozgrzeszenie dla neofaszystowskich polityków bońskich, wprzęganie Izraela i kół żydowskich w krajach kapitalistycznych w rydwan kolonializmu i reakcji – oto brudna antyżydowska robota Ben Gurionów i Goldmanów. Trójkąt: Ben Gurion-Goldmann-Adenauer, stanowi symbol krańcowej moralno-politycznej degeneracji syjonizmu, organizacji syjonistycznej i jej kierownictwa”[64]. Tadeusz Walichnowski wskazywał również: „Współpraca Izraela z NRF została pogłębiona (…) nawiązaniem wzajemnych stosunków dyplomatycznych w 1965 r. i zawarciem szeregiem umów o współpracy gospodarczej i wojskowej (…). Tytułem odszkodowań Izrael otrzymał z NRF 3,45 miliarda marek zachodnich; (…) poważną część odszkodowania spłacono sprzętem wojskowym (czołgi, samochody pancerne, kutry torpedowe, łodzie podwodne, urządzenia radarowe i inne”[65]. Poważnym elementem współpracy między żydowskimi syjonistami (utożsamianymi z rządem Izraela) i RFN było zatem, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, współdziałanie militarne, co nie mogło pozostawać bez wpływu na bezpieczeństwo PRL i Polaków. Szczególnie złowrogą była kreowana przez tego Autora wizja uzbrojenia zachodnioniemieckiej Bundeswehry w broń atomową: „W ramach systematycznie rozwijanej współpracy wojskowej między dwoma państwami postępuje systematyczna kooperacja w produkcji zbrojeniowej, szkolenie kadry podoficerskiej i oficerskiej armii izraelskiej, a także specjalistów w zakresie badań atomowych na poligonach Bundeswehry; prowadzenie wspólnych badań naukowych, m.in. również w dziedzinie broni jądrowej”[66].

W ocenie Tadeusza Walichnowskiego współpraca polityczna między żydowskimi syjonistami z rządem RFN skutkowała, jak już wskazałem wcześniej, prowadzeniem wojny psychologicznej przeciwko Polakom i PRL. Jej zasadniczym przejawem była zakrojona na szeroką skalę, prowadzona za pośrednictwem zachodnioeuropejskich i amerykańskich mediów akcja dyfamacyjna wskazująca Polaków jako głównych współsprawców zagłady Żydów w okresie II wojny światowej. Stwierdzał: „Nie poprzestano na rehabilitacji NRF. Cena, której żąda się w Bonn jest wyższa. Ważniejsze akcje polityczne przywódców NRF rozgrywane są odtąd przy czynnym poparciu izraelskich kół rządzących i stojących na ich usługach organizacji syjonistycznych”[67]. Idąc tym tokiem wnioskowania, Tadeusz Walichnowski kontynuował: „Faktem jest, że obszar Polski pokryty był w czasie okupacji hitlerowskiej siecią niemieckich obozów, niosących zagładę Żydom (również Polakom

[64] T. Walichnowski, „Syjonizm a…”, *op. cit*., s. 20 za: „Kol Haam” z 15 stycznia 1960 r.
[65] *Ibidem*, s. 21.
[66] *Ibidem*, s. 21-22.
[67] *Ibidem*, s. 26.

i innym). Mimo ofiarnej, pełnej poświęceń działalności uczestników polskiego ruchu oporu, zaangażowanych w ratowanie Żydów (…) udało się hitlerowcom w warunkach bezprzykładnego terroru wymordować według powszechnie przyjętych obliczeń ponad 2 miliony obywateli polskich pochodzenia żydowskiego i około 1 miliona Żydów – obywateli państw obcych”[68]. Kontynuował: „Z tej bolesnej prawdy przywódcy syjonistyczni czynią dzisiaj użytek, rozpętując w Izraelu, na terenie szeregu krajów Europy Zachodniej i w USA kampanię oszczerstw przeciwko narodowi polskiemu, który doznał z rąk okupantów hitlerowskich tych samych krzywd”[69]. Stwierdzał: „Za pośrednictwem prasy, radia, telewizji i różnych publikacji Polacy są przedstawiani jako główni pomocnicy Niemiec hitlerowskich w eksterminacji Żydów. W parze z tym wybiela się Niemców przez przemilczanie ich zbrodni, niedostrzeganie systemu zbrodni i masowego udziału obywateli III Rzeszy w tzw. końcowym rozwiązaniu problemu żydowskiego”[70]. Tadeusz Walichnowski wskazywał również cel takiego działania, jakim było przypisanie Polakom odpowiedzialności za zbrodnie niemieckich nazistów: „Celem syjonistycznej kampanii jest próba odwrócenia uwagi opinii światowej od zbrodni hitlerowskich dokonywanych na Żydach przez czynienie narodu polskiego współodpowiedzialnym za te zbrodnie”[71]. W parze z tym iść miało propagandowe oddziaływanie ukierunkowane na przypisywanie Polakom miana „narodu antysemitów”[72]. Działanie to miało służyć odwracaniu uwagi od rzeczywistego antysemityzmu, który zdaniem cytowanego Autora, był poważnym problemem w NRF[73]. Zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, prowadzona przez syjonistów kampania była finansowana ze środków RFN, znajdując uznanie w USA „gdzie z taką zaciętością potęguje się popieranie i podsycanie wszelkich sił reakcyjnych dla uprawiania dywersji politycznej przeciwko krajom socjalistycznym”[74]. Uprawnionym wobec tego jest przyjęcie, że Polska i Polacy, zdaniem cytowanego Autora, stali się obiektem polityczno-propagandowego ataku również z powodu przynależności PRL do obozu „krajów socjalistycznych”. Syjonizm jawił się więc jako agresywny, antykomunistyczny nacjonalizm. Wskazany Autor zwracał również uwagę na los badaczy, którzy nie chcieli uczestniczyć w wymierzonej przeciwko Polsce i Polakom kampanii. Przywoływał casus Aleksandra Bernfesa, który w amerykańskim programie telewizyjnym przedstawił „dokumentalny film o życiu i walce oraz zagładzie getta

[68] T. Walichnowski, „Syjonizm a …”, *op. cit*., s. 27.
[69] *Ibidem.*
[70] *Ibidem*.
[71] *Ibidem*.
[72] *Ibidem*.
[73] *Ibidem*, s. 28-29.
[74] *Ibidem*, s. 29.

warszawskiego: „(…). Autor z sympatią ukazał współdziałanie polskiego i żydowskiego ruchu oporu, haniebną i zdradziecką rolę gettowej policji żydowskiej i „Rad Żydowskich" (Judenratów). Bernfes potępił również kolaborantów – Żydów, którzy pastwili się nad swoimi rodakami, wyrażał się serdecznie o tych Polakach, którzy darmo dostarczali do getta żywności, broni, lekarstw"[75]. Skutkiem tego, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, było to, iż „rozwścieczeni na twórcę tego filmu członkowie skrajnych syjonistycznych organizacji w USA błotem i przekleństwami obrzucili człowieka, który w ukazywaniu historii okresu wojny i zagłady zachował uczciwość i obiektywizm. Doszło do oficjalnego rzucenia klątwy na Bernfesa i izolowania go"[76]. Amoralność i agresja środowisk syjonistycznych w ich antypolskim działaniu, zdaniem Tadeusza Walichnowskiego, miała przybierać postać skrajną, manifestującą się w ostracyzmie stosowanym również wobec ocalałych z Holocaustu badaczy żydowskich, którzy nie chcieli poddać się lansowanemu przez syjonistów wizerunkowi Polaków jako antysemitów i współsprawców hitlerowskiego ludobójstwa Żydów. Konstatował: „(…) syjonistyczna kampania oszczerstw przeciwko Polsce stanowi część składową imperialistycznej koncepcji wojny psychologicznej i jednoczy interesy polityczne zarówno USA, jak i NRF, spłacając jednocześnie dług wdzięczności kołom rządzącym w Bonn za otrzymane wsparcie finansowe (…). Zniekształcając fakty historyczne, syjoniści żerują na męczeństwie milionów Żydów wymordowanych przez barbarzyński hitleryzm. W interesie kół zimnowojennych, w trosce o rozbudowywany militaryzm zachodnioniemiecki (…) – syjoniści nie przebierają w środkach (…) antypolska akcja ruchu syjonistycznego jest taka niewybredna w szerzeniu oszczerstw przeciwko Polsce, której próbki odnotowano w ostatnim czasie w szeregu krajów kapitalistycznych"[77].

Zakończenie

Lektura publicystyki Tadeusza Walichnowskiego oraz biogram jego sylwetki politycznej kreśli obraz człowieka - efektu komunistycznego zideologizowania oraz związania się z tym systemem. Od 1946 r. do początku lat 90-tych XX w. członek PPR i PZPR, konsekwentnie budował swoją karierę w komunistycznym aparacie bezpieczeństwa. W ślad za awansami na kolejne stopnie i stanowiska, rozwijał karierę naukową, wiernie trzymając się polityczno-ideologicznej linii dyktowanej aktualnymi potrzebami kierownictwa politycznego PRL.

---

[75] *Ibidem*, s. 30.
[76] T. Walichnowski, „Syjonizm a…", *op. cit*., s. 30 za: J. Wilczur, „W czyim interesie" opubl. w „Prawo i Życie" z 14 grudnia 1966 r.
[77] *Ibidem*.

Swoisty manifest dyspozycyjności Tadeusza Walichnowskiego wobec przedstawicieli najwyższej nomenklatury PZPR stanowi jego twórczość naukowo-publicystyczna schyłku lat 60-tych XX w. Triumf Izraela nad koalicją państw arabskich w wojnie sześciodniowej stał się bezpośrednią przyczyną zainicjowania przez władze komunistyczne w Polsce wydarzeń określanych mianem „kampanii antysyjonistycznej" lat 1967-1968. Wyrażam pogląd, że twórczość naukowo-publicystyczna Tadeusza Walichnowskiego spełniła oczekiwania kierownictwa politycznego PRL (w tym stronnictwa tzw. „partyzantów") na dostarczanie „propagandowej amunicji" do kreowania i podtrzymywania antysemickiej histerii lat 1967- 1968. Skrajnie zideologizowany przekaz, ściśle korespondujący z oficjalną narracją, publicznie prezentowaną przez kierownictwo polityczne PRL, tendencyjność i wybiórczość w przedstawianiu faktów oraz formułowaniu wniosków – to cechy charakterystyczne prac Tadeusza Walichnowskiego omawianego okresu. Pozostającą wierną ideologicznym pryncypiom PZPR, publicystykę wskazanego Autora wyróżnia wplatanie w retorykę komunistyczną wyraźnych elementów polskiego nacjonalizmu o charakterze antysemickim.

Kreśląc początki i rozwój doktryny syjonizmu, Tadeusz Walichnowski przypisuje eksponowane miejsce w tym zakresie carskiej Rosji, pomijając jednak „niewygodne" fakty skłaniające rosyjskich Żydów do koncepcji emigracji i budowy własnego państwa. Dotyczy to w szczególności fali antysemickich pogromów, które przetoczyły się przez Rosję w latach 80- tych XIX w., na co wskazywał m.in. Aleksander Sołżenicyn. Zaryzykować można stwierdzenie, że nawet „carska" Rosja u omawianego Autora nie mogła być przedstawiona w „złym świetle" co dobrze ilustruje jego hołdowniczy stosunek wobec ZSRR. Symptomatyczne jest również postrzeganie przez Tadeusza Walichnowskiego syjonizmu jako ruchu, który już od swoich początków usiłował wykorzystać - dla idei stworzenia państwa żydowskiego – siłę Cesarstwa Niemieckiego, co uzasadnia wskazywane przez tego Autora, późniejsze inklinacje między syjonizmem i Niemcami.

Zdecydowanie więcej miejsca publicystyka Tadeusza Walichnowskiego poświęca postawie władz i sił zbrojnych Izraela w okresie bliskowschodniej wojny sześciodniowej. Lektura publikacji tego Autora prowadzi do przyjęcia, że uważał on kierownictwo polityczne Izraela za syjonistów, realizujących idee tego ruchu. Izrael przedstawiał jako państwo agresywne, zaborcze, korzystające z poparcia USA, dysponujące świetnie uzbrojoną (głównie w broń wyprodukowaną w RFN) i wyszkoloną armią, realizującą żydowskie roszczenia terytorialne kosztem słabszych militarnie sąsiadów: Egiptu i Syrii. Oba te kraje, podobnie jak arabska ludność Palestyny, prezentowane są przez Tadeusza Walichnowskiego jako ofiary syjonistycznej agresji. Również w tym przypadku jest to prezentacja kontrfaktyczna, gdyż

właśnie koalicja egipsko - syryjska stanowiła stronę atakującą w wojnie sześciodniowej, natomiast Izrael bronił wówczas nie tylko swojej niepodległości, ale i politycznego bytu. Symptomatyczne jest również budowanie przez Tadeusza Walichnowskiego analogii między zastosowaną izraelską doktryną wojenną, a hitlerowską koncepcją „blitzkriegu", co już samo w sobie miało stygmatyzować żydowski rząd i armię. Izrael kreowany był na „agresora", który na zajętych ziemiach stosować miał politykę terroru analogiczną do tej, którą III Rzesza prowadziła wobec ludności żydowskiej. Obraz ten uznać należy za gruntownie zafałszowany, nie mający czegokolwiek wspólnego z rzeczywistością, a mający na celu potęgować uczucie niechęci, a nawet wrogości wobec amoralnych, bezwzględnych syjonistów.

Innym zagadnieniem, które Tadeusz Walichnowski przedstawiał za szczególną atencją, była wykazywana przez niego „wojna psychologiczna", prowadzona przez syjonistów przeciwko Polsce i Polakom. Tym, co stanowiło jej zasadniczy przejaw było obarczanie Polaków, za pośrednictwem zachodnich mediów i literatury, odium antysemityzmu oraz odpowiedzialnością za masowe mordowanie Żydów w okresie hitlerowskiej okupacji. Przywołując martyrologię milionów Polaków uśmierconych przez niemiecką, nazistowską machinę śmierci, posługiwał się – na zasadzie przeciwieństwa - przykładami działalności żydowskich formacji policyjnych w gettach oraz tamtejszych judenratów. Stawiał tezę, iż w zamian za olbrzymie odszkodowania pieniężne (w tym również spłacane nowoczesnym sprzętem wojskowym) jako zadośćuczynienie ofiarom Holocaustu, NRF została oczyszczona przez Izrael i ruch syjonistyczny przed światową opinią publiczną z odium nazizmu. Tak pojmowanej rehabilitacji państwa i społeczeństwa zachodnioniemieckiego towarzyszyło „przerzucenie" odpowiedzialności za hitlerowskie zbrodnie na Polaków. Nieukrywany, wrogi stosunek do Izraela, ruchu syjonistycznego, ale także do RFN stanowią stałe elementy publicystyki Tadeusza Walichnowskiego omawianego okresu. Koncepcja polityczna tego Autora nie zatracała jednak czegokolwiek ze swojego komunistycznego charakteru, wiernego linii ideologicznej PZPR. „Wojna psychologiczna" prowadzona przez syjonistów przeciwko Polsce i Polakom, posiadać miała charakter nie tylko antypolski, lecz również antykomunistyczny, przez co Tadeusz Walichnowski dobrze wkomponowywał się w specyficzną, narodowo-komunistyczną retorykę pezetpeerowskiej frakcji „partyzantów".

Jak zatem należy ocenić polityczno-publicystyczna działalność Tadeusza Walichnowskiego z końca lat 60-tych XX w.? W mojej ocenie stanowi modelowy przykład działalności pseudonaukowej, mającą na celu quasi-akademicką legitymizację kursu obranego przez antydemokratyczny reżim PRL. Przemawia za tym stosowany przez omawianego Autora „warsztat badawczy", charakteryzujący się tendencyjnością stawianych tez oraz dowolna,

podporządkowaną z góry przyjętej tezie interpretacji faktów. Wyraźny, emocjonalny stosunek tego Autora do opisywanych zjawisk i jednoznaczne zideologizowanie, pozwalają uznać go bardziej za agitatora antydemokratycznego reżimu, niż przedstawiciela środowisk naukowych. Publicystykę Tadeusza Walichnowskiego można wskazywać tytułem przykładu, jak łatwo zaangażowana politycznie narracja może ulec wyjałowieniu, zbaczając na pseudonaukowe manowce.

ABSTRAKT

Tadeusz Walichnowski (1928-2005) był jednym z kilku najważniejszych ideologów Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej (PZPR) animujących tzw. kampanię antysyjonistyczną w latach 1967- 1968. Łączył służbę w komunistycznym aparacie represji z pracą propagandową, której szczególnym obiektem zainteresowania stał się we wskazanym okresie Izrael oraz ruch syjonistyczny. Wraz z ugrupowaniem Mieczysława Moczara, tzw. „partyzantami", odpowiadał za rozniecanie „antysyjonistycznej" (w istocie antysemickiej) histerii, kreując obraz Izraela jako państwa agresywnego, natomiast syjonizm utożsamiając z agresywnym, antykomunistycznym nacjonalizmem. W swoich publikacjach kreślił koncepcję polityczną, której fundamentem stanowiła wizja wymierzonego przeciwko Polsce i Polakom współdziałania syjonistów i zachodnioniemieckich neonazistów. Formułował założenie, że w zamian za pomoc udzieloną Izraelowi przez Republikę Federalną Niemiec podczas wojny sześciodniowej w 1967 r., Izrael dokonał rehabilitacji państwa zachodnioniemieckiego z odpowiedzialności za nazistowskie ludobójstwo, dążąc do przypisania Polakom statusu głównych odpowiedzialności za hitlerowskie zbrodnie popełnione na Żydach. Tadeusza Walichnowskiego można uznać go za „czerwonego nacjonalistę", twórcę politycznej koncepcji odwołującej się do polskich akcentów nacjonalistycznych przy zachowaniu wierności ideologicznym pryncypiom PZPR. Po 1968 r. Tadeusz Walichnowski z powodzeniem kontynuował swoją karierę w komunistycznym resorcie bezpieczeństwa, rozwijając również własną karierę naukową. Stworzona przez Tadeusza Walichnowskiego koncepcja polityczna uchodzić może za wzór podporządkowania nauki ideologii, co prowadzić może na intelektualne manowce.

Słowa kluczowe: Tadeusz Walichnowski, komunizm, nazizm, Żydzi, Izrael, syjonizm, wojna sześciodniowa, komunizm narodowy.

Bibliografia

Literatura podstawowa:

1. Walichnowski T., „Izrael a NRF", Warszawa 1967;
2. Dziedzic J., Walichnowski T., „Wokół agresji Izraela", Warszawa 1967;
3. Walichnowski T., „Syjonizm a NRF", Katowice 1968.

Literatura uzupełniająca:

1. Eisler J., „Polski rok 1968", Warszawa 2006;
2. Iwanow K., Szejnis Z., „Państwo Izrael", Warszawa 1960;
3. Kowalski L., „Jaruzelski. Generał ze skazą. Biografia wojskowa generała armii Wojciecha Jaruzelskiego", Wydawnictwo Zysk i -ka 2012;
4. Osęka P., „Marzec '68", Kraków 2008;
5. Sołżenicyn A., „Dwieście lat razem 1795-1995. Część pierwsza. W przedrewolucyjnej Rosji", tłum. Mayer A., Michalak N., Wrocław 2012;
6. Szaynok B., „Polityczne wykorzystanie tematyki żydowskiej w działaniach PPR/PZPR (1944- 1989) [w:] „Partia. Państwo. Społeczeństwo", Rokicki K. (red.), Warszawa 2016;
7. Wołowiec G., „Czerwone i brunatne. O nacjonalistycznym uprawomocnieniu komunizmu w Polsce raz jeszcze", [w:] Chmielewska K., Mrozik A., Wołowiec G. (red.), „Komunizm. Idee i praktyki w Polsce 1944-1989", Warszawa 2018.

Czasopisma:

1. „Trybuna Ludu" z 06 czerwca 1967 r.;
2. Trybuna Ludu" z 20 czerwca 1967 r.;
3. „Kol Haam" z 15 stycznia 1960 r.;
4. Wilczur J., „W czyim interesie" opubl. w „Prawo i Życie" z 14 grudnia 1966 r.

Linki internetowe:

1. https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/27113?katalog=5 (stan na dzień 04 grudnia 2020 r.);
2. https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/1187?katalog=4 (stan na dzień 04 grudnia 2020 r.);
3. https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/45356 (stan na dzień 04 grudnia 2020 r.);

4. https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/1187?katalog=4 (dostęp na dzień 05 grudnia 2020 r.);
5. https://katalog.bip.ipn.gov.pl/informacje/45356?katalog=4 (dostęp na dzień 05 grudnia 2020 r.);
6. https://www.polskieradio.pl/39/156/Artykul/1146148,Szesciodniowa-wojna-blyskawiczna (dostęp na dzień 05 grudnia 2020 r.).

Paweł Szklarczyk
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID 0000-0002-5305-2053

Komparatystyka prawnicza a metoda historyczna na przykładzie badań nad reformami prawnymi okresu Meiji

Comparative legal studies and it's use to the historical reaserch on the example of research on legal reforms of the Meiji era

ABSTRACT

The article covers the application of the comparative method in the field od history of law. The first part of the work is a reference to some basic issues related to comparative studies. The second part concerns the application of the comparative method in research concerning the history of law. In the third part of the work, to prove points mentioned above, the author briefly presents the specificity of the Japanese legal system and (also very briefly) discusses the similarities and differences between the monarch's position in the Constitution of the Great Japanese Empire and the Constitution of the Kingdom of Prussia.

Keywords: methodology, Japan, Prussia, constitution, Meiji

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest omówienie zastosowania metody prawnoporównawczej (lub też komparatystycznej) w badaniach historycznoprawnych, w szczególności badaniach nad reformami okresu Meiji. Pierwsza część pracy stanowi odniesienie do pewnych podstawowych zagadnień związanych z komparatystyką. Część druga dotyczy zastosowania metody komparatystycznej w badaniach historycznoprawnych. W trzeciej części pracy dla zobrazowania przedstawionych poglądów zwięźle omówiono swoistość japońskiego systemu prawnego oraz przedstawiono podobieństwa i różnice między pozycją monarchy w Konstytucji Wielkiego Cesarstwa Japonii a jej pierwowzorem – Konstytucją Królestwa Prus.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że przedmiotowa kwestia metodologiczna jest niezwykle doniosła dla badań historycznych. Wskazać należy, że komparatystyka prawnicza jest często postrzegana jako narzędzie do badania współczesnych systemów prawnych (tzw. komparatystyka współczesna). Pogląd ten należy uzupełnić o tezę, że badania historycznoprawne mogą bowiem polegać i niejednokrotnie polegają na badaniu przepisów już nieobowiązujących w taki sposób, jakby badano prawo powszechnie obowiązujące w chwili gdy pozostawały jeszcze w mocy[1]. Choć proces wykładni norm w badaniach historycznych musi opierać się o zgromadzone materiały historyczne, w jaki sposób przedmiotowy przepis rozumiano i stosowano w przeszłości zawsze odnosi się to do literalnego brzmienia przepisu, jego umiejscowienia w systemie prawa lub celu jego ustanowienia (wykładnia językowa, systemowa i funkcjonalna). Tak prowadzone badania w istocie nie odbiegają daleko od tego, co czyni się w tzw. dogmatykach (szczegółowych naukach prawnych)[2]. Ponadto warto też zaznaczyć, iż niejednokrotnie w historii dokonywano wykładni przepisów w taki sposób, aby obejść literalne brzmienie przepisu, czy cel jego ustanowienia, przez co porównywanie normy zawartej w przepisach z praktyką jej stosowania także stanowi jedno z podstawowych pól badawczych nauk historycznych.

Systemy prawne, instytucje prawne, przepisy i normy różnych systemów są ze sobą porównywalne, jeżeli spełniają określone kryteria. Przykładem w szczególności są przepisy (normy, instytucje), które łączy np. zakres zastosowania czy normowania, cel ustanowienia lub funkcja jaką spełniają w systemie prawa[3]. Są one porównywalne tak w wypadku gdy mówimy o prawie powszechnie obowiązującym i pozostającym w mocy, jak i w przypadku regulacji historycznych – norm już derogowanych.

Ciekawy przypadek dla niniejszych rozważań stanowią badania z zakresu historii doktryn politycznych i prawnych, a więc także mające co do zasady charakter badań historycznych w obszarze poglądów myślicieli na państwo, prawo, politykę, religię, własność, społeczeństwo, status jednostki w państwie itp. Są one często, niejako z natury rzeczy, badaniami porównawczymi. Niejednokrotnie bowiem definiuje się je lub opisuje, zestawiając je miedzy sobą. Faktem przesądzającym, czy dana myśl może zostać określona jako doktryna polityczno-prawna jest to, czy brała lub też wciąż aktywnie bierze udział w sporze o charakterze politycznym obejmującym wizję państwa, prawa, społeczeństwa, własności czy statusu jednostki w społeczeństwie (ewentualnie wywarła znaczący wpływ na przedmiotowy

[1] R. Tokarczyk, *Komparatystyka Prawnicza*, Warszawa 2008, s. 32, 56 i n., 69 i n.
[2] *Ibid*., s. 52 i n.
[3] Zob. szerzej *ibid*., s. 32, 56 i n., 69 i n.

spór). Myśliciele i politycy będący twórcami czy zwolennikami konkretnych doktryn politycznych i prawnych ścierają się ze sobą, nawzajem wykazując błędy w rozumowaniu, wadliwe przesłanki, niekonsekwencję postaw w stosunku do deklarowanych poglądów, i szukają słabych punktów w koncepcji opozycyjnej (zakładając racjonalną dyskusję)[4]. Dyskurs ten zatem z natury umożliwia (a nawet wymusza) porównanie między koncepcjami będącymi w sporze. Porównanie to nie dotyczy tylko koncepcji konkurencyjnych, czy niuansów różniących poglądy zwolenników jednego nurtu, ale może służyć też do szerszego porównania doktryny z nurtami filozoficznymi, w tym ze źródłami danego nurtu nierzadko sięgającymi na przykład koncepcji Arystotelesa, Platona, Sokratesa czy Konfucjusza. Myśl polityczno-prawna odnosi się także do porównywania koncepcji ustrojowych, prawnych, politycznych (*de lege ferenda*) z obowiązującym stanem prawnym (*de lege lata*)[5].

1. Uwagi dotyczące metody komparatystycznej.

Komparatystyka prawnicza, nazywana też prawem porównawczym[6], jak sama nazwa wskazuje, opiera się na porównywaniu ze sobą co najmniej dwóch różnych systemów prawnych lub należących do nich instytucji, norm, przepisów itp. W niniejszym fragmencie zamierzam wykazać spory i nieścisłości co do samego pojęcia komparatystyki.

Istnieje pogląd, jakoby można było mówić oddzielnie o metodologii komparatystycznej i metodologii historycznoprawnej. Wobec tego stanowiska można uczynić zarzut, że komparatystyka nie jest dziedziną prawoznawstwa sama w sobie, lecz stanowi w pierwszej kolejności metodę badawczą możliwą do zastosowania w naukach prawnych szczegółowych (dogmatyce prawa) czy w naukach pomocniczych prawoznawstwa (teoria i filozofia prawa, historia państwa i prawa, historia doktryn politycznych i prawnych). Istnieje oczywiście pogląd wskazujący, że doszło do wyodrębnienia osobnej nauki znanej jako prawo porównawcze lub komparatystyka prawnicza. Istnieje jednak spór tak co do wyodrębnienia tej dziedziny, jak i nawet co do samej jej nazwy[7].

Podnosi się, że termin „komparatystyka prawnicza" nie jest tożsamy z terminem „prawo porównawcze"[8], *ergo* jest to coś więcej niż same tylko porównywanie prawa. Wskazuje się, że

[4] Niejednokrotnie spór polityczny czy doktrynalny, pierwotnie prowadzony zgodnie z zasadami racjonalnej dyskusji, przemieniał się w przepychankę słowną w której wykorzystywano sofizmaty, *argumentum ad personam* czy *ad bacculum*. Przykład może stanowić choćby spór Erazma z Rotterdamu z Marcinem Lutrem. Zob. M. Sadowski, *Erazm z Rotterdamu (Gerhard Gerhards),* [w:] E. Kundera, M. Maciejewski, *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Warszawa 2009, s. 76-78.
[5] R. Tokarczyk, *op. cit*., s. 54, 55.
[6] Zob. szerzej *ibid*. s. 23-29.
[7] *Ibidem.*
[8] *Ibidem.*

służy ona nie tylko poznaniu i porównaniu tak treści przepisów, ich wykładni, jak i ich stosowania czy funkcjonowania w przestrzeni społecznej, ale służyć ma także, co najistotniejsze, dobieraniu rozwiązań prawnych (treści przepisów, sposobów formułowania norm prawnych) celem uzyskania prawa w jak największym stopniu skutecznego, realizującego cele i założenia prawodawcy. Proces tworzenia prawa i technika legislacyjna zyskują (ujęcie opisowe) lub też powinny zyskiwać (ujęcie normatywne) w znaczącym stopniu na jakości dzięki stosowaniu postulatów sformułowanych na podstawie badania innych systemów prawnych. W zakresie doboru środków prawnych służących urzeczywistnieniu polityki prawa może to dotyczyć zarówno przyjęcia jak i odrzucenia określonych rozwiązań. Sam termin „prawo porównawcze" odnosi się w świetle przytoczonego poglądu do działalności polegającej wyłącznie na zestawieniu doktryny, koncepcji, systemu, instytucji prawnej, przepisu lub sposobu jego stosowania z jej odpowiednikiem w innym systemie i pobieżnym ich porównaniu. Prawo porównawcze ma zatem charakteryzować się brakiem pogłębionej refleksji zawierającej wnioski służące praktyce stanowienia i stosowania prawa. Komparatystyka prawnicza była poddawana silnej krytyce m.in. przez Friedricha Karla von Savigniego, który kwestionował jej wartość jako nauki[9].

W opozycji do przedstawionego poglądu zwolennicy komparatystyki wskazują na znaczną wagę badań komparatystycznych tak dla prawodawstwa, jak i dla praktyki stosowania prawa (w tym wymiaru sprawiedliwości)[10].

Pojawia się także, mające zabarwienie pejoratywne sformułowanie „komparatystyka pozorna" lub „komparatystyka nominalna"[11]. Ma on się odnosić do badań, które w istocie nie są badaniami komparatystycznymi w powyższym rozumieniu a polegają wyłącznie na przytoczeniu podobnych instytucji prawnych systemów obcych bez ich szczegółowego omówienia i należycie starannego porównania do instytucji stanowiącej główny przedmiot pracy.

Powyżej przedstawiony spór terminologiczny należy traktować jako marginalny. Dominuje pogląd, iż anglojęzyczny termin „*comparative law*" (od łacińskiego *compare* – porównywać) należy tłumaczyć jako „komparatystyka prawnicza" lub „prawo porównawcze" i pojęcia te są tożsame, równoznaczne i równoważne. Dopuszczalne jest także posługiwanie się

[9] *Ibidem* s. 17-18.
[10] Zob. B. Kowalczyk, *Kilka uwag o znaczeniu komparatystyki prawniczej,* [w:] J. Korczak (Red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UWr dra hab. Jana Jeżewskiego*, Wrocław 2018, s. 247.
[11] Por. J. Supernat, *Z zagadnień komparatystyki prawniczej*, [w:] K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki (red.), *Przegląd prawa i administracji CXIV*, Wrocław 2018, s. 229 i n.

sformułowaniami „metoda komparatystyczna" lub „metoda prawno-porównawcza". Stąd w niniejszej pozycji posługuje się tymi terminami wymiennie.

Metoda prawnoporównawcza jest niezwykle przydatna w badaniach nad prawem, wobec czego cieszy się sporą popularnością. Znajduje zastosowanie nie tylko w pracach ściśle poświęconych porównaniu dwóch różnych systemów prawnych, ale także jako element wzbogacający badania dogmatyczne poświęcone przede wszystkim instytucji w jednym porządku prawnym. Metoda ta pozwala podkreślić podobieństwa i zaznaczyć różnice między rozwiązaniami prawnymi (niezależnie od stopnia ogólności badanego zagadnienia) w systemach prawnych różnych państw (przeważnie – gdyż czasami występuje większy partykularyzm, co jest charakterystyczne np. dla Stanów Zjednoczonych Ameryki[12]). Jako cel komparatystyki określa się także dążenie do ujednolicenia prawa[13]. Jest to jednak postulat co do którego wykonalności istnieją w pełni uzasadnione wątpliwości. Współcześnie systemy prawne w różnym tempie zmierzają do unifikacji, przynajmniej w zakresie literalnego brzmienia przepisów. Idealnym przykładem wydają się tu państwa Unii Europejskiej. Zunifikowanie lub harmonizacja niektórych gałęzi prawa paradoksalnie nie powoduje powstania jednego, tożsamego dla wszystkich krajów Unii Europejskiej systemu prawa. Komparatystyka w niniejszym zakresie nie stała i nie stanie się zbędna, lecz zyskała *sui generis* pole do badań naukowych. Nie sposób przecież nie wspomnieć, że tak przy unifikacji jak i harmonizacji badać należy nie tylko samą treść przepisu, ale także sposób wykładni oparty o rodzimą tradycję prawną oraz praktykę stosowania przepisów czy też instytucji. Ta z kolei, co zaznaczam niejako uprzedzając tok wywodu, wywodzi się z historii państwa i prawa, tak w ogólności, jak i zawężając do konkretnych instytucji prawnych.

2. Komparatystyka prawnicza a badania historycznoprawne.

Jak już zaznaczyłem, uznaje się że co do zasady przedmiotem badań prawnoporównawczych jest prawo powszechnie obowiązujące, wciąż pozostające w mocy (niederogowane). Jest to istotna odmienność w stosunku do nauk historycznych, które dla odmiany zajmują się aktami prawnymi nie funkcjonującymi już w obrocie prawnym. Warto jednak podkreślić doniosły fakt, że przykładowo uchwalone w XIX wieku *Code civil des Français, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch*, czy Minpō

[12] Podstawę dla niniejszego twierdzenia stanowi fakt obowiązywania systemu *civil law* w dawnych posiadłościach francuskich – np. w Luizjanie, a system *common law* w dawnych Trzynastu Koloniach świadczy, że w obrębie jednego państwa mogą obowiązywać różne systemy prawne.
[13] R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 208-210.

(japoński Kodeks cywilny) obowiązują do dziś, choć w znowelizowanej formie[14]. Każdy akt prawny prawa powszechnie obowiązującego ma swoją historię i tradycję, która rzuca światło na jego funkcjonowanie także we współczesnej rzeczywistości prawnej. Ponadto wykładnia przepisów zawsze przynajmniej w pewnym stopniu jest uwarunkowana zwyczajami i doktryną, która powstawała i ewoluowała przez cały okres jego obowiązywania.

W szczególny sposób zwracali na tą okoliczność uwagę myśliciele niemieckiej szkoły historycznej z F. K. Savigny'm na czele, posługujący się terminem „*Volksgeist*" (niem. duch ludu). Koncepcja ta opierała się na założeniu, że prawo jest szczególne dla każdego narodu z osobna, gdyż wypływa z jego ducha narodowego – obejmującego zwyczaje, tradycje, wartości[15]. W pewnym zakresie zatem znajduje ona wspólny grunt z arystotelesowskim relatywizmem, głoszącym, że nie istnieje idealny ustrój, idealne rozwiązania prawne stosowalne w każdym *poleis*[16]. Ustroje, prawa, doktryny i wartości są bowiem zależne od wspólnoty w której obowiązują. Koncepcją w pewnym sensie pokrewną do koncepcji *Volksgeist* jest także japońska koncepcja *kokutai*[17].

Należy także zaznaczyć, że pogląd o przydatności badań historycznych dla badania obecnie obowiązującego prawa może (aczkolwiek nie musi) opierać się na odrzuceniu pozytywistycznej koncepcji woluntarystycznego tworzenia prawa i przyjęciu założenia o deterministycznym sposobie tworzenia prawa. Determinizm ten przejawia się właśnie w fakcie, iż prawo powstaje (lub powinno powstawać) w takiej postaci, w jakiej może być zaakceptowane przez społeczeństwo w którym ma obowiązywać. W ujęciu woluntarystycznym historia zaś może stanowić dla suwerena wskazówkę, w jaki sposób prawo powinno być stanowione, aby było skuteczne dla osiągnięcia założonych celów. W tym ujęciu stanowiłaby element założenia o racjonalności technicznej prawodawcy. Historia stanowi zatem jeden z elementów wiedzy którą prawodawca posiada i którą odpowiednio wykorzystuje. Tak więc

[14] W istocie nowelizacja może nawet być tak dalece idąca, iż z tekstem pierwotnie ogłoszonym wspólna jest jedynie nazwa. Jako przykłady można w tym miejscu przywołać w szczególności kwestie związane z prawem rodzinnym. W tym przypadku najlepszym przykładem wydaje się być *Code civil des Français* z 1804 r. W przedmiocie japońskiego prawa rodzinnego zob. szerzej B. Jelonek, *Zawarcie i ustanie małżeństwa w prawie japońskim*, Wrocław 2020, niepubl.

[15] E. Kundera, *Friedrich Karl von Savigny,* [w:] E. Kundera, M. Maciejewski (red.), *op. cit.*, s. 625-626.

[16] M. Sadowski, *Arystoteles,* [w:] E. Kundera, M. Maciejewski (red.), *op. cit.*, s. 3-5.

[17] Termin „*kokutai*" można przetłumaczyć na język polski jako „forma państwa" lub „[japoński] charakter narodowy". Występują także inne dopuszczalne formy tłumaczenia. Zob. szerzej. M. Piegzik, *U źródeł japońskiego nacjonalizmu i militaryzmu- doktryna kokutai w życiu politycznym Cesarstwa Japonii w latach 1867–1945,* [w:] M. Maciejewski, R. Antonów, *Acta Universitatis Wratislaviensis, Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem 40, nr 2*, Wrocław 2018, s. 27 i n.; Część myślicieli japońskich (w tym w szczególności japońskich natywistów) głosiła tezę o wyjątkowości Japonii w stosunku do pozostałych państw oraz wywodziła z tego twierdzenia pogląd o konieczności szczególnego uregulowania pozycji ustrojowej cesarza. Zob. także P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa Cesarza w Konstytucji Japonii z 1889 r*., Wrocław 2018, niepubl. s. 45 i n., s. 67.

przyjęcie dowolnej z obu przedstawionych koncepcji tworzenia prawa nie umniejsza w żadnym stopniu roli i wartościowości badać historycznych.

Biorąc pod uwagę cele komparatystyki prawniczej, należy zaznaczyć, że są one poniekąd tożsame z celem badań historycznoprawnych. Choć w pierwszej kolejności w nauce historii kluczowe jest poznanie prawa (oraz ustalenie kwestii powstania prawa), tak, zgodnie z łacińską maksymą *„Historia magistra vitae est"*, znajdują one także zastosowanie w badaniu prawa obowiązującego współcześnie. Znajomość historii instytucji prawnych, ich dawnego brzmienia, praktyki i skutków stosowania także powinny prowadzić do poprawienia jakości prawa stanowionego obecnie. Jest to zatem założenie niemalże bliźniacze do przywoływanej wyżej funkcji komparatystyki prawniczej.

Pojawia się także pogląd, jakoby wszystkie badania prowadzone przez nauki historyczno-prawne w pewnym sensie miały wymiar prawnoporównawczy[18]. Stanowisko to, choć niezwykle ciekawe, wydaje się jednak nieco zbyt daleko idące. Należy jednak mieć tu na względzie fakt, iż rozumie się przez to przede wszystkim porównywanie prawa pod kątem zmian w określonych przedziałach czasowych. Stąd na potrzeby omówienia niniejszego poglądu tak rozumiane badania prawnoporównawcze (tu: badania historyczne polegające na badaniu zmian w prawie na przestrzeni dziejów) w aspekcie temporalnym należy rozróżnić od komparatystyki prawniczej (tu rozumianej jako porównanie funkcjonowania i wykładni przepisów, norm, instytucji i systemów prawnych różnych państw). Niewątpliwie, część z tak rozumianych badań prawnoporównawczych może mieć charakter komparatystyczny[19], lecz nie stanowi on warunku *sine qua non* prowadzonych badań historycznoprawnych. Nie sposób jednak nie wspomnieć, że elementy komparatystyczne w pracach historycznoprawnych znacząco pogłębiają wywód i umożliwiają poszerzenie kontekstu opisywanych instytucji prawnych. Podobny cel ma wprowadzanie elementów komparatystycznych i historycznych w pracach naukowych poświęconych poszczególnym zasadom, instytucjom, przepisom w szczegółowych naukach prawnych.

Nauki historyczne także posługują się narzędziem polegającym na porównywaniu systemów prawnych różnych państw, aktów prawnych czy też przepisów funkcjonujących w tym samym przedziale czasowym. Niewątpliwie odmienności te mają niekiedy doniosłe skutki praktyczne (choćby kwestia przepisów regulujących dziedziczenie tronu w Anglii i we Francji stanowiąca przyczynę wojny stuletniej). Czasem stanowi to podstawę wywodu (tytuł

[18] por. R. Tokarczyk, *op. cit*., s. 52; rzeczony pogląd wyraził także prof. L. Górnicki w toku prowadzonego cyklu wykładu z przedmiotu Metodologia historyczno-prawna w r.a. 2018/2019.
[19] *Ibidem*.

pracy jest wówczas sformułowany np. „funkcjonowanie instytucji prawnej X w państwie A a w państwie B w N-tym przed Chrystusem/po Chrystusie"), czasem rozważania komparatystyczne mają jedynie charakter akcesoryjny do toku prowadzonego wywodu.

Szczególny przypadek zastosowania metody komparatystycznej w badaniach historycznoprawnych zachodzi, gdy przedmiotem badań jest proces recepcji prawa obcego lub też samo prawo powstałe w wyniku procesu legislacyjnego mającego taki charakter (to jest procesu recepcji prawa opartego o badania prawnoporównawcze). Tym samym należy stwierdzić, że badanie takich procesów historycznych lub prawa powstałego w ich wyniku, powiązane jednocześnie z porównaniem tak brzmienia, wykładni, stosowania jak i funkcjonowania w przestrzeni publicznej prawa miałoby charakter porównawczy lub też historyczno-porównawczy co najmniej w sensie wspomnianej komparatystyki nominalnej. Przedmiotem badań naukowych mogą być na przykład: recepcja myśli konfucjańskiej i prawa chińskiego w Japonii między IV a IX wiekiem po Chrystusie[20], recepcja prawa rzymskiego czy okcydentalizacja japońskiego systemu prawnego w okresie Meiji, lub też reforma systemu cesarskiego po II Wojnie Światowej (w okresie Shōwa). Przykładem może być tu także badanie *Code civil des Français* z instytucjami prawnymi występującymi w prawie rzymskim, badanie Japońskiego kodeksu cywilnego w porównaniu do *Code civil des Français* i *Bürgerliches Gesetzbuch*, badanie *Dainihon Teikoku Kenpō* w porównaniu do Konstytucji Królestwa Prus (w wersji znowelizowanej z 1852 r.), badanie porównawcze francuskiego i niemieckiego (pruskiego) systemu nadzoru nad siłami zbrojnymi w II połowie XIX wieku.

3. Opis specyfiki japońskiego systemu prawnego dla uzasadnienia konieczności prowadzenia badań historycznoprawnych z uwzględnieniem metody komparatystycznej

Japoński system prawny, także obecnie, w znacznej mierze oparty jest na świadomych i celowych zapożyczeniach z innych kultur prawnych. Nie było to jednak bezrefleksyjne kopiowanie obcych rozwiązań prawnych, lecz dostosowywanie obcych norm prawnych do realiów japońskich. Tym samym, japoński system prawny zbudowany jest na komparatystyce prawniczej[21]. Z punktu widzenia współczesnego prawa japońskiego najistotniejsze są tu przemiany polityczno-ustrojowe okresów *Meiji* i *Shōwa*. Zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku miała miejsce inkorporacja norm lub metod regulacji z obcych systemów prawnych. W okresie *Meiji*, poprzedzonym otwarciem się Japonii na świat po ponad dwustu latach

[20] Zob. P. Szklarczyk, *Recepcja prawa chińskiego i myśli konfucjańskiej w Japonii w okresie między VI a IX wiekiem po Chrystusie*, [w:] M. Sadowski (red.), *Wrocławskie Studia Erazmiańskie t. XII*, Wrocław 2018
[21] *Ibiem.*, s. 207-209; zob. także P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa…*, s. 40-41.

samoizolacji dokonano modernizacji japońskiego systemu prawnego na wzór europejski, wprowadzając między innymi gabinetowy system rządów, stworzono i promulgowano pierwszą nowoczesną konstytucję, skodyfikowano prawo (w oparciu o wzorce okcydentalne). W trakcie tych reform w pewnym okresie odniesiono się także do ustanowionego w VIII wieku systemu *ritsuryō-kokka*, mając na względzie zarówno kwestię legitymacji władzy cesarskiej jak i samego modelu sprawowania rządów. Przyjęcie rzeczonego systemu w Japonii (w VIII wieku) stanowiło z kolei recepcję wzorców chińskich, co także sprzyja badaniom porównawczym między chińskim wzorem i instytucjami prawnymi a ich odpowiednikami w ówczesnym (VIII-wiecznym) prawie japońskim. Z kolei w okresie *Shōwa* (po II wojnie światowej), ustanowiono Konstytucję [Państwa] Japonii z dnia 3 listopada 1946 roku (powszechnie nazywaną w literaturze także konstytucją *Shōwa*) o treści narzuconej przez Amerykanów, konstytucja ta obowiązuje do dziś[22].

Współczesne prawo japońskie, jak wskazałem wyżej, jest oparte na dwóch filarach, z których pierwszy, komparatystykę prawniczą, należy uznać za zdecydowanie istotniejszy. Drugim filarem jest japońska „rodzima" tradycja prawna, które to pojęcie wymagałoby jednak pewnego omówienia. Na potrzeby niniejszej pracy ograniczę się do wskazania, że odnosząc się do okresu Meiji oraz czasów późniejszych terminem tym należałoby objąć instytucje prawne powstałe na bazie opartego na filozofii konfucjańskiej, ukształtowanego w VII i VIII wieku systemu *ritsu-ryo* oraz późniejszych instytucji prawnych takich jak *bakufu*.

Powyższego wyróżnienia dokonałem w celu podkreślenia sposobu, w jaki powstawały japońskie nowoczesne kodyfikacje. Choć w pierwszej kolejności czerpano inspirację z prawa obcego, a w szczególności prawa niemieckiego i francuskiego, zastosowano także szereg rozwiązań rodzimych lub też opartych na japońskiej tradycji prawnej. Dotyczy to zwłaszcza [powstałego w okresie Meiji] prawa konstytucyjnego oraz prawa cywilnego.

Motorem ku reformie prawa była nie tylko konieczność utworzenia nowych ram ustrojowych dla państwa, odpowiadających potrzebom czasu i duchowi narodu, ale także konieczność renegocjacji tzw. traktatów nierównoprawnych zawartych między zachodnimi mocarstwami a Japonią w latach 50 i 60 XIX wieku[23]. Należy zaznaczyć, że owe „haniebne traktaty" (jak często określali je Japończycy) między innymi określały właściwość sądów

[22] *Ibidem.*

[23] Przez pojęcie traktatu nierównoprawnego rozumie się traktat przyznający uprawnienia wyłącznie jednej z jego stron lub też przyznający nieporównywalnie większe uprawnienia jednej jego stronie w porównaniu do strony drugiej. Traktaty tego typu były zawierane w XIX w. między mocarstwami zachodnimi a państwami gorzej od nich rozwiniętymi, zawarcie traktatu często było wymuszone użyciem siły zbrojnej lub groźbą jej użycia; por. M. F. Gawrycki, Szeptycki A., *Podporządkowanie-niedorozwój-wyobcowanie. Postkolonializm a stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 208.

i prawo właściwe w wypadku ścigania czynów, o sprawstwo których oskarżeni byli Europejczycy czy Amerykanie. Ponadto rzeczone traktaty ustanawiały autonomię jurysdykcyjną na terenie przyznanych cudzoziemcom koncesji. Do czasu modernizacji państwa, w tym systemu prawnego, w szczególności w zakresie uregulowań prawnych odpowiadających zasadom wymiaru sprawiedliwości w Europie (w pierwszej zaś kolejności w przedmiocie prawa karnego) nie istniała obiektywna możliwość zniesienia autonomii jurysdykcyjnej wydzielonych portów. Stanowiło to ogromną ujmę na japońskim honorze narodowym[24]. Wobec okoliczności wskazanych w niniejszym akapicie, konieczne stało się odstąpienie od rozwiązań rodzimych i przyjęcie wzorców obcych.

Przykładem regulacji w szczególny sposób inspirowanych mogą być *Keihō* (Kodeks Karny) z 1880 r., w którym zastosowano tzw. trójpodział francuski czynów zabronionych (na zbrodnie, występki i wykroczenia) czy *Minpō* (Kodeks Cywilny) z 1898 r., gdzie zastosowano zasadę autonomii woli stron występującą w *Code civil des Français* – francuskim Kodeksie Cywilnym, zaś za systematykę wewnętrzną przyjęto układ BGB (podział na pięć części: część ogólną, zobowiązania, rzeczową, rodzinną i spadkową). W 1899 r. uchwalono, oparty niemal w całości na modelu niemieckim kodeks handlowy[25]. Poza powyższymi przykładami pozostaje jeszcze Konstytucja Wielkiego Cesarstwa Japonii z 1889 r., która w zdecydowanej większości oparta jest na Konstytucji Królestwa Prus z 1850 r.[26].

Przebieg procesów legislacyjnych japońskich regulacji kodeksowych oraz konstytucji na każdym etapie opierał się na badaniach komparatystycznych. Badano i porównywano tak treść jak i funkcjonowanie w rzeczywistości społecznej przepisów prawnych należących do różnych systemów. Wybierano te rozwiązania, które gremia decyzyjne uznały za najbardziej odpowiadające potrzebom państwa (czy konkretnie określonej grupie interesów)[27]. Wybór wzorców niemieckich był tutaj decyzją przede wszystkim polityczną, lecz choć ostatecznie żadna koncepcja alternatywna nie uzyskała w kręgach rządowych znacznego poparcia, nie oznacza to, że nie analizowano innych rozwiązań, lub że nie pojawiły się projekty oparte na przykład na wzorach angielskich lub francuskich[28].

---

[24] Zob. np. *Traktat między Stanami Zjednoczonymi Ameryki a Cesarstwem Japonii zawarty w Kangawie 31 marca 1854 r.*, Por. Tubielewicz J., *Historia Japonii*, Wrocław 1984, s. 330-333.

[25] S. Posner, *Japonja. Państwo i prawo; podług źródeł europejskich opracował S. Posner*, Warszawa 1905, s. 87 i 88., zob także. A. Kość, *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Lublin 2001, s. 78 i n.

[26] E. Pałasz-Rutkowska, *Cesarz Meiji (1852-1912). Wizerunek Władcy w modernizowanej Japonii*, Warszawa 2012 r., s. 184-186.

[27] Pittau J., *Inoue Kowashi, 1843-1895 and the formation of modern Japan by Joseph Pittau, S.J., Monumenta Nipponica*, XX, 3-4, s. 291-263.

[28] Zob. szerzej P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa*…, s. 73 i n.

Należy także podkreślić, że szczególną trudność stanowił fakt, iż zarówno w japońskim systemie prawnym, jak i w języku naturalnym brakowało odpowiedniej siatki pojęciowej umożliwiającej tworzenie skomplikowanych i precyzyjnych konstrukcji prawnych właściwych dla prawa w sensie pozytywnym, wobec czego kodyfikatorzy nie tylko musieli dokonać wyboru odpowiednich konstrukcji prawnych, ale także znaleźć lub też ukuć dla nich odpowiednie terminy w języku japońskim[29]. W przekonaniu autora nie ulega wątpliwości fakt, że funkcjonowanie neologizmów w obrocie prawnym niewątpliwie początkowo powodowało pewną konfuzję.

Odnosząc się do wskazanego drugiego filaru – zachowano pewne instytucje ściśle japońskie – np. uregulowania prawa cywilnego w zakresie prawa rodzinnego (np. model małżeństwa)[30], czy też model legitymacji władzy cesarskiej w przedmiotowej Konstytucji. Należy przy tym jednak zaznaczyć, że w okresie Meiji odstąpiono od szeregu dotychczas doniosłych zwyczajów oraz regulacji prawnych uważając je za zacofane i niecywilizowane[31]. Omawiając porównawczo Konstytucję Wielkiego Cesarstwa Japonii i Konstytucję Królestwa Prus należy mieć na względzie w pierwszej kolejności fakt, że konstytucja japońska była silnie inspirowana konstytucją pruską[32]. Następnie należy pamiętać, że przy pracach nad nią brali udział niemieccy prawnicy tacy jak H. Roessler czy A. Mosse[33]. Dla japońskich konstytucjonalistów podłoże ideologiczne stanowiły co prawda koncepcje rodzime, jednakże podpierali się oni także poglądami przedstawicieli niemieckiej szkoły historycznej (np. F. K. Savigny'ego) a także L. v. Steina czy R. v. Gneista[34]. Przyjęte założenia i poglądy zbliżają zatem dwie zupełnie odległe kultury prawne i stanowią wyznacznik podobieństwa między nimi.

Mimo oczywistych podobieństw w brzmieniu niektórych przepisów, a przez to także i ukształtowania kluczowych instytucji prawnych, należy już na wstępie zaznaczyć szereg kluczowych różnic.

Pierwszą z nich będzie geneza aktu prawnego. Konstytucja pruska powstała po wiośnie

---

[29] Por. Kość A., *op. cit*., s.78 i n.

[30] Kwestia zawarcia i ustania małżeństwa w prawie małżeńskim (tak *de lege lata* jak i w kontekście historycznym) została omówiona bardzo szeroko w obronionej w 2020 r. rozprawie doktorskiej dr B. Jelonek. Zob. szerzej B. Jelonek*, op. cit.*

[31] Por. art. 4 *Gokajō no Goseimon* (jap. Przysięga Cesarska w pięciu artykułach).

[32] E. Pałasz-Rutkowska, *op. cit*., s. 184-186.

[33] M. Łuczko, *Itō Hirobumi i Yamagata Aritomo. Czołowi politycy okresu Meiji (1868-1912)*, Warszawa 2006, s. 84.

[34] E. H. Norman, *Feudal bacground of japanese politics,* [w:] *Origins of modern Japanese state selected writings of E. H. Norman; edited by John W. Dower Nowy Jork 1975*, s. 451; zob. także Łuczko M. *op. cit.*, s. 76-78., por. E. Grimmer-Solem E., *German Social Science, Meiji Conservatism, and the Peculiarities of Japanese History, Journal of World History, Vol. 16, No. 2* (Jun., 2005)., s. 199.

ludów i stanowiła narzucony przez króla akt samoograniczenia się (w założeniu władcy przynajmniej nominalnie) absolutnej władzy królewskiej. Tym samym było to ustępstwo wymuszone oddolnymi naciskami. Konstytucja, choć utrzymywała względnie silną pozycję władcy, realnie ustanawiała też szereg praw dla obywateli pruskich. Konstytucja japońska z kolei została sformułowana dopiero w drugiej połowie lat osiemdziesiątych XIX wieku przez decydentów politycznych dążących do prawnego uregulowania wypracowanego już niepewnego *status quo*. W Japonii wówczas szeroko dyskutowano nad koncepcjami parlamentaryzmu, demokracji czy obywatelstwa[35]. W praktyce jednak konstytucję japońską napisali ludzie niechętni powierzaniu władzy innej warstwie społecznej niż ta, do której oni sami należeli. Tym samym konstytucja miała stanowić niechętny ukłon w stronę koncepcji demokratycznych i scementować obecny układ polityczny. Jednocześnie jednak miała podkreślać fakt, iż Japonia stała się państwem nowoczesnym i cywilizowanym[36]. To, jak wskazywałem wcześniej było jedną z najistotniejszych przesłanek dla napisania konstytucji w ogóle. Istniał bowiem pogląd, jakoby Japonia nie potrzebowała nowej konstytucji w ogóle, gdyż posiada już tę (rzekomo) napisaną przez księcia Shōtōku (przeszło tysiąc lat wcześniej, *sic!*)[37].

Drugą z istotnych różnic jest systematyka wewnętrzna aktu oraz zastosowana technika legislacyjna. W konstytucji pruskiej szczególnie wyeksponowane zostały określone w Tytule drugim „Prawa Prusaków" (Tytuł pierwszy określa bowiem jedynie terytorium Państwa Pruskiego). Stanowią one szeroki zbiór przywilejów przyznanych przez monarchę wszystkim obywatelom pruskim. Pozycja ustrojowa monarchy jest regulowana dopiero w tytule trzecim. W przypadku konstytucji japońskiej kolejność jest odwrotna: obszerny I Rozdział nosi tytuł „Cesarz" i równie szczegółowo co jego pruski odpowiednik opisuje uprawnienia i kompetencje monarchy, zaś Rozdział II nosi tytuł „Prawa i obowiązki poddanych". Uwagę zwraca nie tylko kwestia semantyczna (posłużenie się w konstytucji japońskiej terminem poddany stanowiło przedmiot sporu nawet wśród twórców konstytucji)[38], ale także i ilość oraz zakres przyznanych praw (na korzyść konstytucji pruskiej). Prawa przyznane w konstytucji japońskiej poddanym także miały charakter przywilejów, jednakże były one przyznane warunkowo i w każdej chwili mogły zostać ograniczone ustawą, a także uchylone na czas wojny na podstawie art. 31

[35] Y. Khan, *Inoue Kowashi and the Dual Images of the Emperor of Japan, Pacific Affairs*, *Vol. 71, No. 2* (Summer, 1998), s. 220; zob. także K. Starecka, *Początki japońskich partii politycznych oraz rządów przedstawicielskich* [w:] B. Kubiak Ho-Chi, *Japonia okresu Meiji. Od tradycji do nowoczesności*, Warszawa 2006, s.41 i n.
[36] Zob. Art 4 *Gokajo no goseimon* (Przysięgi Cesarskiej w 5 artykułach), por. P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa*…, s. 79-81.
[37] Zob. Łuczko M., *op. cit*., s. 77-78, zob. także P. Szklarczyk, *Recepcja*…, s. 218.
[38] Zob. J. Pittau, *op. cit*., s. 267.

konstytucji. W konstytucji japońskiej zdecydowanie bardziej widoczny jest paternalizm władzy monarszej w stosunku do poddanych (trudno jest nawet sformułować termin obejmujący tak poddanych jak i obywateli, gdyż te pojęcia na gruncie rozważań w przedmiocie podmiotowości jednostki w państwie można traktować jako przeciwstawne).

W świetle wskazanego wyżej faktu należy mieć też na względzie podkreślenie wagi monarchy w konstytucji japońskiej. Pozycja ustrojowa cesarza, choć oparta na przepisach o niezwykle zbliżonym brzmieniu, była zdecydowanie silniejsza niż w przypadku króla pruskiego. O ile osoba Króla Prus była jedynie „nienaruszalna”[39], tak osoba Cesarza Japonii była „boska i nienaruszalna”[40]. Konstytucja japońska tak w preambule jak i w treści przepisów jednoznacznie wskazywała na legitymację władzy cesarskiej: odwoływała się do japońskiego mitu założycielskiego i legitymizowała władzę przez dziedziczenie, pośrednio wskazując na mitycznego założyciela cesarstwa cesarza Jimmu oraz boskiego przodka rodu cesarskiego – boginię słońca Amaterasu *Ōmikami*, przy okazji posługując się kłamstwem historycznym o istnieniu nieprzerwanej linii cesarskiej[41]. Podczas gdy Konstytucja Królestwa Prus zgrabnie omijała problematykę wskazania suwerena nie odnosząc się do żadnej koncepcji suwerenności ani nie przypisując tej cechy żadnemu podmiotowi, w konstytucji japońskiej stanowiono wprost, iż „Cesarz jest głową Cesarstwa, przysługują mu przywileje suwerenności”[42]. Konstytucja pruska natomiast określała króla co najwyżej jako organ sprawujący pełnię władzy wykonawczej[43]. Król Prus musiał też złożyć przed Obiema Izbami Parlamentu przysięgę na wierność konstytucji[44]. Cesarz Wielkiego Cesarstwa Japonii choć miał sprawować swą władzę zgodnie z konstytucją, tak w świetle prawa jak i (dominującej pod rządami Konstytucji Meiji) koncepcji *kokutai* był władcą nieodpowiedzialnym w jakikolwiek sposób[45]. Zgodnie z przywoływaną koncepcją, każde jego działanie z natury rzeczy było słuszne i korzystne dla Cesarstwa i poddanych (rzecz jasna jedynie w ujęciu doktrynalnym; pogląd ten przedstawiał m.in. prof. Uesugi S.)[46]. Choć przywoływane tutaj różnice odnoszą się głównie do kwestii doktrynalnych, w przekonaniu autora mają one kluczowe znaczenie dla interpretacji przepisów

[39] Art. 43 *Konstytucji Królestwa Prus 31 stycznia 1850 r* (dalej: „*Konstytucji Królestwa Prus*”).
[40] Art. 3 *Konstytucji Wielkiego Cesarstwa Japonii z 11 lutego 1889 r.* (dalej: „*Konstytucji Japonii*”).
[41] *Art. 1 Konstytucji Japonii*; W istocie linia cesarska uległa ona przerwaniu dwukrotnie: na przełomie IV i V wieku n.e. miał miejsce upadek tzw. linii z Kawachi (zob. M. Kanert, *Starożytna Japonia. Miejsca, ludzie, historia*, Kraków 2006, s. 14-15) oraz podczas podziału na frakcje tzw. dworu północnego i południowego w XIV w. po Chrystusie (Zob. J. Tubielewicz J., *op. cit.*, Wrocław 1984, s. 185-190).
[42] Art. 4 *Konstytucji Japonii*.
[43] Art. 45 *Konstytucji Królestwa Prus*.
[44] Art. 54 *Konstytucji Królestwa Prus*.
[45] P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa…*, s. 46, 85, 90-91.
[46] Zob. Colegrove K., *The Japanese Emperor, The American Political Science Review, Vol. 26, No. 4* (Aug., 1932) s. 652.

obu Konstytucji. Dla wykładni przepisów, co zaznaczono już nieco wyżej istotny jest także kontekst wynikły z przyjętej aksjologii oraz praktyki. Dwa tożsamo brzmiące przepisy występujące w różnych systemach prawnych (lub nawet ten sam przepis interpretowany w oparciu o dwa różne systemy aksjologiczne) mogą być rozumiane całkowicie odmiennie. Na gruncie konstytucji Meiji przykładem może być porównianie treści norm zawartych w przepisach wynikłych z pełnego przyjęcia koncepcji *kokutai* oraz opozycyjnej koncepcji „teorii Cesarza jako organu" (teorii autorstwa prof. Minobe T.)[47].

Obydwie konstytucje nadają monarsze szereg podobnych prerogatyw oraz tzw. kompetencji tradycyjnych: naczelne dowództwo nad siłami zbrojnymi, uprawnienie do wyznaczania osób na stanowiska urzędnicze w służbie cywilnej i stanowiska dowódcze w siłach zbrojnych, prawo wypowiadania wojny, zawierania pokoju, podpisywania umów międzynarodowych, prawo łaski, prawo przyznawania odznaczeń i tytułów (przy czym konstytucja pruska wprost zastrzegała iż nie mogą one nieść ze sobą przywilejów ze względu na zasadę równości wszystkich obywateli pruskich), uprawnienie do otwierania i zamykania obrad parlamentu oraz uprawnienie do wydawania w razie nagłej konieczności dekretów (albo też reskryptów lub rozporządzeń – w zależności od tłumaczenia) o mocy ustawy. Do realizacji prerogatyw w większości przypadków potrzebna jest kontrasygnata odpowiedniego ministra.

Należy tu podnieść także kwestię braku cywilnej kontroli nad armią. Żadna z omawianych konstytucji takowej wprost nie przewiduje[48]. Rozwiązania instytucjonalne w aktach podkonstytucyjnych ustanawiają jednak wprost zakaz cywilnej kontroli nad siłami zbrojnymi, nie będąc jednocześnie sprzeczne z konstytucją. W świetle przyjętej przez zwolenników *kokutai* koncepcji art. 11 japońskiej konstytucji należy interpretować *a contrario*[49]. Warto zaznaczyć, że w konstytucji japońskiej przepis ten znalazł się, jak twierdzi prof. Pałasz-Rutkowska, w wyniku porównania funkcjonowania armii francuskiej i pruskiej w wojnie między Francją a Królestwem Prus w 1870-1871 r. Armia Francuska, będąca pod nadzorem cywilnym uległa wówczas siłom niemieckim, takiej kontroli niepodlegającym, co miało stanowić ostateczny argument na rzecz wyższości armii podległej wyłącznie monarsze[50]. Co ciekawe, za pozbawieniem wojska kontroli cywilnej opowiadali się także zwolennicy Ruchu na rzecz wolności i praw obywatelskich, argumentując, że wojsko powinno znajdować

[47] Por. P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa*…, s. 107.
[48] Art. 11 *Konstytucji Japonii*, Art. 46 i art. 47 *Konstytucji Królestwa Prus*.
[49] Zob. Colegrove K., *The Japanese Cabinet, The American Political Science Review, Vol. 30, No. 5* (Oct., 1936), s. 916-919; zob. także Norman E. H., *op. cit*., s. 458.
[50] Y. Khan, *op. cit*., s. 228; zob. także M. Kołodziejski, *Takahashi Korekiyo 1854-1936 a gospodarka międzywojennej Japonii*, Warszawa 2004, s. 146 i n.

się poza sporem politycznym, aby tak skuteczne narządzie pacyfikacji oponentów politycznych jak armia nie znajdowało się w rękach polityków[51].

Konstytucja japońska kwestię szczegółowego porządku dziedziczenia, instytucję regencji (w tym przesłanki ustanowienia, ustania, zdolność regencyjną), pełnoletności władcy delegowała do Reskryptu o Domu Cesarskim[52]. Konstytucja pruska tymczasem większość tych kwestii rozstrzygała bezpośrednio w poświęconym instytucji króla Tytule III. Może się to wydawać kwestią jedynie kosmetyczną, lecz Reskrypt (o mocy prawnej równej Konstytucji) może być taktowany jako źródło prawa wewnętrznie obowiązującego w obrębie instytucji Rodziny Cesarskiej.

Ministrowie w obu porządkach konstytucyjnych ponoszą odpowiedzialność wyłącznie przed monarchą. Nie ponoszą natomiast odpowiedzialności politycznej. Obydwie konstytucje regulują kwestię rządu niezwykle zdawkowo, pozostawiając istotne kwestie dyskrecjonalnej władzy monarchy. W istocie zastosowane rozwiązania w tym zakresie są niemal tożsame. Konstytucja nie przewiduje struktury rządu, nie określa jego wielkości, nie wskazuje też jacy ministrowie powinni zostać powołani. Monarcha może w dowolnym czasie wyznaczyć lub usunąć ze stanowiska dowolnego ministra. Istotną różnicą jest wskazanie w konstytucji pruskiej przesłanek usunięcia ministra ze sprawowanej funkcji[53]. Konstytucja japońska nie przewiduje w tym zakresie żadnej procedury impeachmentu[54]. Obie Izby Parlamentu Pruskiego (każda z osobna) mogą domagać się obecności ministrów w trakcie swych obrad[55]. Ministrowie posiadają prawo głosu w głosowaniach jedynie gdy są członkami danej Izby. Jest to kolejny ukłon w stronę pozycji organów przedstawicielskich.

Szczególną uwagę należy poświęcić relacjom władzy wykonawczej sprawowanej przez monarchę w stosunku do pozycji ustrojowej parlamentu. Choć japońska konstytucja wprost wskazuje, że Cesarz sprawuje władzę ustawodawczą za zgoda Parlamentu Cesarstwa[56], tak konstytucja wymaga zgody parlamentu jedynie dla aktów prawnych będących ustawą w znaczeniu formalnym lub materialnym[57]. Akty podustawowe (rozporządzenia lub reskrypty)

---

[51] Zob. Y. Khan, *op. cit*., s. 225.
[52] Art. 2, art. 17 *Konstytucji Japonii*.
[53] Art. 61 *Konstytucji Królestwa Prus*.
[54] Art. 55 Konstytucji Japonii brzmi: „Każdy minister doradza Cesarzowi i ponosi za to odpowiedzialność. Wszystkie ustawy, dekrety, a także edykty i reskrypty cesarskie dotyczące spraw państwa wymagają kontrasygnaty ministra." Należy zaznaczyć, że konstytucja nie reguluje przed kom ministrowie ponoszą odpowiedzialność. Zgodnie z radykalną wykładnią konstytucji Japońskiej ministrowie odpowiadali jedynie przed Cesarzem. Prof. Minobe T. przedstawiał pogląd, iż odpowiedzialność tę ponosili także przed parlamentem. Zob. szerzej P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa…*, s. 96.
[55] Art. 60 *Konstytucji Królestwa Prus.*
[56] Art. 5 *Konstytucji Japonii*.
[57] Art. 37 *Konstytucji Japonii.*

nie wymagają rzeczonej zgody. W świetle przepisów japońskiej konstytucji istniał spór co do zakresu zasady wyłączności materii ustawowej (dominował pogląd ograniczający ją jedynie do przypadków expressis verbis wymienionych w konstytucji), wobec czego faktyczna kompetencja czy uprawnienie monarchy w tym zakresie mogło być niezwykle szerokie[58]. Obaj monarchowie posiadali kompetencje kreacyjną w zakresie obsadzania izby wyższej parlamentu. Mogli oni także rozwiązać parlament w każdym czasie. W przypadku Cesarza Japonii prawo to ograniczało się do rozwiązania *Shūguin* – izby niższej *Teikoku Gikai* (Parlamentu Cesarstwa)[59]. W przypadku Króla Prus możliwe było rozwiązanie izby pierwszej lub drugiej, lub też obu izb jednocześnie. Skorzystanie z tej prerogatywy skutkowało wygaśnięciem mandatów parlamentarzystów pochodzących z wyborów[60].

Konstytucja pruska pośrednio wskazuje, iż cesarzowi przysługuje nieograniczone prawo *veta*, posługując się w art. 62 sformułowaniem „każda ustawa wymaga konsensusu króla i dwóch izb". Tym samym, brak zgody ze strony króla uniemożliwia wejście w życie ustawy. W przypadku regulacji japońskiej brak jest sformułowania niniejszej kompetencji wprost. Można ją jednak wywieść pośrednio z art. 6 konstytucji stanowiącego „Cesarz nadaje sankcję ustawą, nakazuje ich promulgację i wykonywanie (wejście w życie)"[61]. Zastosowana technika legislacyjna z pozoru skutkuje powstaniem obowiązku nadania sankcji przez Cesarza oraz wydania polecenia promulgacji każdej prawidłowo uchwalonej ustawy. Przypatrując się jednak zamysłowi prawodawcy (oraz opierając się na koncepcji *kokutai*), należy tu odnieść się do innych norm konstytucyjnych, zaś w szczególności do suwerenności cesarza oraz jego prawnej nieodpowiedzialności. Cesarz nie podpisując ustawy korzysta z „przywileju suwerenności" oraz nie ponosi jakiejkolwiek odpowiedzialności za swój akt woli, jako że jego osoba jest „nietykalna". Samo zastosowanie sformułowania „nadaje sankcję" odnosi się tu do działania mającego charakter aktu woli (podjęcia decyzji politycznej). Nadanie sankcji jest konstytutywne, stanowi warunek *sine qua non* obowiązywania aktu prawnego, nie zaś jedynie wymóg proceduralny niemający żadnego wpływu na fakt obowiązywania uchwalonego aktu. Zatem cesarzowi Japonii także przysługiwało uprawnienie *veta* absolutnego.

Władza sądownicza[62] w obu konstytucjach znajduje się niejako poza zakresem szczegółowych regulacji. Należy jednak zaznaczyć przy tym, iż to konstytucja pruska jest tu nieco bardziej szczegółowa, jeśli chodzi o ustrój władzy sądowniczej a w szczególności

[58] Zob. P. Szklarczyk, *Pozycja ustrojowa*…, s. 91-92.
[59] Art. 7 Konstytucji Japonii, zob. także *Ibid.*, s. 93.
[60] Art. 51 i art. 65 *Konstytucji Królestwa Prus*.
[61] *Ibidem* s. 92-93.
[62] Art. 86 – art. 97 *Konstytucji Królestwa Prus*, art. 57 – art. 61 *Konstytucji Japonii.*

odnośnie jego kompetencji w zakresie wpływania na centralne konstytucyjne organy władzy publicznej. W obu konstytucjach monarcha posiada prawo powoływania sędziów i w świetle przepisów obu konstytucji sądy sprawują wymiar sprawiedliwości i wydają orzeczenia w imieniu monarchy (a nie państwa)[63]. Odnosząc się do koncepcji *kokutai*, wydawanie wyroków w imieniu cesarza jest równoznaczne z wydawaniem wyroków w imieniu Cesarstwa[64], zaś w przypadku konstytucji pruskiej użyte sformułowanie stanowi jedynie odwołanie do tradycyjnej funkcji króla (sprawowanie wymiaru sprawiedliwości) i wydaje się być dość odległym i niemrawym nawiązaniem do absolutystycznej maksymy króla Ludwika XIV.

Podsumowując powyższe wywody, zamierzam zaznaczyć, iż konstytucja japońska, choć była wyraźnie inspirowana konstytucją pruską, niektóre doniosłe kwestie regulowała odmiennie. Krzywdzący byłby zatem pogląd opierający się na założeniu, iż dokonane przez Japończyków prace legislacyjne były jedynie skopiowaniem rozwiązań zagranicznych. Nie sposób zaprzeczyć, że większość sformułowań brzmi łudząco podobnie, jednakże pewne istotne odmienności tak między rozwiązaniami ustrojowymi jak i w technice legislacyjnej czy systematyce wewnętrznej aktu jednak występują. Niewątpliwie najbardziej widocznym przykładem jest oparcie się przez japońskich prawników na koncepcji idei boskości władcy, czyli odwołaniu się do założeń rodzimych tradycji i koncepcji politycznoprawnych. Poza tym jednak japońska konstytucja jest zwięźlejsza i skoncentrowana przede wszystkim na osobie cesarza, podczas gdy konstytucja pruska mimo silnej pozycji monarchy jest skupiona na zapewnieniu obywatelom pewnych gwarancji ich praw. Konstytucja pruska zapewnia też nieco większe gwarancje niezależności parlamentu od króla, choć żadna z nich nie posiada w pełni wykształconego systemu *checks and balances*. W odniesieniu do konstytucji Meiji prof. Uesugi S. wyraził nawet pogląd, iż „*japoński system prawny uwzględnia zasadę podziału władz, lecz organy wykonujące te władze są podległe cesarzowi*”[65]. Wydaje się, że gdyby przepisy konstytucji japońskiej były nieco liberalniejsze i umacniały parlamentaryzm, mogłoby to doprowadzić do przekształcenia się Japonii w państwo bardziej zdemokratyzowane[66]. Niewątpliwą wadę konstytucji japońskiej (a także i pruskiej, choć w wypadku Prus był to mniej palący problem) stanowił brak cywilnej kontroli nad armią.

[63] Art. 86 *Konstytucji Królestwa Prus*, art. 57 *Konstytucji Japonii.*
[64] Por. K. Colegrove, *The Japanese Emperor*, s. 652.
[65] Zob. K. Colegrove, *Powers and Functions of the Japanese Diet, The American Political Science Review*, *Vol. 27, No. 6* (Dec., 1933), s. 886.
[66] Por. T. Suzuki, *Constitutionalism in Japan,* [w:] T. Suzuki, T. Karaś, *Prawo Japońskie*, Warszawa 2008, s. 66 i 67.

W przypadku Japonii okazało się to tragiczne w skutkach, gdyż pozbawiona kontroli armia prowadziła własną politykę, posługiwała się terroryzmem politycznym, a rozzuchwalona sukcesami doprowadziła do wszczęcia przez Japonię w szeregu konfliktów zbrojnych z wojną japońsko-chińską na czele[67].

Jednocześnie jednak należy zauważyć, że w Japonii istniały liberalne i demokratyczne koncepcje wykładni konstytucji, z wyżej przywoływaną koncepcją „Cesarza jako organu [państwa]" autorstwa prof. Minobe T. na czele. Nie stanowiły jednak one głównego nurtu[68].

W tym miejscu autor chciałby także, chociaż w szczątkowym zakresie, odnieść się do stanowiska prof. E. Pałasz-Rutkowskiej wyrażonego w artykule pt. „Wyjątkowa" pozycja monarchy Japonii nakreślona przez konstytucję Meiji – studium porównawcze"[69], wskazując, że w pewnym zakresie kontestuje przedstawioną tam tezę, jakoby „wyjątkowa" pozycja monarchy była mitem. Niewątpliwie, nominalne kompetencje Cesarza Japonii, choć znaczne, są węższe od kompetencji np. Cara Rosji zgodnie z koncepcją samodzierżawia[70]. Są jednak niezwykle silne jak na pozycję monarchy konstytucyjnego[71]. Podkreślić należy, że nawet w niniejszym artykule zasygnalizowano także, iż pozycja monarchy japońskiego *de lege* była silniejsza od pozycji monarchy pruskiego. Autor podkreśla, że odnosząc się do kwestii norm konstytucyjnych, należy brać pod uwagę nie tylko literalne brzmienie przepisów, ale także trzeba mieć na względzie szereg innych czynników mających wpływ na wykładnię, takich jak: praktyka (oraz wynikłe z niej koncepcje), doktryna, akceptowana przez państwo i społeczeństwo aksjologia, cel regulacji oraz realia danej epoki. Wobec powyższego dodać należy, że mimo niezwykle szerokich kompetencji w zakresie wszystkich władz, cesarze rzadko rzeczone kompetencje wykonywali osobiście lub ingerowali w ich wykonywanie, kwestię tę (zgodnie z tradycją) pozostawiając odpowiednim ministrom lub innym decydentom politycznym. Pozycja faktyczna monarchy zależała jednak przede wszystkim od osobistych

---

[67] Por. H. Hata, G. Nakagawa, *Constitutional law of Japan*, Haga 1997 s. 17 i 18; zob. A. Kość, *op. cit*., s. 87; zob. także M. Kosaka, *The Showa Era (1926-1989), Daedalus, Vol. 119, No. 3, Showa: The Japan of Hirohito* (Summer, 1990), s. 35-38; Zob. szerzej J. Polit, *Pod wiatr. Czang Kaj-szek (1887-1975)*, Kraków 2008, s. 224 i n. oraz 356 i n.

[68] Zob. T. Suzuki, *op. cit.*, s. 66 i 67, zob. także K. Kawai, *Sovereignty and Democracy in the Japanese constitution, The American Political Science Review, Vol. 49, No. 3* (Sep., 1955), s. 669-671.

[69] E. Pałasz-Rutkowska, *„Wyjątkowa" pozycja monarchy Japonii nakreślona przez konstytucję Meiji – studium porównawcze,* [w:] *Japonica, t. II nr 1, Warszawa 1994, s. 29-38.*

[70] Kwestię tę poruszył w swej publicystyce W. Studnicki; zaznaczał on także, że Cesarz Japonii, w przeciwieństwie do Cara Rosji jest monarchą konstytucyjnym. Zob. W. Studnicki, *Japonia*, Lwów 1904, s. 2 i n. Autor podkreśla, że E. Pałasz-Rutkowska w artykule „Wyjątkowa" pozycja… porównywała pozycję Cesarza Japonii do pozycji monarchów konstytucyjnych, tj. pozycji monarchy w konstytucji pruskiej oraz w Ustawie Rządowej z dnia 3 maja 1791 r.

[71] Zob. J. Tubielewicz, *op. cit.*, s. 370; por. Muszalska U., *Pozycja ustrojowa cesarza w konstytucjach Japonii* [w:] M. Sadowski (red.), *Acta Erasmiana V – Varia*, Wrocław 2013, s. 250.

przymiotów osoby zasiadającej na tronie[72]. Za wyjątkowy można w przekonaniu autora uznać fakt, że pomimo niezwykle silnej pozycji ustrojowej cesarza, faktyczną rolę monarchy ograniczono właściwie do symbolu[73]. Kwestia ta jest jednak pełna niuansów i wymagałaby znacznie szerszego wywodu oraz omówienia w monografii poświęconej jedynie rzeczonemu zagadnieniu[74].

Zakończenie

Niniejszy artykuł miał zobrazować przydatność oraz możliwość stosowania metod właściwych dla komparatystyki prawniczej w badaniach historycznoprawnych. Jak starałem się wykazać, metoda prawnoporównawcza stanowi jedną z podstawowych metod badawczych w badaniach historyczno-prawnych. Znajduje ona bardzo szerokie zastosowanie i może służyć tak wzbogaceniu i pogłębieniu wywodu, jak i stanowić rdzeń prowadzonych badań naukowych. Pogląd postulujący ograniczanie zastosowania metody komparatystycznej (komparatystyki prawniczej) wyłącznie do prawa powszechnie obowiązującego i niederogowanego jest oczywiście błędny i jako taki winien zostać odrzucony. W toku wywodu zaznaczyłem także przydatność badań historycznoprawnych w zakresie badania prawa powszechnie obowiązującego (pozostającego w mocy). Wyliczenie przykładowych zagadnień historycznych, w badaniu których można zastosować metodę prawnoporównawczą ma na celu zobrazowanie potencjalnych perspektyw badawczych, które otwiera zastosowanie rzeczonej metody badawczej. W przypadku badań historycznych nad prawem opartym na recepcji norm i instytucji pochodzących od obcych systemów prawnych, stosowanie metody komparatystycznej jest warunkiem *sine qua non* prowadzenia rzetelnej pracy badawczej.

ABSTRAKT

Celem niniejszego artykułu jest omówienie zastosowania metody prawnoporównawczej (lub też komparatystycznej) w badaniach historycznoprawnych, w szczególności badaniach nad reformami okresu Meiji. Pierwsza część pracy stanowi odniesienie do pewnych podstawowych

[72] J. Polit, *Czy naprawdę marionetka? Wokół władzy politycznej japońskich cesarzy,1868–1945,* [w:] *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Historyczne, 143, z. 3*, Kraków 2016, s. 575 i n.
[73] *Ibid.*; zob. także J. Tubielewicz, *op. cit.*, s. 379, por. H. Hata, G. Nakagawa, *op. cit.*, s. 17.
[74] Rzeczoną kwestię poruszył już od strony historycznej dr hab. Jakub Polit w wyżej cyt. pracy pt. „*Czy naprawdę marionetka?...*". Autor, choć zgadza się z większością poglądów wyrażonych w przedmiotowej pozycji, chciałby zaznaczyć, że nin. kwestia wciąż nie doczekała się fachowego pełnego opracowania w polskiej literaturze prawniczej.

zagadnień związanych z komparatystyką. Część druga dotyczy zastosowania metody komparatystycznej w badaniach historycznoprawnych. W trzeciej części pracy, dla zobrazowania przedstawionych poglądów, zwięźle omówiono swoistość japońskiego systemu prawnego oraz przedstawiono podobieństwa i różnice między pozycją monarchy w Konstytucji Wielkiego Cesarstwa Japonii a jej pierwowzorem – Konstytucją Królestwa Prus.

Słowa kluczowe: metodologia, Japonia, Prusy, Konstytucja, Meiji.

Bibliografia

Konstytucja Wielkiego Cesarstwa Japonii z 11 lutego 1889 r.

Konstytucja Królestwa Prus z 31 stycznia 1850 r.

Gokajō no Goseimon (jap. Przysięga Cesarska w pięciu artykułach).

Traktat między Stanami Zjednoczonymi Ameryki a Cesarstwem Japonii zawarty w Kangawie dnia 31 marca 1854 r.

Colegrove K., *The Japanese Cabinet, The American Political Science Review, Vol. 30, No. 5* (Oct., 1936).

Colegrove K., *The Japanese Emperor, The American Political Science Review, Vol. 26, No. 4* (Aug., 1932).

Colegrove K., *Powers and Functions of the Japanese Diet, The American Political Science Review, Vol. 27, No. 6* (Dec., 1933).

Gawrycki M. F., Szeptycki A., *Podporządkowanie-niedorozwój-wyobcowanie. Postkolonializm a stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2011.

Grimmer-Solem E., *German Social Science, Meiji Conservatism, and the Peculiarities of Japanese History, Journal of World History, Vol. 16, No. 2* (Jun., 2005).

Hata H., Nakagawa G., *Constitutional law of Japan*, Haga 1997.

Jelonek B., *Zawarcie i ustanie małżeństwa w prawie japońskim*, Wrocław 2020, niepubl.

Kanert M., *Starożytna Japonia. Miejsca, ludzie, historia*, Kraków 2006.

Kawai K., *Sovereignty and Democracy in the Japanese constitution, The American Political Science Review, Vol. 49, No. 3* (Sep., 1955).

Khan Y., *Inoue Kowashi and the Dual Images of the Emperor of Japan, Pacific Affairs, Vol. 71, No. 2* (Summer, 1998).

Kołodziejski M., *Takahashi Korekiyo 1854-1936 a gospodarka międzywojennej Japonii*, Warszawa 2004.

Kosaka K., *The Showa Era (1926-1989), Daedalus, Vol. 119, No. 3, Showa: The Japan of Hirohito* (Summer, 1990).

Kość A., *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Lublin 2001;

Kowalczyk B., *Kilka uwag o znaczeniu komparatystyki prawniczej,* [w:] Korczak J. (red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UWr dra hab. Jana Jeżewskiego*, Wrocław 2018.

Kundera E., *Friedrich Karl von Savigny*, [w:] Kundera E., Maciejewski M. (red.), *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Warszawa 2009.

Łuczko M., *Itō Hirobumi i Yamagata Aritomo. Czołowi politycy okresu Meiji (1868-1912)*, Warszawa 2006.

Muszalska U., *Pozycja ustrojowa cesarza w konstytucjach Japonii,* [w:] M. Sadowski (red.), *Acta Erasmiana V – Varia*, Wrocław 2013.

Norman E. H., *Feudal bacground of japanese politics,* [w:] *Origins of modern Japanese state selected writings of E. H. Norman*; edited by John W. Dower Nowy Jork 1975.

Pałasz-Rutkowska E.*, Cesarz Meiji (1852-1912). Wizerunek Władcy w modernizowanej Japonii*, Warszawa 2012 r.

Pałasz-Rutkowska E., *„Wyjątkowa" pozycja monarchy Japonii nakreślona przez konstytucję Meiji - studium porównawcze*, [w:] *JAPONICA* Tom 2 Nr 1, Warszawa 1994.

Piegzik M., *U źródeł japońskiego nacjonalizmu i militaryzmu- doktryna kokutai w życiu politycznym Cesarstwa Japonii w latach 1867–1945*, [w:] Maciejewski M., Antonów R., *Acta Universitatis Wratislaviensis, Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem 40, nr 2*, Wrocław 2018.

Pittau J., *Inoue Kowashi, 1843-1895 and the formation of modern Japan by Joseph Pittau, S.J., Monumenta Nipponica*, XX, 3-4.

Polit J., *Czy naprawdę marionetka? Wokół władzy politycznej japońskich cesarzy,1868–1945,* [w:] *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Historyczne*, 143, z. 3, Kraków 2016.

Polit J., *Pod wiatr. Czang Kaj-szek (1887-1975)*, Kraków 2008.

Posner S., *Japonja. Państwo i prawo; podług źródeł europejskich opracował S. Posner*, Warszawa 1905.

Sadowski M., *Arystoteles,* [w:] Kundera E., Maciejewski M. (red.) *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Warszawa 2009.

Sadowski M., *Erazm z Rotterdamu (Gerhard Gerhards),* [w:] Kundera E., Maciejewski M. (red.), *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Warszawa 2009.

Studnicki W., *Japonia*, Lwów 1904.

Supernat J., *Z zagadnień komparatystyki prawniczej*, [w:] Kiczka K., Kocowski T., Małecki W. (red.), P*rzegląd prawa i administracji CXIV*, Wrocław 2018.

Starecka K., *Początki japońskich partii politycznych oraz rządów przedstawicielskich* [w:] Kubiak Ho-Chi B., *Japonia okresu Meiji. Od tradycji do nowoczesności*, Warszawa 2006.

Suzuki T., *Constitutionalism in Japan,* [w:] T. Suzuki, T. Karaś, *Prawo Japońskie*, Warszawa 2008.

Szklarczyk P., *Pozycja ustrojowa cesarza Japonii w Konstytucji z 1889 r*., Wrocław 2018, niepubl.

Szklarczyk P., *Recepcja prawa chińskiego i myśli konfucjańskiej w Japonii w okresie między VI a IX wiekiem po Chrystusie,* [w:] Sadowski M., *Wrocławskie Studia Erasmiańskie* t. XII, Wrocław 2018.

Tokarczyk R., *Komparatystyka Prawnicza*, Warszawa 2008.

Tubielewicz J., *Historia Japonii*, Wrocław 1984.

Beata Grodziska- Modzelewska
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0001-7240-5291

Funkcjonowanie systemu bankowego w Polsce a sposób działania islamskich podmiotów mikrofinansowych.

The functioning of the banking system in Poland versus the modus operandi of Islamic microfinance entities.

ABSTRACT

The functioning of the banking system, in every country is essential, because it affects the economic development. Banking sector functioning in Poland should be considered stable, because it is supervised by the Financial Supervision Commission and the safety of deposits is ensured by the Bank Guarantee Fund. The lack of these institutions could lead to actions contrary to the principles of the broadly understood banking law. Poverty is a common phenomenon all over the world, including Islamic countries. In order to avoid its spread and limit financial exclusion, Islamic microfinance entities were created. But what is their mode of operation? The principles of operation of these entities have their basis in the Quran, the Holy Book of Islam. The main principles of these entities include riba, Gharar, and risk sharing. The principles of the Polish banking system and the Islamic financial system are different and result from different sources of law, and consequently the Polish banking system and Islamic financial entities have more differences than similarities.

Keywords: banking system, riba, gharar, microfinance entity, Financial Supervisory Commission.

1. Zagadnienia wprowadzające.

Prawidłowe funkcjonowanie banków, kas oraz instytucji finansowych w każdym kraju ma wpływ na gospodarkę, a w konsekwencji na poczucie bezpieczeństwa klientów tych podmiotów, którzy niejednokrotnie powierzają poszczególnym instytucjom zgromadzone

przez siebie oszczędności życia. Banki większości ludzi kojarzą się z pewnością oraz zaufaniem, stąd wzięło się powiedzenie, że „coś jest pewne jak w banku”[1].

Kryzys finansowy przełomu pierwszej dekady XXI wieku wskazał, że banki, które powinny być instytucjami zaufania publicznego, wykazały brak właściwej oceny ryzyka, co nierzadko doprowadzało do podważania zaufania społeczeństwa[2]. Poprzez pojęcie funkcjonowania sektora bankowego należy rozumieć sposób spełniania swojej roli, do której został powołany przez ustawodawcę. W pierwszej kolejności wskazać należy, że system bankowy w Polsce należy do jednego z segmentów rynku finansowego[3]. Rynek finansowy najczęściej definiowany jest jako ogół transakcji związanych z przemieszczaniem się kapitałów pieniężnych od podmiotów dysponujących wolnymi środkami finansowymi do podmiotów, które takich środków potrzebują[4]. W Polsce nadzór nad rynkiem finansowym od 2006 r. sprawuje specjalnie powołany do tego organ administracji publicznej, którym jest Komisja Nadzoru Finansowego[5]. Została ona wyposażona w kompetencje nadzorcze w celu eliminacji powstawania zarówno sytuacji kryzysowych, jak i działań niedozwolonych w obszarze m.in. sektora bankowego, emerytalnego, ubezpieczeniowego, kapitałowego[6]. Kwestia nadzoru nierozerwalnie wiąże się z funkcjonowaniem sektora bankowego, z uwagi na fakt, że liczba uczestników rynku finansowego stale rośnie, a w konsekwencji ich działania mogą zmierzać do podejmowania czynności sprzecznych z zasadami prawa bankowego. Na kształt polskiego sektora bankowego ma wpływ nie tylko krajowy ustawodawca, ale także unijny[7].

System bankowy w Polsce kształtują, m.in. instytucje stabilizujące, instytucje tworzące rynek oraz instytucje pomocnicze[8]. Do instytucji stabilizujących należy zaliczyć Komisję Nadzoru Finansowego, Narodowy Bank Polski oraz Bankowy Fundusz Gwarancyjny[9]. Z kolei do instytucji tworzących system bankowy należy zaliczyć banki (państwowe, w formie spółki

[1] E. Radziszewski, *Bank jako instytucja zaufania publicznego. Gwarancje prawne i instytucjonalne,* Warszawa 2013, s. 10-12.
[2] D. Daniluk, *Regulacje i nadzór bankowy w Polsce,* Warszawa 1996, s. 12-16.
[3] A. Jurkowska- Zeidler, A. Nadolska, *Wykład prawa rynku finansowego,* Gdańsk 2017, s. 21.
[4] R.W. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego,* Wolters Kluwer 2006, s.57-62.
[5] A. Wiktorzak, *Komisja Nadzoru Finansowego jako organ nadzoru nad instytucjami sektora bankowego,* Katowice 2014, s. 88-90.
[6] J. Głuchowski, *System prawa finansowego. Prawo walutowe, prawo dewizowe, prawo rynku finansowego,* Kraków 2010, s. 141-148.
[7] P. Daniluk, *Kompetencje nadzorcze Komisji Nadzoru Finansowego a kompetencje Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego,* Lublin 2020, s. 11-17.
[8] J. Głuchowski, *System prawa finansowego. Prawo walutowe, prawo dewizowe, prawo rynku finansowego,* Kraków 2010, s. 223-243.
[9] D. Daniluk, *Regulacje i nadzór bankowy w Polsce,* Warszawa 1996, s. 198-208.

akcyjnej oraz spółdzielcze)[10]. Zaś do instytucji pomocniczych należy Biuro Informacji Kredytowej.

Jak wygląda funkcjonowanie sektora finansowego poza granicami Unii Europejskiej, a mianowicie w państwach islamskich? W pierwszej kolejności wskazać należy, że na islamski sektor bankowy ma wpływ przede wszystkim religia[11]. Brak jest definicji legalnej pojęcia islamskich finansów publicznych. W doktrynie wyróżnia się definicję finansów islamskich sensu stricte i senesu largo. Pierwsza z nich oznacza bankowość bezodsetkową, opartą na podziale zysków i strat, z kolei druga definicja stanowi, że finanse islamskie stanowią ogół operacji finansowych dokonywanych przez muzułmanów[12]. Na gruncie islamskiego systemu bankowego można wyróżnić podmioty konwencjonalne- banki oraz podmioty o specyficznym sposobie działania, na które wpływ ma głównie religia- islamskie podmioty mikrofinansowe.

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie sposobu funkcjonowania systemu bankowego w Polsce poprzez analizę jego struktury oraz zasad, będących podstawą jego działania. Z polskim systemem bankowym zostały zestawione zasady działania islamskich podmiotów mikrofinansowych.

Teza niniejszego artykułu stanowi, że zasady działania i cele polskiego systemu bankowego oraz islamskich podmiotów mikrofinansowych są zróżnicowane i wynikają z odmiennych źródeł prawa, a w konsekwencji polski system bankowy i islamski system finansowy mają więcej różnic aniżeli podobieństw. Nadto, mając na uwadze wszechobecne zasady religijne w życiu muzułmanów należy stwierdzić, że mają one wpływ na sposób działania islamskich podmiotów mikrofinansowych, a na gruncie polskiego prawa bankowego religia nie ma żadnego wpływu na jego kształt.

2. Polski system bankowy.

Na gruncie polskiego prawa nie ma definicji legalnej pojęcia systemu bankowego. Jednak na podstawie obowiązujących przepisów prawa można określić jego kształt[13]. W Polsce podstawowym źródłem prawa także z zakresu regulacji prawnych dotyczących systemu bankowego jest Konstytucja RP[14]. Polska Konstytucja w rozdziale X zatytułowanym „Finanse publiczne", reguluje podstawy funkcjonowania sektora bankowego, art. 227 ust. 1 Konstytucji

[10] T. Narożny, *Prawo bankowe,* Poznań 1998, s. 33-35.
[11] J. Adamek, *Mikrofinanse islamskie- założenia, produkty, praktyka,* Warszawa 2010, s. 57-58.
[12] Ali Junaid Hashmi, *Islamic Finance and Economics An Evaluation of Its Failures, Successes, and Future Prospects,* Leonard N. Stern School of Business, New York University 2003, s. 20.
[13] M. Capiga, J. Harasim, G. Szustak, *System bankowy w Polsce,* Warszawa 2005, s. 35-50.
[14] Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

stanowi, że centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza. Fakt uregulowania zagadnienia finansów publicznych na poziomie konstytucyjnym stanowi ewenement na skalę europejską[15].

Kolejnym źródłem prawa bankowego jest przede wszystkim ustawa z 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe[16], ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim[17], a także ustawa z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym[18]. Wskazane akty prawne tworzą prawo bankowe, czyli gałąź prawa wyodrębnioną z prawa finansowego ze względu na przedmiot regulacji[19]. Celem publicznego prawa bankowego jest przede wszystkim zapewnienie bezpieczeństwa i stabilności sektora bankowego[20]. Gałąź tego prawa obejmuje zasady dotyczące prowadzenia działalności bankowej, tworzenia oraz struktury wewnętrznej poszczególnych banków, a także sprawowania nadzoru bankowego, likwidacji i upadłości banków. Definicja legalna pojęcia banku zawarta została w art. 2 pr. bank. stanowiącego, że bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Nie są to jednak wyczerpujące źródła stanowiące o strukturze sektora bankowego, albowiem uzupełnia je prawo Unii Europejskiej (m.in. dyrektywy i zalecenia Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), które są komplementarne w stosunku do uregulowań na poziomie krajowym, tworząc spójny system[21].

Proces transformacji systemu bankowego ma charakter ciągły, jednak rok 1997 należy uznać za punkt zwrotny, gdyż wówczas uchwalono ustawę o Narodowym Banku Polskim. W art. 1 wskazanej ustawy powtórzono regulację zawartą w Konstytucji, a mianowicie, że NBP jest bankiem centralnym Rzeczypospolitej Polskiej. Art. 3 ustawy stanowi o jego zadaniach, m.in. o tym, że podstawowym celem działalności NBP jest utrzymanie stabilnego poziomu cen, przy jednoczesnym wspieraniu polityki gospodarczej Rządu, o ile nie ogranicza to podstawowego celu NBP. Powierzone zadania NBP wykonuje przy pomocy swoich organów – Prezesa NBP, Rady Polityki Pieniężnej oraz Zarządu NBP[22].

---

[15] R. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego",* Zakamycze 2006, s. 30.
[16] Dz. U. z 2020 r., poz. 1896 zwana także dalej pr. bank.
[17] Dz. U. z 2020 r., poz. 2027 zwana dalej ustawą o NBP.
[18] Dz. U. z 2020 r., poz. 2059 zwana także dalej n.r.f.
[19] M. Al.- Kaber, *Rynki finansowe i instytucje,* Białystok 2006, s. 28-44.
[20] E. Fojcik- Mastalska, E. Rutkowska- Tomaszewska, *Bezpieczeństwo rynku finansowego,* Wrocław 2010, s. 33.
[21] R. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego",* Zakamycze 2006, s. 39-44.
[22] A. Jurkowska- Zeidler, A. Nadolska, *Wykład prawa rynku finansowego,* Gdańsk 2017, s. 136-151.

Z chwilą uchwalenia ustawy o NBP przyjęto jednocześnie zasady działania banków, które co do zasady w takim samym kształcie obowiązują do chwili obecnej[23]. Czołową zasadę stanowi obowiązek utrzymania płynności płatniczej. Wynika on z art. 8 pr. bank., który wskazuje, że Bank jest obowiązany do utrzymywania płynności płatniczej dostosowanej do rozmiarów i rodzaju działalności, w sposób zapewniający wykonanie wszystkich zobowiązań pieniężnych zgodnie z terminami ich płatności. Kolejną zasadą działania poszczególnych banków jest uniwersalizm, przez który należy rozumieć zagwarantowanie przez państwo wszystkim bankom takich samych warunków do świadczenia usług bankowych. Polski ustawodawca w ustawie prawo bankowe zawarł katalog zamknięty przesłanek umożliwiających rozpoczęcie licencjonowanej działalności bankowej[24]. Zasada konkurencyjności stanowi o ciągłym wykorzystaniu i doskonaleniu usług bankowych, pozyskiwaniu udziałowców oraz klientów. Z kolei samofinansowanie oznacza, że działalność banku powinna znaleźć pokrycie w zasobach finansowych zgromadzonych przez bank. Bank powinien być zatem rentowny Kolejną zasadą jest konieczność tworzenia systemu zarządzania i kontroli wewnętrznej. Oznacza ona, że obowiązkiem banku jest stworzenie zbioru zasad i mechanizmów odnoszących się do procesów decyzyjnych, które zachodzą w banku[25]. Zasada ta jest powiązana z elementami formalnymi tworzenia i działania banku.

2.1. Struktura polskich banków

Prawo bankowe wyróżnia zamknięty katalog form organizacyjno-prawnych dostępnych dla banków. Są nimi: bank państwowy, spółdzielczy oraz banki w formie spółek akcyjnych. Wskazane formy zostały wymienione przez ustawodawcę w sposób enumeratywny. Zasadniczą różnicą zachodzącą między wskazanymi formami organizacyjno- prawnymi banków jest odmienny sposób tworzenia oraz zróżnicowanie statusu tych osób prawnych. Wskazać należy, że ustawa prawo bankowe dokonuje podziału przepisów dotyczących wyłącznie banków państwowych (art. 14-19), banków spółdzielczych (art. 20-20a), banków w formie spółek akcyjnych (art. 21-28)[26].

Cechą wspólną poszczególnych rodzajów banków jest to, że każdy z nich, jako że jest osobą prawną, działa poprzez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w oparciu o

[23] J. Gliniecka, *System bankowy w regulacjach polskich i unijnych,* Gdańsk 2004, s. 158-165.
[24] W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków,* Wrocław 2003, s. 109-116.
[25] T. Narożny, *Prawo bankowe,* Poznań 1998, s. 28-31.
[26] B. Bajor, Spółka akcyjna jako forma prawonoorganizacyjna banku, [w:] St.Prawn. 2001/3-4/19.

statut[27]. Rada Ministrów w drodze rozporządzenia może utworzyć bank państwowy. W analogiczny sposób następuje jego likwidacja. Zarówno o utworzeniu tego banku i jego likwidacji opinię musi wyrazić Komisja Nadzoru Finansowego. Bank państwowy może zostać przekształcony wyłącznie w bank w formie spółki akcyjnej. Do organów banku państwowego należy Zarząd oraz Rada Nadzorcza. Członkowie tych organów nie mogą prowadzić działalności konkurencyjnej, m.in. nie mogą być członkami organów innych banków, za wyjątkiem, gdy bank państwowy jest akcjonariuszem tego banku. Kadencja Rady Nadzorczej wynosi 3 lata. Jej przewodniczącego powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów. Z kolei członków Rady Nadzorczej powołuje Prezes Rady Ministrów z osób, które nie są Członkami Zarządu tego banku. Prezes Zarządu jest powoływany i odwoływany przez Radę Nadzorczą. Natomiast pozostali członkowie są powoływani i odwoływani na wniosek Prezesa Zarządu przez Radę Nadzorczą. Powołanie Prezesa Zarządu i jednego Członka Zarządu następuje za zgodą Komisji Nadzoru Finansowego. Rada Nadzorcza banku państwowego sprawuje ogólny nadzór, udziela Zarządowi banku zaleceń oraz zawiesza w wykonywaniu czynności Członków Zarządu. Wpływ rady nadzorczej na Zarząd banku jest widoczny albowiem może ona uchylać jego uchwały w przypadku stwierdzenia ich niezgodności z przepisami prawa lub statutem banku. Prezes Zarządu banku państwowego jest jego reprezentantem, organizatorem jego działalności oraz przewodniczy Zarządowi[28].

Bankiem spółdzielczym, zgodnie z ustawową regulacją jest spółdzielnia, do której w zakresie nieuregulowanym ustawą prawa bankowego, stosuje się ustawę prawo spółdzielcze[29]. Statut tego banku jest sporządzany w formie aktu notarialnego. Założycielami banku spółdzielczego mogą być osoby fizyczne w liczbie co najmniej 10. Funkcja organu nadzoru jest pełniona przez radę nadzorczą, składającą się z co najmniej 5 osób. Jej członków powołuje i odwołuje walne zgromadzenie przy uwzględnieniu, m.in. ich wiedzy, umiejętności, doświadczenia. Zarząd banku spółdzielczego składa się z co najmniej trzech osób, które powołuje Rada Nadzorcza[30]. O powołaniu lub zmianie Zarządu, Rada Nadzorcza przekazuje informację Komisji Nadzoru Finansowego. Pracą Zarządu kieruje jego Prezes. Różnica pomiędzy bankiem państwowym a bankiem spółdzielczym polega na tym, że w Zarządzie omawianego banku wyodrębnia się stanowisko Członka lub Członków Zarządu, którzy zajmują się zarządzaniem ryzykiem istotnym w działalności banku. Powołanie Prezesa Zarządu banku

[27] Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, zwana dalej k.c.
[28] R. Szczęsny, *Zarząd w spółkach kapitałowych,* Zakamycze 2004, s. 15-17.
[29] Ustawa z dnia 16 września 1983 r. Prawo spółdzielcze, Dz. U. z 2020 poz. 275, zwana dalej pr. sp.
[30] W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków,* Wrocław 2003, s. 48.

spółdzielczego następuje za zgodą Komisji Nadzoru Finansowego, o którą występuje rada nadzorcza. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że Komisja Nadzoru Finansowego ma wpływ na organy banku spółdzielczego już na etapie ich powoływania albowiem to Komisja Nadzoru Finansowego wyraża zgodę na powoływanie Członków Zarządu. Jest to uprawnienie o charakterze personalnym. Wskazać należy, że między Członkami Zarządu zachodzi dychotomiczny podział. Przejawia się on w tym, że Członkowie Zarządu dzielą się na tych, na których powołanie Komisja Nadzoru Finansowego musiała wyrazić zgodę oraz na tych, którzy takiej zgody nie musieli uzyskać. W przepisie art. 22d pr. bank. zostały wskazane konkretne osoby, które muszą uzyskać zgodę Komisji Nadzoru Finansowego. Pozostali członkowie nie muszą posiadać aprobaty Komisji Nadzoru Finansowego. Ustawodawca nie wskazuje również na konkretną liczbę członków, którzy muszą posiadać taką zgodę. Zgodnie z art. 17 ustawy pr. bank. powołanie Prezesa Zarządu oraz jednego Członka Zarządu następuje za zgodą Komisji Nadzoru Finansowego. Przepisy art. 22b stosuje się odpowiednio[31]. Ponadto, każda spółdzielnia obowiązana jest przynajmniej raz na trzy lata, a w okresie pozostawania w stanie likwidacji corocznie, poddać się lustracyjnemu badaniu legalności, gospodarności i rzetelności całości jej działania. Lustracja obejmuje okres od poprzedniej lustracji (art. 91 § 1 pr. sp.).

Regulacja organów banku w formie spółki akcyjnej jest analogiczna do banku spółdzielczego[32]. Odmiennością jest to, że założycielami banku w formie spółki akcyjnej mogą być osoby prawne i fizyczne, z tym, że nie może ich być mniej aniżeli 3. Istotną kwestią jest fakt, że do banku w formie spółki akcyjnej stosowane są przepisy kodeksu spółek handlowych, o ile przepisy pr. bank. nie stanowią inaczej[33]. Zgodnie z art. 370 kodeksu spółek handlowych[34], Członek Zarządu może być w każdym czasie odwołany, jednak statut spółki może zawierać inne postanowienia, w szczególności ograniczać prawo odwołania do ważnych powodów.

2.2. Nadzór nad bankami

Z polskim systemem bankowym nieodłącznie związana jest Komisja Nadzoru Finansowego, która sprawuje nad nim nadzór, a jak wskazano wyżej, Komisja Nadzoru Finansowego ma również wpływ na zarząd poszczególnych banków[35]. Celem nadzoru nad rynkiem finansowym, zgodnie z art. 2 u.n.r.f. jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania

[31] W. Gonet, Nadzór i kontrola w bankach spółdzielczych, W: PPP 2010/6/31-41.
[32] A. Kidyba, *Spółka akcyjna,* monografia Wrocław 2010.
[33] B. Bajor, *Spółka akcyjna jako forma prawonoorganizacyjna banku*, W: St.Prawn. 2001/3-4/19.
[34] Ustawa z dnia 15 września 2000 r.- Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2019 poz. 505, zwana dalej k.s.h.
[35] P. Zawadzka, *Modele nadzoru rynku finansowego,* Warszawa 2017, s. 34-45.

tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku poprzez realizację celów określonych, m.in. w ustawie prawo bankowe, ustawie z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym, ustawie z dnia 15 kwietnia 2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego, ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, ustawie z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. Z kolei podstawowy cel nadzoru nad sektorem bankowym został dodatkowo wskazany i wyszczególniony w art. 133 ust. 1 pkt 1 pr. bank., którym przede wszystkim jest zapewnienie bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach bankowych. Komisja Nadzoru Finansowego pełni zatem funkcję licencyjną, nadzorczą, dyscyplinującą oraz regulacyjną[36].

3. Islamski system bankowy.

Obecnie w krajach europejskich następuje dynamiczny przyrost liczby muzułmanów, a w konsekwencji w wielu chrześcijańskich dotychczas państwach Islam stał się drugą pod względem wielkości religią. Obowiązki życia codziennego muzułmanów, ustrój społeczny, polityczny, religijny zostały szczegółowo wskazane w Koranie[37]. Zgodnie z jej nauką każdy muzułmanin powinien angażować się w rozwój gospodarczy dla dobra całego społeczeństwa i nie ograniczać się wyłącznie do zaspokajania własnych potrzeb. W państwach islamskich religia ma zasadniczy wpływ na prawo, gdyż założenia funkcjonowania islamskich podmiotów mikrofinansowych wynikają z Koranu. Zgodnie z nauką zawartą w Świętej Księdze, islamski system finansowy nie jest celem samym w sobie, ale stanowi środek do celu[38]. System ten kładzie nacisk na ideę sprawiedliwości społecznej, opiera się na prawie własności, funkcjonuje w reżimie wolności ekonomicznej, w którą rząd interweniuje w przypadku konieczności zapewnienia sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania rynków. Zasady obowiązujące na gruncie islamskiego systemu finansowego obejmują swoim zakresem zbiór reguł o charakterze politycznym, moralnym, prawnym, politycznym, a ich wypełnianie staje się zadaniem społeczeństwa[39].

---

[36] J. Głuchowski, *System prawa finansowego,* Wolters Kluwers 2010, s. 145.
[37] J. Adamek, *Mikrofinanse islamskie- założenia, produkty, praktyka,* Warszawa 2010, s. 54-56.
[38] *Ibidem.*
[39] A. Shaikh Hamid, *Philosophy and Practice of Islamic Economics and Finance,* Southern New Hampshire University, Working Paper 2006, s. 11.

Na uwagę zasługuje przede wszystkim islamska koncepcja rozumienia znaczenia pieniądza, a w konsekwencji jego funkcja w gospodarce oraz zagadnienie ryzyka transakcji i sposoby jego podziału na strony zawierające określoną umowę[40]. Pieniądz rozumiany jest jako środek wymiany i sposób określenia wartości przedmiotu.

Na gruncie islamskiego prawa finansowego można wyróżnić banki (jako tradycyjne podmioty finansowe) oraz podmioty mikrofinansowe. Wskazane instytucje mają zróżnicowane cele, a zasady działania. Celem banku jest przede wszystkim maksymalizacja zysku przejawiająca się w pobieraniu odsetek od udzielonej sumy pieniężnej. Rolą banku jest finansowe pośrednictwo pomiędzy oszczędzającymi a inwestorami w gospodarce oraz przyjmowanie i sprawowanie opieki nad złożonymi depozytami. Zasadniczą różnicą między bankiem a podmiotem mikrofinansowym jest to, że islamski podmiot mikrofinansowy jest rozumiany jako organizacja, która nie jest nastawiona na osiągnięcie zysku. Ponadto, w przeciwieństwie do banków, podmiot ten prowadzi działalność edukacyjną i szkoleniową. Kwota pożyczki udzielona przez taki podmiot jest płacona w ratach, a ich klientami są w przeważającej części kobiety. Produkty konwencjonalnych podmiotów finansowych oparte są na odsetkach w przeciwieństwie do produktów oferowanych przez islamskie podmioty mikrofinansowe, opartych na wolności tzw. *Al Riba* oraz zasadzie podziału zysków i strat.

Różnice pomiędzy bankiem a podmiotem mikrofinansowym są znaczne. Podmiot mikrofinansowy traktowany jest jako forma pośrednictwa finansowego.

Zasady islamskiego systemu finansowego stanowią bazę do ustalenia jego istoty. Do głównych zasad działania islamskich podmiotów mikrofinansowych należy: przejrzystość i zaufanie w stosunkach między kontrahentami, prawidłowa konkurencja i współdzielenie ryzyka (tzw. system PLS). Do zakazów o fundamentalnym znaczeniu zaliczany jest: zakaz naliczania i pobierania odsetek (*riba*) oraz zakaz wykorzystywania przewagi nad konkurentem, czy też wykorzystywania jego niewiedzy[41], a w konsekwencji zawierania niekorzystnego dla niego kontraktu (*gharar*)[42]. Głównym celem działania tych podmiotów jest walka z ubóstwem oraz zwiększanie dostępu do produktów finansowych dla osób ubogich.

[40] I. Ahmad, *Islamie Finance and Banking: The challenge of the 21st Century, in: Islamie Banking and Finance; The Concept, Te Practice and The Challenge, 1999, s. 8-16.*
[41] J. Adamek, *Gharar w świetle praw i wolności finansów islamskich,* [w:] red. Dziawgo L. *Współczesne Finanse Stan i Perspektywy Rozwoju Bankowości,* Toruń 2008, s. 227.
[42] A.S. Rosly, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets, Bloomington 2005,* s.

3.1. Podział zysków i strat

Zasada podziału zysków i strat (tzw. model PLS) w sposób najpełniejszy charakteryzuje specyficzne uregulowanie islamskich finansów. Przejawia się ona w produktach mikrofinansowych nazywanych *musharakah* i *mudarabah*[43]. Ich istotą jest to, że dwie lub więcej stron kontraktu składają swoje zasoby np. finansowe, rzeczowe w określonym przedsięwzięciu, a następnie dzielą się zyskami i stratami. W przypadku tego rodzaju kontraktu, finansujący nie jest traktowany jako pożyczkodawca, ale jako inwestor, który nie ma z góry określonego zysku, a który bierze udział zarówno w stracie jak i zysku, w zależności od powodzenia lub niepowodzenia przedsięwzięcia. Za ewentualne straty inwestujący odpowiada do wysokości wniesionego kapitału. W ekonomii islamskiej nie jest dopuszczalne, aby jeden kontrahent osiągnął zyska, a drugi poniósł stratę[44]. Islam zachęca muzułmanów do inwestowania pieniędzy i stawania się wspólnikami w celu podziału nie tylko zysków, ale i ryzyka. Według szariatu, islamski system finansowy jest oparty na przekonaniu, że zarówno pożyczkodawca, jak i pożyczkobiorca powinni równo dzielić ryzyko, które jest związane z każdym przedsięwzięciem. Scharakteryzowana zasada podziału zysków i strat ma znaczenie dla późniejszych zasad, m.in. wolności od odsetek oraz wolności od spekulacji.

3.2. *Gharar (wolność od spekulacji)*

Islamski rynek finansowy zakłada istnienie konkurencji jako naturalnej konsekwencji działalności różnych podmiotów finansowych. Święta księga muzułmanów dzieli konkurencję na dobrą i złą. Dobra polega na poprawie bytu nie tylko jednostki, ale całego społeczeństwa. Z kolei zła konkurencja oznacza bogacenie się jednego człowieka kosztem innych. Zatem wspólnym celem całego społeczeństwa powinno być w pierwszej kolejności działanie dla dobra ogółu, przysłużenie się rozwojowi społeczeństwa. W dalszej perspektywie winno być myślenie określonej jednostki o powiększaniu swojego majątku. Celem konkurencji jest pobudzanie poszczególnych jednostek do działania, a więc do wytwarzania nowych technik produkcji[45].

Zawieranie kontraktów w islamskim prawie ma ogromne znaczenie dla społeczeństwa. Fundamentem zawierania każdego kontraktu w Islamie powinno być wzajemne zaufanie stron zawierających umowę (tzw. *Gharar*). Podstawę tej zasady upatruje się w słowach Mahometa

[43] A. Khan, *Islamie Microfinance Theory, Policy and Practice,* Birmingham 2008, s. 15-20.
[44] I. Warde, *Islamie Finance in the Globar Economy,* Edinburgh 2001, s. 12-18.
[45] J. Adamek, *Gharar w świetle praw i wolności finansów islamskich,* [w:] red. Dziawgo L. *Współczesne Finanse Stan i Perspektywy Rozwoju Bankowości,* Toruń 2008, s. 227-229.

„wierzącym jest ten, komu inni ufają i mogą powierzyć siebie i swoje dobra”[46]. *Gharar* (inaczej *Khatar*) oznacza niepewność, ryzyko, zagrożenie oraz oszustwo. Celem tej zasady jest budowanie zaufania albowiem ono podtrzymuje istnienie rynków oraz zachęca do uczestnictwa w transakcjach. Koran potępia ludzi, którzy nie dochowują umów, tych którzy są nierzetelni i podstępni[47]. Należy wskazać, że brak jest enumeratywnego wyliczenia sytuacji, w których występuje *Gharar,* zaś jego istnienie jest zależne od okoliczności sytuacji.

3.3. *Riba (wolność od odsetek)*

Szerzenie dobroczynności przez muzułmanów ma swoją podstawę w dwóch instytucjach- *zakah i waqf.* Pierwsza oznacza dobroczynność o charakterze obligatoryjnym, będąca niestabilnym źródłem. Z kolei *waqf* oznacza korzyści pochodzące z fundacji, charakteryzujące się stałością i stabilnością.

Na gruncie islamskiego prawa finansowego funkcjonuje *riba*. Jest to charakterystyczna instytucja dla islamskich podmiotów mikrofinansowych, która oznacza zakaz uzyskiwania dodatkowych kwot bądź rzeczy o wartości przewyższającej udzieloną pożyczkę[48]. Instytucję tę można również rozumieć jako zakaz uzyskiwania jakiejkolwiek kwoty od wyłożonego kapitału, jeśli nie bierze się udziału w podziale ryzyka. Dosłownie oznacza ona lichwę, nadmiar, lub odsetki. Słowo to jest także tłumaczone jako wzrost sumy, która ma być zwrócona pożyczkodawcy, a w chwili zawierania umowy została wydana[49]. Szersze rozumienie pojęcia *riba* stanowi, że jest to działanie polegające na wykorzystaniu znajdującego się w gorszej sytuacji pożyczkobiorcy, w szczególności wykorzystanie jego niewiedzy, braku rozumienia postanowień umownych. Za podstawę tej zasady można przyjąć wskazanie w Koranie, że zamożni winni opiekować się biedniejszymi od siebie, powinni ich wspierać np. finansowo poprzez nie upominanie się o zwrot pożyczki lub wydłużenie czasu spłaty pożyczki[50]. Zgodnie z Koranem, działania muzułmanów powinny mieć charytatywny charakter, a nie odpłatny i nastawiony na osiągnięcie zysku.

3. Uwagi końcowe.

Sposób działania polskich banków oraz konwencjonalnych islamskich podmiotów finansowych (banków) należy uznać za podobne. W celu m.in. zapobieżenia szerzenia się

[46] Z. Iqbal, A. Mirakhor, *An Introduction to Islamie Finance. Theory and Practice,* Singapore 2007, s. 38-40.
[47] Koran 17:34.
[48] A. Habit, *Financing Microenterprises*, s. 59;
[49] J. Karwowski, *Uwagi na temat bankowości islamskiej,* Bank i Kredyt 2005, nr 9.
[50] F. Rahman, *Riba and interest,* Islamie Studiem 1964 s. 3-6.

ubóstwa, na gruncie islamskiego prawa finansowego funkcjonują jednocześnie także islamskie podmioty mikrofinansowe o odmiennym sposobie działania i celach w porównaniu z tradycyjnymi bankami.

Jako cechę polskiego systemu bankowego można wskazać stabilność albowiem jest nad nim sprawowany ciągły nadzór przez wyspecjalizowany organ administracji publicznej, a mianowicie przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Konwencjonalne islamskie podmioty finansowe działają na podstawie świeckiego programu, zaś ich sposób działania jest zbieżny z podmiotami finansowymi działającymi w kulturze zachodniej. Z kolei islamskie podmioty mikrofinansowe funkcjonują w odmienny sposób, gdyż realizują programy społeczne podporządkowane regułom religijnym przejawiającym się w tworzeniu kapitału społecznego, zgodnie z zasadą współodpowiedzialności za wynik przedsięwzięcia, wolności od spekulacji oraz odsetek. Podmioty mikrofinansowej są niejako instrumentem do walki z ubóstwem. Do najważniejszych zasad działania podmiotów mikrofinansowych należą *riba* oraz *gharar*.

Polskie zasady systemu bankowego są odmienne w porównaniu z zasadami funkcjonowania islamskich podmiotów mikrofinansowych. Na gruncie islamskiej bankowości nie ma Bankowego Funduszu Gwarancyjnego oraz organu sprawującego nadzór nad podmiotami finansowymi.

Nadto, zwrócić należy uwagę na odmienne źródła praw wskazanych zasad, w Polsce źródłem prawa bankowego jest przede wszystkim Konstytucja, ustawy oraz regulacje europejskie, które sumarycznie składają się na multicentryczność systemu źródeł prawa bankowego[51], zaś w krajach muzułmańskich źródłem tym jest Koran. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że ramy bankowości muzułmańskiej są wyznaczane przez religię, która w Polsce z kolei w żaden sposób nie wkracza w działania banków, regulacje są dokonywane wyłącznie przez ustawodawcę.

Na gruncie polskiego prawa bankowego ustawowo została ograniczona maksymalna wysokość odsetek, a pobranie wyższych odsetek bądź opłat, powoduje abuzywność poszczególnych postanowień umownych, co jest stwierdzane na drodze postępowania sądowego.

Podobieństwem w obu systemach jest to, że obie bankowości (muzułmańska jak i polska) stanowią część systemu finansowego, a konkretniej jeden z segmentów tego systemu. Cechą wspólną także traktowanie stabilności finansowej jako dobra wspólnego. Przy

[51] A. Bałaban, *Akty normatywne wewnętrznie obowiązujące,* [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce,* Warszawa 2012, s. 45-56.

zawieraniu kontraktów na gruncie prawa polskiego i islamskiego obowiązuje zasada zaufania, a także postulowana jest zasada przejrzystości umowy.

ABSTRAKT

Funkcjonowanie systemu bankowego, w każdym kraju ma zasadnicze znaczenie, z uwagi na to, że ma on wpływ na rozwój gospodarczy. Sektor bankowy funkcjonujący w Polsce należy uznać za stabilny, albowiem nadzór nad nim sprawuje Komisja Nadzoru Finansowego, a bezpieczeństwo depozytów zapewnia Bankowy Fundusz Gwarancyjny. Brak tych instytucji mógłby prowadzić do podejmowania działań sprzecznych z zasadami szeroko rozumianego prawa bankowego. Ubóstwo jest zjawiskiem powszechnym na całym świecie, w tym także w państwach islamskich. Aby uniknąć jego szerzenia się oraz ograniczenia wykluczenia finansowego stworzone zostały islamskie podmioty mikrofinansowe. Jednak jak wygląda ich sposób działania? Zasady funkcjonowania tych podmiotów mają podstawę w Koranie, czyli Świętej Księdze Islamu. Do głównych zasad działania tych podmiotów należy *riba, Gharar,* a także współdzielenie ryzyka. Zasady działania polskiego systemu bankowego oraz islamskiego systemu finansowego są zróżnicowane i wynikają z odmiennych źródeł prawa, a w konsekwencji polski system bankowy i islamskie podmioty finansowe mają więcej różnic aniżeli podobieństw.

Słowa kluczowe: system bankowy, riba, gharar, podmiot mikrofinansowy, Komisja Nadzoru Finansowego

Bibliografia

Adamek J., *Mikrofinanse islamskie- założenia, produkty, praktyka,* Warszawa 2010.

Ahmad I., Islamie Finance and Banking: The challenge of the 21st Century, in: Islamie

Al.- Kaber M., *Rynki finansowe i instytucje,* Białystok 2006.

Banking and Finance; The Concept, Te Practice and The Challenge, 1999.

Bajor B., *Spółka akcyjna jako forma prawonoorganizacyjna banku*, [w:] St.Prawn. 2001/3-4/19.

Bałaban A., *Akty normatywne wewnętrznie obowiązujące.* [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005.

Capiga M., Harasim J., Szustak G., *System bankowy w Polsce,* Warszawa 2005.

Daniluk D., *Regulacje i nadzór bankowy w Polsce,* Warszawa 1996.

Daniluk P., *Kompetencje nadzorcze Komisji Nadzoru Finansowego a kompetencje Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego,* Lublin 2020.

Dziawgo L. *Współczesne Finanse Stan i Perspektywy Rozwoju Bankowości*, Toruń 2008.

Fojcik- Mastalska E., Rutkowska- Tomaszewska E., *Bezpieczeństwo rynku finansowego,* Wrocław 2010.

Gonet W., Nadzór i kontrola w bankach spółdzielczych, W: PPP 2010/6/31-41**.**

Gliniecka J., System bankowy w regulacjach polskich i unijnych, Gdańsk 2004.

Głuchowski J., *System prawa finansowego. Prawo walutowe, prawo dewizowe, prawo rynku finansowego,* Kraków 2010.

Iqbal Z., Mirakhor A., *An Introduction to Islamie Finance. Theory and Practice,* Singapore 2007.

Jurkowska- Zeidler A., Nadolska A., *Wykład prawa rynku finansowego,* Gdańsk 2017.

Karwowski J., *Uwagi na temat bankowości islamskiej,* Bank i Kredyt 2005, nr 9.

Kaszubski R., *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego",* Zakamycze 2006.

Khan A., *Islamie Microfinance Theory, Policy and Practice,* Birmingham 2008.

Kidyba A., *Spółka akcyjna,* monografia Wrocław 2010.

Koran 17:34.

Narożny T., *Prawo bankowe,* Poznań 1998.

Rahman F., *Riba and interest,* Islamie Studiem 1964.

Radziszewski E., *Bank jako instytucja zaufania publicznego. Gwarancje prawne i instytucjonalne*, Warszawa 2013.

Rosly A.S., Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets, Bloomington 2005.

Szczęsny R., *Zarząd w spółkach kapitałowych,* Zakamycze 2004.

Shaikh Hamid A., *Philosophy and Practice of Islamic Economics and Finance*, Southern New Hampshire University, Working Paper 2006

Srokosz W., Czynności bankowe zastrzeżone dla banków, Wrocław 2003.

Warde I., *Islamie Finance in the Globar Economy,* Edinburgh 2001.

Wiktorzak A., *Komisja Nadzoru Finansowego jako organ nadzoru nad instytucjami sektora bankowego,* Katowice 2014.

Zawadzka P., *Modele nadzoru rynku finansowego,* Warszawa 2017.

Wykaz aktów prawnych

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997, nr 78, poz. 483.

Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny, Dz. U. z 2020 r., poz. 1740.

Ustawa z dnia 16 września 1983 r. Prawo spółdzielcze, Dz. U. z 2020 poz. 275.

Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, Dz. U. z 2020, poz. 2021.

Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, Dz. U. z 2020 r., poz. 1896.

Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2020 r., poz. 1526.

Ustawa z 21 lipca 2006 r., o nadzorze nad rynkiem finansowym, Dz. U. z 2020 r., poz. 2059.

Dominik Delczyk
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0002-7048-5125

Buddyzm w Konstytucji Królestwa Bhutanu

Buddhism in the Constitution of Kingdom of Bhutan

ABSTRACT

The article concerns the issue of the influence of Buddhism on the construction of the norms of the Constitution of the Kingdom of Bhutan of 2008. The study is of a legal nature. Both political solutions and issues related to the state symbolism of the Kingdom of Bhutan were analyzed. The article shows a possible way of interpreting the commented provisions, at the same time pointing to their axiological justification.

Keywords: Bhutan, Constitution, Buddhism, Druk Jul, Constitutionalism

Królestwo Bhutanu to azjatyckie państwo sąsiadujące z Chińską Republiką Ludową i Republiką Indii. Państwo to nazywane jest też Druk Jul co oznacza Królestwo Smoka. Kraj ten ma 38 394 km^2 powierzchni[1] i zamieszkiwany jest przez ok. 774 500 mieszkańców (dane na rok 2019)[2]. Stosownie do art. 1 ust. 2 Konstytucji Bhutan jest demokratyczną monarchią konstytucyjną. Obowiązująca obecnie, pierwsza w historii tego Państwa ustawa zasadnicza została uchwalona przez Królewski Rząd Bhutanu 18 lipca 2008 r. Jej wprowadzenie było efektem reform zapoczątkowanych przez panującego w latach 1972-2006 r. króla Jigme Singye Wangchucka[3]. Władca ten w 1998 r. położył kres monarchii absolutnej dokonując ograniczenia władzy królewskiej[4]. Wyposażył on parlament w prawo dokonania wyboru większości członków rządu (którzy jednak musieli zostać przez króla zaakceptowani) oraz w kompetencję

[1] T. Sangay, R. Rajaratnam, K. Vernes, *Wildlife camera trapping in the Himalayan kingdom of Bhutan with recommendations for the future* [w:] P. Fleming, P. Meek, P. Banks, G. Ballard, A. Claridge, S. Sanderson, D. Swann, *Camera Trapping: Wildlife Management and Research*, Collingwood 2013, s. 87.
[2] P. P. Karan, *Bhutan*, https://www.britannica.com/place/Bhutan [dostęp 3 stycznia 2020 r.].
[3] *27-letni król podpisał pierwszą konstytucję Bhutanu,* https://wiadomosci.wp.pl/27-letni-krol-podpisal-pierwsza-konstytucje-bhutanu-6032043002311809a [dostęp 3 stycznia 2020 r.].
[4] S. Sood, *Bhutan, 100 years of Wangchuck vision,* Noida 2008*,* s. 150.

do usunięcia monarchy z tronu większością 2/3 głosów[5]. W 2001 r. z jego inicjatywy powołany został Komitet ds. Opracowania Konstytucji. Reformy zapoczątkowane przez Jigme Singye Wangchucka zapoczątkowały okres przemian w Królestwie Bhutanu których kulminacyjnym momentem było uchwalenie w 2008 roku już za panowania Jigme Khesar Namgyel Wangchucka pierwszej w historii tego państwa Konstytucji[6]. Na co wskazuje się w piśmiennictwie jeszcze sprzed uchwalenia Konstytucji Królestwa Bhutanu, duży wpływ na wiele spośród funkjonujących w tym państwie instytucji miała kultura ukształtowana przez buddyjską szkołę Drukpa[7]. Twórcy konstytucji, konstruując jej normy z dużą wrażliwością potraktowali rolę Buddyzmu dla bhutańskiej historii i tożsamości narodowej[8]. Buddyzm jest religią dominująca[9] w Bhutanie od VIII w. n.e.[10]. Wyznaje go blisko 75% społeczeństwa[11] (dane z 2012 r.). Jak wynika z opublikowanych w 2009 r. badań przeprowadzonych opinii przeprowadzonych wśród Bhutańczyków[12] blisko 66,5 procent z nich uważa że buddyzm ma duży wpływ na ich życie a 33,1 procent, że ma wpływ częściowy wpływ, a jedynie 0,5 procent że nie ma wpływu. Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie jakie wpływ miał buddyzm na kształt Konstytucji Bhutanu z 2008 r.

Odwołania do buddyzmu w Konstytucji Bhutanu widoczne są już w preambule. Mowa w niej m.in. o trzech schronieniach (których przyjęcie jest pierwszym krokiem wejścia na buddyjską ścieżkę). Odwołania do buddyzmu lub związanych z nim wartości obecne są jednak również w poszczególnych jednostkach normatywnych w tym w przepisach dotyczących monarchy – Druka Gyalpo. Instytucja monarchy została uregulowana w art. 2 Konstytucji Królestwa Bhutanu. Zgodnie z ustępem pierwszym rzeczonego artykułu Druk Gyalpo jest głową państwa oraz symbolem jedności Bhutanu i ludu bhutańskiego. Przepis ten stanowi nawiązanie do umowy społecznej którą w 1907 roku pierwszy Druk Gyalpo Gongsar Ungyen

---

[5] *Król smok na tronie Bhutanu*, https://tvn24.pl/swiat/krol-smok-na-tronie-bhutanu-ra75916-3719050 [dostęp 3 stycznia 2021 r.].

[6] Konstytucja Królestwa Bhutanu z 18 lipca 2008 r.; dalej także jako Konstytucja Bhutanu lub Konstytucja

[7] T. Mathou, *The Politics of Bhutan: Change in Continuity* , „Journal of Bhutan studies" 2000 nr 2, s. 230

[8] R. W. Whitecross, *Buddhism and Constitutions in Bhutan*, [w:] R. Redwood French, M. A. Nathan, *Buddhism and Law: An introduction*, Cambridge University Press, New York 2014, s. 351.

[9] U. Drukort-Matiaszuk, *Bhutan. Mroczna tajemnica szczęścia. Co warto zobaczyć* https://turystyka.wp.pl/bhutan-mroczna-tajemnica-szczescia-co-warto-zobaczyc-6044400841593985a [dostęp 3 stycznia 2020 r.]; K. Bąk, *Bhutan. Kraj ludzi szczęśliwych*, https://www.krajoznawcy.info.pl/kraj-szczesliwych-ludzi-6702 [dostęp 3 stycznia 2020 r.].

[10] Global Investment & Business Center, *Bhutan. Country Study Guide Volume 1 Strategic Information and Developments*, International Business Publications, Washington DC 2012, s. 58.

[11] E. Sakowicz, *Religie Dalekiego Wschodu na tle pluralizmu religijnego Azji*, „Nurt SVD" 2012 nr 46, wyd.spec. s. 131.

[12] C. Rinzin, W. J. V. Vermeulen, M. J. Wassen, P. Glasbergen, *Nature Conservation and Human Well-Being in Bhutan. An Assessment of Local Community Perceptions*, „The Journal of Environment & Development" 2009 vol. 18, nr 2, s. 188.

Wangchuck zawarł z ludnością Bhutanu[13]. Tytuł Druk Gyalpo w języku dzongkha oznacza Króla Smoka. Jest to oficjalny tytuł monarszy. Artykuł 2 ust. 2 Konstytucji stanowi iż w osobie Druka Gyalpo zjednoczone jest Chhoe-sid-nyi Bhutanu, a Druk Gyalpo jako buddysta powinien być strażnikiem Chhoe-sid. Artykuł ten wpisuje się w wyrażoną w art. 3 ust. 1 Konstytucji zasadę iż buddyzm jest dziedzictwem duchowym Bhutanu. Na prierwszy rzut oka przepis ten sugerować może iż funkcję Druka Gyalpo pełnić może jedynie buddysta. Określenie zasad dziedziczenia tronu w art. 2 ust. 3 Konstytucji oraz niewymienienie konieczności bycia buddystą jako warunku wstąpienia na tron sugerować może jednak odmienną interpretację. Właściwsze wydaje się stwierdzenie iż użyty w art. 2 ust. 2 Konstytucji Królestwa Bhutanu sformułowanie "Druk Gyalpo jako buddysta powinien być strażnikiem Chhoe-sid" określa obowiązek monarchy do bycia strażnikiem Chhoe-sid, co z uwagi na duchowy wymiar Chhoe-sid możliwe jest tylko wówczas gdy jest on buddystą. Poprawna wydaje się zatem interpretacja zgodnie z którą teoretycznie monarchą bhutańskim może być niebuddysta, jednak wówczas nie może on realizować konstytucyjnego obowiązku ochrony Chhoe sin co może być postrzegane jako naruszenie konstytucji przez monarchę. Nie powoduje ono jego "automatycznej" detronizacji choć może być przesłanką do wszczęcia procedury odwołania monarchy. Aby wniosek o detronizację mógł być procedowany musi on zgodnie z art. 2 ust. 21 Konstytucji zostać złożony przez 2/3 członków parlamentu motywujących go umyślnym złamaniem przez monarchę Konstytucji lub niepełnosprawnością umysłową. Monarcha ma prawo odpowiedzi na stawiane wobec niego zarzuty. Aby usunąć Druka Gyalpo z tronu wniosek taki powinien uzyskać aprobatę 3/4 członków parlamentu oraz zostać zatwierdzonym w ogólnonarodowym referendum. Warto zaznaczyć iż zgodnie z art. 2 ust. 6 Konstytucji Druk Gyalpo powinien także abdykować po osiągnięciu wieku 65 lat. Wracając do samej treści artykułu 2 ust. 2 Konstytucji Królestwa Bhutanu, pozwala on na postawienie tezy, że w państwie istnieje system rządów który można określić mianem diarchii. Nie jest to jednak diarchia w rozumieniu europejskim, kojarzonym z systemem rządów Księstwa Andory, lecz tradycyjny tybetański system zgodnie z którym Desi (słowo to można rozumieć jako czasowy władca) koegzystuje z metafizycznym autorytetem państwa w zjednoczeniu w osobie monarchy. W bhutańskim hymnie, którego tekst stanowi załącznik drugi do Konstytucji Druk Gyalpo nazywany jest obrońcą, który rządzi królestwem duchowych i świeckich tradycji. Regulacje konstytucyjne zobowiązujące monarchę do bycia Buddystą nie są wyłączną cechą Konstytucji Bhutanu

[13] L. Sonam Tobgye, *The Constitution of Bhutan: Principles and Philosophies,* Thimpu 2015 s. 42.

– podobna norma znajduje się w Konstytucji Królestwa Tajlandii z 6 kwietnia 2017 r.[14]

Tron w Królestwie Bhutnu jest dziedziczny. Drukiem Gyalpo zostać może tylko dziecko urodzone w związku małżeńskim. O kolejności dziedziczenia decyduje starszeństwo, a książęta mają pierwszeństwo przed księżniczkami. Zgodnie z art. 2 ust. 3 lit. b Konstytucji na monarsze ciąży jednak „święty obowiązek" wyboru na następcę tronu odpowiedniejszego księcia lub księżniczki jeżeli osoba która miałaby objąć tron według zasady starszeństwa posiadała dyskredytujące ją wady. Stosownie do art. 2 ust. 3 lit. c Konstytucji jeżeli w momencie zgonu Druka Gyalpo królowa była w ciąży, a monarcha nie posiadał innego dziedzica, tron należy się pogrobowcowi. W braku potomków monarchy (urodzonych bądź będących nasciturusami) królewski tytuł dziedziczony jest w najbliższej linii bocznej według zasady starszeństwa. Prawa do tronu nie przechodzą na dzieci niepełnosprawne fizycznie lub psychicznie, a także na osoby które zawarły związek małżeński z osobą która nie posiada obywatelstwa Bhutanu od urodzenia. Zasada zgodnie z którą książęta mają pierwszeństwo do tronu przed księżniczkami odróżnia przepisy dotyczące następstwa tronu od wprowadzonej w 1995 r. poprawki do ustawy o małżeństwach z 1980 r.[15] gwarantujących dzieciom obydwu płci równe prawo do dziedziczenia. Aksjologia przyjęta przez prawodawcę konstytucyjnego oparta została na tradycji dotyczącej dziedziczenia tronu. Tradycja ta różni się od innej bhutańskiej tradycji zgodnie z którą to kobiety miały uprzywilejowaną pozycję przy dziedziczeniu m.in. nieruchomości[16].

Zgodnie z 3 ust. 1 Konstytucji buddyzm jest duchowym dziedzictwem Bhutanu promującym wartości i zasady takie jak nie stosowanie przemocy, współczucie oraz tolerancja. Wymienione podobnie jak szacunek do innych stanowią aksjologiczną podstawę kształtującą buddyjskie postawy życiowe[17]. Użyte w przedmiotowym ustępie pojęcie duchowego dziedzictwa Bhutanu występuje również w art. 3 ust. 3 Konstytucji zgodnie z którym wszystkie

---

[14] Konstytucja Królestwa Tajlandii, OMDET PHRA PARAMINTHARAMAHA BHUMIBOL ADULYADEJ SAYAMMINTHARATHIRAT BOROMMANATTHABOPHIT uchwalona 24 dnia sierpnia 2550 roku ery buddyjskiej.

[15] Taraya Fundation, *Alternative Report for Bhutan. For the Committee on the Elimination of Discrimination against Women 44th CEDAW Session, 2009,* Chubachu, Thim Throm, Thimphu 2009, s. 7, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/BTN/INT_CEDAW_NGO_BTN_44_8208_E.pdf [dostęp 3 stycznia 2021 r.].

[16] *Ibidem*, s. 2, 6-7, [dostęp 3 stycznia 2021 r.]; Royal Government of Bhutan National Commission for Women and Children Social Development Team, South Asia Region, World Bank AusAID, *The World Bank Group. Bhutan Gender Policy Note. 6-10-2013*, s. 4, https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/16737/ACS45510PNT0P10Box0379884B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp 3 stycznia 2021 r.]; A. Pain, P. Deki, *The Matrilineal Inheritance of Land in Bhutan*, „Contemporary South Asia" 2004 nr 4, s. 421-435.

[17] K. Slovenko, *Buddyzm a kształtowanie postaw życiowych – perspektywa wychowawczo-społeczna*, „Kultura i Edukacja" 2009 nr 1, s. 66.

religie, instytucje i osoby są odpowiedzialne za jego promocję. Przepis ten stanowi także o separacji religii i polityki oraz pozostawaniu przez instytucje i osobistości religijne ponad polityką. Zgodnie z art. 3 ust. 2 Konstytucji monarcha otacza swoją protekcją wszystkie religie. Artykuł 3 Konstytucji stanowi balans pomiędzy wolnością wyznania, a ochroną dziedzictwa kulturowego państwa którym jest buddyzm[18]. Artykuł ten, jak się wydaje pozwala na funkcjonowanie na terenie państwa kościołów i związków wyznaniowych jedynie wówczas, gdy promują one wymienione art. 3 w ust. 1 buddyjskie zasady i wartości. Ich uniwersalny charakter, pozwalający wywieść je także z innych niż buddyzm źródeł, pozwala na niekwalifikowanie przedmiotowego ograniczenia jako stanowiącego zagrożenie dla wolności religijnej. Przemawia za nim bowiem również potrzeba zapewnienia ładu społecznego. Nie stosowanie przemocy, okazywanie współczucia oraz tolerancja znajdują oparcie nie tylko w nauce wielu religii, lecz również w prawach człowieka. Artykuł 9 ust. 20 Konstytucji stanowi o tym, że państwo dążyć będzie do stworzenia warunków które pozwolą na rozwój w społeczeństwie dobra i współczucia które zakorzenione są w buddyzmie oraz uniwersalnych wartościach ludzkich. Wymienione w konstytucji współczucie w filozofii buddyjskiej stanowi przeciwieństwo nienawiści wzajemnie się z nią wykluczające[19]. Nie stosowanie przemocy silnie ukorzenione jest w idei zwanej ahnisa zgodnie z którą nie powinno się zabijać ludzi, zwierząt (w tym owadów) ani bez powodu niszczyć roślin. Przedmiotowa zasada wyrażona jest w pierwszym spośród wskazań buddyjskich zobowiązujących do powstrzymywania się od odbierania życia. Tolerancja stanowi jedną z esencji buddyzmu – religia ta zakłada że ludzie zamiast na sporach o pojęcia powinni skoncentrować się na wyzwoleniu z cierpienia[20]. *De lege ferenda* można postulować, by na funkcjonujących w Bhutanie organizacja oraz osobowościach religijnych nie tyle ciążył obowiązek promocji przedmiotowych wartości, co zakaz promowania wartości z nimi sprzecznych. Ewentualna interpretacja zgodnie z którą skoro dziedzictwem kulturowym Bhutanu jest buddyzm a art. 3 ust. 3 stanowi o obowiązku promocji tegoż dziedzictwa to obowiązkiem każdej organizacji religijnej jest promocja buddyzmu jako religii byłaby sprzeczna z art. 3 ust. 2 Konstytucji zgonie z którym wszystkie religie Bhutanu są chronione przez Druka Gyalpo i tym samym Konstytucja byłaby wewnętrznie sprzeczna. O promocji

[18] *A Guide to the Constitution ofthe Kingdom of Bhutan*, http://www.judiciary.gov.bt/education/high%20court%20book.pdf [dostęp 3 stycznia 2021 r.].

[19] Sangharakshita, *Dziesięć filarów buddyzmu*, http://www.buddyzm.info.pl/wp-content/uploads/2016/12/Dziesi%C4%99%C4%87-filar%C3%B3w-buddyzmu-Sangharakszita.pdf [dostęp 3 stycznia 2020 r.], s. 54.

[20] J. Kotas, *Niektóre aspekty buddyjskie ścieżki jako sposób budowania więzi ze światemj*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe" 2004 nr 1, s. 181.

i ochronie przez państwo dziedzictwa kulturowego w tym religii stanowi natomiast art. 4 Konstytucji (w art. 4 ust. 1 Konstytucji religia została wymieniona *expresis verbis*). O konieczności ochrony dziedzictwa kulturowego przez obywateli stanowi art. 8 ust. 1 Konstytucji. Regulacjami podkreślającymi silne związki państwa z buddyzmem mimo formalnej separacji religii i polityki (o której stanowi z art. 3 ust. 2 Konstytucji) są ustępy 4, 5, 6 artykułu 3 stanowiące one o kluczowych buddyjskich funkcjach religijnych w kraju oraz sposobie powoływania na nie oraz art. 3 ust. 7 Konstytucji gwarantujący finansowanie Zhung Dratshang – centalnego monastyru z budżetu państwa. Podkreślenia wymaga iż to Druk Gyalpo na wniosek 5 loponów (nauczycieli) zgodnie z art. 3 ust. 4 Konstytucji mianuje Jego Świątobliwość Je Khnepo – określanego niekiedy mianem lidera tamtejszego buddyzmu[21] przełożonego Centralnego Organu Monastycznego Bhutanu - Zhung Dratshang.

Artykuł 5 bhutańskiej Konstytucji dotyczy ochrony środowiska. Polityka Bhutanu dotycząca środowiska (mimo, że expresis verbis nie zostało to wyrażone w art. 5 Konstytucji) oparta jest na buddyjskiej nauce zgodnie z którą natura i ludzie nie tylko żyją w symbiozie, ale są ze sobą nierozdzielni[22]. Ochrona przyrody stanowi niezwykle istotny aspekt Buddyzmu[23]. Żyjący w latach 1906-1993 mnich buddyjski Buddhadasa Bhikkhu uważany za twórcę tzw. szkoły dzikiej przyrody, będącej jedną z buddyjskich szkół twierdził, że niszcząc dziką przyrodę człowiek walczy z prawdą, a zachowanie jej jest istotną częścią nauki człowieka[24]. Przyroda jest dla buddystów nie tylko godnym szacunku układem którego częścią się czują, lecz również źródłem radości, witalności i wytchnienia, a niekiedy także stanowiącym źródło inspiracji miejscem kontemplacji[25]. Blisko 71,4 procent Bhutańczyków uważa że ich osobisty stosunek do ochrony środowiska można ukształtowany został przez buddyzm[26]. Zawarcie w konstytucji norm proekologicznych jest zatem silnie zakorzenione w religii i kulturze. Funkcjonowanie przedmiotowych norm w najważniejszym akcie normatywnym w kraju stanowi element łączący tradycję z nowoczesnością. Wpisują się one w panującą obecnie globalną tendencję do promowania postaw dbałości o środowisko naturalne. Normy dotyczące ochrony środowiska występują w wielu współczesnych konstytucjach, również w państwach

[21] P. Borecki, *Znamiona państwa wyznaniowego. Uwagi na kanwie dorobku współczesnego konstytucjonalizmu,* „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2017 nr 20, s. 50.
[22] E. Jabłońska, *Bhutan – droga ku demokracji*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego Studia i Prace/ Szkoła Główna Handlowa" 2014 nr 1, s. 177.
[23] Zob. P. Sahni, *Environmental Ethics in Buddhism: A Virtues Approach*, Routledge, New York 2008, *passim*.
[24] J. Korbel, *Buddyjski pogląd na ochronę przyrody*, „Dzikie życie" 2019 nr 3, https://dzikiezycie.pl/archiwum/2019/marzec-2019/buddyjski-poglad-na-ochrone-przyrody [dostęp 3 stycznia 2021 r.].
[25] K. Slovenko, *Buddyzm…op.cit*., s. 73.
[26] C. Rinzin, W. J. V. Vermeulen, M. J. Wassen, P. Glasbergen, Nature…*op.cit*., s. 188.

z innych niż Bhutan kręgów kulturowych. Przykładem może być np. art. 74 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[27].

Silne wpływy buddyzmu widoczne są także w Bhutańskiej symbolice narodowej. Jak można przeczytać w pierwszym załączniku do Konstytucji żółta część flagi państwowej symbolizuje świecką tradycję, jego Królewską Wysokość Druka Gyalpo, jego szlachetne działania oraz to, że uosabia on tak świecki jak i duchowy wymiar Królestwa. Część pomarańczowa symbolizuje tradycje duchowe oraz rozkwit nauk buddyjskich w tym w szczególności tradycji Kagyu i Nyingma. Biały smok symbolizuje nieskalane myśli ludzi ich lojalność, patriotyzm oraz przynależność do Królestwa pomimo istniejących między nimi różnic etnicznych i kulturowych. Symbolizuje on także nazwę królestwa[28] obdarzoną tradycjami świecką i duchową. Rytuały występujące w Bhutańskiej tradycji buddyjskiej uważane są za unikalne. Choć znaczna część rytualnych tekstów wypowiadanych w Bhutanie występuje również w innych tradycjach buddyjskich, wykorzystywane podczas rytuałów instrumenty muzyczne jak i kadencja muzyczna oraz melodia stanowią charakterystyczny element tradycji bhutańskiej odróżniający ją od innych tradycji[29]. Smoki oraz smokopodobne, choć nie uznawane za smoki nagi występują w tybetańskiej mitologii buddyjskiej[30]. O ile nagi są w buddyzmie tybetańskim sprawcami chorób i nieszczęść, o tyle smoki są w nim uznawane za obrońców buddyzmu, a ich głos za budzący ludzi z omamienia[31].

Buddyzm niebagatelny wpływ miał również na godło państwowe Bhutanu, co prawodawca Konstytucyjny sam przyznaje. Wygląd godła, podobnie jak flagi państwowej uregulowany został w pierwszym załączniku do Konstytucji. W centralnej części okrągłego, czerwonego godła umieszczone są dwie skrzyżowane wadżry nad lotosem. Po obu ich stronach znajdują się smoki[32]. Ponad nimi natomiast umiejscowiony jest spełniający życzenia klejnot. Oprócz nich w herbie, wewnątrz kręgu w którym krzyżują się wadżry znajdują się jeszcze cztery inne klejnoty.

Podsumowując Konstytucja Królestwa Bhutanu z 2008 r. jest aktem normatywnym,

---

[27] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 Nr 78, poz. 483).

[28] Jak zostało wspomniane we wstępie oficjalna nazwa państwa w języku dzongkha འབྲུག་ཡུལ་ - Druk Jul oznacza Królestwo Smoka.

[29] G. Dorji, *The Lho-Druk tradition of Bhutan*, [w:] D. Karma Ura, D. Chophel, *Buddhism Without Borders. Proceedings of the International Conference on Globalized Buddhism,* The Centre of Bhutan Studies, Bumthang, 2012, s. 188.

[30] B. O'Brien, *Dragons in Buddhism. Great Serpents of Buddhist Art and Literature*, https://www.learnreligions.com/dragons-449955 [dostęp 3 stycznia 2020 r.].

31 *Ibidem*, [dostęp 3 stycznia 2020 r.].

[32] Konstytucja stanowi, że są to samiec i samica, choć na oficjalnym herbie nie sposób dostrzec różnic anatomicznych między nimi.

wielokrotnie odwołującym się do buddyzmu oraz związanych z nim zasad i wartości. Mocny akcent położony na ich ochronę stanowi jej cechę charakterystyczną. Przyczyn dla których Bhutański prawodawca zdecydował się na nadanie Konstytucji takiego kształtu upatrywać należy w przywiązaniu bhutańskiego społeczeństwa do tradycyjnych wartości, lecz również, a może i przede wszystkim w roli buddyzmu dla tożsamości narodowej Bhutańczyków. Mimo, filozoficzno-religijnego pochodzenie wielu spośród wyrażonych w Konstytucji Bhutanu norm znaczna część z nich ma znaczenie uniwersalne i mogłaby zostać wywiedziona również z pozabuddyjskich systemów wartości – dotyczy to np. ochrony środowiska naturalnego.

ABSTRAKT:

Artykuł dotyczy zagadnienia wpływu Buddyzmu na kształt norm Konstytucji Królestwa Bhutanu z 2008 r. Opracowanie ma charakter prawniczy. Analizie poddane zostały zarowno rozwiązania ustrojowe, jak i kwestie związane z symboliką państwową Królestwa Bhutanu. Artykuł ukazuje możliwy sposób interpretacji komentowanych przepisów jednocześnie wskazujac na ich aksjologiczne uzasadnienie.

Słowa kluczowe: Bhutan, Konstytucja, Buddyzm, Druk Jul, konstytucjonalizm

Bibliografia

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 Nr 78, poz. 483);
Konstytucja Królestwa Bhutanu z 18 lipca 2008 r.;
Konstytucja Królestwa Tajlandii, OMDET PHRA PARAMINTHARAMAHA BHUMIBOL ADULYADEJ SAYAMMINTHARATHIRAT BOROMMANATTHABOPHIT uchwalona 24 dnia sierpnia 2550 roku ery buddyjskiej;
Bąk K., *Bhutan. Kraj ludzi szczęśliwych*, https://www.krajoznawcy.info.pl/kraj-szczesliwych-ludzi-6702 [dostęp 3 stycznia 2020 r.];
Borecki P., *Znamiona państwa wyznaniowego. Uwagi na kanwie dorobku współczesnego konstytucjonalizmu,* „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2017 nr 20;
Dorji G., *The Lho-Druk tradition of Bhutan*, [w:] Karma Ura D., Chophel D., *Buddhism Without Borders. Proceedings of the International Conference on Globalized Buddhism,* The Centre of Bhutan Studies, Bumthang, 2012;

Drukort-Matiaszuk U., *Bhutan. Mroczna tajemnica szczęścia. Co warto zobaczyć* https://turystyka.wp.pl/bhutan-mroczna-tajemnica-szczescia-co-warto-zobaczyc-6044400841593985a [dostęp 3 stycznia 2020 r.];

Global Investment & Business Center, *Bhutan. Country Study Guide Volume 1 Strategic Information and Developments*, International Business Publications, Washington DC 2012;

Jabłońska E., *Bhutan – droga ku demokracji*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego Studia i Prace/ Szkoła Główna Handlowa" 2014 nr 1;

Karan P. P., *Bhutan*, https://www.britannica.com/place/Bhutan [dostęp 3 stycznia 2020 r.];

Korbel J., *Buddyjski pogląd na ochronę przyrody*, „Dzikie życie" 2019 nr 3, https://dzikiezycie.pl/archiwum/2019/marzec-2019/buddyjski-poglad-na-ochrone-przyrody [dostęp 3 stycznia 2021 r.];

Kotas J., *Niektóre aspekty buddyjskie ścieżki jako sposób budowania więzi ze światemj*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe" 2004 nr 1;

Mathou T., *The Politics of Bhutan: Change in Continuity* , „Journal of Bhutan studies" 2000 nr 2;

O'Brien B., *Dragons in Buddhism. Great Serpents of Buddhist Art and Literature*, https://www.learnreligions.com/dragons-449955 [dostęp 3 stycznia 2020 r.];

Pain A., Deki P., *The Matrilineal Inheritance of Land in Bhutan*, „Contemporary South Asia" 2004 nr 4;

Rinzin C., Vermeulen W. J. V., Wassen M. J., Glasbergen P., *Nature Conservation and Human Well-Being in Bhutan. An Assessment of Local Community Perceptions*, „The Journal of Environment & Development" 2009 vol. 18, nr 2;

Sahni P., *Environmental Ethics in Buddhism: A Virtues Approach*, Routledge, New York 2008;

Sakowicz E., *Religie Dalekiego Wschodu na tle pluralizmu religijnego Azji*, „Nurt SVD" 2012 nr 46, wyd.spec.;

Sangay T., Rajaratnam R., Vernes K., *Wildlife camera trapping in the Himalayan kingdom of Bhutan with recommendations for the future* [w:] Fleming P., Meek P., Banks P., Ballard G., Claridge A., Sanderson S., Swann D., *Camera Trapping: Wildlife Management and Research*, Collingwood 2013;

Sangharakshita, *Dziesięć filarów buddyzmu*, http://www.buddyzm.info.pl/wp-content/uploads/2016/12/Dziesi%C4%99%C4%87-filar%C3%B3w-buddyzmu-Sangharakszita.pdf [dostęp 3 stycznia 2020 r.];

Slovenko K., *Buddyzm a kształtowanie postaw życiowych – perspektywa wychowawczo-społeczna*, „Kultura i Edukacja" 2009 nr 1;

Sood S., *Bhutan, 100 years of Wangchuck vision,* Noida 2008;

Taraya Fundation, *Alternative Report for Bhutan. For the Committee on the Elimination of Discrimination against Women 44th CEDAW Session, 2009,* Chubachu, Thim Throm, Thimphu 2009

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/BTN/INT_CEDAW_NGO_BTN_44_8208_E.pdf [dostęp 3 stycznia 2021 r.];

Whitecross R. W., *Buddhism and Constitutions in Bhutan*, [w:] Redwood French R., Nathan M. A., *Buddhism and Law: An introduction*, Cambridge University Press, New York 2014;

27-letni król podpisał pierwszą konstytucję Bhutanu, https://wiadomosci.wp.pl/27-letni-krol-podpisal-pierwsza-konstytucje-bhutanu-6032043002311809a [dostęp 3 stycznia 2020 r.];

A Guide to the Constitution ofthe Kingdom of Bhutan, http://www.judiciary.gov.bt/education/high%20court%20book.pdf [dostęp 3 stycznia 2021 r.];

Król smok na tronie Bhutanu, https://tvn24.pl/swiat/krol-smok-na-tronie-bhutanu-ra75916-3719050 [dostęp 3 stycznia 2021 r.];

Royal Government of Bhutan National Commission for Women and Children Social Development Team, South Asia Region, World Bank AusAID, *The World Bank Group. Bhutan Gender Policy Note. 6-10-2013*, https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/16737/ACS45510PNT0P10Box0379884B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp 3 stycznia 2021 r.];

Część II.Varia

Weronika Kundera
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0003-0949-6930

Prawa jednostki w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec

Fundamental Rights in the Constitution of the Republic of Poland and in the Basic Law of the Federal Republic of Germany

ABSTRACT

The purpose of the article is to compare regulations regarding fundamental rights in the Polish Constitution and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. Human rights are natural, innate and unchanged rights that everyone can demand to be respected by the society in which they live. The Constitution of the Republic of Poland devotes 45 articles to them, while the German one 19. The differences in numbers are the result of the fact that the German Constitution of 1949 was only valid until the unification of Germany, and therefore limited rights of the individual in a limited way. The Polish Constitution, adopted in 1997, took over some of the solutions from the German Basic Law, including fully incorporated the article on the issue of human dignity. As a later one, it contains new laws that were omitted from the German Constitution, including the right to protection of personal data, prohibition of medical experiments, without voluntary consent, consumer protection. The German Constitution does not devote any of its articles to the protection of national minorities. It also did not guarantee that the war crimes and crimes against humanity would not be time-barred or that safe and hygienic working conditions would be provided. Some fundamental rights, although appearing in both Constitutions, have been regulated differently, e.g. children's rights. Unification of fundamental rights is guaranteed, however, by international agreements signed by both countries, including Universal Declaration of Human Rights of 1948. Although the Basic Law of Germany narrows the fundamental rights of the individual to the constitution of the Republic of Poland, German law is one of those legal systems that has the greatest impact on shaping legislation in other countries.

Keywords: The Constitution of the Republic of Poland, the Basic Law of the Federal Republic of Germany, fundamental rights, obligations of citizens towards the state.

Prawa człowieka są to naturalne, wrodzone i niezmienialne prawa, których respektowania może domagać się każdy od społeczeństwa, w którym żyje. Rozpoznać je można dzięki generalnemu ujęciu adresatów w poszczególnych artykułach ustawy zasadniczej: „każdy ma prawo", „każdemu zapewnia się" ect. Wśród nich znajdują się prawa obywatelskie, z których korzystają wyłącznie obywatele danego kraju. Celem artykułu jest przedstawienie i porównanie zakresu praw jednostki zawartych w konstytucjach Polski i Niemiec.

W konstytucjach państw europejskich wyróżnia się trzy generacje praw człowieka. Pierwsze to prawa i wolności osobiste, zwane też prawami egzystencjalnymi lub podstawowymi. Są one nierozerwalnie związane z człowiekiem, a tym samym niezbywalne. Należą do nich: prawo do życia, zakaz eksperymentów naukowych przeprowadzanych bez zgody poddanej im osoby, zakaz tortur, okrutnego, nieludzkiego traktowania lub karania, stosowania kar cielesnych, prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia, do decydowania o swoim życiu osobistym, prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie ze swymi przekonaniami, wolność komunikowania się, nienaruszalność mieszkania, ochrona informacji dotyczących danej osoby, wolność poruszania się, w tym wyboru miejsca zamieszkania i pobytu, wolność sumienia i religii, prawo do wyrażania własnych poglądów i pozyskiwania informacji, wolność osobista, w tym nietykalność osobista, prawo do humanitarnego traktowania, do informacji o przyczynach zatrzymania, do odszkodowania za bezprawne zatrzymanie i pozbawienie wolności, prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, dokonane przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd.

Druga generacja obejmuje prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne. Służą one zabezpieczeniu socjalnemu i materialnemu człowieka. Należą do nich: prawo własności, wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, prawo do zabezpieczenia społecznego, do ochrony zdrowia, prawo osób niepełnosprawnych do ochrony, prawo do nauki i ochrony rodziny, ochrona praw dziecka.

Trzecią generację stanowią prawa i wolności polityczne. Gwarantują one jednostce udział w życiu publicznym. Zaliczają się do nich: czynne i bierne prawo wyborcze, wolność zgromadzeń, wolność zrzeszania się, prawo dostępu do służby publicznej dla obywateli, prawo do uzyskania informacji publicznej. Innymi prawami przysługującymi każdemu człowiekowi jest prawo do pokoju, do czystego środowiska, do udziału we wspólnym dziedzictwie

ludzkości. Na każdym państwie spoczywa obowiązek zapewnienia przestrzegania praw podstawowych. W preambule Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. wskazano: *że ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości (...).* Gwarancję ich przestrzegania daje również art. 7, który wskazuje, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Zgodnie z art. 37 ust. 1 „ kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji". Konstytucja Niemiecka z 23 maja 1949 r. podkreśla także rangę praw podstawowych. Zgodnie z jej art.1 ust. 2 Naród niemiecki uznaje nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie. Ustęp 3 tego artykułu wskazuje, że prawa podstawowe jako prawa bezpośrednio obowiązujące, wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą oraz wymiar sprawiedliwości[1]. Państwo nie tylko ma obowiązek powstrzymania się od ingerencji w pewne prawa jednostki (np. w wolność sumienia i wyznania, w swobodę wyrażania poglądów), lecz musi aktywnie działać na rzecz realizacji tych praw, m.in. organizować szkoły.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (RP) prawom podstawowym poświęca 45 artykułów. Zostały one zapisane w rozdziale drugim - „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela". Ustrojodawca wyraźnie wyróżnił prawa i wolności osobiste (art. 38 - 56), prawa i wolności polityczne (art. 57 – 63) oraz prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne (art. 64 – 78). Obowiązki obywateli wobec państwa uregulował natomiast w art. 82 - 86. Omówienie poszczególnych praw poprzedzają tzw. zasady ogólne (art. 30 - 37), czyli przewodnie idee, które określają podmiotowy zakres zastosowania praw i wolności. Należą do nich zasada godności człowieka (art. 30), zasada wolności (art. 31) oraz zasada równości (art. 32)[2]. Zgodnie z nimi interpretowane muszą być wszystkie postanowienia Konstytucji. Ustawa Zasadnicza Niemiec (UZ) reguluje prawa podstawowe w swym rozdziale I, czyniąc to w 19 artykułach. Odmiennie niż Konstytucja RP nie wyróżnia poszczególnych generacji praw człowieka i obywatela oraz ani zasad w osobnych punktach. Obok praw wymienia obowiązki obywateli wobec państwa. Powszechnie uznaje się, że prawa zawarte poza tym rozdziałem nie mają charakteru praw podstawowych, a jedynie „praw podobnych do podstawowych"[3].

---

[1] B. Banaszak, A. Malicka (tłum.) *Konstytucja Niemiec*, Warszawa 2008, strona: http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html, (dostęp: 03.06.2020 r.).
[2] L. Garlicki, *Polskie prawo Konstytucyjne. Zarys wykładu,* Warszawa 2018, s. 107.
[3] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004, s. 453.

Prawa podstawowe nie mają charakteru nieograniczonego. Polska ustawa zasadnicza przyjmuje, że ich ograniczenia mogą wynikać tylko z ustawy i być ustanowione dla ochrony jednej z następujących wartości: bezpieczeństwa publicznego, środowiska, zdrowia publicznego, moralności publicznej, wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji Polskiej). Konstytucja Niemiecka zakłada, że ograniczenia praw podstawowych mogą być wprowadzone wyłącznie w drodze ustawy i nie mogą naruszać istoty tych praw i wolności (tzw. *Wesengehalt*, o czym stanowi art. 19 ust. 2 Konstytucji Niemieckiej). W przeciwieństwie do polskiej ustawy zasadniczej, nie zawiera przesłanek ograniczenia tego prawa w jednym artykule. Przy każdym z praw określa warunki jego ograniczenia, tak jak np. potrzebę ochrony wolnościowego i demokratycznego ustroju, ochronę istnienia lub zabezpieczenia Federacji lub któregoś z krajów związkowych przy ograniczeniu tajemnicy korespondencji (art. 10 ust. 2)[4].

Jednostka, której konstytucyjne prawa i wolności zostały naruszone, po wyczerpaniu wszystkich środków odwoławczych, może wnieść skargę odpowiednio do polskiego lub niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (skarga konstytucyjna), celem zbadania zgodności aktów prawnych z zagwarantowanymi w konstytucji prawami. Stwierdzenie niezgodności skutkuje utratą mocy obowiązującej danego aktu lub jego przepisu.

Prawa jednostki w Konstytucji RP

Pierwszą zasadą omówioną w konstytucji jest zasada godności wyrażona w art. 30, stanowiącym, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Godność (gr. *axioma,* łac. *dignitas humana*) to cześć i dobre imię człowieka. Obowiązkiem władz publicznych jest poszanowanie i ochrona godności każdego, niezależnie od pochodzenia narodowego i wyznawanej religii. Przyznanie godności człowiekowi stanowi podstawę uznania jego podmiotowości[5]. Z godności człowieka wynika prawo do wolności, wyrażone w art. 31 konstytucji - wolność człowieka podlega ochronie prawnej (ust. 1). Każdy jest zobowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje (ust. 2). Każdemu przysługuje wolność działania wszędzie tam, gdzie prawo nie wprowadza zakazów[6]. Ograniczenie wolności i praw może wynikać jedynie z ustawy i warunkują je względy bezpieczeństwa lub porządku

[4] https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/ppk/08/ppk808.pdf, (dostęp: 08.10.2018 r.).
[5] Przysługuje ona każdemu od dnia urodzenia do dnia śmierci (Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 listopada 2000r. P 12/99, OTK 2000, 7, poz. 260, „człowiek posiada godność z racji urodzenia się człowiekiem". M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP,* Tom I, Komentarz art. 1-86, Warszawa 2016, s. 80.
[6] Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 7 września 2012 r., Sygn. akt VI GA 118/12.

publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, których istoty ograniczenia nie mogą naruszać (ust. 3).

Szczególne znaczenie ma art. 38 Konstytucji, zapewniający każdemu obywatelowi, niezależnie od jego pochodzenia narodowo-etnicznego prawo do życia. Obowiązek państwa oznacza ochronę przed bezprawnym pozbawieniem egzystencji, która obejmuje również zakaz aborcji, sterylizacji i eutanazji. Ochronę życia uzupełniają art. 43, wyłączający zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości spod zasady przedawnienia przestępstw, art. 39 wprowadzający zakaz medycznych eksperymentów naukowych i naruszenia integralności cielesnej bez zgody pacjenta i art. 40 zakazujący tortur i nieludzkiego, poniżającego traktowania i karania człowieka.

Z ochroną życia łączy się ochrona zdrowia. W art. 68 Konstytucja zapewnia każdemu obywatelowi równy dostęp do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych. Pojęcie „świadczenia" jest szeroko ujęte i obejmuje oprócz opieki medycznej, obowiązek stworzenia systemu tej opieki, zapobieganie negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska naturalnego i jakże aktualny obowiązek przeciwdziałania epidemiom[7].

Deklaracja wyrażona w art. 1 Konstytucji - Rzeczpospolita Polska jest wspólnym dobrem wszystkich obywateli – jest równoznaczna z uznaniem zasady równości, w myśl której wszyscy są równi w prawach i powinnościach wobec dobra wspólnego[8]. Konstytucja wyróżnia równość w prawie i równość wobec prawa. Pierwsza dotyczy sfery stosowania prawa (tj. korzystania z jednakowych praw), a druga sfery jego zastosowania (nakaz jednakowego traktowania wszystkich podmiotów). Zasadę precyzuje art. 32, stanowiąc, że wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne, a w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym nikt nie może być dyskryminowany z jakiejkolwiek przyczyny. Przyczyną dyskryminacji są najczęściej: płeć[9], rasa, pochodzenie narodowe lub etniczne, przynależność do mniejszości narodowej lub etnicznej, urodzenie, język, wyznanie i przekonania, choroba, ułomność fizyczna i majątek.

Każdy ma prawo do założenia rodziny (art. 18). Rodzina jako naturalna i podstawowa komórka społeczeństwa jest wspólnotą pierwotną w stosunku do państwa, posiadającą własne, niezbywalne prawa[10]. Opiera się na więziach pokrewieństwa i więziach społecznych. Jej cechą

[7] M. Sajfan, L. Bosek (red.), *op. cit.,* s. 1490.
[8] Na równość wskazuje użycie przymiotnika „wszyscy". *Ibidem*, s. 138.
[9] Więcej o dyskryminacji z uwagi na płeć pisze w artykule: W. Kundera. J. Osoba, *Przejawy dyskryminacji kobiet na polskim rynku pracy – jako element zakłócający ideę wolności jednostki w koncepcji społecznej gospodarki rynkowej,* [w:] B. Bieńkowska, M. Dzień, L. Hejny (red.), *Społeczna inżynieria biznesu-współczesne problemy i wyzwania z perspektywy koncepcji Społecznej Gospodarki Rynkowej,* Bielsko-Biała 2015, s. 119-131.
[10] M. Sajfan, L. Bosek (red.), *op. cit.,* s. 1630.

charakterystyczną są „ścisłe i trwałe relacje łączące jej członków”[11], ważne dla istnienia i funkcjonowania narodu. Podstawową formą życia rodzinnego jest małżeństwo, z którym Konstytucja wiąże pojęcie rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa[12]. Zawarcie małżeństwa i wybór małżonka są wolną decyzją, a przesłankami ważności takiej decyzji są: zakaz bigamii, wymóg różnicy płci i osiągnięcie wieku pełnoletności. W Polsce nie ma ograniczeń narodowych, etnicznych i religijnych zawarcia małżeństwa[13]. Zasadę ochrony rodziny uzupełnia zakaz bezpośrednich działań państwa w sferze prokreacji. Chodzi tu zwłaszcza o sterylizację i przymusową aborcję, wymierzone często w mniejszości narodowe lub etniczne.

Polska na mocy art. 71 Konstytucji zobowiązała się prowadzić politykę społeczną i gospodarczą z uwzględnieniem dobra rodziny w aspekcie materialnym, duchowym i moralnym[14]. Ochrona państwa rodzin przed nędzą ma charakter subsydiarny (pomocniczy) i ogranicza się wyłącznie do sytuacji koniecznych, gdyż państwo nie może zastępować rodziny w pełnieniu jej funkcji[15]. Zgodnie z wyrokiem TK z 30 września 2015 r., K 3/13, pkt III, 5. 3 nie można uchwalać prawa zagrażającego więzom między małżonkami, osobami tworzącymi rodzinę, rodzicami i dziećmi. Konsekwencją przyznania rodzinie szczególnej roli w społeczeństwie jest ochrona praw rodziców i dziecka. Zgodnie z art. 48 Konstytucji wychowanie dziecka leży w gestii rodziców, którym to prawo organy państwa mogą odebrać lub je ograniczyć z uwagi na dobro dziecka tylko w przypadkach określonych w ustawie i wyłącznie na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu (ust. 2)[16].

Ochronę dziecka reguluje art. 72 Konstytucji. Ochrona konstytucyjna przysługuje każdemu dziecku, niezależnie od jego sytuacji rodzinnej, materialnej i narodowości. Dziecku na równi z dorosłymi należy się poszanowanie tożsamości, godności i prywatności. Katalog praw jest obszerny i obejmuje m. in. prawo do ochrony życia i zdrowia, do wychowania w rodzinie, do nauki i do czasu wolnego, ochronę w zatrudnieniu (art. 68 ust. 3 i 5). Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrutnym lub poniżającym traktowaniem, wyzyskiem i demoralizacją (art. 72 ust. 2). Czyny przeciwko nieletnim są penalizowane.

---

[11] L. Garlicki, *op. cit*., s. 500. Ochroną objęta jest także rodzina niepełna i wielopokoleniowa.
[12] B. Banaszak, *Konstytucja ..*, *op. cit*., s. 118.
[13] A. Appadurai, *Strach przed mniejszościami. Esej o geografii gniewu*, Warszawa 2009, s. 58.
[14] M. Muszyński, D.E. Harasimiuk, M. Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012, s. 146. Por. też. L. Garlicki, *op. cit*., s. 505.
[15] K. Complak, M. Bartosiewicz, *Rozdział II. Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. *Komentarz,* M. Haczkowska (red.), Warszawa 2014, s. 144.
[16] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.,* s. 1185-1188. Autor podkreśla, że rodzice mają naturalne prawo i pierwszeństwo do wychowania dzieci, zgodnie ze swymi przekonaniami. Rodzice winni wychowywać dzieci w sposób należyty, zgodnie z potrzebami rodziny, dziecka i narodu.

Art. 52 reguluje prawo każdego do decydowania o swoim życiu osobistym, w tym prawo do wyboru miejsca zamieszkania[17], do osiedlania się na terytorium państwa polskiego, wolność poruszania się (tzw. wolność lokomocyjna), prawo do emigracji (*the right to leave*) i powrotu (zakaz banicji), ochrony przed wydaleniem z kraju (zakaz ekspulsji indywidualnej i grupowej) i zakaz tworzenia tzw. sfer zamkniętych.

Zgodnie z art. 65 Konstytucji każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, w tym równego dostępu do służby publicznej (art. 60), zobowiązując państwo do polityki pełnego i produktywnego zatrudnienia, w tym tworzenia nowych miejsc pracy, bez obowiązku zagwarantowania każdemu pracy. Państwo powinno zapewnić pracownikom ochronę w zakresie prawa pracy, obejmującą m. in. równe traktowanie pracowników w miejscu pracy, równouprawnienie na rynku pracy, nadzór nad warunkami wykonywania pracy (art. 24 ust. 2), określenie minimalnego wynagrodzenia i maksymalnych norm czasu trwania pracy, a w razie niezdolności do pracy państwo jest zobowiązane do wypłaty świadczeń społecznych i pomocy społecznej. Zapewnienie ochrony każdemu znajdującemu się w trudnej sytuacji życiowej jest urzeczywistnieniem prawa do ochrony godności ludzkiej (art. 30) i stanowi wyraz solidarności społecznej.

Konstytucja w art. 51 gwarantuje prawo do ochrony danych osobowych. Każdy ma prawo do rozporządzania informacjami na własny temat[18]. Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawnienia informacji dotyczących jego osoby (art. 51 ust. 1)[19], przy czym władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać informacji o obywatelach innych niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Zgodnie z ust. 3 tego artykułu każdy na prawo do dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych, a także żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (ust. 4).

W dobie internetu trudno zachować prywatność. Wobec powszechnych już naruszeń prywatności jednostki konieczna stała się jej prawna ochrona. Art. 47 Konstytucji przewiduje, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, osobistego, rodzinnego, czci, dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym. Jednostka nie może być poddana

[17] Jest to zasada *domicylu* (art. 25 k.c), oznaczająca nie tylko miejscowość, w której dana osoba przebywa (*corpus*), ale i wolę przebywania w niej z zamiarem stałego pobytu (*animus)*.

[18] W art. 51 Konstytucji zostały bezpośrednio zawarte gwarancje ochrony danych osobowych, do których należy zaliczyć: prawo do samodzielnego decydowania każdego o ujawnieniu dotyczących go informacji, prawo do kontrolowania informacji na swój temat i prawo do weryfikowania lub żądania usunięcia danych osobowych. P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 7.

[19] Jest to tzw. reguła *stop go*, kiedy sama jednostka decyduje o zakresie udostępnianych na jej temat danych. Wiąże się ona z zasadą legalizmu działań administracji publicznej. K. Complak, M. Bartosiewicz, *op. cit*., s. 81.

żadnej ingerencji zewnętrznej ograniczającej jej prawo do swobodnego kształtowania własnego życia i rozwoju osobowości[20]. Ochrona prywatności obejmuje też wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (tj. tajemnicę korespondencji, jej poufność, zakaz kontroli rozmów telefonicznych (art. 49 Konstytucji). Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony[21]. Z zasadą ochrony życia prywatnego związana jest zasada nienaruszalności mieszkania (ang. *home, domicile*), wyrażona w art. 50 Konstytucji.

Obywatele polscy mają prawo do nauki i wykształcenia zagwarantowane w art. 70 Konstytucji. Posiada ono szeroki zakres adresatów, obejmuje dzieci, młodzież (do osiągnięcia pełnoletniości ma obowiązek nauki) i dorosłych, chcących zdobywać wiedzę i poszerzać swe kwalifikacje [22]. Zgodnie z ust. 2 nauka w szkołach publicznych jest bezpłatna, a ust. 3 daje rodzicom prawo wyboru szkoły dla dzieci, w tym szkół mniejszości narodowych.

W art. 53 ust. 1 Konstytucja zapewnia każdemu wolność sumienia i wyznania. Wolność sumienia (libertas conscientiae) oznacza autonomię jednostki w sferze poglądów filozoficznych, aksjologicznych, moralnych, politycznych i religijnych[23]. Wolność religii obejmuje natomiast wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, praktykowanie, nauczanie (art. 53 ust. 2). Z wolnością religijną wiąże się prawo do posiadania świątyń i innych miejsc kultu, prawo wiernych do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują oraz prawo do uzewnętrzniania swej religii, które może zostać ograniczone jedynie w drodze ustawy ze względu na zagrożenie dla państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób. Konstytucja w art. 53 ust. 6 zakazuje przymuszania kogokolwiek do uczestniczenia bądź nieuczestniczenia w praktykach religijnych (tzw. aspekt negatywny wolności). Ust. 7 tego artykułu zakazuje

---

[20] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny art.1-449*, Warszawa 2016, s. 122.

[21] Chodzi tu o zapobiegnięcie zagrożeniom bezpieczeństwa publicznego, w tym zdrowia i życia ludzi, zwłaszcza w związku z terroryzmem. Ingerencja władzy w prywatność nie może być nadmierna, może obejmować podsłuch telefoniczny, zwłaszcza gdy pojawia się uzasadnione podejrzenie planowania zabójstwa, handlu ludźmi, wymuszenia okupu, zamachu na konstytucyjny ustój państwa lub jego naczelne organy. Art. 237-242 K.p.k. dopuszcza możliwość "kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa". Przepisy te dotyczą także kontroli "treści przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne", np. faksu. Kontrola korespondencji wymaga zgody sądu. Bezprawne naruszenie tajemnicy korespondencji jest karalne (art. 257 k.k).

[22] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 1576.

[23] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2012*,* s. 271. Każdy ma prawo oceniać co jest prawdziwe, a co fałszywe, co jest dobre a co jest złe. Każdy człowiek ma prawo do wielokrotnej zmiany religii, a władze nie mogą ingerować w wierzenia religijne, chyba, że przekraczają one granice wyznaczone prawem (art. 31 ust. 3 Konstytucji). J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2014, s. 64.

organom władzy publicznej żądania od obywateli ujawnienia światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania (jest to tzw. prawo do milczenia w sprawie przekonań religijnych lub wyznania)[24].

W art. 25 zostały określone zasady działania kościołów i związków wyznaniowych, tj. zasady równouprawnienia, bezstronności, autonomii (suwerenności), współdziałania (subsydiarności) i bilateralności[25]. Konstytucja podkreśla laicki charakter państwa wynikający z postawy „życzliwej neutralności"[26] wobec wszystkich religii. Laickość rozciąga się na wszystkich funkcjonariuszy, którzy w służbie publicznej muszą zachować bezstronność wobec obywateli reprezentujących różny światopogląd[27]. Pomimo tych zapisów niektóre ustawy zawierają odniesienia do „wartości chrześcijańskich". Tak jest w preambule ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty[28], stwierdzającej „nauczanie i wychowanie-respektując chrześcijański system wartości - za podstawę przyjmuje uniwersalne wartości etyki (…)" oraz w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji - „ audycje i inne przekazy powinny szanować przekonania religijne odbiorców, a zwłaszcza chrześcijański system wartości" (art. 18 ust. 2), a „programy publicznej radiofonii i telewizji powinny respektować chrześcijański system wartości, za podstawę przyjmując podstawowe zasady etyki" (art. 21 ust. 6)[29].

Wolność wyznania zapewnia rodzicom możliwość wychowania swoich dzieci zgodnie z jej tradycją i religią, bez gwarancji ze strony państwa, że wiedza przekazywana w szkole będzie zgodna z ich przekonaniami (art. 48 ust. 3 Konstytucji). Rodzice mogą żądać, by w procesie wychowania i nauczania szkoła powstrzymała się od naruszania sfery światopoglądowej, etycznej, płaszczyzny aksjologicznej, symboliki religijnej oraz sfery kultu[30]. Zasady organizowania religii w szkołach zostały doprecyzowane w art. 12 ust. 1 ustawy o systemie oświaty, zgodnie z którym „ publiczne przedszkola, szkoły podstawowe i gimnazja organizują naukę religii na życzenie rodziców, publiczne szkoły ponad gimnazjalne na życzenie rodziców bądź samych uczniów, po osiągnięciu pełnoletniości o pobieraniu nauki religii decydują uczniowie".

---

[24] Władze państwowe nie mogą zbierać informacji o obywatelach, dotyczących wyznawanej przez nich religii. M. Zarzecki, *Klasyczne i nieklasyczne definicje religii i religijności*, [w:] *Socjologia życia religijnego,* S. Zaręba (red.), Warszawa 2009, s. 103 i n. Wolność religijna należy do podstawowych praw człowieka i jest jednocześnie niezbywalnym prawem obywatelskim.

[25] A. Rykała, *Mniejszości religijne w Polsce. Geneza, struktury przestrzenne, tło etniczne,* Łódź 2011, s. 253.

[26] K. Complak, *Rozdział I. Rzeczypospolita*, [w:] M. Haczkowska (red.), *op. cit.* , s. 40.

[27] M. Pietrzak, *Demokratyczne państwo prawne,*[w:], „Przegląd Humanistyczny" nr 6/285, *Mniejszości religijne w Polsce po 1989 roku w ujęciu filozofii religii*, Wrocław 1989, s. 20.

[28] Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. 1991 r, nr 95, poz. 425).

[29] Ustawa o radiofonii i telewizji, Dz. U. z 2017 r., poz. 1414 ze zm.

[30] R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1143.

Zgodnie z art. 85 ust. 3 Konstytucji każdemu, komu przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie zezwalają na odbycie służby wojskowej, przysługuje prawo do powołania się na tzw. klauzulę sumienia. Osoby te odbywają służbę zastępczą, przy czym nie jest to zwolnienie automatyczne. Ubiegający się o służbę zastępczą musi wykazać, że jego przekonania i postawa życiowa są trwałe i zgodne z zasadami, na które się powołuje[31].

Wolność zgromadzeń normuje art. 57 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdemu zapewnia się wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich. Ograniczenia tej wolności może określać ustawa. Słowo „każdy" użyte w artykule wskazuje (*lex generalis*), że prawo to należy rozumieć jako wolność człowieka bez względu na jego pochodzenie, obywatelstwo, religię i inne cechy. Wykonując to prawo, jednostka mimo woli realizuje cel ogólny, jakim jest budowanie społeczeństwa obywatelskiego – pluralistycznego i tolerancyjnego (wyrok TK w sprawie Bączkowski i inni - skarga nr 1543/06)[32], co powinno motywować mniejszości do korzystania z niego.

Wolność zgromadzeń dopełnia prawo do zrzeszania się (art. 58 Konstytucji) przysługujące również każdemu przebywającemu na terytorium RP, o ile cel lub działalność zrzeszenia nie są sprzeczne z Konstytucją lub z ustawą[33]. Wolność zrzeszania się obejmuje prawo do tworzenia stowarzyszenia, przystępowania do już istniejącego i swobodnego wystąpienia z niego. Nikt nie może być szykanowany z powodu przynależności do stowarzyszenia lub pozostawania poza nim[34]. Zgodnie z postanowieniem z 24.04.1998 r. SA w Warszawie - „wolność zrzeszania się należy do wolności obywatelskich, które umożliwiają postępowanie według własnej woli zainteresowanych osób, niezależnie od państwa i jego ustaw i nie mogą być jednostkom przyznawane i cofane". W interesie grup obcych jest więc skorzystanie z tego prawa, by pokazać współobywatelom swoją kulturę, przedstawić swoje poglądy i pożądane postawy społeczne[35], co zapewnia im szeroki zakres innych wolności, przewidzianych w Konstytucji. Można tu wymienić: wolność wyrażania poglądów, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1), wolność twórczości artystycznej i naukowej (art. 61) i wolność prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14). Wolność

[31] Por. też: wyrok WSA z 26.11.2008 r, II SA/WA 1300/08; wyrok NSA z 12.09.2007 r., II OSK 832/07.
[32] Wyrok TK z dnia 3 maja 2007 r. *Bączkowski i inni przeciwko Polsce*, skarga 1543/06.
[33] A. Deryng, *Realizacja konstytucyjnej zasady wolności zrzeszania się w demokratycznym państwie prawnym na przykładzie art. 12 i art. 58 Konstytucji RP. Wybrane zagadnienia,* [w:] *Europejski system ochrony praw człowieka*. *Aksjologia, instytucje, efektowność*, J. Jaskiernia (red.), Warszawa 2015, s. 378-379. Art. 13 Konstytucji zakazuje organizacji, w tym zrzeszeń odwołujących się w swych programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, propagujących nienawiść narodowościową i rasową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkowstwa.
[34] T. Mędrzelowski, *Mniejszości religijne w Polsce po 1989 roku w ujęciu filozofii polityki,* Tarnów 2013*,* s. 36.
[35] M. Kazimierczuk, *Wolność zrzeszania się w związki zawodowe w systemie Rady Europy*, [w:] „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego" 2015, nr 6, s. 114.

wyrażania własnych poglądów, tak szeroko ujęta w Konstytucji (art. 54) jest jedną z naczelnych zasad społeczeństwa demokratycznego, umożliwiającą aktywny udział w życiu publicznym[36]. Obywatele, na mocy art. 12 Konstytucji mają także prawo to tworzenia i działania w ramach związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich i innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji.

Konstytucja gwarantuje również prawa polityczne. Zgodnie z art. 4 władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu, który sprawuje ją przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio. Obywatele RP są uprawnieni do uczestniczenia w życiu politycznym i publicznym. Przysługuje im bierne i czynne prawo wyborcze, mogą tworzyć komitety wyborcze i partie polityczne (art. 11 i 62), działające na zasadach równości i dobrowolności, które oznaczają jednakowe szanse działania i zakaz nieprzyjmowania do nich osób z uwagi na np. płeć, rasę, narodowość, wyznanie[37]. Udział w życiu publicznym obejmuje również: prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej i od osób pełniących funkcje publiczne (art. 61 konstytucji), prawo do składania skarg, wniosków i petycji w interesie publicznym (art. 63) , prawo do głosowania w referendach (art. 62) oraz prawo do inicjatywy ustawodawczej (art. 118)[38]. Prawo polskie zezwala także na tworzenie partii politycznych. Od partii oczekuje się w szczególności „respektowania zasad demokratycznych", „przestrzegania zasad suwerenności narodowej, demokracji, niepodzielności terytorium polskiego", służenia „swobodnemu funkcjonowaniu ustroju demokratycznego" [39]. Partie działają w warunkach pluralizmu, tj. wolnej konkurencji idei, programów, interesów, pozwalających reprezentować wolę narodu, w tym mniejszości narodowych[40]. Granice pluralizmu politycznego wyznacza art. 13, zakazując istnienia partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa. Tym samym Konstytucja zapewnia mniejszościom ochronę przed nienawiścią rasową i narodowościową, związaną ze wszelkimi wrogimi, niechętnymi, poniżającymi, agresywnymi zachowaniami wobec grup osób wyróżniających się cechami przekazywanymi

[36] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 1280-1282.
[37] Z. Witkowski, *Wyborcze zasady ustroju Rzeczypospolitej,* [w:] Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2013, s. 99.
[38] L. Garlicki, *op. cit*., s. 130-131.
[39] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 354. Państwo może ingerować w sprawy partii mniejszości np. w kwestii rejestracji, z zachowaniem pełnej autonomii wewnętrznej partii.
[40] B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 94.

dziedzicznie i charakterystycznymi dla danego narodu[41]. W Polsce partie skrajnie nacjonalistyczne nie cieszą się wielkim poparciem społecznym i znajdują się na marginesie życia społecznego[42].

Zgodnie z art. 35 Konstytucji, Polska zapewnia swym obywatelom należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury (ust. 1)[43.] Mniejszości uzyskały prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych i kościołów oraz do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej (ust. 2). Treść art. 35 nawiązuje do art. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[44] i art. 2 i 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[45]. Jest on jedynym artykułem Konstytucji, który wprost dotyczy mniejszości. Ochrona praw przyznana jest realnie i obiektywnie istniejącej mniejszości, tworzącej określoną społeczność[46]. Prawa wymienione w ust. 1 przysługują indywidualnym podmiotom, zaliczanym do mniejszości narodowej, a nie grupie osób jako zbiorowości, na co wskazuje określenie „obywatele polscy należący do mniejszości narodowych i etnicznych”[47.] Gwarantuje mniejszościom, że nie będą poddawane asymilacji, przez co Polska chce zapewnić sobie ich lojalność[48].

Art. 27 Konstytucji wskazuje, że Rzeczypospolita nie dzieli swych obywateli według kryterium narodowości czy wyznania. Ogólna zasada wyrażona w art. 35 w zupełności wystarcza, by w jednakowy sposób traktować wszystkich. To równe traktowanie wynika też z faktu, że Polska jest sygnatariuszem paktów i deklaracji międzynarodowych, których przedmiotem jest ochrona

---

[41] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 387.

[42] Uzyskują w skali kraju poparcie na poziomie ok. 30 tys. głosów, tj. 0,23% (Polska Wspólnota Narodowa-Polskie Stronnictwo Narodowe, Ojczyzna-Lista Polska). S. Łodziński, *Przekroczyć własny cień. Prawne, instytucjonalne oraz społeczne aspekty polityki państwa polskiego wobec mniejszości narodowych w latach 1989-1997*, [w:] B. Berdychowska (red.), *Mniejszości narodowe w Polsce. Praktyka po roku 1989,* Warszawa 1998, s. 78.

[43] Więcej na ten temat mniejszości narodowych w Polsce można przeczytać w artykule: W. Kundera, *Mniejszości narodowe-zarys historyczno-prawny,* [w:] K. Wojtczak (red.)„Studia Prawa Publicznego” 2016, Nr 4, s. 109-142, strona: https://pressto.amu.edu.pl/index.php/spp/article/view/14631/14301, (dostęp: 03.06.2020 r.).

[44] Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r.

[45] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r.

[46] M. Haczkowska, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Warszawa 2014, s. 55.

[47] Ustrojodawca użył słowo „naród” w znaczeniu politycznym, a nie etnicznym. J. A. Rybczyńska, *Uwagi na temat statusu prawnego mniejszości narodowych w Polsce w świetle projektów konstytucyjnych - lata 1989-1991*, [w:] Z. Hołda (red.), *Ochrona praw mniejszości narodowych i religijnych,* Lublin 1993, s. 88.

[48] W art. 6 oraz w Preambule Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej zobowiązuje również państwo do ochrony rodaków zamieszkujących poza granicami kraju. Więcej na ten temat w artykule: W. Kundera, *Traktaty sąsiedzie, a ochrona Polaków żyjących poza granicami kraju*, [w:] *Orient Bliski i Daleki Wschód,* T. XIII, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, M. Sadowski, A. Demańczuk (red.), Wrocław 2019, s. 175-199. Strona: https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/104310/edition/103875/content?fbclid=IwAR0S94NPu3m1XPfunOWHpNL_v_9Yhs12Y8BhkoL0YAq7vZEiEdPv9P2D9l4 (dostęp: 05.06.2020r.)

praw mniejszości[49]. Zakres praw ujęty w aktach prawa międzynarodowego i Konstytucji RP jest identyczny, co dowodzi, że Polska spełnia standardy światowe ochrony praw mniejszości.

Rzeczpospolita Polska zobowiązała się w art. 73 Konstytucji do ochrony kultury i zapewnienia warunków jej rozwoju, a także umożliwienia wszystkim korzystanie z niej. Istotne jest też zobowiązanie się do opieki nad pozostawionymi po mniejszościach narodowych zabytkami, będącymi świadectwem obecności ich kultury w przeszłości na ziemiach polskich.

Podstawą ustroju gospodarczego Polski jest społeczna gospodarka rynkowa, a jedną z jej głównych zasad stanowi własność prywatna (art. 20). Każdemu przysługuje prawo do własności (art. 21 i art. 64), z którym wiąże się obowiązek poszanowania mienia, zakazujące pozbawiania kogokolwiek jego własności[50]. Wyjątkiem od tej zasady jest wywłaszczenie dokonywane w interesie publicznym. Może ono nastąpić jedynie za słusznym, sprawiedliwym i godziwym odszkodowaniem za jego utratę, wypłaconym we właściwym terminie w przypadkach i na warunkach określonych w ustawie. Własność zagwarantowana w Konstytucji ma zapewnić każdemu, niezależnie od pochodzenia narodowego lub etnicznego, bezpieczeństwo egzystencji, rozwój i osiągnięcie odpowiedniego standardu życia dla siebie i własnej rodziny[51]. Każdy ma prawo do dziedziczenia. Prawo własności ma charakter względny, gdyż właściciel w jego wykonywaniu musi respektować obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa (art. 140 k.c). Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w takim zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności (art. 64 ust. 3). Przepadek rzeczy, może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu (art. 46). Prawo to uzupełnia art. 77 Konstytucji, zgodnie z którym każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej[52]. Wedle ust. 2 ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

Zgodnie z art. 45 Konstytucji, każdy bez względu na pochodzenie narodowe, ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd oraz prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych

---

[49] Spośród wielostronnych umów Polska ratyfikowała m.in. Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka w 1977 r., Europejską konwencję praw człowieka w 1993 r., Konwencję ramową o ochronie mniejszości narodowych z 1995 r.

[50] W. Skrzydło, *Konstytucja - komentarz*, Warszawa 2013, s. 8. Art. 21 Konstytucji obejmuje ochroną „wszelką własność", w tym środki produkcji służące zaspokojeniu osobistych potrzeb właściciela i jego rodziny.

[51] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 571.

[52] Szkoda to uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, i dokonany na danej osobie. Obejmuje stratę i utratę korzyści. J. Boć, *Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 137.

w pierwszej instancji w jego sprawie (art. 78). Zgodnie z art. 7 Konstytucji organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Osoby, których konstytucyjne prawa i wolności zostały naruszone, mają możliwość dochodzenia tych praw m.in. przed Trybunałem Konstytucyjnym. Mogą też na zasadach określonych w ustawie, wystąpić do Rzecznika Praw Obywatelskich z wnioskiem o pomoc w ochronie praw naruszonych przez organy władzy publicznej (art. 80) oraz domagać się naprawienia szkody, wyrządzonej przez niezgodne z prawem działania tych władz.

Z prawem do sądu wiąże się zasada odpowiedzialności karnej, której podlega tylko ten, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 42 ust. 1). Każdy przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu (art. 42 ust. 2). Konstytucja uznaje zasadę domniemania niewinności - każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu (art. 42 ust. 3).

Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą (tj. integralność cielesną i psychiczną) i wolność osobistą (art. 41 Konstytucji)[53]. Nikt nie może być pozbawiony wolności lub ograniczony w korzystaniu z tej wolności, inaczej niż na warunkach określonych w ustawie[54]. Prawo chroni każdego przed samowolnym aresztowaniem, przyznając pozbawionemu wolności na innej podstawie niż wyrok sądowy prawo odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności tego pozbawienia. Każdy zatrzymany powinien być niezwłocznie i w sposób zrozumiały dla niego poinformowany o przyczynach zatrzymania. Bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania (art. 41 ust. 5) i humanitarnego traktowania.

Konstytucja zobowiązuje obywateli do troski o Rzeczpospolitą Polską. Nie mogą oni podejmować działalności godzącej w konstytucyjnie określony porządek państwowy i są zobowiązani są do wierności i lojalności wobec Rzeczpospolitej Polskiej (art. 82 Konstytucji)[55]. Konstytucja nie wymienia wprost zachowań, które naruszają obowiązek

[53] Prawo do nietykalności osobistej ma w Polsce długą tradycję. Początkowo miała je tylko szlachta na mocy przywilejów z 1430 r. i 1433 r.. W 1791 r. rozciągnięto przywilej na miasta - żaden mieszczanin ani szlachcic nie mógł być pozbawiony wolności bez wyroku sądowego. W 1815 r. konstytucja nadana przez Aleksandra I przyznała go chłopom. M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 994.

[54] W. Skrzydło, *Konstytucja RP*, *op. cit*., s. 13-14.

[55] Zdaniem niektórych badaczy obowiązek wierności RP obejmuje działania pasywne, polegające na powstrzymaniu się od działań szkodzących interesom RP. Inni zaś przekonują, że są to działania aktywne podejmowane zgodnie z interesem i dobrem państwa oraz poszanowaniem praw innych osób. B. Banaszak, *Konstytucja…*, *op. cit*., s. 413.

wierności RP, zaliczyć jednak do nich można m.in. szpiegostwo, zamach stanu, przejście na stronę wroga, służbę wojskową w innym państwie, zdradę dyplomatyczną.

Każdy obywatel jest zobowiązany strzec niepodległości i nienaruszalności terytorium RP (art. 5) i bronić jej w razie agresji (art. 85). Ma też chronić podstawowe wartości dla funkcjonowania państwa – demokrację, poszanowanie prawa, wolność, sprawiedliwość, godność, dziedzictwo narodowe, dobra kultury i środowisko[56]. Problemem w realizacji wspominanych artykułów jest uchylanie się przez osoby posiadające podwójne obywatelstwo od obowiązkowej służby wojskowej w polskiej armii. W największej mierze dotyczy ono członków mniejszości niemieckiej, którzy składają wnioski o zaliczenie im udokumentowanej służby w armii niemieckiej jako służby w wojsku polskim. W stosunku do tych osób nie zdecydowano się na zastosowanie sankcji karnych, a ostatecznie zrezygnowano z ich poboru do wojska polskiego[57].

Obowiązkiem polskiego obywatela jest także przestrzeganie prawa. Przyjmuje się zasadę powszechnej znajomości prawa, która oznacza, że nikt nie może powołać się na jego nieznajomość dla uzasadnienia własnych działań lub zaniechań (*ignorantia iuris nocet*). Każdy obywatel jest obowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie, w imię dobra wspólnego (art. 84). Państwo ma prawo do ustanowienia i egzekwowania danin publicznych.

W art. 86 ustrojodawca w trosce o przyszłe pokolenia wprowadził obowiązek dbałości o stan środowiska - zapewnienie właściwego rozwoju środowiska, bezpieczeństwa ekologicznego oraz przeciwdziałanie jego degradacji.

Prawa jednostki w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec

Godność człowieka jest najważniejszą zasadą w Ustawie Zasadniczej, stając się źródłem wszystkich praw. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie jest obowiązkiem władz publicznych oraz innych ludzi (art. 1 ust. 1 UZ). Z zasady poszanowania godności ludzkiej wynikają inne zakazy i prawa, jak np. zakaz poddawania torturom lub nieludzkiemu, poniżającemu traktowaniu, stosowania kar cielesnych, poddawania eksperymentom medycznym bez dobrowolnie wyrażonej zgody, obowiązek humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności, zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej, handlu ludźmi, zakaz badań

[56] M. Haczkowska (red.), *op. cit.*, s. 204.
[57] T. Browarek, *Konflikty i kwestie sporne w polityce państwa polskiego wobec mniejszości niemieckiej w latach 1989-2004,* [w:] R. Zenderowski, K. Cebul, B. Koziński (red.), *Konflikty etniczne w Europie oraz w jej bezpośrednim otoczeniu po 1989 roku. Uwarunkowania-stan obecny-wyznania dla polityki bezpieczeństwa*, Warszawa 2016, s. 74.

genetycznych, aborcji, nakaz poszanowania życia prywatnego[58]. Godność pozwala na urzeczywistnienie innych zasad, które nie znalazły wprost swego odbicia w konstytucji niemieckiej, tj. prawa do ochrony czci osobistej (*das Recht auf Schutz der persönlichen Ehre*), prawa do ochrony swego wizerunku oraz głosu (*das Recht auf eigenen Bild und am gesprochenen Wort*), prawa do przedstawienia siebie według własnego uznania (*das Recht auf Selbstdarstellung)*, do poznania swojego pochodzenia biologicznego (*das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*), ochrony nazwiska (*der Schutz des Names*) i rozwijania swej tożsamości (*das Recht auf Entwicklung der eigenen Indentität*)[59]. W orzecznictwie niemieckim zaznacza się, że norma, która godzi w godność ludzką lub w istotę praw podstawowych, jest nieważna, tj. nie może wywoływać żadnych uznanych przez system skutków prawnych[60].

Przeszłość nazistowska Niemiec sprawia, że szczególnego znaczenia w Ustawie Zasadniczej nabrały przepisy chroniące prawa człowieka. Naród niemiecki uznaje nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie (art. 1 ust. 2 UZ). Zgodnie z art. 2 ust. 2 UZ każdy ma prawo do życia i nietykalności cielesnej, a wolność osobista jednostki jest nienaruszalna. Art. 104 UZ dopuszcza ograniczenie wolności osobistej jedynie na podstawie ustawy i przy zachowaniu przewidzianych w niej norm[61]. W art. 102 UZ została zakazana kara śmierci.

Prawo do życia, normowane przez art. 2 Konstytucji Niemiec jest najwyższym prawem człowieka, o charakterze powszechnie obowiązującym[62]. Posiada wymiar indywidualny i społeczny. Nierozerwalnie powiązane jest ze wszystkimi innymi prawami i wolnościami człowieka, stanowiąc ich źródło. Wiążą się z nim również prawo do nietykalności osobistej jako tzw. przedłużenie prawa do życia oraz prawo do obrony życia tzw. obrona konieczna. Zgodnie z międzynarodowym prawem karnym zakazane jest w Niemczech: ludobójstwo

[58] Zgodnie z orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 1958 r. „system praw podstawowych dochodzi najpełniej do głosu za pośrednictwem jednostki nieskrępowanej w swoim rozwoju osobowościowym i godności". J. W. Tkaczyński, *Prawo ustrojowe Niemiec*, Kraków 2015, s. 57.
[59] *Ibidem*, s. 90.
[60] Safjan M., L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 746.
[61] Wyjątkiem od tej zasady są § 218-219 niemieckiego kodeksu karnego, dotyczące przerywania ciąży.
[62] Artykuł 2 Konstytucji niemieckiej stanowi, że każdy ma prawo do życia. Ochronę życia wiąże się bezpośrednio z zasadą poszanowania godności ludzkiej. Obowiązek poszanowania życia, spoczywa na władzy publicznej, wykonawczej i sądowniczej. Ochrona życia ludzkiego nie może być ograniczona wyłącznie do zapewnienia tzw. funkcji biologicznych, niezbędnych do egzystencji . Obejmuje ona również ochronę przed zamachami ze strony innych ludzi. ETPC z 29.4.2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 2346/02, HUDOC, pkt 39. Państwo ma obowiązek ratowania zagrożonego życia ludzkiego. Działania prewencyjne odnoszą się m.in. do obowiązków organów ścigania (wykrywanie i zapobieganie przestępstwom), stworzenie odpowiedniego systemu pomocy medycznej, zapewnienia każdemu dostępu do wody, do środków utrzymania, do żywności, zapewnienie odpowiednich warunków dla życia człowieka np. czyszczenie ścieków, przeciwdziałanie zanieczyszczeniu powietrza.

(art. 6 Vőlkerstrafgesetzbuch[63] VStGB) przestępstwo przeciwko ludności (art. 7 VStGB)[64,] przestępstwa związane z wojną (art. 8 VStGB)[65] i agresją na inny kraj (art. 13 VStGB)[66]. Niemiecki kodeks karny zabrania zabójstw (§ 83 Strafgesetzbuch [67]- StGB), pobicia (§ 32 StGB), rabunku (§ 142 i 143) i niszczenia flag i szydzenia z symboli innych państw (§ 104). Realizując protokół nr 6 do EMKR Niemcy w art. 102 UZ zniosły w okresie pokoju karę śmierci, zawieszając normę tego artykułu na czas wojny lub zagrożenia nią.

Konstytucja Niemiec w art. 104 wprowadziła powszechny zakaz tortur i innego nieludzkiego traktowania (fizycznego i psychicznego). W grudniu 1984 r. Niemcy podpisały Konwencję przeciwko torturom i innemu nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu. W 2009 r. wszedł w życie Protokół fakultatywny do tej Konwencji, na mocy którego poddały się one międzynarodowej kontroli w zakresie jej przestrzegania, w tym corocznego opiniowania o przestrzeganiu praw człowieka.

Ustawa Zasadnicza Niemiec nie reguluje natomiast zakazu eksperymentu medycznego. Taki zakaz można pośrednio wywnioskować z art. 1 UZ dotyczącego nienaruszalności godności człowieka, z dalszych jego ustępów głoszących, że naród niemiecki uznaje nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie, i że prawa podstawowe mają status prawa bezpośrednio obowiązującego, wiążąc ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości oraz z art. 2 ust. 2 normującego zakaz naruszenia zasady nietykalności osobistej i podkreślającego prawo każdego do życia. Wolność badań naukowych nie jest absolutna, a jej granicę wyznaczają prawa i wolności innych osób[68].

Uzupełnieniem prawa do życia człowieka jest zapewnienie mu odpowiednich warunków egzystencji. Niemcy są socjalnym państwem prawa, co nakłada na nie obowiązek pomocy dla obywateli dotkniętych zdarzeniami losowymi (tzw. ryzykiem socjalnym), obniżającymi ich zdolność do normalnej egzystencji[69]. Środki pomocy rozdzielane w ramach

[63] Vőlkerstrafgesetzbuch z dnia 26 czerwca 2002 (BGBl. I S. 2254).
[64] Są to: mord, czystki etniczne, niewolnictwo, deportacje i inne czyny, prześladowania na gruncie politycznym, etnicznym, religijnym i rasowym.
[65] Są to m.in. ataki na ludność cywilną i obiekty cywilne, użycie gazu lub broni biologicznej, przesiedlenia ludności, zmuszanie do prostytucji.
[66] Artykuł wymienia agresję przeciwko suwerenności, terytorialnej nienaruszalności państwa i jego politycznej niezależności.
[67] Strafgesetzbuch z 13 listopada 1998 r. ze zm.
[68] M. Sajfan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 963. Definicja eksperymentu, to „ wszelkie działania, które mogą oddziaływać w sferę praw lub wolności innego człowieka, w tym w szczególności na sferę jego prywatności, integralności cielesnej oraz zdrowia, a których rezultat nie jest pewny, a ryzyka nie można oszacować. Eksperyment zawiera w sobie element nowatorstwa.
[69] *Ibidem*, s. 1487 - 1490.

bardzo rozbudowanego systemu ubezpieczeń społecznych mogą być finansowe i rzeczowe. Prawo do zabezpieczenia społecznego nie zostało wprost unormowane w Ustawie Zasadniczej, lecz jest zagwarantowane w innych aktach prawnych m.in. w rozporządzeniu o ochronie macierzyństwa i rodziny, w ustawie o emeryturze (SGB) i o zasiłku socjalnym w rodzinie. Na mocy art. 20 a Konstytucji Niemcy zobowiązały się do ochrony środowiska naturalnego w trosce o zapewnienie ludziom i zwierzętom najlepszych warunków do życia, a w art. 6 podkreśliły znaczenie rodziny dla realizacji tego prawa. Państwo zobowiązane jest chronić każdą rodzinę i jej członków przed zagrożeniami w sferze moralnej, społecznej, gospodarczej, obyczajowej i religijnej.

Artykuł 3 ust. 3 UZ zapewnia równość wszystkich wobec prawa, stanowiąc, że nikt nie może być dyskryminowany ani uprzywilejowany z uwagi na płeć, urodzenie, rasę, język, ojczyznę, pochodzenie, wyznanie, poglądy religijne lub polityczne[70]. Zasadą jest, aby członkowie mniejszości korzystali z tych samych praw, co reszta społeczeństwa [71]. Nierówne traktowanie osób powinno mieć uzasadnienie prawne i być proporcjonalne. Uzupełnieniem zasady równego traktowania i równouprawnienia jest art. 33 UZ stanowiący, że każdy Niemiec ma w każdym kraju związkowym równe prawa i obowiązki obywatelskie (ust. 1), oraz stosownie do swych zdolności, kwalifikacji i umiejętności zawodowych ma równy dostęp do każdego urzędu publicznego (ust. 2). Korzystanie z praw cywilnych i obywatelskich, dostęp do urzędów publicznych, jak również prawa nabyte w służbie publicznej są niezależne od wyznania religijnego. Nikt nie może być gorzej traktowany ze względu na przynależność lub nieprzynależenie do jakiegoś wyznania lub światopoglądu (ust. 3). Zasada równości odnosi się również do prawa wyborczego (art. 28 ust. 1UZ). Zgodnie z art. 39 UZ posłowie do Bundestagu są wybierani w wyborach powszechnych, bezpośrednich, wolnych, równych i w tajnym głosowaniu. Są oni przedstawicielami całego narodu, nie są związani zaleceniami ani instrukcjami i podlegają wyłącznie własnemu sumieniu. Uprawionym do wybierania jest każdy, kto ukończył 18 lat, wybrany może być każdy, kto osiągnął pełnoletniość (*Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl*). Równość przejawia się również w jednakowym dostępie

[70] J. Ciapała, *Koncepcja regulacji prawnej pozycji mniejszości niemieckiej w Polsce oraz Polaków zamieszkałych w RFN,* [w:] J. Jaskiernia (red.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Toruń 2012, s. 765.

[71] Artykuł 3 UZ nie daje podstawy do dochodzenia roszczeń związanych z niewywiązywaniem się z wynikających z niego uprawień dla mniejszości narodowych lub ich członków. Pojawiły się sugestie, aby w tym artykule pojawił się zapis, związany z zakazem stosowania praktyk dyskryminacyjnych wobec mniejszości. Ostatecznie jednak, zrezygnowano z tego. M. Boden, *Nationalitäten, Minderheiten und ethnische Konflikte in Europa- Ursprünge, Entwicklungen, Krisenherde,* München 1993, s. 77 i G. Janusz, *Mniejszości narodowe w Niemczech* [w:] A. Wolff-Powęska, E. Schulz (red.), *Być Polakiem w Niemczech*, Poznań 2000, s. 108.

do wszystkich organizacji (art. 9 ust. 3), w prawach i w obowiązkach w każdym kraju związkowym (art. 33 ust. 1), w jednakowym dostępie do edukacji i opieki lekarskiej.

Na mocy art. 6 ust. 1 UZ małżeństwo i rodzina znajdują się pod szczególną opieką państwa. Pod pojęciem małżeństwa ustrojodawaca niemiecki rozumie dobrowolnie zawarty związek kobiety i mężczyzny przy współudziale państwa. Prawną ochroną objęte są tylko związki małżeńskie jako „prawnie przewidziana forma zamkniętej i zasadniczo nierozerwalnej wspólnoty życiowej mężczyzny i kobiety". Prawo niemieckie nie zakazuje rozwodów. Dopuszcza unieważnienie małżeństwa wyrokiem sądu z powodów określonych w §§ 1314 i 1316 Bűrgerliches Gesetzbuch – BGB[72]. Są nimi m. in. nieletniość (małżonek nie ukończył 16 lat) i bigamia[73]. Tym samym zabroniło zawierania wczesnych małżeństw, zgodnych z kulturą mniejszości romskiej.

Rodzina obejmująca małżonków lub małżonków z dziećmi, zamieszkałych w jednym domu, jak i bliższych lub dalszych krewnych niemieszkających razem korzysta ze szczególnej ochrony państwa. Jest ono zobowiązane do udzielania pomocy i wsparcia rodzin znajdujących się w potrzebie, np. poprzez ulgi podatkowe. Dziecko z uwagi na swą niedojrzałość fizyczną i psychiczną, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed jak i po urodzeniu. Wychowanie dzieci jest prawem rodziców, a państwo ma zakaz nieuzasadnionej ingerencji w proces wychowania. Choć konstytucja niemiecka nie mówi wprost o wychowaniu dzieci zgodnie z przekonaniami rodziców, to takie prawo wynika pośrednio z szeroko pojmowanego prawa rodziców do wychowania dzieci, o którym stanowi art. 6 ust. 2 UZ[74]. Odłączenie dzieci od rodziny wbrew woli rodziców może nastąpić jedynie na mocy ustawy, kiedy oni zawiodą, nie wywiązują się ze swych obowiązków lub z innych powodów dzieci są zaniedbywane (art. 6 ust. 3 UZ)[75]. Każda rodzina swobodnie decyduje

[72] Bűrgerliches Gesetzbuch z 2 stycznia 2002 r.

[73] K. Frowal-Dolata, *Przyczyny unieważnienia małżeństwa w polskim prawie rodzinnym oraz w wybranych państwach UE,* [w:] *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vp. XI, A.D. MM XIII, Kraków 2013 s. 113. strona internetowa: http://www.europeistyka.uj.edu.pl/documents/3458728/4dd05c5c-71c8-4375-aa30-a227e9c4c239 [dostęp: 13.02.2018].

[74] W. Tkaczyński, *op. cit.*, s. 119.

[75] W Niemczech prawa dzieci są traktowane jako część praw człowieka. Niemcy są sygnatariuszami wielu umów międzynarodowych, chroniących prawa dzieci, w tym Konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r., która wprowadza 4 podstawowe prawa: zasadę niedyskryminacji i nadrzędności interesu dziecka, prawo do życia i do rozwoju oraz szanowania zdrowia dziecka. W 2004 r. weszła w życie w Niemczech konwencja dotycząca zakazu udziału dzieci w konfliktach zbrojnych, a od 2009 r. obowiązuje także Konwencja zakazująca sprzedaży dzieci, ich prostytucji i dziecięcej pornografii. Dzieci są chronione również przed przemocą i pracą przymusową. Konwencja w sprawie udziału dzieci w postępowaniu, gwarantuje im prawo do wyrażania i poszanowania własnego zdania przed organami władzy państwowej. Dzieci, niezależnie od pochodzenia powinny mieć równy dostęp do pożywienia, wody, mieszkania i opieki medycznej. *Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Zwölfter Bericht der Bundesregierung über ihrer Menschenrechtspolitik*, 18. Wahlperiode (18/10800), strona: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/108/1810800.pdf, s. 211.[dostęp: 05.07.2018].

o sobie we wszystkich kwestiach związanych z jej istnieniem. Ustawodawca niemiecki obejmuje ochroną również macierzyństwo. Zgodnie z art. 6 ust. 4 UZ każda matka ma prawo do ochrony i opieki ze strony wspólnoty. Wszystkie dzieci są równe wobec prawa, co ma zapewnić równość szans dzieci pozamałżeńskich i urodzonych w małżeństwie (art. 6 ust. 5 UZ).

Prawo niemieckie chroni indywidualność każdego człowieka (*Allgemeines Persönlichkeitrecht*). Wiąże się ona z wolnością wyboru własnego postępowania, zgodnie z wyznawaną przez siebie moralnością i systemem wartości. Zgodnie z art. 2 ust. 1 Konstytucji niemieckiej, każdy ma prawo do wolnego rozwoju własnej osobowości, o ile nie narusza to praw innych osób, porządku publicznego lub zasad moralności[76]. Indywidualność jest uznawana za najwyższy cel ludzkiego życia. Składa się na nią prawo jednostki do szacunku do samego siebie, wolności słowa, obrazu i poglądów (art. 5 UZ), wyboru religii (art. 4 UZ), pracy (art. 12), ochrona własnego wizerunku, uprawienie jednostki do przedstawienia samej siebie oraz do decydowania o zasięgu publicznym informacji o niej, korzystania ze swobody przemieszczania się na obszarze całego kraju, prawo do wyboru małżonka, ochrony przed ingerencją we własne życie, prawo do poznania swego pochodzenia. Pełna realizacja tego prawa następuje w warunkach ochrony sfery prywatności i intymności, życia rodzinnego, nietykalności osobistej, równouprawnienia mężczyzn i kobiet, równości wszystkich ludzi wobec prawa, wolności wyboru zawodu, z możliwością składania petycji, z demokratycznymi regułami funkcjonowania społeczeństwa. Federalny Trybunał Konstytucyjny w swym wyroku z dnia 15 stycznia 1958 r. stwierdził: „Nieskrępowanie osobowości człowieka oraz jego godność stanowią najwyższą wartość prawną w obrębie porządku konstytucyjnego”[77].

Prawo do prywatności zagwarantowane jest w art. 13 UZ, zapewniając każdemu prawo do decydowania o swoim życiu osobistym[78]. Jego zakres obejmuje ochronę życia prywatnego i rodzinnego oraz ochronę czci i dobrego imienia. Prywatność musi pozostać wolna od ingerencji państwa i innych osób. Każdy człowiek posiada prawo do samotności, odrębności, spokoju i odpoczynku, z których wynikają jego inne uprawnienia, np. ochrona miru domowego, przed podsłuchami, rewizją osobistą, przeszukaniem domu, ochrona własnego wizerunku, prawo do własnego imienia i nazwiska, do utrzymywania kontaktów z bliskimi, gwarancje nietykalności osobistej, autonomii informacyjnej, swobody poruszania się, wolności religijnej, informacje o rachunkach bankowych, o stanie zdrowia, o pochodzeniu rodziców, o toczącym się przeciwko jednostce postępowaniu sądowym, prawo dostępu do informacji o sobie, jak

[76] J. Detjen, *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, Wiesbaden 2009, s. 100.
[77] W. Tkaczyński, *op. cit.*, s. 87.
[78] *Ibidem*, s. 58.

i sprostowania nieprawdziwych lub nieścisłych informacji, prawo do decydowania o swym życiu osobistym, prawo do swobodnego rozwoju osobowości i do wychowania dzieci zgodnie z własnym światopoglądem[79]. Prawo do prywatności obejmuje również ochronę w szerokim wymiarze danych osobowych (głos, kod DNA, wizerunek- geometria twarzy, odczyt tęczówki oka, podpis, odcisk linii papilarnych).

Ingerencja państwa w prywatność jednostki bezwzględnie wymaga podstawy ustawowej, musi być konieczna ze względu na ochronę dóbr wyższego rzędu i podjęta w razie zagrożenia dla porządku społeczno - gospodarczego i bezpieczeństwa państwa. Art. 10 UZ gwarantuje jednostce prawo do ochrony tajemnicy korespondencji. Obecnie obejmuje ona również nowoczesne środki komunikowania się. Prawo do ochrony tajemnicy korespondencji może być ograniczone wyłącznie względami bezpieczeństwa państwa, kiedy o jego naruszeniu jednostka nie będzie informowana. W dobie powszechnego zagrożenia atakami terrorystycznymi ze strony fundamentalistów islamskich kontrola państwa w sferę komunikowania się zyskuje swoich zwolenników, choć są i obawy o jej nadużywanie.

W artykule 13 ust. 1 konstytucja zapewnia ochronę miru domowego, stanowiąc, że mieszkanie jest nienaruszalne. W doktrynie prawa niemieckiego mieszkanie oznacza pomieszczenia, służące celom mieszkalnym. Mieszkaniem są piwnica, strych, garaż, pomieszczenie gospodarcze oraz przyczepy kempingowe i wozy Romów. Objęte ochroną w ramach miru domowego są również pomieszczenia służące działalności gospodarczej[80]. Podmiotem chronionym jest osoba posiadająca tytuł prawny do mieszkania (właściciel, użytkownik i najemca[81]. Nienaruszalność mieszkania oznacza zakaz przeszukania pomieszczenia, nieuprawionego wkraczania i przebywania w nim, a warunki przekroczenia zakazów są określone w ust. 3 - 5. Należą do nich podejrzenie popełnienia szczególnie ciężkich przestępstw, zagrożenie bezpieczeństwa ogólnego, bezpieczeństwo osób znajdujących się w pomieszczeniu i niewspółmierne trudności śledcze w razie rezygnacji z podsłuchów. Nienaruszalność mieszkania obejmuje także ochronę przed bezprawną eksmisją mieszkańców lub wprowadzeniem zakazu powrotu do mieszkania. Za naruszenie nietykalności mieszkania traktuje się również hałas i zanieczyszczenie powietrza.

Zgodnie z art. 5 UZ każdy ma prawo do swobodnego wypowiadania i rozpowszechniania swoich poglądów w słowie, piśmie i w obrazie oraz do pozyskiwania bez

[79] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit*., s. 1162. O naruszeniu możemy mówić wówczas, gdy pozyskane informacje w postępowaniu karnym są następnie przekazywane innym instytucjom. Inna sprawa, to kwestia zbierania i zabezpieczenia danych.
[80] T. Schilling, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, Tübingen 2004, s. 99.
[81] W. Tkaczyński, *op. cit*., s. 129.

przeszkód informacji z powszechnie dostępnych źródeł. Zapewnia się wolność prasy oraz wolność informacji za pośrednictwem radia, telewizji i filmu. Nie stosuje się cenzury. Obowiązuje wolność sztuki i nauki, badań naukowych i nauczania. Wolność nauczania nie zwalnia od wierności wobec konstytucji (ust. 3). Wolność wypowiedzi ma szeroki zakres podmiotowy i przedmiotowy. Słowo każdy oznacza, że przysługuje ona także członkom mniejszości narodowych i innych mniejszości, cudzoziemcom i bezpaństwowcom. Obejmuje debatę publiczną, wypowiedź artystyczną, informację prasową, a formami wyrażania własnych myśli mogą być gesty, dzieła sztuki, prasa, plakaty, telewizja, radio, sieć komputerowa, płyty, wystawy i odczyty. Państwo ma aktywnie wspierać media (np. mniejszościowe), gdyż są one częścią społeczeństwa demokratycznego i obywatelskiego. Konieczność uzyskania koncesji na działalność radia lub telewizji nie narusza wolności rozpowszechniania informacji i wypowiedzi[82]. W Niemczech problemem jest jednak brak przedstawicieli mniejszości w redakcjach telewizyjnych, prasowych i radiowych[83]. Członkowie mniejszości postulują „bardziej kolorowy obraz mediów" i zachowanie ich różnorodności.

Granicę korzystania z wolności słowa wyznacza dobro innej osoby (poszanowanie jej praw i dobrego imienia). Zabroniona jest zniewaga i zniesławienie. W stosunku do mniejszości zakazane jest używanie tzw. mowy nienawiści. Granice wolności słowa wyznacza art. 130 niemieckiego kodeksu karnego[84]. Zakazane są rasizm, ksenofobia i szowinizm, podżeganie do wojny oraz negowanie holocaustu, zbrodni wojennych i przeciwko ludzkości. Przestępstwem

[82] Każdy ma prawo szukać informacji, zdobywać je z dowolnych źródeł i dowolnie rozpowszechniać, zarówno na pisemnie, jak i ustnie.

[83] Jest to skutkiem istniejących w Niemczech stereotypów, iż programy te są nieprofesjonalnie i źle robione, D. Müller, *Einstellungen von Journalisten bei der Integration ethnischer Minderheiten,* [w:] R. Geissler, H. Pöttker (red.), *Massenmedien und die Integration ethnischer Minderheiten in Deutschland*, Bielefeld 2009, s. 152.

[84] Niemiecki Kodeks karny (VStGB-Strafgesetzbuch) zabrania w § 130 nawoływania do nienawiści, przemocy lub arbitralności wobec grupy narodowej, rasowej, religijnej lub etnicznej, wobec części ludności lub wobec jednostki z powodu przynależności do wyżej wymienionej grupy lub części ludności. W ust. 1 pkt 2 stanowi, że kto atakuje godność ludzką innych osób poprzez obrazę, złośliwe obrażanie lub zniesławienie wyżej wymienionej grupy, części ludności lub osoby, za jej przynależność do wyżej wymienionej grupy lub części ludności, podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. Karze pozbawienia wolności do 3 lat lub karze grzywny podlega ten: a) kto rozpowszechnia lub udostępnia publicznie tekst, który nawołuje do nienawiści wobec danej grupy ludności lub osoby fizycznej z powodu jej przynależności do danej grupy lub części ludności lub oferuje, dostarcza lub udostępnia go osobie poniżej 18 roku życia; b) kto nawołuje do podjęcia brutalnych lub arbitralnych środków wobec osób lub większości osób, o których mowa w lit. a, c) kto atakuje godność ludzką każdej osoby lub większości osób, o których mowa w lit. a, poprzez obrazę, złośliwe obrażanie lub zniesławienie podlega tej samej karze (ust. 2 pkt 1-3). Karze podlega także ten, kto produkuje, pozyskuje, dostarcza, przechowuje tekst na składzie, oferuje, reklamuje lub zobowiązuje się do jego przywozu, w celu wykorzystania go przez inną osobę w celach określonych we wcześniejszych punktach. Każdy, kto aprobuje, zaprzecza lub banalizuje czyn, taki jak opisany w § 6 ust. 1 Międzynarodowego Kodeksu Karnego, popełniony zgodnie z zasadami narodowego socjalizmu w sposób, który może zakłócać spokój publiczny, publicznie lub na zgromadzeniu, podlega karze pozbawienia wolności do lat pięciu lub grzywnie (ust. 3) . Każdy, kto udostępnia treści, o których mowa w ust. 3 i 4, osobom poniżej osiemnastego roku życia lub ogółowi społeczeństwa za pośrednictwem radia lub telemediów również podlega karze (ust. 5).

jest także obraza uczuć religijnych. Można ograniczyć wolność słowa z uwagi na ochronę bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego, ochronę zdrowia i moralności.

Dla wolności religii kluczowe są art. 4, 12a, 140[85] i 141 UZ. Artykuł 4 UZ określił relacje między państwem a wspólnotami religijnymi, uznając wolność wyznania, sumienia, przekonań religijnych i światopoglądowych za nienaruszalną i zapewniając swobodne wykonywanie praktyk religijnych. Ustęp 3 tegoż artykułu zawiera klauzulę sumienia, przewidując możliwość zwolnienia ze służby wojskowej z bronią w ręku, wbrew swemu sumieniu. Klauzula sumienia wynika z etycznej postawy rekruta, który powołując się na nią, musi wykazać, jakie nieodwracalne duchowe szkody powstaną, gdy będzie on zmuszony służyć w wojsku. W demokratycznym państwie prawa odmowa służby wojskowej z uwagi na przekonania jest prawem każdego obywatela[86]. W art. 12 a ust. 2 konstytucja stanowi, że odmawiający ze względów sumienia służby wojskowej z bronią w ręku, może zostać zobowiązany do służby zastępczej[87]. Regulująca ją ustawa nie może naruszać wolności sumienia.

W Niemczech konstytucyjny model rozdziału państwa i kościołów, i związków wyznaniowych zakłada brak ingerencji władz w wewnętrzne sprawy wspólnot wyznaniowych przy jednoczesnym wsparciu ich istnienia i rozwoju[88]. Niemcy mają tradycję zawierania umów prawnowyznaniowych, które przybierają różne formy. Mogą one regulować całość relacji występujących pomiędzy federacją (krajem związkowym) i związkiem religijnym, albo jej wycinek. Prawną regulację tych umów normuje art. 140 UZ i konstytucje landów[89]. Od wspólnoty jako strony umowy wymaga się, by była trwała, miała wyodrębnioną formę organizacyjną, skupiała sprawdzalną liczbę wiernych, by była lojalna wobec państwa niemieckiego, transparentna w działaniu i szanowała zasady prawa. Warunkiem uzyskania przez wspólnotę statusu grupy religijnej (korporacja prawa publicznego) jest spełnienie

---

[85] Zgodnie z art. 140 niemieckiej UZ, nikt nie jest zobowiązany do ujawnienia swych przekonań religijnych.

[86] Szczegółowo orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w zakresie wolności religijnej omawiam w artykule: W. Kundera, *Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec o wolności wyznania i sumienia* [w:] G. Leszczyński (red.), *Łódzkie Studia Teologiczne-Prawo w służbie codzienności* (cz. IV), 28/3 , Łódź 2019 r., ss. 149-160. Artykuł jest dostępny na stronie internetowej czasopisma: http://archidiecezja.lodz.pl/lst/pdf/28(2019-3)-Weronika-Kundera-Federalny-Trybunal-Konstytucyjny-Niemiec-o-wolnosci-wyznania-i-sumienia.pdf (dostęp: 10.10.2019 r.).

[87] Zwolnienia z uwagi na klauzulę sumienia reguluje ustawa o służbie wojskowej (Wehrpflichtgesetz) z dnia 21 czerwca 1956 r.

[88] A. Paluszek, *Niemiecka Konferencja ds. Islamu w kontekście podmiotowości politycznej muzułmanów*, [w:] M. Wida-Behiesse (red.), *Islam w Europie. Bogactwo różnorodności czy źródło konfliktów?*, Warszawa 2012, s. 256.

89 Takie umowy regulowała również Konstytucja NRD, co było niespotykane w systemach konstytucyjnych państw socjalistycznych. M. Olszówka, *Ustawy wyznaniowe. Art. 25 ust. 5 Konstytucji RP - próba interpretacji,* Warszawa 2010, s. 19.

wszystkich kryteriów. Państwo ma prawo by sprawdzić, czy dana religia i kościół nie są niebezpieczne dla obywateli. Niemiecki prawodawca odróżnił wolność religijną od wolności wyznania, co dało władzy prawo żądania informacji na temat wyznania i ujawnienia danych osobowych członków grupy wyznaniowej, łącznie z doktryną i sposobami działania[90]. Status wspólnoty religijnej daje korzyści majątkowe, podatkowe i edukacyjne. W Niemczech płacący podatek kościelny ujawniają mimochodem swoje wyznanie, co jest sprzeczne z zasadą nieujawniania informacji o wyznawanej religii. Sytuacja ta jest fenomenem w całej Europie i wynika z tradycji tego kraju[91]. Wspólnoty religijne działają na gruncie wolności stowarzyszania się. Państwo jest zobowiązane zapewnić ochronę ich członkom i majątku. Gwarancję przestrzegania praw wolności religijnej dopełnia art. 141 UZ, zgodnie z którym posługi duszpasterskie mogą być wykonywane dobrowolnie przez związki wyznaniowe w szpitalach, zakładach karnych i innych instytucjach publicznych[92].

Powszechne prawo do nauki jest zawarte w art. 7 Ustawy Zasadniczej, będącym uzupełnieniem jej art. 6. Na mocy ust. 1 art. 7 państwo sprawuje nadzór nad szkolnictwem i finansuje instytucje kształcenia, by zapewnić edukację na odpowiednim poziomie[93]. Za organizację szkół w Niemczech są odpowiedzialne kraje związkowe. One także wydają regulacje dotyczące obowiązku szkolnego, które dotyczą każdego dziecka po ukończeniu 6 roku życia i obejmują zazwyczaj 9-10 lat szkolnych. Dla ucznia dwukrotnie powtarzającego jedną klasę, obowiązkowe szkolnictwo kończy się wraz z upływem wymaganego okresu nauczania. Po ukończeniu szkoły podstawowej uczeń ma obowiązek wyboru zawodu, do którego przygotowują szkoły zawodowe. Generalnie dzieci uczą się w szkołach na terenie zamieszkiwanego landu. Zwolnienie z obowiązku szkolnego jest możliwe w ściśle określonych przypadkach[94]. Niedopełnienie obowiązku szkolnego wiąże się z karami pieniężnymi dla rodziców (opiekunów), w wysokości określonej przez landy. W Hamburgu, Hesji i Sarze grozi za to kara 6 miesięcy pozbawienia wolności. Dodatkowo osoba opiekująca się dzieckiem, może zostać ograniczona całkowicie lub częściowo w swych prawach rodzicielskich. Krytycy obowiązku szkolnego oceniają go w kategoriach paternalizmu państwa wobec rodziców, których prawo do wychowania dzieci pozostaje w tle tego obowiązku. Konstytucje niektórych

[90] B. Rogowska, *Kategoria równości w kościołach i organizacjach wyznaniowych w państwach członkowskich UE i prawie wspólnotowym* [w:] W. Bokajlo, A. Pacześniak (red.), *Równość w Unii europejskiej - teoria i praktyka,* Wrocław 2008, s. 151.
[91] *Ibiden*, s. 156.
[92] M. Safjan, L. Bosek, (red.), *op. cit*., s. 1253.
[93] T. Schilling, *op. cit*., s. 108.
[94] Np. wobec dzieci, które nie osiągnęły wystarczającego rozwoju fizycznego, psychicznego i duchowego. Istnieje możliwość zwolnienia z lekcji sportu i pływania dziewcząt islamskich z powodu ich konfliktu w wierze. W Lipsku zezwala się na pływanie w burkini.

landów wyróżniają prawo do nauki i obowiązek nauki. Prawo do nauki pozwala na realizację innych praw zawartych w Ustawie Zasadniczej np. prawa do rozwoju osobowości, prawa rodziców do wychowania dzieci, prawa do wyboru zawodu, prawa do nauczania i prowadzenia badań naukowych, wolności wyznania, światopoglądu i przekonań religijnych[95].

Konstytucja niemiecka przewiduje nauczanie religii w szkołach. Na mocy art. 7 ust. 3 UZ nauka religii w szkołach publicznych, z wyjątkiem szkół bezwyznaniowych, jest zwykłym przedmiotem nauczania. Odbywa się ona zgodnie z zasadami związków wyznaniowych, co nie narusza nadzoru państwa nad szkołami[96]. Władza publiczna ponosi koszty organizacji lekcji religii w szkołach. Rodzice (opiekunowie) mają prawo do decydowania o udziale dziecka w nauce religii (ust. 2). Dzieci, które ukończyły 14 rok życia same decydują o wyznaniu i swym uczestnictwie w lekcji religii (*Religionsműndigkeit*, tzw. dojrzałość religijna). Jeżeli rodzice nie są zgodni w kwestii wychowania religijnego swego dziecka, ich spór rozstrzyga sąd rodzinny, po wysłuchaniu dziecka, które ukończyło 10 rok życia[97]. Żaden nauczyciel nie może być wbrew swej woli zmuszony do nauczania religii (ust. 3). Zasada ta podkreśla także indywidualną wolność wyznania nauczyciela i zakaz jego dyskryminacji z powodu wyznania. Artykuł 7 ust. 5 przewiduje możliwość założenia prywatnej szkoły wyznaniowej, co jest obostrzone wieloma warunkami władzy oświatowej landu, na terenie którego szkoła taka ma powstać**.** Rodzice mogą wyrażać swą dezaprobatę dla zajęć proponowanych przez szkołę. Nie zaakceptowali wspólnych zajęć sportowych dla dziewcząt i chłopców muzułmanie, a Federalny Sąd Administracyjny (BVerw GE 6 C 8.91) uznał ich prawo w tym zakresie. Problemem jest także wspomniany wyżej status religii jako zwykłego przedmiotu w szkole, wynikający z art. 7 ust. 3 UZ. FTK orzekł, że rezygnacja z lekcji religii nie zwalnia ucznia z uczestnictwa w zajęciach z etyki. Szkoła nie może prowadzić indoktrynacji, a przekazywane przez nią informacje na temat religii muszą być obiektywne, krytyczne i pluralistyczne[98]. Art. 5 ust. 3 UZ podkreśla wolność nauki, badań naukowych, sztuki i nauczania. Wszelkie kontrowersje związane z prawem do nauki są rozstrzygane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny.

---

[95] L. Elle, *Das Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz der nationalen Minderheiten und der Minderheitenpolitik in der Laustizt,* Budziszyn 2005, s. 28.

[96] Kontrowersje budzi natomiast obowiązek zorganizowania lekcji religii dla muzułmanów. https://www.juracademy.de/grundrechte/schulwesen-schema.html, (dostęp: 05.08.2018 r.).

[97] A. Jakuszewicz, *Prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami a wolność sumienia i religii dzieci w Konstytucji RP oraz w Konwencji o Prawach Dziecka*, [w:] „Studia z zakresu prawa, administracji i zarządzania UKW", Bydgoszcz, T. 3 (16), Bydgoszcz 2013, s. 129. Zob. Gesetzt űber die religöse Kindererziehnung z 15 czerwca 1921, RGBl , s. 939 w brzmieniu nadanym po nowelizacji z dnia 17 grudnia 2009, BGBl I, s. 2586.

[98] T. Schilling, *op. cit*., s. 113.

Ochrona danych osobowych nie została objęta bezpośrednią ochroną w konstytucji Niemiec. Przewidują ją natomiast konstytucje poszczególnych krajów związkowych, m.in. art. 13 Konstytucji Berlina, art. 11 Konstytucji Brandenburgii, art. 12 Konstytucji Bremy, art. 4 ust. 2 Konstytucji Północnej-Westfalii, art. 33 Konstytucji Saksonii i art. 6 Konstytucji Turyngii. Na szczeblu krajowym ochronę danych osobowych reguluje ustawa o państwowej ochronie danych osobowych *(Bundestdatenschutzgesetz*- BDGS) z 1977 r. [99], która określa zasady ochrony danych osobowych w administracji państwowej i w sferze działalności prywatnej (tj. instytucji, związków, przedsiębiorstw). Prócz niej, kraje związkowe wprowadziły u siebie własne ustawy o ochronie danych osobowych. Przepisy dotyczące ochrony danych osobowych zawierają m. in. ustawy o usługach telekomunikacyjnych i pocztowych, o ochronie konsumentów. Ochroną objęte są również dane o wiernych zbierane przez Kościoły. Jednostka ma prawo do kontrolowania treści i obiegu informacji o sobie zgromadzonych przez podmioty je przechowujące. Pozyskiwanie i korzystanie z tzw. wrażliwych danych osobowych wymaga wyraźnej zgody na przetwarzanie tych danych.

Obywatelstwo jest to więź prawna łącząca jednostkę z państwem, na mocy której jednostka ma określone prawa i obowiązki wobec państwa, a państwo ma obowiązki i prawa wobec jednostki. Zgodnie z art. 116 Konstytucji niemieckiej, Niemcem jest każdy, kto posiada niemiecką przynależność państwową lub kto jako uchodźca lub wypędzony narodowości niemieckiej, jego małżonek lub potomek znalazł przyjęcie na obszarze Rzeszy Niemieckiej (tzw. *Späteraussiedler),* według stanu z dnia 31 grudnia 1937 roku (ust. 1). Byłym niemieckim przynależnym państwowym, którzy między dniem 30 stycznia 1933 roku a 8 maja 1945 roku z przyczyn politycznych, rasowych lub religijnych zostali pozbawieni przynależności państwowej, a także ich potomkom, należy przynależność tę, na ich wniosek przywrócić. Uważa się, że nie stracili oni przynależności państwowej, jeżeli osiedlili się w Niemczech po 8 maja l945 roku i nie wyrazili innej woli (ust. 2)[100].

Zgodnie z art. 16 ust. 1 Konstytucji Niemiec nie można nikogo pozbawić niemieckiego obywatelstwa. Odebranie obywatelstwa wbrew woli obywatela może nastąpić jedynie na

---

[99] Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) z dnia 1 stycznia 1997 r., BGBl 1997, Teil 1, Nr 1, S. 201.

[100] Występuje wiele form wtórnego nabycia obywatelstwa. Nabycie obywatelstwa niemieckiego może nastąpić poprzez : 1) przodków; jeżeli matka lub ojciec byli Niemcami, nabycie obywatelstwa następuje automatycznie (durch Erklärung), 2) małżeństwo z obywatelem Niemiec, 3) długotrwały pobyt w Niemczech (co najmniej 8 lat- durch Aufenthalt), 4) otrzymanie obywatelstwa przez dziecko, które urodziło się w Niemczech (durch Geburt), 5) dzieci, mogą uzyskać niemieckie obywatelstwo przez adopcję (durch Annahme als Kind). Warunkiem uzyskania obywatelstwa przez osoby dorosłe jest znajomość języka niemieckiego, znajomość niemieckiej kultury i historii, zdolność do utrzymania się oraz niekaralność (§§ 3, 6 i 9 ustawy o obywatelstwie niemieckim (Deutsches Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz z 22 lipca 1913 r. ze zm.).

podstawie ustawy i tylko wtedy, gdy obywatel nie stanie się przez to bezpaństwowcem. Obywatel niemiecki nie może zostać wydalony za granicę. Ustawa może przewidywać szczególne wypadki wydalenia do krajów członkowskich Unii Europejskiej lub do sądu międzynarodowego, o ile poszanowane zostały zasady państwa prawa (ust. 2). Utrata niemieckiego obywatelstwa została obostrzona rygorystycznymi warunkami, aby nie dopuścić do powtórzenia się dramatycznych wydarzeń z historii z 15 listopada 1941 r., kiedy władze hitlerowskie pozbawiły aktem niższego rzędu obywatelstwa niemieckiego setki tysięcy Żydów. Dziś wymaga się, by zasady ochrony obywatelstwa występowały w aktach prawnych o najwyższej randze i zawierały najwyższy standard ochrony. Przepis art. 16 UZ ma swą podstawę w art. 15 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ, który przewiduje zakaz samowolnego pozbawiania obywatelstwa.

Obywatele mają zapewnioną ochronę w dalszych artykułach Ustawy Zasadniczej, zapewniających swobodę przemieszczania się, zakładania związków i stowarzyszeń, wolność wyboru zawodu oraz miejsca pracy. Problem w zastosowaniu tych praw związany jest jednak z ich wykładnią. Art. 116 UZ łączy obywatelstwo niemieckie z pochodzeniem, wychowaniem i kulturą. Przyjmuje on historyczną definicję Niemca, który winien być głównym biorcą konstytucyjnych wolności i uprawnień. Konstytucja RFN w przeciwieństwie do polskiej nie wprowadziła przepisu bezpośrednio chroniącego żyjące w tym kraju mniejszości. Rząd niemiecki stoi na stanowisku, że wystarczające dla ich ochrony są art. 3 i 33 pkt 1 i 2 UZ, które stanowią, o równości obywateli niemieckich w każdym kraju związkowym, o ich równych prawach i obowiązkach obywatelskich, bez względu na miejsce zamieszkania w Niemczech. Zgodnie z nimi obywatel Niemiec posiada równy dostęp do każdego urzędu stosownie do swoich kwalifikacji i umiejętności zawodowych[101].

Zgodnie z art. 11 Konstytucji Niemiec każdy obywatel może swobodnie przemieszczać się na całym obszarze państwa (ust. 1). Tym samym państwo nie może swym obywatelom zabronić przeniesienia się w inne miejsce ani zmusić ich do zmiany miejsca zamieszkania. Prawo do przeniesienia się do innego regionu lub miasta może być ograniczone tylko przez ustawę lub na podstawie ustawy i tylko w przypadkach wyższej konieczności (zagrożenia dla bytu państwa, epidemii, klęski żywiołowej, w celu ochrony młodzieży przed zaniedbaniem,

[101] S. Łodziński, *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych-perspektywa europejska. Kancelaria Sejmu. Biuro studiów i ekspertyz,* Warszawa 2002, s. 49. http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf/r-208.pdf, (dostęp: 05.07. 2018 r.). Prawa mniejszości są pośrednio chronione także w innych przepisach ustawy zasadniczej, dotyczących praw człowieka i obywatela niemieckiego Przepisy konstytucji regulują prywatne i publiczne życie obywateli Niemiec, zatem i mniejszości. H. Schambeck, *Beiträge zur Verfassungs- und Europarecht*, Wien 2014, s. 367.

itp.). Swoboda przemieszczania się może być zakazana, gdy chodzi o przeniesienie się w niebezpieczne miejsca, zwłaszcza w regiony, w których panuje przeludnienie lub prowadzona jest ewakuacja ludności z powodu istniejącego zagrożenia katastrofą. Ograniczenie swobody przemieszczania się może dotyczyć Niemców pobierających zasiłki socjalne lub zasiłki dla bezrobotnych[102], gdyż zgodnie z wykładnią prawa niemieckiego, ich przeniesienie się może być szczególnym obciążeniem dla reszty obywateli[103]. Ograniczenia mogą dotyczyć osób o innej niż niemiecka narodowości lub uchodźców w związku z koniecznością zapewnienia równego obciążenia dla krajów związkowych, tak aby żadna gmina niemiecka nie była nadmiernie obciążona ludźmi, którzy w niej mieszkają i nie dotykały jej trudności integracyjne. Chodzi tu więc o zapewnienie odpowiedniego poziomu życia wszystkim mieszkańcom Niemiec[104].

Obywatele mają prawo do wjazdu na obszar Niemiec, wyjazdu lub emigracji z kraju (ust. 2 tego artykułu). Zakazy w tym zakresie mogą powstać w związku z toczącym się postępowaniem karnym, kiedy dla jego prawidłowości, konieczne jest zarządzenie o zakazie pobytu lub nakazie przebywania w danym miejscu lub o dozorze policji wobec osoby podejrzanej. Na mocy niemieckiej ustawy o paszportach, istnieje również możliwość ograniczenia prawa do podróży i wyjazdu z kraju osobom, które nie spełniły obowiązków alimentacyjnych względem członków swych rodzin bądź nie zapłaciły podatków[105]. Ich wyjazd jest uzależniony od uregulowania należności. Ograniczenia swobody przemieszania się mogą być ustanawiane na stałe lub czasowo. Ich wprowadzenie jest dopuszczalne tylko w drodze ustaw i powinno spełniać kryteria proporcjonalności (tzw. Verhältnissmässigkeit). Prawo niemieckie chroniąc mniejszości przed zmianą proporcji narodowych w zamieszkiwanych przez nie regionach, zabrania grupowego wydalenia z kraju.

Konstytucja niemiecka w art. 12 ust. 1 wprowadza dla swych obywateli wolność pracy w jej trzech aspektach, tj. podmiotowym, kwalifikacyjnym i przestrzennym. Nie jest to prawo socjalne, gdyż państwo nie może wszystkim zagwarantować pracy, a jednostce nie przysługuje roszczenie o nią. Konstytucje nie wszystkich landów zawierają przepis o wolności pracy. Państwo popiera wykonywanie przez każdego pracy, zapewniającej mu utrzymanie. Nie może

[102] Np. ograniczenia do przeniesienia się przez taką osobę do miejsca, gdzie wynajem mieszkania jest droższy.
[103] *A contartio*-prawo do swobodnego poruszania się nie może dotyczyć osób, które znajdują się w wystarczająco dobrej sytuacji życiowej i z ich swobodą poruszania się nie powstaną dla ogółu społeczeństwa żadne obciążenia.
[104] Kontrowersje wzbudza to, czy można ograniczyć swobodę poruszania się przedstawicielom określonych grup zawodowych z powodu przestrzegania tajemnicy zawodowej, służbowej i handlowej oraz zachowania wolności konkurencji. J. W. Tkaczyński, *op. cit.*, s. 101 i 130.
[105] Państwo może odebrać jednostce paszport bądź go nie wydać.

nikogo zmuszać do pracy, ani żądać wykonywania określonego zawodu (ust. 2 tegoż art.)[106]. Może prowadzić aktywną politykę zatrudnienia, nie naruszając wolności wyboru zawodu. Praca przymusowa jest dopuszczalna jedynie w przypadku sądownie orzeczonego pozbawienia wolności (ust. 3), w ramach służby wojskowej, służby zastępczej, w stanach nadzwyczajnych i w czasie klęsk żywiołowych. Praca jest obwarowana zasadą równouprawnienia mężczyzn i kobiet (art. 3 ust. 2 UZ) i zakazem dyskryminacji (art. 3 ust. 3 UZ), na które mogą się powołać również osoby obcego pochodzenia narodowego. Państwo ingeruje w rynek pracy, wprowadzając płacę minimalną, ustanawiając w interesie społecznym reguły wykonywania danego zawodu i chroniąc pracownika przed arbitralnym działaniem pracodawcy. Zapewnia pracownikowi prawo do zabezpieczenia społecznego i ochrony zdrowia. Wprowadza zakazy łączenia pewnych funkcji sprawowanych w państwie z innymi zajęciami. Artykuł 139 UZ gwarantuje pracownikowi prawo do wypoczynku w niedziele i w uznane przez państwo dni świąteczne, by mógł realizować swoje inne konstytucyjne prawa[107].

Ustawa Zasadnicza Niemiec chroni obok wolności indywidualnych również wolność zbiorową, regulując w art. 8 wolność zgromadzeń. Prawo to jest wykonywane kolektywnie, gdyż dotyczy dobrowolnego zebrania się osób na terenie prywatnym lub publicznym, dostępnym dla nieograniczonego kręgu adresatów, by zająć stanowisko w jakieś kwestii społecznej. Powiązane jest ono z prawem do petycji, do protestu i z wolnością wypowiedzi[108]. Podmiotem tego uprawienia jest każdy człowiek, bez względu rasę, pochodzenie, wyznanie, płeć, który posiada obywatelstwo niemieckie. Art. 8 UZ pozwala wszystkim Niemcom bez zgłoszenia bądź pozwolenia, zebrać się w celach pokojowych. Pod określonymi warunkami z prawa do zgromadzeń mogą korzystać również cudzoziemcy. Konstytucje Berlina i Brandenburgii przyznają je każdemu. Zgodnie z ust. 2 art. 8 UZ zakazane są zgromadzenia, które są sprzeczne z obowiązującym prawem, których cel lub działalność godzą w porządek ustrojowy albo porozumienie między narodami.

W Niemczech wyróżnia się zgromadzenia „pod gołym niebem", „na wolnym powietrzu"[109] i „zgromadzenia w miejscach ruchu publicznego"[110.] Wymogiem ich odbycia jest

---

[106] A. Śledzińska-Simon*, Wolność pracy,* [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 584.
[107] K. H. Kästner, *Gesammelte Schriften*, Tübingen 2011, s. 688.
[108] J. Safjan, L. Bosek (red.), *op*. *cit*., s. 1358.
[109] Zakazuje się zgromadzeń pod gołym niebem *(unter freiem Himmel)* jeżeli ich celem jest propagowanie reżimu narodowosocjalistycznego (§15 ust. 2) lub gdy zagrażają one bezpieczeństwu lub porządkowi publicznemu (§15 ust. 1 i 3) ustawy o zgromadzeniach i pochodach; Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) z 24 lipca 1953 r.
[110] M. Sajfan, L. Bosek (red.), *op*. *cit*., s. 1364. Chociaż wolność organizowania się powinna być wolna od ingerencji ze strony władz publicznych, państwo jest zobowiązane zapewnić bezpieczeństwo i poszanowanie praw innych osób, a także zmniejszyć uciążliwość odbywania się zgromadzenia (np. wytyczyć objazdy).

pokojowy charakter, zapewniający, że zgromadzenie nie naruszy integralności cielesnej osób uczestniczących w nim, kontrdemonstrantów bądź osób postronnych, ani nie doprowadzi do zniszczenia mienia publicznego lub prywatnego (art. 8 ust. 1 UZ)[111]. Zgromadzenia w miejscach publicznie dostępnych wymagają zawiadomienia odpowiednich władz najpóźniej na 48 godzin przed ich rozpoczęciem. Prawo dopuszcza tzw. zgromadzenia spontaniczne (§ 14 Prawa o zgromadzeniach i pochodach), na których gromadzą się osoby pod wpływem aktualnych wydarzeń lub sytuacji. Przyczyny odmowy zgromadzenia są uniwersalne, zatem gdy bezpośrednio zagraża ono porządkowi publicznemu, dobrom wspólnym lub jego organizacja wymaga np. użycia dodatkowych sił policyjnych. Ocena zagrożenia należy do organu wydającego zgodę na zgromadzenie[112]. Każdy kraj związkowy reguluje indywidualnie wolność zgromadzeń. Obywatelom niemieckim przysługuje także prawo do demonstracji. Dopuszczalna jest kontrdemonstracja, o ile jej organizatorzy zapewnią pokojowy jej przebieg. Celem kontrdemonstracji nie może być rozbicie demonstracji[113].

Na mocy art. 9 ust. 1 UZ Niemcy mają prawo do zakładania związków i stowarzyszeń, z wyjątkiem takich, których cele lub działalność są bezprawne, skierowane przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub idei porozumienia między narodami (ust. 2). Wolność stowarzyszania się obejmuje prawo do założenia organizacji, jej rejestracji, przystąpienia i wystąpienia z organizacji oraz zakaz dyskryminacji z powodu uczestnictwa w niej. Obywatele mają prawo, aby zakładać przedsiębiorstwa społeczne, nastawione nie na zysk, lecz na cele niematerialne, służące integrowaniu się ludności, utrwalaniu kultury i zachowaniu tożsamości narodowej. Przedsiębiorstwa takie zajmują się rękodziełem ludowym, prowadzą działalność artystyczną, oświatową, sportową i gastronomiczną.

Konstytucja niemiecka zapewnia w art. 14 każdemu prawo własności i prawo do dziedziczenia (ust.1). Korzystanie z własności powinno służyć dobru ogółu (ust. 2). Dopuszczalne jest wywłaszczenie uzasadnione interesem publicznym, co wymaga podstawy ustawowej i wypłaty słusznego odszkodowania. Osobie niezadowolonej z jego wysokości przysługuje droga prawna przed sądami powszechnymi (ust. 3). Ochroną objęta jest własność prywatna i inne prawa rzeczowe, roszczenia z zakresu prawa prywatnego, prawa autorskie i niematerialne prawa własności tak długo, jak posiadają one wartość majątkową. Szczegółowe regulacje dotyczące władania, korzystania i rozporządzania rzeczą są zawarte w kodeksie

[111] Artykuł ten stanowi, że wszyscy Niemcy mają prawo bez uprzedniego zawiadomienia lub zgody, w pokojowy sposób i bez broni gromadzić się.
[112] *Zgromadzenia spontaniczne w Niemczech*, strona : http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2012/06/Zgromadzenia_spontaniczne_policy_paper.pdf , [dostęp: 03.06.2020 r.].
[113] T. Schilling, *op. cit*., s. 136.

cywilnym i w kodeksie karnym. Ustawa Zasadnicza chroni prawo do dziedziczenia, które następuje na mocy testamentu, umowy o spadek lub w drodze ustawy. W razie braku krewnych i małżonka po zmarłym dziedziczy Skarb Państwa.

Na mocy art. 17 Konstytucji Niemiec każdy ma prawo zwracać się indywidualnie lub wspólnie z innymi z pisemnymi prośbami i z zażaleniami do właściwych organów i do parlamentu, co przewidywała już konstytucja z 1919 r. Petycje jako forma uczestnictwa jednostki w życiu społecznym i politycznym, stanowią podstawę społeczeństwa obywatelskiego[114]. Wykluczona jest ich anonimowość oraz wielokrotne składanie, jeśli petycja w danej sprawie została już rozpatrzona. W Bundestagu działa komisja petycji zajmująca się ich rozpatrywaniem wedle procedury przewidzianej w prawie krajowym. Również prawo do petycji normuje wiele konstytucji landów, np. Konstytucja Bawarii w art. 15.

Art. 103 ust. 1 konstytucji Niemiec stanowi, że każdemu przysługuje prawo do bycia wysłuchanym przez sąd. Każdy ma prawo stanąć przez obiektywnym i niezależnym i bezstronnym sądem (art. 97 UZ). Sąd musi wysłuchać dwóch stron procesu. Stronie przysługuje prawo do odwołania się do wyższej instancji. Czyn podlega karze tylko wtedy, gdy był bezprawny, tj. był zabroniony pod groźbą kary w ustawie przed jego popełnieniem (art. 103 ust. 2). Nikt nie może być ukarany na podstawie powszechnych ustaw karnych więcej niż jeden raz za ten sam czyn (art. 103 ust. 3). Prawo karne w Niemczech przewiduje łagodniejsze traktowanie sprawców tzw. przestępstw niższej wagi (*minder schwerer Fall*). Zalicza się do nich m.in. kradzież przedmiotów mniejszej wartości (*Diebstahl geringwertiger Sachen*- § 248 StGB), rozbój o niewielkiej skali (*minder schwere Falle des Raubes*- § 249 II StGB), a także zabójstwo, którego sprawca dopuścił się, gdy bez własnej winy został rozgniewany, źle potraktowany lub obrażony przez swą ofiarę. Zakwalifikowanie danego czynu jako przestępstwa mniejszej wagi, powoduje obniżenie ustawowego wymiaru kary. Ponieważ przesłanki obniżenia kary nie są ściśle określone, dają one pole do dowolnej interpretacji, wskutek czego sądy niemieckie często orzekają złagodzenie kary[115.] Zgłaszane są jednak postulaty zaostrzenia kary dla sprawców takich przestępstw z uwagi na ich brutalność, pozostawiającą trwały ślad w psychice ofiary. Zwolennicy wyższych kar liczą, że będą one odstraszały innych, zwłaszcza młodych od ich popełniania.

---

[114] M. Jaworska, *Petycje a skargi i wnioski*, [w:] R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Teoretyczne i praktyczne aspekty realizacji prawa petycji*, Wrocław 2015, s. 59.

[115] K. Banasik, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, [w:] *Prokuratura i Prawo*, z. 3, Warszawa 2008, s. 51-53.

Artykuł 104 Konstytucji Niemiec chroni każdego przed bezprawnym i bezpodstawnym zatrzymaniem, określając przesłanki dopuszczalności ograniczenia wolności. Może nastąpić jedynie na podstawie ustawy i przy zachowaniu przewidzianych w niej norm. W stosunku do zatrzymanych obowiązuje zakaz znęcania się psychicznego i fizycznego. O dopuszczalności i czasie trwania pozbawienia wolności decyduje wyłącznie sędzia. W każdym przypadku pozbawienia wolności niewynikającym z zarządzenia sędziego należy niezwłocznie uzyskać orzeczenie sądowe. Policji zakazane jest przetrzymywanie zatrzymanego w areszcie dłużej niż do końca dnia po ujęciu. Każda osoba zatrzymana na skutek podejrzenia o popełnienie czynu bezprawnego powinna najpóźniej w dzień po zatrzymaniu zostać doprowadzona przed sędziego, który po przesłuchaniu i wysłuchaniu jej, może wydać pisemny nakaz aresztowania z uzasadnieniem lub zarządzić jej zwolnienie. W razie aresztu należy niezwłocznie zawiadomić o nim członka rodziny zatrzymanego, a osadzony ma prawo do kontaktu z dziećmi i z rodziną[116].

Zakończenie

Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej i Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec szeroko chronią prawa podstawowe jednostki. Konstytucja RP ujmuje te prawa w 45 art., niemiecka w 19. Wiele regulacji powtarza się w obydwu konstytucjach, co jest skutkiem przeniesienia niemieckich norm prawnych do polskiego systemu prawnego w okresie transformacji ustrojowej i konstruowania Konstytucji z 1997 r.[117]. Ustawa Zasadnicza RFN miała obowiązywać do zjednoczenia Niemiec, przez co znalazły się w niej jedynie najważniejsze prawa podstawowe, które miały zostać rozwinięte w późniejszej konstytucji jednoczącej dwa kraje. Konstytucja RP w o wiele większym stopniu reguluje prawa podstawowe. Każdemu z praw poświęca osobny artykuł. Niemiecka natomiast łączy niekiedy wiele praw w jednym artykule (m.in. prawo życia, nietykalność osobistą i prawo do swobodnego rozwoju, które regulowane są łącznie w art. 2 UZ). Podobnie prawo do równości, zakaz dyskryminacji i kwestia równości mężczyzn i kobiet są unormowane w jednym artykule UZ (art. 3), podczas gdy polska konstytucja rozbija je na dwa artykuły (art. 32 i 33). Konstytucja Polski chroni także więcej praw podstawowych. W art. 39 wprowadza zakaz eksperymentów medycznych, bez dobrowolnie wyrażonej zgody. Niemiecka ustawa zasadnicza nie reguluje tego prawa, zakładając, że jego poszanowanie wynika pośrednio ze wspomnianego art. 2.

---

[116] Ch. Gusy, *Freiheitsentziehung und Grundgesetz*, s. 3. Strona: https://pub.uni-bielefeld.de/publication/1780327,[dostęp: 05.07.2018].

[117] R. Grzeszczak, *Transfer myśli prawniczej*, strona : http://www.polska-niemcy-interakcje.pl/articles/show/18, (dostęp: 03.06.2020 r.).

Konstytucja RP w art. 51 stanowi o ochronie danych osobowych, podczas gdy niemiecka UZ nie zawiera analogicznego zapisu. Brakuje w niej również przepisów chroniących zdrowie obywateli (tak, jak czyni to w art. 68 Konstytucja RP), osoby niepełnosprawne (art. 69), bezpieczeństwo ekologiczne (art. 74), konsumentów, użytkowników i najemców (art. 76), zobowiązujących państwo do zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych swych obywateli (art. 75), ich zabezpieczenia społecznego (art. 67 i 71). Konstytucja niemiecka pomija ochronę mniejszości narodowych, przesuwając ją na poziom landów, w których one zamieszkują. Polska Konstytucja prawa mniejszości reguluje w art. 35, zakładając, że będą one rozwijanie w drodze odpowiednich ustaw. Zapewnia każdemu możliwość korzystania z dóbr kultury (art. 73), które to prawo pomija Konstytucja Niemiecka. Polska ustawa zasadnicza zabrania zatrudniania dzieci do 16 roku życia (art. 65), natomiast niemiecka nie reguluje tej kwestii (art. 12). Brak w niej również prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, uregulowanych w art. 66 Konstytucji RP. Polska ustawa zasadnicza odmiennie niż niemiecka stanowi o nieprzedawnieniu zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości (art. 43).

Szczegółowość regulacji dotyczących niektórych praw podstawowych jest również w obu konstytucjach odmienna. Konstytucja niemiecka nie tylko gwarantuje prawo do nienaruszalności mieszkania, ale w 7 ustępach art. 13 normuje przesłanki jego zawieszenia. Konstytucja Polska, choć zapewnia to prawo, to przypadki jego ograniczenia określa w drodze w ustawy (art. 50). Niemiecka ustawa zasadnicza szczegółowo normuje zagadnienie obowiązku służby wojskowej i zwolnienia od niej, czyniąc to w 6 ustępach art. 12a. Konstytucja Polski jedynie wspomina o tym obowiązku, a zasady zwolnienia ze służby określa w drodze ustawy (art. 85). Polska Ustawa Zasadnicza chroni natomiast nie tylko wolność religijną, ale także przyznaje autonomię, niezależność i równouprawnienie kościołów i związków wyznaniowych oraz bezstronność organów władzy publicznej wobec przekonań religijnych i filozoficznych (art. 25). W Konstytucji Niemiec brakuje analogicznego artykułu. Polska Ustawa Zasadnicza wymienia sfery równości praw dla kobiet i mężczyzn (art. 33), natomiast Konstytucja niemiecka pomija tę kwestię (art. 3).

Niektóre prawa podstawowe w obydwu Konstytucjach zostały uregulowane w podobny sposób. Polska i Niemiecka Ustawa Zasadnicza wskazują, że godność człowieka jest nienaruszalna, a jej poszanowanie jest obowiązkiem władz publicznych (art. 1 Konstytucji Niemieckiej i art. 30 Konstytucji Polskiej). Odmiennie regulują natomiast prawa dziecka. Konstytucja Polska nakazuje organom władzy publicznej wysłuchanie dziecka i w miarę możliwości uwzględnienie jego zdania (art. 72). Konstytucja Niemiec nie wspomina o tym

prawie[118]. Zapewnia natomiast o wiele szerszą ochronę dzieciom urodzonym w związkach pozamałżeńskich (art. 6), aniżeli Konstytucja Polski (art. 72). Polska UZ podkreśla konieczność ochrony praw dziecka, przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją, podczas gdy niemiecka wskazuje, że nad wypełnianiem zadań rodziców wobec dzieci czuwa wspólnota.

Konstytucja Polska nakłada więcej obowiązków na swych obywateli niż Konstytucja Niemiecka. O ile ta pierwsza wspomina o obowiązku, wierności i troski o dobro wspólne (art. 82), przestrzegania prawa (art. 83), ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych (art. 84), obrony Ojczyzny i służby wojskowej (art. 85), dbałości o stan środowiska (art. 86), o tyle niemiecka stanowi jedynie o obowiązku służby wojskowej (art. 12 a).

Choć katalog praw podstawowych i ich zakres są zróżnicowane w konstytucjach obu krajów, można zaobserwować ujednolicenie praw przysługujących jednostce, co jest efektem ratyfikowania przez Polskę i Niemcy umów międzynarodowych, takich jak m.in.: Karta Narodów Zjednoczonych z 1945 r., Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., Europejska Karta Społeczna z 1961 r., Konwencja UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r., Międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r., Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., Konwencja ONZ o prawach dziecka z 1989 r., Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 2000 r.[119] .

Pomimo tego, że Ustawa Zasadnicza Niemiec węziej niż Konstytucja RP ujmuje prawa podstawowe jednostki, to prawo niemieckie jest jednym z tych ustrojów prawnych, które w największym stopniu wywiera wpływ na kształtowanie się ustawodawstwa w innych krajach (koncepcja Rechtsstaat)[120].

[118] Rozszerzenie praw dzieci w niemieckiej ustawie zasadniczej jest jednym z postulatów niemieckich socjaldemokratów . https://www.dw.com/pl/niemcy-wpisz%C4%85-prawa-dzieci-do-konstytucji/a-51438519, [dostęp:25.03.2020].

[119] Konwencje te w jednakowy sposób nakładają na wszystkie ratyfikujące je państwa obowiązek m.in. poszanowania godności ludzkiej, wprowadzając zakaz dyskryminacji, niewolnictwa, tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania i karania, prowadzenia eksperymentów medycznych, bez zgody poddanej im osoby, przyznają każdemu prawo do życia, nauki, własności, wolność sumienia i wyznania, prawo do założenia rodziny, gwarantując ochronę życia prywatnego, rodzinnego oraz danych osobowych, prawo do zgromadzania się i stowarzyszania, do uczestniczenia w rządzeniu krajem, dostępu do służby publicznej, do ubezpieczenia społecznego, do swobodnego poruszania się, wyboru pracy, do urlopu i wypoczynku, do odpowiedniej stopy życiowej, do uczestniczenia w życiu kulturalnym, wyznaczając tym samym globalny standard ochrony praw podstawowych.

[120] http://www.polska-niemcy-interakcje.pl/articles/show/18.

ABSTRAKT

Celem artykułu jest porównanie regulacji dotyczących praw podstawowych w Konstytucji Polskiej i w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec. Prawa człowieka są to naturalne, wrodzone i niezmieniane prawa, których respektowania może domagać się każdy od społeczeństwa, w którym żyje. Konstytucja RP poświęca im 45 artykułów, natomiast niemiecka 19. Różnice w liczbie są skutkiem tego, że Konstytucja RFN z 1949 r. miała obowiązywać tylko do czasu zjednoczenia Niemiec i dlatego w ograniczony sposób unormowano w niej prawa jednostki. Uchwalona w 1997 r. Konstytucja Polska, przejęła część rozwiązań z Niemieckiej Ustawy Zasadniczej m.in. w całości inkorporowała artykuł dotyczący kwestii godności ludzkiej. Jako późniejsza, zawiera nowe prawa, które zostały pominięte w Konstytucji Niemieckiej m.in. prawo do ochrony danych osobowych, zakaz eksperymentów medycznych, bez dobrowolnie wyrażonej zgody, ochronę konsumentów. Niemiecka Konstytucja żadnego ze swych artykułów nie poświęca kwestii ochrony mniejszości narodowych. Nie zagwarantowała nieprzedawnienia zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości oraz bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Część praw podstawowych, pomimo, iż pojawia się w obu Konstytucjach, została uregulowana w odmienny sposób np. prawa dziecka. Ujednolicenie praw podstawowych gwarantują podpisane przez oba państwa umowy międzynarodowe m.in. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r. Chociaż Ustawa Zasadnicza Niemiec węziej niż Konstytucja RP ujmuje prawa podstawowe jednostki, to prawo niemieckie jest jednym z tych ustrojów prawnych, które w największym stopniu wywiera wpływ na kształtowanie się ustawodawstwa w innych krajach.

Słowa kluczowe**:** Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec, prawa podstawowe, obowiązki obywateli wobec państwa.

Bibliografia

Appadurai A., *Strach przed mniejszościami. Esej o geografii gniewu*, Warszawa 2009.

Banasik K., *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*,"Prokuratura i Prawo" 2008, , z. 3.

Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2012.

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004.

Barta P. , Litwiński P. , *Ustawa o ochronie danych osobowych, Komentarz*, Warszawa 2016.

Boć J., *Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998.

Boden M., ***N****ationalitäten****,*** *Minderheiten und ethnische Konflikte in Europa****-*** *Ursprünge****,*** *Entwicklungen****,*** *Krisenherde****,*** München 1993.

Browarek T., *Konflikty i kwestie sporne w polityce państwa polskiego wobec mniejszości niemieckiej w latach 1989-2004,* [w:] *Konflikty etniczne w Europie oraz w jej bezpośrednim otoczeniu po 1989 roku. Uwarunkowania-stan obecny-wyznania dla polityki bezpieczeństwa*, Zenderowski T. , Cebul K., Koziński B. (red.), Warszawa 2016.

Ciapała J., *Koncepcja regulacji prawnej pozycji mniejszości niemieckiej w Polsce oraz Polaków zamieszkałych w RFN,* [w:] *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Jaskiernia J. (red.), Toruń 2012.

Complak K., *Rozdział I. Rzeczypospolita*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. *Komentarz*, M. Haczkowska (red.), Warszawa 2014 .

Complak K., Bartosiewicz M. , *Rozdział II. Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, *Komentarz*, M. Haczkowska (red.), Warszawa 2014 .

Deryng A. , *Realizacja konstytucyjnej zasady wolności zrzeszania się w demokratycznym państwie prawnym na przykładzie art. 12 i art. 58 Konstytucji RP. Wybrane zagadnienia,* [w:] *Europejski system ochrony praw człowieka*. *Aksjologia, instytucje, efektowność*, J. Jaskiernia (red.), Warszawa 2015.

Detjen J., *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, Wiesbaden 2009.

Elle L., *Das Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz der nationalen Minderheiten und der Minderheitenpolitik in der Laustizt,* Budziszyn 2005.

Frowal-Dolata K., *Przyczyny unieważnienia małżeństwa w polskim prawie rodzinnym oraz w wybranych państwach UE,* [w:] *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vp. XI, A.D. MM XIII, Kraków 2013.

Garlicki L., *Polskie prawo Konstytucyjne. Zarys wykładu,* Warszawa 2018.

Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny art.1-449*, Warszawa 2016.

Haczkowska M., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. *Komentarz,* Warszawa 2014.

Jakuszewicz A., *Prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami a wolność sumienia i religii dzieci w Konstytucji RP oraz w Konwencji o Prawach Dziecka*, „Studia z zakresu prawa, administracji i zarządzania UKW" 2013, T. 3 (16).

Janusz G., *Mniejszości narodowe w Niemczech*, [w:] *Być Polakiem w Niemczech*, A. Wolff-Powęska, E. Schulz (red.), Poznań 2000.

Jaworska M., *Petycje a skargi i wnioski*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty realizacji prawa petycji*, Balicki R. , Jabłoński M. (red.), Wrocław 2015.

Kazimierczuk M. , *Wolność zrzeszania się w związki zawodowe w systemie Rady Europy*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego" 2015, 6.

Kästner K. H., *Gesammelte Schriften*, Tübingen 2011.

Kundera W., *Mniejszości narodowe-zarys historyczno-prawny,* „Studia Prawa Publicznego" 2016, Nr 4, Wojtczak K. (red.), Poznań 2016.

Kundera W., Osoba J., *Przejawy dyskryminacji kobiet na polskim rynku pracy – jako element zakłócający ideę wolności jednostki w koncepcji społecznej gospodarki rynkowej,* [w:] *Społeczna inżynieria biznesu-współczesne problemy i wyzwania z perspektywy koncepcji Społecznej Gospodarki Rynkowej,* Bieńkowska B. , Dzień M., Hejny L. (red.), Bielsko-Biała 2015.

Kundera W., *Traktaty sąsiedzie, a ochrona Polaków żyjących poza granicami kraju*, [w:] *Orient Bliski i Daleki Wschód,* T. XIII, *„*Wrocławskie Studia Erazmiańskie", Sadowski M., Demańczuk A. (red.), Wrocław 2019.

Kundera W., *Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec o wolności wyznania i sumienia* [w:] *Łódzkie Studia Teologiczne-Prawo w służbie codzienności* (cz. IV), 28/3 (2019 r.), Leszczyński G. (red.), Łódź 2019 .

Krukowski J. , *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2014.

Łodziński S., *Przekroczyć własny cień. Prawne, instytucjonalne oraz społeczne aspekty polityki państwa polskiego wobec mniejszości narodowych w latach 1989-1997*, [w:] *Mniejszości narodowe w Polsce. Praktyka po roku 1989,* B. Berdychowska (red.), Warszawa 1998.

Mędrzelowski T. , *Mniejszości religijne w Polsce po 1989 roku w ujęciu filozofii polityki,* Tarnów 2013.

Muszyński M., Harasimiuk D. E., Kozak M., *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.

Müller D., *Einstellungen von Journalisten bei der Integration ethnischer Minderheiten,* [w:] *Massenmedien und die Integration ethnischer Minderheiten in Deutschland*, Geissler R., Pöttker H. (red.), Bielefeld 2009.

Olszówka M., *Ustawy wyznaniowe. Art. 25 ust. 5 Konstytucji RP - próba interpretacji,* Warszawa 2010.

Paluszek A., *Niemiecka Konferencja ds. Islamu w kontekście podmiotowości politycznej muzułmanów*, [w:] *Islam w Europie. Bogactwo różnorodności czy źródło konfliktów?*, Wida-Behiesse M. (red.), Warszawa 2012.

Pietrzak M., *Demokratyczne państwo prawne* [w:], „Przegląd Humanistyczny", *Mniejszości religijne w Polsce po 1989 roku w ujęciu filozofii religii*, nr 6/285, Wrocław 1989.

Rogowska B., *Kategoria równości w kościołach i organizacjach wyznaniowych w państwach członkowskich UE i prawie wspólnotowym,* [w:] *Równość w Unii europejskiej - teoria i praktyka,* Bokajło W. , Pacześniak A. (red.), Wrocław 2008.

Rybczyńska J. A., *Uwagi na temat statusu prawnego mniejszości narodowych w Polsce w świetle projektów konstytucyjnych - lata 1989-1991*, [w:] *Ochrona praw mniejszości narodowych i religijnych,* Hołda Z. (red.), Lublin 1993.

Rykała A. , *Mniejszości religijne w Polsce. Geneza, struktury przestrzenne, tło etniczne,* Łódź 2011.

Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP,* Tom I, Komentarz art. 1-86, Warszawa 2016.

Schilling T., *Internationaler Menschenrechtsschutz*, Tübingen 2004.

Schambeck H., *Beiträge zur Verfassungs- und Europarecht*, Wien 2014.

Skrzydło W. , *Konstytucja - komentarz*, Warszawa 2013.

Stefański R., *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 2015.

Śledzińska-Simon A., *Wolność pracy,* [w:] *Realizacja i ochrona wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Jabłoński M. (red.), Wrocław 2014.

Tkaczyński J. W., *Prawo ustrojowe Niemiec*, Kraków 2015.

Witkowski Z., *Wyborcze zasady ustroju Rzeczypospolitej,* [w:] *Prawo konstytucyjne*, Witkowski Z. (red.), Toruń 2013.

Zarzecki M. , *Klasyczne i nieklasyczne definicje religii i religijności*, [w:] *Socjologia życia religijnego,* Zaręba S. (red.), Warszawa 2009.

Akty prawne:

Bűrgerliches Gesetzbuch z dnia 2 stycznia 2002 r.

Gesetzt űber die religöse Kindererziehnung z dnia 15 czerwca 1921, RGBl , s. 939 w brzmieniu nadanym po nowelizacji z dnia 17 grudnia 2009, BGBl I, s. 2586.

Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) z dnia 1 stycznia 1997 r., BGBl 1997, Teil 1, Nr 1, S. 201.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r.

Strafgesetzbuch z 13 listopada 1998 r. ze zm.

Ustawa o obywatelstwie niemieckim (Deutsches Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz z dnia 22 lipca 1913 r. ze zm.).

Ustawa o radiofonii i telewizji z 29 grudnia 1992 r., (Dz. U. z 2017 r., poz. 1414 ze zm.).

Ustawa o służbie wojskowej (Wehrpflichtgesetz) z dnia 21 czerwca 1956 r.

Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. 1991 r. , nr 95, poz. 425).
Ustawa o zgromadzeniach i pochodach; Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) z 24 lipca 1953 r.
Vőlkerstrafgesetzbuch z dnia 26 czerwca 2002 (BGBl. I S. 2254).

Orzeczenia:

Postanowienie SA w Warszawie z dnia 24 kwietnia 1998 r.
Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 7 września 2012 r., Sygn. akt VI GA 118/12.
Wyrok ETPC z 29.4.2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 2346/02, HUDOC.
Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 1958 r.
Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 września 2007 r., II OSK 832/07.
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 26 listopada 2008 r., II SA/WA 1300/08.
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia TK 15 listopada 2000 r. , P 12/99, OTK 2000, 7, poz. 260.
Wyrok TK z dnia 3 maja 2007 r. Bączkowski i inni przeciwko Polsce, skarga 1543/06.
Wyrok TK z 30 września 2015 r., K 3/13, pkt III.

Źródła internetowe:

Banaszak B. , Malicka A. (tłum.) *Konstytucja Niemiec*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008, strona: http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html, (dostęp: 03.06.2020 r.).
Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Zwölfter Bericht der Bundesregierung über ihrer Menschenrechtspolitik, 18. Wahlperiode (18/10800), strona: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/108/1810800.pdf, (dostęp: 05.07.2018 r.).
Grzeszczak R., *Transfer myśli prawniczej*, strona : http://www.polska-niemcy-interakcje.pl/articles/show/18, (dostęp: 03.06.2020 r.).
Gusy Ch., *Freiheitsentziehung und Grundgesetz*, s. 3, strona: https://pub.uni-bielefeld.de/publication/1780327, (dostęp: 05.07.2018).
https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/ppk/08/ppk808.pdf, (dostęp: 08.10.2018 r.).
https://www.dw.com/pl/niemcy-wpisz%C4%85-prawa-dzieci-do-konstytucji/a-51438519, (dostęp: 25.03.2020).
https://www.juracademy.de/grundrechte/schulwesen-schema.html, (dostęp: 05.08.2018 r.).

Łodziński S. , *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych- perspektywa europejska. Kancelaria Sejmu. Biuro studiów i ekspertyz,* Warszawa 2002, strona : http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf/r-208.pdf, (dostęp: 05.07. 2018 r.).

Zgromadzenia spontaniczne w Niemczech, strona : http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2012/06/Zgromadzenia_spontaniczne_policy_paper.pdf (dostęp: 03.06.2020 r.)

Wojciech Wereszko
(Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu)
ORCID: 0000-0002-1899-9719

Ustrój i system polityczny Bośni i Hercegowiny - próba zapewnienia współrządów trzech narodów w ramach jednego organizmu państwowego

Political system of Bosnia and Herzegovina - an attempt to ensure the cooperation of three nations within one state organization

ABSTRACT

Political system of Bosnia and Herzegovina, established by the Dayton Agreement, was created to prevent the internal ethnic conflicts, to ensure the territorial integrity of the state and the appropriate participation in state's authorities of the most numerous nations in the country - Bosniacs, Serbs and Croats. In addition to establishing a federal state, the legal solutions adopted in Bosnia and Herzegovina have shaped an interesting and at the same time quite complicated constitutional order, which, despite some shortcomings, is an interesting example of a system that requires the presence of representatives of various nationalities in the state institutions and maintaining balance between these ethnic groups.
Keywords: Bosnia and Herzegovina, constitutional law, multiethnicity, multinational state

Wieloetniczność a państwo i ustrój polityczny

Różnorodność etniczna bądź narodowa w ramach jednego organizmu państwowego występuje na świecie powszechnie. Przyczyn tego stanu rzeczy jest oczywiście wiele, począwszy na historycznych zmianach granic państwowych, a na uchodźstwie oraz migracji zarobkowej kończąc. Nie wchodzą w tym miejscu w szczegóły problematyki wieloetniczności czy wielokulturowości (zwłaszcza to drugie pojęcie ma różne znaczenia, jest przedmiotem licznych badań oraz rozpraw naukowych i stało się wręcz pewną doktryną czy nawet filozofią[1]),

[1] Zob. pojęcie „wielokulturowość" w *Wielka encyklopedia PWN*. 29., Warszawa 2005, s. 261-262.

zasygnalizowane na wstępie zostanie tylko kilka kwestii. Częstym przykładem zjawiska różnorodności etnicznej w państwie jest występowanie mniejszości narodowych i etnicznych - mogą to być mniejszości o charakterze autochtonicznym (tzw. tradycyjne mniejszości) bądź imigranckie[2]. Grupom tym, czy też ich przedstawicielom, zapewnia się określone gwarancje, przede wszystkim przeciwdziała się dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne oraz przyznaje pewne specjalne prawa, które pozwalają na zachowanie własnej tożsamości. Natomiast w aspekcie ustrojowym, obecność mniejszości narodowych może przede wszystkim oznaczać przyznanie ich przedstawicielom reprezentacji w parlamencie na określonych („preferencyjnych") zasadach czy też pewne formy autonomii bądź samorządu na zdominowanych przez te grupy obszarach i na ogół nie pociąga za sobą specjalnego formowania ustroju państwowego.

Wieloetniczność jest niewątpliwe dużym wyzwaniem dla państwa, jego elit i przywódców poszczególnych grup etnicznych czy wyznaniowych - zwłaszcza jeśli kilka narodów zamieszkuje dane tereny od wieków i utożsamia się z państwem czy też uznaje je za „własne". Najczęściej występującym w Europie modelem jest państwo narodowe - rozumiane jako organizacja jednego narodu dominującego, traktującego państwo niejako jako „swoje" oraz mniejszej lub większej ilości mniejszości narodowych, etnicznych, językowych czy regionalnych wyodrębnionych za pomocą określonych kryteriów[3]. Występują jednak często sytuacje, w których wieloetniczność (lub wielowyznaniowość) danego kraju, odciska piętno na ustroju państwowym, a wręcz kształtuje go w specyficzny i często niespotykany nigdzie indziej sposób. Z takim stanem rzeczy mamy zazwyczaj do czynienia w państwach wielonarodowych, tj. takich, które stanowią pochodną dobrowolnych bądź przymusowych dążeń władzy centralnej do skupienia w obrębie jednego organizmu państwowego wielu narodów czy też grup etnicznych[4]. Historycznie tego typu państwami były np. Austro-Węgry i Czechosłowacja, a dziś jego przykładem może być Belgia oraz właśnie omawiana w niniejszej pracy Bośnia i Hercegowina.

Państwa wielonarodowe (bądź wieloetniczne) w systemach demokratycznych i przy prawidłowo funkcjonującej demokracji nie potrzebują co do zasady specjalnych gwarancji

[2] Rozróżnienie na te dwa rodzaje mniejszości ma duże znaczenie praktyczne i jest istotne w kontekście ochrony mniejszości narodowych i etnicznych oraz podejmowania działań na ich rzecz. Zwrócił na to uwagę m.in. Parlament Europejski w rezolucji w sprawie ochrony mniejszości i polityki walki z dyskryminacją w rozszerzonej Europie (Dziennik Urzędowy 124 E, 15/05/2006), w której uznał „*za istotne rozróżnienie pomiędzy mniejszościami pochodzenia imigracyjnego oraz tradycyjnymi, narodowymi i etnicznymi mniejszościami, autochtonicznie występującymi na zamieszkiwanym przez siebie terytorium*".

[3] A. Sadowski, *Państwo narodowe a społeczeństwo wielokulturowe*, „Nauka" 2019, nr 3, s. 45-46

[4] A. Runge, J. Runge, *Słownik pojęć z geografii-społeczno-ekonomicznej*, Katowice 2008, s. 232.

ustrojowych zapewniających określoną czy też proporcjonalną partycypację we władzy przedstawicielom zamieszkujących je grup etnicznych lub narodowych. W niektórych krajach, przyjęto jednak specyficzne rozwiązania ustrojowe, które niejako dzielą władzę pomiędzy przedstawicieli danych grup, określają precyzyjnie jaki udział w instytucjach państwa powinna mieć dana społeczność (swego rodzaju parytet etniczny) i przewidują, także w swoich konstytucjach, szereg gwarancji prawnych dla najliczniejszych narodów.

Na koniec podjętych w tej część pracy rozważań, zanim przeprowadzona zostanie analiza specyfiki ustroju Bośni i Hercegowiny, warto zasygnalizować, dla celów porównawczych, przykłady dwóch innych państw, w których struktura etniczna bądź wyznaniowa spowodowała przyjęcie specyficznych rozwiązań ustrojowych. Pierwszym takim przykładem jest Republika Cypryjska, w której, zgodnie z art. 1 Konstytucji Republiki Cypryjskiej, prezydentem jest Grek, a wiceprezydentem Turek - wybierani odpowiednio przez grecką i turecką społeczność Cypru. Cypryjska ustawa zasadnicza określa również proporcjonalny podział tek ministerialnych oraz miejsc w parlamencie pomiędzy obie nacje zamieszkujące wyspę - tj. Greków oraz Turków, i zawiera szereg gwarancji dla obu społeczności[5]. Warto jednak zwrócić uwagę, że ustrój ten nie przetrwał próby czasu oraz napięć etnicznych pomiędzy mieszkańcami Republiki i szybko się załamał, przestał funkcjonować w praktyce, co tylko utrwaliła turecka inwazja na Cypr i faktyczny podział wyspy na część grecką i turecką[6].

Drugim przykładem specyficznych rozwiązań ustrojowych jest Liban. W tym mały bliskowschodnim państwie struktura etniczna jest co prawda dość jednolita[7], ale przyjęcie skomplikowanego i wyjątkowego modelu konstytucyjnego było spowodowane rzadko spotykaną różnorodnością wyznaniową[8]. W Republice Libańskiej każda wspólnota religijna ma określoną liczbę miejsc w parlamencie, a przy obsadzaniu stanowisk w państwie obowiązuje zasada klucza wyznaniowego - np. prezydentem jest chrześcijanin-maronita, premierem muzułmanin-sunnita, a przewodniczącym parlamentu muzułmanin-sunnita[9].

---

[5] Zob. *Biblioteka Sejmowa. Konstytucje Świata. Konstytucja Republiki Cypryjskiej*, Warszawa 2013, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/07/cypr-pol-31052012.pdf (dostęp: 29.02.2020)

[6] Zob. P.G. Polyviou, *Cyprus. A Study in the Theory, Structure and Method of the Legal System of the Republic of Cyprus*, Nicosia 2015, s. 23 i nn.

[7] 95% społeczeństwa stanowią Arabowie, 4% Ormianie, a 1% inne nacje - zob. https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/le.html (dostęp: 29.02.2020)

[8] W Libanie jest oficjalnie uznanych 18 grup wyznaniowych, a wedle szacunków z 2018 r. muzułmanie wszystkich odłamów stanowią 61,5% obywateli, natomiast chrześcijanie różnych wyznań 33,7% obywateli - zob. https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/le.html (dostęp: 29.02.2020).

[9] Zob. W. Skrzydła, M. Chmaj (red.), *Encyklopedia politologii. Tom 2*, Kraków 2000, s. 206-207 oraz Konstytucja Republiki Libańskiej, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2017/06/Liban_ang_010117.pdf (dostęp: 29.02.2020).

Powstanie Bośni i Hercegowiny i geneza jej ustroju

Bośnia i Hercegowina w ramach Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii była republiką o chyba najbardziej skomplikowanym składzie etniczno-religijnym[10]. Ten zamieszkany przez Muzułmanów (zwanych Boszniakami dla odróżnienia od Bośniaków tj. wszystkich obywateli Bośni i Hercegowiny, niezależnie od przynależności etnicznej czy wyznaniowej), prawosławnych Serbów i katolickich Chorwatów obszar nie bez przyczyny stał się zatem areną najkrwawszych strać i najtragiczniejszego w skutkach konfliktu zbrojnego w rozpadającej się na początku lat 90. XX wieku komunistycznej Jugosławii[11]. Warto zwrócić uwagę, że tak naprawdę za niepodległością Bośni i Hercegowiny opowiadali się jedynie Muzułmanie i Chorwaci, natomiast Serbowie byli jej przeciwni i woleli pozostać w jednym państwie z rodakami z Serbii[12]. Te nie do pogodzenia różnice i sprzeczne wizje co do przyszłości kraju doprowadziły do wybuchu na początku 1992 roku krwawego konfliktu, który miały potrwać aż do 1995 roku. Walki rozpoczęły się krótko po zainicjowanym przez Muzułmanów i Chorwatów, a zbojkotowanym przez Serbów, referendum niepodległościowym na przełomie lutego i marca 1992 roku, którego konsekwencją było ogłoszenie przez Bośnię i Hercegowinę niepodległości (uznanej później na forum międzynarodowym). W trakcie konfliktu wszystkie ugrupowania zbrojne dopuszczały się licznych okrucieństw, popełniały zbrodnie wojenne oraz dochodziło do załamywania się sojuszy pomiędzy walczącymi stronami i proklamowania przez nie własnych państw (Serbska Republika Bośni i Hercegowiny czy chorwacka Herceg-Bośnia)[13].

Podczas wojny w Bośni społeczność międzynarodowa, przede wszystkim Organizacja Narodów Zjednoczonych, NATO i Stany Zjednoczone, wielokrotnie podejmowała próby mediacji i pokojowego uregulowania sporu oraz liczne wysiłki, w tym wysłanie sił pokojowych ONZ, na rzecz zaprzestania walki i zakończenia konfliktu - niestety bezskutecznie. Czyniono to również poprzez naciski na walczące strony i sankcje na nowo powstałą Federalną Republikę Jugosławii - a ostatecznie również i naloty na serbskie pozycje[14]. Wskazuje się, że u podstaw interwencji Zachodu w Bośni i Hercegowinie leżały dwa zasadnicze motywy - potrzeba ochrony interesów społeczności międzynarodowej i chęć powstrzymania destabilizacji

[10] W niepodległej Bośni i Hercegowinie według szacunkowych danych z 2013 r. 50,1% ludności stanowią Boszniacy (Muzułmanie), 30,8% Serbowie, a 15,4% Chorwaci - zob. https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bk.html (dostęp: 29.02.2020).
[11] Na temat kryzysu jugosłowiańskiego w latach 90. XX wieku i procesu rozpadu Jugosławii zob. J. Kukułka, *Historia współczesnych stosunków międzynarodowych 1945 – 2000*, Warszawa 2007, s. 546-560.
[12] *Historia świata. Encyklopedia PWN. A-F*, Warszawa 2008, s. 374.
[13] J. Kukułka, *Historia* (…), *op. cit*., s. 548.
[14] Zob. R. Łoś, J. Regina-Zacharski, *Współczesne konflikty zbrojne*, Warszawa 2010, s. 298 i nn.

porządku międzynarodowego oraz względy humanitarne[15].

Ostatecznie udało się jednak pod presją międzynarodową osiągnąć konsensus wyczerpującym swoje możliwości działania stronom i w Bośni i Hercegowinie powrócił pokój. Stało się to dzięki porozumieniu pokojowemu zawartemu 21 listopada 1995 roku w Dayton (USA) przez przywódców Bośni i Hercegowiny, Serbii i Chorwacji, które następnie uroczyście podpisano w Paryżu 14 grudnia tego samego roku. To właśnie na tym porozumieniu, stanowiącym umowę międzynarodową, oparto przyszły ustrój i system polityczny „nowej" niepodległej Bośni. Fundamentalnymi zasadami, które legły u podstaw układu z Dayton były pokój, arbitraż, prawa człowieka oraz, co kluczowe, restytucja państwa i utrzymanie go w całości i jedności[16]. Co niezwykle istotne, a zarazem świadczące o „wyjątkowości" ustroju Bośni i Hercegowiny, w jednym z aneksów do układu z Dayton (Aneks 4) zawarto Konstytucję Republiki Bośni i Hercegowiny.

Mimo, że dzięki zagranicznej presji i porozumieniu z Dayton po ponad trzech latach walk udało się zakończyć konflikt zbrojny i znaleźć kompromis między zwaśnionymi stronami, to powszechnie uważa się, że wojna w Bośni dobitnie ukazała słabość międzynarodowego systemu mającego zapewniać pokój i bezpieczeństwo, a sama ONZ nie była w stanie skutecznie zapobiegać walkom między poszczególnymi grupami narodowościowymi czy wyznaniowymi, co ostatecznie pozwoliło eskalować konfliktowi[17].

Bośnia i Hercegowina wyszła z kilkuletniej wojny pełna zniszczeń i niezabliźnionych, aż po dziś dzień[18], ran. Aby idea zachowania integralności państwa i pokojowej koegzystencji walczących ze sobą narodów mogła się urzeczywistnić w dawnej jugosłowiańskiej republice, potrzebny był ogromny wysiłek zarówno największych bośniackich grup etnicznych, jak i społeczności międzynarodowej. Konieczne było również zaspokojenie aspiracji i oczekiwań zarówno Boszniaków, jak i Serbów i Chorwatów. Wobec powyższego, twórcy powojennego ładu (w dużej mierze zagraniczni, w tym przede wszystkim USA) uznali, że najlepszą receptą na pokój będzie odpowiednie ukształtowanie ustroju i systemu politycznego Bośni i Hercegowiny, tak, aby z jednej strony nie dopuścić do rozpadu państwa i uratować kruchy pokój, a z drugiej strony uwzględnić interesy poszczególnych narodów i ich

---

[15] Zob. M. Madej, *Dlaczego Zachód idzie na wojnę? Motywy interwencji zbrojnych Zachodu po zimnej wojnie w świetle oficjalnych wystąpień zachodnich przywódców*, „Stosunki Międzynarodowe - International Relations" 2015, nr 3 t. 51, s. 15 i nn.

[16] K. Składowski, *Podmiot władzy zwierzchniej w Republice Bośni i Hercegowiny*, [w:] *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Zasada suwerenności. Problemy wybrane*, (red.) A. Domańska, K. Skotnicki, Łódź 2017, s. 113

[17] R. Łoś, J. Regina-Zacharski, *Współczesne* (…),s. 308.

[18] Pamięć o czystkach etnicznych, przesiedleniach i zbrodniach jest żywa, a wielu spraw nie rozliczono. Zob. np. https://dzieje.pl/aktualnosci/24-rocznica-ludobojstwa-w-srebrenicy-pochowano-kolejne-33-ofiary (dostęp: 10.03.2020).

dążenia do maksymalnej niezależności.

Jak już zostało zasygnalizowane, zasadniczym celem jaki postawili sobie twórcy Konstytucji Bośni i Hercegowiny, było utrzymanie pokoju w państwie. Uznano, że kluczowe znaczenie w tym procesie ma zapewnienie równowagi politycznych wpływów pomiędzy trzema największymi narodami zamieszkującymi państwo, tj. Boszniakami, Serbami oraz Chorwatami, i w konsekwencji całą organizację państwa oparto na zasadzie parytetów etnicznych (obowiązującej na szczeblu federalnym i lokalnym)[19]. Znaczenie suwerenności, integralności terytorialnej oraz politycznej niezależności Bośni i Hercegowiny podkreśla preambuła ustawy zasadniczej[20]. Okoliczności i tryb przyjęcia konstytucji mogą jednak poddawać w wątpliwość respektowanie niektórych z przywołanych wyżej w preambule wartości. Jak zwraca się bowiem uwagę, stanowiąca ledwie załącznik do podpisanego pod presją USA porozumienia z Dayton konstytucja, została opracowana przez amerykańskich prawników (a nie przedstawicieli suwerena Bośni i Hercegowiny), a ponadto nie została po podpisaniu ratyfikowana przez żaden właściwy organ państwowy[21]. Fakt ten oznacza również, że użycie pojęcia „ustawa" zdaje się nie być w pełni adekwatne w stosunku do bośniackiej konstytucji, która faktycznie stanowi tak naprawdę część umowy międzynarodowej.

Ustrój Bośni i Hercegowiny i jego podstawy

Ustrój Bośni i Hercegowiny jest specyficzny pod wieloma względami przez co jej system konstytucyjny kumuluje w sobie wiele nie tylko klasycznych, ale również niespotykanych bądź rzadko występujących na świecie elementów oraz rozwiązań prawnych. Autorzy zwracają uwagę, że w Bośni pojawiają się, obok dominujących przykładów charakterystyczne dla systemu półprezydenckiego, takich jak szeroki zakres kompetencji głowy państwa wybieranej w bezpośrednich i powszechnych wyborach oraz osłabiona pozycja Rady Ministrów, również elementy parlamentarno-gabinetowe czy też rządów zgromadzenia[22]. Jedną z najwyrazistszych cech systemu konstytucyjnego i politycznego Bośni i Hercegowiny jest jednak wszechobecność czynnika etnicznego. W dalszej części artykułu omówione zostaną przykłady oryginalnych bośniackich rozwiązań ustrojowych nawiązujących do struktury narodowościowej państwa oraz regulacje sankcjonujące mechanizm współrządów w kraju

[19] K. Składowski, *Podmiot* (…), *op. cit*., s. 116-117.
[20]Tekst Konstytucji Bośni i Hercegowiny dostępny pod adresem: http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=preambula&lang=en (dostęp:29.02.2020).
[21] K. Krysieniel, *Specyfika rozwiązań ustrojowych w Bośni i Hercegowinie*, [w:] „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2014, Nr 1 (17), s. 37-38.
[22] K. Krysieniel, *Specyfika* (…), *op. cit*., s. 46.

trzech konstytutywnych narodów Bośni i Hercegowiny oraz relacje między nimi.

W tym kontekście dla funkcjonowania bośniackiej państwowości kluczową rolę pełni poczynione w preambule konstytucji wyróżnienie trzech wspomnianych wyżej narodów „konstytutywnych" Bośni i Hercegowiny - Boszniaków, Serbów i Chorwatów[23]. To między te grupy etniczne będzie czyniony podział stanowisk w państwie, każdej będzie przysługiwał ściśle określony udział w instytucjach oraz liczne gwarancje ustrojowe.

Dla określania formy bośniackiego państwa fundamentalne znaczenie ma również art. I(3) Konstytucji Bośni i Hercegowiny[24]. Zgodnie z nim kraj składa się z dwóch jednostek - Federacji Bośni i Hercegowiny[25] oraz Republiki Serbskiej[26]. Co ciekawe, faktycznie w ramach Bośni i Hercegowiny funkcjonuje jeszcze jeden podmiot - niewielki wielonarodowy Dystrykt Brčko (utworzony w 1999 roku na mocy arbitrażu), który, z wyjątkiem braku pewnych uprawnień, tak naprawdę dorównuje pozycji dwóch konstytucyjnych części składowych Bośni[27]. Takie rozwiązanie sugeruje zatem przyjęcie federacyjnej formy państwa i takie też były założenia twórców powojennego ładu w Bośni i Hercegowinie. Kraj bowiem, tak jak podręcznikowa federacja, dzieli się na części składowe, które posiadają duży (w tym wypadku bardzo duży) stopień samodzielności oraz niezależności i w których funkcjonują odrębne systemy prawne przy równoczesnym wspólnym federalnym systemie prawnym[28]. Gdy przeprowadzi się analizę regulacji określających kompetencje rządu centralnego i poszczególnych jednostek oraz relacje między nimi, nie sposób nie zwrócić jednak uwagi, iż nie mamy tu do czynienia z klasyczną federacją. Już sama konstrukcja fundamentów ustrojowych Bośni i Hercegowiny determinuje powstanie czegoś więcej, a mianowicie państwa o charakterze wielonarodowym czy wręcz „etnokratycznego", w ramach którego funkcjonują dwie, można rzec, „dedykowane" poszczególnym narodom konstytutywnym części składowe państwa (Federacja Bośni i Hercegowiny i Republika Serbska). Zwraca się również uwagę, że podmioty tworzące te *sui generis* federację charakteryzują się różną strukturą

[23]Preambuła Konstytucji Bośni i Hercegowiny:http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=preambula&lang=en (dostęp: 29.02.2020).
[24] Konstytucja Bośni i Hercegowiny: https://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/09/Bo%C5%9Bnia-i-Hercegowina_ang_010716.pdf (dostęp: 29.02.2020).
[25] Stanowi 51% terytorium Bośni i Hercegowiny. Populacja Federacji Bośni i Hercegowiny to według spisu z 2013 r. prawie 2 200 000 osób z czego 70,4% to Boszniacy, 22,4% Chorwaci, a 2,55% Serbowie – zob. *Cenzus of population, households and dwellings in Bosnia and Herzegovina. 2013. Final results*, Sarajewo 2016, s. 54 (http://popis2013.ba/popis2013/doc/Popis2013prvoIzdanje.pdf).
[26] Stanowi 49% terytorium Bośni i Hercegowiny. Populacja Republiki Serbskiej to według spisu z 2013 r. prawie 1 300 000 osób, z czego 81,51% to Serbowie, 13,99% Boszniacy, a 2,41% to Chorwaci - zob. *Cenzus* (…), *op. cit*., s. 54.
[27] Zob. M. Fiszer, *Proces kształtowania statusu Dystryktu Brczko po zakończeniu konfliktu w Bośni i Hercegowinie*, „Poliarchia" 2016, Nr 1(6).
[28] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 13

administracyjną oraz stopniem decentralizacji - w Federacji Bośni i Hercegowiny obowiązuje domniemanie kompetencji na rzecz kantonów, na które jest podzielona, natomiast w Republice Serbskiej administracja jest mocno scentralizowana[29]. Co więcej, na szczeblu federalnym i w najwyższych instytucjach państwowych obowiązują swego rodzaju parytety etniczne, które sztywno określają podział stanowisk oraz mandatów pomiędzy poszczególne narody i ich przedstawicieli – i na te elementy zostanie położony główny nacisk w dalszej części pracy.

Jak zostało wspomniane, Federację Bośni i Hercegowiny oraz Republikę Serbską cechuje duża samodzielność i niezależność. Art. III(1) konstytucji określa obszary, w których kompetencje sprawują instytucje federalne - pośród ledwie dziesięciu punktów znajdziemy m.in. politykę zagraniczną, kwestie imigracyjne, kontrolę ruchu lotniczego czy też politykę monetarną. Następnie mowa jest o kompetencjach części składowych i w tym kontekście kluczowe znaczenie ma lit. a art. III(3) konstytucji. Zgodnie z tym przepisem wszystkie funkcje i kompetencje nie zastrzeżone wyraźnie dla władz centralnych, mają być sprawowane przez te jednostki, z zastrzeżeniem konieczności zgodności działań z decyzjami instytucji państwowych oraz z Konstytucją Bośni i Hercegowiny[30]. Z drugiej jednak strony, przewidziana została możliwość przeniesienia w określonych okolicznościach pewnych dodatkowych kompetencji na rzecz organów federalnych[31].

Cechy ustroju politycznego Bośni i Hercegowiny z perspektywy jej struktury etnicznej

Przechodząc do omówienia poszczególnych organów państwowych Bośni i Hercegowiny, w pierwszej kolejności warto się skupić na władzy wykonawczej. Tutaj mamy bowiem do czynienia z niezwykle rzadko spotykanym przykładem kolegialnej głowy państwa - Prezydium Bośni i Hercegowiny. Zgodnie z art. 5 bośniackiej konstytucji, w skład Prezydium wchodzą trzy osoby reprezentujące trzy konstytutywne narody państwa. Są to wybierani bezpośrednio w wyborach powszechnych na terytorium Federacji Bośni i Hercegowiny Bośniak i Chorwat oraz Serb w Republice Serbskiej. Taka konstrukcja ma istotne prawne i praktyczne implikacje - oznacza bowiem, że biernego prawa wyborczego do Prezydium pozbawieni są zarówno obywatele Bośni i Hercegowiny należący do mniejszości narodowych bądź etnicznych (tj. niereprezentujący narodów konstytutywnych), jak i Serbowie z Federacji Bośni i Hercegowiny oraz Boszniacy lub Chorwaci z Republiki Serbskiej. Rozwiązanie to,

[29] Zob. K. Krysieniel, *Specyfika* (…), *op. cit*., s. 41-43.
[30] Art. III(3) lit. b Konstytucji Bośni i Hercegowiny ustanawia również nadrzędność „ustawy zasadniczej" wobec konstytucji i aktów prawnych części składowych państwa.
[31] Zob. art. III(5) Konstytucji Bośni i Hercegowiny.

mające co do zasady chronić prawa i interesy głównych narodów państwa oraz gwarantować równowagę sił, jest tak naprawdę mało demokratyczne, a ponadto wręcz jawnie dyskryminujące we wskazanych wyżej przypadkach. Warto zasygnalizować ponadto, że na czele organu stoi przewodniczący, którego funkcję pełni każdy członek przez osiem miesięcy na zasadzie rotacji.

Decyzje w Prezydium są podejmowane co do zasady w drodze konsensusu. Można sobie zatem wyobrazić, że w pewnych kwestiach procesy decyzyjne mogą być paraliżowane przez partykularne interesy którejś ze wspólnot narodowych. Ustawodawca najwidoczniej zdawał sobie sprawę z tego zagrożenia, w związku z tym konstytucja przewiduje możliwość podjęcia decyzji przez dwóch członków Prezydium, jeśli poczyniono wszelkie wysiłki na rzecz osiągnięcia porozumienia, lecz okazały się one bezskuteczne[32]. Nie sposób jednak nie zauważyć, że w tym trybie istnieje z kolei ryzyko, iż przedstawiciele jakichś dwóch grup narodowych „dogadają się" w pewnej sprawie, co będzie niekorzystne dla reprezentanta trzeciego narodu konstytutywnego. Remedium na takie zagrożenie stanowi lit. d art. 5(2) Konstytucji Bośni i Hercegowiny. Zgodnie z tym przepisem „przegłosowany" członek Prezydium może powołać się na żywotne interesy swojej części składowej federacji i uznać, że dana decyzja głowy państwa narusza wspomniane „żywotne interesy"[33]. Wówczas przedmiotowa inicjatywa, czy też akt prawny, trafia do zgromadzenia odpowiedniej części składowej Bośni i Hercegowiny - jeśli na naruszenie interesów jednostki (a w praktyce interesów danego narodu) powołał się zasiadający w Prezydium Serb, to jego oświadczenie trafia do Zgromadzenia Narodowego Republiki Serbskiej[34], a jeśli Boszniak lub Chorwat to odpowiednio do boszniackich lub chorwackich delegatów w Izbie Narodów Federacji Bośni i Hercegowiny[35]. W sytuacji, w której wspomniane wyżej gremia potwierdzą większością 2/3 głosów stanowisko podnoszącego zarzut członka Prezydium, to przedmiotowa decyzja głowy państwa nie wchodzi w życie[36]. Taka regulacja oznacza zatem, że w praktyce jedna grupa narodowa może skutecznie paraliżować prace Prezydium. Z drugiej jednak strony, takie procedury wymuszają na stronach współpracę, poszukiwanie konsensusu i koncentrowanie się na inicjatywach, które łączą, a nie dzielą zwaśnione narody Bośni i Hercegowiny. Jak pokazuje

[32] Art. 5(2) lit. c Konstytucji Bośni i Hercegowiny.
[33] Ang.: „*A dissenting Member of the Presidency may declare a Presidency Decision to be destructive of a vital interest of the Entity from the territory from which he was elected (...)*".
[34] W Republice Serbskiej, podobnie jak na szczeblu federalnym, funkcjonuje dwuizbowy parlament. Izba niższa to właśnie Zgromadzenie Narodowe Republiki Serbskiej, a izbą wyższą jest Rada Narodów.
[35] W ramach Federacji Bośni i Hercegowiny również przyjęto zasadę bikameralizmu. Izbę niższa lokalnego parlamentu stanowi Izba Reprezentantów Federacji Bośni i Hercegowiny, a wyższą Izba Narodów.
[36] Zob. ostatnie zdanie art. 5(2) lit. d Konstytucji Bośni i Hercegowiny.

jednak rzeczywistość, rozdźwięk pomiędzy przedstawicielami poszczególnych wspólnot w centralnych organach, w tym właśnie w Prezydium, potrafi być niezwykle silny i działać destabilizująco na państwo oraz jego kondycję, także ekonomiczną[37].

Poza Prezydium w skład władzy wykonawczej Bośni wchodzi również Rada Ministrów. Pomijając jej kompetencje oraz podział obowiązków z głową państwa[38], warto zwrócić uwagę na jej skład i kompozycje etniczną. Zgodnie bowiem z art. 5(4) lit. b konstytucji, nie więcej niż dwie trzecie wszystkich ministrów może być powołanych z terytorium Federacji Bośni i Hercegowiny. Taka regulacja ma zatem funkcję gwarancyjną, przede wszystkim dla bośniackich Serbów, poprzez zapewnienie przynajmniej jednej trzeciej „tek" w rządzie przedstawicielom Republiki Serbskiej. Co ciekawe, powoływany przez Prezydium szef rządu ma „związane ręce" przy nominacjach na stanowiska wiceministrów - wiceszef danego resortu musi należeć do innego narodu konstytutywnego aniżeli sam minister.

Ostatnim omawianym elementem bośniackiej układanki ustrojowej jest parlament Bośni i Hercegowiny na szczeblu federalnym. Zgromadzenie Parlamentarne jest dwuizbowe i w obu izbach mamy do czynienia ze swoistymi parytetami etnicznymi, oryginalnym systemem wyborczym oraz zawiłymi procedurami[39].

Izbę wyższą parlamentu stanowi licząca piętnastu przedstawicieli Izba Narodów. Jest ona szczególnie ciekawa z punktu widzenia podjętej w niniejszej pracy analizy. Dwie trzecie jej składu stanowią przedstawiciele Federacji Bośni i Hercegowiny - pięciu Boszniaków oraz pięciu Chorwatów, a resztę pięciu Serbów z Republiki Serbskiej. Osoby zasiadające w izbie wyższej wybierane są pośrednio przez lokalne parlamenty dwóch konstytucyjnych części składowych Bośni i Hercegowiny[40]. Kworum w instytucji wynosi dziewięć głosów, ale pośród obecnych musi być przynajmniej trzech przedstawicieli każdego narodu konstytutywnego. Przedstawione wyżej uregulowania oznaczają zatem, że w Izbie Narodów nie może zasiadać obywatel Bośni i Hercegowiny nie będący narodowości boszniackiej, serbskiej czy chorwackiej. Co więcej, nie zasiądzie tam również Serb z Federacji Bośni i Hercegowiny oraz Boszniak lub Chorwat z Republiki Serbskiej. Przyjęta konstrukcja jest więc zasadniczo niedemokratyczna i utrwala podziały pomiędzy wspólnotami, ponieważ umacnia w swej istocie pojmowanie Federacji Bośni i Hercegowiny jako części składowej wyłącznie boszniackiej i chorwackiej, a Republik Serbskiej jako jednostki, w której suwerenem

[37]Zob. np. https://www.wnp.pl/rynki-zagraniczne/bih-ponad-rok-po-wyborach-parlament-wybral-nowego-premiera,360006.html (dostęp: 09.03.2020).
[38] Zob. art. V Konstytucji Bośni i Hercegowiny.
[39] Zob. art. IV Konstytucji Bośni i Hercegowiny.
[40] Art. IV(1) lit. a Konstytucji Bośni i Hercegowiny.

są wyłącznie Serbowie i tylko oni mogą reprezentować jej mieszkańców[41].

Izba Narodów odgrywa, poza zwykłą funkcją ustawodawczą, jeszcze jedną istotną rolę z punktu widzenia stosunków etnicznych w Bośni i Hercegowinie, która sprawia, że bośniacka doktryna uznaje ją w swej istocie za „*organ konstytucyjny powołany w celu ochrony i gwarantowania żywotnych interesów narodowych w toku tworzenia ustaw*"[42]. W procesie legislacyjnym w parlamencie większość zasiadających w Izbie Narodów przedstawicieli jednego z narodów może bowiem uznać procedowana ustawę lub jej postanowienia za zagrażające żywotnym interesom danej społeczności[43]. W następstwie prawidłowego przyjęcia takiej deklaracji, przewodniczący izby powołuje Wspólną Komisję (w której skład wchodzi Boszniak, Chorwat i Serb), której zadaniem jest rozwiązanie problemu - jeśli to się nie uda, sprawa trafia do sądu konstytucyjnego[44], który w razie stwierdzenia faktycznego zagrożenia nakazuje zmianę projektu aktu prawnego albo odrzuca zarzut i kieruje akt ponownie do parlamentu[45]. Tak jak w przypadku pojęcia „żywotnych interesów" i ich ochrony w procesie decyzyjnym w Prezydium Bośni i Hercegowiny, tak i tutaj brak jest definicji legalnej tego terminu. Stwarza to zatem pole do nadużywania tej, skądinąd w dużej mierze uzasadnionej w takim państwie jak Bośnia, procedury, a w konsekwencji do paraliżu procesu ustawodawczego.

Na zakończenie warto poświęcić trochę uwagi izbie niższej bośniackiego parlamentu - Izbie Reprezentantów. Dwie trzecie spośród 42 jej członków wybieranych jest wyborach bezpośrednich z terytorium Federacji Bośni i Hercegowiny, a jedna trzecia w analogiczny sposób z obszaru Republiki Serbskiej[46]. Już na wstępie widać zatem, że Izba Reprezentantów jest ciałem bardziej demokratycznym niż Izba Narodów - po pierwsze nie mamy tu do czynienia z wyborami pośrednimi, a po drugie biernego prawa wyborczego nie są z zasady pozbawieni obywatele nienależący do trzech konstytutywnych narodów. Z drugiej jednak strony, obie izby parlamentu są związane postanowieniami konstytucji, które, dążąc do zachowania równowagi pomiędzy wspólnotami, szukania kompromisów i ochrony interesów wspólnot, wymagają

[41] Jak zostało już natomiast zasygnalizowane, poszczególne części składowe Bośni i Hercegowiny nie są jednolite etnicznie.
[42] K. Składowski, *Podmiot* (…),*op*. *cit*., s. 118.
[43] Art. IV(3) lit. e bośniackiej konstytucji.
[44] Bośniacki sąd konstytucyjny jest również ciekawym przykładem instytucji państwowej, w której uwzględniono wieloetniczność Bośni i Hercegowiny. W jego składzie zasiada czterech sędziów wybieranych przez jedną z izb parlamentu Federacji Bośni i Hercegowiny, dwóch wybieranych przez lokalne ciało ustawodawcze Republiki Serbskiej, a pozostałych trzech, co wyjątkowe, musi być cudzoziemcami i jest wybieranych przez prezesa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w porozumieniu z Prezydium - zob. art. VI Konstytucji Bośni i Hercegowiny.
[45] Art. IV(3) lit. f bośniackiej konstytucji.
[46] Art. IV(2) Konstytucji Bośni i Hercegowiny.

odpowiedniego poparcia przedstawicieli obu części federacji dla inicjatyw ustawodawczych. Przykładowo parlamentarzyści powinni dołożyć wszelkich starań, aby większość obecnych i głosujących za ustawą zawierała przynajmniej jedną trzecią głosów zarówno reprezentantów Federacji Bośni i Hercegowiny, jak i Republiki Serbskiej. Jeśli wymóg ten nie jest spełniony, podejmowane są próby szukania konsensusu. Ostatecznie, wobec braku możliwości spełnienia tych kryteriów, akt prawny może zostać przyjęty pod warunkiem, że głosy sprzeciwiające się nie zostały oddane przez dwie trzecie parlamentarzystów z jednej z części federacji[47].

Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że w momencie kształtowania się ustroju konstytucyjnego Bośni i Hercegowiny dla toczonego krwawą wojną kraju oraz społeczności międzynarodowej priorytetem było zakończenie konfliktu zbrojnego i osiągnięcie porozumienia pomiędzy Boszniakami, Chorwatami i Serbami. Przyjęte w porozumieniu z Dayton rozwiązania ustrojowe i skomplikowane mechanizmy sprawowania władzy mają w założeniu zapewnić pokojową koegzystencję i współrządy zwaśnionych narodów. Miały mieć one jednak charakter bardziej tymczasowy, ale z perspektywy lat utrwaliły nietypowy system prawno-konstytucyjny oparty na m.in. etnicznej demokracji, wymagającej stałego osiągania kompromisów pomiędzy poszczególnymi wspólnotami we wszystkich sprawach państwowych, oraz narodowościowym determinizmie przy podejmowaniu decyzji w instytucjach państwowych[48].

Z jednej strony nie sposób nie zwrócić uwagi, że państwowość bośniacka w swojej skomplikowanej formie przetrwała już ćwierć wieku i pomimo licznych napięć oraz kryzysów Bośnia i Hercegowina wciąż, przynajmniej formalnie, zachowuje integralność i jedność terytorialną - mimo negatywnego stosunku do jej istnienia pośród wielu jej obywateli. Na drodze do rozwoju i pełnej odbudowy państwa ciągle jednak stoją nieustanne różnice zdań wewnątrz instytucji państwowych, partykularne interesy poszczególnych wspólnot, pomiędzy którymi wciąż utrzymują się głębokie podziały stanowiące przeszkodę dla przeprowadzania sprawnych reform[49]. Obowiązujący w Bośni ustrój polityczny ma oczywiście swoje zalety - przewiduje gwarancje dla narodów konstytutywnych, nie pozwala na wykluczenie któregoś z nich i wymaga współpracy oraz dążenia do kompromisów. Niestety utrwalił on jednak

[47] Zob. art. IV(3) lit. d konstytucji.
[48] K. Krysieniel, *System wyborczy w Bośni i Hercegowinie – spojrzenie krytyczne*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2010, nr 1, s. 166.
[49] *Bośnia i Hercegowina. Po 14 miesiącach impasu wreszcie jest nowy rząd*, https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1445976,bosnia-i-hercegowina-rzad-zoran-tegeltija.html, (dostęp: 10.03.2020).

dotychczasowe podziały, paraliżuje procesy decyzyjne w państwie i skutecznie uniemożliwia wykształcenie bośniackiej wspólnoty obywatelskiej w oderwaniu od konkretnej tożsamości narodowej. Wspomnieć również należy, że przyjęte mechanizmy oraz system wyborczy na ogół wykluczają z aktywnego udziału we władzy przedstawicieli innych grup etnicznych niż trzy wyniesione na piedestał najliczniejsze narody Bośni. Obecna forma państwa ma również inny skutek - władze federalne są słabe, a ich pozycja oraz działania są często wewnętrznie podważane przy równoczesnej dużej niezależność części składowych kraju i prowadzeniu przez nie własnej polityki[50].

Dziś w Bośni i Hercegowinie bardzo często „żywotne interesy narodów" stawiane są ponad interes oraz dobro państwa jako całości. Kraj, o którego przetrwanie i jedność tak usilnie zabiegała społeczność międzynarodowa, mierzy się z nieustannymi kryzysami politycznymi i gospodarczymi. Skonstruowany przez amerykańskich prawników system konstytucyjny trwa mimo licznych trudności, ale w wielu aspektach jest niewydolny i mało demokratyczny. Co ciekawe, Bośnia jest nie tylko uznawana za specyficzną etniczną federację, ale również pojawiają się warte uwagi opinie, iż państwo to może być uznawane za swego rodzaju protektorat z uwagi pozycję prawną Wysokiego Przedstawiciela dla Bośni i Hercegowiny[51] (instytucja ta reprezentuje ONZ, ma nadzorować przestrzeganie układu z Dayton, ale posiada również pewne konstytucyjne i legislacyjne funkcje) oraz zasiadanie cudzoziemców w sądzie konstytucyjnym[52]. Co jakiś czas powracają wobec tego głosy o sens funkcjonowania Bośni i Hercegowiny w takiej formule, a osoby śledzące sytuację polityczną na Bałkanach nie specjalnie będą już dziwić słowa takie, jak lidera bośniackich Serbów i członka Prezydium Bośni i Hercegowiny, Milorada Dodika, że „*kryzys w Bośni zostanie rozwiązany jedynie wtedy, kiedy zostanie rozwiązana cała federacja"*[53].

[50] Zob. M. Kokot, *Separatystyczne referendum Serbów, https*://wyborcza.pl/1,75399,20750874,separatystyczne-referendum-serbow.html (dostęp: 10.03.2020) oraz D. Warszawski, *Czy Bośnia istnieje? [PROGNOZA POGODY]*, https://wyborcza.pl/7,75968,25757378,czy-bosnia-istnieje.html (dostęp: 10.03.2020).
[51] Zob. strona internetowa Biura Wysokiego Przedstawiciela: http://www.ohr.int/?lang=en (dostęp: 10.03.2020).
[52] Z. Meskic, *Federalism in Bosnia and Herzegovina*, „International Journal of Constitutional Law" 2011, t.5 nr 4, s. 605 i nn.
[53] Zob. https://alternatywa.net.pl/do-widzenia-bosnio/ oraz https://balkaninsight.com/2020/02/13/dodik-unveils-fresh-threat-of-bosnian-serb-secession/ (dostęp: 10.03.2020).

ABSTRAKT

Ustanowiony na mocy układu w Dayton ustrój Bośni i Hercegowiny miał zapobiec przyszłym konfliktom wewnętrznym o podłożu etnicznym oraz zapewnić integralność terytorialną kraju i odpowiedni udział we władzy przedstawicielom trzech najliczniejszych narodów - Boszniaków, Serbów i Chorwatów. Poza ustanowieniem państwa o charakterze federacyjnym, przyjęte w Bośni i Hercegowinie rozwiązania prawne i ustrojowe ukształtowały ciekawy, a zarazem dość skomplikowany, ład konstytucyjny, który, mimo licznych mankamentów, stanowi interesujący przykład systemu uwzględniającego obecność w najważniejszych organach państwowych przedstawicieli różnych narodowości i kładącego nacisk na zachowanie równowagi pomiędzy poszczególnymi grupami etnicznymi. W niniejszym artykule przedstawiony zostanie zarys ustroju Bośni i Hercegowiny ze szczególnym uwzględnieniem regulacji odnoszących się do podziału władzy między przedstawicieli społeczności boszniackiej, serbskiej oraz chorwackiej.

Słowa kluczowe: Bośnia i Hercegowina, prawo konstytucyjne, wieloetniczność, państwo wielonarodowe

Bibliografia

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015.

Biblioteka Sejmowa. Konstytucje Świata. Konstytucja Bośni i Hercegowiny, https://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/09/Bo%C5%9Bnia-i-Hercegowina_ang_010716.pdf (dostęp: 10.03.2020).

Biblioteka Sejmowa. Konstytucje Świata. Konstytucja Republiki Cypryjskiej, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/07/cypr-pol-31052012.pdf (dostęp: 29.02.2020).

Biblioteka Sejmowa. Konstytucje Świata. Konstytucja Republiki Libańskiej, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2017/06/Liban_ang_010117.pdf (dostęp: 29.02.2020).

Bośnia i Hercegowina. Po 14 miesiącach impasu wreszcie jest nowy rząd, https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1445976,bosnia-i-hercegowina-rzad-zoran-tegeltija.html, (dostęp: 10.03.2020).

Cenzus of population, households and dwellings in Bosnia and Herzegovina. 2013. Final results, Sarajewo 2016.

Fiszer M., *Proces kształtowania statusu Dystryktu Brczko po zakończeniu konfliktu w Bośni i Hercegowinie*, „Poliarchia" 2016, nr 1 (6).

Historia świata. Encyklopedia PWN. A-F, Warszawa 2008.

Kokot M., *Separatystyczne referendum Serbów, https*://wyborcza.pl/1,75399,20750874,separatystyczne-referendum-serbow.html (dostęp: 10.03.2020).

Krysieniel K., *Specyfika rozwiązań ustrojowych w Bośni i Hercegowinie*, [w:] Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2014, Nr 1 (17).

Krysieniel K., *System wyborczy w Bośni i Hercegowinie – spojrzenie krytyczne*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2010 nr 1.

Kukułka J., *Historia współczesnych stosunków międzynarodowych 1945 – 2000*, Warszawa 2007.

Łoś R., Regina-Zacharski J., *Współczesne konflikty zbrojne*, Warszawa 2010.

Madej M., *Dlaczego Zachód idzie na wojnę? Motywy interwencji zbrojnych Zachodu po zimnej wojnie w świetle oficjalnych wystąpień zachodnich przywódców*, „Stosunki Międzynarodowe - International Relations" 2015, Nr 3 t. 51

Meskic Z., *Federalism in Bosnia and Herzegovina*, „International Journal of Constitutional Law" 2011, Vol. 5, nr 4.

Polyviou P.G., *Cyprus. A Study in the Theory, Structure and Method of the Legal System of the Republic of Cyprus*, Nicosia 2015.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie ochrony mniejszości i polityki walki z dyskryminacją w rozszerzonej Europie (Dziennik Urzędowy 124 E, 15/05/2006).

Runge A., Runge J., *Słownik pojęć z geografii-społeczno-ekonomicznej*, Katowice 2008.

Sadowski A., *Państwo narodowe a społeczeństwo wielokulturowe*, „Nauka" 2019, nr 3.

Składowski K., *Podmiot władzy zwierzchniej w Republice Bośni i Hercegowiny*, [w:] *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Zasada suwerenności. Problemy wybrane*, (red.) A. Domańska, K. Skotnicki, Łódź 2017.

Skrzydła W., Chmaj M. (red.), *Encyklopedia politologii. Tom 2*, Kraków 2000.

Warszawski D., *Czy Bośnia istnieje? [PROGNOZA POGODY]*, https://wyborcza.pl/7,75968,25757378,czy-bosnia-istnieje.html (dostęp: 10.03.2020).

Bartosz Modzelewski
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0003-1915-8417

Religia obywatelska i etyka protestancka w dobie prezydentury George'a W. Busha

Civil religion and Protestant ethics during George W. Bush's presidency.

ABSTRACT

The presidency of George W. Bush was full of events that justify the question about the influence of religion for politics. This problem is particularly interesting because it concerns a multicultural American society that is associated with many denominations. At the same time, attention should be paid to the developing civil religion, which is a type of binder cementing social bonds. The author of this article, presenting selected political decisions, social facts and scientific theories, polemicizes with the thesis about the decisive influence of Protestant ethics on the White House. At the same time, he emphasizes the danger associated with such an approach to civil religion, which actually becomes a belief in American messianism.

Keywords: religion, civil religion, politics, the United States

Pierwszy od 189 lat akt agresji skierowany przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki na ich własnym terytorium stanowił nie tylko tragiczny w skutkach akt barbarzyństwa, ale również symboliczny początek epoki, w której społeczeństwu przychodzi się zmierzyć z nowymi zagrożeniami i faktami społecznymi. Data 11 września 2001 r. stała się cezurą w amerykańskiej historii wywołując zjawisko religijnej i patriotycznej odnowy[1], która znacząco wpłynęła na politykę zagraniczną największego globalnego gracza[2]. Administracji G. W. Busha – dla którego wspomniane wydarzenia będą osią całej prezydentury, udało się przekonać społeczeństwo amerykańskie do poparcia dwóch wojen na Bliskim Wschodzie w

[1] S. Burdziej, *Religia obywatelska w Stanach Zjednoczonych*, Kraków 2009, s. 10.
[2] K. Czornik, *Irak w polityce zagranicznej Stanów Zjednoczonych w okresie pozimnowojennym*, Katowice 2011, s. 218.

przeciągu osiemnastu miesięcy od ataków[3]. Powoli przekształcił się wypracowany w poprzednich dekadach model międzynarodowych działań wielostronnych w unipolarną formułę[4]. Tymczasem po tragicznych zamachach dochodzi wewnątrz kraju do wielu ciekawych ze społeczno–kulturowego punktu widzenia zjawisk. Obok proklamowanego przez prezydenta w październiku Tygodnia Znaczenia Charakteru Narodowego, pojawiają się w przestrzeni publicznej rozliczne elementy tzw. religii obywatelskiej, z których znamienny wydaje się plakat sikhijskich dzieci w geście modlitewnym pod amerykańską flagą z podpisem: *God bless America*[5].

Pojawia się zatem pytanie o wpływ religii na społeczeństwo amerykańskie, a w szczególności na decyzje polityczne podejmowane w okresie prezydentury G. W. Busha oraz o realne rozmiary amerykańskiej *civil religion*. Odpowiedź na nie jest szczególnie ważna, w kontekście zmiany strategii międzynarodowej Stanów Zjednoczonych, dojścia do głosu nowej prawicy i neokonserwatystów oraz nowego programu opieki społecznej, który spowoduje reinterpretację I Poprawki do Konstytucji. Należy zapytać czy wszystkie te elementy są jednak faktycznie pochodnymi wpływu wartości moralnych i religijnych na amerykańską politykę w omawianym okresie? Wydaje się, że etyka protestancka już dawno nie wywiera tak znaczącego wpływu na Biały Dom. Także podczas prezydentury G. W. Busha wiodącą rolę odgrywała polityczna kalkulacja i rosnące rozmiary religii obywatelskiej w społeczeństwie amerykańskim.

Jeffersonowski „mur separacji pomiędzy państwem a kościołem”

Z europejskiego punktu widzenia rola i miejsce religii w Stanach Zjednoczonych nie są jednoznacznie oczywiste. Przyjmowany na starym kontynencie paradygmat sekularyzacyjny zakładający stopniowe zmierzanie od irracjonalizmu do epoki rozumu i tym samym stopniowe zanikanie roli religii w życiu społecznym nie przyjął się w tak oczywistym kształcie w USA. Już bowiem w latach osiemdziesiątych religia wkroczyła na arenę publiczną w roli siły moralnej, pomimo jednoznacznego przypisywania jej miejsca wyłącznie w sferze prywatnej[6]. Przed przystąpieniem do analizy genezy i zbadania znaczenia takich zjawisk, jak przysięga na wierność sztandarowi *(Pledge of Allegiance),* czy wszelkiego rodzaju odwoływań do Boga i Biblii *(God talk)* przez praktycznie wszystkich prezydentów Stanów Zjednoczonych, warto

[3] F. Fukuyama, *Ameryka na rozdrożu. Demokracja władza i spuścizna neokonserwatyzmu*, Poznań 2006, s. 68.
[4] K. Czornik (rec.), W. Szymborski, *Doktryna Busha*, Bydgoszcz 2004 r., „Studia Politicae Universitatis Silesiensis” 2006, Nr 2, s. 244-245.
[5] S. Burdziej, *op. cit*., s. 122.
[6] J. Casanova, *Religie publiczne w nowoczesnym świecie*, Kraków 2005, s. 21.

zatrzymać się przy amerykańskiej praprzyczynie rozdziału kościoła od państwa oraz podłożu upadku teorii sekularyzacji zakładającej, że wraz z modernizacją społeczeństw religia przestaje odgrywać istotną rolę.

Jeszcze przed uniezależnieniem się trzynastu kolonii od Imperium Brytyjskiego, wytworzył się w Ameryce szczególny mit założycielski, zawierający w sobie elementy nadziei, że pierwsze społeczności zakładają swoje kolonie w Nowym Izraelu na wzór biblijnego „miasta na wzgórzu[7]. Ronald Reagan inspirując się kazaniem pierwszego gubernatora Massachusetts Johna Winthropa nazwał Amerykę właśnie takim „błyszczącym miastem"[8]. Umowa *Mayflower Compact* z 11 listopada 1620 r., którą zawarło 41 „Ojców Pielgrzymów", założycieli pierwszej angielskiej kolonii, była swoistego rodzaju umową społeczną ustanawiającą m.in. religijną organizację gmin dla szerzenia wiary chrześcijańskiej[9]. W podobnym duchu kształtowania teokratycznej społeczności przybywały do Ameryki kolejne grupy purytanów *(de facto* religijnych odstępców)[10], którzy nie stanowili jednak większości w populacji. Pomimo tego liczne miejscowości amerykańskie otrzymywały wówczas typowo biblijne nazwy jak chociażby Salem, czy New Caanan[11]. Trafne wydaje się spostrzeżenie W. Sokolewicza, że podczas kolonizacji stosunki konfesyjne kształtowały się nie tylko pod wpływem tendencji zapewniania wolności religijnej, ale także w duchu dążenia do wyłączności określonego wyznania – co powodowało, że represjonowani stawali się represjonującymi[12]. Fakt może wyjaśniać dlaczego kolonizacja jawiła się jako cywilizacyjna misja stworzenia takiej organizacji kraju, która byłaby najbardziej optymalna z punktu widzenia Pisma Świętego[13]. Sytuację wyznaniową stymulował również fakt, że rażąca była dysproporcja pomiędzy dużą liczbą związków konfesyjnych, a niewielką liczbą ich wyznawców[14]. Każda kolonia posiadała znaczącą autonomię w kwestiach wprowadzania obowiązujących religii w granicach swoich terytoriów, a rodząca się religijna samorządność w rzeczywistości zwiększała siłę lokalnych kongregacji a nie jednolitego Kościoła narodowego[15]. Po Rewolucji Amerykańskiej geografia konfesyjna nie pozwalała na oparcie się na Kościele, który nie zdołałby się utrzymać[16]. W świetle powyższego, wydaje się, że Ojcowie Założyciele debatując nad kształtem Karty

[7] S. Burdziej, *op. cit*., s. 29.
[8] D. Junke., *Transcendencja i sekularyzacja. Motywy religijne we współczesnych amerykańskich serialach telewizyjnych*, Kraków 2018, s. 22.
[9] P. Napierała, *In God we trust. Religia w sferze publicznej USA*, Kraków 2015, s. 54.
[10] B. Ostendorf, *Religia i sfera publiczna w USA*, "Teologia Polityczna" 2005, Nr 2, 2005 s. 59.
[11] S. Burdziej, *op. cit*., s. 57.
[12] R. Małajny, *"Mur separacji" - państwo a kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1992, s. 16.
[13] *Ibidem*, s. 18.
[14] *Ibidem,* s. 46.
[15] B. Ostendorf, *op. cit*., s. 60.
[16] R. Małajny, *op. cit*., s. 55.

Praw nie mogli – nie narażając się na rozpad federacji, przyjąć koncepcji innej niż deistyczna i tym samym nie ustanowić w I Poprawce do Konstytucji zarówno zakazu uchwalania przez Kongres praw ustanawiających religię *(estabilishment clause),* jak również zakazu ograniczania jej praktykowania *(free exercise clause)*[17]. Tak ujmowany „religijny racjonalizm" był popularny wśród najbogatszych mieszkańców koloni, na których oddziaływała filozofia Johna Locke'a dotycząca umowy społecznej[18].

Dla kształtu I Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki – stanowiącej, że: „Żadna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczać wolności słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnym władzom petycji o naprawienie krzywd"[19], duże znaczenie miał „Statut o wolności religijnej w Wirginii" z 1779 r. autorstwa Thomasa Jeffersona będącego w latach 1779 – 1871 gubernatorem tego stanu. Jako antyfederalista dążył on do zabezpieczenia swobód jednostki. Trzeci prezydent Stanów Zjednoczonych mówiąc o Bogu używał różnych pojęć np. „twórca wszystkich rzeczy" i krytykował zorganizowane chrześcijaństwo za przeinaczenia racjonalnych nauk moralnych „najbardziej czcigodnego reformatora ludzkich błędów"[20]. Nie należał on także do żadnego zorganizowanego kościoła[21] i nie wierzył w bezpośrednią boską interwencję, ale dokonującą się poprzez prawa natury, które człowiek miał obowiązek poznawać drogą pracy nad swym intelektem[22]. Jego list do kongregacji baptystów z Danbury z 1802 r. zawiera metaforę muru, który „wznosi się (…) pomiędzy państwem a Kościołem". Metafora ta od 1878 r. weszła na stałe do orzecznictwa SN i zrobiła prawdziwą karierę polityczną[23]. To właśnie ona jest najczęściej przywoływana przez zwolenników ścisłej separacji władzy od religii, którzy w ten właśnie sposób interpretują treść I Poprawki z 1791 roku. Należy jednak przypomnieć, że Jefferson zaaprobował finansowanie misji ewangelizacyjnych wśród Indian ze środków federalnych, stąd wciąż żywy spór odnośnie znaczenia wspomnianej metafory dla interpretacji rozdziału Kościoła od państwa[24].

[17] Z. Lewicki, *Wybrane zagadnienia relacji religia-kościół-państwo-prawo w Stanach Zjednoczonych*, „Zeszyty prawnicze" Nr 1, 2014, s. 55.
[18] P. Napierała, *In God…*, s. 80.
[19] Biblioteka sejmowa: http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html [dostęp: 14.03.2020 r.].
[20] S. Burdziej, *op. cit*., s. 58
[21] L. Pastusiak, *George W. Bush. Jaki człowiek, jaki prezydent,* s. 443.
[22] P. Napierała, *In God…*, s. 81.
[23] R. Małajny, *op. cit*., s. 113–114.
[24] S. Burdziej, *op. cit*., s. 59.

Wpływ nowej polityki społecznej G. W. Busha na zmianę interpretacji konstytucyjnej klauzuli *estabilishment* – pytanie o faktyczne rozmiary odejścia od laickiej wykładni I Poprawki

Obie wspomniane klauzule: *estabilishment* oraz *free exercise* mają zapobiegać prześladowaniom ze względu na wiarę. Pierwsza z nich jest skupiona na działaniach instytucji państwowych i dotyczy zakazu dyskryminacji jednych religii poprzez uprzywilejowanie drugich. Klauzula swobodnego praktykowania stanowi natomiast postulat pozytywnego działania państwa na rzecz zapewnienia obywatelom swobody wyznawania. Szeroka interpretacja jednej z nich często wymaga zawężonej interpretacji drugiej, co rodzi szereg problemów wykładniczych. Zaskakująca ilość 15 projektów treści I Poprawki świadczy o tym, że kłopoty te były od początku do przewidzenia[25]. Pod wpływem tzw. wielkich przebudzeń, przez długi czas ewangelikalny populizm miał na tym polu przewagę nad ideałami oświeceniowymi[26]. Przeważali bowiem wspierający religię akomodacjoniści postulujący uwzględnienie potrzeb religijnych. Wskazywali oni na literalną i historyczną wykładnie klauzuli *estabilishment* oraz odnosili ją wyłącznie do rządu federalnego, a nie do władz stanowych. Zmiany interpretacji zaczęły następować po decyzji w sprawie *Cantwell v. Connecticut* z 1940 r., która inkorporowała klauzulę *free exercise* do praw stanowych. Podobnie stało się siedem lat później z klauzulą ustanowienia po wyroku *Everson v. Board of Education*[27]. W swoim werdykcie sędzia Hugo Black jako pierwszy odwołał się do metafory „muru separacji", a więc do separatystycznej wykładni I Poprawki do Konstytucji, której to znaczenie od tego czasu tylko rosło[28]. Podkreślono wówczas, że żaden akt prawny nie powinien ani ograniczać, ani też wspierać religii, chyba że pomoc byłaby „świecka w swej treści" *(secular in content)*[29]. Warunek ten został wzbogacony w 1971 r. o kolejne dwa: obowiązek wywołania świeckich efektów i niepowodowania zbytniego zaangażowania się rządu w sprawy religii – tworząc tzw. test Lemona od sprawy *Lemon v. Kurtzman*. Proces ten dotyczył finansowania z funduszy publicznych pensji nauczycieli uczących przedmiotów niereligijnych w szkołach prywatnych oraz refundowania takim szkołom świeckich książek. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że orzecznictwo Sądu Najwyższego nigdy nie zmierzało w kierunku

[25] P. Napierała, *In God…*, s. 105–107.
[26] P. Napierała, *Religia i polityka w USA. Faith–based initiatives w okresie prezydentury G.W. Busha*, , Kraków 2013, s. 38.
[27] P. Napierała, *In God…*, s. 108–109.
[28] P. Napierała, *Religia i polityka…*, s. 40.
[29] *Ibidem*, s. 142.

absolutnego rozdziału Kościoła od państwa[30]. Nie sposób też nie dostrzec, że polityka społeczna administracji G. W Busha znacząco przyczyniła się do rozpoczęcia procesu odejścia od idei "muru separacji"[31]. Jej efekt nie stanowił jednak powrotu do dawnego, radykalnego *ancien régime*.

Podczas kampanii wyborczej w 2000 r. przyszły prezydent deklarował intensywne działania mające na celu rozszerzenie i rzeczywistą implementację przepisów *Charitable Choice* z 1996 r.[32] będących częścią reformy społecznej Billa Clintona, która umożliwiła organizacjom religijnym ubieganie się o fundusze federalne w celach opieki społecznej nad bezrobotnymi, uzależnionymi oraz bezdomnymi[33]. Administracja twierdziła wówczas, że przepis zakazujący przeznaczania wspomnianych funduszy na wyznaniowe nabożeństwa, nauki i prozelityzm zabezpiecza przed naruszeniem klauzuli *estabilishment*[34]. Polityka *faith–based partnerships* prowadzona przez Busha była uzasadniana przez doktrynę współczującego konserwatyzmu proponowaną przez prof. Marvina Olasky'ego z Uniwersytetu Teksańskiego w Austin[35], który podkreślał, że pomoc niesiona za pośrednictwem organizacji religijnych mogłaby zaspokajać także potrzeby duchowe[36]. Prezydent już 29 stycznia 2001 r. wydał dwa rozporządzenia wykonawcze dotyczące stworzenia biur do spraw religijnych i lokalnych organizacji społecznych w poszczególnych departamentach rządowych oraz głównego biura do spraw takich organizacji przy Białym Domu[37]. Dla Busha niewątpliwie znacznie miała także wiara w ideę leczenia poprzez wiarę, do której po swoich „koczowniczych latach”[38] często się odwoływał – przypominając własną walkę z alkoholizmem[39]. Uważał on, że doznał nawrócenia po dłuższym spacerze po plaży ze znanym kaznodziejem Billym Grahamem w 1985 r., czego skutkiem było postanowienie o abstynencji alkoholowej[40].

Praktyczny wymiar realizacji polityki *faith–based* przez administrację Busha napotkał znaczne problemy. Pierwszym z nich był podział na dwa wewnętrzne obozy, w którym puryści przeważali nad pragmatykami[41]. Ci ostatni zachęcali, aby zamiast forsowania ustawy w celu

[30] *Ibidem*, s. 43.
[31] *Ibidem*, s. 217.
[32] *Ibidem,* s. 115.
[33] *Ibidem*, s. 112.
[34] *Ibidem*, s. 113.
[35] *Ibidem* s. 87.
[36] M. N. Olasky, *Compassionate Conservatism: What It Is, What It Does, and How It Can Transform America*, New York 2000, s. 4.
[37] S. Fath, *Religia w Białym Domu*, Warszawa 2007, s. 109–110.
[38] L. Pastusiak, *op. cit*., s. 18–19.
[39] P. Napierała, *Religia i polityka…*, s. 116.
[40] S. Fath, *op. cit*., s. 86.
[41] P. Napierała, *Religia i polityka…*, s. 224–225.

jak najszybszego spełnienia obietnic wyborczych, najpierw przeprowadzić odpowiednią analizę funkcjonowania już istniejących przepisów dotyczących *Charitable Choice*[42]. Drugim problemem realizacji nowej polityki społecznej były wątpliwości natury prawno–konstytucyjnej. Dotyczyły one zarówno wykładni klauzuli *estabilishment* jak również naruszania praw beneficjentów nowej polityki, którzy w obliczu uzależnienia od pomocy określonej organizacji wyznaniowej, mogli czuć się narażeni na presję religijną. Sporo kontrowersji budziło też zwolnienie organizacji religijnych z zakazu dyskryminacji potencjalnych pracowników ze względu na wyznanie[43]. Wszystkie te problemy przyczyniły się do braku akceptacji nowej ustawy w Kongresie[44], przez co G. W. Bush był zmuszony realizować politykę *faith–based* za pomocą rozporządzeń wykonawczych. Zarówno wykonywanie tego programu, jak też jego efekty pozostawiły wiele do życzenia. Osoby oceniające potencjalnych odbiorców funduszy były mało zróżnicowane światopoglądowo, religijnie i politycznie. W większości składali się z ewangelikalnych chrześcijan preferujących polityczny konserwatyzm[45]. Nie zwiększył się także udział różnych organizacji religijnych w opiece społecznej, nie zmniejszyły się także same społeczne problemy[46.] Między rokiem 2000 a 2005 zwiększył się natomiast poziom ubóstwa o 1,3 punktu procentowego[47]. Rebekka Sager stwierdziła nawet, że *faith–based partnerships* stanowi idealny przykład polityki symbolicznej, która ma z gruntu świecki cel – umocnienie sojuszów politycznych[48]. Nie ulega wątpliwości, że znacznie mniej kontrowersyjną, a przy tym atrakcyjniejszą ideologicznie była zapoczątkowana przez poprzednika nowa polityka pomocy społecznej. Prawica religijna postulowała zagadnienia czysto etyczne, jak chociażby problem związków partnerskich.

Po mianowaniu przez Busha konserwatywnych sędziów Johna Robertsa oraz Samuela Alito, Sąd Najwyższy zmienił dotychczasowy trend orzeczniczy w sprawie *Hein v. Freedom from Religious Foundation* z 2007 r. dotyczącej możliwości zakwestionowania prawa, w ramach którego z podatków finansuje się religię. Uznano, że taki pozew byłby zasadny, ale wyłącznie, jeśli odnosiłby się do przepisów wprowadzonych na drodze ustawodawczej[49]. Dotychczasowa wykładnia separacjonistyczna I Poprawki przerodziła się w sprawach związanych z finansowaniem organizacji religijnych w wykładnie pozytywnie neutralną[50],

[42] *Ibidem*, s. 125.
[43] *Ibidem*, s. 126.
[44] *Ibidem*, s. 136.
[45] *Ibidem*, s. 204–205.
[46] *Ibidem*, s. 225.
[47] *Ibidem*, s. 209.
[48] *Ibidem*, s. 203.
[49] *Ibidem*, s. 212.
[50] *Ibidem* s. 210.

a zatem dopuszczającą nie tylko równe traktowanie organizacji wyznaniowych i świeckich przy redystrybucji funduszy rządowych, ale także pewną ochronę tych pierwszych. Wpływ na te zmiany miała polityka społeczna przychylna nowej prawicy religijnej, która stanowiła wynik politycznej kalkulacji oraz niewątpliwego opanowania Białego Domu przez neokonserwatywne kręgi w okresie prezydentury G. W. Busha[51].

Pojawiają się zatem pytania, dlaczego w tak – wydawałoby się jasno zdefiniowanej relacji państwa i kościoła, mamy w Stanach Zjednoczonych styczność z wyraźnym zazębianiem się treści doczesnych z religijnymi oraz ile w tym zjawisku jest samej polityki. Odpowiedź na nie jest szczególnie ważna dla zrozumienia innych decyzji administracji G. W. Busha oraz stanowi *meritum* omawianego zagadnienia. Dużo łatwiejsze do zrozumienia wydają się bowiem rozwiązania europejskie, gdzie – zrodzony już w epoce feudalnej oraz ukonstytuowany zasadą *cuius regio, eius religio*, instytucjonalny i biurokratyczny związek celów państwa i Kościoła, tłumaczy udzielanie instytucjonalnego wsparcia bądź administracyjnego odciążenia. To właśnie jawna kalkulacja i wzajemnie odnoszone korzyści polityczne oraz kościelne stoją przykładowo u podstaw przyjaznego modelu rozdziału władzy i ołtarza[52]. Odpowiedź na tak zadane pytania nie jest łatwa, niemniej jednak można udzielając ich posłużyć się teorią José Casanovy o deprywatyzacji religii oraz wyraźnie dostrzegalnym zjawiskiem *civil religion*.

Deprywatyzacja religii – uzupełnienie tezy sekularyzacyjnej

Wciąż wartościowa – szczególnie w kontekście zmodernizowanych Stanów Zjednoczonych, wydaje się być teza o deprywatyzacji religii będąca socjologiczną próbą wytłumaczenia, dlaczego religia wciąż wpływa na przestrzeń publiczną, a tym bardziej z niej nie znika[53]. José Casanova w swojej pracy *Religie publiczne w nowoczesnym świecie* z 1994 r. krytykując teleologiczną teorię sekularyzacji Bergera i teorię prywatyzacji religii Luckmanna, nie zaprzecza zróżnicowaniu i wyzwoleniu się sfer świeckich od instytucji i norm religijnych. Neguje on jednak przekonanie, że owo rozgraniczenie opierać się musi na marginalizacji i prywatyzacji Kościołów[54]. Deprywatyzacja przedstawiać ma wartość polemiczną do tych liberalnych teorii politycznych, które określają prywatyzacje religii, jako nowoczesny strukturalny trend i jedyną historyczną opcję dla nowoczesnych religii[55]. Według Casanovy

[51] S. Fath, *op. cit.*, s. 85.
[52] B. Ostendorf, *op. cit.*,., s. 58.
[53] J. Casanova, *op. cit.*, s. 374.
[54] *Ibidem*, s. 25–27.
[55] *Ibidem*, s. 364–365.

Kościoły państwowe nie pasują już do współczesnych i wewnętrznie zróżnicowanych krajów, które wraz z kulturowymi sferami społeczeństwa stale rozwijają instytucjonalną autonomię. Religia jest zmuszona do akceptacji zasady strukturalnej dyferencjacji sfery świeckiej, chociaż sama także poddaje się wspomnianemu trendowi[56]. Deprywatyzacja religii może pełnić ważne funkcje publiczne przez zmuszenie nowoczesnego społeczeństwa do zbiorowej refleksji nad stworzonymi przez nie strukturami normatywnymi[57] lub przypominanie o tym, że moralność może istnieć jedynie jako intersubiektywna normatywna struktura – nie zaś jedynie jako sprawa prywatna[58].

José Casanova zauważa, że w latach trzydziestych XIX wieku ewangelikalny protestantyzm w denominacyjnej formie zaczął stawać się kulturowo, ale nadal nie politycznie – amerykańską *civil religion*[59]. Kategorię tę rozumiał on jako religię publiczną amerykańskiego społeczeństwa[60]. Tłumaczyć mogłoby to próby zamieszczenia zapisów adorujących Boga i religię chrześcijańską w tekście Konstytucji i pierwszej do niej Poprawki[61]. Jak zresztą przypomina historyk Mark Noll do dnia dzisiejszego to właśnie Biblia pozostaje „księgą Ameryki" i jej „ikoną"[62]. Autor „Religii publicznych w nowoczesnym świecie" przypomina, że odwieczną intencją tradycji republikańskiej było upolitycznienie religii i wykorzystanie jej siły integracyjnej przy jednoczesnym odrzuceniu dogmatów pozwalających uwolnić jednostkę z absolutnej lojalności wobec bytu politycznego[63]. Przecenia on jednak możliwości rozpatrywania siły scalającej na poziomie społecznym równocześnie jako siły scalającej wspólnotę polityczną[64]. Na potrzeby pracy pojawia się zatem pytanie o taką możliwość właśnie w kontekście amerykańskiej religii obywatelskiej.

Amerykańska religia obywatelska

Odnotowany już „Jeffersonowski projekt" zdołał połączyć republikański deizm z protestantyzmem, a zespolenie to nadal jest spajane przez rzeczywistość konstytucyjną, która zdołała się z czasem zsakralizować[65]. Paradoksalnie druga fala przebudzeń prowadząca do destabilizacji i dehierarchizacji struktur Kościoła wzmocniła tę sakralizację. Uświęcenie to

[56] *Ibidem*, s. 353.
[57] *Ibidem*, s. 375.
[58] *Ibidem*, s. 376.
[59] *Ibidem*, s. 104–105.
[60] *Ibidem*, s. 232.
[61] P. Napierała, *In God…*, s. 109.
[62] S. Fath, *op. cit*., s. 28.
[63] J. Casanova, *op. cit*.,., s. 113.
[64] *Ibidem*, s. 116.
[65] *Ibidem*, s. 233.

objawiało się poprzez własne rytuały, narodowe symbole, honory oddawane fladze czy przysięgę wierności. Religia obywatelska stanowi więc spoiwo, które „amerykanizuje" czynnik zewnętrzny oraz cementuje niejednorodne społeczeństwo[66]. Można by zatem za Carlem Friedrichem powiedzieć, że „być Francuzem to fakt, być Amerykaninem to idea".

Tworzenie się *American Creed* być może było udaną próbą narzucenia własnych pojęć, która wynikała z potrzeby wykreowania mitów w młodej federacji. Genezą Święta Dziękczynienia ustanowionego przez Abrahama Lincolna w 1865 r. było przecież mityczne przetrwanie przez purytańskich osadników pierwszej zimy. Nie bez wpływu na ostateczny kształt religii obywatelskiej miało wzbogacenie jej o treści powstałe po Wojnie secesyjnej dotyczące chociażby ofiary, poświęcenia, czy cierpienia. Weryfikacyjny dlań charakter miała z kolei Zimna wojna. Philip E. Hammond podkreślał w tym kontekście rosnącą rolę prawa oraz sądów po II wojnie światowej[67]. Dzisiaj wydaje się, że także egzekutywa i legislatywa biorą udział w budowaniu konsensusu w kontrowersyjnych kwestiach społecznych, co stanowi nie tylko nieprzewidziany przez Ojców Założycieli obszar funkcjonowania zasady *check and balances*, ale również potwierdza słuszność reguł leżących u podstaw Konstytucji Stanów Zjednoczonych[68].

Socjolog Robert N. Bellah wskazywał, że każda religia pełni istotne funkcje społeczne w postaci integracji. Widział on zatem także w religii obywatelskiej wartość zapewniającą trwanie i ład społeczny[69]. Przyjmuje się, że to właśnie Bellah odkrył istnienie religii obywatelskiej w Stanach Zjednoczonych, chociaż oczywiście nie samo zjawisko[70]. Już bowiem Rousseau w VIII rozdziale traktatu „O umowie społecznej" wyróżnił „religię człowieka" oraz „religię obywatela". Pierwsza z wymienionych miała stanowić „czysto wewnętrzny kult Boga" mający charakter aspołeczny z powodu odciągania od rzeczy ziemskich. Sprawy zbiorowe bliższe były religii obywatela, która posiadając własne dogmaty, ceremonie czy kult zewnętrzny ustalony prawem – stanowiła źródło legitymizacji porządku państwowego. Jej głównym kapłanem miał być panujący władca[71], co wydaje się szczególne znamienne dla systemu prawnego i politycznego Stanów Zjednoczonych – jeśli weźmiemy pod lupę rolę prezydenta tego kraju. Występując jako przewodnik narodu, jest on równocześnie jego rzecznikiem i reprezentantem, ale jak się również okazuje – wykracza poza te funkcje. Tak też

[66] B. Ostendorf, *op. cit.*, s. 62–63.
[67] S. Burdziej, *op. cit.*, s. 29–31.
[68] Z. Lewicki, *op. cit.*, s. 93.
[69] S. Burdziej, *op. cit.*, s. 5–26.
[70] *Ibidem*, s. 28.
[71] J. J. Rousseau, *Umowa społeczna*, Kęty 2002, s. 102–104.

G. W. Bush próbował przedstawiać interwencję w Iraku jako uzasadnioną moralnie odwołując się do koncepcji wojny sprawiedliwej[72]. Ponadto usiłował usankcjonować swoje działania boskim autorytetem przekonując, że „ofiara" narodu amerykańskiego jest „darem Boga dla ludzkości"[73]. Symptomatyczne wydaje się zatem zachowanie przyszłego 43 prezydenta Stanów Zjednoczonych, który podczas ceremonii objęcia urzędu gubernatora Teksasu zaprosił znanych duchownych, by na znak błogosławieństwa „położyli ręce na jego głowie". Procedurze tej towarzyszyć miało poczucie powołania[74]. Rytuał ów potwierdza niejako połączenie świeckiego urzędu z rolą wielkiego kapłana *Civil Religion*[75] oraz wydaje się być polityczną figurą.

Mesjanizm w polityce G. W. Busha – pytanie o rzeczywiste wpływy religii

W trakcie nabożeństwa żałobnego o charakterze ekumenicznym w Katedrze Narodowej w Waszyngtonie, które odbywało się 14 września 2001 r., prezydent G. W. Bush stwierdził, że odpowiedzialnością Ameryki przed historią jest m.in. „oczyszczenie świata ze zła". Robert N. Bellah stwierdził potem, że była to „mowa wojenna", a teolog Reinhold Niebuhr przypomniał, że nawet podczas wojny z III Rzeszą nie utożsamiano Hitlera ze złem absolutnym podobnie jak nie posługiwano się pojęciem absolutnego dobra[76]. Socjolog Peter Berger stwierdził też, że Bush świadomie przyczynił się do ujęcia islamu jako kolejnego składnika religii obywatelskiej[77.] Świadczyć mogły o tym nie zawsze popularne starania prezydenta, żeby uchronić muzułmanów przed dyskryminacją – takie jak chociażby wizyta 17 września 2001 r. w Centrum Islamu w Waszyngtonie[78]. Generalnie tragiczne wydarzenia z tamtego okresu zapoczątkowały manicheistyczną i wojenną retorykę oraz demonizowanie przeciwnika. Retoryka religijna była prawdopodobnie świadomą strategią komunikacyjną korzystającą z tradycyjnych motywów amerykańskiej religii obywatelskiej, na korzyść której działała ogólnonarodowa trauma[79]. Poparcie dla G. W. Busha wzrosło z 50 procent w końcu sierpnia do 89 procent dwa tygodnie po ataku z 11 września[80]. Kreowany schemat był do tego stopnia czarno–biały, że podczas orędzia o stanie państwa w 2002 r. Bush użył pojęcia „oś zła", do której należeć miały „państwa zbójeckie". Spowodowało to pomieszanie odbiorców przekazu

[72] S. Burdziej, *op. cit*., s. 91. Zob. też: R. Olszewski, *Wojna sprawiedliwa w tradycji cywilizacji zachodniej*, [w:] *Irak. Dylematy amerykańskiej interwencji*, W. Dzielski, W. Michnik (red.), Kraków 2007, s. 135–136.
[73] S. Burdziej, *op. cit*., s. 17.
[74] S. Fath, *op. cit*., s. 168.
[75] *Ibidem*, s. 169.
[76] S. Burdziej, *op. cit*., s. 119–120.
[77] S. Fath, *op. cit*., s. 101–102.
[78] L. Pastusiak, *op. cit*., s. 132.
[79] S. Burdziej, *op. cit*., s. 133–134.
[80] L. Pastusiak, *op. cit*., s. 133.

i niektórzy obserwatorzy zaczęli spekulować nie o jednej, a o trzech wojnach prewencyjnych[81]. Minister spraw zagranicznych Republiki Federalnej Niemiec Joschka Fischer ostrzegł przed unilateralizmem w polityce Waszyngtonu[82], który niewątpliwie szkodził jego wizerunkowi w Europie[83]. Pomimo tego teologia wojny doprowadziła do dwóch konfliktów na Bliskim Wschodzie, a administracja Busha robiła dużo, by narzucić swoją interpretację zdarzeń po 11 września.

Rodzaj zdobywczej „wiary", która opanowała Biały Dom wpływała również na kształt religii obywatelskiej[84]. Gabinet G. W. Busha składał się głównie z neokonserwatystów, a nie z chrześcijańskiego lobby[85]. Doktryna ta ewoluowała z przekonania, że Stany Zjednoczone mogą wykorzystać potęgę w celach moralnych, aż do utożsamiania się z pojęciami ataku wyprzedzającego, zmiany władzy czy z unilateralizmem[86]. Stąd też projekt paradoksalnie niemającej końca „światowej wojny z terrorem" i rozmiar transformacji amerykańskiej strategii, który Ivo Daalder i James Lindsay z Brookings Insitution przyrównali do rewolucji[87]. „Doktryna Busha" została niejako zalegalizowana przez 33 stronnicową Strategię Bezpieczeństwa Narodowego Stanów Zjednoczonych z 2002 r., zakładającej możliwość ataku wyprzedzającego, także w przypadku braku mandatu Rady Bezpieczeństwa ONZ[88]. Utworzono również z 22 agencji federalnych Departament Bezpieczeństwa Krajowego[89] oraz przeforsowano kontrowersyjny *Patriot Act*. Pomimo marginalizowania prawa międzynarodowego, bardzo szybko Ameryce udało się zbudować szeroką koalicję międzynarodową na rzecz interwencji w Afganistanie. W kraju tym istniały jednak oczywiste powiązania talibów z al-Kaidą[90]. Inaczej było w przypadku Wojny w Iraku, która była krytykowana zarówno przez zdecydowaną większość wspólnoty międzynarodowej, jak też przez same Kościoły w Stanach Zjednoczonych. Świadczyć o tym może manifest *Wyznanie Chrystusa w świecie przemocy* z października 2004 r., pod którym sygnowało się ponad 200 teologów z różnych wyznań chrześcijańskich oraz niemal 500 intelektualistów[91]. Administracja Busha i większość społeczeństwa amerykańskiego uznała wówczas, że dobro narodu stoi ponad

[81] F. Fukuyama, *op. cit*., s. 99.
[82] L. Pastusiak, *op. cit*., s. 150.
[83] *Ibidem*, s. 162.
[84] S. Fath, *op. cit*., s. 152.
[85] *Ibiden*, s. 169.
[86] F. Fukuyama, *op. cit*., s. 18–20.
[87] W. Michnik, *Długa droga do wojny - USA i przyczyny II wojny w Zatoce Perskiej*, [w:] *Irak. Dylematy amerykańskiej interwencji*, W. Dzielski, W. Michnik (red.), Kraków 2007, s. 113
[88] L. Pastusiak, *op. cit*., s. 189.
[89] *Ibiden*, s. 159.
[90] S. Burdziej, *op. cit*., s. 130.
[91] *Ibidem*, s. 131.

względami humanitarnymi oraz zasadami religijnymi[92]. Z badań sondażowych wynikało, że zaledwie 10 procent ankietowanych wskazało, że przekonania religijne wpłynęły na ich opinię na temat problemu irackiego[93]. Oznaczać to może, że Amerykanie odchodząc od ideałów religijnych kierują się swoistym patriotyzmem, który nazywany przez krytycznych obserwatorów imperializmem, staje się niebezpiecznym produktem amerykańskiej religii obywatelskiej oraz wynikiem szeroko rozumianego interesu narodowego Stanów Zjednoczonych Ameryki.

Podsumowanie

Dla Maxa Webera – który stwierdził, że w nowoczesnych ustrojach źródłem legitymizacji staje się sam fakt obowiązywania bezosobowego porządku prawnego, a czynniki takie jak religia, czy tradycja są właściwe dla ustrojów wcześniejszych (niedemokratycznych) – fakt roli jaką odgrywa religia obywatelska w historiozofii Stanów Zjednoczonych, jawiłby się jako swoisty paradoks[94]. Jego przeświadczenie, że etyka przekonań ustępuje etyce odpowiedzialności, co doprowadza do racjonalizacji zachowań religijnych[95] nie było do końca trafne. Nawet deprywatyzacja protestanckiego fundamentalizmu objawiająca się chociażby w powołaniu na przełomie lat 70 i 80 ponadkonfesyjnego ruchu społecznego „Moralna Większość" nie mogła realnie zagrozić oddzieleniu się etyki protestanckiej od amerykańskiego społeczeństwa obywatelskiego[96]. Z tego punktu widzenia niemożliwym wydaje się przyjęcie kiedykolwiek całkowicie akomodacjonistycznej wykładni I Poprawki. Zapał religijny jaki można było obserwować w polityce administracji G. W. Busha ujawniający się chociażby w *faith–based initiatives* nie jest w stanie przerodzić się w kolejne wielkie przebudzenie bez takiego składnika, jakim jest religia obywatelska. Ta z kolei stanowi raczej wiarę w wielkość lub misję dziejową Stanów Zjednoczonych, a nie świadectwo procesu odbudowy tak czy inaczej rozumianej chrześcijańskiej moralności.

Po tragicznych wydarzeniach z 11 września 2001 r. rozmiary amerykańskiej *civil religion* wzrosły i sprzyjają realizacji politycznych celów Białego Domu. Wpływy religii protestanckiej wydają się być przesadzone i ograniczone przez sojusz z przedstawicielami Partii Republikańskiej. Znacznie bardziej groźne dla ładu i pokoju międzynarodowego są niektóre

[92] S. Fath, *op. cit.*, s. 116–117.
[93] *Ibidem*, s. 148.
[94] S. Burdziej, *op. cit.*, s. 17.
[95] J. Kusiak, *Kto zamieszka w żelaznej klatce?*, [w:] *Dawne idee, nowe problemy*, P. Śpiewak (red.), Warszawa 2010, s. 71.
[96] J. Casanova *op. cit.*, s. 272–273.

treści głoszone przez kolejne pokolenia neokonserwatywnych uczniów Straussa oraz imperialistyczne zapędy części Amerykanów z hasłem *In God we trust* na ustach, niż fundamentalizm religijny.

ABSTRAKT

Okres prezydentury G. W. Busha obfituje w wydarzenia, które uzasadniają pytanie o wpływ religii na politykę. Problem ten jest szczególnie interesujący, gdyż dotyczy wielokulturowego społeczeństwa amerykańskiego, zrzeszającego się w bardzo wielu denominacjach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na rozwijającą się religię obywatelską, będącą swego rodzaju spoiwem cementującym więzy społeczne. Autor artykułu przedstawiając wybrane decyzje polityczne, fakty społeczne oraz teorie naukowe, polemizuje z tezą o decydującym wpływie etyki protestanckiej na Biały Dom. Jednocześnie podkreśla on niebezpieczeństwo związane z takim ujęciem *civil religion*, które faktycznie staje się wiarą w amerykański mesjanizmem.

Słowa kluczowe: religia, religia obywatelska, polityka, Stany Zjednoczone

Bibliografia

Burdziej S., *Religia obywatelska w Stanach Zjednoczonych*, Kraków 2009.

Casanova J., *Religie publiczne w nowoczesnym świecie*, Kraków 2005.

Czornik K. (rec.), W. Szymborski, *Doktryna Busha*, „Studia Politicae Universitatis Silesiensis" 2004 , Nr 2.

Czornik K., *Irak w polityce zagranicznej Stanów Zjednoczonych w okresie pozimnowojennym*, Katowice.

Junke D., *Transcendencja i sekularyzacja. Motywy religijne we współczesnych amerykańskich serialach telewizyjnych*, Kraków 2018.

Fath S., *Religia w Białym Domu*, Warszawa 2007.

Fukuyama F., *Ameryka na rozdrożu. Demokracja władza i spuścizna neokonserwatyzmu*, Poznań 2006.

Kusiak J., *Kto zamieszka w żelaznej klatce?*, w: *Dawne idee, nowe problemy*, P. Śpiewak (red.), Warszawa 2010.

Lewicki Z., *Wybrane zagadnienia relacji religia-kościół-państwo-prawo w Stanach Zjednoczonych*, „Zeszyty prawnicze” 2014, Nr 1.

Małajny R., *"Mur separacji" - państwo a kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1992.

Michnik W., *Długa droga do wojny - USA i przyczyny II wojny w Zatoce Perskiej*, w: *Irak. Dylematy amerykańskiej interwencji*, W. Dzielski, W. Michnik (red.), Kraków 2007.

Napierała P., *In God we trust. Religia w sferze publicznej USA*, Kraków 2015.

Napierała P., *Religia i polityka w USA. Faith–based initiatives w okresie prezydentury G.W. Busha*, Kraków 2013.

Olasky M. N., *Compassionate Conservatism: What It Is, What It Does, and How It Can Transform America*, New York 2000.

Olszewski R., *Wojna sprawiedliwa w tradycji cywilizacji zachodniej*, [w:] *Irak. Dylematy amerykańskiej interwencji*, W. Dzielski, W. Michnik (red.), Kraków 2007.

Ostendorf B., *Religia i sfera publiczna w USA*, "Teologia Polityczna" 2005, nr 2.

Pastusiak L., *George W. Bush. Jaki człowiek, jaki prezydent?*, Toruń 2004.

Rousseau J. J., *Umowa społeczna*, Kęty 2002.

Adam Knych

Legalizacja pobytu cudzoziemca w Polsce ze względu na pozostawanie w związku małżeńskim z obywatelem polskimw kontekście małżeństw zawieranych dla pozoru

Legalization of a foreigner's stay in Poland on the basis of marriage to a Polish citizen in the context of sham marriages

ABSTRACT

Marriage and family life are legally protected in Poland, regardless of the country of origin of the spouse of a Polish citizen. Polish legal system also treats in a privileged manner foreigners who legalize their stay in Poland on the basis of marriage with a Polish citizen. For example, Polish law allows foreign spouses of Polish citizens to obtain a temporary residence permit relatively easily and quickly, compared to other categories of foreigners. Moreover, it allows to obtain a permanent residence permit with minimum requirements (e.g. there is no obligation to have neither employment nor a stable source of income, insurance, or language skills). It also treats foreign spouses of Polish citizens in a privileged manner as far as obtaining Polish citizenship is concerned. It might be also pointed out that a foreigner who is a spouse of a Polish citizen enjoys certain privileges in relation to other groups of foreigners, such as free access to the labor market or economic activity. Regulations mentioned above are justified by the good of the family, however the institution of marriage may also be potentially abused and serve only migration purposes. Among all basis for legalizing a foreigner's stay in Poland, marriage is the fastest, cheapest and most convenient form to achieve the migration goal. As a consequence sham marriage could be the most advantageous way for foreigner who wanted to derive benefits from the institution of marriage to legalize their stay in Poland.

Keywords: migration, foreigner’s stay in Poland, sham marriages

Małżeństwo i życie rodzinne podlegają ochronie prawnej, a funkcjonujące w tej mierze uregulowania międzynarodowe[1] oraz te wynikające z dorobku prawnego Unii Europejskiej, w tym np. tzw. Europejskiej konwencji praw człowieka[2], znajdują odzwierciedlenie w przepisach prawa polskiego. Globalizacja i łatwa dostępność portali społecznościowych sprzyja zawieraniu znajomości za pośrednictwem internetu z osobami pochodzącymi z geograficznie odległych regionów świata, które, przynajmniej teoretycznie, mogą skutkować zawarciem małżeństwa binacjonalnego.[3] Z kolei rozwój turystyki i łatwość podróżowania powodują, że w ostatnich latach liczba małżeństw zawieranych przez obywateli polskich z osobami pochodzącymi z innych kręgów kulturowych i religijnych wyraźnie się zwiększyła[4]. W tym kontekście zjawiskiem, zauważalnym nie tylko w przekazach medialnych, ale też odnotowywanym przez organy administracji biorące udział w legalizacji pobytu cudzoziemca[5], są informacje o problemach występujących w takich związkach, w tym zwłaszcza, zdaniem autora, w przypadku małżeństw zawieranych z obywatelami krajów z kręgu kultury islamu[6]. Częstokroć zarzewiem tych problemów są różnice kulturowe i religijne pomiędzy małżonkami

[1] Problematyka ochrony rodziny w wymiarze międzynarodowym została zarysowana w artykule p.t. „Ochrona rodziny na płaszczyźnie międzynarodowej" autorstwa Roberta Andrzejczuka. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Dr R. Andrzejczuk. *Ochrona rodziny na płaszczyźnie międzynarodowej*. Warszawa 2018. Dostęp: 5 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjC4OXavrftAhVjs4sKHUi0AvcQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fiws.gov.pl%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F08%2FIWS-Andrzejczuk-R.-Ochrona-rodziny-na-p%25C5%2582aszczy%25C5%25BAnie-mi%25C4%2599dzynarodowej.pdf&usg=AOvVaw02H5YrNjcu4u_zX8F4b_YE

[2] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przyjęta w Rzymie 4 listopada 1950 r. i podpisana przez Polskę 26 listopada 1991 r., dokumenty ratyfikacyjne zostały złożone w dniu 19 stycznia 1993 r. Dostęp: 5 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjpoaCi7rftAhXLAxAIHeGUA1cQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FConvention_POL.pdf&usg=AOvVaw0nCp6uWB1m6boEdTXS6UCd

[3] Problematykę małżeństw binacjonalnych porusza artykuł autorstwa Elżbiety Żywuckiej-Kozłowskiej oraz Agaty Opalskiej p.t. „Binacjonalne związki małżeńskie". Kortowski Przegląd Prawniczy Monografie (KPP Monografie). Problemy małżeństwa i rodziny w prawodawstwie polskim, międzynarodowym i kanonicznym. Redakcja naukowa R. Sztychmiler, J. Krzywkowska, M. Paszkowski. Olsztyn 2017, s. 21-30. Dostęp: 5 października 2019r:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjC4OXavrftAhVjs4sKHUi0AvcQFjADegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkpp%2Ffiles%2Fnumery_kpp%2Fkpp_monografie_problemy_malzenstwa.pdf&usg=AOvVaw0diND4YQce6OO0S32iFLFw

[4] Por. też M. Sadowski, Małżeństwo w prawie islamu, Poznań 2015, s. 4

[5] Głównie Urzędy Wojewódzkie i Urząd do Spraw Cudzoziemców.

[6] Na problemy występujące w małżeństwach Europejek z muzułmanami wskazuje np. Sylwia Chrabałowska na stronie: www.portal.abczdrowie.pl: w artykule p.t. „Ślub z muzułmaninem to jak zasiąść do rosyjskiej ruletki" Dostęp: 5 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjLsdOdwbntAhWRl4sKHSkYC3QQFjADegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fportal.abczdrowie.pl%2Fslub-z-muzulmaninem-to-jak-zasiasc-do-rosyjskiej-ruletki&usg=AOvVaw0w9KlHnQw2cVVCtji1LDf6

i nieumiejętność, bądź brak możliwości, ich przezwyciężenia[7] [8]. Niekiedy w podobnych sprawach pojawia się argument, że zawarty związek małżeński nie wynikał z naturalnej potrzeby urzędowego potwierdzenia stanu faktycznego, a miał jedynie pomóc cudzoziemcowi w legalizacji pobytu na terytorium RP[9]. W tym kontekście należy odnotować, iż działający w ramach resortu spraw wewnętrznych Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej, przygotował już w 2012 r. raport dotyczący tego zagadnienia, który wskazywał na coraz częstsze występowanie opisywanego zjawiska[10]. Wnioski płynące z powyższego raportu bywały jednak niekiedy kwestionowane[11]. Doniesienia medialne, dotyczące sfery małżeństw binacjonalnych, koncentrują się, jak się wydaje, głównie na dwóch aspektach tego zjawiska: na problemach cudzoziemców z wjazdem na terytorium RP w celu połączenia się z małżonkiem polskim, czy wymogów, jakie muszą spełnić cudzoziemcy, aby wjechać do Polski[12] oraz na wykorzystywaniu obowiązujących przepisów przez cudzoziemców

[7] Helena Łygas. „Są dwa typy Polek, które wychodzą za muzułmanów" - mówi Anita. W domu męża w Pakistanie przeżyła piekło. Dostęp: 19 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjLsdOdwbntAhWRl4sKHSkYC3QQFjAIegQIChAC&url=https%3A%2F%2Fkobieta.wp.pl%2Fsa-dwa-typy-polek-ktore-wychodza-za-muzulmanow-mowi-anita-w-domu-meza-w-pakistanie-przezyla-pieklo-6277112114714241a&usg=AOvVaw0WGF5jlvKfiF8aooMCI3KO.

[8] Ewa Bochenko**.** Wyrwała się z islamskiego piekła. "Stałam się rzeczą. Obiektem seksualnym". Dostęp: 19 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiMg5bAidvtAhUl_CoKHQE5AasQFjAIegQICxAC&url=https%3A%2F%2Fplus.wspolczesna.pl%2Fwyrwala-sie-z-islamskiego-piekla-stalam-sie-rzecza-obiektem-seksualnym%2Far%2F11824237&usg=AOvVaw2GilOas-dnJVXSUvj88ZTm

[9] Szerzej na temat zjawiska zawierania małżeństw dla pozoru w: J. Narodowska. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 132-152 Dostęp: 19 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjADegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkryminalistyka%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fuploads%2Fuchodzcy-nowe-wyzwania-dla-bezpieczenstwa-europejskiego-na-tle-standardow-praw-czlowieka-tekst.pdf&usg=AOvVaw39NtkdrGsCBwN1BkyyABp_

[10] Raport Krajowego Punktu Kontaktowego Europejskiej Sieci Migracyjnej: Nadużywanie prawa do łączenia rodzin w Polsce. Fikcyjne małżeństwa oraz fałszywe deklaracje ojcostwa. Dostęp: 19 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjSzbqkirrtAhXSlIsKHZcTCXMQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Femn.gov.pl%2Fdownload%2F74%2F18950%2FNaduzywanieprawapol1.pdf&usg=AOvVaw13APmOdlMoKuICnOyBxaAF

[11] W. Klaus. Zawieranie małżeństw polsko-cudzoziemskich w celu obejścia przepisów legalizacyjnych. Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych. Zakład kryminologii. Archiwum kryminologii, tom XXXVIII/2016, s. 276-277. Dostęp: 19 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjSzbqkirrtAhXSlIsKHZcTCXMQFjACegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fcejsh.icm.edu.pl%2Fcejsh%2Felement%2Fbwmeta1.element.ojs-doi-10_7420_AK2016L%2Fc%2F53-225.pdf&usg=AOvVaw1zvcMLcXMqrzIdDoqicjkm

[12] Agnieszka Świderska „Polki mówią o miłości. Urzędnicy o wyrachowaniu" Dostęp: 19 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCk6ylzbntAhVEkMMKHSLBCP0QFjAEegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fgloswielkopolski.pl%2Fpolki-mowia-o-milosci-urzednicy-o-wyrachowaniu%2Far%2F3457589&usg=AOvVaw2Asy3Tyh1JNdGnpt-_4wZf

zawierających fikcyjne małżeństwo w celu legalizacji ich pobytu w Polsce.[13]

Niniejszy artykuł nie ma być w zamiarze autora poradnikiem, jakimi sposobami cudzoziemiec może legalizować swój pobyt[14], czy z jakich instytucji powinien skorzystać np. w ramach procedury uchodźczej. Ma on na celu przybliżenie czytelnikowi kwestii legalizacji pobytu cudzoziemca z kraju trzeciego[15] na podstawie pozostawania w związku małżeńskim z obywatelem RP, a w szczególności jest on próbą naświetlenia problemu małżeństw zawieranych z obywatelami Polski przez cudzoziemców, jedynie w zamiarze legalizacji ich pobytu w UE oraz tego, jak hipotetycznie taki proces mógłby przebiegać.

Używany w tekście wyraz „obywatel" lub „cudzoziemiec" odnosi się odpowiednio do obu płci, podobnie, jak wyraz „małżonek" każdorazowo oznacza kobietę lub mężczyznę. Przyjęto, że „małżeństwo" to związek w którym jeden z małżonków jest obywatelem polskim oraz, że małżonek obywatela polskiego pochodzić będzie z jednego z krajów nie należących do Unii Europejskiej i EOG, natomiast „małżeństwo fikcyjne", „pozorne" lub „zawierane dla pozoru" oznaczać będzie związek, w którym przynajmniej jeden z małżonków zawiera je wyłącznie w celu legalizacji pobytu małżonka cudzoziemskiego na terytorium RP[16].

Tytułem wprowadzenia należy zauważyć, iż jak wskazuje praktyka życia codziennego, część znajomości nawiązywanych poprzez portale randkowe czy komunikatory internetowe, jak np. skype kończy się podjęciem decyzji o spotkaniu się w „realnym świecie", wspólnym zamieszkaniu, czy zawarciu małżeństwa[17]. Można nawet, jak się wydaje, zaryzykować tezę, że

---

[13] Wyroki za fikcyjne małżeństwa z Wietnamczykami. Dostęp: 19 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjr8suB07ztAhXpmIsKHacDDYoQFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.newsweek.pl%2Fpolska%2Fwyroki-za-fikcyjne-malzenstwa-z-wietnamczykami-na-newsweekpl%2F7k0tnn9&usg=AOvVaw2singfbUYcOv6JZJHaOjUw

[14] Na takie poradniki można z łatwością natknąć się w internecie, np. na dostępny na stronie www.prawo.gazetaprawna.pl artykuł p.t. „Miłość do cudzoziemca natrafia na przeszkody. Czy partner może zamieszkać w Polsce?". Dostęp:19 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCk6ylzbntAhVEkMMKHSLBCP0QFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fprawo.gazetaprawna.pl%2Fartykuly%2F888540%2Cmilosc-do-cudzoziemca-natrafia-na-przeszkody-czy-partner-moze-zamieszkac-w-polsce.html&usg=AOvVaw1QjlYzzkBnb_CP7At2UgyZ

[15] Przez kraj trzeci rozumie się każdy kraj, za wyjątkiem państw należących do Unii Europejskiej, państwa członkowskiego Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej

[16] Więcej o małżeństwach fikcyjnych zawieranych w celu legalizacji pobytu cudzoziemców w Polsce i przeciwdziałaniu temu zjawisku w artykule Przemysława Radziszewskiego p.t. „Małżeństwa polsko-cudzoziemskie o charakterze fikcyjnym a bezpieczeństwo państwa. Przyczynek do problemu.", s. 75-93. Dostęp: 19 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiL0_qP4rftAhXpiIsKHSZcAnEQFjACegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Frepozytorium.ukw.edu.pl%2Fbitstream%2Fhandle%2Fitem%2F4712%2FMalzenstwa%2520polsko%2520cudzoziemskie%2520o%2520charakterze%2520fikcyjnym%2520a%2520bezpieczenstwo%2520panstwa.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw3lNtc5iHkCgTxW2NzfXWEJ

[17] Przez internet – tak coraz częściej zaczyna się miłość. Dostęp: 26 października 2019 r.:

w dzisiejszym świecie znajomość „internetowa" coraz częściej poprzedza tą „realną"[18]. Coraz częstszym jest też zjawisko poznawania się przyszłych nupturientów podczas wakacji spędzanych w którymś z kurortów np. w Afryce Północnej. Zjawisko wydaje się już na tyle spowszedniało, że doczekało się internetowych poradników[19] i portali, gdzie opisywane są historie Polek żyjących w związkach z muzułmanami, w tym także poznanymi podczas wakacji w jednym z krajów muzułmańskich – jeden z artykułów, opisujący różne zakończenia trzech zawartych tam znajomości, przytacza wypowiedź Polki odwiedzających właśnie jeden z takich portali: „(…) Zalogowałam się nawet na forum www.salam.gromader.org, gdzie Polki opisują swoje doświadczenia ze związków mieszanych. Większość tych wakacyjnych historii zaczyna się dokładnie tak samo: ona jedzie na wakacje, on mówi, że kocha, ona wraca, on się oświadcza, pobierają się, a potem zaczynają się problemy (…) Niewiele małżeństw mieszanych udaje się. Ponadto większość Arabów w miejscowościach turystycznych (bez względu na to, czy jest to Maroko, Egipt czy Tunezja) chce z turystek ściągnąć jak najwięcej kasy lub zdobyć wizę. (…)"[20].

Niezależnie jednak od tego, gdzie poznali się przyszli małżonkowie, po podjęciu przez nich decyzji o ślubie, muszą oni zdecydować w którym kraju chcą zawrzeć małżeństwo i w którym kraju zamieszkiwać. W tym kontekście należy wskazać, iż w przypadku małżeństwa obywatela polskiego z cudzoziemcem, przesłanki zawarcia takiego małżeństwa regulują materialnoprawne przepisy prawa polskiego oraz prawa danego państwa z którego pochodzi cudzoziemiec. Zgodnie bowiem z treścią art. 48 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne

---

https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiAlfWa1bztAhWFk4sKHf8PBmAQFjAFegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.imm.com.pl%2Fprzez-internet-tak-coraz-czesciej-zaczyna-sie-milosc%2F&usg=AOvVaw0-LWeG-NoA_tft9KEnhm9g

[18] Miłość z internetu. Dostęp: 26 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiAlfWa1bztAhWFk4sKHf8PBmAQFjAJegQIChAC&url=https%3A%2F%2Fe-marketing.pl%2Fmilosc-z-internetu%2F&usg=AOvVaw1bfrvSxxC3gy0pe26bgTf7

[19] Małżeństwo, ślub z muzułmaninem. Dostęp: 26 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiaqsqMhb_tAhWIjosKHasIDw8QFjAFegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fkarta-pobytu.pl%2Fporada-prawna%2F3540%2FMalzenstwo-slub-z-Muzulmaninem&usg=AOvVaw2i0EoXRmmoqZmvrOSzGmt4, oraz
Małżeństwo, ślub z muzułmaninem. Dostęp: 26 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiaqsqMhb_tAhWIjosKHasIDw8QFjAKegQIDBAC&url=http%3A%2F%2Fe-rozwod24.pl%2Fporada_prawna%2F3674%2F%25C5%259Alub-ma%25C5%2582%25C5%25BCe%25C5%2584stwo-z-muzu%25C5%2582maninem&usg=AOvVaw3T79IU4usmXl9qV3_zkROY

[20] Arabskie love story. Dostęp: 26 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwikl6XI2bztAhUNmYsKHdlyBesQFjAEegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.kobieta.pl%2Fartykul%2Farabskie-love-story&usg=AOvVaw1cid__JUUc3kSdnWjePucM.

międzynarodowe[21], o możności zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste z chwili zawarcia małżeństwa. W przypadku obywatela polskiego będzie to np. art. 18 Konstytucji RP[22], stanowiący, że małżeństwo jest związkiem osób różnej płci, czy przepisy art. 10-15 ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy[23], ustanawiające zdolność do zawarcia związku małżeńskiego. Z kolei miejsce, gdzie małżonkowie będą zamieszkiwali po ślubie ma wpływ na ich stosunki osobiste i majątkowe,[24] chyba, że zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe poddadzą oni swe stosunki majątkowe prawu ojczystemu jednego z nich albo prawu państwa, w którym jedno z nich ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu[25].

W przypadku, gdy małżeństwo zawierane jest w Polsce, zastosowanie będzie miał art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, zgodnie z którym dla zawarcia małżeństwa konieczna jest równoczesna obecność osób różnej płci przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego i złożenie przez nich oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński. W przypadku zawarcia małżeństwa poza granicami naszego kraju zastosowanie będą miały przepisy danego kraju oraz te ograniczenia, które w odniesieniu do zawierających związek małżeński obywateli polskich przewidziane są polskim prawem. W tym kontekście należy zauważyć, iż jak wynika z art. 7 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałoby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej[26].

---

[21] Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 1792)
[22] Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
[23] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 682 ze zm.)
[24] Art. 51 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe stanowi, iż: „W razie braku wspólnego prawa ojczystego stosuje się prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zamieszkania, a w razie braku miejsca zamieszkania w tym samym państwie – prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zwykłego pobytu. Jeżeli małżonkowie nie mają miejsca zwykłego pobytu w tym samym państwie, stosuje się prawo państwa, z którym małżonkowie w inny sposób są wspólnie najściślej związani."
[25] Więcej na temat małżeńskich stosunków majątkowych w świetle art. 51–53 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe w artykule autorstwa Łukasza Żarnowca p.t. „Kolizyjnoprawna problematyka małżeńskich stosunków majątkowych w świetle przepisów nowej ustawy o p.p.m. z 2011 r.", s. 77-103. Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Zeszyty Prawnicze 15.1/2015. Dostęp: 26 października 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi85NnUnr_tAhUti8MKHRcEDLgQFjAHegQIDxAC&url=http%3A%2F%2Fyadda.icm.edu.pl%2Fyadda%2Felement%2Fbwmeta1.element.ojs-doi-10_21697_zp_2015_15_1_04%2Fc%2F702-715.pdf&usg=AOvVaw1T_Hetgwde9Ztjjqhh9lTq
[26] Więcej o kwestii stosowania klauzuli porządku publicznego w przypadku małżeństwa z cudzoziemcem w: E. Kamarad. Zastosowanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa – wybrane zagadnienia. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. X, A.D. MMXII. Dostęp: 26 października 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJx-rp9cHtAhUE_RQKHfdrCt84ChAWMAZ6BAgKEAI&url=http%3A%2F%2Fwww.europeistyka.uj.edu.pl%2Fdocuments%2F3458728%2F60145d62-4591-4e11-b37d-f932571dee56&usg=AOvVaw0RDZiJt5fajpL4HFnlcHMS

Zgodnie z art. 79 ust. 1 w zw. z art. 76 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego[27], cudzoziemiec zamierzający zawrzeć w Polsce małżeństwo zobowiązany jest złożyć m.in. pisemne zapewnienie, że nie wie o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa oraz dokument stwierdzający, że zgodnie z właściwym prawem może zawrzeć małżeństwo, chyba że na podstawie przepisów ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, jego możność zawarcia małżeństwa jest oceniana na podstawie prawa polskiego[28], przy czym jeżeli otrzymanie przez cudzoziemca tego dokumentu napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody, cudzoziemiec, zgodnie z art. 79 ust. 2 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, może być zwolniony przez Sąd z obowiązku przedłożenia takiego dokumentu.

W przypadku zawarcia małżeństwa na terytorium Rzeczypospolitej, cudzoziemiec, w ramach procedury w Urzędzie Stanu Cywilnego, będzie musiał zatem legitymować się zaświadczeniem o tym, że jest zdolny do zawarcia w Polsce małżeństwa, m.in. że aktualnie nie pozostaje w związku małżeńskim. W przypadku zawarcia małżeństwa za granicą w kraju, gdzie poligamia jest dla mężczyzny prawnie dopuszczalna, wymogu takiego nie będzie musiał spełniać.

W kontekście poligamii w świetle ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, wskazać należy, iż na gruncie kolizyjnoprawnym zasada monogamii małżeństwa skutkuje tym, że obywatel innego państwa, który pozostaje w związku małżeńskim (nawet jeżeli jest to związek małżeński zawarty zgodnie z prawem państwa, w którym poligamia jest legalna), nie może zgodnie z prawem polskim zawrzeć kolejnego małżeństwa. Co więcej, jeżeli cudzoziemiec będący stanu wolnego zawrze małżeństwo w oparciu o prawo polskie, to każde jego kolejne małżeństwo, zawarte zgodnie z prawem obcym, które dopuszcza poligamię, nie będzie uznane w Polsce (warto jednak podkreślić, że w świetle prawa karnego taka osoba nie będzie mogła zostać oskarżona o bigamię, gdyż nie popełnia przestępstwa. Jej kolejne małżeństwo jest bowiem zawarte legalnie, tyle tylko, że zgodnie z prawem obcym, a nie polskim). Tym samym w naszym państwie (a precyzyjniej: zgodnie z naszym porządkiem prawnym) nie jest dopuszczalne zawarcie małżeństwa poligamicznego, nawet wówczas, gdy

[27] Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 2224 ze zm.)

[28] Art. 79 ust. 1. Cudzoziemiec zamierzający zawrzeć małżeństwo składa:

1) zapewnienie;
2) odpis aktu urodzenia, a jeżeli pozostawał uprzednio w związku małżeńskim - odpis aktu małżeństwa z adnotacją o jego ustaniu, unieważnieniu albo stwierdzeniu jego nieistnienia, albo odpis aktu małżeństwa z dokumentem potwierdzającym jego ustanie lub unieważnienie albo dokumentem potwierdzającym stwierdzenie nieistnienia małżeństwa, jeżeli na podstawie pozostałych składanych dokumentów nie można ustalić danych niezbędnych do sporządzenia aktu małżeństwa;
3) dokument stwierdzający, że zgodnie z właściwym prawem może zawrzeć małżeństwo, chyba że na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792) jego możność zawarcia małżeństwa jest oceniana na podstawie prawa polskiego.

prawo ojczyste nupturientów im na to zezwala (twierdzenie, że na terytorium Polski nie jest możliwe zawarcia małżeństwa poligamicznego, jest jednak pewnym uproszczeniem, gdyż możliwe jest zawarcie takiego małżeństwa w konsulacie państwa, którego prawo na to zezwala. Konsulat z kolei znajduje się na terytorium Polski, jako że zasada eksterytorialności placówek dyplomatycznych i konsularnych jest odrzucana we współczesnej nauce prawa międzynarodowego. Takie małżeństwo jest jednak zawierane zgodnie z prawem państwa wysyłającego konsula, a więc nie z prawem polskim). W takiej sytuacji będziemy mieli do czynienia z zakazującym działaniem klauzuli porządku publicznego – powołanie się na nią doprowadzi bowiem do niestosowania prawa obcego w zakresie, w jakim zezwala ono na zawarcie drugiego i kolejnych małżeństw. Zastosowanie klauzuli nie jest natomiast uzasadnione w sytuacji, gdy cudzoziemiec stanu wolnego, mający obywatelstwo państwa, które dopuszcza małżeństwa poligamiczne, chce na terytorium Polski zawrzeć pierwsze małżeństwo. Możliwość zawarcia tego małżeństwa będzie co prawda oceniana według tego prawa, jednak skutek jego zastosowania w takiej sytuacji nie będzie godził w polski porządek publiczny, gdyż będzie stanowił wyraz zasady swobody zawarcia małżeństwa i nie będzie równocześnie sprzeczny z zasadą monogamii[29].

Niekiedy jednak cudzoziemiec nie może lub nie chce zawierać małżeństwa w Polsce, preferuje natomiast inny kraj, np. swój kraj ojczysty. Przyczyną może być brak środków finansowych na przyjazd do Polski i dlatego nakłania on polskiego nupturienta, by udał się do jego kraju, może być to też modus operandi cudzoziemca, który nie ma możliwości legalnego wjazdu na terytorium UE[30], czy też chciałby uzyskać konkretne korzyści z faktu zawarcia małżeństwa w swoim kraju ojczystym (będącym np. krajem muzułmańskim, dającym mężczyźnie m.in. możliwość przeprowadzenia rozwodu w korzystnej dla siebie formule)[31].

---

[29] E. Kamarad. Zastosowanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa – wybrane zagadnienia. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. X, A.D. MMXII, s. 115.

[30] J. Narodowska. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 143. Dostęp: 2 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjADegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkryminalistyka%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fuploads%2Fuchodzcy-nowe-wyzwania-dla-bezpieczenstwa-europejskiego-na-tle-standardow-praw-czlowieka-tekst.pdf&usg=AOvVaw39NtkdrGsCBwN1BkyyABp_

[31] Więcej o możliwej procedurze rozwodowej przeprowadzanej w krajach islamu w: M. Sadowski. Rozwód według procedury talaq w prawie islamu. Dostęp: 2 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiV1bOhhdvtAhWOtYsKHSHiDRA4ChAWMAR6BAgBEAI&url=http%3A%2F%2Fkwartalnikradcaprawny.pl%2F2017%2F10%2F25%2Frozwod-wedlug-procedury-talaq-w-prawie-islamu%2F&usg=AOvVaw1avtIvWJ8z-J8Z2E_79cO4

Jeżeli zatem małżeństwo zostało zawarte za granicą i małżonkom zostanie wydany zagraniczny akt małżeństwa, to zgodnie z art. 3 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, będzie stanowić wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych, jako, że ustawodawca posłużył się zwrotem „akty stanu cywilnego" nie zawężając go do aktów jedynie polskich. Zagraniczny akt stanu cywilnego jest równocześnie dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 76 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, a zgodnie z art. 1139 Kodeksu postępowania cywilnego[32], zagraniczne dokumenty urzędowe (w tym także akty stanu cywilnego) mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi. Dokumenty urzędowe stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone, a organy administracji obowiązane są uznać za udowodnione to, co wynika z treści dokumentu urzędowego. Ponadto, z dokumentem urzędowym związane jest domniemanie prawdziwości jego treści, organ prowadzący postępowanie nie może wobec tego swobodnie oceniać ani kwestionować treści dokumentu urzędowego, nie przeprowadzając dowodu przeciwko prawdziwości zawartych w nim informacji. Ich niezgodność z prawdą może być bowiem udowodniona wyłącznie w postępowaniu sądowym. Co więcej, moc dowodowa zagranicznego aktu stanu cywilnego nie zależy od wpisania go do polskich ksiąg stanu cywilnego (choć należy zauważyć, że jeszcze do niedawna podejście orzecznictwa do tej kwestii było niejednolite)[33], zatem akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został do nich wpisany do akt stanu cywilnego. Wykładnię tego przepisu potwierdziło orzecznictwo Sądu Najwyższego, wydane na postawie poprzedniego stanu prawnego, ale zachowujące aktualność[34] oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego – wydane w aktualnym stanie prawnym.[35] Poza przypadkami, o których mowa w art. 104 ust. 5 ustawy o aktach stanu cywilnego, które jednak dotyczą strony polskiej[36], nie byłoby zatem bezwzględnej konieczności, aby dokonywać transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa, choć mogła by ona

[32] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 ze zm.)
[33] P. Kasprzyk. Sporządzanie aktów stanu cywilnego na podstawie dokumentów zagranicznych. Uwagi na tle art. 73 ust. 1 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego. Roczniki nauk prawnych. Tom XX, numer 2 – 2010, s. 224-226. Artykuł i przywołane tam orzecznictwo na gruncie poprzedniej ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2004 r., nr 161, poz. 1688 ze zm.), dostępne na stronie: www.kul.pl, pod adresem: http://www.kul.pl/files/1374/public/rnp_2010/nr_2/s_215_245_art_Kasprzyk.pdf (dostęp: 2 listopada 2019 r.)
[34] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2003 r., sygn. akt V CK 6/02 (Legalis) oraz Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2007 r., sygn. akt III CSK 380/06 (Legalis) oraz Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt III CZP 58/12 (Legalis) oraz Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 stycznia 2013 r., sygn. akt: II OSK 2528/12 (LEX 1361631)
[35] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II OSK 2407/13 (Legalis) oraz Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 sierpnia 2018 r., sygn. akt II OSK 2129/16 (Legalis).
[36] Art. 104 ust. 5. Transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze sporządzony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL.

stanowić dla strony pewne ułatwienie[37].

Jeżeli natomiast małżeństwo zawarte zostało za granicą i małżonkowie chcieli by dokonać jego legalizacji, to należy wskazać, iż legalizacja dokumentu pozostaje zasadniczo we właściwości władz państwa, w którym dana osoba zamierza się nim posłużyć[38], a po przystąpieniu Polski do Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych[39], jedynym wymaganym poświadczeniem zagranicznego dokumentu urzędowego, pochodzącego z kraju, który jest stroną Konwencji Haskiej, jest dołączenie apostille, wskazanej w art. 4 tej Konwencji. Natomiast w przypadku, gdy dany kraj nie jest stroną Konwencji Haskiej[40], dokument można legalizować w polskim konsulacie położonym w kraju, gdzie małżeństwo zostało zawarte.

Oprócz uwierzytelnienia klauzulą apostille, można również legalizować akt małżeństwa poprzez jego transkrypcję do polskiego rejestru stanu cywilnego, czego efektem będzie sporządzenie polskiego aktu małżeństwa. W tym celu należy wystąpić do kierownika Urzędu Stanu Cywilnego[41]. Gdyby zatem osoby zawierające małżeństwo za granicą wszczęły w Polsce postępowanie o przeniesienie takiego aktu stanu cywilnego do rejestru cywilnego w trybie art. 104 ust. 1[42] ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, w drodze transkrypcji[43], to poza jej warunkami o których mowa w ust. 3 tego przepisu[44], dla uznania transkrypcji konieczne byłoby także, aby akt ten odpowiadał klauzuli porządku publicznego. W myśl bowiem przepisu art. 107 pkt 3 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia

---

[37] Więcej o transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego w: T. J. Tadla. Rola zagranicznego dokumentu urzędowego w sprawach o potwierdzenie posiadania obywatelstwa polskiego. Kwartalnik „Radca Prawny – Zeszyty Naukowe". Dostęp: 2 listopada 2019 r.: http://kwartalnikradcaprawny.pl/2019/03/06/rola-zagranicznego-dokumentu-urzedowego-w-sprawach-o-potwierdzenie-posiadania-obywatelstwa-polskiego/

[38] W tym kontekście można przykładowo wymienić treść art. 1138 kpc, któremu niekiedy przypisywane jest znaczenie ogólnosystemowe, stanowiącym, iż zagraniczne dokumenty urzędowe mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi.

[39] Konwencja z dnia 5 października 1961 r. znosząca wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz.U. z 2005 r., Nr 112, poz. 938). Oświadczenie rządowe z dnia 27 kwietnia 2005 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych, sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 112, poz. 939 ze zm.)

[40] Aktualnie jedynie około 80 krajów świata nie jest stroną tej Konwencji.

[41] Na wniosek obywatela polskiego lub cudzoziemca w transkrypcji może również pośredniczyć polski konsul (organem rozstrzygającym jest w tym przypadku kierownik USC). W tym celu konsul przekazuje do wybranego przez wnioskodawcę kierownika USC akt stanu cywilnego w oryginale wraz z tłumaczeniem (sporządzonym przez tłumacza przysięgłego – polskiego lub zagranicznego albo przez konsula). W przypadku tłumaczenia dokonanego przez osobę nie będącą tłumaczem konsul potwierdza wiarygodność tłumaczenia (z wyjątkiem tłumacza zagranicznego spoza UE).

[42] „1. Zagraniczny dokument stanu cywilnego, będący dowodem zdarzenia i jego rejestracji, może zostać przeniesiony do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji."

[43] Tj. wiernego i literalnego przeniesienia treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego tak językowo, jak i formalnie, bez ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w tym dokumencie.

[44] „3. Transkrypcji podlega dokument, który w państwie wystawienia jest uznawany za dokument stanu cywilnego i ma moc dokumentu urzędowego, jest wydany przez właściwy organ oraz nie budzi wątpliwości co do autentyczności".

dokonania transkrypcji, jeśli byłaby ona sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Gramatyczna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że jest to decyzja związana, a organ nie ma swobody i jest zobligowany odmówić transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego w przypadku stwierdzenia, że sprzeczność taka zachodzi. Powyższa sprzeczność miałaby miejsce z całą pewnością w przypadku tzw. „małżeństw" jednopłciowych, z uwagi na treść art. 18 Konstytucji RP oraz art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[45]. Kierownik USC powinien również odmówić transkrypcji w przypadku zajścia którejkolwiek z okoliczności, wskazanej w art. 10 – 15 ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

W sytuacji, gdy małżeństwo zostało zawarte przez mężczyznę i kobietę, nie narusza żadnej z zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, a potwierdzający je dokument jest uznawany w państwie wystawienia za dokument stanu cywilnego i ma moc dokumentu urzędowego, a także jest wydany przez właściwy organ i nie budzi wątpliwości co do autentyczności[46], może nastąpić jego przeniesienie do rejestru cywilnego.

Obywatel polski po zawarciu małżeństwa z cudzoziemcem może pojąć starania o jego przyjazd do Polski celem wspólnego zamieszkania na terytorium RP. Rozporządzenie Parlamentu europejskiego i Rady (UE) 2018/1806 z dnia 14 listopada 2018 r. określa państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu (tekst jednolity). Jeżeli w przypadku małżonka obywatela polskiego taka wiza jest wymagana, a małżonkowie zamierzają wspólnie zamieszkiwać w Polsce lub pozostać wprawdzie w kraju zamieszkania cudzoziemskiego małżonka, ale zamierza on korzystać z krótkoterminowych pobytów w Polsce, to po zawarciu małżeństwa za granicą małżonkowie, powinni udać się do polskiego konsulatu, aby cudzoziemiec mógł uzyskać wizę uprawniającą do wjazdu na terytorium Polski. Aby uzyskać wizę, cudzoziemiec po udaniu się do polskiej placówki konsularnej, powinien przedstawić dokumenty, potwierdzające cel jego wjazdu na terytorium RP i planowaną długość pobytu. Cudzoziemiec może ubiegać się bądź o tzw. wizę Schengen (uprawnia do wjazdu na czas do 90 dni w okresie 180 dni) bądź wizę krajową (do 1 roku), w przypadku gdy np. rodzina żony przyśle mu z Polski zaproszenie do odwiedzin[47].

---

[45] Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych np. w **w**yroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 lutego 2018 r**.,** sygn. akt II OSK 1112/16 (Legalis)

[46] Jeśli kierownik USC poweźmie wątpliwości co do autentyczności zagranicznego aktu małżeństwa również może wnioskować do cudzoziemca o jego uwierzytelnienie za pomocą apostille.

[47] Na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 2094 ze zm.)

Zgodnie z art. 65 ustawy o cudzoziemcach, można odmówić wydania wizy krajowej cudzoziemcowi, jeśli nie spełnia on określonych wymogów do jej uzyskania[48]. Badanie, czy dany cudzoziemiec powinien wjechać na terytorium RP, w szczególności weryfikacja przesłanek, jakie cudzoziemiec przedstawia jako uzasadnienie wjazdu i pobytu oraz podane przez niego informacje i dokumenty, dowody na potwierdzenie, że posiada on środki finansowe i ubezpieczenie zdrowotne, a także kwestie dotyczące bezpieczeństwa – czy jego dane nie znajdują się w wykazie cudzoziemców, których pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niepożądany lub w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu oraz czy wjazd i pobyt cudzoziemca na terytorium RP nie spowoduje zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interesu Rzeczypospolitej Polskiej – odbywa się w postępowaniu wizowym. Konsul weryfikując cel wjazdu i pobytu cudzoziemca na terytorium RP może, w przypadku wątpliwości, zobowiązać go do udzielenia wyjaśnień lub przedłożenia potrzebnych dokumentów albo innych dowodów mających uzasadnić cel pobytu oraz jego długość. Przy rozpatrywaniu wniosku wizowego wszystkie ewentualne wątpliwości powinny zostać wyjaśnione, a gdyby pozostały nie dające się usunąć rozbieżności pomiędzy deklarowanym celem pobytu, a dowodami oferowanymi przez cudzoziemca, wydanie wizy nie powinno nastąpić – przynajmniej we wnioskowanym zakresie. Ustawa o cudzoziemcach normuje przy tym jedynie wyłącznie zasady dotyczące

---

[48] Art. 65 ust. 1. Wydania wizy krajowej odmawia się cudzoziemcowi, gdy zachodzi co najmniej jedna z poniższych przesłanek:
1) obowiązuje wpis jego danych do wykazu cudzoziemców, których pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niepożądany, lub
2) jego dane znajdują się w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu, lub
3) nie posiada on wystarczających środków finansowych na czas trwania planowanego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz na podróż powrotną do państwa pochodzenia lub zamieszkania albo na tranzyt do państwa trzeciego, które udzieli pozwolenia na wjazd, lub możliwości uzyskania takich środków zgodnie z prawem, lub
4) nie posiada on ubezpieczenia zdrowotnego lub medycznego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 lit. a, lub ubezpieczenia medycznego, o którym mowa w art. 25 ust. 2, lub
5) wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej, lub
6) dokument podróży cudzoziemca nie spełnia kryteriów określonych w art. 77 ust. 5, z wyłączeniem przypadku, gdy kryterium, o którym mowa w art. 77 ust. 5 pkt 1, zostało pominięte ze względu na słuszny interes cudzoziemca, lub
7) w postępowaniu w sprawie wydania wizy krajowej:
   a) złożył on wniosek zawierający nieprawdziwe dane osobowe lub fałszywe informacje lub dołączył do niego dokumenty zawierające takie dane lub informacje, lub
   b) zeznał on nieprawdę lub zataił prawdę albo podrobił lub przerobił dokument w celu użycia go jako autentycznego lub takiego dokumentu używał jako autentycznego, lub
8) nie uzasadnił celu lub warunków planowanego pobytu, lub
9) zachodzą uzasadnione wątpliwości co do jego zamiaru opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przed upływem terminu ważności wizy, lub
10) zachodzą uzasadnione wątpliwości co do wiarygodności złożonych przez cudzoziemca oświadczeń odnośnie do celu jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z uwagi na dostępne organowi dowody lub obiektywne okoliczności wskazujące na to, że cel pobytu cudzoziemca mógłby być inny niż deklarowany.

odmowy wydawania wizy krajowej, z kolei przesłanki odnoszące się do odmowy wydawania wizy Schengen, zawarte są w Kodeksie wizowym[49] w art. 32 ust. 1[50].

Jak wskazano powyżej, wizy można odmówić w przypadku zajścia jednej z okoliczności, wskazanych w art. 65 ustawy o cudzoziemcach. W szczególności zgodnie z art. 65 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach, wydania wizy krajowej odmawia się cudzoziemcowi, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej[51].

---

[49] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks wizowy (Kodeks wizowy)

[50] Artykuł 32 ust. 1. Bez uszczerbku dla art. 25 ust. 1 odmawia się wydania wizy, jeżeli:

a) osoba ubiegająca się o wizę:
(i) przedstawia fałszywy, podrobiony lub przerobiony dokument podróży;
(ii) nie przedstawi potwierdzenia co do celów i warunków planowanego pobytu;
(iii) nie dostarcza dowodu na posiadanie wystarczających środków utrzymania odpowiednich do długości planowanego pobytu oraz środków pozwalających na powrót do państwa pochodzenia lub zamieszkania ani na tranzyt do państwa trzeciego, co do którego istnieje pewność, że udzieli osobie ubiegającej się o wizę pozwolenia na wjazd, albo nie jest w stanie zgodnie z prawem uzyskać takich środków;
(iv) w bieżącym 180-dniowym okresie przebywała już przez 90 dni na terytorium państw członkowskich na podstawie wizy jednolitej lub wizy o ograniczonej ważności terytorialnej;
(v) jest osobą, co do której dokonano wpisu w SIS nakazującego odmówić pozwolenia na wjazd;
(vi) jest uważana za osobę, której obecność stanowi zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa wewnętrznego, zdrowia publicznego w myśl art. 2 pkt 19 kodeksu granicznego Schengen lub dla stosunków międzynarodowych któregokolwiek z państw członkowskich, zwłaszcza jeżeli w krajowych bazach danych należących do państw członkowskich jest na temat osoby ubiegającej się o wizę wpis, który z wymienionych względów nakazywałby odmówić pozwolenia na wjazd; lub
(vii) w przypadkach gdy ma to zastosowanie - nie dostarcza dowodu na posiadanie odpowiedniego, ważnego podróżnego ubezpieczenia medycznego;

lub

b) poważne wątpliwości budzi autentyczność dokumentów uzupełniających przedstawionych przez osobę ubiegającą się o wizę lub prawdziwość ich treści, wiarygodność oświadczeń złożonych przez osobę ubiegającą się o wizę lub jej zamiar opuszczenia terytorium państw członkowskich, zanim wygaśnie termin ważności wizy, o którą osoba ubiegająca się o wizę występuje.

[51] Wymogi obronności, bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego w przypadku cudzoziemca mogą mieć decydujące znaczenie dla jego sytuacji pobytowej, bowiem:

1) zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 10 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi odmawia się wjazdu na terytorium RP, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub stosunki międzynarodowe Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego UE,
2) zgodnie z art. 65 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi odmawia się wydania wizy krajowej, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej,
3) zgodnie z art. 100 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi odmawia się udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego,
4) zgodnie z art. 197 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi odmawia się udzielenia zezwolenia na pobyt stały, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego,
5) zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi odmawia się zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego,
6) zgodnie z art. 302 ust. 1 pkt 9 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi wydaje się decyzję zobowiązującą do powrotu, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interes Rzeczypospolitej Polskiej o wydaleniu z terytorium RP.

Przesłanka „ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego" jako pojęcie nieostre pozostawia wprawdzie konsulowi pewien margines oceny, a potencjalnie być może mogła by być rozpatrywana w kontekście uprzedniego zawierania przez cudzoziemca małżeństw wyłącznie w celu legalizacji pobytu, jednak mimo, iż przypadku odmowy wydania wizy krajowej nie ma drogi sądowej dla domagania się weryfikacji decyzji konsula, nie oznacza to, że ma on w tym zakresie pełną dowolność. W powyższym kontekście należy dodatkowo zauważyć, że w przypadku aplikowania o wizę małżonka obywatela polskiego, możliwość jego weryfikacji jest zazwyczaj w pewien sposób ograniczona. W przypadku aplikowania o wizę w celu przyjazdu do Polski po raz pierwszy weryfikacja danego cudzoziemca może odbywać się bowiem na podstawie informacji o nim, które organ posiada, gdy cudzoziemiec przebywa jeszcze za granicą. Brak zatem szczegółowych informacji o cudzoziemcu przybywającym do Polski po raz pierwszy w praktyce uniemożliwia, a przynajmniej znacząco utrudnia, ujawnienie niepożądanych zachowań cudzoziemca oraz ich ocenę z perspektywy jego przyszłego pobytu na terytorium RP. W konsekwencji postępowanie opiera się w znacznej mierze na sprawdzeniu informacji o cudzoziemcu ze strony organów polskich oraz państw UE, m.in. zbadania czy dane cudzoziemca znajdują się w wykazie cudzoziemców, których pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niepożądany lub w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu oraz sprawdzenia kwestii formalnych: czy posiada on adekwatne środki finansowe bądź zaproszenie itp. Przekłada się to na praktyczne ograniczenie możliwości dokonania weryfikacji cudzoziemca w przypadku, gdy przybywa do Polski po raz pierwszy, a w przeszłości nie zawierał małżeństw dla pozoru.

O ile wydanie lub odmowa wydania wizy krajowej pozostaje, jak dotąd, w wyłącznej kompetencji Rzeczpospolitej Polskiej, o tyle w kontekście odmowy wydania cudzoziemcowi wizy Schengen należy wskazać na dodatkową okoliczność, którą jest od niedawna, a konkretnie od 4 marca 2019 r., przysługujące cudzoziemcowi prawo do odwołania się od takiej decyzji do sądu administracyjnego (właściwy do rozpoznania skargi na działalność konsula jest Wojewódzki Sąd Administracyjny, na którego obszarze ma siedzibę urząd obsługujący ministra właściwego do spraw zagranicznych)[52]. Dokonana ostatnio nowelizacja ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi poszerza bowiem zakres kognicji sądów administracyjnych także na sprawy dotyczące wiz Schengen[53]. Nowelizacja ta, wprowadzająca

[52] Uprawnienie to nie wyłącza możliwości uprzedniego zwrócenia się przez cudzoziemca do konsula, z wnioskiem o ponowne rozpoznanie sprawy, choć może on od razu skorzystać z drogi sądowej z pominięciem takiego wniosku.
[53] Ustawa z dnia 9 listopada 2018 r. o zmianie ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r., poz. 11) weszła w życie z dniem 4 marca 2019 r.

sądową kontrolę decyzji konsulów w sprawach odmowy wydania, unieważnienia lub cofnięcia wizy Schengen, została dokonana na skutek konieczności wykonania wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zapadłego na gruncie sprawy, w której polski konsul odmówił wydania wizy Schengen obywatelowi Maroka, powołując się na brak pewności co do intencji opuszczenia terytorium Polski przez cudzoziemca przed upływem terminu ważności wizy[54]. Z uwagi na fakt, iż przepisy o kontroli sądowej decyzji konsularnych o odmowie wydania wizy weszły w życie stosunkowo niedawno, nie istnieje jeszcze (w stanie na grudzień 2019 r.) orzecznictwo w tym zakresie – aktualnie istniejące orzecznictwo dotyczy natomiast odmowy udzielenia cudzoziemcowi danego zezwolenia pobytowego, ewentualnie zobowiązania go do opuszczenia terytorium RP, zapadłe na płaszczyźnie zasadności zastosowania klauzuli ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

W odniesieniu do okoliczności, czy małżeństwo nie zostało zawarte dla pozoru, konsul nie ma formalnego obowiązku jej badania, jednak nawet w przypadku próby dokonania takich ustaleń, fakt, iż małżonkowie poznali się za pośrednictwem internetu, nie musi stanowić mocnego argumentu w dobie komunikatorów internetowych i zalewu portali społecznościowych. Podobnie, sama tylko okoliczność krótkiej znajomości małżonków, znacznej różnicy wieku między nimi, czy zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika, nie musi z całą pewnością przesądzać o pozorności małżeństwa. Jeżeli natomiast konsul poweźmie podejrzenia i z rozmów z małżonkami wynikać będzie, że zawarli oni małżeństwo pozorne, to mógłby on odmówić wydania im wizy z uwagi na treść art. 65 ust. 1 pkt 10 (zachodzą uzasadnione wątpliwości co do wiarygodności złożonych przez cudzoziemca oświadczeń odnośnie do celu jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z uwagi na dostępne organowi dowody lub obiektywne okoliczności wskazujące na to, że cel pobytu cudzoziemca mógłby być inny niż deklarowany).

Nawet jednak w przypadku, gdyby konsul odmówił cudzoziemcowi wizy, a nawet tylko podjął działania w celu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, małżonkowie teoretycznie mogą udać się do konsulatu jakiejkolwiek innego kraju należącego do Unii Europejskiej, gdzie cudzoziemiec z powodzeniem mógłby ubiegać się o wizę Schengen. Po otrzymaniu wizy Schengen, uprawniającej do pobytu w danym kraju UE, może na jej podstawie przyjechać do

[54] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2017 r. w sprawie C-403/16 Soufiane El Hassani przeciwko Ministrowi Spraw Zagranicznych. Dostęp: 9 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiYuNfF3cjtAhWHw4sKHRiCAJUQFjAAegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2Flegal-content%2FPL%2FALL%2F%3Furi%3DCELEX%253A62016CJ0403&usg=AOvVaw361_sYNUZedyuBdeThJ_uL

Polski (na okres do 90 dni, ale jak będzie wskazane poniżej, jest to okres wystarczający do legalizacji jego pobytu na terytorium RP).

Z uwagi jednak na konieczność wykazania się posiadaniem określonych środków finansowych, w praktyce cudzoziemiec przyjeżdża do Polski najczęściej na podstawie zaproszenia, gdyż koszty pobytu cudzoziemca w Polsce bierze na siebie zapraszający. Zgodnie z art. 49 ust. 2 ustawy o cudzoziemcach, zapraszającym cudzoziemca może być obywatel polski, obywatel państwa należącego do UE, Islandii, Liechtensteinu, Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej, a także cudzoziemiec przebywający legalnie i nieprzerwanie co najmniej przez okres 5 lat na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub posiadający zezwolenie na pobyt stały lub zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE.

Gdyby powyższy sposób okazał się niemożliwy do realizacji, cudzoziemiec potencjalnie mógłby także skorzystać z procedury uchodźczej, nie można bowiem odmówić cudzoziemcowi wjazdu na terytorium RP, mimo nie spełniania przez niego przesłanek do wjazdu, gdy złożył on wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej[55]. Ponieważ postępowanie w przedmiocie udzielenia ochrony międzynarodowej trwa zazwyczaj co najmniej kilkanaście miesięcy, a cudzoziemcy mogą skorzystać bądź z pobytu w ośrodku prowadzonym przez Urząd do Spraw Cudzoziemców albo wybrać zakwaterowanie na własną rękę (wypłacane są im w tej sytuacji specjalne środki z pomocy socjalnej przez UdSC), w każdym z powyższych przypadków pobyt trwa na tyle długo, aby możliwe było zawarcie przez nich związku małżeńskiego z obywatelem polskim (ponieważ dokument podróży na czas postępowania uchodźczego jest deponowany, legitymują się oni przed kierownikiem USC specjalnym dokumentem tymczasowym, wydanym przez UdSC). Kierownik USC nie ma przy tym formalnego obowiązku weryfikowania, czy cudzoziemiec zawierający związek małżeńskie przebywa w Polsce legalnie.

Po przyjeździe do Polski cudzoziemiec może podjąć od razu starania o legalizację swojego pobytu. W tym celu, przedkładając paszport, może on, jak wskazano wyżej, uzyskać w Urzędzie Stanu Cywilnego polski akt małżeństwa. Z kolei posiadając akt małżeństwa, cudzoziemiec uprawniony jest do złożenia w Urzędzie Wojewódzkim wniosku o pobyt czasowy. Zgodnie z art. 158 ust. 1 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach, zezwolenia na pobyt czasowy dla członka rodziny obywatela Rzeczypospolitej Polskiej udziela się cudzoziemcowi, gdy pozostaje w uznawanym przez prawo Rzeczypospolitej Polskiej związku małżeńskim z obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej. Jak już wskazano powyżej, związek małżeński

[55] Zgodnie z art. 28 ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach.

zawarty za granicą może być z kolei uznany w Rzeczpospolitej Polskiej, gdy uznanie to nie byłoby sprzeczne z klauzulą porządku publicznego. Gramatyczna wykładnia brzmienia tego przepisu wskazuje na to, że jest to decyzja związana i organ, jeśli tylko zawarty związek małżeński jest uznawany w Rzeczpospolitej (np. jest zawarty między osobami dorosłymi płci przeciwnej, a nie między dorosłym mężczyzną a np. 9 czy 10-latką, co przynajmniej teoretycznie mogłoby być możliwe w niektórych krajach islamskich)[56], to zezwolenie na pobyt czasowy powinno zostać udzielone. Jako ratio legis tego przepisu wskazuje się, że jego funkcją jest ochrona życia rodzinnego[57].

Zgodnie z art. 98 ustawy o cudzoziemcach, zezwolenia na pobyt czasowy udziela się cudzoziemcowi na jego wniosek, jeżeli spełnia wymogi określone ze względu na deklarowany cel pobytu, a okoliczności, które są podstawą ubiegania się o to zezwolenie, uzasadniają jego pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres dłuższy niż 3 miesiące. Zezwolenia na pobyt czasowy udziela się na czas niezbędny do realizacji celu pobytu, nie dłużej jednak, niż na okres 3 lat. Niewątpliwie małżeństwo z obywatelem polskim jest przesłanką uzasadniającą pobyt cudzoziemca na terytorium polskim powyżej 3 miesięcy, zatem przy spełnieniu pozostałych wymogów sprowadzających się de facto do przedłożenia aktu małżeństwa oraz dowodu osobistego lub paszportu współmałżonka, cudzoziemiec powinien otrzymać zezwolenie na pobyt, bowiem decyzja organu jest decyzją związaną i po zbadaniu, że spełnione są wszystkie przesłanki do jego udzielenia, organ nie może odmówić wydania takiego zezwolenia. Co istotne, poza powyższymi dokumentami, cudzoziemiec nie musi wykazywać żadnej innej okoliczności, w szczególności posiadania stabilnego źródła dochodów, czy ubezpieczenia zdrowotnego. W wydawanym zezwoleniu określa się czas uprawniający do pobytu, zawierający się w przedziale od 3 miesięcy do 3 lat[58]. Zezwolenie na pobyt czasowy wydane cudzoziemcowi w związku z zawarciem związku małżeńskiego z obywatelem polskim, upoważnia go ponadto do wykonywania pracy na terytorium RP, bez obowiązku uzyskiwania zezwolenia na pracę[59]. Cudzoziemcy posiadający zezwolenie na pobyt czasowy i pozostający w związku małżeńskim, zawartym z obywatelem polskim zamieszkałym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, mogą również podejmować i wykonywać działalność gospodarczą

[56] Regulacje dopuszczające małżeństwa miedzy nieletnimi, zwłaszcza w przypadku poślubianych dziewczynek, obowiązują np. w Arabii Saudyjskiej i Iranie, gdzie jest to odpowiednio 10 i 9 lat. Więcej na ten temat w: M. Sadowski. Małżeństwo w prawie islamu. Wprowadzenie. Wydawnictwo nauka i innowacje. Poznań 2015, s. 38-39.

[57] Tak m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 października 2016 r., sygn. akt II OSK 2628/15 (Legalis)

[58] Zazwyczaj, przy udzielaniu pierwszego zezwolenia na pobyt czasowy, jest to jeden rok.

[59] Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2013 r., poz. 674 z późn. zm.).

na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na takich samych zasadach jak obywatele polscy[60].

W tym miejscu należy również zauważyć, że ustawodawca przewiduje także przesłanki dla odmowy udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt czasowy, m.in. wskazane w art. 100 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach[61], a przykładem możliwego zastosowania art. 100 ust. 1 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach wskutek braku przesłanek uzasadniających pobyt cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres dłuższy niż 3 miesiące, byłaby sytuacja, gdyby małżonkowie nie zamieszkiwali na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tylko np. na terytorium innego państwa członkowskiego UE[62]. Jednakże zauważyć należy, że co do zasady jeśli cudzoziemiec spełnia wymogi do udzielenia mu zezwolenia, nie przedkładał on fałszywych dokumentów lub informacji i nie zachodzi w jego przypadku nadzwyczajna sytuacja, jak wpis do SIS lub wykazu cudzoziemców, których pobyt jest na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niepożądany, to nie ma podstaw do odmowy udzielenia zezwolenia pobytowego.

Wprawdzie art. 100 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach zawiera m.in. klauzulę obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, które są pojęciami nieostrymi i mogą, w pewnym zakresie, podlegać interpretacji przez organ, a przed wydaniem decyzji wojewoda, zgodnie z art. 109 ustawy o cudzoziemcach, zwraca się

---

[60] Zgodnie z treścią art. 13 ust. 2 pkt 1 lit. h ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2017 r., poz. 2168 z późn. zm.).

[61] Art. 100 ust. 1. Udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy odmawia się cudzoziemcowi, gdy:
1) nie spełnia on wymogów udzielenia mu zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na deklarowany cel pobytu lub okoliczności, które są podstawą ubiegania się o to zezwolenie, nie uzasadniają jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres dłuższy niż 3 miesiące lub
2) obowiązuje wpis danych cudzoziemca do wykazu cudzoziemców, których pobyt jest na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niepożądany, lub
3) jego dane znajdują się w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu, lub
4) wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub zobowiązania wynikające z postanowień ratyfikowanych umów międzynarodowych obowiązujących Rzeczpospolitą Polską, lub
5) w postępowaniu w sprawie udzielenia mu zezwolenia na pobyt czasowy:
   a) złożył on wniosek zawierający nieprawdziwe dane osobowe lub fałszywe informacje lub dołączył do niego dokumenty zawierające takie dane lub informacje, lub
   b) zeznał on nieprawdę lub zataił prawdę albo podrobił lub przerobił dokument w celu użycia go jako autentycznego lub takiego dokumentu używał jako autentycznego, lub
6) zalega z uiszczeniem podatków, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, lub
7) nie zwrócił kosztów związanych z wydaniem i wykonaniem decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, które zostały pokryte z budżetu państwa, lub
8) podlegając obowiązkowi leczenia na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, nie wyraża zgody na to leczenie, lub
9) złożył wniosek podczas nielegalnego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub przebywa na tym terytorium nielegalnie

[62] Takie przypadki znane są praktyce administracyjnej, a powyższy pogląd był już aprobowany przez orzecznictwo sądowe.

do odpowiednich organów o przekazanie informacji, czy wjazd i pobyt cudzoziemca na terytorium Polski mogą stanowić zagrożenie[63], jednakże, możliwość powołania się na klauzulę ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, jako uzasadnienie odmowy udzielenia zezwolenia pobytowego, ze względu na dość restrykcyjne orzecznictwo sądów administracyjnych, może być w praktyce ograniczona. W kontekście małżeństwa z obywatelem polskim, nie negując pozostałych przyczyn uzasadniających odmowę udzielenia zezwolenia pobytowego, gdyby cudzoziemiec dopuścił się zatem uprzednio np. „oszustwa matrymonialnego" np. obiecując zawarcie małżeństwa doprowadził inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia swoim mieniem, nie musiałoby to automatycznie oznaczać, że z całą pewnością zezwolenie na pobyt czasowy nie zostałoby mu udzielone.

W tym miejscu zauważyć można różnice w podejściu do zakresu znaczeniowego terminu „porządek publiczny" przez doktrynę i orzecznictwo. Doktryna definiując „porządek publiczny" odwołuje się do instytucji prawnych oraz norm i zasad, które jeżeli są przestrzegane, zapewniają społeczeństwu spokój i bezpieczeństwo. Z uwagi na fakt, iż każdy czyn stanowiący przestępstwo narusza porządek publiczny, pojęcie to mogłoby być zatem bliskie pojęciu „porządku prawnego" występującego na danym obszarze. Z kolei orzecznictwo sądów administracyjnych prezentuje w tej kwestii poglądy niejednoznaczne i zwykle odmienne od powyższego. Zdaniem orzecznictwa pojęcia „porządek publiczny" i „porządek prawny" nie są tożsame, nie każde bowiem naruszenie przepisów prawa jest równoznaczne z naruszeniem porządku publicznego, w konsekwencji nie każde zachowanie cudzoziemca, nawet jeśli stanowi naruszenie prawa wskazywać może, że dana osoba stwarza (stwarzać będzie w przyszłości) zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo bezpieczeństwa i porządku publicznego[64], np. fakt nielegalnego pobytu cudzoziemca na terytorium RP nie obliguje organu do odmowy dzielenia zezwolenia pobytowego, uzasadnianego względami obronności lub bezpieczeństwa państwa albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego

[63] Art. 109 ust. 1. Przed wydaniem decyzji o udzieleniu cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt czasowy wojewoda zwraca się do komendanta oddziału Straży Granicznej, komendanta wojewódzkiego Policji, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a w razie potrzeby także do konsula właściwego ze względu na ostatnie miejsce zamieszkania cudzoziemca za granicą lub do innych organów z wnioskiem o przekazanie informacji, czy wjazd cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i jego pobyt na tym terytorium mogą stanowić zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

[64] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt IV SA/Wa 2552/13 (Legalis), Sąd odwołując się do wyroku WSA w Warszawie z dnia 12 stycznia 2006 r. (sygn. akt V SA/Wa 2350/05), podzielił pogląd tam wyrażony, iż pojęcia „porządek publiczny" i „porządek prawny" nie są tożsame, nie każde bowiem naruszenie przepisów prawa będzie, zdaniem Sądu, równoznaczne z naruszeniem porządku publicznego. Zdaniem Sądu, odwołującego się w tej mierze do orzecznictwa, „nie każde zachowanie cudzoziemca, nawet jeśli stanowi naruszenie prawa wskazywać może, że dana osoba stwarza (stwarzać będzie w przyszłości) zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa albo bezpieczeństwa i porządku publicznego".

lub interesu Rzeczypospolitej Polskiej[65]. Zdaniem orzecznictwa, pojęcie „ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego" powinno być też rozpatrywane w kontekście całokształtu stosunku danego cudzoziemca do porządku prawnego, nie zaś do poszczególnych jego przejawów, a sam fakt skazania za popełnione przestępstwo niekoniecznie musi wywołać skutek prawny w postaci skutecznej odmowy udzielenia zgody na pobyt[66]. Wobec powyższego, można, jak się wydaje, wysnuć wniosek, iż zachowanie cudzoziemca mogłoby być prawdopodobnie uznane za naruszające „porządek publiczny" dopiero w sytuacji, gdy następowałoby wielokrotne i długotrwałe bądź uporczywe łamanie przez niego porządku prawnego. Orzecznictwo uznało także stanowisko, zgodnie z którym każde ewentualne naruszenie prawa stanowi już podstawę decyzji o odmowie przedłużenia zezwolenia na zamieszkanie z uwagi na konieczność ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, za stanowiące nazbyt rozszerzającą wykładnię[67]. W powyższych przypadkach powinno zostać

[65] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2005 r., sygn. akt V SA/Wa 1708/05 (Legalis), Sąd uznał, iż fakt nielegalnego pobytu cudzoziemca na terytorium RP nie obliguje organu do odmowy dzielenia zezwolenia pobytowego, uzasadnianego względami obronności lub bezpieczeństwa państwa albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub interesu Rzeczypospolitej Polskiej. Sąd opowiedział się przy tym przeciwko utożsamianiu pojęcia naruszenia „porządku prawnego" z naruszeniem "porządku publicznego", oraz przeciwko przyjmowaniu, iż każde naruszenie polskiego prawa ("porządku prawnego") przez cudzoziemca "może stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku publicznego", przez co "nie daje gwarancji", że będzie on "przestrzegał norm prawnych w przyszłości", bowiem pojęcia "porządku prawnego" oraz "porządku publicznego" nie są tożsame i nie każde naruszenie przez cudzoziemca przepisów polskiego prawa ("porządku prawnego") jest równoznaczne z naruszeniem "porządku publicznego".

[66] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt IV SA/Wa 555/14 (Legalis), Sąd zauważając, że cudzoziemiec wielokrotnie naruszał obowiązujący w Polsce porządek prawny, a w konsekwencji popełnianych przez niego przestępstw został skazywany, uznał, że powyższe nie tylko nie mieści się w kategoriach bezpieczeństwa i porządku publicznego, ale wręcz zagraża tym wartościom. Pojęcie porządku publicznego, zdaniem Sądu, obejmuje bowiem stan przestrzegania zasad współżycia społecznego, stosowania się do nakazów i zakazów organów państwowych, a także przepisów obowiązującego prawa. Następnie Sąd, za A. Chajbowicz, Bezpieczeństwo a pojęcia zbliżone, (w:) A. Chajbowicz, T. Kocowski (red.), Bezpieczeństwo wewnętrzne w działalności terenowej administracji publicznej, Kolonia Limited 2009, s. 37, zauważył, że bezpieczeństwo i porządek publiczny są wartościami sytuowanymi najwyżej na skali oczekiwań społecznych i osobistych większości członków społeczeństwa. Mają one charakter podstawowych dóbr publicznych, których zagwarantowanie jest warunkiem prawidłowego rozwoju życia społecznego oraz indywidualnego poszczególnych jednostek. Następnie, Sąd, za J. Czapska, Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa, Kraków 2004, s. 28, wskazał, iż analiza aktów prawnych, w których występują terminy "bezpieczeństwo" oraz "porządek publiczny", pozwala stwierdzić, że służą one przede wszystkim dwóm celom: określeniu zadań organów państwa albo uzasadnieniu ograniczenia praw i wolności obywatelskich. Istotą bezpieczeństwa jest stan bez zagrożeń. Bezpieczeństwo i porządek publiczny są elementami ogólnego pojęcia "bezpieczeństwo", rozumianego jako pewien stan lub proces. Jako pewien stan może być rozumiane obiektywnie w ujęciu negatywnym - jako stan bez zagrożeń, w pozytywnym – jako stan nienaruszalności dóbr lub subiektywnie jako stan polegający na psychologicznym poczuciu bycia niezagrożonym. Sąd, za E. Ura, Prawne zagadnienia bezpieczeństwa państwa, Warszawa 1988, s. 108, nadmienił także, iż w literaturze przyjmuje się, że "Ochrona bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego jest niezbędnym warunkiem zapewnienia rozwoju i porządku publicznego, jest niezbędnym warunkiem zapewnienia rozwoju każdej zorganizowanej zbiorowości ludzkiej, zwłaszcza państwa".

[67] W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 listopada 2005 r., sygn. akt V SA/Wa 1711/05 (Legalis), Sąd, orzekając na gruncie nielegalnego pobytu cudzoziemca na terytorium RP, uznał, że stanowisko, zgodnie z którym każde ewentualne naruszenie prawa stanowi już podstawę decyzji o odmowie przedłużenia zezwolenia na zamieszkanie z uwagi na konieczność ochrony bezpieczeństwa i porządku

wskazane, jakie konkretnie elementy bezpieczeństwa i porządku publicznego, lub jakie interesy Rzeczypospolitej Polskiej byłyby zagrożone w sytuacji, gdyby cudzoziemiec nadal przebywał na terytorium Polski[68], a organ odmawiając cudzoziemcowi udzielenia zezwolenia pobytowego zobowiązany jest wykazać konkretne przesłanki uzasadniające realne zagrożenie ze strony cudzoziemca[69]. Tego rodzaju stanowisko powinno zostać wsparte spójną i wyczerpującą argumentacją, znajdującą odzwierciedlenie w materiale dowodowym, przy czym analiza i ocena przez organ przesłanek uzasadniających nakazanie opuszczenia terytorium RP musi być dokonywana w kontekście aktualnych zagrożeń ze strony cudzoziemca dla „ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego", bądź „interesu Rzeczypospolitej Polskiej", a nie zagrożeń hipotetycznych i opierających się na dowolnym uznaniu organów[70]. Z kolei przy ocenie czy dany cudzoziemiec swym zachowaniem stanowi zagrożenie dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego należy brać pod uwagę nie tylko sam fakt jego skazania, ale i okoliczności w jakich doszło do naruszenia przez niego przepisów prawa[71].

---

publicznego, stanowi nazbyt rozszerzającą wykładnię, nie każde bowiem naruszenie prawa może być w ten sposób kwalifikowane, a ustalenie tej okoliczności wymaga wskazania faktu naruszenia oraz uzasadnienia dlaczego to naruszenie stanowi zagrożenie dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

[68] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 listopada 2005 r., sygn. akt V SA/Wa 1711/05 (Legalis)

[69] W uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt V SA 155/02 (Legalis), Sąd stwierdził, że organ odmawiając cudzoziemcowi udzielenia zezwolenia na dalsze zamieszkanie na czas oznaczony zobowiązany jest wykazać konkretne przesłanki uzasadniające realne zagrożenie ze strony cudzoziemca. Uznając, że pojęcie "konieczność ochrony ładu i porządku publicznego" jest zwrotem znaczeniowo nieostrym i może wiązać się z różnymi zachowaniami cudzoziemca, Sąd nie podzielił wykładni nadającej temu pojęciu charakter ekscesywny, utożsamiającej zagrożenie dla "ładu i porządku publicznego" ze złamaniem jakiegokolwiek przepisu prawa, uzasadniając, że ekscesywność interpretacyjna nie odpowiada zasadzie wyrażonej w art. 7 kpa.

[70] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 lutego 2007 r., sygn. akt V SA/Wa 1933/06, Sąd na gruncie rozpoznawanej sprawy cudzoziemca, skazanego za popełnienie przestępstwa w Polsce, któremu organ cofnął zezwolenie na osiedlenie się na terytorium RP, powołując się na zagrożenie dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego stwierdził, iż organ powinien określić, o jakie konkretnie przesłanki chodzi i wykazać, że jakieś "względy ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego", bądź też jakiś "interes Rzeczypospolitej Polskiej" rzeczywiście "wymagają" cofnięcia cudzoziemcowi zezwolenia na osiedlenie się i w konsekwencji wydalenia go z terytorium RP. Tego rodzaju stanowisko powinno zostać wsparte spójną i wyczerpującą argumentacją, znajdującą stosowne odzwierciedlenie w prawidłowo zebranym, kompletnym materiale dowodowym. Przy czym, zdaniem Sądu, analiza i ocena przez organ przesłanek uzasadniających wydalenie (nakazanie opuszczenia terytorium RP) musi być dokonywana w kontekście aktualnych zagrożeń ze strony cudzoziemca dla „ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego", bądź „interesu Rzeczypospolitej Polskiej", a nie zagrożeń hipotetycznych i opierających się na dowolnym uznaniu organów.

[71] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt IV SA/Wa 1698/13 (Legalis), Sąd rozpoznając zasadność odmowy udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony na terytorium RP cudzoziemcowi, który po skazaniu nie zgłosił się do zakładu karnego w celu odbycia kary, stwierdził, iż choć nie ulega wątpliwości, że pojęcie „względy bezpieczeństwa i porządku publicznego" jest pojęciem nieprecyzyjnym, to jednak pod pojęciem porządku prawnego należy rozumieć przestrzeganie zasad obowiązującego w danym kraju ładu publicznego i przepisów prawa czyli norm prawa bezwzględnie obowiązującego. Następnie stwierdzając, że nie każde naruszenie przepisów prawa jest równoznaczne z istotnym naruszeniem porządku prawnego, Sąd uznał, że przy ocenie czy dany cudzoziemiec swym zachowaniem stanowi zagrożenie dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego należy brać pod uwagę nie tylko sam fakt jego skazania, ale i okoliczności w jakich doszło do naruszenia przez niego przepisów

Organ wydając decyzję odmawiającą cudzoziemcowi zezwolenia pobytowego ze względu na ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego musi zatem mieć na uwadze powyższe tezy prezentowane w szeregu wyroków sądów administracyjnych, tak, aby uniknąć zarzutu arbitralności. Odmowa zezwolenia pobytowego z przytoczeniem naruszonych przez cudzoziemca norm prawnych może bowiem nie wystarczyć, by decyzja ostała się w kontroli sądowo-administracyjnej – organ zobowiązany jest dodatkowo wykazać, jaki wpływ na przyszłe zachowanie cudzoziemca na terytorium RP mogą mieć wspomniane naruszenia. Powyższe może utrudniać organom administracji stosowanie klauzuli bezpieczeństwa i porządku publicznego, powoduje też, że nawet w przypadku, gdyby organ posiadał wiedzę o uprzedniej działalności cudzoziemca mogącej potencjalnie zagrażać porządkowi publicznemu (być może można by w tym kontekście rozważać np. dokonywanie oszustw matrymonialnych, zawieranie małżeństw dla pozoru itp.), ewentualne rozważanie powołania się na przesłankę ochrony porządku publicznego byłoby obarczone sporą dozą niepewności, czy taka argumentacja obroni się w ramach kontroli sądowo-administracyjnej. Organ dokonując subsumpcji w celu ustalenia czy konkretny stan faktyczny, odnoszący się do cudzoziemca, w zestawieniu z hipotezą opisującą zagrożenia dla porządku publicznego, uzasadniając ewentualną odmowę wydania wizy zobowiązany jest do rozważenia szeregu okoliczności odnoszących się do osoby cudzoziemca, aby uniknąć zarzutu, że decyzja nosi znamiona arbitralności, a ocena – dowolności. Sąd administracyjny jest bowiem uprawniony do ustalania, czy przyjęta przez organ ocena zwrotu prawnie niedookreślonego nie nosi cech dowolności[72].

Poza przypadkami, o których mowa w art. 100 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o cudzoziemcach[73],

---

prawa. W kontekście życia rodzinnego cudzoziemca Sąd przypomniał, że Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przyjęta w Rzymie 4 listopada 1950 r. i podpisana przez Polskę 26 listopada 1991 r. (Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.), nie gwarantuje niczym nieograniczonej ochrony rodzin przed rozłąką. Niewątpliwie interesy jednostki i interesy Państwa powinny być w tym wypadku wyważone. Ochrona interesów jednostki nie jest bezwzględna i dopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w interesy jednostki właśnie ze względu na ochronę porządku publicznego jako mająca na celu zapobieganie przestępstwom.

[72] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 13 sierpnia 2008 r., sygn. akt II SA/Bd 400/08 (Legalis). Rozpatrywana sprawa dotyczyła odmowy rejestracji pojazdu, w kontekście oceny przez organ pojęcia niedookreślonego „interes społeczny".

[73] Udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy odmawia się cudzoziemcowi, gdy:

1) nie spełnia on wymogów udzielenia mu zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na deklarowany cel pobytu lub okoliczności, które są podstawą ubiegania się o to zezwolenie, nie uzasadniają jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres dłuższy niż 3 miesiące lub
2) obowiązuje wpis danych cudzoziemca do wykazu cudzoziemców, których pobyt jest na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niepożądany, lub
3) jego dane znajdują się w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu, lub
4) wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego lub zobowiązania wynikające z postanowień ratyfikowanych umów międzynarodowych obowiązujących Rzeczpospolitą Polską, lub
5) w postępowaniu w sprawie udzielenia mu zezwolenia na pobyt czasowy:

art. 165 ust. 1 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach przewiduje odmowę udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy cudzoziemcowi pozostającemu w związku małżeńskim z obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej, gdy związek małżeński został zawarty w celu obejścia przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego. Wojewoda, zgodnie z treścią art. 169 ustawy o cudzoziemcach[74], zobowiązany jest w konsekwencji ustalić, czy związek małżeński został zawarty dla pozoru – w celu obejścia przepisów i umożliwienia cudzoziemcowi m.in. wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W ramach tego postępowania możliwe jest wprawdzie badanie, z wykorzystaniem zeznań stron oraz świadków, wywiadu środowiskowego, lub innych środków dowodowych, czy małżeństwo nie zostało zawarte w celu legalizacji pobytu cudzoziemca, jednak i w tej mierze orzecznictwo sądów administracyjnych stawia przed organem, dowodzącym pozorności małżeństwa, dość wysokie wymagania. Nawet bowiem prawidłowo ustalony stan faktyczny sprawy, z którego wynika, że małżonkowie nie mieszkali i nie mieszkają razem, nie prowadzą wspólnego gospodarstwa domowego, nie wypełniają prawnych obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa, nie interesują się swoim życiem, a w związku małżeńskim pozostają jedynie formalnie, niekoniecznie musi prowadzić do skutecznej obrony przed sądami administracyjnymi odmowy wydania cudzoziemcowi wnioskowanego przez niego zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony w związku z pozostawaniem w związku małżeńskim z obywatelem polskim[75].

Użyty przez ustawodawcę w z art. 169 ust. 2 ustawy o cudzoziemcach zwrot „w szczególności" oznacza, że katalog okoliczności podlegających zbadaniu nie jest zamknięty

---

a) złożył on wniosek zawierający nieprawdziwe dane osobowe lub fałszywe informacje lub dołączył do niego dokumenty zawierające takie dane lub informacje, lub
b) zeznał on nieprawdę lub zataił prawdę albo podrobił lub przerobił dokument w celu użycia go jako autentycznego lub takiego dokumentu używał jako autentycznego

[74] Art. 169 ust. 1. W postępowaniu w sprawie udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 158 ust. 1 pkt 1 lub art. 159 ust. 3 pkt 1, organ, który prowadzi to postępowanie, ustala, czy związek małżeński został zawarty w celu obejścia przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego.
2. W postępowaniu, o którym mowa w ust. 1, w szczególności ustala się, czy okoliczności sprawy wskazują na to, że:
1) jedno z małżonków przyjęło korzyść majątkową w zamian za wyrażenie zgody na zawarcie małżeństwa, o ile nie wynikało to ze zwyczaju ugruntowanego w danym państwie lub danej grupie społecznej;
2) małżonkowie nie wypełniają prawnych obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa;
3) małżonkowie nie zamieszkują wspólnie lub nie prowadzą wspólnego gospodarstwa domowego;
4) małżonkowie nie spotkali się przed zawarciem małżeństwa;
5) małżonkowie nie mówią językiem zrozumiałym dla obojga;
6) małżonkowie nie są zgodni co do dotyczących ich danych osobowych i innych istotnych okoliczności ich dotyczących;
7) jedno z małżonków lub oboje małżonkowie w przeszłości zawierali już pozorne małżeństwa.

[75] Tak wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 października 2016 r., sygn. akt II OSK 2628/15 (Legalis)

i organ może dokonywać innych, dodatkowych ustaleń, nie ograniczając się do tych, które wskazane zostały w pkt 1-5. Zgodnie z ust. 4 powyższego przepisu, wojewoda może zwrócić się o pomoc do odpowiedniej jednostki Straży Granicznej z wnioskiem o przeprowadzenie czynności wskazanych w art. 11 ust. 1, tj. wywiadu środowiskowego lub ustalenia miejsca pobytu małżonka lub innego członka rodziny cudzoziemca, a także osoby, z którą cudzoziemca łączą więzi o charakterze rodzinnym[76]. W celu zbadania, czy małżeństwo zostało zawarte dla pozoru, pracownicy Urzędów Wojewódzkich zadają małżonkom pytania, które mają pomóc ustalić, czy małżonkowie istotnie prowadzą wspólne życie rodzinne, czy tylko wykorzystują instytucję małżeństwa do legalizacji pobytu cudzoziemca na terytorium RP. Rozwój mediów społecznościowych sprawia jednak, że pytania te po pewnym czasie mogą być ujawnione innym aplikantom, oczekującym dopiero na przesłuchanie, przez co ich funkcja ulega osłabieniu. Poza zmianą zestawu zadawanych pytań bardzo trudno jest walczyć z tego typu zjawiskiem. Nie tylko powyższa okoliczność sprawia, że postępowanie mające na celu zbadanie czy małżeństwo zostało zawarte dla pozoru, jest trudne. Małżonkowie, nawet nie mieszkając ze sobą i kontaktując się jedynie sporadycznie, są bowiem w stanie ustalić między sobą szereg rzekomych okoliczności, dowodzących prowadzenia przez nich wspólnego życia. Trudno (choć nie niemożliwe) jest też, bez przyznania jednego z małżonków, że zawierał małżeństwo fikcyjne, dowodzić pozorności takiego związku. Cudzoziemcy zawierający związek w celu legalizacji pobytu podejmują bowiem działania mające na celu zatajenie rzeczywistych motywów zawarcia związku, np. poprzez uzgodnienie treści zeznań, co sprawia, że wiele złożonych przez nich oświadczeń pozostaje spójnych z zeznaniami ich polskich małżonków – okoliczność tą dostrzega też orzecznictwo[77].

Należy w tym kontekście wskazać, iż ewentualne dokonane przez organ ustalenie, że

---

[76] Art. 11 ust. 1. W toku postępowań prowadzonych na podstawie przepisów ustawy funkcjonariusze Straży Granicznej mogą:
1) przeprowadzać wywiad środowiskowy lub
2) ustalać miejsce pobytu małżonka lub innego członka rodziny cudzoziemca, a także osoby, z którą cudzoziemca łączą więzi o charakterze rodzinnym.
2. Wywiad środowiskowy obejmuje zebranie informacji dotyczących:
1) danych cudzoziemca, wobec którego prowadzone jest postępowanie, o którym mowa w ust. 1;
2) miejsca pobytu cudzoziemca;
3) członków rodziny cudzoziemca oraz osób, z którymi zamieszkuje on we wspólnym gospodarstwie domowym;
4) wykonywania przez cudzoziemca pracy lub prowadzenia działalności gospodarczej;
5) podjęcia lub kontynuowania przez cudzoziemca nauki lub szkolenia zawodowego;
6) sytuacji materialnej i warunków bytowych cudzoziemca;
7) podejmowania przez cudzoziemca działań mogących mieć wpływ na ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego albo stanowiących zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa;
8) innych okoliczności, których istnienie mogłoby mieć wpływ na rozstrzygnięcie w postępowaniu prowadzonym wobec cudzoziemca.

[77] Np. uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 września 2014 r., sygn. akt II OSK 719/13 (Legalis).

zawarty przez cudzoziemca związek małżeński został zawarty dla pozoru i w celu obejścia przepisów w żaden sposób nie wpływa na jego ważność, ani nie uchyla skutków, które wywołuje zawarcie związku małżeńskiego. Ustalenie to ma jedynie wpływ na wynik postępowania kończącego się decyzją organu w sprawie udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt czasowy.

W orzecznictwie sądów administracyjnych dotyczących spraw z tego zakresu podkreśla się, że szczególny charakter życia rodzinnego uzasadnia wzmożoną ochronę prawną udzielaną instytucji małżeństwa (m.in. w art. 18 i 47 Konstytucji RP), skutkiem czego postępowanie administracyjne mające na celu obalenie domniemania wynikającego z przepisu art. 23 ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy[78], tj., że małżonkowie prowadzą wspólne pożycie, okazują sobie wzajemną pomoc i wierność oraz współdziałają dla dobra rodziny, wymaga wykazania i to w sposób niebudzący wątpliwości, że małżeństwo to jest pozorne i zostało zawarte wyłącznie w celu uzyskania przez cudzoziemca zezwolenia pobytowego. W orzecznictwie (wydawanym na gruncie poprzedniego stanu prawnego, ale zachowującego aktualność) podkreśla się też, że decydujące dla uznania związku małżeńskiego jako zawartego dla obejścia przepisów prawa są indywidualne okoliczności danego przypadku. Mimo powyższego, z uwagi na fakt, iż orzeczenia sądów administracyjnych oparte są niekiedy na podobnym stanie faktycznym, można jednak pokusić się o zarysowanie poglądów orzecznictwa w pewnych powtarzających się sytuacjach.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na pewien rygoryzm sądów administracyjnych w odniesieniu do wymogów nakładanych na organ dotyczących uzasadnienia decyzji podważającej niefikcyjny charakter małżeństwa. Samo stwierdzenie, iż małżonkowie nie są zgodni co do danych osobowych i innych istotnych okoliczności, które ich dotyczą, nie jest jeszcze tożsame z ustaleniem, że związek małżeński został zawarty w celu obejścia przepisów o udzieleniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, lecz jedynie uzasadnia przeprowadzenie postępowania umożliwiającego ustalenie, czy małżeństwo zostało zawarte w tym celu – tak w uzasadnieniu wyroku z 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt II OSK 1142/05 (Legalis) wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny[79]. Ponieważ Sąd rozpoznający powyższą sprawę nie sprecyzował, jakie dodatkowe okoliczności miałyby zostać przez organ

[78] Art. 23. Małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie. Są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli.

[79] Podobnie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt II OSK 2038/11 (Legalis), stwierdził, że opisane w przepisach ustawy o cudzoziemcach „warunki wyraźnie nakierowane są na ustalenie celu, w jakim to małżeństwo zawarto, czyli na ustalenie motywów, jakimi małżonkowie kierowali się przy zawieraniu związku małżeńskiego."

zbadane w celu ostatecznego ustalenia fikcyjności zawartego małżeństwa, poza zdawkowym wskazaniem na „przeprowadzenie wnikliwej analizy wniosku" oraz „ustalenie wszelkich istotnych okoliczności", pytanie to, zdaniem autora, pozostaje otwarte. Zarówno bowiem wniosek, jak i ustalony stan faktyczny sprawy (którego elementem są zeznania małżonków dotyczące ich związku) podlegał już ocenie przez organ. Na marginesie należy zauważyć, że wyrok ten był glosowany, a w aprobującej glosie wyrażony został pogląd, że w postępowaniu należy uwzględnić całokształt okoliczności sprawy mających znaczenie dla oceny celu zawartego małżeństwa, a okolicznością, którą należy udowodnić jest zamiar złożenia pozornego oświadczenia woli, a nie brak zgodności co do danych dotyczących małżonków, przy czym z uwagi na szeroką ochronę udzielaną małżeństwu oraz na znaczenie społeczne tej instytucji, organ zobowiązany jest przyjąć, że każde małżeństwo z definicji jest zawarte na zasadach wskazanych w art. 1 i w celu określonym w art. 23 ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy[80], Zdaniem autora, ze względu na fakt, iż zamiar złożenia pozornego oświadczenia woli znany jest co do zasady wyłącznie samym małżonkom (a przynajmniej jednemu z nich), którzy co oczywiste, nie ujawnią organowi powziętego zamiaru, przy czym sam organ ma niewielkie możliwości badania zamiaru zawarcia małżeństwa pozornego[81], zatem kluczową okolicznością pozwalającą na ustalenie, czy małżeństwo zawarte zostało dla pozoru, są zeznania samych małżonków i wynikające z nich rozbieżności, świadczące o tym, że w niedostateczny sposób „nauczyli się" oni odgrywać ustalone uprzednio „role". Przesłuchanie małżonków jest bowiem efektywnym środkiem dowodowym umożliwiającym zweryfikowanie prawdziwości i spójności informacji udzielonych przez nich w toku postępowania, odnoszących się tak do współmałżonka, jak wspólnego życia, a uznawanie powyższych ustaleń za niewystarczające, stanowiłoby bardzo poważne ograniczenie w stosowaniu przez organ podstawowego narzędzia do weryfikacji fikcyjności małżeństwa.

W przywołanym wyżej orzeczeniu Sąd podkreślił także, że „przeprowadzenie wnikliwej analizy wniosku, a następnie ustalenie wszelkich istotnych okoliczności jest szczególnie ważne w sprawach o zezwolenie na pobyt, gdyż nieuzasadniona odmowa wydania zezwolenia dotyczy bezpośrednio także obywateli polskich i może prowadzić do rozdzielenia małżonków, pomimo zawarcia ważnego związku małżeńskiego." Wydaje się zatem, że zdaniem Sądu, działania organu, w kontekście ustalania fikcyjności małżeństwa zawartego z cudzoziemcem, powinny

[80] J. Białocerkiewicz w glosie aprobującej wyrok NSA z 27 kwietnia 2006 r. sygn. akt II OSK 1142/05 (Orzecznictwo Sądów Polskich 2007 nr 2, poz. 24, s. 157)

[81] Być może poza weryfikacją informacji z portali społecznościowych dotyczących małżonków, czy przesłuchaniu członków rodziny obywatela polskiego, które jednak nie dają żadnej gwarancji ustalenia prawdy.

być szczególnie wnikliwe, aby ewentualne obalenie domniemania jego prawdziwości nie nasuwało wątpliwości – m.in. z uwagi na bezpośredni wpływ tej decyzji na sytuację faktyczną, ważnego w świetle prawa polskiego, związku małżeńskiego i skutek w postaci opuszczenia przez cudzoziemca terytorium Rzeczypospolitej.

Można też, poza koniecznością spełnienia przez cudzoziemca wymogów, uzasadniających jego pobyt czasowy na terytorium RP[82], zauważyć, iż cel zawarcia małżeństwa podlega ustaleniu biorąc pod uwagę dzień zawarcia związku małżeńskiego, przez co nie istnieje możliwość „sanowania" małżeństwa w kontekście art. 169 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach z uwagi na wystąpienie następczego pożycia małżeńskiego w rozumieniu art. 23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[83].

Należy też zwrócić uwagę na pogląd orzecznictwa, zgodnie z którym iż o tym, czy związek małżeński został zawarty w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony decyduje zamiar co najmniej jednego z małżonków i to w chwili jego zawarcia, a pomocnym do ustalenia tej okoliczności jest ocena zachowania małżonków po zawarciu związku małżeńskiego, w szczególności ich wzajemnych relacji i zachowań właściwych małżonkom w okresie bezpośrednio następującym po zawarciu związku małżeńskiego.[84] Jako przykłady braku powyższej więzi podaje się najczęściej

[82] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 grudnia 2007 r., sygn. akt V SA/Wa 2264/07 (Legalis), Sąd stwierdził, że sam fakt pozostawania w związku małżeńskim z obywatelem polskim nie stanowi podstawy do udzielenia cudzoziemcowi przez właściwe w sprawie organy administracji publicznej zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Związek taki musi bowiem uzasadniać zamieszkiwanie cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres dłuższy niż 3 miesiące, a w sytuacji, gdy cudzoziemiec nie może przyjeżdżać do Polski częściej niż raz do roku, przebywając na terytorium RP do 45 dni, przy czym nie zamierza on w najbliższej przyszłości zamieszkiwać na terytorium Polski przez okres dłuższy niż 3 miesiące, a jedynie przyjeżdżać w czasie urlopu wypoczynkowego w celu odwiedzin żony i małoletniej córki, uzasadnia odmowę wydania zezwolenia pobytowego.

[83] W uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 października 2012 r., sygn. akt II OSK 2038/11 (Legalis), Sąd zauważył, iż ustawodawca nakłada na organ obowiązek ustalenia celu zawarcia związku małżeńskiego, a pozostawia poza zakresem badania okoliczności dotyczących trwałości tego związku i zmian w nim zachodzących. Oznacza to, że w przypadku zawarcia związku małżeńskiego dla pozoru, a następnie z upływem czasu, emocjonalne zbliżenie się małżonków i ich zmiana w stosunku do siebie i zawartego związku małżeńskiego, pozostaje bez związku z wystąpieniu przesłanki przesadzającej, że związek małżeński został zawarty w celu obejścia ustawy. Ze względu bowiem na fakt, że zawarcie związku małżeńskiego jest czynnością jednorazową o charakterze konstytutywnym, dokonaną w określonym czasie, to cel zawarcia związku małżeńskiego jest realizowany w dacie zawarcia tego związku i na dzień zawarcia małżeństwa organ ma obowiązek badać zamiar i motywy małżonków.

[84] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt IV SA/Wa 2353/12 (Legalis), Sąd, wypowiadając się na gruncie sprawy, w której zgromadzony materiał dowodowy wskazywał, że małżonkowie nie zamieszkują wspólnie, nie prowadzą wspólnego gospodarstwa domowego i nie są zgodni co do istotnych okoliczności, które ich dotyczą, a sytuacja ta nie jest usprawiedliwiona szczególnymi okolicznościami, stwierdził, iż o tym, czy związek małżeński został zawarty w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony decyduje zamiar co najmniej jednego z małżonków i to w chwili jego zawarcia. Obowiązek ustalenia tego zamiaru na dzień zawarcia związku małżeńskiego w żadnym jednak razie nie czyni zbędnymi ustaleń dotyczących sposobu życia małżonków po jego zawarciu. Takie ustalenia są częstokroć niezbędne, aby zbadać uprzednio istniejący zamiar. O tym bowiem, czy związek małżeński został zawarty w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia na zamieszkanie na czas

(w różnych wariantach stanu faktycznego sprawy) nieznajomość okoliczności dotyczących partnera jeszcze przed zawarciem małżeństwa, sprzeczne zeznania stron w zakresie dotyczących i okoliczności i wspólnych spraw, brak wspólnego zamieszkania (lub pozorowane wspólne zamieszkanie) i nie prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, spędzanie wolnego czasu osobno, brak wiedzy małżonków o sobie i brak zainteresowania sprawami drugiego małżonka[85]. Powyższe nie oznacza, że organ, dla uznania, że małżeństwo zostało zawarte w celu obejścia przepisów, zobowiązany jest ustalić, że małżonkowie zamieszkują oddzielenie, niezbędne jest też wykazanie, że osobne zamieszkanie nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach danej sprawy[86]. Ocena, czy dana osoba pozostaje we wspólnym gospodarstwie domowym zależy od okoliczności konkretnego przypadku, przy czym sam fakt wspólnego zamieszkiwania nie ma decydującego znaczenia, a jego brak sam w sobie nie stanowi przesłanki na rzecz fikcyjności małżeństwa, o ile można go wyjaśnić okolicznościami

---

oznaczony wskazują częstokroć losy małżonków po zawarciu małżeństwa. Brak zachowań właściwych małżonkom w okresie bezpośrednio następującym po zawarciu związku małżeńskiego, kiedy z natury rzeczy powinni oni całym swym jestestwem zmierzać do urzeczywistnienia celów małżeństwa, odzwierciedlanych przez art. 23 krio (obowiązek wspólnego pożycia, wzajemnej pomocy i wierności oraz współdziałania dla dobra rodziny), pozwala na uznanie, że już w chwili jego zawierania co najmniej jeden z małżonków miał zamiar obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony.

[85] W uzasadnieniu wyroku z 28 sierpnia 2014 r., sygn. akt II OSK 438/13 (Legalis) Naczelny Sąd Administracyjny oceniając pozorność więzi małżonków, nie będącej wynikiem postępującej dezintegracji wspólnoty uczuciowej oraz stosunków fizycznych i gospodarczych pomiędzy małżonkami, ale spowodowanej istniejącym od początku zamiarem nienadania zawartemu małżeństwu cech właściwych tej instytucji prawnej, wskazał na szereg okoliczności świadczących o zawarciu związku małżeńskiego w celu obejścia przepisów ustawy. Do takich okoliczności należały m.in.: nieznajomość adresu zamieszkania partnera przed zawarciem małżeństwa, sprzeczne zeznania stron co do wzajemnych odwiedzin przed ślubem, brak rzeczy osobistego użytku w miejscu stałego zamieszkania stron (jak odzież, bielizna i kosmetyki), nieumiejętność wskazania innych rzeczy należących do strony w miejscu wspólnego zamieszkania, nieznajomość miejsca przechowywania rzeczy osobistych drugiego małżonka – w sytuacji twierdzenia stron o wspólnym zamieszkiwaniu przez okres 4-5 lat. Jako okoliczności nieodpowiadające więzi, która w świetle przyjętych w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym zasad wspólnego pożycia powinna cechować małżonków, Sąd wskazał także na nieprowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, nieponoszenie kosztów wspólnego zamieszkania, przyjęty model wzajemnych kontaktów oparty na spędzaniu wolnego czasu osobno, niepozostawanie w codziennym kontakcie, nieistnienie więzi fizycznej właściwej dla osób pozostających w prawidłowo funkcjonującym związku małżeńskim, brak szczegółowej wiedzy małżonków o sobie (np. w kwestii posiadanego wykształcenia), istotnych zdarzeniach z ich aktualnego życia (miejsce aktualnego zatrudnienia, wyjazdów wakacyjnych), nieświadomość połączoną ze wzajemnym niezainteresowaniem ważnymi sferami funkcjonowania każdego z małżonków (np. nieznajomość osób pozostających w relacji przyjacielskiej z małżonkiem, z którymi spędza on większość czasu), czy sprzeczności pomiędzy zeznaniami stron odnoszone do tak podstawowych kwestii dotyczących łączącej ich więzi psychicznej jak (telefoniczne) kontaktowanie się ze sobą w trakcie spędzanych oddzielnie świąt Bożego Narodzenia i sylwestra.

[86] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn. akt IV SA/Wa 2987/15 (Legalis), Sąd wskazał, że dla uznania, że małżeństwo zostało zawarte w celu obejścia przepisów, nie wystarczy samo ustalenie, że małżonkowie zamieszkują oddzielenie, niezbędne jest wykazanie, że nie znajduje ono uzasadnienia w okolicznościach danej sprawy, jak np. skomplikowana sytuacja osobista strony (łączenie obowiązków małżeńskich z obowiązkami rodzicielskimi wobec dziecka z poprzedniego małżeństwa, wykonywanie pracy w innym mieście niż swoje miejsce zamieszkania i miejsce zamieszkania małżonka, uczęszczanie niepełnoletniego dziecka do szkoły w innym mieście niż zamieszkuje i pracuje małżonek itp.). Zdaniem Sądu, organ powinien także zbadać, czy mimo braku wspólnego zamieszkania małżonków łączy osobista więź jaka normalnie łączy małżonków i czy obydwoje chcą pielęgnować łączącą ich relację.

danego przypadku[87].

Jak już wspomniano, cudzoziemiec będący małżonkiem obywatela polskiego przybywa do Polski bądź na podstawie wizy krajowej (do 1 roku), wizy Schengen (do 90 dni). Mimo, stosunkowo niedługiego czasu przebywania w Polsce, zwłaszcza w tym drugim przypadku, cudzoziemiec nie jest pozbawiony praktycznej możliwości legalizacji swojego pobytu. Zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemiec może złożyć wniosek o udzielenie mu zezwolenia na pobyt czasowy w dowolnym momencie jego legalnego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co oznacza, że możliwe jest to nawet w ostatnim dniu tego okresu. Z kolei, na podstawie art. 108 ustawy o cudzoziemcach, po złożeniu wniosku cudzoziemiec otrzymuje stempel w dokumencie podróży (w praktyce będzie to paszport), potwierdzający złożenie wniosku i tym samym, do dnia w którym decyzja w sprawie udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy stanie się ostateczna, jego pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uważany jest za legalny, co potencjalnie mogłoby dać cudzoziemcowi dodatkowy czas na opracowanie alternatywnych schematów legalizacji swojego pobytu.

Zgodnie z art. 104 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, decyzję w sprawie udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy wydaje wojewoda właściwy ze względu na miejsce pobytu cudzoziemca. Natomiast na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o cudzoziemcach odwołania od decyzji wojewody rozpatruje, jako organ II instancji, Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Z kolei od decyzji Szefa UdSC przysługuje cudzoziemcowi skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, a następnie skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego[88].

Udzielone cudzoziemcowi zezwolenie na pobyt czasowy podlega cofnięciu zgodnie z art. 101 ustawy o cudzoziemcach w przypadku, gdy ustał cel pobytu lub cudzoziemiec przestał spełniać wymogi udzielenia mu zezwolenia oraz w przypadku wystąpienia niektórych z okoliczności stanowiących podstawę do odmowy udzielenia zezwolenia. W tym celu wydawana jest decyzja administracyjna o cofnięciu przyznanego uprawnienia, która, jak

87 W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2016 r., sygn. akt IV SA/Wa 871/16 (Legalis), Sąd, przywołując wyrok Sądu Najwyższego z 2 lutego 1996 r. (II URN 56/95), stwierdził, iż „ocena, czy osoba pozostaje we wspólnym gospodarstwie domowym zależy od okoliczności konkretnego przypadku, przy czym sam fakt wspólnego zamieszkiwania nie może tu mieć decydującego znaczenia. Cechami charakterystycznymi dla prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego może być udział i wzajemna ścisła współpraca w załatwianiu codziennych spraw związanych z prowadzeniem domu, niezarobkowanie i pozostawanie w związku z tym na całkowitym lub częściowym utrzymaniu osoby, z którą się gospodarstwo domowe prowadzi, a wszystko to dodatkowo uzupełnione cechami stałości, które tego typu sytuację charakteryzują". Sama zatem okoliczność, że małżonkowie nie zamieszkują razem sama w sobie nie stanowi przesłanki na rzecz fikcyjności małżeństwa, o ile można ją wyjaśnić okolicznościami danego przypadku.

88 Zgodnie z art. 13 § 1 i 2 oraz art. 15 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1302 ze zm.)

wynika z brzmienia tego przepisu, jest decyzją związaną[89].

Nawet jednak prawomocne orzeczenie rozwodu z małżonkiem polskim, stanowiące przesłankę do cofnięcia zezwolenia pobytowego zgodnie z art. 101 ustawy o cudzoziemcach, nie musi oznaczać, że cudzoziemiec będzie musiał opuścić Polskę. Na podstawie bowiem 158 ust. 2 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi posiadającemu zezwolenie na pobyt czasowy dla członka rodziny obywatela Rzeczypospolitej Polskiej udziela się kolejnego zezwolenia w przypadku rozwodu lub separacji cudzoziemca, gdy przemawia za tym jego ważny interes. Pojęcie „ważnego interesu" jest pojęciem niedookreślonym, przez co trudno jednoznacznie wskazać, jakie przesłanki mogłyby przesądzać o udzieleniu kolejnego zezwolenia pobytowego, jednak wydaje się, że można w tym kontekście wymienić sprawowanie wyłącznej opieki nad wspólnym dzieckiem, czy rozpoczęcie lub kontynuacja przez cudzoziemca nauki albo leczenia w Polsce. Niezależnie od podanego przez cudzoziemca powodu stanowiącego „ważny interes", decyzja podejmowana w tym zakresie przez organ jest decyzją związaną, zatem nie udzielenie cudzoziemcowi kolejnego zezwolenia pobytowego może wynikać wyłącznie z oceny przez organ, że dany interes cudzoziemca nie może być uznany za „ważny", która to ocena podlega kontroli sądowej.

Co więcej, nawet w przypadku stwierdzenia ustania celu pobytu, który był podstawą do udzielenia zezwolenia na pobyt czasowy, cudzoziemiec przebywający w Polsce, o ile posiada ubezpieczenie zdrowotne i źródło stabilnego i regularnego dochodu bądź wystarczające środki finansowe na pokrycie kosztów utrzymania i podróży powrotnej do państwa pochodzenia albo zamieszkania, może legalizować swój pobyt na podstawie innych przesłanek np. wykonywania pracy – na podstawie art. 114 ustawy o cudzoziemcach[90], czy rozpoczęcia kształcenia na

[89] Na marginesie można zauważyć, iż prawomocna decyzja może też zostać wyeliminowana z obrotu w ramach wznowienia postępowania, zmiany decyzji bądź stwierdzenia jej nieważności – w trybie przewidzianym odpowiednio w art. 145, art. 155 i art. 156 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 2096 ze zm.)

[90] Art. 114 ust. 1. Zezwolenia na pobyt czasowy i pracę udziela się, gdy celem pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest wykonywanie pracy oraz spełnione są łącznie następujące warunki:
1) cudzoziemiec posiada:
   a) ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub potwierdzenie pokrycia przez ubezpieczyciela kosztów leczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
   b) źródło stabilnego i regularnego dochodu wystarczającego na pokrycie kosztów utrzymania siebie i członków rodziny pozostających na jego utrzymaniu;
2) cudzoziemiec ma zapewnione na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miejsce zamieszkania;
3) podmiot powierzający wykonywanie pracy nie ma możliwości zaspokojenia potrzeb kadrowych na lokalnym rynku pracy;
4) wynagrodzenie, które jest wskazane przez podmiot powierzający wykonywanie pracy w załączniku do wniosku o udzielenie zezwolenia, o którym mowa w art. 106 ust. 1a, nie jest niższe niż wynagrodzenie pracowników wykonujących w tym samym wymiarze czasu pracy pracę porównywalnego rodzaju lub na porównywalnym stanowisku;
5) wysokość miesięcznego wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 4, nie jest niższa niż wysokość minimalnego

studiach, zgodnie z art. 144 ustawy o cudzoziemcach[91], ewentualnie na podstawie konwencyjnej, zgodnie z art. 160 pkt 3 ustawy o cudzoziemcach[92], z tytułu ochrony życia rodzinnego cudzoziemca, np. z tytułu z pozostawaniem w związku o charakterze konkubinatu z obywatelem polskim (jeśli przebywa w Polsce legalnie, posiada ubezpieczenie i źródło stabilnego i regularnego dochodu dla utrzymania siebie i osób pozostających na jego utrzymaniu). Ponadto, cudzoziemiec który pozostaje w związku, choćby nieformalnym, z obywatelem polskim, może ubiegać się o zezwolenie na pobyt czasowy, na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach[93], nawet, gdyby przebywał w Polsce nielegalnie (np. w sytuacji, gdy skończył mu się okres pobytu legalnego, a nie uzyskał żadnego innego tytułu pobytowego lub przekroczył granicę Polski nielegalnie i nigdy nie posiadał żadnego tytułu pobytowego). Z kolei cudzoziemiec, który posiada wspólne dziecko z obywatelem polskim, może również ubiegać się zezwolenie na pobyt czasowy, nawet gdy przebywa w Polsce nielegalnie, na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 7 ustawy o cudzoziemcach[94] (choć w tym przypadku należy zakładać istnienie więzi pomiędzy nim a dzieckiem, zatem mechanizm ten

---

wynagrodzenia za pracę.

[91] Art. 144 ust. 1. Zezwolenia na pobyt czasowy w celu kształcenia się na studiach udziela się cudzoziemcowi, gdy celem jego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest podjęcie lub kontynuacja studiów w jednostce prowadzącej studia zatwierdzonej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych, chyba że ta jednostka nie podlega obowiązkowi zatwierdzenia albo w jednostce prowadzącej studia, która nie podlega obowiązkowi zatwierdzenia, w stosunku do której nie została wydana decyzja o zakazie przyjmowania cudzoziemców, o której mowa w art. 144a ust. 1, oraz gdy są spełnione łącznie następujące warunki:

1) cudzoziemiec przedłoży:
   a) zaświadczenie jednostki prowadzącej studia o przyjęciu na studia lub o kontynuacji studiów,
   b) dowód uiszczenia opłaty, jeżeli podejmuje lub kontynuuje studia odpłatne;
2) cudzoziemiec posiada:
   a) ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub potwierdzenie pokrycia przez ubezpieczyciela kosztów leczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
   b) wystarczające środki finansowe na pokrycie kosztów utrzymania i podróży powrotnej do państwa pochodzenia lub zamieszkania albo kosztów tranzytu do państwa trzeciego, które udzieli pozwolenia na wjazd, oraz kosztów studiów.

[92] Art. 160 pkt 3. Zezwolenia na pobyt czasowy można udzielić: cudzoziemcowi prowadzącemu życie rodzinne w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. poz. 284, z późn. zm.), z zamieszkującym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obywatelem polskim lub obywatelem innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państwa członkowskiego Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej, z którym przebywa wspólnie na tym terytorium, jeżeli cudzoziemiec spełnia wymogi, o których mowa w art. 159 ust. 1 pkt 2.

[93] Zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na inne okoliczności można udzielić cudzoziemcowi, jeżeli (…) jego pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niezbędny z uwagi na konieczność poszanowania prawa do życia rodzinnego w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., a cudzoziemiec przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie.

[94] Zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na inne okoliczności można udzielić cudzoziemcowi, jeżeli (…) jego wyjazd z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej naruszałby prawa dziecka, określone w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. poz. 526, z 2000 r. poz. 11 oraz z 2013 r. poz. 677), w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu, a cudzoziemiec przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie.

byłby trudniejszy do wykorzystania przez cudzoziemca posiadającego wspólne dziecko z obywatelką Polski, lecz nie interesującego się jego losem). Wprawdzie w przypadku dwóch ostatnich ze wskazanych wyżej przesłanek pobytowych wydawana przez organ decyzja nie jest decyzją związaną i występuje w niej element uznaniowości, to jednak orzecznictwo sądów administracyjnych może prowadzić do wniosku, że jeśli tylko zostaną spełnione warunki do wydania decyzji, to organ w praktyce musiałby w danej sprawie wydać określoną decyzję. Z uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 października 2002 r. (V SA 155/02) wynika bowiem, że „sformułowanie „może" oznacza, że jeżeli spełnia się warunki do wydania decyzji, tzn. spełnią się okoliczności zawarte w hipotezie normy określającej wydanie decyzji, to wtedy organ musi wydać określoną decyzję (w rozpatrywanym przypadku decyzję o przedłużeniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony). Nie można natomiast interpretować normy upoważniającej organ państwa do wydania decyzji, a wyrazu „może" w ten sposób, że nawet po spełnieniu się okoliczności uzasadniających wydanie decyzji organ ten mógłby wydać decyzję odmowną"[95]. Mimo, że w orzecznictwie sądowym w ostatnim czasie powyższa teza nie była powtarzana, wyrok ten nadal zachowuje swoją aktualność.

W odniesieniu do dwóch wymienionych powyżej przesłanek pobytowych, w obu tych przypadkach nie wymaga się także posiadania dochodu i ubezpieczenia, a nawet istniejący wpis do wykazu cudzoziemców niepożądanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, również wpis w Systemie Informacyjnym Schengen do celów odmowy wjazdu, nie stanowi przeszkody dla otrzymania zezwolenia. Taką przeszkodą są jedynie względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, jak również składanie fałszywych wyjaśnień i dokumentów oraz w toku postępowania[96].

W tym kontekście można też wskazać na niedawną nowelizację ustawy o cudzoziemcach, ustawą z dnia 22 lutego 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 577), która weszła w życie 27 kwietnia 2019 r., polegającą na dodaniu w art. 116 dodatkowych pkt 5 i 6[97],

---

[95] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt V SA 155/02 (Legalis)

[96] M. Górski. Ochrona prawa do życia rodzinnego w nowej ustawie o cudzoziemcach. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. XII, A.D. MMXIV, s. 110-111, z powołaniem się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. II OSK 636/08. Dostęp: 23 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiOqMH10MntAhWC-yoKHWm3BZU4ChAWMAZ6BAgOEAI&url=http%3A%2F%2Fwww.europeistyka.uj.edu.pl%2Fdocuments%2F3458728%2Fd90c08fd-c341-49b2-9a14-264fea0d1a55&usg=AOvVaw0Glwq5aAXREO-v-IJrObnb

[97] Art. 116. Poza przypadkami, o których mowa w art. 99, odmawia się wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt czasowy i pracę, gdy w dniu składania wniosku o udzielenie mu tego zezwolenia:

1) jest pracownikiem delegowanym do pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na określony czas przez pracodawcę mającego siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej - przez cały okres delegowania lub

przewidujących odmowę wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt i pracę m.in., gdy w dniu składania wniosku przebywał on na terytorium RP na podstawie wizy krajowej lub Schengen wydanej w celu turystycznym lub w celu odwiedzin u rodziny lub przyjaciół, która to nowelizacja, zdaniem autora, była uzasadniona i potrzebna.

W kontekście wspomnianej wyżej możliwości legalizacji pobytu cudzoziemca z tytułu posiadania przez niego dziecka z obywatelem polskim należy zauważyć, że oprócz zawarcia małżeństwa, które zapobiega wydaniu lub wykonaniu decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, jest to potencjalnie jedna z możliwości uchylenia się przez niego od opuszczenia terytorium RP, nawet w przypadku, gdy przedłuży on czasowo swój pobyt w Polsce poza legalne ramy i nie chce lub nie może ubiegać się o inne zezwolenie pobytowe, bądź w sytuacji, gdy przekroczył granicę wbrew przepisom prawa i przebywa w Polsce nielegalnie. Trzeba jednak również dostrzec, że orzecznictwo nie pozostaje bezkrytyczne w stosunku do przedmiotowego dążenia do posiadania potomstwa – jedynie w celu uzasadnienia swojego pobytu na terytorium RP. Orzecznictwo wskazuje bowiem, że fakt posiadania wspólnego dziecka przez cudzoziemca i obywatela polskiego sam w sobie nie oznacza, że nie jest możliwe badanie pozorności tego związku. Posiadanie wspólnego dziecka, w okolicznościach sprawy wskazujących na nieprowadzenie wspólnego życia rodzinnego, nie stanowi przeszkody do prowadzenia postępowania zmierzającego do ustalenia, czy związek małżeński nie został przez cudzoziemca zawarty w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, bowiem fikcyjny związek małżeński nie jest objęty ochroną z art. 18 Konstytucji RP,[98] a brak relacji cudzoziemca ze wspólnym dzieckiem jego

2) przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zobowiązań określonych w umowach międzynarodowych dotyczących ułatwienia wjazdu i czasowego pobytu niektórych kategorii osób fizycznych zajmujących się wymianą handlową lub inwestycjami, lub
3) prowadzi działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub
4) przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu wykonywania pracy, o której mowa w art. 88 ust. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, lub
5) przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie wizy wydanej w celu, o którym mowa w art. 60 ust. 1 pkt 1 lub 2, lub
6) przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu turystycznym lub w celu odwiedzin u rodziny lub przyjaciół, na podstawie wizy wydanej przez inne państwo obszaru Schengen.

[98] W uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 września 2014 r., sygn. akt II OSK 719/13 (Legalis) Sąd, w okolicznościach stanu faktycznego, z którego wynikało, że małżonkowie nie prowadzą wspólnego życia rodzinnego uznał, że sam fakt posiadania przez nich wspólnego dziecka (które urodziło się w trakcie trwania małżeństwa, a z którym ojciec nie nawiązał relacji) „nie pozostaje wprawdzie bez znaczenia przy ocenie celu zawarcia związku, jednakże okoliczność ta nie stanowi przeszkody do prowadzenia postępowania zmierzającego do ustalenia, czy związek małżeński nie został przez cudzoziemca zawarty w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony". Zdaniem Sądu, zawarcie związku małżeńskiego w celu obejścia przepisów ustawy nie jest bowiem objęte ochroną wynikającą z art. 18 Konstytucji, obejmującą faktyczne więzi o charakterze rodzinnym, a nie związki fikcyjne.

i obywatela polskiego uzasadnia decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, bowiem nie musi ona naruszać prawa cudzoziemca do ochrony jego życia rodzinnego (ani praw dziecka, określonych w Konwencji o prawach dziecka). Zdaniem orzecznictwa, więzi o charakterze rodzinnym, powinny być faktyczne i nierozerwalne, nie zaś jedynie formalne[99].

W kontekście wspomnianej wyżej ochrony życia rodzinnego cudzoziemca można też zauważyć, że wprawdzie Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie gwarantuje niczym nieograniczonej ochrony rodzin przed rozłąką, a interesy jednostki i interesy Państwa polskiego powinny być w tym wypadku wyważone, przy czym ochrona interesów jednostki nie jest bezwzględna i ingerencja w nie władzy publicznej jest dopuszczalna ze względu na ochronę porządku publicznego – w celu zapobiegania przestępstwom[100]. Jakkolwiek zatem organ może odmówić wydania decyzji z uwagi na przesłankę bezpieczeństwa, nie zmienia to jednak faktu, że orzecznictwo sądów administracyjnych nakłada w tym zakresie na organ tak daleko idące wymagania, że można, jak się wydaje, zaryzykować tezę, iż taka decyzja administracyjna mogłaby się ostać jedynie w przypadkach bardzo poważnych.

Po upływie okresu pobytu określonego w zezwoleniu, cudzoziemiec powinien opuścić terytorium Polski, chyba, że uzyska kolejne zezwolenie na pobyt czasowy lub inny tytuł pobytowy. Wniosek o kolejne zezwolenie na pobyt czasowy może on składać jeszcze w trakcie pobytu czasowego. Zgodnie z art. 102 ustawy o cudzoziemcach, w przypadku uzyskania kolejnego zezwolenia na pobyt czasowy, poprzednie wygasa (zezwolenie takie wygasa także w przypadku uzyskania przez cudzoziemca zezwolenia na pobyt stały, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE lub nabycia przez niego obywatelstwa polskiego).

Pobyt czasowy cudzoziemca na terytorium RP jest przesłanką uprawniającą do

---

[99] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt IV SA/Wa 628/16 (Legalis), Sąd orzekając na gruncie zobowiązania cudzoziemca do powrotu nie naruszającego jego prawa do życia rodzinnego w Polsce poprzez zerwanie więzi z dzieckiem z racji długotrwałego braku bezpośrednich kontaktów z dzieckiem i faktycznego wykonywania władzy rodzicielskiej wyłącznie przez małżonkę cudzoziemca, zobowiązanie cudzoziemca do powrotu nie narusza prawa dziecka, określone w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu, wypowiedział się także na temat małżeństwa cudzoziemca zauważył, że za jego fikcyjnością przemawia to, iż małżonkowie nie zamieszkują razem i nie prowadzą wspólnego gospodarstwa domowego, ich małżeństwo ma wyłącznie charakter formalny, toczy się też sprawa rozwodowa. Jednocześnie relacje skarżącego z małoletnim synem praktycznie nie istnieją. Cudzoziemiec widuje się z synem sporadycznie, przekazuje na jego utrzymanie nieznaczne kwoty, a jego zainteresowanie dzieckiem było zbieżne z okresem wydania wobec niego decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Zdaniem Sądu, przywołującym w tym kontekście orzecznictwo sądowe, w tym wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt V SA/Wa 2919/2010, więzi o charakterze rodzinnym, powinny być faktyczne i nierozerwalne, nie zaś jedynie formalne.

[100] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt IV SA/Wa 1698/13 (Legalis)

ubiegania się o pobyt stały, przy czym cudzoziemiec będący małżonkiem obywatela polskiego, podlega w tej mierze uprzywilejowanemu traktowaniu. Po uzyskaniu zezwolenia na pobyt czasowy, cudzoziemiec, po okresie 3-letniego pozostawania w związku małżeńskim z obywatelem polskim (z czego po co najmniej 2 latach spędzonych na terytorium Polski), może otrzymać zezwolenie na pobyt stały, na podstawie art. 195 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach, zgodnie z którym „zezwolenia na pobyt stały udziela się cudzoziemcowi na czas nieoznaczony, na jego wniosek, jeżeli (…) pozostaje w uznawanym przez prawo Rzeczypospolitej Polskiej związku małżeńskim[101] z obywatelem polskim i pozostawał w tym związku małżeńskim przez co najmniej 3 lata przed dniem, w którym złożył wniosek o udzielenie mu zezwolenia na pobyt stały, i bezpośrednio przed złożeniem tego wniosku przebywał nieprzerwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres nie krótszy niż 2 lata na podstawie zezwolenia na pobyt czasowy udzielonego w związku z pozostawaniem w związku małżeńskim z tym obywatelem polskim lub w związku z uzyskaniem statusu uchodźcy, ochrony uzupełniającej lub zgody na pobyt ze względów humanitarnych (…)". Gramatyczne brzmienie tego przepisu wskazuje, że jest to decyzja związana i organ nie ma możliwości odmowy wydania tego zezwolenia w przypadku, gdy cudzoziemiec spełnia warunki do jego wydania. Warunki do uzyskania stałego pobytu na terytorium RP nie są trudne do spełnienia w przypadku małżonka cudzoziemskiego, ograniczają się do pozostawania w związku małżeńskim przez określony czas, bez konieczności wykazywania spełnienia wymogów migracyjnych, jak udokumentowanego miejsca zamieszkania na terytorium Polski, posiadania stabilnego źródła utrzymania, ubezpieczenia zdrowotnego, czy znajomości języka.

Przewidziany w art. 195 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach wymóg nieprzerwanego pobytu na terytorium RP nie jest wymogiem bezwzględnym, doznaje on ograniczeń w art. 195 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach, zgodnie z którym za nieprzerwany pobyt cudzoziemca uważa się pobyt, podczas którego żaden z wyjazdów cudzoziemca poza granice Polski nie trwał dłużej, niż 6 miesięcy, a wszystkie takie wyjazdy nie przekroczyły łącznie 10 miesięcy, chyba, że przerwa dłuższa była spowodowana szczególnymi okolicznościami. Obowiązujące przepisy prawa przewidują bowiem możliwość wliczenia małżonkowi obywatela polskiego do nieprzerwanego pobytu w Polsce czasu wyjazdu poza granice Polski z uwagi na ważne zdarzenia losowe bądź rodzinne, świadczenie pracy lub pobieranie nauki poza Polską, czy ze

[101] Takim związkiem będzie np. pierwsze małżeństwo cudzoziemca w którego kraju poligamia jest dopuszczalna, nie będzie zaś uznane przez polskie prawo kolejne małżeństwo zawarte przez cudzoziemca z obywatelką Polski, nawet, jeśli w kraju jego zawarcia jest ono prawnie dopuszczalne.

względu na szczególną sytuacją osobistą cudzoziemca itp.[102]. Oceny, czy wyjazd cudzoziemca będzie mógł być uznany za usprawiedliwiony dokonuje wojewoda jako organ I instancji rozpatrujący wniosek cudzoziemca o udzielenie mu zezwolenia na pobyt stały w oparciu okoliczności danej sprawy i zgromadzony materiał dowodowy. Cudzoziemiec niezadowolony z rozstrzygnięcia wojewody ma prawo złożyć odwołanie do organu II instancji (Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców). Rozstrzygnięcie w sprawie udzielenia zezwolenia na pobyt stały podlega także kontroli sądowo-administracyjnej w przypadku wniesienia przez cudzoziemca skargi na decyzję organu II instancji.

Na podstawie art. 197 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach[103], organ zobowiązany jest odmówić cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały, w przypadku, gdyby podstawą ubiegania się o zezwolenie był związek małżeński z obywatelem polskim, zawarty w celu obejścia przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego. Jak wskazano powyżej, orzecznictwo nakłada jednak na organ, chcący skorzystać z tej możliwości daleko idące ograniczenia, przez co mimo, iż jest to decyzja związana, którą organ zobowiązany jest wydać, jeśli dojdzie do przekonania, że przesłanka pozorności małżeństwa jest spełniona, w praktyce może ona okazać się nie do obrony przed sądem administracyjnym.

Należy też jednak zauważyć, że w przypadku art. 197 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach, przesłanki odmowy udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały są, od dnia 12 lutego 2018 r. ujęte szerzej, niż w przypadku zezwolenia na pobyt czasowy, bowiem przepis nie dotyczy tylko zamiaru związanego z zawarciem małżeństwa, ale także związanego z jego dalszym istnieniem. Istotą zmiany brzmienia art. 197 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach było przeciwdziałanie sytuacjom, w których podstawą udzielenia zezwolenia na pobyt stały byłoby małżeństwo, które co prawda nie zostało zawarte w celu obejścia

---

[102] Art. 195 ust. 4. Pobyt cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowiący podstawę do udzielenia mu zezwolenia na pobyt stały uznaje się za nieprzerwany, jeżeli żadna z przerw w nim nie była dłuższa niż 6 miesięcy i wszystkie przerwy nie przekroczyły łącznie 10 miesięcy w okresach stanowiących podstawę do udzielenia mu zezwolenia na pobyt stały, chyba że przerwa była spowodowana:
1) wykonywaniem przez cudzoziemca obowiązków zawodowych lub świadczeniem przez niego pracy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie umowy zawartej z pracodawcą, którego siedziba znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub
2) towarzyszeniem cudzoziemcowi, o którym mowa w pkt 1, przez jego małżonka lub małoletnie dziecko, lub
3) szczególną sytuacją osobistą wymagającą obecności cudzoziemca poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i trwała nie dłużej niż 6 miesięcy, lub
4) wyjazdem poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu odbycia praktyk lub uczestnictwa w zajęciach, przewidzianych w toku studiów w polskiej uczelni.

[103] Udzielenia zezwolenia na pobyt stały odmawia się cudzoziemcowi, jeżeli podstawą ubiegania się o zezwolenie jest zawarcie przez niego związku małżeńskiego z obywatelem polskim, a związek małżeński został zawarty lub istnieje w celu obejścia przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego

przepisów prawa, ale jest w fazie rzeczywistego rozpadu pożycia. W przypadku, gdyby rozstrzygano o udzieleniu zezwolenia na pobyt czasowy, to wówczas organ miałby podstawę do zastosowania art. 100 ust. 1 pkt 1 in fine ustawy o cudzoziemcach, ponieważ pomimo istnienia związku małżeńskiego z obywatelem polskim, niefikcyjnego (z perspektywy jego zawarcia), nie uzasadnia to pobytu cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w okresie dłuższym niż 3 miesiące. W przypadku zezwolenia na pobyt stały takiej dodatkowej przesłanki pozytywnej udzielenia tego zezwolenia nie ma. Stąd też, aby przynajmniej częściowo zrównoważyć tą okoliczność, zdecydowano się na to, aby poszerzyć przesłankę odmowy o sytuację, w której małżeństwo „istnieje" w celu obejścia przepisów prawa, a zatem pomimo istnienia podstaw do jego rozwiązania przez rozwód, małżonkowie nie podejmują żadnych działań w tym kierunku, zaś daje to jednoznaczną podstawę do wyciągnięcia korzyści przez tego z nich, który jest cudzoziemcem. Z tego też względu art. 303 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach przewiduje, wyjątek od zasady, że małżeństwo z obywatelem polskim niejako „chroni" cudzoziemca przed zobowiązaniem do powrotu, nie tylko w sytuacji, gdy małżeństwo to zostało zawarte dla pozoru, ale gdy zostało wprawdzie zawarte jako niefikcyjne, ale relacje między małżonkami zmieniły się do tego stopnia, że jego dalsze istnienie, w istocie jest fikcją[104]. Zdaniem autora, zmiana ustawy o cudzoziemcach dodająca powyższą przesłankę była zasadna, bowiem małżeństwo takie przestało spełniać swoją funkcję, dla której ustawodawca przewidział, że mimo istnienia ku temu przesłanek, wobec cudzoziemca nie wszczyna się postępowania w sprawie zobowiązania go do powrotu, a wszczęte postępowanie umarza się. Można by wprawdzie w działaniach ustawodawcy doszukiwać się pewnej niekonsekwencji, gdyż w sytuacji, gdy małżeństwo zawierane jest dla pozoru, ale następnie relacje między zawierającą je parą przybiorą postać niefikcyjnych relacji małżeńskich, nie powoduje to jednak porównywalnego skutku w postaci udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia pobytowego. Zdaniem autora działanie ustawodawcy w obu przypadkach jest jednak racjonalne i uzasadnione. W pierwszym przypadku nie ma bowiem powodu (a w każdym razie nie jest nim swoiście „symulowane" małżeństwo), by cudzoziemiec nadal przebywał na terytorium Polski, z kolei w przypadku zawarcia fikcyjnego małżeństwa, niezależnie od tego, w jaki sposób ewoluował ten związek, cudzoziemiec (jak również obywatel Polski)[105] ponosi jedynie

[104] Zgodnie z art. 326 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, organ, w postępowaniu w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, dotyczącym m.in. cudzoziemca będącego małżonkiem obywatela polskiego czy też cudzoziemca posiadającego zezwolenie na pobyt stały, ustala, czy związek małżeński został zawarty lub istnieje w celu obejścia przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego.

[105] Na temat prawnokarnych aspektów małżeństwa dla pozoru w: J. Narodowska. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania

konsekwencje swoich sprzecznych z prawem działań.

Z kolei, na podstawie art. 197 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach[106] organ zobowiązany jest odmówić cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały, jeżeli wymagałaby tego m.in. ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego. Można by w tym kontekście hipotetycznie rozważać, czy np. ślub cudzoziemca będącego małżonkiem obywatelki polskiej z kolejną żoną, podczas wyjazdu do kraju pochodzenia w trakcie oczekiwania na pobyt stały (lub w Polsce, w konsulacie swojego kraju ojczystego, który zezwala mężczyznom na małżeństwa poligamiczne), uzasadniałby uznanie za naruszający porządek prawny, a zatem czy potencjalnie mógłby być rozważany w kontekście naruszenia porządku publicznego w rozumieniu art. 197 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach. Z jednej strony zasada monogamii w polskim prawie wyrażana jest zarówno na gruncie ustawy zasadniczej (art. 18), jak i ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy (art. 13 § 1)[107], co na podstawie art. 197 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach[108] mogłoby być może uzasadniać ewentualne rozważanie tej okoliczności w kontekście odmowy udzielenia zgody na pobyt stały ze względu na ochronę porządku publicznego – z uwagi na społeczne znaczenie małżeństwa i rodziny oraz realizowany prawnie postulat ich ochrony. Sankcja za naruszenie zakazu bigamii przewidziana jest bowiem w kodeksie karnym[109] w art. 206[110], swoistą „sankcją" jest również możliwość unieważnienia takiego małżeństwa[111] (choć nie małżeństwa z obywatelem polskim jeśli było ono pierwszym małżeństwem cudzoziemca). Z drugiej strony, jeśli w kraju cudzoziemca poligamia w przypadku mężczyzn jest legalna, nie popełnia on w ten sposób przestępstwa, choć, jak wspomniano wyżej, małżeństwo to nie jest uznawane przez prawo polskie. Nawet jednak gdyby chociaż potencjalnie rozważać tę przesłankę, to organ musiałby posiadać wiedzę o tym zdarzeniu, co w praktyce powoduje, że gdyby cudzoziemiec chciał zawrzeć kolejne

dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 138-141 Dostęp 30 listopada 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjADegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkryminalistyka%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fuploads%2Fuchodzcy-nowe-wyzwania-dla-bezpieczenstwa-europejskiego-na-tle-standardow-praw-czlowieka-tekst.pdf&usg=AOvVaw39NtkdrGsCBwN1BkyyABp_

[106] Udzielenia zezwolenia na pobyt stały odmawia się cudzoziemcowi, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

[107] Art. 13 § 1. Nie może zawrzeć małżeństwa, kto już pozostaje w związku małżeńskim.

[108] Udzielenia zezwolenia na pobyt stały odmawia się cudzoziemcowi, jeżeli wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego

[109] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600 ze zm.)

[110] Art. 206. Kto zawiera małżeństwo, pomimo że pozostaje w związku małżeńskim, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

[111] Art. 13 § 2. Unieważnienia małżeństwa z powodu pozostawania przez jednego z małżonków w poprzednio zawartym związku małżeńskim może żądać każdy, kto ma w tym interes prawny.

małżeństwo, mogłoby to pozostać bez wpływu na jego status pobytowy[112]. Ponadto, jak wskazano wyżej, orzecznictwo sądów administracyjnych nakłada na organ określone ograniczenia. W uzasadnieniu wyroku (chociaż wydanego na gruncie art. 197 ust. 1 pkt 5 ustawy o cudzoziemcach), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził, że interes Rzeczpospolitej Polskiej to wyłącznie ważny, nadrzędny nad interesem jednostki interes kraju, jako całości, na który składają się kluczowe i strategiczne obszary, jak m.in. wolność, niepodległość, czy bezpieczeństwo, przez co nie powinien on być utożsamiany z interesem obywatela polskiego, będącego małżonkiem cudzoziemca[113]. Nota bene stosowanie przesłanki interesu RP było w przeszłości spowodowane wskazanym wyżej niedostatkiem stanu prawnego w zakresie art. 197 ust. 1 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach, który przed dniem 12 lutego 2018 r. nie przewidywał odmowy udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały,

[112] Należy czysto teoretycznie założyć, że cudzoziemiec chcąc skorzystać z dobrodziejstw, jakie dają przepisy polskiego prawa i zawierając fikcyjne małżeństwo z obywatelem polskim w celu uzyskania prawa stałego pobytu zapewne byłby jednak stanu wolnego. W przeciwnym razie jego „polskie" małżeństwo byłoby małżeństwem bigamicznym, a cudzoziemiec ponosiłby pewne ryzyko z tym związane. Wprawdzie małżeństwo bigamiczne, wywarłoby skutki, jak małżeństwo monogamiczne, ale mogłoby ono zostać unieważnione i to ze skutkiem ex tunc. Oznaczałoby to, że w sensie prawnym nigdy nie zaistniało, a skutek tego „nieistnienia" rozciągałby się na czas od chwili jego zawarcia, a nie dopiero uprawomocnienia się wyroku unieważniającego małżeństwo. W konsekwencji okres, pozostawania w związku małżeńskim z obywatelem polskim, który cudzoziemiec zobowiązany jest wykazać, jako przesłankę uzyskania stałego pobytu w Polsce, nie zostałby spełniony bądź zachodziłaby podstawa do cofnięcia tego zezwolenia pobytowego. Takiego ryzyka nie stwarzałoby zapewne zawarcie drugiego małżeństwa w czasie trwania małżeństwa z obywatelem polskim. W krajach, gdzie dominującą religią jest islam, zazwyczaj poligamia jest dla mężczyzny prawnie dopuszczalna (wyjątkiem są np. Turcja i Tunezja), a jeżeli żona nie zastrzeże inaczej w kontrakcie małżeńskim, mąż może poślubić kolejne żony, nawet bez jej wiedzy i zgody. Cudzoziemiec przebywający w Polsce z perspektywą wystąpienia o zezwolenie na pobyt stały, w którego kraju pochodzenia poligamia jest legalna, teoretycznie mógłby zatem w celu zawarcia kolejnego małżeństwa, skorzystać z możliwości opuszczania Polski w okresie oczekiwania na pobyt stały lub starać się zawrzeć takie małżeństwo w położonym w Polsce konsulacie swojego kraju.

[113] W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt IV SA/Wa 2120/16 (Legalis), na gruncie sprawy udzielenia bezterminowego zezwolenia pobytowego cudzoziemcowi, który formalnie pozostaje w związku małżeńskim z obywatelką polską, niemniej jednak nie gospodarują oni oraz nie zamieszkują wspólnie, ww. nie mają również wspólnych dzieci, a cudzoziemiec był w przeszłości karany za przestępstwo handlu ludźmi polegające na zmuszaniu kobiet do prostytucji, Sąd zauważył, iż indywidualny interes obywatelki polskiej będącej małżonką cudzoziemca nie powinien być utożsamiany z interesem Rzeczypospolitej Polskiej, który odnosi się do ważnych, względnie nadrzędnych interesów państwa, przejawiających się wyższością interesu państwa nad innymi interesami w tym interesami poszczególnych jednostek. Podkreślenia wymaga, że podstawowe interesy RP są niezmienne i oparte na całościowej koncepcji bezpieczeństwa państwa, uwzględniającej aspekty polityczno-militarne, ekonomiczne, społeczne i ekologiczne. Interesy narodowe wynikają z fundamentalnych i niezmiennych wartości Polski, a ich realizacja stanowi dla państwa i jego mieszkańców potrzebę nadrzędną. Zgodnie z Konstytucją RP należą do nich: zapewnienie niepodległości, nienaruszalności terytorialnej, wolności, bezpieczeństwa, poszanowania praw człowieka i obywatela, a także zachowanie dziedzictwa narodowego oraz ochrona środowiska naturalnego w warunkach zrównoważonego rozwoju. W interesie RP leży zatem : zapewnienie przetrwania państwa i jego obywateli; zachowanie niepodległości i suwerenności państwa, jego integralności terytorialnej i nienaruszalności granic; zapewnienie bezpieczeństwa obywateli, praw człowieka i podstawowych wolności; umacnianie demokratycznego porządku politycznego; zagwarantowanie trwałego i zrównoważonego rozwoju cywilizacyjnego oraz gospodarczego kraju; stworzenie warunków do wzrostu dobrobytu społeczeństwa, do rozwoju nauki i techniki oraz do należytej ochrony dziedzictwa narodowego i tożsamości narodowej, a także środowiska naturalnego; czy też dążenie do zapewnienia silnej pozycji międzynarodowej państwa oraz możliwości skutecznego promowania polskich interesów na arenie międzynarodowej.

jeżeli podstawą ubiegania się o zezwolenie było zawarcie przez niego związku małżeńskiego z obywatelem polskim, a związek małżeński „istniał" w celu obejścia przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego.

Orzecznictwo sądowe wskazuje, że o tym, czy związek małżeński został zawarty dla pozoru, w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia pobytowego, decyduje, w chwili jego zawarcia, zamiar przynajmniej jednego z małżonków. Mimo, iż zamiar ustala się na dzień zawarcia małżeństwa, to pomocne w jego ustaleniu są okoliczności dotyczące sposobu życia małżonków po jego zawarciu. W szczególności brak zachowań właściwych małżonkom, wskazanych m.in. w art. 23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, tj. wspólne pożycie, wzajemna pomoc i wierność oraz współdziałanie dla dobra rodziny miałoby wpływ na ocenę organu dotyczącą wspomnianego zamiaru.[114] W tym kontekście rozpoczęcie przez cudzoziemca, wkrótce po zawarciu przez niego małżeństwa, równoległego związku o charakterze konkubinatu, mogłoby stanowić przesłankę do uznania, że już w chwili jego zawierania, cudzoziemiec miał zamiar zawrzeć małżeństwo w celu obejścia przepisów o udzielaniu zezwolenia pobytowego.

Praktycznym problemem byłoby jednak prowadzenie postępowania i przesłuchanie cudzoziemca w sytuacji jego niskiego stopnia aktywności w postępowaniu, np. gdy cudzoziemiec wyprowadził się od polskiej małżonki do konkubiny i nie jest znany adres do doręczenia mu korespondencji, co uniemożliwia doręczenie mu decyzji w sprawie cofnięcia zezwolenia na pobyt czasowy.

W praktyce zatem, mimo istnienia przepisów art. 197 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi, jeśli tylko chciałby wykorzystać relację z obywatelem polskim do zawarcia małżeństwa, byłoby mu relatywnie łatwo uzyskać stały pobyt na terytorium RP, po stosunkowo niedługim okresie pozostawania w związku małżeńskim i przebywania na terytorium RP. Zezwolenie na pobyt stały jest wydawane bezterminowo, uprawnia do stałego przebywania i pracy w Polsce, bez konieczności uzyskiwania dodatkowych zezwoleń. Umożliwia też m.in. podróżowanie w strefie Schengen w celach turystycznych przez okres 90 w ciągu 180 dni.

Powyższe regulacje sprawiają też, że cudzoziemiec, który zawierałby małżeństwo z obywatelem polskim, korzystając z wytworzonej między nimi relacji emocjonalnej jedynie w celu legalizacji swojego pobytu w Polsce, teoretycznie mógłby po uzyskaniu zezwolenia na

[114] Tak wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt IV SA/Wa 2353/12 (Legalis)

pobyt stały oznajmić polskiemu małżonkowi, że ich związek już się zakończył[115]. Powody poinformowania małżonka polskiego o jednostronnym zakończeniu ich związku mogą być naturalnie różne i wynikać np. z osłabienia łączących małżonków relacji. Jeśli jednak przyczyną było wyłącznie uzyskanie przez cudzoziemca legalizacji jego pobytu w Polsce, czego zresztą cudzoziemiec może nie ukrywać, małżonek polski, czując się pokrzywdzony, korzystając z jurysdykcji krajowej[116] i właściwości prawa polskiego[117], częstokroć występuje z powództwem o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, kierowanym do Sądu Okręgowego[118]. Niekiedy także energicznie stara się, aby uzyskane przez cudzoziemca zezwolenie na pobyt stały na terytorium RP zostało mu cofnięte. Art. 199 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach stanowi bowiem, że jeżeli podstawą udzielenia cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały był fakt pozostawania w związku małżeńskim z obywatelem polskim, zezwolenie można cofnąć, jeżeli cudzoziemiec rozwiódł się w ciągu 2 lat od dnia, w którym udzielono mu zezwolenia na pobyt stały. Zdaniem autora przepis ten jest uzasadniony i pozwala (choć w zasadzie jedynie teoretycznie) cofnąć zezwolenie pobytowe cudzoziemcowi zawierającemu fikcyjne

---

[115] Na utrzymywanie przez cudzoziemców związków małżeńskich z obywatelkami polskimi w celu legalizacji swojego pobytu w Polsce i natychmiastowe kończenie tych relacji, po osiągnięciu swego celu wskazuje Witold Klaus, powołując się na Radosława Stryjewskiego i jego pracę p.t. „Integracja społeczna i gospodarcza imigrantów wyznania muzułmańskiego w Polsce. Raport z badań, Fundacja „Ocalenie"", Warszawa 2012, w podsumowaniu opracowania „Zawieranie małżeństw polsko-cudzoziemskich w celu obejścia przepisów legalizacyjnych." Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych. Zakład kryminologii. Archiwum kryminologii, tom XXXVIII/2016, s. 318-319. Dostęp: 30 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjSzbqkirrtAhXSlIsKHZcTCXMQFjACegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fcejsh.icm.edu.pl%2Fcejsh%2Felement%2Fbwmeta1.element.ojs-doi-10_7420_AK2016L%2Fc%2F53-225.pdf&usg=AOvVaw1zvcMLcXMqrzIdDoqicjkm

[116] Na podstawie art. 1103[1] § 1 kpc, sprawy małżeńskie oraz sprawy dotyczące małżeńskich stosunków majątkowych należą do jurysdykcji krajowej także wtedy, gdy:
1) oboje małżonkowie mieli ostatnie miejsce zamieszkania lub ostatnie miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli jedno z nich nadal ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej, lub
2) małżonek będący powodem ma co najmniej od roku bezpośrednio przed wszczęciem postępowania miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej, lub
3) małżonek będący powodem jest obywatelem polskim i ma co najmniej od sześciu miesięcy bezpośrednio przed wszczęciem postępowania miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej, lub
4) oboje małżonkowie są obywatelami polskimi.

[117] Art. 54. 1. Rozwiązanie małżeństwa podlega wspólnemu prawu ojczystemu małżonków z chwili żądania rozwiązania małżeństwa.
2. W razie braku wspólnego prawa ojczystego małżonków właściwe jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa miejsce zamieszkania, a jeżeli małżonkowie nie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa wspólnego miejsca zamieszkania – prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mieli ostatnio miejsce wspólnego zwykłego pobytu, jeżeli jedno z nich ma w nim nadal miejsce zwykłego pobytu.
3. W razie braku okoliczności rozstrzygających o właściwości prawa na podstawie przepisów ust. 1 i 2, do rozwiązania małżeństwa stosuje się prawo polskie.
4. Postanowienia ust. 1-3 stosuje się odpowiednio do separacji.

[118] Zgodnie z art. 41 kpc, powództwo ze stosunku małżeństwa wytacza się wyłącznie przed sąd, w którego okręgu małżonkowie mieli ostatnie miejsce zamieszkania, jeżeli choć jedno z nich w okręgu tym jeszcze ma miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu. Z braku takiej podstawy wyłącznie właściwy jest sąd miejsca zamieszkania strony pozwanej, a jeżeli i tej podstawy nie ma – sąd miejsca zamieszkania powoda.

małżeństwo, niekiedy zresztą kosztem obywatela polskiego. W mojej ocenie błędny jest pogląd Michała Górskiego, który dostrzegając wprawdzie zjawisko zawierania „małżeństw dla pozoru" uważa powyższą regulację za kontrowersyjną,[119] ponieważ w mojej ocenie jest to jeden ze środków, jaki posiada państwo w zwalczaniu tego procederu. Niezależnie jednak od możliwych punktów widzenia w kontekście powyższej regulacji, wydaje się, że praktyka w zakresie postępowań sądowych powoduje, że przepis ten nie stanowi realnego „zagrożenia" dla cudzoziemca, który uzyskał zezwolenie pobytowe kosztem polskiego współmałżonka. Do dnia uprawomocnienia się wyroku rozwiązującego małżeństwo przez rozwód, małżonkowie pozostają bowiem formalnie w związku małżeńskim, ze wszystkimi tego konsekwencjami, także odnoszącymi się do wymogów, jakie musi spełnić cudzoziemiec w celu legalizacji swojego pobytu. Nawet przy założeniu, że cudzoziemiec, po rozstaniu z małżonkiem polskim musi pozostawać jeszcze 2 lata w związku małżeńskim, biorąc pod uwagę, że małżeństwo zostaje ostatecznie rozwiązane z chwilą ogłoszenia wyroku w II instancji, istnieją spore szanse na to, że wyrok taki zapadnie już po upływie tego okresu, tym bardziej, że cudzoziemiec nie musi stronie polskiej ułatwiać prowadzenia sprawy rozwodowej i wyprowadzić się, unikając doręczenia pozwu, przez co konieczne będzie ustalanie adresu cudzoziemca lub ustanowienie kuratora, co w sposób oczywisty wydłuży proces. W tym kontekście można wspomnieć także o nowelizacji ustawy Kodeks postępowania cywilnego wprowadzającej nowy etap procedury doręczeniowej, która powoduje dodatkowe wydłużenie postępowania[120]. Z kolei cudzoziemiec chcący korzystać z przywilejów, jakie daje małżeństwo m.in. w zakresie obowiązania drugiego małżonka do udzielania mu pomocy, zgodnie z art. 23 ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy, może też nadal zamieszkując z małżonkiem polskim przyjąć postawę aktywną i na rozprawie rozwodowej deklarować miłość do współmałżonka, co, jako budzące wątpliwości czy rozkład pożycia istotnie jest zupełny i trwały, w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[121] i Kodeksu postępowania cywilnego[122], może również wydłużyć proces. Małżonek cudzoziemski, pozostając przy tym na utrzymaniu małżonka polskiego

[119] M. Górski. Ochrona prawa do życia rodzinnego w nowej ustawie o cudzoziemcach. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. XII, A.D. MMXIV, s. 112. Dostęp: 30 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiOqMH10MntAhWC-yoKHWm3BZU4ChAWMAZ6BAgOEAI&url=http%3A%2F%2Fwww.europeistyka.uj.edu.pl%2Fdocuments%2F3458728%2Fd90c08fd-c341-49b2-9a14-264fea0d1a55&usg=AOvVaw0Glwq5aAXREO-v-IJrObnb

[120] Dodany wspomnianą nowelizacją art. 139[1] kpc wszedł w życie z dniem 7 listopada 2019 r.

[121] Art. 56 § 1 krio: Jeżeli między małżonkami nastąpił zupełny i trwały rozkład pożycia, każdy z małżonków może żądać, ażeby sąd rozwiązał małżeństwo przez rozwód.

[122] Art. 436 § 1 zd. pierwsze kpc: Jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa, sąd może skierować strony do mediacji.

i zamieszkując z nim, spełniałby kryteria prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego przez co trudniej byłoby dowodzić, że zawarty związek małżeński służyć miał innym celom niż prowadzenie rzeczywistego życia małżeńskiego i rodzinnego. Teoretycznie, cudzoziemiec może też, stawiając się na procesie, przyjmować postawę zmierzającą do wydłużenia jego trwania np. starając się doprowadzić do mediacji[123]. Ponadto, cofnięcie zezwolenia na pobyt stały nie jest obligatoryjne i w tym przypadku organ ma pewien zakres swobody w wydawanej decyzji.

Spośród innych przyczyn zakończenia związku z obywatelem polskim przez cudzoziemca zawierającego małżeństwo wyłącznie w celu uzyskania zezwolenia pobytowego, jak np. wspólne potomstwo posiadające polskie obywatelstwo, czy prowadzenie równoległego związku o charakterze konkubinatu (który cudzoziemiec ostatecznie wybiera, jako bardziej mu odpowiadający), są mniej korzystne z punktu widzenia celu, jaki kosztem małżonka polskiego chciałby osiągnąć cudzoziemiec, którego jedynym celem jest legalizacja swojego pobytu na terytorium RP[124], dlatego małżeństwo z obywatelem polskim pozostaje najbardziej atrakcyjną opcją[125]. Formuła ta byłaby dla opisanego cudzoziemca potencjalnie najkorzystniejsza, bowiem

---

[123] Art. 445[2] zd. pierwsze kpc: W każdym stanie sprawy o rozwód lub separację sąd może skierować strony do mediacji w celu ugodowego załatwienia spornych kwestii dotyczących zaspokojenia potrzeb rodziny, alimentów, sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, kontaktów z dziećmi oraz spraw majątkowych podlegających rozstrzygnięciu w wyroku orzekającym rozwód lub separację.

[124] W kontekście art. 187 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemiec mógłby wprawdzie ubiegać się o zezwolenie na pobyt czasowy dzięki pozostawaniu w konkubinacie z obywatelem polskim lub posiadaniu z nim wspólnego potomstwa, nawet w przypadku rozwodu i nielegalnego pobytu na terytorium RP, wymagałoby to jednak wykazania przez cudzoziemca odpowiednio przesłanki „niezbędności", co w tym przypadku oznaczałoby konieczność dowiedzenia, że jego relacje z dzieckiem, stanowiące wynik orzeczenia o powierzeniu jednemu z byłych małżonków wykonywania władzy rodzicielskiej w wyroku rozwiązującym małżeństwo przez rozwód, pozostają w zgodzie z naturą tego typu kontaktów, tj. kontaktów po rozwodzie, lub wykazania przesłanki „istotnego zagrożenia rozwoju psychofizycznego dziecka", co z kolei implikuje istnienie bliskich więzi pomiędzy cudzoziemcem, a dzieckiem.
Więcej na temat art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w: M. Kmak. Ochrona cudzoziemców przed wydaleniem na podstawie art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Palestra nr 9-10 z 2004 r., 49/9-10(561-562), s. 182-192. Dostęp: 30 listopada 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBvPrO7dXtAhXyoosKHfxvCQUQFjABegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fbazhum.muzhp.pl%2Fmedia%2Ffiles%2FPalestra%2FPalestra-r2004-t49-n9_10(561_562)%2FPalestra-r2004-t49-n9_10(561_562)-s182-192%2FPalestra-r2004-t49-n9_10(561_562)-s182-192.pdf&usg=AOvVaw0VKdV8kYKn_7QhaSyWfXHs

[125] Oczywiście trudno o wyciąganie kategorycznych wniosków w stosunku do każdego z małżeństw polsko-cudzoziemskich, które się rozpadły. Nie mniej jednak zawieranie przez cudzoziemców małżeństw z obywatelem polskim w celu legalizacji swojego pobytu w Polsce jest niewątpliwie realnym zjawiskiem. Kwestia małżeństwa z obywatelem polskim jako strategii życiowej, jak również „krótkoterminowej" i „długoterminowej" strategii ubiegania się o polskie obywatelstwo w kontekście małżeństwa z obywatelem polskim, została zarysowana przez Ewę Kępińską w opracowaniu p.t. „Mechanizmy migracji osiedleńczych na przykładzie małżeństw polsko-ukraińskich". Instytut Studiów Społecznych. Uniwersytet Warszawski. Seria: Prace migracyjne, nr 40. Listopad 2001, s. 41-45. Dostęp 30 listopada 2019 r.:
https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjw3oXAubrtAhXkAhAIHVXXDF0QFjAAegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fwww.migracje.uw.edu.pl%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F12%2F040_.pdf&usg=AOvVaw2cvCfha3tt3oY1g-gVGdnc

zawierając małżeństwo ma on prawo oczekiwać pomocy ze strony małżonka polskiego i w skrajnym przypadku pozostawać na jego utrzymaniu podczas pobytu w Polsce. Ponadto, jest to znacznie tańszy sposób na legalne prawo pobytu w strefie Schengen, niż legalizacja pobytu ze względu na studia, za które trzeba by zapłacić, czy wykonywanie pracy w przypadku której zmuszony byłby odprowadzać składki np. na ubezpieczenie społeczne[126]. Co więcej, pozostawanie na utrzymaniu małżonka polskiego, wypełniać może przesłankę prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego, a jako takie przemawiać przeciwko fikcyjności małżeństwa (przy czym, jak wspomniano powyżej, skutki cywilnoprawne małżeństwa zawartego dla pozoru pozostają tożsame ze skutkami małżeństwa „zwykłego"), oraz przeciwko cofnięciu cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały w przypadku, o którym mowa w art. 199 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach.

Ponieważ przepisy ustawy o cudzoziemcach mają na celu ochronę dobra, jakim jest życie rodzinne, skonstruowane są one w taki sposób, że w sposób uprzywilejowany traktują cudzoziemca legalizującego swój pobyt jako małżonek obywatela polskiego. Wprawdzie z drugiej jednak strony przewidują one do samego końca procedury cofnięcie prawa pobytu, jeżeli małżeństwo zawarte zostało dla pozoru (małżeństwo dla pozoru rozumiane także, gdy tylko jedna strona zawiera je z góry nielojalnie wobec współmałżonka), jednakże ze względu na orzecznictwo sądów administracyjnych, pozorność małżeństwa może być niekiedy trudna do udowodnienia i w konsekwencji skuteczne cofnięcie zezwolenia pobytowego, które ostałoby się po kontroli sądowej, może okazać się niemożliwe. Samo przekonanie o nielojalności współmałżonka nie oznacza bowiem, że uda się je udowodnić. Relacje miedzy małżonkami mogą ulec rozluźnieniu z zupełnie innych przyczyn, niż uprzednie zawarcie fikcyjnego małżeństwa, a samo wycofanie uczuć angażowanych w związek samo przez się nie musi świadczyć o istniejącej od początku nielojalności współmałżonka. Ponadto, jak już wskazano, w tym kontekście argument, że sama okoliczność, iż obywatel polski i cudzoziemiec poznali się przez internet albo po kilku tygodniach znajomości zdecydowali się zawrzeć małżeństwo za granicą, może nie stanowić dostatecznej podstawy do uznania, że małżeństwo ma charakter pozorny (czy to z jednej, czy z obu stron).

---

[126] Na tą okoliczność, powołując się na Radosława Stryjewskiego i jego pracę p.t. „Integracja społeczna i gospodarcza imigrantów wyznania muzułmańskiego w Polsce. Raport z badań, Fundacja „Ocalenie"", Warszawa 2012), zwraca także uwagę Witold Klaus w podsumowaniu opracowania „Zawieranie małżeństw polsko-cudzoziemskich w celu obejścia przepisów legalizacyjnych." Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych. Zakład kryminologii. Archiwum kryminologii, tom XXXVIII/2016, s. 319. Dostęp: 30 listopada 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjSzbqkirrtAhXSlIsKHZcTCXMQFjACegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fcejsh.icm.edu.pl%2Fcejsh%2Felement%2Fbwmeta1.element.ojs-doi-10_7420_AK2016L%2Fc%2F53-225.pdf&usg=AOvVaw1zvcMLcXMqrzIdDoqicjkm

Praktyka organów administracji w Polsce wskazuje, że poza wystąpieniem z powództwem o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, polski małżonek powiadamia organ (zwykle jest to dany Urząd Wojewódzki) o domniemanym zawarciu przez cudzoziemca małżeństwa wyłącznie w celu legalizacji swojego pobytu w Polsce, niejednokrotnie domagając się przy tym od Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (niekiedy także MSZ lub od Szefa UdSC) podjęcia interwencji w sprawie.

Ponieważ przesłanki cofnięcia decyzji o udzieleniu zezwolenia na pobyt stały, o których mowa w art. 199 ust. 1 pkt 3 ustawy o cudzoziemcach, mogą być częściowo zbieżne z przesłankami wznowienia postępowania, o których mowa w art. 145 § 1 pkt 1 lub 5 kpa, w przypadku uznania, że zawarte małżeństwo miało charakter fikcyjny, organ zasadniczo mógłby w tej sytuacji rozważać bądź wznowienie postępowania bądź wszczęcie z urzędu postępowania w sprawie cofnięcia zezwolenia na pobyt stały. Wydaje się, że ze względów praktycznych wybrane zostałoby w tym przypadku wszczęcie z urzędu postępowania w sprawie cofnięcia zezwolenia na pobyt stały.

Jak wskazano powyżej, ograniczenia nakładane na organ przez orzecznictwo oraz czas trwania procesu rozwodowego (w przypadku przesłanki z art. 199 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach) powodują, że cofnięcie zezwolenia na pobyt stały nie zawsze może być już możliwe.

Na marginesie można zauważyć, że, jak już zasygnalizowano powyżej, małżeństwo z obywatelem polskim jest dobrym sposobem na legalizację pobytu cudzoziemca, który przebywa w Polsce nielegalnie. Po pierwsze, można ubiegać się w takim przypadku o udzielenie zezwolenia na pobyt czasowy na podstawie art. 158 ust. 1 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach, w tej sytuacji nie ma bowiem zastosowania art. 100 ust. 1 pkt 9 ustawy o cudzoziemcach (zgodnie z treścią art. 165 ust. 1 ab initio ustawy o cudzoziemcach, który poza przesłankami w nim wskazanymi, przewiduje odmowę udzielenia zezwolenia pobytowego jedynie z przyczyn określonych w art. 100 usta. 1 pkt 1-5 ustawy o cudzoziemcach).

Alternatywnie, cudzoziemiec mógłby starać się o „konwencyjne" zezwolenie pobytowe, jako, że zgodnie z art. 187 pkt 6 ustawy o cudzoziemcach, zezwolenia na pobyt czasowy ze względu na „inne okoliczności" można udzielić cudzoziemcowi, jeżeli jego pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niezbędny z uwagi na konieczność poszanowania prawa do życia rodzinnego w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., nawet gdy cudzoziemiec przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie. Wprawdzie cudzoziemiec powinien wykazać, że jego obecność jest „niezbędna", co implikowałoby

istnienie ustabilizowanych i trwałych więzi rodzinnych, które nie mogłyby być utrzymane, gdyby przebywał on poza granicami Polski, a decyzja taka nie ma charakteru związanego i jest oparta na uznaniu administracyjnym, to jednak pokazuje, jak dalece prymat ochrony życia rodzinnego może w pewnych przypadkach przeważać nad postulatem przestrzegania przez cudzoziemców prawa polskiego – w tym przypadku np. zakazu przekraczania granicy wbrew przepisom prawa. Ponadto, jak już zostało powyżej wskazane, z orzecznictwa sądów administracyjnych można by wyprowadzić wniosek, iż nawet w przypadku decyzji uznaniowej, w sytuacji, gdy cudzoziemiec spełnia przesłanki do jej wydania, organ nie ma podstaw do wydania decyzji odmownej[127].

Cudzoziemiec nie musi przy tym wykazywać się np. posiadaniem ubezpieczenia zdrowotnego czy stabilnego źródła dochodów. Brak powyższego wymogu względem cudzoziemca przebywającego nielegalnie na terytorium RP jest podyktowany jego sytuacją, jednak nie sposób też nie zauważyć, że wymogi dla cudzoziemców chcących przebywać w Polsce legalnie, a mających zamiar legalizować swój pobyt np. ze względu na pracę lub studia, są w tym zakresie wyższe. Czyni to z małżeństwa z obywatelem polskim dogodną instytucję pozwalającą na uniknięcie konieczności opuszczenia terytorium Polski i doprowadzenie do legalizacji swojego pobytu, nawet w świetle art. 169 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach, zgodnie z którym ustaleniu podlega, czy więzi cudzoziemca z obywatelem polskim są rzeczywiste i stałe.

W powyższym kontekście można też wskazać, że małżeństwo z obywatelem polskim, w związku z treścią przepisu art. 303 ust. 1 pkt 4,[128] art. 330 ust. 1 pkt 6[129] i art. 386 pkt 5

---

[127] Tak wypowiedział się, na gruncie decyzji o przedłużeniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt V SA 155/02 (Legalis), wskazując, iż „Sformułowanie "może" oznacza, że jeżeli spełnia się warunki do wydania decyzji, tzn. spełnia się okoliczności zawarte w hipotezie normy określającej wydanie decyzji, to wtedy organ musi wydać określoną decyzję, a w rozpatrywanym przypadku decyzję o przedłużeniu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Nie można natomiast interpretować normy upoważniającej organ państwa do wydania decyzji, a wyrazu „może" w ten sposób, że nawet po spełnieniu się okoliczności uzasadniających wydanie decyzji organ ten mógłby wydać decyzję odmowną."

[128] Art. 303 ust. 1 pkt 4. W przypadkach, o których mowa w art. 302 ust. 1, nie wszczyna się postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, a wszczęte postępowanie w tej sprawie umarza się, jeżeli cudzoziemiec jest małżonkiem obywatela polskiego albo cudzoziemca posiadającego zezwolenie na pobyt stały lub zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i nie sprzeciwiają się temu względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, chyba że celem zawarcia związku małżeńskiego lub jego istnienia jest obejście przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego

[129] Art. 330 ust. 1 pkt 6. Decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu nie wykonuje się, gdy cudzoziemiec jest małżonkiem obywatela polskiego albo cudzoziemca posiadającego zezwolenie na pobyt stały lub zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i nie sprzeciwiają się temu względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, chyba że celem zawarcia związku małżeńskiego lub jego istnienia jest obejście przepisów określających zasady i warunki

ustawy o cudzoziemcach[130], jest również dogodnym sposobem na uniknięcie wydania wobec cudzoziemca decyzji zobowiązującej go do powrotu (lub jej wykonania, jeśli została już wydana), o ile nie stwarza on zagrożenia dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, a jego małżeństwo nie zostało zawarte lub nie istnieje dla pozoru. Ta ostatnia przesłanka jednak, ze względu na orzecznictwo sądowe, nakłada na organ obowiązek wnikliwego udowodnienia pozorności zawarcia lub trwania małżeństwa, przez co możliwość ta może być trudna do zastosowania w praktyce w niektórych przypadkach.

W uzupełnieniu przybliżenia przepisów regulujących nabywanie przez cudzoziemców prawa stałego pobytu na terytorium RP, można zauważyć, iż dzięki małżeństwu z obywatelem polskim, zgodnie z art. 211 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemski małżonek obywatela polskiego może na swój wniosek otrzymać zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE po 5 latach pobytu na terytorium RP, jeżeli posiada źródło stabilnego i regularnego dochodu, posiada ubezpieczenie zdrowotne i potwierdzoną znajomość języka polskiego (co najmniej na poziomie biegłości językowej B1)[131]. Podobnie, jak w przypadku zezwolenia na pobyt stały, jest to decyzja związana i jeśli spełnione są warunki wydania zezwolenia, wskazane w art. 211 i 212 ustawy o cudzoziemcach, organ nie ma podstaw, aby odmówić jego wydania. Wprawdzie, zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemcowi odmawia się zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, to jednak, jak wspomniano, orzecznictwo nakłada na organ daleko idące ograniczenia, a ponadto odmiennie, niż w przypadku zezwolenia na pobyt stały, nie przewiduje się odmowy wszczęcia postępowania czy odmowy wydania tego zezwolenia z powodu fikcyjności małżeństwa zawartego z obywatelem polskim (jako, że fikcyjność małżeństwa powinna być badana przy

---

wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego

[130] Art. 386 pkt 5. Decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wydana przez organ wydającego państwa członkowskiego nie podlega wykonaniu, gdy cudzoziemiec jest małżonkiem obywatela polskiego albo cudzoziemca, któremu udzielono zezwolenia na pobyt stały lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, i nie sprzeciwiają się temu względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, chyba że celem zawarcia związku małżeńskiego lub jego istnienia jest obejście przepisów określających zasady i warunki wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ich przejazdu przez to terytorium, pobytu na nim i wyjazdu z niego

131 Art. 211 ust. 1. Zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE udziela się cudzoziemcowi na czas nieoznaczony, na jego wniosek, jeżeli przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej legalnie i nieprzerwanie co najmniej przez 5 lat bezpośrednio przed złożeniem wniosku i spełnia łącznie następujące warunki:

1) posiada źródło stabilnego i regularnego dochodu wystarczającego na pokrycie kosztów utrzymania siebie i członków rodziny pozostających na jego utrzymaniu;

2) posiada ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub potwierdzenie pokrycia przez ubezpieczyciela kosztów leczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

3) posiada potwierdzoną znajomość języka polskiego.

każdym udzielaniu wcześniejszego zezwolenia pobytowego, z pobytu na którym cudzoziemiec wywodzi podstawę udzielenia mu zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE).

Zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE podobnie, jak zezwolenie na pobyt stały upoważniają cudzoziemca do długoterminowego pobytu na terytorium Polski, a cudzoziemiec jest uprawniony m.in. do wykonywania pracy na terytorium Polski bez konieczności posiadania zezwolenia na pracę oraz do wielokrotnego przekraczania granicy bez konieczności uzyskania wizy. Na podstawie obowiązującego w UE prawa, rezydenci długoterminowi są w określonych obszarach (np. edukacja, zatrudnienie, pomoc społeczna) zrównani w prawach z obywatelami danego państwa członkowskiego.

Na marginesie powyższego można też wskazać, iż ustawa o obywatelstwie polskim[132] w art. 30 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. a, przewiduje uznanie za obywatela polskiego, w drodze decyzji wydanej przez wojewodę,[133] cudzoziemca, który przebywa nieprzerwanie na terytorium Polski od co najmniej 3 lat m.in. na podstawie zezwolenia na pobyt stały lub rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej, przy czym termin ten ulega skróceniu do lat 2, jeżeli cudzoziemiec pozostaje co najmniej od 3 lat w związku małżeńskim zawartym z obywatelem polskim[134]. Decyzja ta jest decyzją związaną i organ ma obowiązek wydać przedmiotową decyzję po spełnieniu przez cudzoziemca warunków jej wydania.

W tym kontekście można zauważyć, że przepisy ustawy o cudzoziemcach, jak i ustawy o obywatelstwie polskim przewidują bardzo preferencyjny model traktowania cudzoziemca, będącego małżonkiem obywatela polskiego, tak w zakresie legalizacji pobytu, jak i nabywania obywatelstwa polskiego. Cudzoziemiec nie będący małżonkiem obywatela polskiego, aby uzyskać polskie obywatelstwo zobligowany jest bowiem do przebywania co najmniej 5 lat na terytorium polskim, aby uzyskać status rezydenta długoterminowego UE, przy czym jak wskazano powyżej, musi spełnić warunki jego uzyskania (posiadać źródło stabilnego

132 Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1829 ze zm.)
133 Art. 36 ust. 1 ustawy obywatelstwie polskim
134 Art. 30 ust. 1. Za obywatela polskiego uznaje się:
1) cudzoziemca przebywającego nieprzerwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej od 3 lat na podstawie zezwolenia na pobyt stały, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej lub prawa stałego pobytu, który posiada w Rzeczypospolitej Polskiej stabilne i regularne źródło dochodu oraz tytuł prawny do zajmowania lokalu mieszkalnego;
2) cudzoziemca przebywającego nieprzerwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej od 2 lat na podstawie zezwolenia na pobyt stały, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej lub prawa stałego pobytu, który:
   a) pozostaje co najmniej od 3 lat w związku małżeńskim zawartym z obywatelem polskim lub
   b) nie posiada żadnego obywatelstwa;
3) cudzoziemca przebywającego nieprzerwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej od 2 lat na podstawie zezwolenia na pobyt stały, które uzyskał w związku z posiadaniem statusu uchodźcy nadanego w Rzeczypospolitej Polskiej;

i regularnego dochodu, ubezpieczenie zdrowotne i potwierdzoną znajomość języka polskiego), ewentualnie musi on uzyskać zezwolenie na pobyt stały na terytorium RP (jego uzyskanie zależne jest od sytuacji cudzoziemca i może być związane z koniecznością przebywania na terytorium RP nawet przez 10 lat).[135] Następnie cudzoziemiec posiadający status rezydenta długoterminowego UE bądź zezwolenie na pobyt stały musi przebywać w Polsce co najmniej 3 lata i dodatkowo posiadać stabilne i regularne źródło dochodu oraz tytuł prawny do zajmowania lokalu mieszkalnego. Innym sposobem nabycia obywatelstwa polskiego jest przebywanie nieprzerwanie i legalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres co najmniej 10 lat oraz posiadanie jednego z tytułów pobytowych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 6 lit a ustawy o obywatelstwie polskim, a także posiadanie w Rzeczypospolitej Polskiej stabilnego i regularnego źródła dochodu oraz tytułu prawnego do zajmowania lokalu mieszkalnego. Warunkiem koniecznym uznania za obywatela polskiego jest także potwierdzona znajomość języka polskiego, na poziomie biegłości językowej co najmniej B1, zgodnie z art. 30 ust. 2 ustawy o obywatelstwie polskim.

Natomiast w przypadku cudzoziemskiego małżonka obywatela polskiego, jeżeli pozostaje on w tym związku od co najmniej roku, wymagany jest następnie jedynie 2-letni pobyt cudzoziemca na terytorium RP na podstawie zezwoleń na pobyt czasowy, udzielonych w związku z pozostawaniem w związku małżeńskim z obywatelem polskim, gdyż jest on wymagany do otrzymania zezwolenia na pobyt stały,[136] a następnie 2-letni pobyt w Polsce (nadal jako małżonek obywatela polskiego), na podstawie udzielonego cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt stały. Art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o obywatelstwie polskim uznaje bowiem za obywatela polskiego cudzoziemca przebywającego nieprzerwanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej od 2 lat na podstawie zezwolenia na pobyt stały (jak również zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej lub prawa stałego pobytu), który pozostaje co najmniej od 3 lat w związku małżeńskim zawartym z obywatelem polskim. Cudzoziemiec, aby zostać uznanym za obywatela RP, poza potwierdzoną znajomością języka polskiego, nie musi w tym przypadku spełniać żadnych dodatkowych warunków (jak np. stabilnego i regularnego źródła dochodu, czy tytułu prawnego do zajmowania lokalu mieszkalnego).

Należy przy tym wskazać, iż zgodnie z art. 31 pkt 2 ustawy o obywatelstwie polskim, cudzoziemcowi odmawia się uznania za obywatela polskiego, w przypadku gdy nabycie przez niego obywatelstwa polskiego stanowi zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa

[135] Na podstawie art. 195 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach
[136] Na podstawie art. 195 ust. 1 pkt 4 ustawy o cudzoziemcach.

albo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wydaje się, że ze względu na nieodwracalność nabycia obywatelstwa polskiego, stanowisko orzecznictwa jest nieco bardziej powściągliwe, niż w przypadku zezwoleń pobytowych. Jedną z przesłanek odmowy uznania za obywatela polskiego może być wyrok skazujący, choć nie jest on konieczny dla oceny wystąpienia przesłanek negatywnych określonych w tym przepisie, a wystarczająca może okazać się okoliczność np. toczącego się postępowania karnego przeciwko cudzoziemcowi. Sam bowiem fakt toczącego się przeciwko cudzoziemcowi postępowania karnego świadczy o zaistnieniu zagrożenia dla dóbr określonych w art. 31 pkt 2 ustawy o obywatelstwie polskim, wyrok skazujący może natomiast stanowić dodatkową podstawę decyzji odmownej wydanej w oparciu o przywołany wyżej przepis[137].

Osobną kwestią, wiążącą się z legalnym pobytem cudzoziemca na terytorium RP jest możliwość legalizacji pobytu w Polsce niektórych członków jego rodziny. Cudzoziemiec który przebywa w Polsce na podstawie zezwolenia na pobyt stały bądź rezydenta długoterminowego UE lub od co najmniej 2 lat na podstawie zezwoleń na pobyt czasowy[138], może być członkiem rodziny cudzoziemca (małżonka lub małoletniego dziecka), który przyjechał lub ma zamiar przyjechać do Polski w celu połączenia się z rodziną[139]. Cudzoziemiec, który chce połączyć się z rodziną może ubiegać się o zezwolenie na pobyt czasowy, o ile posiada ubezpieczenie zdrowotne oraz źródło stabilnego i regularnego dochodu, a także ma zapewnione miejsce zamieszkania na terytorium RP. Zezwolenie na pobyt czasowy w celu połączenia się z rodziną wydane cudzoziemcowi może, po upływie 5 lat pobytu na terytorium Polski, skutkować udzieleniem temu cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt czasowy[140]. W obu tych sytuacjach użyty przez ustawodawcę zwrot „udziela się" oznacza, że jest to decyzja związana i jeżeli tylko cudzoziemiec spełnia poniższe warunki, organ nie ma swobody przy podejmowaniu takiej decyzji, a dane zezwolenie pobytowe powinno mu być udzielone.

Reasumując, należy stwierdzić, iż obowiązujące przepisy polskiego prawa umożliwiają cudzoziemskim małżonkom obywateli polskich stosunkowo łatwe i szybkie (w porównaniu do

[137] Tak wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 15 grudnia 2016 r., sygn. akt II OSK 1251/16 (Legalis).
[138] Zgodnie z art. 159 ust. 1 pkt 1 lit a, b lub e ustawy o cudzoziemcach.
[139] W tym zakresie odrębnym regulacjom, zgodnie z art. 2 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 293), implementującym przepisy Dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (ewg) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/ewg, 68/360/ewg, 72/194/ewg, 73/148/ewg, 75/34/ewg, 75/35/ewg, 90/364/ewg, 90/365/ewg i 93/96/ewg, podlegają członkowie rodziny, m.in. małżonek obywatela UE (oraz Konfederacji Szwajcarskiej, Islandii, Liechtensteinu, czy Norwegii).
[140] Na podstawie art. 161 ust. 1 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach.

innych kategorii cudzoziemców) uzyskanie zezwolenia na pobyt czasowy, a następnie zezwolenia na pobyt stały, przy minimalnych wymaganiach (nie ma w tym zakresie obowiązku posiadania przez cudzoziemca ani zatrudnienia, ani stabilnego źródła dochodu, czy ubezpieczenia, bądź znajomości języka), czy polskiego obywatelstwa. Nie bez znaczenia jest też fakt, iż cudzoziemiec, który jest małżonkiem obywatela polskiego korzysta z określonych przywilejów, względem pozostałych grup cudzoziemców, jak swobodny dostęp do rynku pracy, czy wykonywania działalności gospodarczej.

W powyższym kontekście zgadzam się z Agnieszką Narożniak w tym, że uprzywilejowany, w porównaniu z ogółem cudzoziemców, status małżonka obywatela polskiego przesądza o atrakcyjności tej podstawy uzyskiwania prawa pobytu w Polsce i stwarza ryzyko nadużyć ze strony cudzoziemców. Autor podziela także opinię, że do popularności w uzyskiwaniu powyższego zezwolenia pobytowego, mogły przyczynić się takie czynniki, jak: liberalizacja przepisów o cudzoziemcach z lat 2003–2005, kiedy to w drodze nowelizacji ustawy o cudzoziemcach zniesiono obowiązek wykazywania się przez obywateli państw trzecich – małżonków obywateli polskich stałym i regularnym źródłem dochodu, zakazano wydalania tej kategorii migrantów, a także umożliwiono legalizację pobytu cudzoziemcom przebywającym nielegalnie na terytorium Polski oraz, że niewątpliwym czynnikiem, który wpłynął na popularyzację zjawiska małżeństw dla pozoru, było wstąpienie Polski do Unii Europejskiej, a następnie do strefy Schengen[141].

Również w literaturze dostrzega się narastanie tego zjawiska. W ostatnich latach odnotowuje się dynamiczny wzrost zjawiska zawierania małżeństw dla pozoru, co powodowane jest istnieniem powyższych przywilejów. W postępowaniu o legalizację pobytu małżeństwo wskazywane jest jako jeden z głównych powodów (obok świadczenia pracy, odbywania studiów i prowadzenia działalności gospodarczej). W opinii cudzoziemców fikcyjne małżeństwo umożliwia szybkie uzyskanie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, zezwolenia na osiedlenie się, a w konsekwencji nabycia obywatelstwa polskiego[142]. Wśród

[141] A. Narożniak. W kwestii poszanowania i ochrony życia rodzinnego małżeństwa cudzoziemca z obywatelem polskim w prawie o cudzoziemcach. Stan obecny i projektowany. Studia Prawa Publicznego 2013, nr 2, s. 120, za: A. Wróblewska-Zgórzak, Prawne aspekty zawierania małżeństw polsko-cudzoziemskich, „Analizy. Raporty. Ekspertyzy" 2010, nr 1, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, s. 24. Dostęp: 7 grudnia 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Frepozytorium.amu.edu.pl%2Fbitstream%2F10593%2F11143%2F1%2Fnarozniak.pdf&usg=AOvVaw2w0wmZw-NfJQMn5M-kaSkV

[142] J. Narodowska. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 141, za: T. Sieniow (red.), Nabywanie obywatelstwa polskiego, Lublin 2013. Dostęp: 7 grudnia 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-

motywacji mającej wpływ na decyzję o ślubie z cudzoziemcem, pobudki emocjonalne dotyczą w zdecydowanej mierze kobiet. Polki są często zafascynowane i szczerze zakochane w egzotycznych partnerach z Bliskiego Wschodu lub Afryki. W takich wypadkach cudzoziemiec zazwyczaj traktuje związek instrumentalnie i stara się zachować wszelkie pozory normalnego związku dla celu jakim jest uzyskanie zezwolenia na pobyt[143]. Nie można przyjąć, iż większość małżeństw zawartych z obywatelami kraju trzeciego jest fikcyjna, lecz zauważalne są pewne trendy, niepokojące zjawiska i nadużycia. Zaobserwować również można geograficzne zróżnicowanie państw pochodzenia fikcyjnych „żon" – były ZSRR oraz „mężów" – Afryka Północna. Zdarzają się również sytuacje gdy Polki w dobrej wierze zawierają małżeństwa z obywatelami państw Maghrebu, a arabscy małżonkowie zmuszają je do szybkiego powiększenia rodziny. W takim bowiem wypadku nawet po rozwodzie z obywatelką Polski mogą uzyskać zezwolenie na pobyt w związku z opieką nad małoletnim dzieckiem posiadającym polskie obywatelstwo[144].

Względna łatwość uzyskania, szeroka gama przywilejów w krótkim czasie oraz stosunkowo niskie koszty, czynią z małżeństwa z obywatelem polskim – także fikcyjnego – dogodny instrument dla cudzoziemca, chcącego w perspektywie uzyskać prawo stałego pobytu lub polskie obywatelstwo – kraju należącego do UE i strefy Schengen. Instrument tym bardziej atrakcyjny, że przy wydawaniu cudzoziemcowi wizy wjazdowej do Polski nie ma obowiązku badania, czy małżeństwo zostało zawarte dla pozoru, jedynie w celu legalizacji pobytu cudzoziemca na terytorium RP. Możliwość badania tej przesłanki pojawia się dopiero na etapie udzielania zezwolenia na pobyt czasowy, co więcej, nie oznacza to, że cudzoziemiec, który

---

GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjADegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkryminalistyka%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fuploads%2Fuchodzcy-nowe-wyzwania-dla-bezpieczenstwa-europejskiego-na-tle-standardow-praw-czlowieka-tekst.pdf&usg=AOvVaw39NtkdrGsCBwN1BkyyABp_

[143] J. Narodowska. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 141, za: Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej, Nadużywanie prawa do łączenia rodzin w Polsce: fikcyjne małżeństwa oraz fałszywe deklaracje ojcostwa, Warszawa 2012, s. 26-28. Dostęp: 7 grudnia 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjADegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkryminalistyka%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fuploads%2Fuchodzcy-nowe-wyzwania-dla-bezpieczenstwa-europejskiego-na-tle-standardow-praw-czlowieka-tekst.pdf&usg=AOvVaw39NtkdrGsCBwN1BkyyABp_

[144] J. Narodowska. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 142, za: Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej, Nadużywanie prawa do łączenia rodzin w Polsce: fikcyjne małżeństwa oraz fałszywe deklaracje ojcostwa, Warszawa 2012, s. 24-26. Dostęp: 7 grudnia 2019 r.: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjCh-GpndjtAhXxwosKHVNWCzMQFjADegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fuwm.edu.pl%2Fkryminalistyka%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fuploads%2Fuchodzcy-nowe-wyzwania-dla-bezpieczenstwa-europejskiego-na-tle-standardow-praw-czlowieka-tekst.pdf&usg=AOvVaw39NtkdrGsCBwN1BkyyABp_

wjechał do Polski w związku z fikcyjnie zawartym małżeństwem będzie musiał opuścić terytorium Rzeczpospolitej. Orzecznictwo sądów administracyjnych stawia organowi wysokie wymagania w zakresie dowodzenia pozorności takiego związku, co dodatkowo utrudnia i tak niełatwe postępowania w tym zakresie. Ponadto, z uwagi na fakt, że cudzoziemiec przebywa już na terytorium RP, niezależnie od jego sytuacji pobytowej, może on legalizować swój pobyt w Polsce w oparciu o inne przesłanki, jak pobieranie nauki, praca, posiadanie potomstwa itp.

Ponieważ szereg przepisów regulujących zasady legalizacji pobytu cudzoziemca pozostającego w związku małżeńskim z obywatelem polskim ma podstawy konwencyjne lub stanowi konsekwencję przyjęcia do polskiego porządku prawnego przepisów UE, wnioski de lege ferenda, których ewentualne rozważenie można by zaproponować, dotyczyłyby kwestii drugorzędnych, np. skuteczności doręczeń, w procedurze cofania zezwolenia pobytowego, dokonywanych na ostatni znany organowi adres cudzoziemca znajdujący się w aktach sprawy, czy bardziej ogólnie – wyłączenia niektórych przepisów kpa z procedury legalizacyjnej. Z kolei ewentualny postulat obowiązkowego badania przez konsula pozorności małżeństwa nie wydaje się być bezwzględnie potrzebny, jako, że od wystąpienia o wydanie wizy do ubiegania się o pobyt czasowy upływa z reguły niewiele czasu i wersje zdarzeń prezentowane przez małżonków w obu tych przypadkach zapewne byłyby tożsame.

Osobną kwestią jest zwykła rozwaga i nie uleganie emocjom, również wtedy, gdy wakacje w jednym z krajów np. Afryki Północnej obfitują w nowe znajomości i relacje. Nawet w przypadku gruntownie przemyślanej decyzji o małżeństwie należy uprzednio zasięgnąć porady prawnika, specjalizującego się w dziedzinie małżeństw binacjonalnych. W przypadku zawierania małżeństwa w jednym z krajów islamskich wysoce wskazana jest także konsultacja z polskim prawnikiem w celu sporządzenia kontraktu małżeńskiego, jak najlepiej zabezpieczającego interesy strony polskiej. Brak określonych postanowień może bowiem w przyszłości okazać się dla strony polskiej bardzo dolegliwy w skutkach (jest to istotne zwłaszcza w sytuacji, gdy strona polska nie włada językiem cudzoziemskiego małżonka i nie komunikują się oni w żadnym języku trzecim, przez co de facto nie zawsze wie ona dokładnie, jakie treści zawiera akt małżeństwa zawieranego za granicą).

Zawarcie małżeństwa, nawet gdy odbywa się w Polsce, niesie za sobą określone konsekwencje. Obliguje małżonków do określonego zachowania, lojalności względem siebie, pomocy, także finansowej, która nie zawsze musi ustawać z ustaniem małżeństwa (w przypadku alimentacji). Małżeństwo wywołuje też szereg skutków w sferze cywilnej (np. ustalenie nazwisk dzieci, powstanie powinowactwa) czy majątkowej (np. możliwe powstanie wspólnego majątku dorobkowego). Nie można też pominąć skutków dla wspólnych finansów i wymaganej

zgody drugiego małżonka do dokonania czynności np. w zakresie nabycia lub zbycia nieruchomości bądź dokonania znaczniejszej darowizny z majątku wspólnego[145], czy dotyczących zakresu odpowiedzialności małżonka za długi współmałżonka. Skutkiem zawartego małżeństwa może być także prawo do spadku lub jego części w przypadku śmierci współmałżonka. Ryzyko ponoszenia konsekwencji małżeństwa związane z nietrafnym wyborem współmałżonka, obecne w przypadku małżeństwa z obywatelem własnego kraju, bynajmniej nie maleje w przypadku małżeństwa z cudzoziemcem, zwłaszcza pochodzącym z kraju o innej kulturze, np. islamu, gdzie kobieta ma zupełnie inną pozycję, a małżeństwo inny status od tego, do czego jesteśmy przyzwyczajeni w Polsce.

Może mieć też miejsce sytuacja, gdy początkowe oczarowanie cudzoziemcem oraz obcą kulturą z której pochodzi (zwłaszcza gdy owa fascynacja dotyczy nie tyle samej kultury, co idealistycznym wyobrażeniem o niej), kończy się zawodem i rozczarowaniem w zderzeniu z praktyką życia codziennego, gdzie każdy członek rodziny ma z góry ustalone role i przydzielone zadania, a mąż odnosi się do żony w ten sam sposób, w jaki zwyczajowo traktowane są kobiety w jego kulturze. Nie można też wykluczyć, że początkowo ujmujący i czuły cudzoziemski małżonek pod presją rodziny zmieni swoje dotychczasowe tolerancyjne nastawienie i zacznie domagać się, aby żona dokonała zmiany wyznania, a dziecko było wychowywane w religii ojca. Wszystko to prowadzić może do kryzysu i w konsekwencji skutkować rozpadem małżeństwa. Nie oznacza to oczywiście, że nie ma, czy nie może być szczęśliwych małżeństw mieszanych. Zetknięcie jednak z inną kulturą, zwłaszcza taką, gdzie obowiązują tradycyjne podziały i role, w tym obowiązki żony, które Europejkom mogą niekiedy wydawać się szokujące lub nie do przyjęcia, niesie ze sobą ryzyko znacznie większe, niż w przypadku małżeństw z tego samego kręgu kulturowego.

Nie można rzecz jasna zasadnie twierdzić, jakoby małżeństwa cudzoziemców z obywatelami polskimi zawierane były wyłącznie w celu legalizacji pobytu cudzoziemców na terytorium RP. Nie sposób jednak nie zauważyć, że część z tych małżeństw posiada właśnie taki charakter. Niekiedy odbywa się to za obopólną zgodą, a czasem kosztem uczuć i majątku obywatela polskiego, bowiem małżeństwo rodzi określone skutki także w sferze cywilnoprawnej. Z kolei dla cudzoziemca nielojalnie wstępującego w związek małżeński, w przypadku, gdy nie chce lub nie może on znaleźć pracy, ślub z obywatelem polskim jest po prostu tańszy i łatwiejszy od legalizacji pobytu ze względu na inne przesłanki, jak studia, czy prowadzenie działalności gospodarczej. Występowanie tego zjawiska znacząco ułatwiają

[145] Zgodnie z art. 37 krio.

preferencyjne przepisy, w zamierzeniu ustawodawcy mające służyć ochronie dobra, jakim jest życie rodzinne.

ABSTRAKT

Małżeństwo i życie rodzinne są w Polsce prawnie chronione, niezależnie od kraju pochodzenia małżonka obywatela polskiego. Polski system prawny traktuje również w sposób uprzywilejowany cudzoziemców, którzy legalizują swój pobyt w Polsce w na podstawie zawartego związku małżeńskiego z obywatelem polskim. Przykładowo, polskie prawo pozwala na stosunkowo łatwe i szybkie, w porównaniu do innych kategorii cudzoziemców, uzyskanie zezwolenia na pobyt czasowy dla cudzoziemskich małżonków obywateli polskich. Ponadto pozwala ono na uzyskanie zezwolenia na pobyt stały, przy minimalnych wymaganiach (np. nie ma obowiązku posiadania zatrudnienia, stałego źródła dochodu, ubezpieczenia, znajomości języka). W sposób uprzywilejowany traktuje ono także cudzoziemskich małżonków obywateli polskich w zakresie uzyskania obywatelstwa polskiego. Można również wskazać, że cudzoziemiec będący małżonkiem obywatela polskiego korzysta z określonych przywilejów w stosunku do innych grup cudzoziemców, takich jak swobodny dostęp do rynku pracy czy do działalności gospodarczej. Powyższe regulacje są uzasadnione dobrem rodziny, jednak instytucja małżeństwa może być również potencjalnie nadużywana i służyć jedynie celom migracyjnym. Spośród wszystkich podstaw do legalizacji pobytu cudzoziemca w Polsce, małżeństwo jest najszybszą, najtańszą i najwygodniejszą formą osiągnięcia celu migracyjnego. W konsekwencji pozorne małżeństwo mogłoby być najkorzystniejszym sposobem dla cudzoziemca, który chciałby skorzystać z instytucji małżeństwa dla zalegalizowania swego pobytu w Polsce.

Słowa kluczowe: migracja, pobyt cudzoziemca w Polsce, małżeństwa pozorne

Bibliografia

1. Artykuły, opracowania i raporty

Andrzejczuk R. Ochrona rodziny na płaszczyźnie międzynarodowej. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Warszawa 2018, s. 1-61

Żywucka-Kozłowska E., Opalska A. Binacjonalne związki małżeńskie. Kortowski Przegląd Prawniczy Monografie (KPP Monografie). Problemy małżeństwa i rodziny w prawodawstwie polskim, międzynarodowym i kanonicznym. Redakcja naukowa Ryszard Sztychmiler, Justyna Krzywkowska, Marek Paszkowski. Olsztyn 2017, s. 21-30

Narodowska J. Legalizacja pobytu cudzoziemców poprzez zawarcie fikcyjnego małżeństwa. Aspekty prawnokarne w: Uchodźcy – nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle standardów praw człowieka. Olsztyn 2015. Rozdział XII, s. 132-152

Raport Krajowego Punktu Kontaktowego Europejskiej Sieci Migracyjnej: Nadużywanie prawa do łączenia rodzin w Polsce. Fikcyjne małżeństwa oraz fałszywe deklaracje ojcostwa. Warszawa 2012.

Klaus W. Zawieranie małżeństw polsko-cudzoziemskich w celu obejścia przepisów legalizacyjnych. Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych. Zakład kryminologii. Archiwum kryminologii, tom XXXVIII/2016, s. 269-319

Radziszewski P. Małżeństwa polsko-cudzoziemskie o charakterze fikcyjnym a bezpieczeństwo państwa. Przyczynek do problemu, s. 75-93

Żarnowiec Ł. Kolizyjnoprawna problematyka małżeńskich stosunków majątkowych w świetle przepisów nowej ustawy o p.p.m. z 2011 r., s. 77-103. Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Zeszyty Prawnicze 15.1/2015.

Kamarad E. Zastosowanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa – wybrane zagadnienia. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. X, A.D. MMXII, s. 106-118

Sadowski M. Rozwód według procedury talaq w prawie islamu.

Kasprzyk P. Sporządzanie aktów stanu cywilnego na podstawie dokumentów zagranicznych. Uwagi na tle art. 73 ust. 1 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego. Roczniki nauk prawnych. Tom XX, numer 2 – 2010, s. 215-245

Tadla T. J. Rola zagranicznego dokumentu urzędowego w sprawach o potwierdzenie posiadania obywatelstwa polskiego. Kwartalnik Radca Prawny – Zeszyty Naukowe.

Sadowski M. Małżeństwo w prawie islamu. Wprowadzenie. Wydawnictwo nauka i innowacje. Poznań 2015, ISBN 978-83-64864-40-7

Górski M. Ochrona prawa do życia rodzinnego w nowej ustawie o cudzoziemcach. Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. XII, A.D. MMXIV, s. 106-115

Kmak M. Ochrona cudzoziemców przed wydaleniem na podstawie art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Palestra nr 9-10 z 2004

r., 49/9-10(561-562), s. 182-192
Kępińska E. Mechanizmy migracji osiedleńczych na przykładzie małżeństw polsko-ukraińskich. Instytut Studiów Społecznych. Uniwersytet Warszawski. Seria: Prace migracyjne, nr 40. Listopad 2001, s. 1-72
Narożniak A. W kwestii poszanowania i ochrony życia rodzinnego małżeństwa cudzoziemca z obywatelem polskim w prawie o cudzoziemcach. Stan obecny i projektowany. Studia Prawa Publicznego 2013, nr 2, s. 101-126

2. Źródła internetowe

Sylwia Chrabałowska. Ślub z muzułmaninem to jak zasiąść do rosyjskiej ruletki (www.portal.abczdrowie.pl)
Helena Łygas. Są dwa typy Polek, które wychodzą za muzułmanów - mówi Anita. W domu męża w Pakistanie przeżyła piekło (www.kobieta.wp.pl)
Ewa Bochenko. Wyrwała się z islamskiego piekła. Stałam się rzeczą. Obiektem seksualnym. (www.plus.wspolczesna.pl)
Agnieszka Świderska. Polki mówią o miłości. Urzędnicy o wyrachowaniu. (www.gloswielkopolski.pl)
Wyroki za fikcyjne małżeństwa z Wietnamczykami. (www.newsweek.pl)
Miłość do cudzoziemca natrafia na przeszkody. Czy partner może zamieszkać w Polsce? (www.prawo.gazetaprawna.pl)
Przez internet – tak coraz częściej zaczyna się miłość. (www.imm.com.pl)
Miłość z internetu. (www.e-marketing.pl)
Małżeństwo, ślub z muzułmaninem (www.karta-pobytu.pl)
Małżeństwo, ślub z muzułmaninem (www.e-rozwod24.pl)
Arabskie love story (www.kobieta.pl)

Kamil Gaweł
(absolwent Uniwersytetu Wrocławskiego)
ORCID: 0000-0002-3281-213X

Jane Jacobs i miasto „samoorganizujące się”

Jane Jacobs and the Self-Organizing City

ABSTRACT
The article describes the concept of a "self-organizing city" by Jane Jacobs. The author, referring to the reflections of Wade Graham, analyzes Jane Jacobs texts, paying attention to elements typical of new urbanism. Numerous texts by the author (written between 1936 and 1995) are subject to analysis. Texts from the late 1930s are analyzed, being the seeds of the famous "Hudson Street ballet". The second part of the text is devoted to the article "Downtown is for People" from 1958, in which the theses from the most famous book by Jane Jacobs - "The Death and Life of the Great American Cities" are largely presented. The text of this book is also confronted with the thoughts of Wade Graham in the last part of the text.

Keywords: Jane Jacobs, Robert Moses, Wade Graham, self-organizing city, new urbanism

,,Człowiek nie musi wyjeżdżać z Nowego Jorku, żeby mieć całą zieleń, na jaką ma ochotę- mnie nie cieszy nawet źdźbło trawy, dopóki nie mam pewności, że pod ręką jest jakieś metro albo sklep z płytami, albo jakiś inny znak, że ludzie nie muszą się tylko życiem martwić.[1]”

-F.O' Hara

W moim tekście skupię się na przedstawieniu koncepcji ,,miasta samoorganizującego się” J.Jacobs, poprzez analizę tekstów J.Jacobs i skonfrontowanie ich z tym jak te pojęcie (oraz pojęcie ,,nowego urbanizmu”) opisywał Wade Graham. Wybór takiego tematu jest zrozumiały, choćby w świetle uwagi Samuel Zippa, oraz Nathan Storringa, że problem miejskiej różnorodności, czy relacji między mieszkańcami miasta (bez wątpienia są one częścią

[1] D.Sudjic, *Język miasta*, Kraków 2017, s. 11.

w dyskusji o koncepcji „miasta samoorganizującego się") to dwa z trzech cieszących się największa popularnością wątków w twórczości J.Jacobs z przełomu lat pięćdziesiątych oraz sześćdziesiątych[2].

Podstawę tego tekstu stanowi oczywiście analiza najistotniejszego dzieła J.Jacobs, czyli „Śmierć i życie wielkich miast Ameryki"[3]. Niemal tak samo ważna była analiza tekstów zebranych w tomie „Wielkie małe plany: zbiór krótkich tekstów", która obejmuje eseje J.Jacobs z lat 1934-2006. Pozycja ta zawiera również słynny, oraz wpływowy esej „Śródmieście jest dla ludzi" z 1958r[4]. Centrum Architektury w 2020r. wydało również w postaci powieści graficznej biografię czołowego przeciwnika J.Jacobs, nowojorskiego architekta R.Mosesa[5], co bez wątpienia jest dowodem na zainteresowanie jej postacią (ich relacja w tej pozycji jest przedstawiona na ogół na zasadzie absolutnej opozycji, stanowiąc podstawę charakterystyki działalności obojga[6])Naturalnie korzystam też z ogólnej poświęconej miastu literatury. Jako najcenniejsze dla tego tekstu należy uznać: „Miasto" Deborah Stevenson[7], „Język miasta" Deyan Sudjic, oraz oczywiście „Miasta wyśnione: siedem wizji urbanistycznych które kształtują nasz świat" W.Grahama[8].

Za kluczową dla tego tekstu bowiem należy uznać definicję nowego urbanizmu sformułowaną przez W.Grahama[9], który za najistotniejsze cechy tego pojęcia uważa: architektura normowana, różnorodność w granicach określonych normami, planowanie dzielnic oparte na tradycyjnych skupiskach, możliwie jak najbardziej zagęszczona siatka ulic (liczne promenady- generalnie „dominacja" ulicy w życiu miasta[10]), przemieszane

---

[2] Piszą oni: „Czytelnicy szczególnie cenią sobie kilka scen z tego okresu pracy Jacobs: otwierający *Śmierć i życie wielkich miast Ameryki* „atak na obowiązujące metody planowania i przebudowywania miast", jej cztery „źródła różnorodności w miastach" (duże zagęszczenie, łączenie funkcji, małe kwartały i ochronę niedrogich budynków), oraz rzecz jasna uwielbiany przez wszystkich „chodnikowy balet". S.Zipp, N.Storring, *Wstęp* [w], *Wielkie małe plany: zbiór krótkich tekstów* J.Jacobs, Kraków 2016, s.17.

[3] J.Jacobs, *Śmierć i życie wielkich miast Ameryki*, Kraków 2014. W pracach nad tekstem korzystałem z pierwszego polskiego przekładu tej pozycji, wydanego przez Centrum Architektury w 2014r.- jest to oczywiście dowód na żywotność jej koncepcji w polskich dyskusjach o miejskości.

[4] „Śródmieście jest dla ludzi" utorowało J.Jacobs drogę do napisania „Śmierć i życie...". Ogromna część jej przemyśleń z *opus magnum* występuję już w części teksów z tej publikacji- by wspomnieć tylko o znaczeniu chodników, oraz roli piechurów. J.Jacobs, *Wielkie małe plany...op. cit*., s.127-144.

[5] P.Christin, O.Balez, *Robert Moses: ukryty władca Nowego Jorku*, Warszawa 2020.

[6] Celnie watek ich relacji opisuje D.Sudjic: „Dla Jane Jacobs- autorki *Śmierci i życia wielkich miast Ameryki*, pełnej oburzenia odpowiedzi na to, co zrobił z Nowym Jorkiem, zwłaszcza na plan poprowadzenia autostrady Greenwich Village – Moses był diabłem wcielonym." D.Sudjic, *op. cit*., s.173.

[7] D.Stevenson, *Miasto,* Gdańsk 2019r.

[8] W.Graham, *Miasta wyśnione: siedem wizji urbanistycznych, które kształtują nasz świat*, Kraków 2016.

[9] Tytułowe „miasto samoorganizujące się" to określenie również przez niego użyte na opisanie koncepcji J.Jacobs. Na użytek tego tekstu będą uważał wymienione cechy za konstytutywne również dla tego pojęcia. W.Graham, *op. cit*., s.185.

[10] Jest to jeden z najważniejszych elementów myśli J.Jacobs. Tak np. M.Dymnicka zwraca uwagę na fakt, że J.Jacobs: „(...) poszukiwała miejskości w różnorodności funkcjonalnej miasta, dzielnicy, ulicy. Tej ostatniej poświęciła szczególnie dużo miejsca, upatrując w niej źródło miejskości". M.Dymnicka, *Współczesne oblicza...*

użytkowanie dzielnicy, transport kombinowany (dzielnice przyjazne zarówno pieszym, jak i komunikacji publicznej)[11]. Ten autor, w innym miejscu swojego opracowania, zwraca również uwagę na fundamentalne znaczenie pozytywnych i naturalnych relacji między mieszkańcami w koncepcji J.Jacobs. Również tej cechy jej twórczości będę „poszukiwał" w analizowanych tu tekstach[12]. Wymienione przez niego cechy do pewnego stopnia wiąż się z tym co sama J.Jacobs uważała za „najważniejszy fragment" „Śmierć i życie..." czyli cztery warunki zachowania różnorodności[13]. Pamiętać należy oczywiście, że refleksja J.Jacobs do części cech odnosi się nie poprzez postulowanie zmian w jakimś kierunku (choć tak bywa, szczególnie w dziele o fundamentalnym znaczeniu dla powstania nowego urbanizmu, czyli w „Śmierć i życie..."), ale zauważenie pewnych stanów i pozytywną ich ocenę (tak jest np. w przypadku tekstów z pierwszego okresu twórczości).

Problematyka urbanizmu nie jest bez wątpienia typowym przedmiotem dociekań z zakresu doktryn politycznych i prawnych. W tym kontekście bliskie są mi refleksje Michała Jaskólskiego z tekstu „Problem zwierciadła. O interdyscyplinarności historii doktryn"[14]. Jego sposób uprawiania dyscypliny nazywana jest niekiedy modelem kulturowo-interdyscyplinarnym- w tym ujęciu uprawianie tej dyscypliny wymaga sięgania do różnych dziedzin nauki[15].

Embrionalna postać „baletu na Hudson Street": teksty z lat 1936-1940

Typowa cecha stylu pisarskiego J.Jacobs jest opisywanie życia miasta przez pryzmat pozornie mało znaczących anegdotek. Mają one na celu, pod pozorem prozaicznych obserwacji,

---

op. cit., [w:] *Miasto, ekonomia, kultura: księga dedykowana...dz*.cyt*.,* P.Kisiel, A.Urbaniak, K.Warmińska-Zygmunt (red.)*,* s.70. Swój stosunek do ulicy sama autorka dobitnie wyraziła w eseju „Śródmieście jest dla ludzi" pisząc, że „Najważniejszą jednostką w śródmieściu jest właśnie ulica, a nie budynek." J.Jacobs, Wielkie małe plany... *op. cit*., .s.134.

[11] W.Graham, *op. cit*., s.227-228.

[12] W. Graham zauważa, że: „Miasto to nie tylko szkoły, mieszkania, parki i gmachy, ale wzajemne relacje między nimi, ich mieszkańcami i użytkownikami.". *Ibidem*, s.200.

[13] Należą do nich: 1) Dzielnice spełniające więcej niż jedną funkcję; 2) kwartały o krótkich bokach ; 3) Sąsiedztwo budynków o różnym wieku; 4) Odpowiednio wysokie zagęszczenie ludzi. Do tego ostatniego problemu wracam w ostatniej części tekstu. J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*., s.164.

[14] M.Jaskólski, *13 różnych esejów o historii myśli politycznej i nie tylko,* Warszawa 2013, s.45-75.

[15] Tak zauważają choćby M.Maciejewski, oraz T.Schefffler w tekstu „O doktrynologii. Rozważania dotyczące przedmiotu oraz metody doktryn politycznych i prawnych": „Trzeba podkreślić, że postulowany przez Jaskólskiego model kulturowo- interdyscyplinarny wymaga nie tylko wielkiej wiedzy humanistycznej (literatura piękna, historia kultury i sztuki, filozofia), ale również nieprzeciętnych umiejętności myślenia pozwalających na jej sensowne połączenie z historią myśli politycznej i prawnej, oraz na związana z tym zdolność do prawidłowej interpretacji zgromadzonego materiału badawczego". M.Maciejewski, T.Scheffler, *O doktrynologii. Rozważania dotyczące przedmiotu oraz metody doktryn politycznych i prawnych*, [w:] Myślenie o polityce i prawie: przedmiot, metoda, praktyka, Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewsk, (red.), Warszawa 2015.

ukazać ukrytą głębię ludzkich relacji[16]. Zanim przyjrzymy się bodaj najbardziej popularnemu fragmentowi jej twórczości, czyli „baletowi na Hudson Street" warto zwrócić uwagę na inne, mniej znane tego typu przedstawienia miejskiej różnorodności. J.Jacobs i jej sposób opisu życia miasta (takie jak te poniżej) można za M. Dymnicką połączyć z tzw. „codziennym urbanizmem". W tekście „Współczesne oblicza miejskości" zwraca ona uwagę na fakt, że podobnie jak twórcy „codziennego urbanizmu" tak J.Jacobs „poszukiwała miejskości w różnorodności funkcjonalnej miasta, dzielnicy, ulicy"[17]. We wszystkich trzech fragmentach w szczególności widać, sympatię do tradycyjnego handlu, oraz centralne znaczenie opisu ulicy dla tekstu - w tekście „Uwaga, studzienka!" ten stosunek do ulicy nabiera on szczególnego, dosłownego znaczenia.

W tekście „Brylant świecie i w popiele" z 1936r. J.Jacobs opisuje funkcjonowanie jubilerów z ulicy Bowery. Zasadniczą część tekstu stanowią drobiazgowe opisy zachowania sprzedawców, oraz przedmiotów stanowiących przedmioty transakcji[18]. Podsumowuje go ona opisem ulicznego życia, dającym dobry obraz embrionalnej formy przyszłego „baletu na Hudson Street": „Na zewnątrz, na ulicy Bowery, kłębi się donośne, burzliwe życie Lower Est Side. Huczy kolejka nadziemna, ciężarówki przejeżdżają z łoskotem Chińczycy z Mott Street przechodzą drobnym krokiem, urywki obcych języków przemykają obok ucha i gubią się wśród egzotycznych i odpychających języków.[19]"

Kolejny tekst, który warto przywołać to „Kiedy kwiaty przyjeżdżają do miasta" z 1937r. Opisuje w nim ona funkcjonowanie hurtowego handlu kwiatami, odbywającego się w okolicach Dwudziestej Ósmej ulicy i Szóstej Alei. Podobnie jak poprzednie i tu mamy szeroki wgląd w codzienną pracę w tym sektorze: rytuały towarzyszące odbiorowi towaru, sprzedaży kwiatów (klientela zmienia się wraz z porami dnia), czy zarys struktury etnicznej sprzedawców[20]. W tym tekście pojawia się również inny ważny wątek jej twórczości

---

[16] Tak problem charakteryzują S.Zipp, oraz N.Storring uwagę z jaką śledzi różne przejawy miejskości podsumowują nazywając ją „miejską przyrodniczką". S.Zipp, N.Storring, *Część pierwsza, Przyrodniczka miejska 1934-1952* [w:], *Wielkie małe plany... op. cit*., J.Jacobs, s. 42.

[17] Opisuje również szeroko ten nurt: „Jego twórcy, John Chase, Margaret Crawford, John Kaliski nawiązują do tradycji konstruktywistycznej, koncentrując uwagę na znaczeniu zamieszkiwanej i użytkowanej przestrzeni społecznie wytwarzanej.". M.Dymnicka, *Współczesne oblicza... op. cit*., [w:] *Miasto, ekonomia, kultura: księga dedykowana...op.cit.,* P.Kisiel, A.Urbaniak, K.Warmińska-Zygmunt (red.), s.70.

[18] Składają się na nie choćby: XIX-wieczny francuski zegar, kamienie wartościowe należące do europejskiej arystokracji, czy biżuteria należąca do Rudolpha Valention. Częściowo sensacyjny ton tekstu można tłumaczyć koniecznością walki o uwagę czytelników *Vogue*, w którym ukazał się tekst. J.Jacobs, *Wielkie małe plany, op. cit.,* s. 51-52.

[19] Kawałek dalej wspomina również o gmachu sądu przy Foley Square, który obecnie nosi imię sędziego Sądu Najwyższego Thurgooda Marshalla- pierwszego czarnoskórego sędziego w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych. *Ibidem,* s.53.

[20] *Ibidem,* s.54-55.

- podkreślanie znaczenia lokalów dla życia społeczności, oraz budowania ,,miejskiej różnorodności"[21]- wrócę do niego jeszcze w dalszej części tekstu.

To co łączy oba te teksty, to fakt, że autorka z sympatią odnosi się do lokalnego, drobnego handlu. Ten wątek powraca w całej jej twórczości- tak np. w 1995 r. w tekście ,,Regulacja handlu doprowadzona do absurdy" broniła kupców wietnamskich w emigranckiej dzielnicy Dallas[22].

Podobny do dwóch poprzednich tekstów z tego okresu, jest również ,,Uwaga, studzienka!" opublikowany w magazynie ,,Cue" w maju 1940r. Znajdziemy tu szczegółowe opisy funkcjonowania nowojorskiego systemu tub pneumatycznych, służących przesyłaniu przesyłek pocztowych. Poza tym podziemnym ,,spaghetti", tekst przywołuje szczegółowa charakterystykę wyglądu studzienek[23]. Podobnie jak w innych tekstach, także tu odnajdziemy przedstawienie tytułowego problemu tekstu na tle całości życia Nowego Jorku. Dobrze oddaje to początkowy fragment artykułu: ,,Prawdopodobnie najstarsze wciąż istniejące pokrywki studzienek położyła firma Croton Water Company, włączona później do wodociągów miejskich, której sieć ciągnęła wzdłuż Amsterdam Avenue od Sto Siedemdziesiątej Trzeciej Ulicy do zbiornika przy Dziewięćdziesiątej Trzeciej.[24]"

Śródmieście jest dla ludzi- synteza obserwacji z lat 50-tych

W 1955r. J.Jacobs rozpoczęła pisanie artykułów dla rubryki ,,Budowanie miast" dla ,,Architectural Forum"[25]. Dokonam analizy tekstu z tego okresu, mającego szczególne znaczenie zarówno dla mojego tekstu, jak i twórczości J.Jacobs. ,,Śródmieście jest dla ludzi" to tekst bez, którego być może nie powstałoby ,,Śmierć i życie wielkich miast Ameryki", jak pisze bowiem S.Zipp, oraz N.Storring ,,Zamieszanie wokół *Śródmieście jest dla ludzi* przyciągnęło uwagę Fundacji Rockefellera. Zgodziła się ona wesprzeć Jacobs w prowadzeniu badań i napisaniu książki, która przeszłą do historii i jako *Śmierć i życie wielkich miast*

[21] W tym tekście opisuje ona Dann's Restaurant. J.Jacobs podkreśla jego znaczenie dla handlu kwiatami w tej okolic, pisząc: ,,W pobliżu portu znajdował się lokal zwany Dann's Restaurant, prowadzony przez kierowcę tramwaju konnego. Czynny był całą noc, ponieważ przychodzili tam inni kierowcy. Kupcy i sprzedawcy kwiatów zaczęli się tam zbierać, żeby ubić interes, aż w końcu stworzyli w tym miejscu dość dobrze zorganizowany targ." *Ibidem,* s. 55.

[22] *Ibidem* s. 304.

[23] Ze szczegółami analizuje napisy opisujące studzienki, oraz miejsca ich występowania, np.: studzienki New York Mail and Newspaper Tube Company występują od Sto Dwudziestej Piątej Ulicy, ciągnąc się ,,aż po Brooklyn". *Ibidem,* s.60.

[24] Dalej zwraca uwagę, że na studzienkach występują wzór pochodzący jeszcze z czasów wojny secesyjnej (dwie gwiazdki i napis ,,Croton Water"). *Ibidem,* s. 58.

[25] S.Zipp, N.Storring, *Część druga: Budowanie miast,1952-1965* [w], *Wielkie małe plany... op. cit.*,,, J.Jacobs, s.79.

Ameryki”.[26] „Śródmieście jest dla ludzi” jest też swego rodzaju syntezą tekstów pisanych od 1952r. dla „Architectural Forum”[27].

Tekst „Śródmieście jest dla ludzi”, co zrozumiałe, to już w zasadzie zapowiedz najbardziej znanych wątków z „Śmierć i życie...”. Odnajdujemy tu aprobatę wobec cech wymienione przez W. Grahama, takich jak: różnorodność architektury, zagęszczenie ulic, transport kombinowany, czy przemieszanie funkcji dzielnicy.

Artykuł ten rozpoczyna J.Jacobs od krytyki dominujących w zabudowie planów, będących zaprzeczeniem tego co W.Graham opisywał jako potrzebę zachowania różnorodności. Pisze ona bowiem, że „Jeżeli centra miast mają wyglądać w przyszłości tak jak większość dzisiejszych projektów ich przebudowy, możemy się spodziewać monumentalnej nudy. A przecież można zamienić je w miejsca ekscytujące i tętniące życiem- i wcale nie jest tak trudno dowiedzieć się, jak tego dokonać”[28]. Ówczesne plany traktuje jako szkodliwą kontynuację koncepcji (choćby „miasta-ogrodu” Ebenezera Howarda, czy „miasta racjonalnego” Le Corbusiera i R.Mosesa[29]). W „Śródmieście jest...” jako receptę wskazuje „wyjście na spacer” (to zresztą właśnie takie określenia sprawiły, że przez znaczy okres swojej twórczości była traktowana jako mało poważna dyletantka) i samodzielne zbadanie jak już dziś funkcjonują dobrze przez nas oceniane aspekty serca miasta[30].

---

[26] *Ibidem,* s. 82.

[27] *Ibidem*.

[28] J.Jacobs, *Wielkie małe plany... op*. *cit*.„, s.51-52. Dalej J.Jacobs nazywa potencjalne realizacje tych planów „dostojnym cmentarzem”, co jest oczywiście przeciwieństwem pełnej różnorodności (społecznej i urbanistycznej) miejskości, której była zwolenniczką. Określenie „cmentarz” przywodzi również skojarzenia z terminem „Nekropolis”, którym polemizujący z J.Jacobs urbanista L.Mumford określał miasta ogólnie. Jak zauważa we wstępie „Śmierć i życie...”: „Książki takie jak „The Culture of Cities” Mumforda były w znacznej mierze makabrycznymi i stronniczymi diagnozami schorzeń miasta. Doczekało się ono takich określeń jak Megalopolis, Tyranopolis, Nekropolis, ohyda, dyktatura, żywy trup.” J.Jacobs, *Śmierć i życie... op*. *cit*., s.39.

[29] Na określenie koncepcji Le Corbusiera częściej używa się jednak określenia „miasto-promienne” tak choćby w: J.Kościńska, P.F.Micuła, E.Piotrowska, L.Piotrowski, *Miejski kanon* [w:] *Polska z wielkiej płyty*, Kraków 2015, s.48. Jako „miasto racjonalne” koncepcję Le Corbusiera, oraz R.Mosesa opisuje W.Graham: W.Graham, *op.cit,* s.97. Na określenie koncepcji Le Corbusiera można użyć również oryginalnego sformułowania B.Barbera, czyli „miasto słońca”. B.Barber, *Gdyby burmistrzowie rządzili światem:Dysfunkcyjne kraje, rozkwitające miasta,* Warszawa 2014, s. 131. W tym miejscu warto zaznaczyć, że najsłynniejsze użycie tego tego terminu pochodzi od Thomasa Campanelli, autora wydane w 1623r. pozycji „Miasto Słońca”. Autor przedstawia w niej utopijne położone na Oceanie Indyjskim Państwo Słońca, którego jego mieszkańcy nie znają choćby własności prywatnej- „Mają wspólne domy mieszkalne, sypialnie, łózka i wszelkie inne niezbędne rzeczy.”, T.Campanella, *Miasto słońca*, Wrocław, 195, s. 24. Warto w tym miejscu przytoczyć komentarz Jean Delumana dotyczący renesansowych utopii (poza T.Campanellą, przywołuje między innymi Tomasza Morusa, oraz Francisa Bacona), w pozycji „Cywilizacja odrodzenia” zwraca on uwagę na fakt, że: „Utopiści XVI i XVII stulecia są przestarzali w stosunku do swojej epoki i nie rozumieją jej. Podczas gdy umacniał się indywidualizm torując drogę nowej kulturze, oni głoszą rygorystyczny kolektywizm. Gdy na Zachodzie Europy rozwijało się poczucie narodowe, oni poza przestrzenią i czasem budowali państwa bez tradycji i przeszłości – państwa, które były tylko miastami lub grupami miast.”, J.Delumeau, *Cywilizacja odrodzenia*, Warszawa 1993r., s. 282.

[30] Jak pisze bowiem we wprowadzeniu do „Śródmieście jest...” „Niniejszy tekst oparty na założeniu, że najlepszym sposobem na zaprojektowanie śródmieścia jest przyjrzeniu się, jaki użytek robią z niego ludzie- zdefiniowanie jego mocnych stron i wzmocnienie ich”. J.Jacobs, *Wielkie małe plany... op*. *cit*.„, s.130.

Skonfrontowanie obserwacji miasta z planami powinno więc uzmysłowić ich odrealnienie, oraz skierować reformę w stronę poprawiania i odświeżania, a nie radykalnej przebudowy niszczącej też pozytywne aspekty tradycyjnego śródmieścia.

J.Jacobs szczegółowo przedstawia swój stosunek do przemieszczania się pieszo po śródmieściu[31], w tym tekście wyraźnie łącząc go z innym- wyglądem ulicy. W jej ocenie ponieważ „(...) ludzie zazwyczaj poruszają się po śródmieściu pieszo i żeby czuć się dobrze, potrzebują na ulicy wielu kontrastów.[32]" Rozwiązania, które zwiększają atrakcyjność ulicy (oraz czynią przemieszczanie się na piechotę łatwiejszym i przyjemniejszym), to wszelkie elementy nadające jej kontrastowy charakter, takie jak: kościoły, place, zegary, zieleń. Jako przykład miasta, które ułatwia mieszkańcom poruszanie się po śródmieściu (choćby poprzez lokowanie kiosków, słupów z ogłoszeniami kawiarni na świeżym powietrzu, czy flag) wskazuje Fort Worth[33].

W tym tekście odnajdujemy również doskonałe przedstawienie kategorii „przemieszania użytkowego dzielnic". J. Jacobs zwraca uwagę, że dobrze działające śródmieście „(...) żyje dzięki wzajemnemu oddziaływaniu swoich rozmaitych elementów"[34]. Co oczywiście stoi w opozycji do dominującej (wywodzącej się z myśli E.Howarda) koncepcji urbanistycznej, która postulowała oddzielanie poszczególnych funkcji miasta od siebie. Ideałem jest sytuacja, w której dana okolica funkcjonuje „na dwie zmiany", wtedy bowiem mam tam do czynienia z kwintesencją miejskości- licznymi spotykającymi się ze sobą ludźmi[35]. Dobry obraz tego problemu daje w tekście z tego samego kresu co omawiane tutaj „Śródmieście jest...", czyli w „Żywa sieć wzajemnych relacji". Opisuje w nim kompleks Lincoln Center for the Performing Arts, w którym ulokowano obok siebie instytucje kultury, kosztem choćby

[31] Problematyka przemieszczania się inaczej niż samochodem jest stałym elementem jej twórczości. Tak np. w tekście „Piechurzy i oblatywacze" z maja 1956r. Przedstawia swój pozytywny stosunek do architektów, którzy przemierzają swoje miasta na piechotę (tytułowi „piechurzy"). *Ibidem*, s.94-96. Swój krytyczny stosunek wobec dominacji samochodu w komunikacji (odbywającej się kosztem ruchu rowerowego), przedstawiła choćby w przemówieniu „Pedałujmy razem", wygłoszonym podczas konferencji Energy Probe w kwietniu 1985r. J. Jacobs, *Ibidem*, s.252-259.

[32] *Ibidem* s.133.

[33] J.Jacobs, *Ibidem*, s.132. J.Jacobs bardzo wysoko ceniła rozwiązania, które w Forth Worth w Teksasie wprowadził architekt Victora Gruen. Przywołuje jego postać również w „Śmierć i życie...", piszą tam, że „Najsławniejszą sferą pieszą jest ta zaplanowana przez Gruena dla śródmieścia Fort Worth". J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit.*,., s.355.

[34] J.Jacobs, *Wielkie małe plany... op. cit*., s.51-52.

[35] Jako przykład takiego funkcjonowania podaje nowojorski Midtown. *Ibidem,* s. 141. Jako przykład przeciwstawnej tendencji wskazuje w „Śródmieście jest..." Dolny Manhattan. Myśl tę powtarza w „Śmierć i życie...", analizując funkcjonowanie biblioteki w tej okolicy: „Nie przypadkiem Nowojorska Biblioteka Publiczna otrzymuje z tej dzielnicy najwięcej zaniepokojonych telefonów (oczywiście w porze lunchu) z pytaniem: „Gdzie tu jest oddział biblioteki? Nie mogę go znaleźć". Nie ma go, co raczej nie dziwi. Prawie niemożliwe byłoby stworzenie oddziału wystarczająco dużego, żeby obsłużyć kolejki ludzi w porze lunchu i być może po 17, a jednocześnie odpowiednio małego do obsługi garstki użytkowników o innych porach. J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*., s.167-168.

restauracji - ,,To nonsens. Kto idzie prosto z Metropolitan Opera na koncert do filharmonii, a stamtąd na balet? Logicznymi sąsiadami auli są bary, kwiaciarnie, niezinstytucjonalizowane restauracje, studia (…).[36]".

Znaczenie ulicy dla życia miasta- przemyślenia z „Śmierć i życie wielkich miast Ameryki"

Ze względu na objętość tego tekstu trudno mówić o skonfrontowaniu wszystkich cech wymienionych przez W.Grahama z tekstem „Śmierć i życie...". Zdecydowałem się przeanalizować problemy znaczenia ulicy[37], oraz żywych, intensywnych relacji między mieszkańcami. Przytoczę fragmenty, które w mojej ocenie dobrze obrazują ten problem (będę ze względu na współwystępowanie w przytaczanych fragmentach obu cech opisywał te problemy razem). Interesujące nas problemy są poruszane raczej w pierwszej połowie książki (część pierwsza ,,Szczególna natura miast", oraz część druga ,,Warunki gwarantujące różnorodność"[38]). Te moją obserwacją potwierdza zresztą sama J. Jacobs w przedmowie do kolejnego wydania ,,Śmierć i życie" z roku 1992, pisząc: ,,Kiedy w 1958 roku zaczynałam pracę nad tą książką, chciałam tylko opisać jak dobrze działająca miejska ulica mimochodem cywilizuje i uprzyjemnia życie, oraz potępić chwilowe mody w architekturze i urbanistyce, które zabijały te potrzeby i wdzięki, zamiast działać na rzecz ich wzmocnienia. Miało się skończyć na tym co ostatecznie stało się pierwszą częścią książki.[39]".

Najsłynniejszy fragment twórczości J. Jacobs to ,,balet na Hudson Street"[40]. Analizuje ona w tym fragmencie (oraz wielu innych utrzymanych w podobnym tonie i pojawiających się w całym dziele), zachowania swoich sąsiadów wyciągając wnioski dotyczące tego jak powinna wyglądać zdrowa miejska różnorodność. Oto fragment opisy porannego baletu: ,,(...) obserwuję inne poranne rytuały: Pan Halpert odpina wózek na pranie przycumowany do drzwi piwnicy, zięć Joego Cornacchii ustawia przed delikatesami stos pustych skrzynek, fryzjer rozstawia na

---

[36] J.Jacobs, *Wielkie małe plany... op. cit*., s.148.

[37] Uzupełniając komentarz dotyczący problemu ulicy w twórczości J.Jacobs z początku tekstu, można przywołać refleksję D.Stevenson. Zwraca ona uwagę na fakt, że J.Jacobs spopularyzowała jeden z typu przestrzeni publicznej -„typ ulicy" (jeden z trzech wedle klasyfikacji F.Tonkiss). Tak opisuje ten problem: „Wreszcie typ „ulicy"' to miejsce splotu codziennych, przypadkowych spotkań- „podstawowa jednostka życie publicznego w mieście"- które spopularyzowała znakomita komentatorka życia miejskiego Jane Jacobs w sugestywnym opisie „działania chodników". D.Stevenson, *op. cit*., str. 64.

[38] J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*., s.5.

[39] J.Jacobs, *Wielkie małe plany op. cit*., s. 260.

[40] J.Jacobs uważa, że można to funkcjonowanie jej ulicy porównać właśnie do baletu ponieważ „ Poszczególni tancerze i zespoły odgrywają odmienne partie, które jedna w cudowny sposób uzupełniają się i składają w uporządkowaną całość." J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*.,s.167-168. O tym, że obserwacje życia ulicy, a co za tym idzie będących ich konsekwencją opis w „Śmierć i życie...", to ważny element biografii J.Jacobs wspominają również Pierre Christin, oraz Olivier Balez. P.Christin, O.Balez, *op. cit*., s.90.

chodniku składane krzesełko, pan Goldstein układa zwoje drutu na znak, że otworzył już sklep żelazny, żona dozorcy kamienicy sadza swojego pulchnego trzylatka z zabawkową mandoliną na przedprożu, służącym mu za punkt obserwacyjny.[41]".

W ocenie W.Grahama tego typu historie dobrze oddają znaczenie chodnika- przy pełnej życzliwych ludzi ulicy z czasem rodzi się zaufanie[42]. Poza przytoczonymi już wcześniej fragmentami, które wyrażają taki stosunek autorki, warto przytoczy również tekst artykuły, który wprost porusza problem rodzących się między ludźmi relacji- „Żywa sieć wzajemnych relacji" z 1958r. Zauważa ona w nim choćby, że nieformalne stosunki są dobrym środkiem kontroli- bez którego nawet znaczna ilość policjantów niewiele pomoże[43]. Ten ton opisywania życia ulicy jest niekiedy również traktowany z dystansem - D. Sudjic uznaje opis „nostalgicznej wizji spokojnego ulicznego życia Greenwich Village" za mało autentyczny[44]. D.Stevenson całość jej koncepcji (choć jak sądzę, że przed wszystkim fragmenty takie jak „balet na Hudson Street"), określa w dość krytycznym tonie jako „perspektywę miejskiej wioski"[45].

Jeden z najciekawszych, w mojej ocenie, wątków w twórczości J.Jacobs dotyczy jej stosunku do różnorakich lokali- kawiarni, pubów, restauracji. Doskonale obrazuje to jej ocena położonego na Hudson Street baru „White Horse". Wypełnia on dwie funkcje: pełni role „oczu patrzących na ulice[46], oraz miejsca spotkań i zacieśniania więzów[47]. Pierwszą funkcję dobrze oddaje sama J.Jacobs pisząc „Nieznajomi są wielkim atutem ulicy, przy której mieszkam, oraz jej odnóg, zwłaszcza w nocy, gdy bezpieczeństwo jest szczególnie istotne. Mamy szczęście, że obok mieści się bar odwiedzany przez miejscowych oraz kolejne podobne miejsce tuż za rogiem, lecz oprócz tego jest tu także słynny lokal White Horse, który stale przyciąga zastępy nieznajomych z sąsiednich dzielnicy, a nawet spoza miasta.[48]" Drugą, rekreacyjna funkcja

---

[41] J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*., s.69. W środkowej części dnia jest równie interesująco: „Robotnicy portowi, którzy mają dzień wolny, gromadzą się na piwo i pogawędki w barach White Horse, Ideal albo Internationa. Szefowie i zjadacze biznesowych lunchów z firm zlokalizowanych na zachód tłoczą się w restauracji Dorgen i kawiarni Lion's Head. Pracownicy targu mięsnego i naukowcy zajmujący się komunikacją zapełniają stoliki w piekarni.". J. Jacobs, *Ibidem*, s.70.

[42] W.Graham, *op. cit*., s.185.

[43] W tym fragmencie zwraca również uwagę, że właściwie wszystko co pozytywne w mieście zależy od sieci wzajemnych relacji. Na tej samej stronie padają zdania do złudzenia przypominające zachwyt nad miejską różnorodnością wyrażony w „balecie na Hudson Street": „Przejawem tego wzajemnego sieciowego wsparcia są rosyjska herbaciarnia, sklep z norkami z ubiegłego sezonu i wypożyczalnia angielskich samochodów sportowych świetnie prosperujące razem w pobliżu Carnegie Hall. Przykład z tego samego odcinak ulicy to Zaawansowani Metafizycy, Dynamiczni Mówcy i Współpracownicy Camp Moonbeam, którzy odkryli ze mogą zgodnie zmieścić się w studiach, które nadają się też do grania.", także w tym fragmencie widzimy analizę problemu prowadzoną przez pryzmat ulicy. J.Jacobs, *Wielkie małe plany... op. cit*., ,s. 260.

[44] D.Sudjic, *op. cit*., s.225.

[45]Akcentuje jednak również istotne znacznie tej koncepcji. D.Stevenson, dz.cyt..,str.63.

[46] Tak opisuje problem W.Graham. W.Graham, dz.cyt., s.201.

[47]Sama bohaterka tekstu również lubiła zresztą przesiadywać w tym miejscu. P.Christin, O.Balez, *op. cit*., s.90.

[48] Ponieważ lokal działa do 3 nad ranem, „kontrola" zapewniona jest nieomal do świtu. J. Jacobs, *Śmierć i życie...*, s.58. „White Hors Tavern" faktycznie jest słynnym miejscem. Pojawia się choćby w 2 odcinku („Christmas Comes

lokalu jest niejako oczywista, ale i tutaj J. Jacobs potrafi poetycko opisać to codzienne funkcjonowanie zwracając uwagę na „uderzającą i rozgrzewająca fale rozmów i gestów”[49]. J. Jacobs jak widać przedkłada możliwość nawiązania towarzyskich kontaktów, ponad pokusę moralizowania. Zdaje sobie z tego sprawę, stawiając się w kontrze do „(...) purytańskich i utopijnych poglądów na to, jak ludzie powinni spędzać czas wolny (...)”[50]. W pełni utożsamiam się z ta perspektywą.

Ciekawego materiału do analizy problemu działania ulicy, oraz relacji między ludźmi dostarcza również fragment „Działanie chodników- przygotowanie dzieci do życia”. Jednym z typowych przekonań dominujących nurtów w urbanistyce jest teza o szkodliwości bawienia się dzieci na ulicy[51]. Także i na kanwie tego problemy J. Jacobs ma odmienne zdanie. W jej ocenie zabawa na ulicach jest dla dzieci znacznie bezpieczniejsza- świadczą o tym liczne przykłady niebezpieczeństw spotykające dzieci w parkach.[52] Kontrę dla tych dramatycznych historii jest wydarzenie opisane w „New York Times”, podczas którego niezidentyfikowany napastnik popchnął w parku do kanału dziewięcioletniego chłopca. Jego koledzy „(...)wybiegli z parku z powrotem na złe ulice, na których szybko znaleźli pomoc”[53].

Drugi z aspektów działania chodników dobrze oddaje J. Jacobs w kolejnej barwnej opowieści: „Kiedy Pan Lucey, ślusarz, wrzaśnie na jednego z moich synów, gdy ten wybiegnie na ulicę, a następnie doniesie o tym mojemu mężowi przechodzącemu akurat koło zakładu ślusarskiego, mój syn dostaje coś więcej niż tylko lekcje bezpieczeństwa i posłuszeństwa.

But Once a Year”), czwartego sezonu popularnego serialu „Mad Men” (serial zresztą ciekawie pokazuje życie Nowego Jorku w latach 60-tych, a więc okresie kiedy powstało „Śmierć i życie...”). W tym miejscu, na marginesie moich rozważań, warto przytoczyć myśl Mateusza Machaja, który występując w swego rodzaju „obronie seriali” napisał: „Niemniej taka forma rozrywki ma swoje miejsce w życiu człowieka. Pomimo skądinąd słusznej łatki „niższej” formy popkultury i słabszego „stymulanta” naszego mózgu, filmów i seriali nie należy pochopnie wrzucać do kosza. Nadal mogą służyć za ambitny sposób przedstawiania dających do myślenia sytuacji.” M.Machaj, *Gwiezdne Wojny a filozofia polityki: powstanie i upadek pierwszego imperium galaktycznego*, Wrocław 2019, s.XVI.

[49] J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*., s.58.

[50] Ustęp dalej zauważa też, że „Im szerszy wachlarz legalnych zainteresowań (w ściśle prawnym sensie) mogą zaspokoić ulice miasta i znajdujące się przy nich lokale, tym lepiej dla ich bezpieczeństwa i ucywilizowania miasta.”- warto wspomnieć, że w tym miejscu nie mówi już wyłącznie o lokalach gastronomicznych. J.Jacobs, *Śmierć i życie... op. cit*., s.58-59.

[51] Nie będzie szczególnym zaskoczeniem, że w ocenie dogmatycznej urbanistyki miejscem do zabaw są parki (wpływ E.Howarda), oraz place zabaw. J.Jacobs w typowym dla siebie stylu pisze o tym tak: „Gdyby tylko można zabrać te biedactwa z ulicy do parków i na place zabaw ze sprzętem do ćwiczeń, przestrzenią do biegania, murawą która uwzniośli ich dusze!”. *Ibidem,* s. 91.

[52] By przytoczyć choćby historię z nowojorskiego lata 1959r., kiedy to w parku im. Sary Delano Roosevelt grupy wyrostków stoczyły regularne bitwy (między innymi z użyciem karabinów), w wyniku których śmierć poniósł jedenastolatek. *Ibidem* s.92-93. Autorka przytacza też mniej dramatyczne doświadczenie swojego syna: „Bałem się, że dopadną mnie, kiedy będę musiał przebiec przez plac zabaw. Gdyby mnie tam złapali, byłoby po mnie”. *Ibidem* s. 94. J.Jacobs była rodzinną osoba, zaangażowaną w życie swoich synów. P.Christin, O.Balez, *op.cit*.„, s.90.

[53] J.Jacobs, *Śmierć i życie... op.cit*.„.., s.95.

Pośrednio uczą się także, że pan Lucey, z którym nie łączy nas nic oprócz ulicznego pokrewieństwa, czuje się za niego w pewnym stopniu odpowiedzialny[54]. W tym miejscu warto zatrzymać się przy pojęciu ,,ulicznego pokrewieństwa", które J. Jacobs zazwyczaj definiuje jako ,,publiczną znajomość[55]". W jej ocenie rodzące się powoli zaufanie, wynikające z drobnych, codziennych kontaktów- ,,(…) gdy ludzie wpadają do baru na piwo, pytają o radę sklepikarza i udzielają jej kioskarzowi, wymieniają się opiniami z innymi klientami w piekarni, witają skinięciem głowy gapiących się na dziewczyny chłopaków, popijają pod domem w oczekiwaniu na wezwanie na kolację, napominają dzieci (…).[56]" Łącząc je z pożądaną przez mieszkańców wielkich miast prywatnością bardzo wysoko ceni sobie ten rodzaj kontaktu[57]. W mojej ocenie, ten rodzaj kontaktu, to jedna z najciekawszych możliwości jakie oferuje duże miasto.

Niektórzy z ,,publicznych" znajomych, mający odpowiednią charyzmę, lub jakoś wyróżniający się w społeczności mogą stać się ,,lokalnymi postaciami". Taka postacią jest na Hudson Street np.: Joe Cornacchia. Okoliczni mieszkańcy zostawiają klucze do swoich domów w jego sklepie, kiedy np. udostępniają komuś mieszkanie na czas swojego wyjazdu. Także i w tym wypadku kluczem do odczytania tej historii jest wysokie cenienie przez mieszkańców okolicy prywatności. J.Jacobs podkreśla, że mieszkańcy zostawiając u niego klucze mają absolutną pewność, że ten nie będzie w żaden sposób wnikał w ich prywatność-np. chcą się dowiedzieć czegoś o ich życiu[58].

Ciekawą perspektywę na problem znaczenia ulicy, oraz relacji między ludźmi zapewnia analiza fragmentu ,,Znaczenie skupisk", w którym J.Jacobs przedstawia czwarty z ,,warunków zachowania różnorodności"- ,,Potrzebne jest odpowiednio wysokie zagęszczenie ludzi- niezależnie od tego, co ich sprowadza. Dotyczy to również gęstości zaludnienia"[59]. W.Grahama zwraca uwagę na fakt, że ten warunek jest pochodną pierwszego z nich [60]. Choć w jego ocenie nie tylko wymieszanie funkcji wpływa na zagęszczenie ludności, ma na nie wpływ również ,,(...) wskaźnik zaludnienia mieszkań.[61]"

---

[54] Ta historia to niejako jedno z wielu rozwinięć ,,baletu na Hudson Street". *Ibidem,* s. 99.
[55] *Ibidem* s. 72.
[56] Także w tym fragmencie ton jest podobny co w ,,balecie na Hudson Street". *Ibidem,* s.74.
[57] *Ibidem*, s. 76.
[58] *Ibidem,* s.77.
[59] *Ibidem,* s.211.
[60] Który J.Jacobs definiowała następująco: ,,Dzielnica (i możliwe jak najwięcej składających się na nią części) musi spełniać więcej niż jedną podstawową funkcję, a najlepiej więcej niż dwie. Zapewni to obecność ludzi wychodzących na zewnątrz o różnych porach dnia z różnych powodów, korzystających z bogatej infrastruktury. *Ibidem*, s. 165.
[61] W.Graham, *op.cit*., s.203.

W ocenie J.Jacobs, gęste zaludnienie, to oczywiście pozytywne zjawisko[62], co poza wymienionymi wyżej problemami można połączyć jeszcze z cechą ,,planowanie dzielnic oparte na tradycyjnych skupiskach" wyliczenia W.Grahama. J. Jacobs jako przykład miast, w którym pewne okolice funkcjonują dobrze dzięki gęstości zaludnienia wskazuje choćby: San Francisco (Nort Beach), Filadelfia (Rittenhouse Square), Nowy Jork (Brooklyn Heights), czy położony w Bostonie North End[63]. North End w Bostonie jako przykład dobrze funkcjonującej dzielnicy z twórczości J. Jacobs pojawia się również w ,,Miasta wyśnione": ,,Wielu mieszkańców przejęło domy na własność i je odremontowało- z własnych oszczędności, gdyż zaklasyfikowanie dzielnicy jako slumsu przez agendy rządowe praktycznie uniemożliwiało uzyskanie kredytu hipotecznego."[64] Fakt, że była ona zamieszkiwała głównie przez emigrantów (z Irlandii, Europy Wschodniej, oraz Sycylii) ma również znaczenie dla intensywnego ulicznego życia, oraz naturalnych międzyludzkich relacji[65].

Podsumowanie

Wybrane fragmenty najlepiej w mojej ocenie pozwalały zobrazować cechy ,,nowego urbanizmu" wymienione przez W.Grahama. Pierwsze z analizowanych tekstów dobrze pokazują, że pewne wątki w twórczości J.Jacobs, choćby: znaczenie lokalnego handlu, przemieszczania się piechotą, pojawiają się od samego początku jej intelektualnej aktywności. Fakt, że wraca ona do nich często po latach (jak np. do problemu lokalnego handlu) pokazuje, że była przywiązana do niektórych skojarzeń. Najwcześniejsze teksty obrazują również jej bardzo wczesną, niepospolitą ciekawość w dociekaniu do najdrobniejszych elementów miejskiego życia. Esej ,,Śródmieście..." jest już w wielu aspektach (znaczenie ulicy, przemieszanie funkcji, transport kombinowany) zapowiedzią wątków spektakularnie rozwiniętych w ,,Śmierć i życie..."- starałem się zobrazować te relację przywołując w ramach uzupełnienia odpowiednie fragmenty jej najsłynniejszego dzieła. Tekst ,,Śródmieście jest dla ludzi" jest również ciekawą synteza spostrzeżeń wyrażonych w innych tekstach z tego okresu- akcentowałem ten związek odwołując się do tekstów: ,,Piechurzy i oblatywacze", ,,Żywa sieć wzajemnych relacji".

---

[62] Całość tego fragmentu ,,Śmierć i życie..." kończy ona nawet swego rodzaju apelem: ,,Promować należy miejskie życie miejskich ludzi, mieszkających na tyle gęsto i na tyle różnorodnie, by mieli szanse stworzyć jeszcze więcej miejskiego życia". J. Jacobs, *Śmierć i życie... op.cit*.,., s.232.

[63] *Ibidem*, s. 213-214.

[64] W. Graham, *op.cit*., s.195.

[65] Tam również mamy do czynienia z ,,baletem": ,,Pośród budynków mieszkalnych znalazłam bogactwo wspaniałych sklepów spożywczych oraz różnego rodzaju zakładów: tapicerskich, blacharskich, stolarskich, spożywczych. Ulice wypełniały życiem bawiące się dzieci, a także dorośli- na spacerach, na zakupach, na pogaduszkach". J.Jacobs, *Śmierć i życie... op.cit*.,., s.27-28.

Ze względu na rozmiar tego tekstu mogłem na jej *opus magnum* spojrzeć tylko perspektywy części cech wymienionych przez W. Grahama. Decyzję o przedstawieniu na przykładach z tekstu problemu znaczenia ulicy, oraz międzyludzkich relacji uważam z perspektywy całości tekstu za trafny wybór, przez wzgląd na występujący między nimi związek zilustrowałem je za pomocą tych samych fragmentów jej słynnego dzieła. Na koniec, warto pochylić się problemem aktualności przemyśleń J.Jacobs. W mojej ocenie, dwa najbardziej żywotne elementy jej refleksji (z tych, które tutaj charakteryzowałem), to przemyślenia orbitujące wokół ,,baletu na Hudson Street", czyli znaczenie międzyludzkich relacji dla dobrego funkcjonowania miasta, oraz afirmacja transportu kombinowanego. Problem relacji łączących mieszkańców miast jest nierozerwalnie związany z samą istotą miejskości- w tym sensie przemyślenia J. Jacobs mają charakter uniwersalny i mogą służyć wszystkim, którzy zastanawiają się choćby nad poziomem rozwoju życia lokalnej wspólnoty. Warto nadmienić, że nie jest oczywisty katalog zalet, które w jej ocenie wypływają z dobrze funkcjonującej wspólnoty, co może czynić potencjalne wnioski wypływające z lektury jej twórczości bardzo ciekawymi.

W kontekście transportu, przemyślenia J. Jacobs przywołuje choćby Krzysztof Kopeć. W artykule ,,Przekształcenia transportowe miasta służące poprawie jakości życia" uznaje, podobnie jak ja, jej spostrzeżenia dotycząca transportu za cenne, a samą pracę ,,Śmierć i życie..." uważa za przełomową w kontekście planowania miejskiego transportu[66].

ABSTRAKT

Artykuł opisuje koncepcję ,,miasta samoorganizującego się" Jane Jacobs. Autor odwołując się do przemyśleń Wade Grahama analizuje teksty Jane Jacobs zwracają uwagę na typowe dla nowego urbanizmu elementy. Poddawane analizie są liczne teksty autorki (napisane na przestrzeni lat 1936-1995). Analizowane są teksty z końca lat 30-tych, będących zalążkową postacią słynnego ,,baletu na Hudson Street". Druga część tekstu jest poświęcona artykułowi ,,Śródmieście jest dla ludzi" z 1958r., w którym w przedstawione są już w znacznej mierze tezy z najsłynniejszej książki Jane Jacobs- ,,Śmierć i życie wielkich miast Ameryki". Ta pozycja, w ostatniej części tekstu również jest konfrontowana z przemyśleniami Wade

[66] K.Kopeć, *Przekształcenia transportowe miasta służące poprawie jakości życia,* [w:] Prace Komisji Geografii Komunikacji PTG, Gdańsk 2019, s. 35.

Grahama.

Słowa kluczowe: Jane Jacobs, Robert Moses, Wade Graham, miasto samoorganizujące się, nowy urbanizm.

Bibliografia

Barber B., *Gdyby burmistrzowie rządzili światem: Dysfunkcyjne kraje, rozkwitające miasta,* Warszawa 2014.

Campanella T., *Miasto słońca*, Wrocław 1955.

Chrisitin P., Balez O., *Robert Moses: ukryty władca Nowego Jorku*, Warszawa 2020.

Delumeau J., *Cywilizacja odrodzenia*, Warszawa 1993.

Dymnicka M., *Współczesne oblicza miejskości* [w:] *Miasto, ekonomia, kultura: księga dedykowana Profesor Annie Karwińskiej,* Kisiel P., Urbaniak A., Warmińska-Zygmunt K. (red.), Warszawa 2019.

Epstein J., *Wstęp* [w:] J.Jacobs*, Śmierć i życie wielkich miast Ameryk*, Kraków 2011.

Graham W.*, Miasta wyśnione: siedem wizji urbanistycznych, które kształtują nasz świat*, Kraków 2016.

Jacobs J., *Śmierć i życie wielkich miast Ameryki*, Kraków 2014.

Jacobs J., *Małe wielkie plany: zbiór krótkich tekstów*, Kraków 2016.

Jaskólski M., *13 różnych esejów o historii myśli politycznej i nie tylko,* Warszawa 2013.

Kopeć K., *Przekształcenia transportowe miasta służące poprawie jakości życia,* [w:] Prace Komisji Geografii Komunikacji PTG, Gdańsk 2019.

Kościńska J., Micuła P.F., Piotrowska E., Piotrowski L., *Miejski kanon,* [w:] *Polska z wielkiej płyty,* Maciejewski J. (red.), Kraków 2015.

Maciejewski M., Scheffler T., *O doktrynologii. Rozważania dotyczące przedmiotu oraz metody doktryn politycznych i prawnych*, [w:] *Myślenie o polityce i prawie: przedmiot, metoda, praktyka,* Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewsk, (red.), Warszawa 2015.

Pobłocki K., *Jane Jacobs- urbanistka przyziemna. Posłowie do wydania polskiego,* [w] *Życie i śmierć wielkich miast Ameryki*, Kraków 2014.

Stevenson D., *Miasto*, Gdańsk 2019.

Sudjic D., *Język miasta*, Kraków 2017.

Zipp S., Storring N., *Część pierwsza. Przyrodniczka miejska,* [w], *Małe wielkie plany: zbiór krótkich tekstów J.Jacobs*, Kraków 2016.

Marcin Jędrysiak
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0002-2855-4430

Państwo prawa i państwo konstytucyjne w myśli Bohdana Kistiakowskiego

Legal state and the constitutional state in Bohdan Kistiakovsky's views

ABSTRACT

In Poland Bohdan Kistiakovsky remains largely anonymous researcher. This outstanding Ukrainian researcher deserves some attention due to his own concept of the legal state and remarks on methodology.
In Russian and Ukrainian science very often a view is accepted, that Kistiakovsky actually identified the legal state with the constitutional state. Such a nation may however cause some doubts – generally Russian researchers, contemporary to Kistiakovsky, treated constitutional state and the legal state as two separate phenomena. Therefore it seems necessary to analyze potential differences between the legal state and the constitutional state in his thought. It would also be important to include his methodology and remarks regarding some more detailed questions regarding the state.
On that basis, while taking into account his whole thought, it became possible to doubtlessly state that he treats the constitutional state and legal state as two separate phenomena and indicating a model for both of them.

Key words: Legal state, Constitutional state, Russia, Ukraine, State

29 kwietnia 2020 roku minęła setna rocznica śmierci Bohdana Kistiakowskiego (ur. 1868). Postać ta w Polsce pozostaje wciąż nieznana. Kistiakowski był ukraińskim filozofem prawa oraz socjologiem. Zasadnicza część jego dorobku koncentrowała się na dwóch sferach zagadnień: metodologii nauk społecznych (w tym prawnych) oraz rosyjskiej świadomości prawnej. Znany jest przede wszystkim z prób opracowania własnej koncepcji pluralistycznej (syntetycznej) metodologii nauk prawnych, opisanej wstępnie w jego zbiorze tekstów

„Социалние науки и право" oraz słynnego artykułu „В защиту права (Интеллигенция и правосознание)", w którym krytykował nihilizm prawny rosyjskiej inteligencji. Mniej znana jest refleksja Kistiakowskiego dotycząca państwa. Jest to pewnym paradoksem, biorąc pod uwagę, że tematowi temu poświęcił znaczenie więcej miejsca. Był także wykładowcą prawa państwowego na Uniwersytecie Moskiewskim – jego wykłady z roku akademickiego 1908/1909 zostały z resztą spisane oraz wydane[1].

W odróżnieniu od jego refleksji dotyczącej prawa, myśl Kistiakowskiego związana z państwem jest dużo bardziej szczegółowa. Kistiakowski pisał o naturze władzy, konstytucji, państwa konstytucyjnego i państwa prawnego, a także nakreślił uwagi o rosyjskim prawie konstytucyjnym. Wiele jest u Kistiakowskiego refleksji na temat szczegółowych zasad ustrojowych: organizacji parlamentu, sposobu przeprowadzania wyborów, odpowiedzialności rady ministrów czy trójpodziału władzy.

W związku z powyższym, w kontekście Kistiakowskiego mówić można o dość rozbudowanej refleksji dotyczącej konstytucji, państwa prawnego oraz państwa konstytucyjnego. Do tej pory, mimo kilku prób podjętych w nauce rosyjskiej[2] i ukraińskiej[3], kwestie te nie doczekały się odpowiedniego omówienia. Również w nauce polskiej, gdzie Kistiakowskiemu zasadniczo poświęcono jedynie pojedyncze rozdziały w pracach Julii Stanek[4] i Andrzeja Walickiego[5], a także kilka opracowań artykułowych[6] kwestia jego poglądów na wskazane powyżej temat pokazana zostało dość pobieżnie. W nauce zachodniej Kistiakowskiemu poświęcono jedną monografię, która w niewielkim stopniu dotyczy jednak jego poglądów na państwo[7].

Jednocześnie wskazać należy, że Bohdan Kistiakowski nie jest postacią anonimową w nauce niemieckiej oraz rosyjskiej. Jego dorobek znany był Georgowi Jellinkowi[8], Hansowi

---

[1] B. A. Kistiakowskij, *Izbrannoe, Tom 2*, Moskwa 2010.

[2] E. G. Malkowa, *Polityko-prawowaja teoria B. A. Kistiakowskogo: historyko- i teoretyko-prawowye aspekty,* Sankt-Peterburg 2010; W. P. Skworcow, *Liberalno-demokratyczekie idei o gosudarstwie i prawie w uczenii B. A. Kistiakowskogo,* Tambow 2002.

[3] N. Wojtowycz, *Koncepcija prawowoji derżawy u teoretycznij spadszczyni B. O. Kistjakiws'koho,* Lwiw 2016; M. Alczuk, *Filosofija prawa Bohdana Kistjakiws'koho*. *Monohrafija*, Lwiw 2010

[4] J. Stanek, *Rosyjski realizm prawny,* Warszawa 2017, s. 200-205.

[5] A. Walicki, *Filozofia prawa rosyjskiego liberalizmu,* Warszawa 1995, s. 356-418.

[6] M. Jędrysiak, *Życie i działalność Bohdana Kistiakowskiego w latach 1914-1920,* „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze" 2019 nr 10; A. Walicki, Bogdan Kistiakowski i spór o rosyjską inteligencję, „Aletheia" 1988, nr 2-3;Z. Cywiński*, Między <<samoderżaviem>> a nihilizmem : rosyjskie dyskusje o państwie prawnym u zarania XX wieku*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2003, nr 3/2.

[7] S. Heuman, *Kistiakovsky – The Struggle for National and Constitutional Rights in the Last Years of Tsarism,* Cambridge 1998.

[8] J. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie, tom 2*, Warszawa 1924, s. 11, przypis 1.

Kelsenowi[9], Carlowi Schmittowi[10], Ericowi Voeglinowi[11] czy Maxowi Weberowi[12]. Zwłaszcza z Jellinkiem i Weberem Kistiakowski utrzymywał bliskie kontakty. Był też znany w środowiskach rosyjskich liberałów. Z tego też powodu wydaje się uzasadnionym przybliżenie w Polsce elementów myśli tego ukraińskiego teoretyka prawa konstytucyjnego.

Bohdan Kistiakowski – zarys biografii

Bohdan Kistiakowski pochodził ze znanej rodziny kijowskich prawników – profesorem prawa był jego ojciec – Ołeksandr Kistiakowski, zaś doktorem prawa – jego młodszy brat, Ihor. Rodzina Kistiakowskich była ponadto silnie związana z ukraińskim ruchem narodowym, co było przyczyną wyrzucenia Bohdana z gimnazjum nr 1 w Kijowie, a później Uniwersytetu św. Włodzimierza i Uniwersytetu w Charkowie[13]. Bohdan nie ukończył także studiów w Dorpacie (obecnie Tartu w Estonii), tym razem za działalność w kółkach marksistowskich. Z tego powodu dalszą naukę musiał podjąć w Niemczech, gdzie kształcił się pod okiem Georga Simmela i Wilhelma Windelbanda. To pod ich wpływem odrzucił marksizm na rzecz neokantyzmu w wydaniu szkoły badeńskiej. W Niemczech obronił także swój doktorat dot. metodologii nauk społecznych „Gesselschaft und Einzelwsen”[14]. Po powrocie do Rosji wykładał w prawniczym Liceum w Jarosławiu (dzięki pomocy Leona Petrażyckiego), Moskiewskim Uniwersytecie Handlowym oraz Uniwersytecie Moskiewskim. Doktorat uzyskał dopiero w 1916 roku za zbiór tekstów „Социалние науки и право”. W czasie I Wojny Światowej współtworzył ukraińskie instytucje państwowe: napisał ukraińską ustawę o obywatelstwie, był sędzią Senatu (odpowiednik Sądu Najwyższego), współtworzył ustawę o wyborach do ukraińskiego Sejmu oraz działał w ramach Ukraińskiej Akademii Nauk[15]. Został także dziekanem kijowskiego wydziału prawa. Po wkroczeniu do Kijowa bolszewików, Kistiakowski uciekł na Kubań, gdzie doradzał rządowi lokalnej Kubańskiej Republiki Ludowej oraz wykładał na Instytucie Politechnicznym w Katerynodarze (obecnie Krasnodar). Tam,

[9] H. Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht,* Thuebingen 1922, s. 108-111.
[10] C. Schmitt, *Political theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty,* Chicago-London 2005, s. 18.
[11] E. Voeglin, *Integration and spiritual community* [w:] *The theory of governance and other miscellaneous papers, 1921-1938*, Columbia-London 2004, s. 91.
[12] Z pomocą Kistiakowskiego powstały prace Webera: M. Weber*, Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Rußland*, „Heft des Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik” 1906, nr 11; idem, *Rußlands Übergang zum Scheinkonstitutionalismus,* Thuebingen 1906.
[13] L. Depenczuk, *Bohdan Kistiakiws'kij,* Kyjiw 1995, s. 32-34.
[14] Th. Kistiakowski, *Gesselschaft und Einzelwsen. Eine methodologische Studie,* Leipzig 1899.
[15] Zob. M. Jędrysiak, *op. cit*., s. 89 i nast.

29 kwietnia 1920 roku, zmarł z powodu powikłań po operacji[16].

Cel pracy

Celem niniejszego artykułu jest weryfikacja tezy, iż państwo prawne i państwo konstytucyjne w myśli Bohdana Kistiakowskiego oznaczają to samo zjawisko. Pogląd taki obecny jest niekiedy w pracach ukraińskich lub rosyjskich badaczy[17]. Po ustaleniu tej kwestii, wskazane zostaną także cechy konstytucji, państwa konstytucyjnego oraz państwa prawnego, przy zwróceniu uwagi także na postulowany przez Kistiakowskiego sposób organizacji niektórych instytucji państwa. Na tej podstawie wskazany zostanie model państwa prawnego oraz państwa konstytucyjnego w jego myśli.

Państwo prawa a państwo konstytucyjne w rosyjskiej nauce o państwie

W rosyjskiej nauce o państwie kwestia rozróżnienia państwa prawnego oraz konstytucyjnego miała bogatą tradycję. Przedstawiciel tzw. charkowskiej szkoły prawa, Nikołaj Palienko wskazywał na gruncie swojej pracy „Правовое государство и конституционализм", iż istotą państwa konstytucyjnego jest uznanie panowania prawa jak formalnej zasady życia państwowego. Istotą państwa prawa była natomiast realizacja zasady, zgodnie z którą przyjmowane prawa są zgodne z wolą, interesami i ideałami obywateli, a także w ucieleśnieniu najwyższych idei samego prawa – powszechnej solidarności oraz społecznej sprawiedliwości[18]. Państwo prawne było więc według niego czymś więcej, niż tylko prostym synonimem państwa konstytucyjnego. Stanowiło jego wersję rozwojową.

Włodzimierz Hessen, dość niejednoznacznie określał różnice między państwem prawnym a konstytucyjnym na gruncie swojego artykułu „Теория правового государства". Na kartach tej pracy nazywał on państwem prawa państwo, w którym władza wykonawcza i sądowa są podporządkowane władzy ustawodawczej, które uznaje za obowiązujące dla siebie, tak dla władzy wykonawczej jak i dla sądów, tworzone przez nie normy prawne. W swojej działalności, są one związane i ograniczone prawem, stoją pod prawem, a nie zewnętrz prawa lub nad nim[19]. Niekiedy uważa się, że Hessen traktował te pojęcia jak synonimy. Z takim poglądem nie zgadza się jednak Tatjana Grjazanowa, według której Hessen uznawał dwa

[16] L. Depenczuk, *op. cit*., s. 172.
[17] S. I. Maksymow, *Razwitie teorii prawowogo gosudarstwa w Ukraine i Rossii w Konce XIX – naczale XX wiekow* [w:] S. I. Maksymow (red.),,Problemy zakonnosti", Charkiw 2007, s. 7; N. Wojtowycz, *op. cit*., s. 72; A. Lwow, *Teorija prawowogo gosudarstwa B. A. Kistiakowskogo* (krticzeskij analiz), „Izwestija wyższych uczebnych zawedenij. Prawowedenie" 1983, nr 5, s. 95.
[18] N. I. Palienko, Prawowoe gosudarstwo i konstytucjonalizm, „Westnik Prawa" 1906, Kn. 1, s. 162.
[19] W. M. Hessen, *Teorija prawowogo gosudarstwa*, „Westnik prawa" 1905 nr 2, s. 237.

rodzaje konstytucjonalizmu: dualistyczny i parlamentarny. Według tej autorki, Hessen łączy przestrzeganie praworządności z przekształceniem parlamentaryzmu ze zjawiska politycznego w instytucję prawną. Zgodnie z tą interpretacją, państwo prawne stanowi wyższą formę państwa konstytucyjnego.

Za wyższą formę państwa konstytucyjnego uważał państwo prawne także Siergiej Kotlarewski[20], moskiewski uczony, członek Partii Konstytucyjnych Demokratów i deputowany do I Dumy. Uważał on, że państwo prawa jest pojęciem metajurydycznym, zaś państwo konstytucyjne – pojęciem ściśle prawnym, wiążącym się z rozróżnieniem pomiędzy nim a absolutyzmem. Państwem konstytucyjnym nazywał on każde państwo, w którym parlament uczestniczy w tworzeniu prawa. W tego typu państwie gwarantowana jest równość formalna oraz nadrzędność norm ogólnych, płynących z ustaw. W państwie prawnym mamy natomiast do czynienia z tożsamością opinii rządu oraz opinii publicznej[21], niezależnymi sądami[22], ponadto państwo ma zabezpieczać pewne minimum praw podmiotowych[23]. Na państwie prawa wymuszony jest szacunek do prawnej tożsamości każdego członka państwowej całości i związku tych członków. Państwo prawne wyraża tylko ważny ukłon, dążenie wynikające z ustroju państwowego i jego działalności. Państwo prawa odnosić się ma do świata idei, ale idei stale przeradzających się w fakty. Kategorycznie odmawiał stawiania znaku równości między państwem prawa a państwem konstytucyjnym[24].

Także Aleksander Aleksiejew przeciwstawiał państwo konstytucyjne państwu prawnemu. Jego zdaniem główną cechą państwa prawnego jest związanie go prawem. W takim państwie porządek prawny zmienia się jedynie za zgodą parlamentu, nie istnieją akty prawne, za które nikt nie ponosi odpowiedzialności, chociaż istnieć mogą nieodpowiedzialne przed nikim organy. Funkcjonuje także podległe prawu sądownictwo Według Aleksiejewa ustawodawca nie tworzy tak naprawdę prawa, lecz odkrywa prawo zawarte w świadomości prawnej społeczeństwa. Państwo konstytucyjne jest jedynie przesłanką do zaistnienia państwa prawnego[25].

Jak zatem widać, w rosyjskiej nauce o państwie okresu przedrewolucyjnego dość powszechne było odróżnianie państwa prawnego od państwa konstytucyjnego. Zasadniczo rosyjscy teoretycy zgadzali się co do tego, że państwo konstytucyjne jest formą poprzedzającą

[20] S. A. Kotljarewskij, *Wlast' i prawo. Problema prawowogo gosudarstwa,* Moskwa 1915, s. 234 i nast.
[21] *Ibidem*, s. 315.
[22] *Ibidem*, s. 329.
[23] *Ibidem, s*. 344.
[24] *Ibidem*, s. 350.
[25] A. A. Aleksjejew, K uczeniu o parlamentaryzme, „Żurnal Ministerstwa Justycji" 1908, nr 3-4, s. 92-94.

państwo prawa, w pewnym sensie je warunkującym.

Metodologia nauki o państwie Bohdana Kistiakowskiego

Bohdan Kistiakowski pozostawał pod dużym wpływem prac neokantystów szkoły badeńskiej, w szczególności Windelbanda, który był promotorem jego pracy doktorskiej. Proponowana przez niego metodologia badań oparta była na kilku podstawach. Po pierwsze, Kistiakowski odrzucał możliwość stosowania jakiegokolwiek monizmu metodologicznego. Wiązało się to z silną krytyką marksizmu a także nauki prawa opartej wyłączenie na zastosowaniu podejścia prawno-dogmatycznego. Uważał, że to drugie podejście nie jest w stanie wyjaśnić wielu zjawisk z zakresu nauki o państwie, np. władzy. Dogmatycy jego zdaniem błędnie skupiali się na badaniu jedynie zjawisk związanych z państwem, które regulowane są normami prawa państwowego, ew. podstawowych zjawisk prawa państwowego, związanych z organizacją państwa, dla których normy te mają znaczenie regulujące. Pomijają przy tym inne aspekty zjawisk powiązanych z państwem. Uważał tę metodą za czysto klasyfikującą, nie objaśniającą niczego i obejmującą jedynie sferę abstrakcji, a nie rzeczywistości. Krytykował także teorie organiczne, uznając, że dokonywane przez nie analogie społeczeństwa czy państwa do organizmu są całkowicie bezużyteczne w kontekście nauk społecznych, ze względu na inny przedmiot badań[26].

Postulowany model metodologiczny ogólnej nauki o państwie w dużej mierze przypomina wspomnianą już pluralistyczną metodologię nauk prawnych tego autora. Kistiakowski zalecał wielopłaszczyznowe badania państwa, w oparciu o szereg podejść badawczych. Wskazuje na zastosowanie metody historycznej, politycznej, socjologicznej, psychologicznej oraz badań filozoficzno-ideologicznych[27]. Jak twierdził, badanie zjawiska z jednej tylko strony, nie pozwoli na jego odpowiednie wyjaśnienie. Pewnym paradoksem jest jednak, że przez skupienie się w swoich pracach dotyczących państwa na kwestii rosyjskiego prawa państwowego, a nie państwa w ogóle, w twórczości Kistiakowskiego dominuje analiza prawno-dogmatyczna, co sam autor z resztą niechętnie przyznawał. Wynikać to miało jednak z konkretnych uwarunkowań: w ramach wykładów opisywał on swoim studentom państwo prawne oraz Rosję. Nie była jego celem analiza państwa z innych epok czy też prawa innych narodów[28]. Mimo to, w innych artykułach dotyczących pewnych kwestii szczegółowych, widać wyraźnie u Kistiakowskiego próbę zastosowania syntetycznego podejścia, łączącego w sobie

[26] B. Kistiakiws'kij, *Suspilstwo ta indywid,* Lwiw 2012, s. 33.
[27] B. A. Kistiakowskij, *Socialnie nauki i prawo*, Sankt-Peterburg 1998, s. 184.
[28] B. A. Kistiakowskij, *Izbrannoe…,* s. 9.

nie tylko refleksję czysto prawną, ale też historyczną i socjologiczną.

Relacje między państwem a prawem

Jak stwierdza Kistiakowski, w celu określenia czym jest państwo prawne, najistotniejszą kwestią jest zdefiniowanie relacji zachodzącej między państwem a prawem. Prawo i państwo zawsze są ze sobą w jakiś sposób powiązane. Jak uważał ukraiński badacz: państwo opiera się na prawie. Prawo jednak nigdy nie oddaje swoich usług bez odpowiedniej kompensacji: konkretnie poprzez związanie nim tego, kto je stosuje. Zdaniem Kistiakowskiego, w miarę historycznego rozwoju państwa, prawo coraz mocniej zaznacza swoją dominację nad państwem. Ostatecznym rezultatem tego procesu ma być zreorganizowanie państwa przez prawo i przekształcenie go w zjawisko prawne. Takim tworem prawnym jest jednak tylko współczesne państwo prawa. Wcześniejsze formy państwa (Kistiakowski wymienia państwo antyczno-wspólnotowe, teokratyczne, patrymonialne, feudalne i absolutne) czerpały swoją siłę z innych zjawisk niż prawo. Państwo prawne z samej swojej natury, przetwarza wszystkie zachodzące w nim relacje w stosunki prawne. W państwie prawnym proces ten cały czas zachodzi, jednak tylko w jego ramach może się ostatecznie zakończyć.

Skoro jednak państwo jest zjawiskiem prawnym, a jednocześnie tworzy prawo, dochodzi do specyficznej sytuacji: partenogenezy państwa. Rodzi to pytanie, jakie znaczenia dla współczesnego państwa ma prawo? Czy państwo stoi ponad nim? Na problem ten należy spojrzeć zdaniem Kistiakowskiego z dwóch perspektyw: prawniczej i filozoficzno-prawnej. Z prawnego punktu widzenia – państwo jest związane stanowionym przez siebie prawem. Prawo, które zostało ustanowione przez państwo, obowiązuje nie tylko obywateli i inne osoby żyjące na terenie państwa, ale też samo państwo. Nie może ono naruszać norm tego prawa. Może je tylko zmienić, ale jedynie w tych formach, które są wskazane w ustawach oraz konstytucji[29]. Ponadto pewna sfera życia jest wolna bezwarunkowo i bezpowrotnie od jego ingerencji. Państwo nie może nakazać nikomu działań, które stanowiłyby przestępstwo. Państwo prawne zapewnia też swojemu obywatelowi sferę praw, dla których nie może nigdy naruszyć, Jest też związane swoim ustrojem państwowym i nie może zmieniać go wedle własnej woli[30].

Prawo pozytywne nie jest jednak wystarczającym i jedynym nośnikiem całej działalności państwa. Normy prawne, żywe tylko w świadomości prawnej narodu, zamieniają się w prawo pozytywne dzięki działalności organów państwa. Dla Kistiakowskiego prawo jest

[29] *Ibidem*, s. 56.
[30] *Ibidem,* s. 57.

jednak zjawiskiem szerszym: prawem jest każde życiowe przekonanie narodu o powinności występującej w relacjach prawnych. Prawo takie ma być żywe dzięki narodowej świadomości prawnej. Właśnie ta świadomość sprawia, że prawo przedstawia istotna siłę, która wspiera władzę państwową w pewnych granicach i wspiera rozwój państwa. Państwo jest zatem związane nie tylko prawem pozytywnym, ale i prawem, która żyje tylko w świadomości ludzkiej i jeszcze nie uzyskało dokładnego wyrazu w normach prawa pozytywnego. Innymi słowy – wynika z kultury i przekonania. Państwo jest zatem związane jakąś wyższą normą stojącą ponad państwem i nie ustanowioną przez nie samo. Żadna funkcja ani działalność organów państwa nie może przeczyć istniejącemu porządkowi prawnemu. Norma ta ma wynikać wprost z kultury, odbijającej się w ramach świadomości prawnej społeczeństwa[31]. Prawo pozytywne jest w istocie jedynie pochodną tych norm i nie może im zaprzeczać.

Rola ustaw konstytucyjnych – treść panowania prawa

W państwie konstytucyjnym – pisał Kistiakowski – gwarancją ustroju konstytucyjnego jest sama natura władzy. Władza ta jest ograniczona ustawą i realizuje swoje władztwo tylko na jej podstawie. Zwierzchność ustawy jest najważniejszym przejawem panowania prawa. Panowanie prawa składa się według Kistiakowskiego z trzech elementów:

1. Działalność wyższych organów władzy państwowej podlegają prawu wyższego rzędu, tj. konstytucji;
2. Osobie przyznaje się pewną sferę praw osobistych, które ograniczają władzę państwa;
3. Ustawodawstwo powinno by zgodne z narodową świadomością prawną, a organem ustawodawstwa w nim służy narodowe przedstawicielstwo[32].

W państwie konstytucyjnym działalność organów państwa podlega prawu, a wiec ma charakter prawny. Zmiany ustroju konstytucyjnego albo zmiany w organizacji i funkcjach wyższych instytucji państwa, mogą zajść tylko drogą stworzenia nowego ustroju konstytucyjnego. Kistiakowski nie uznawał prawa konstytucyjnego za synonim prawa

[31] Pojęcie świadomości prawnej u Bohdana Kistiakowskiego stanowi pewne rozwinięcie koncepcji świadomości oraz kultury Wilhelma Windelbanda. Według Olgi Charytonowej, która podjęła próbę rekonstrukcji koncepcji świadomości prawnej w ujęciu Bohdana Kistiakowskiego, świadomość ta jest fenomenem złożonym. Pierwszą warstwą są pewne wstępne stałe znaczeniowe (idee, obrazy i wartości prawa naturalnego) obecne w duchowym świecie człowieka jako normy życia społecznego, funkcjonujące często na poziomie intuicji. Drugą warstwą był zbiór zależności dotyczący heurystycznych idei prawnych, obrazów i wartości (wynikających z prawa pozytywnego) w korelacji ze znaczącymi stałymi prawnymi, które istnieją już w umyśle człowieka. Trzecią warstwą był zbiór materiału prawnego informacyjnie przerobionego i odzwierciedlonego na podstawie dostępnych moralnych doświadczeń z życia prawnego człowieka. W tej sferze funkcjonują ideologiczne orientacje społecznego oraz prawnego działania jednostki. A. N. Charytonowa, *Prawo i prawosoznanie w uczenii B. A. Kistiakowskogo*, Samara 2011, s. 134-135.

[32] *Ibidem,* s. 119.

państwowego: odrzucał też rozumienie go wyłącznie jako zbioru ustaw zasadniczych, ustanawiających ustrój państwowy i określających treść, organizację i działalność wyższych organów władzy wykonawczej – w takim wypadku bowiem także monarchia absolutna miałaby konstytucję. Konstytucję Kistiakowski definiuje w inny sposób: jak zbiór głównych albo instytucjonalnych norm prawa, które ustawiają ustrój państwa, posiadającego narodowe przedstawicielstwo oraz określają skład i organizacje wyższych organów władzy państwowej, gwarantując podporządkowanie prawu ich działalności i nienaruszalność pewnych praw człowieka[33]. Czym jest jednak jest konstytucja a czym innym ustawa konstytucyjna w rozumieniu materialnym oraz w znaczeniu formalnym. W rozumieniu materialnym przez konstytucję rozumie się według Kistiakowskiego te ustawy, które w swej treści są najwyższymi albo konstytucyjnymi. Określają one ustrój, organizacje i działalność wyższych organów władzy państwowej, a także prawa zasadnicze obywateli. W rozumieniu formalnym, to ustawy które powstają w określonym porządku, ustanowionym dla przyjmowania ustaw konstytucyjnych, odróżniającym się od sposobu przyjmowania zwykłych ustaw[34]. Jest to pewna paralela do konstytucji pisanych oraz niepisanych. Konstytucje pisane to te, wyrażone w przepisach ustawy, zawarte w jednym albo kilku aktach prawodawczych. Konstytucja, zapisana w jednym akcie, stanowi kartę konstytucyjną. Konstytucja niepisana, składa się przeważnie z norm niepisanego prawa, tj. precedensów i obyczajów, tylko częściowo będąc regulowaną prawem stanowionym. Formalną cechą konstytucji jest także specjalna procedura przeglądu oraz zmiany. Istnienie specjalnych procedur zmiany konstytucji pisanych, Kistiakowski postrzega jako ochronę mniejszości od nacisku przypadkowej większości, która mogłaby despotycznie rozporządzać organami państwa[35]. Procedura nie powinna być jednak zbyt sztywna i trudna do realizacji.

Konstytucje w rozumieniu formalnym nie zawsze są jednocześnie konstytucjami w znaczeniu materialnym. Mogą bowiem czasem zawierać informacje na temat kwestii innych niż ustrój i organizacji władzy – przykładem była według niego niemiecka konstytucja traktująca m.in. o organizacji poczty i telegrafów. Co ciekawe, Kistiakowski bardzo negatywnie oceniał uprawnienia sądów do stwierdzenia zgodności ustaw z konstytucją. Jak twierdził, taka kontrola zagraża konstytucyjnym wolnościom i nienaruszalności konstytucji, a po drugie: hamuje reformy społeczne. Zdaniem Kistiakowskiego (który był socjalistą) prawa człowieka są niekiedy sformułowane w konstytucjach w taki sposób, by sądy uznawały prawa chroniące

[33] *Ibidem*, s. 120.
[34] *Ibidem*, s. 120.
[35] *Ibidem*, s. 136.

interesy pracujących jako przeczące prawom osobistym, gwarantowanym w konstytucji (np. zasadzie wolności gospodarczej). Kistiakowski bardzo pozytywnie oceniał zaś np. ograniczanie swobody działalności gospodarczej w interesie nie tylko posiadających, ale i pracujących (np. ograniczenie swobody umów). Sądy konstytucyjne miały według niego chronić przywileje tych pierwszych.

Ważną konstatacją dla Kistiakowskiego jest to, że dla pisanych konstytucji źródłem prawa może być także obyczaj[36]. Ma on znaczenie także dla rozwoju i zmiany konstytucji państwa. Jako przykład wskazał konstytucję USA, której rozumienie zupełnie się zmieniło, mimo braku zmiany jej tekstu. Świadczyło to o powolnym i ciągłym faktycznym zmienianiu jej treści. Zmieniała się ona jego zdaniem poprzez zmiany obyczajów. Na przykład, odnośnie Francji, Kistiakowski stwierdza, że jakkolwiek francuska doktryna prawa zupełnie odrzuca obyczaj jako źródło prawa, tak wciąż uznaje się za obowiązującą (bez formalnej podstawy) Deklarację Praw Człowieka i Obywatela. Kistiakowski uznaje to za formę obyczaju konstytucyjnego. W kontekście USA za przykład takiego działania uznaje powstawanie nowych norm prawa konstytucyjnego w drodze sądownictwa oraz precedensów – tj. interpretacji norm konstytucji. Normy konstytucyjnego prawa, wynikające z obyczajów i prowadzące do zmiany konstytucji, pomimo ustanowionych form, posiadają nie mniejszy autorytet, ponieważ opierają się na narodowej świadomości prawnej. Ich siła w tym, że są norami prawa zwyczajowego, opartymi na jednakowym stosowaniu i na narodowym przekonaniu, że jest to w istocie prawo. Jest to zatem narodowe przekonanie o powinności i prawnych relacjach. Takie prawo jest żywe i funkcjonuje dzięki narodowej świadomości prawnej i jako takie stanowi istotną siłę, która podtrzymuje państwową władzę w istotnych granicach[37].

Odnośnie konstytucji formalnych, nawet normy zawarte w takiej konstytucji, jeżeli nie dotyczą materii, które powinna regulować konstytucja, nie uzyskują statusu norm konstytucyjnych. Zatem, formalne i materialne pojęcia konstytucji są od siebie różne, częściowo jedynie mogą się ze sobą pokrywać.

Jak zatem widać, według Kistiakowskiego państwo konstytucyjne to po prostu państwo, które posiada konstytucję. Konstytucja to jednak coś więcej, niż akt prawny o najwyższej mocy obowiązującej w państwie. Konieczne jest także, by konstytucja określała ustrój państwa, przy czym ważne jest, by w państwie działał parlament. Konstytucja musi także chronić prawa człowieka oraz gwarantować podporządkowanie prawu działalności organów władzy. Nie

[36] *Ibidem*, s. 147.
[37] *Ibidem*, s. 153.

oznacza to jednak, że państwo konstytucyjne i państwo prawne stanowią dla niego synonimy. Kistiakowski dokonuje w „Социальные науки и право" uściślenia: „Z naszego punktu widzenia, państwo prawne jest w pełni i konsekwentnie rozwiniętym państwem konstytucyjnym. Jako, że wyjaśniamy tutaj zasady, a one najpełniej przejawiają się w pełnie rozwiniętych formach państwowych, to możemy zrównać państwo konstytucyjne z prawnym"[38]. W tym samym przypisie Kistiakowski krytykuje nie do końca jasne wywody wspomnianego już Hessena. Podobnie jak przywołani wcześniej rosyjscy badacze, dla Kistiakowskiego państwo prawne również jest zaawansowaną formą państwa konstytucyjnego, w którym zaszedł pewien stopień przemian oraz nastąpiło pełniejsze przeniknięcie państwa przez prawo.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę bogatą spuściznę Kistiakowskiego, za uzasadnione wydaje się przebadanie jego dorobku w celu określenia różnych cech państwa konstytucyjnego oraz państwa prawnego, tj. takich, które państwo prawa musi posiadać, a które w państwie konstytucyjnym muszą się dopiero wykształcić.

Bohdan Kistiakowski wobec trójpodziału władzy

Krytyka trójpodziału władzy jest niezwykle ciekawym wątkiem w myśli Kistiakowskiego. Autor ten już w „Gesselschaft und Einzelwesen" krytykował Monteskiusza za stosowaną przez niego metodologię i traktowanie państwa na zasadach analogii do żywego organizmu[39]. Nie był także zwolennikiem jego najbardziej znanego dzieła. Uważał trójpodział władzy za niebezpieczną fikcję. Analizując praktyczne działanie ustroju USA, Kistiakowski doszedł do wniosku, że wprowadzenie trójpodziału władzy prowadziłoby do rozstrojenia aparatu państwowego[40]. Przyczynkiem do stwierdzenia tego jest kwestia uchwalania budżetu. Wypracowanie budżetu wymaga bowiem współpracy ze strony kilku władz. Konieczne jest poznanie praktycznych potrzeb finansowych państwa oraz narodu. Te informacje posiada egzekutywa: pisemne wyjaśnienia dokonywane przez administrację na rzecz parlamentu nie są tutaj wystarczające. Pewne rzeczy należy ustalić na drodze ustnej debaty parlamentu. Ministrowie nie mogą jednak w nich uczestniczyć. Również przy tworzeniu nowych ustaw (innych niż budżetowe) konieczne są informacje o tym, jak wpłyną one na życie społeczne. Są to dane, których legislatywa nie posiada. W USA problem ten omija się za pomocą licznych wybiegów, które Kistiakowski uważa za obejście konstytucji. Nie podobało się też

[38] B. A. Kistiakowskij, *Socjalnie nauki*…, s. 328, przypis 381 [4].
[39] B. Kistiakows'kij, *op. cit*., s. 25-28.
[40] B. A. Kistiakowskij, *Socjalnie nauki*.., s. 101.

ukraińskiemu badaczowi nadanie prezydentowi szerokich prerogatyw, które jak twierdził, dawały mu władzę niemal despotyczną[41]. System ten funkcjonować może tylko dzięki specyficznym cechom amerykańskiego społeczeństwa, w innych krajach (np. w Ameryce łacińskiej) przynosząc jedynie niestabilność i anarchię. W Europie przyjęto inny model podziału władzy, oparty na systemie parlamentarnym. System parlamentarny jest w istocie przeciwieństwem trójpodziału władzy – stwierdza Kistiakowski[42]. W Anglii ministrowie mianowani są przez króla wśród członków parlamentu, należących do partii, która wygrała wybory. Tym samym, Gabinet staje się pewną komisją parlamentu, stojącą między nią a parlamentem. W takim wypadku, organ władz wykonawczej staje się uzależniony od ciała ustawodawczego. W istocie nie dochodzi zatem do rozdzielenia władzy, ale ich zjednoczenia ich w ramach parlamentarnego systemu rządu oraz zlania się ich w jedno. Zatem również w tego systemu trójpodział władzy w praktyce nie istnieje[43]. Kistiakowski szeroko cytuje Jellinka, wskazując, że każdy organ państwa przedstawia w ramach swoich kompetencji władzę państwową. Możliwe jest rozdzielenie władzy, ale nie kompetencji[44].

Jeśli istnieje wiele organów wyrażających wolę narodu, to suwerenność nie może być rozdzielona na wiele elementów i nie można pod nazwą władzy rozumieć części elementu suwerenności, która jest zawsze jedna i niepodzielna. Trójpodział władzy w rzeczywistości nie istnieje, a mowa może być co najwyżej o rozdzieleniu funkcji jednej państwowej władzy[45]. Niezależnie zatem od tego, czy mowa o państwie konstytucyjnym, czy państwie prawa, Kistiakowski odrzuca trójpodział władzy jako koncepcję zbędną.

Narodowa reprezentacja oraz nadzwyczajne zgromadzenie

Kistiakowski w swoich pracach bardzo wiele miejsca poświęca parlamentowi oraz sposobowi jego organizacji. Głównym przykładem tych rozważań są jego artykuły z czasopisma „Русская мысль" pt. „Как осуществить единое народное представительство?"[46]. Temat ten poruszał także jako wykładowca prawa państwowego[47]. Kwestia organizacji jednego narodowej reprezentacji (przedstawicielstwa) jest tym bardziej interesująca, że Kistiakowski miał okazje pracować nad wdrożeniem swoich koncepcji w życie: jako członek komisji ds. stworzenia projektu ustawy o wyborach do ukraińskiego sejmu, miał

[41] B. A. Kitiakowskij, *Izbrannoe*…, s. 105.
[42] *Ibidem*, s. 108.
[43] *Ibidem*, s. 109.
[44] *Ibidem*, s. 110.
[45] *Ibidem*, s. 114-115.
[46] B. A. Kistiakowskij, *Kak osuszczestwit' jednoe narodnoe predstawitelstwo?* „Russkaja Mysl" 1907, nr 4.
[47] B. A. Kistiakowskij, *Izbrannoe*…, s. 183-190.

on przez pewien czas realny wpływ na to, jak miało wyglądać prawo wyborcze oraz organizacja parlamentu w istniejącym od kwietnia do grudnia 1918 r. Hetmanacie Pawła Skoropadskiego. Chociaż ustawa nigdy nie weszła w życie, zachował się jej projekt oraz protokoły posiedzeń komisji. Protokoły te, dotychczas nie opisywane, rzucają nieznane światło na poglądy Kistiakowskiego dot. parlamentu.

Artykuły zawarte w „Русской мысли" dotyczą przede wszystkim tego, czy parlament powinien być jednoizbowy czy też składać się z dwóch izb. Jak stwierdzał Kistiakowski, we współczesnej mu nauce dominowali zwolennicy parlamentu dwuizbowego. Pogląd ten opierali na obserwacji systemu brytyjskiego oraz państw federalnych, w których funkcjonowały dwie izby. Za dwoma izbami przemawiać miała w większych państwach rzekoma duża złożoność kwestii, którymi parlament się zajmuje, a także sprzeczności między rozlicznymi grupami społecznymi. To przekładać się miało na większe skomplikowanie organizacji państwa a przez to konieczność dodatkowej analizy przyjmowanego prawa. Istnienie izby wyższej miał uzasadniać także argument, że istnieją one we wszystkich większych państwach[48] oraz koniecznością ograniczenia władzy izby niższej tak, by nie zdominowała ona aparatu władzy. Miała to być izba pośrednia, łagodząca konflikty między egzekutywą a parlamentem. Innym argumentem jest funkcjonowanie legislatywy: izba wyższa naprawiać miała błędy izby niższej. Podwójne rozpatrzenie ustawy oznaczało lepszą jakość prawa[49].

Kistiakowski uważał, że argumenty przemawiające za bikameralizmem są bardzo słabe. Według niego system ten narodził się nie w wyniku działalności rozumu ale w wyniku rozwoju historycznego. Z tego też powodu ma charakter irracjonalny. Jest to wyraz pewnego kompromisu, a nie logicznych rozważań, innymi słowy: wypadkowej relacji faktycznych[50]. Izby wyższe stają się przedstawicielstwem feudałów, dużego przemysłu, wyższej biurokracji i strażnikiem starych przywilejów. Mogą być uznane za cześć narodowej reprezentacji tylko na zasadzie fikcji prawnej. Izby takie miały mieć reakcyjny charakter – szczególnie chodziło mu tutaj o izby zorganizowane na wzór angielski. Jeżeli państwo ma wyrażać sobą narodową jedność i jedność narodowych interesów, to również i parlament powinien wyrażać tą jedność: a to da się uczynić jedynie za pomocą jednej izby – państwo prawne miało bowiem realizować solidarne interesy wszystkich obywateli. Interesy całego narodu powinny być wyrażane w jednym ciele ustawodawczym. W przypadku dwóch izb reprezentowane będą interesy

[48] *Ibidem*, s. 120.
[49] B. A. Kistiakowskij, *Kak osuszczestwit' jednoe narodnoe predstawitelstwo?...*, s . 60-61.
[50] B. Kistiakowskij, *Uczreditelnoe Sobranie* [w:] G. Rachmanow (red.) *Sowremiennyj Gosudarstwennyj stroj,* Moskwa 1917, s. 114.

grupowe, klasowe a nie ogólnonarodowe. Jedna izba lepiej odpowiada także powszechnemu, równemu oraz bezpośredniemu prawu wyborczemu. Jak jednak stwierdzał Kistiakowski, w większych państwach taki system pozostaje fikcją: niemal w całej Europie oraz Ameryce, parlamenty mają dwie izby. Skoro parlament ma odzwierciedlać jedność narodu, dlaczego miałyby istnieć dwie izby, połączone ze sobą tak naprawdę jedynie nazwą? Kistiakowski przytacza argument zwolenników dwóch izb: ma miałoby to odzwierciedlać strukturę społeczną narodu. Kistiakowski nie zgadza się z tym jednak: jego zdaniem to tak jakby w społeczeństwie istniały dwie połowy, które wymagają istnienia dwóch izb je odzwierciedlających[51]. Kistiakowski nie zgadzał się także z tym, że izba wyższa przyczynia się do polepszenia jakości ustawodawstwa: uważał, że w istocie przeszkadza oraz spowalnia przyjmowanie ustaw, co więcej: podkopuje te ustawy, które mają na celu reformy społeczne lub polityczne. Nie ma też żadnych empirycznych dowodów, że prawo przyjmowane przy jego udziale jest lepsze od prawa przyjmowanego przez jednoizbowy parlament. Druga izba często nie jest ani bardziej niezależna ani rozważna od niższej.

Pomimo tego, Kistiakowski widział niekiedy potrzebę tymczasowego zachowania izby wyższej, przy stopniowym ograniczaniu jej kompetencji. Konieczne było jednak, by izba wyższa pochodziła z wyborów powszechnych. W ten sposób parlament dalej stanowiłby jedną, narodową reprezentację. Taka organizacja parlamentu miała być wyrazem istniejącego we wcześniejszych fazach rozwoju państwa układu sił społecznych. Dopiero w przypadku przejścia do wyższych form państwowości, istnienie tylko jednej izby stanie się w końcu możliwe. Potwierdzają ten pogląd Kistiakowskiego wspomniane już protokoły z posiedzeń komisji ds. prawa wyborczego. Podczas obrad wyniknęła ilości izb, które powinien mieć ukraiński parlament. Kistiakowski argumentował, niejako wbrew temu co pisał w swoich artykułach, za dwoma izbami. Jedna izba, jak stwierdzał, może istnieć tylko w tych państwach, które są na wystarczającym poziomie rozwoju, by sytuacja nie wymagała już takiego stabilizatora. Ukraina nie była jeszcze na to gotowa. Jego stanowisko zostało jednak odrzucone w komisji[52].

Protokoły posiedzeń komisji pozwalają także na wskazanie pewnych kwestii, które nie były obecne w jego pracach. W 1918 roku Kistiakowski pozostawał wierny swoim poglądom na temat prawa wyborczego: prawo wyborcze miało być powszechne, równe, wybory miały mieć charakter bezpośredni. Podczas obrad komisji Kistiakowski mocno sprzeciwiał się

[51] *Ibidem*, s. 133.
[52] Centralnyj Derżawyj Archiw Wyszczych Orhaniw Wykonawczoji Wlasti, (CDAWO), f.1216 op. 1 spr. 10, ark. 5.

jakimkolwiek cenzusom majątkowym albo podatkowym[53]. Jednoznacznie też opowiedział się za głosowaniem większościowym w wyborach[54]. Co ciekawe, podczas obrad Kistiakowski wypowiedział się przeciwko nadawaniu praw wyborczych kobietom. Kwestia ta może dziwić ze względu na dosyć postępowe poglądy badacza oraz fakt, że jego żona – Maria Berensztam-Kistiakowska – była znaną działaczką organizacji kobiecych[55].

Kistiakowski szeroko rozważał także kwestię tzw. nadzwyczajnych zgromadzeń. Jak twierdził, idea zwołania takiego zebrania oparta jest na dwóch koncepcjach, o różnym pochodzeniu oraz treści. Po pierwsze, wynikać ma z zasady suwerenność narodu, po drugie: z idei narodowej reprezentacji. Obie one tak samo są istotne w warunkach dziejowego przełomu. Suwerenność ludu Kistiakowski traktował jak matematyczny aksjomat, wobec którego nie ma jest konieczne żadne uzasadnienie. Każdy rozumny człowiek, powinien przyznać tej teorii rację – wskazywał[56]. Kompetencje każdego organu władzy wynikają jego zdaniem tylko z wolu ludu. Wynikać to ma z prawa naturalnego. Granicą tej woli jest jednak zawsze krępowanie wolności osobistej. Na podstawie współistnienia tych dwóch koncepcji, dokonało się ich formalne zjednoczenie w ramach trzeciej idei: idei nadzwyczajnego zgromadzenia[57]. Nadzwyczajne zgromadzenie jest zebraniem przedstawicieli, które posiada pełnię zwierzchniej władzy państwowej, działając w imieniu narodu i wspólnie z nim. Zazwyczaj rozpatruje kwestie ustroju państwowego, organizacji wyższych instytucji państwowych, ich kompetencji, praw narodów, kolonii, reform socjalnych[58]. Zgromadzenie takie jest zbiorem ludowych przedstawicieli, posiadających specjalne upoważnienia, dzięki którym odróżniają się od zwykłego parlamentu. Takie zgromadzenie reprezentuje naród, działający w ramach pełni swojego państwowego zwierzchnictwa. Jego postanowienia nie wymagają żadnej sankcji (tj. zatwierdzenia). Istotą takiego ciała jest to, że jest najwyższym i wyposażonym w najwyższe pełnomocnictwa organem państwa. Decyzje podjęte w ramach nadzwyczajnych zgromadzeń różnią się treścią od zwykłych ustaw. Określają one bowiem cały ustrój państwowy i społeczny, będąc w istocie ustawami konstytucyjnymi. Dzięki wypracowaniu przez organ wyposażony w wyższy autorytet, nadaje im to też większą siłę. Kistiakowski rozważał tutaj kwestię istnienia ustaw o szczególnej, większej mocy prawnej. Skutkiem przyznania im większej mocy jest to, że do ich zmiany uprawnione mogłoby być

[53] CDAWO f. 1064 op. 1 spr. 10, ark. 9.
[54] CDAWO f. 1064 op. 1 spr. 10, ark. 25
[55] M. Bohachevsky-Chomiak, *Feminists despite themselves: women in Ukrainian community life, 1884-1939*, Edmonton 1988, s. 33.
[56] B. Kistiakowskij, *Uczreditelnoe sobranie…,* s. 14.
[57] *Ibidem*, s. 27.
[58] *Ibidem*, s. 27.

tylko inne nadzwyczajne zgromadzenie lub parlament (przy wykorzystaniu specjalnych procedur)[59].

Organizacja rady ministrów

Kistiakowski wiele miejsca poświecił także organizacji rady ministrów. Jego zdaniem odpowiedzialność ministrów jest podstawą ustroju konstytucyjnego. Są oni zobowiązani do informowania parlamentu o swoich działaniach. Jednak żadna konstytucja nie zawiera przepisów pozwalających izbom parlamentu na stawianie ministrów do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Taka możliwość wynika ze zwyczajów istniejących w państwach konstytucyjnych. Ujmowanie pewnych zasad działania tego systemu w ramach ustaw rodziłoby znacznie trudności. Kistiakowski nie widział możliwości prawnego uregulowania sposób wyboru członków rady ministrów wśród członków parlamentarnej większości[60]. Taką kwestię lepiej zostawić uznaniu głowy państwa, przy ryzyku powstania politycznego konfliktu z resztą parlamentu. Nakazanie głowie państwa wybierać ministrów pośród członków większości prowadziłoby do jeszcze większych problemów, szczególnie w sytuacji rozczłonkowania parlamentu i nieprzerwanych kłótni miedzy głową państwa a ciałem ustawodawczym. Nie da się też skodyfikować jedności i solidarności, którymi powinna charakteryzować się cała rada ministrów. Rada ministrów jest według Kistiakowskiego wyrazicielem społecznej opinii państwa oraz praktyczna formą wyrażenia opinii publicznej, woli ogólnej, a nie jedynie większości parlamentarnej.

Kistiakowski nie rozdzielał w tym kontekście państwa konstytucyjnego i państwa prawnego. Wydaje się zatem, iż te uwagi mogą być zastosowane do obu form państwa.

Model państwa prawa i państwa konstytucyjnego według Bohdana Kistiakowskiego

Kwestia przedstawienia modelu państwa konstytucyjnego i państwa prawnego w myśli Bohdana Kistiakowskiego kilkakrotnie była już analizowana w nauce. Zdaniem Mariji Alczuk, Kistiakowski uważał, że w państwie prawa:

1. Organy władzy podporządkowane są prawu;
2. Ustrój sądowy gruntuje się na zasadach prawa;
3. Organizacja państwa oparta jest na konstytucji;
4. Istnieje narodowa reprezentacja;
5. Ustawodawstwo jest podporządkowane normom prawnym;

[59] *Ibidem,* s. 40.
[60] B. Kistiakowskij, *Kabinet Ministrow (I),* „Swoboda i kultura" 1906, Nr 2, s. 100.

6. Działalność urzędów jest ściśle podporządkowana normom prawnym.[61]

Według Sergieja Maksymowa, państwo prawne u Kistiakowskiego można scharakteryzować przede wszystkim dwoma cechami: ograniczonością oraz podległości władzy prawu, a po drugie tworzeniem organów władzy tak samo jak i samego porządku prawnego przez naród. Podstawą państwa prawnego są prawa człowieka i obywatela, które ograniczają władzę państwową, kształtują sferę wyrażenia się i samoidentyfikacji jednostki, w którą państwo nie ma prawa się wtrącać. Praworządność polega na ścisłej kontroli i pełnej wolności krytyki działalności władz. Prawa znajdują wyraz w organizacji władzy, która nie uciska obywatela. Naród jest nie tylko przedmiotem, ale też podmiotem władzy[62]. Podobnie kwestię tę opisuje Natalija Wojtowycz. Jej zdaniem, państwo prawne w ujęciu Kistiakowskiego:

1. Ma realnie działającą konstytucję;
2. Władza jest ograniczona i podległa prawu;
3. Każdy człowieka z osobna i cały naród są podmiotem władzy, co realizuje się poprzez powszechne prawo wyborcze oraz suwerenność narodu;
4. Celem państwa prawnego jest urzeczywistnienie solidarności jego obywateli;
5. Organizacja władzy ma charakter obywatelski;
6. Realizacja i obrona praw podmiotowych oraz prawa do godnego życia;
7. Wysoki stopień kultury prawnej i świadomości prawnej;
8. Sędziowie w takim państwie powinni wyrażać wolę narodu.[63]

Natomiast według Siergieja Lwowa, państwo prawne w wizji Kistiakowskiego posiada pięć cech:

1. Prymat prawa w relacjach wzajemnych między państwem a prawem;
2. Państwo jest ograniczone stworzonym przez siebie prawem;
3. Podstawą państwa prawnego i jego kompetencji jest społeczna solidarność i prawa podmiotowe;
4. Brak poparcia dla trójpodziału władzy, przy deklaracji wyższości władzy ustawodawczej nad wykonawczą oraz sądową;

[61] M. Alczuk *op. cit*., s. 170.
[62] S. I. Maksymow, *B. Kistjakows'kij – wydatnyj ukrajins'kyj filosof prawa,* „Wisnyk Akademiji Prawowych Nauk Ukrajiny" 1997, nr 1 (8), s. 133-134.
[63] N. Wojtowycz, *op. cit*., s. 72-80.

5. Państwo prawne jest tworem stopniowych reform, a nie rewolucyjnych zmian, opartych na przymusie.[64]

Jak twierdzi zaś Zorjana Homeniuk, państwo prawne w ujęciu Bohdana Kistiakowskiego:

1. Buduje swoje relacje z wszelkimi podmiotami prawa na podstawie prawa, przyjąć temu, by wszystkie sytuacje konfliktowe były rozstrzygane ma gruncie prawnym;
2. Organy władzy podległe są prawu;
3. Władza nie jest panowaniem osób, ale realizacją interesów społeczeństwa, ukierunkowanym na dobro powszechne;
4. Prawidłowe działanie funkcji państwa jest uzależnione od aktywnej działalności społeczeństwa i mas – państwo prawne nie może istnieć bez świadomego prawnie społeczeństwa[65;]
5. Tylko państwo rozporządza wszystkimi formami władzy, jednak przybiera ona specyficzne formy;
6. W państwie takim funkcjonuje system parlamentarny;[66]

Wskazane tutaj podejścia należałoby w kilku punktach uzupełnić. Odnośnie przesłanki ograniczenia państwa prawem, wskazać należy, że ma to dwojaki sens: nie chodzi tutaj tylko (jak wskazuje Lwow) o prawo stanowione przez dane państwo, ale też o inne sfery prawa, tak jak te normy, które wynikają wprost ze świadomości prawnej społeczeństwa. Zmiany tej świadomości mogą prowadzić nawet do zmiany konstytucji. Odnośnie koncepcji Lwowa, wątpliwości może też budzić przesłanka ,,wyższości" władzy ustawodawczej nad wykonawczą, skoro sam autor zauważa, że Kistiakowski nie uznaje trójpodziału władzy. Wydaje się, że chodzi tutaj raczej o podporządkowanie administracji oraz ministrów parlamentowi, oraz ich polityczną odpowiedzialność przed parlamentem. Moim zdaniem, wskazani tutaj autorzy nie zauważają istotnej kwestii dotyczącej genezy państwa prawnego, jako wyniku pewnego społecznego kompromisu, owocu pracy całego narodu, a nie jedynie pewnej klasy społecznej. Państwo prawne ma u Kistiakowskiego pewien socjologiczny aspekt: jest organizacją wyrażającą jedność i solidarność całego narodu, a także wyrażającą suwerenność ludu. Ma stanowić najpełniejszy wyraz tej solidarności[67]. W sferze instytucjonalnej wyrażać się to miało

[64] S. A. Lwow, *op. cit*., s. 96.
[65] Homeniuk używa tutaj określenia ,,społeczeństwa obywatelskiego", którym Kistiakowski się nie posługiwał. Z. Homeniuk*, op. cit*., s. 133.
[66] *Ibidem*, s. 131 i nast.
[67] B. A. Kistiakowskij, *Gosudarstwo prawowoe i socialisticzeskoe*, „Woprosy filosofii i psychologii" 1906, Ks. V, s. 470-471.

poprzez podejmowanie podstawowych decyzji przez nadzwyczajne zgromadzenia.

Wskazane cechy państwa prawnego, należałoby moim zdaniem wzbogacić o dość szczegółowe omówienie kwestii ustrojowych, które obecne było w pracach Kistiakowskiego, a które nie doczekało się uwagi badaczy. Po pierwsze, państwo prawne powinno być demokratyczne oraz oparte na istnieniu parlamentu, wyłanianego w wyborach powszechnych, bez jakichkolwiek cenzusów społecznych czy majątkowych. W idealnym systemie, parlament ten powinien być jednoizbowy, tymczasowo jednak pożądane jest istnienie dwóch izb parlamentu. Po drugie, Ministrowie powinni być odpowiedzialni przed parlamentem, który powinien być w stanie ich odwołać. Nie powinna istnieć jednak kolektywna odpowiedzialność rady ministrów. Po trzecie, nie funkcjonuje trójpodział władzy, jednak poszczególne funkcje państwa są odpowiednio rozdzielone pomiędzy organy. Ustrój państwa powinien być opracowany przez nadzwyczajne zgromadzenie, reprezentujące wolę całego narodu i obradujące krótko, *w* celu wspólnego opracowania kompromisowego ustroju państwowego, najlepiej realizującego cele narodu. Państwo prawne Kistiakowskiego jest zatem szczytową wersją rozwojową państwa konstytucyjnego i powinno spełniać następujące cechy:

1. Ma realnie działającą konstytucję;
2. Władza jest ograniczona oraz podległa prawu zarówno stanowionemu, jak i normom prawnym wynikającym ze świadomości prawnej narodu;
3. Naród jest suwerenem, a każdy człowiek – podmiotem władzy;
4. Celem państwa prawnego jest realizacja solidarnych interesów jego obywateli;
5. Władza nie jest panowaniem osób, ale formą realizacji interesów społeczeństwa, ukierunkowanym na dobro powszechne;
6. Istnieje system praw człowieka i obywatela, chroniony przez niezależne sądy;
7. Istnieje sfera wolności, wolna od ingerencji państwa;
8. Funkcjonuje powszechne i równe prawo wyborcze;
9. Istnieje jednoizbowy parlament, reprezentujący interesy całego narodu;
10. Ministrowie są odpowiedzialni przed parlamentem;
11. Nie funkcjonuje trójpodział władzy, jednak funkcje państwa są odpowiednio rozdzielone pomiędzy poszczególne organy;
12. Ustrój państwa jest wypadkową kompromisu między poszczególnymi klasami społecznymi oraz ich interesów;
13. Społeczeństwo reprezentuje wysoki poziom świadomości prawnej.

Wiele tych cech charakteryzuje także państwo konstytucyjne. Niektóre z nich

realizowane są w mniejszym stopniu. Z pewnością również w państwie konstytucyjnym spełnione muszą być warunki wskazane w punktach od 1 do 3, 7, 10, 11, 12. Państwo konstytucyjne nie musi jednak zapewniać pełnej formy realizacji solidarności wszystkich obywateli. Z faktu nieco innego układu społecznego istniejącego na wczesnym etapie istnienia państwa konstytucyjnego, nie w pełni realizuje się też zasada realizacji interesów społeczeństwa. Jak wskazano, zapewnie nie musi w nim też istnieć powszechne i równe prawo wyborcze, a parlament może mieć dwie izby – chociaż i wtedy powinny one służyć interesom całego narodu. Co do stopnia rozwoju świadomości prawnej społeczeństwa, również musi być on wysoki, jednak na pewno społeczeństwo w państwie konstytucyjnym nie musi się charakteryzować tak wysokim stopniem rozwoju tej świadomości jak w przypadku w pełni rozwiniętego państwa prawnego.

Co zwraca uwagę, to że definicja ta łączy w sobie zjawiska zarówno ze sfery prawno-instytucjonalnej, jak i socjologicznej (poprzez odniesienie się do sfery interesów społeczeństwa). Sięga także do sfery aksjologicznej, poprzez odniesienie się do kulturowej sfery świadomości prawnej społeczeństwa, będącej według niego odbiciem funkcjonujących w społeczeństwie wartości. Potwierdza to przynajmniej w części pluralistyczne spojrzenie metodologiczne Kistiakowskiego na zagadnienia związane z państwem.

ABSTRAKT

Bohdan Kistiakowski pozostaje w Polsce postacią niemal zupełnie nieznaną. Ten wybitny ukraiński badacz zasługuje jednak na uwagę chociażby ze względu na próbę stworzenia własnej koncepcji państwa prawnego oraz metodologii nauki o państwie.

W rosyjskiej i ukraińskiej nauce niekiedy błędnie przyjmuje się, iż Kistiakowski utożsamiał państwo konstytucyjne z państwem prawnym. Taki pogląd może jednak budzić pewne zastrzeżenia ze względu na to, że we współczesnej mu rosyjskiej nauce o państwie państwo konstytucyjne stanowiły dwa zupełnie różne zjawiska. Z tego względu konieczne wydaje się dokonanie analizy ewentualnych różnic między państwem prawnym a państwem konstytucyjnym w jego myśli. Uwzględnić przy tym należy jego metodologię nauk o państwie o uwagi na temat szczegółowych zagadnień dot. państwa.

Na tej podstawie, w kontekście całej jego myśli, możliwe stało się jednoznaczne stwierdzenie, iż traktuje on państwo konstytucyjne oraz państwo prawne jako dwa różne byty oraz wskazanie

modelu jednego i drugiego.

Słowa kluczowe: Państwo prawa, Państwo konstytucyjne, Rosja, Ukraina, Państwo

Bibliografia

Aleksjejew A. A., *K uczeniu o parlamentaryzme, ,,Żurnal Ministerstwa Justycji*" 1908, nr 3-4.

Bohachevsky-Chomiak M., *Feminists despite themselves: women in Ukrainian community life, 1884-1939*, Edmonton 1988.

Charytonowa A. N., *Prawo i prawosoznanie w uczenii B. A. Kistiakowskogo*, Samara 2011

Cywiński Z*., Między <<samoderžaviem>> a nihilizmem : rosyjskie dyskusje o państwie prawnym u zarania XX wieku*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2003, nr 3/2.

Depenczuk L., *Bohdan Kistiakiws'kij,* Kyjiw 1995.

Hessen W. M., Teorija prawowogo gosudarstwa, ,,Westnik prawa" 1905 nr 2.

Heuman S., *Kistiakovsky – The Struggle for National and Constitutional Rights in the Last Years of Tsarism,* Cambridge 1998.

Jellinek J., *Ogólna nauka o państwie, tom 2,* Warszawa 1924.

Jędrysiak M., *Życie i działalność Bohdana Kistiakowskiego w latach 1914-1920,* ,,Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze" 2019 nr 10.

Kelsen H*., Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht,* Thuebingen 1922.

Kistiakiws'kij B., *Suspilstwo ta indywid,* Lwiw 2012.

Kistiakowski Th., *Gesselschaft und Einzelwsen. Eine methodologische Studie,* Leipzig 1899.

Kistiakowskij B. A., *Izbrannoe, Tom 2*, Moskwa 2010.

Kistiakowskij B. A., *Kak osuszczestwit' jednoe narodnoe predstawitelstwo?* ,,Russkaja Mysl" 1907, Nr 4.

Kistiakowskij B. A., *Socialnie nauki i prawo*, Sank-Peterburg 1998.

Kistiakowskij B., *Kabinet Ministrow (I),* ,,Swoboda i kultura" 1906, Nr 2.

Kistiakowskij B., *Uczreditelnoe Sobranie* [w:] G. Rachmanow (red.) *Sowremiennyj Gosudarstwennyj stroj,* Moskwa 1917.

Kotljarewskij S. A., *Wlast' i prawo. Problema prawowogo gosudarstwa,* Moskwa 1915.

Lwow A., *Teorija prawowogo gosudarstwa B. A. Kistiakowskogo (krticzeskij analiz),* ,,Izwestija wysszych uczebnych zawedenij. Prawowedenie" 1983, nr 5.

Maksymow S. I., *B. Kistjakows'kij – wydatnyj ukrajins'kyj filosof prawa,* „Wisnyk Akademiji Prawowych Nauk Ukrajiny" 1997, nr 1 (8)

Maksymow S. I., *Razwitie teorii prawowogo gosudarstwa w Ukraine i rossii w Konce XIX – naczale XX wiekow* [w:] S. I. Maksymow (red.),,Problemy zakonnosti", Charkiw 2007.

Malkowa E. G., *Polityko-prawowaja teoria B. A. Kistiakowskogo: historyko- i teoretyko-prawowye aspekty,* Sankt-Peterburg 2010.

Palienko N. I., *Prawowoe gosudarstwo i konstytucjonalizm*, „Westnik Prawa" 1906, Kn. 1.

Schmitt C., *Political theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty,* Chicago-London 2005.

Skworcow W. P., *Liberalno-demokratyczekie idei o gosudarstwie i prawie w uczenii B. A. Kistiakowskogo,* Tambow 2002.

Stanek J., *Rosyjski realizm prawny,* Warszawa 2017.

Voeglin E., *Integration and spiritual community* [w:] *The theory of governance and other miscellaneous papers, 1921-1938*, Columbia-London 2004.

Walicki A., *Bogdan Kistiakowski i spór o rosyjską inteligencję*, „Aletheia" 1988, nr 2-3.

Walicki A., *Filozofia prawa rosyjskiego liberalizmu,* Warszawa 1995.

Weber M., „*Rußlands Übergang zum Scheinkonstitutionalismus",* Thuebingen 1906.

Weber M.*, Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Rußland*, „Heft des Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik" 1906, nr 11.

Wojtowycz N., *Koncepcija prawowoji derżawy u teoretycznij spadszczyni B. O. Kistjakiws'koho,* Lwiw 2016; Alczuk M., *Filosofija prawa Bohdana Kistjakiws'koho*. *Monohrafija*, Lwiw 2010.

Worob'ew M. W., *Projekt <<Gosudarstaw buduszczego>> B. A. Kistiakowskogo kak syntezi idei liberalizma i socializma,* „Kantowskij sbornik" 2015 Nr 4.

Kistiakowskij B. A., *Gosudarstwo prawowoe i socialisticzeskoe*, „Woprosy filosofii i psychologii" 1906, Ks. V.

CDAWO (Centralnyj Derżawnyj Archiw Wyższych Orhaniw Wykonawczoj Wlasti Ukrajiny) F. 1216 op. 1 spr. 10, ark. 5.

CDAWO F. 1064 op. 1 spr. 10, ark. 9.

CDAWO F. 1064 op. 1 spr. 10, ark. 25.

CDAWO F. 1064 op. 1 spr. 10, ark. 41.

Barbara Wątek
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0002-2427-1759

Prawo kosmosu - prawo wobec wyzwań współczesności. Liberalizacja czy stabilizacja?

Space law - the law in the face of contemporary challenges. Liberalization or stabilization?

ABSTRACT

The aim of the article is to present the current state of the space law and to consider possible ways of its development. It covers issues such as actual and future challenges resulting from lack of legal regulations. Lawyers, states, and international organizations are currently facing new tasks. There is recognition of the need to amend the international space law and for this reason there is a need to determine whether space law should be liberalized or stabilized. Based on analysis of the most important ideas of the liberal trend, the possible shape of the new regulations is described. The work is complete with a summary and conclusions regarding the further development of international space law.

Keywords: space law, technology, liberalization, stabilization

Wstęp

We wrześniu 2020 na konferencji *International Astronautical Congress* doktor Ivan'a Fino opublikował rozprawę na temat prawa własności kosmosu[1]. Autor wysnuwał tezę zgodnie, z którą prawo kosmiczne powinno zostać znowelizowane w celu wprowadzenia w kosmosie prawa własności. Ta kontrowersyjna idea zmuszająca do rozważań słuszności pomysłu autora powstała w oparciu o bardzo realny problem. Prawo kosmiczne pozostało niezmienione od lat siedemdziesiątych dwudziestego wieku. Posiada wiele obszarów nieuregulowanych oraz nieuszczegółowionych, które zaczynają stwarzać problem ze względu na bardzo szybki postęp technologiczny.

[1] I. Fino, *An international legal trusty system to deal with the new space era*, Turin 2020.

W roku 2019 obchodziliśmy 50 lecie lądowania człowieka na księżycu. Wydarzenie to rozbudziło poważne marzenia ludzkości o dalszej eksploracji przestrzeni kosmicznej. Od tamtego czasu technika rozwija się w coraz szybszym tempie. Przez ostatnie 52 lata stworzyliśmy nie tylko nowe technologie, ale również nowe możliwości. Aktualnie powstają prototypy załogowych pojazdów kosmicznych „*Starship"* mogące komercyjnie przewozić ludzi na inne planety lub ich orbity[2]. Chińczycy sfinalizowali projekt lądowania po dalekiej stronie księżyca[3]. Japończycy za pomocą satelity przywieźli na ziemię próbkę asteroidy[4]. Nawet na Politechnice Wrocławskiej grupy studentów tworzą projekty marsjańskich kolonii, pokazujące jak może kiedyś wyglądać życie ludzi na Marsie[5]. Załogowe loty komercyjne, życie na innych planetach czy ultranowoczesna eksploracja kosmosu brzmią nieprawdopodobnie, ale stawiają przed nami wyzwania, którym niedługo będziemy musieli sprostać. Przyszłość wymagać będzie od specjalistów z zakresu międzynarodowego prawa kosmicznego, państw, firm i organizacji nowych rozwiązań i propozycji. Stare regulacje, powoli przestają być adekwatne. Ponad 50 lat rozwoju technologicznego sprawiło, że wymagają one nowelizacji oraz poszerzenia zakresu, który obejmują.

Prawo kosmiczne w aktualnym kształcie jest niezwykle liberalne. Posiada niewiele regulacji oraz brakuje w nim wielu norm, przez co pozostawia dużą swobodę działania. Ponieważ wymaga nowelizacji należy rozważyć w którą stronę powinno się zmieniać. W mojej ocenie ze względu na swój niezwykle liberalny charakter powinno zmierzać w kierunku częściowej stabilizacji, zwiększenia liczby przepisów i nowoczesnego podejścia z równoczesnym uszanowaniem dotychczas wypracowanych norm. W poniższej pracy, inspirując się Johnem Stuartem Millem, liberalizację rozumieć będę jako zmierzanie w kierunku dowolności działania, szerokiej wolności indywidualnej, ograniczonej ilości regulacji prawnych[6]. Jej rdzeniem będzie dążenie do dobrowolności, nacisk na indywidualizm, samodzielność i samorealizację. Liberalizacja zawsze będzie sprzeciwiała się nadmiernej ingerencji społeczności międzynarodowej i państwa, oraz stała w opozycji do zinstytucjonalizowania. W przeciwieństwie do niej stabilizacja, zgodnie z myślą Roscoe Pounda będzie dążyła do większej ilości przepisów, osiągnięciu kompromisu między rozbieżnymi interesami państw, firm i organizacji, ochronie porządku oraz zagwarantowaniu

[2] D. Hull, *Elon Musk Unveils Plan for SpaceX's Mars „Starship" Rocket,* Bloomber.com, p. N.PAG 2019
[3] S.Patranobis *In a forst China lands space pobe on dark side of moon hidden form earth,* Hindustan Times 2019
[4] D. Durda, *Space Rock Rendezvous. This summer two spacecraft will bear down their targedt asteroids, preparing to snatch ruble and bring it home to scientists.,* Sky & Teleskope 2018, nr. 135 (6), s. 22-28.
[5] A. Solaniuk [i in.] „*Twardowsky",* The Mars Colony Prize, 2019.
[6] R. H. Popkin, A. Stroll, *Filozofia,* Poznań 1994.

stabilności[7]. Obowiązkiem społeczności międzynarodowej będzie wyważanie interesu ogółu.

Aktualne prawo kosmiczne i jego problemy

Prawo kosmiczne to dziś zbiór różnego rodzaju umów. Najważniejszymi z nich jest 5 traktatów ONZ zebranych w *United Nations Treaties and Princepels of Outer Space*[8], a najbardziej istotnym z nich jest *Outer Space Treaty*, czyli *Traktat o Przestrzeni Kosmicznej*[9]. Jest to podstawowe źródło prawa obowiązującego w kosmosie, które zostało podpisane przez ponad 100 krajów. Jednak wszystkie te akty prawne tworzone były w czasie zimnej wojny jako odpowiedź na wyścig kosmiczny między Stanami Zjednoczonymi, a Związkiem Radzieckim. Nie dziwi więc fakt, że jednym z najważniejszych postanowień Traktatu o Przestrzeni Kosmicznej jest zakaz zbrojeń kosmicznych i umieszczania broni na orbicie oraz ciałach niebieskich[10]. Od lat siedemdziesiątych poprzedniego wieku definicja broni uległa jednak zmianie, sprawiając, że dotychczasowe przepisy się zdezaktualizowały. Zmienił się również sposób i koncepcja prowadzenia wojen. Ponadto wyjątkowo mało przepisów reguluje problematykę innych spraw obronnych. Kwestia zbrojenia budzi bardzo wiele wątpliwości i stała się problematyczna dla społeczności międzynarodowej.

Ponadto od czasu stworzenia przepisów prawa kosmicznego sposób w jaki korzystamy z przestrzeni kosmicznej zmienił się diametralnie. Największą dostrzegalną różnicą stało się zdominowanie udziału firm i programów prywatnych nad państwowymi. Działalność prywatnych firm w kosmosie, która stanowi aktualnie znaczącą gałąź przemysłu państw rozwiniętych, powinna mieć swoje odbicie w przepisach prawa. Problemem okazuje się więc skoncentrowanie aktów prawnych na działalności państw, a nie faktycznych użytkowników kosmosu. Kwestia odpowiedzialności prawnej firm prywatnych za działalność kosmiczną pozostaje w przestrzeni prawa międzynarodowego nieuregulowana, w przeciwieństwie do odpowiedzialności prawnej państw (np. art. VIII Traktatu o Przestrzeni Kosmicznej)[11] budujących i wynoszących w przestrzeń kosmiczną o wiele mniej obiektów.

Niedostosowanie prawa do rozwoju technologicznego sprawia, że nieuregulowane prawnie pozostają sprawy związane z systemami satelitarnymi oraz samymi satelitami

---

[7] A. O. Szpojankowski, *Prawo jako narzędzie inżynierii społecznej w filozofii prawa Roscoe Pounda*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2019, t. 1, s. 94-109.
[8] United Nations, *United Nations Treaties and Princepels of Outer Space*, New York 2002.
[9] United Nations Office for Outer Space Affairs , *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies* („Outer Space Treaty"), 1966.
[10] B. Cheng, *Studies in International Space Law,* Oxford 1997.
[11] United Nations, *United Nations Treaties and Princepels of Outer Space*, New York 2002.

umieszczanymi na orbitach okołoziemskich. Jest to aktualnie jedna z głównych gałęzi przemysłu kosmicznego tworząca również największą liczbę „kosmicznych śmieci". Ich zwiększająca się ilość zaczyna być dużych rozmiarów problemem. W 1995 powstały pierwsze zalecenia NASA co do sposobu projektowania satelitów, który umożliwia deorbitację urządzeń nieprzydatnych lub niezdatnych do użytku[12]. Możliwe jest bowiem aby spalały się one atmosferze lub wpadały w specjalnie do tego przeznaczone miejsce na oceanie spokojnym. Zalecenia te nie mają jednak żadnej mocy wiążącej, a firmom nie zawsze opłaca się z nich korzystać. Podmioty prywatne wypuszczające w przestrzeń obiekty kosmiczne nie ponoszą żadnej odpowiedzialności za tworzone przez siebie śmieci oraz powstałe zniszczenia.

Kolejnym problemem zdaje się być wydobywanie surowców. Umowy międzynarodowe nie regulują prawa własności kopalin. Rodzi się więc pytanie jakie firmy prywatne będą inwestować w tę gałąź przemysłu nie mając pewności co do własności wydobytych dóbr. Te wątpliwości wykorzystały Stany Zjednoczone oraz Wielkie Księstwo Luksemburga regulując górnictwo kosmiczne poza obszarem prawa międzynarodowego[13]. Według zapisów obywatele tych państw prowadzący taką działalność mogą nabyć własność wydobytych zasobów. W Stanach Zjednoczonych jest od 2015 r. US Space Commercial Competitiveness Act[14].

Warto dodać, że nowe zasady międzynarodowego prawa kosmicznego tworzone są najczęściej na konferencjach, na których państwa przyjmują na siebie zobowiązania, na zasadach pełnej dobrowolności. Unikają więc one niechcianych obowiązków niechętnie je na siebie biorąc.

Na podstawie stanu prawa kosmicznego można więc dojść do wniosku, że aktualne regulacje prawne są przestarzałe i nie przystają do współczesnych potrzeb. Normy te należy znowelizować oraz stworzyć z nich część prawa globalnego. Nierozstrzygniętą kwestią pozostaje jednak pytanie, w którą stronę prawo to należałoby zmieniać, liberalizacji czy stabilizacji?

Liberalizacja czy stabilizacja? Możliwe drogi rozwoju prawa kosmicznego.

Myśląc o aktualnym prawie kosmicznym łatwo dojść do wniosku, że jest to zbiór przepisów dających jednostkom szeroką wolność indywidulaną i dowolność działania. Znajdziemy w nim niewielką liczbę ogólnych regulacji prawnych, zwłaszcza tych, które

[12] National Academy of Sciences, *Orbital Debris: A Technical Assessment*, Washington, D.C., 1995.
[13] M. Kovacs, *Asteroid meals the goal as Luxembourg helps US firms explore space mining.,* „Metal Bulletin Daily" 2016, p.160.
[14] Congress, *US Space Commercial Competitiveness Act*, Washington, D.C 2015.

miałyby dotyczyć bieżących wyzwań. Zarówno państwa, jak i w szczególności, podmioty prywatne mają więc prawie zupełną swobodę kreowania przemysłu kosmicznego oraz swojej działalności. Korzystając z podanych na wstępie definicji liberalizacji i stabilizacji prawo kosmiczne wydaje się być dziedziną niezwykle liberalną, nawet w obliczu poglądów filozofów utożsamianych z tym właśnie nurtem. Wielu z nich wskazywało zależności, które bez wątpienia odnieść możemy do obecnej sytuacji prawa kosmicznego. I chociaż zdaje się ono być spełnieniem marzeń, każdego liberalnego filozofa, zdecydowanie przekroczyło ono ramy stworzonych przez nich idei.

John Stuart Mill zwracał uwagę na niebezpieczeństwa jakie wiążą się z oddaniem władzy w ręce ludu[15]. Brak wiążących norm bez wątpienia prowadzi do scedowania władzy na podmioty prywatne prowadzące komercyjną działalność kosmiczną. Są one zarówno odbiorcą wolności jak i pozbawionymi kontroli podmiotami sprawującymi ją we własnym imieniu. Wiąże się to z licznymi zagrożeniami i możliwością przyszłych nadużyć. Na bardziej pozytywny aspekt dużej wolności działania w dziedzinie przemysłu kosmicznego zwróciłby uwagę Adam Smith. W jego opinii najbardziej skuteczna alokacja dóbr ma miejsce gdy mamy do czynienia z wolnym rynkiem. W takim układzie gospodarka samoczynnie dąży bowiem do równowagi poprzez samoregulację[16]. Dzisiejsza wolność działania w przemyśle kosmicznym wydaje wpisywać w ten pogląd. Zdaniem filozofa każda ingerencja państwa (w przypadku prawa kosmicznego areny międzynarodowej) jest dla rynku niekorzystana. Z drugiej strony Smith uważa, że państwo powinno działać w zakresie rzeczy nierentownych, ale społecznie użytecznych. Taką rzeczą jest niewątpliwie nieuregulowana sprawa kosmicznych śmieci. Żadnej firmie finansowo nie opłaca się likwidowanie starego sprzętu, a powstające odpady pozostawiają swobodnie w przestrzeni kosmicznej. Zgodnie z założeniem „państwa minimum" społeczność międzynarodowa powinna przejąć na siebie odpowiedzialność, za sprzątanie kosmosu lub stworzyć odpowiednie ku temu regulacje. Pomimo, że Smith był za liberalnym podejściem do prawa można uznać, że aktualne prawo międzynarodowe wymaga pójścia w stronę minimalnej stabilizacji oraz stworzenia odpowiednich regulacji prawnych ograniczając się do niezbędnego minimum, które w aktualnym stanie rzeczy nie jest realizowane.

Interesujące wydawać może się również spojrzenie od strony filozofii Locke'a. Reprezentował on liberalizm posesywny w związku z czym uważał, że podstawą własności jest

[15] T. Buksiński, *Demokracja jako ideologia*, „Filo-Sofija" 2016, nr 35 (4), s. 35-60.
[16] E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2003, nr 4, s.7-35.

praca i pracujący ma prawo do jej efektów[17]. Poglądy tego filozofa stoją w zdecydowanej sprzeczności do niepewnego prawa własności surowców wydobytych w kosmosie. Firma prywatna, inwestująca swoje zasoby w ich wydobycie wydaje się bowiem nie mieć prawa do owoców swojej pracy. Powstaje więc problem chęci inwestowania i rozwijania tej gałęzi przemysłu przy niepewności posiadania zysku z inwestycji. Prowadzi to w konsekwencji do hamowania postępu górnictwa kosmicznego.

Na inny aspekt prawa kosmicznego zwróciłaby uwagę bardziej współczesna filozofka Ayn Rand. Koncepcję państwa oraz prawodawstwa oparła ona na stworzonej przez siebie filozofii obiektywizmu. Według niej stworzenie reguł i ich przestrzeganie warunkuje funkcjonowanie społeczeństwa i administracji państwowej (międzynarodowej). Podstawą tych reguł miały być normy wywodzące się z praw naturalnych lub te stanowione przez władzę ustawodawczą. Ayn Rand ściśle wiązała prawodawstwo z prawami człowieka bez których nie mogłoby ono odpowiednio funkcjonować. Prawo było dla niej moralną postawą warunkującą odpowiednie stosunki społeczne. Zgodnie z tą koncepcją społeczeństwo również powinno być oparte na zasadach moralnych, aby było zorganizowane w sposób odpowiadający wymaganiom człowieka. Gdyby ważniejsze od norm okazały się zachcianki, społeczeństwo miało nie osiągnąć nic oprócz autodestrukcji i przemocy[18]. Skoro więc tak ważne okazują się normy oraz odpowiednie prawodawstwo, a nie kaprysy grup i jednostek należałoby wyciągnąć wniosek, że minimalna ilość obowiązujących aktualnie regulacji prawa kosmicznego prowadzi nas niechybnie w niepożądanym kierunku. Brak odpowiedzialności podmiotów prywatnych i możliwość działalności w przemyśle kosmicznym zaraz po spełnieniu wewnętrznych norm danego państwa prowadzą do zupełnej swobody działania i braku możliwości sprawowania kontroli. Pomimo wyznawania przez filozofkę prymatu jednostki i jej interesu prawo kosmiczne jest na tyle niedoprecyzowane, że potencjalnie stwarza zagrożenie nieprzestrzegania odpowiednich stosunków społecznych, zasad moralnych i praw człowieka.

Natomiast Thomas Hobbes, twórca idei „wojny każdego z każdym", człowieka traktował jako istotę z natury egoistyczną, której żadne wewnętrzne oddziaływania nie zmuszają do przestrzegania umów. Przy braku władzy ograniczającej działania, w sytuacji w której wszyscy są wolni i ciągle muszą unikać wrogów oraz śmierci, ludzie koncentrują się na

[17] S. Ziembicki, *Ze studiów nad myślą polityczną Johna Locke'a,* Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie – Studia Erasmiana Wratislaviensia. Acta Studentium" pod red.: M. Sadowski, Wrocław 2009, t. 2, s. 10-25.

[18] R. Wojtyszyn, *Koncepcja państwa minimum Ayn Rand,* „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie – Studia Erasmiana Wratislaviensia. Acta Studentium" pod red.: M. Sadowski, Wrocław 2009, t. 2, s. 68-93.

samym przetrwaniu, zamiast rozwoju i korzystaniu z posiadanych wolności[19]. Koncepcja *bellum omnium contra omnes* wydaje się być dramatycznym porównaniem do sytuacji prawa kosmicznego. Ma to jednak swoje uzasadnienie. W przemyśle, w którym każdemu przysługują tak liczne wolności, że właściwie nic go nie ogranicza mamy do czynienia z sytuacją opisaną przez Hobbsa. Firmy i państwa aby przetrwać nieustannie konkurują ze sobą koncentrując się na przetrwaniu, a w działaniach tych obowiązują ich jedynie bardzo ogólne reguły i zasady. Hobbes uważał to za zjawisko wyjątkowo negatywne, które spowodowało poddanie się woli suwerena. Dopiero władza zwierzchnia prowadzi do pełnego wykorzystania wolności. Paradoksalnie więc stworzenie odpowiednich regulacji prawnych i instytucji stojących na ich czele pozwoliłoby na pełne wykorzystanie stworzonych możliwości. Należy zaznaczyć, że uczeni komentujący dzieła Hobbesa nie są zgodni co do tego czy był on filozofem liberalnym. Patrząc powierzchownie jego poglądy idą w parze z ujęciem liberalnym, jednak nie byłby to pełen obraz myśli uczonego. Z zupełną odpowiedzialnością nie można więc jednoznacznie zakwalifikować go do grona filozofów liberalnych[20].

Z drugiej strony myśli filozoficznej znajdują się myśliciele propagujący stabilizację prawa, zwiększenie ilości przepisów oraz ochronę porządku z intencją zapewnienia pewności prawa. Do tego szerokiego grona zaliczać będzie się wielu uczonych o niekoniecznie zbieżnych poglądach. W zbiorze tym znajdzie się nie tylko Roscoe Pound wierzący w świadome sterowanie społeczeństwem oraz rozumny ustrój i system prawny będący warunkiem koniecznym przy dążeniu do rozwoju społecznego[21]. Do grupy tej można też zaliczyć Rudolfa von Jheringa, który w bardziej wypośrodkowany sposób traktował prawo jako narzędzie stworzone dla zabezpieczenia warunków życia społecznego[22]. Zmieści się w nim również Lon Louvis Fuller postulujący stabilność unormowań prawnych[23]. Nadmierne dążenie do stabilizacji może być jednak predyktorem skutków niekorzystnych. Rozbudowana biurokracja oraz przytłaczająca ilość niejasnych przepisów mogą zmniejszyć chęć inwestowania w przemysł kosmiczny oraz doprowadzić do spowolnienia rozwoju tego sektora.

---

[19] T. Tulejski, *Behemot przeciwko lewiatanowi–Thomas Hobbes o naturze rebelii,* „Myśl Ekonomiczna i Polityczna" 2019, nr 1 (64),s.19-49.
[20] P. Kilma*, Czy Tomasz Hobbes był liberałem?,* „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2014, t. LXVI, s. 77-89.
[21] W. L. Grossman, *The Legal Philosophy of Roscoe Pound*. „*Yale" 1934 Lj*, *44*, 605.
[22] A. O. Szpojankowski, *Prawo jako narzędzie …*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2019, t. 1, s. 94-109.
[23]E. Tucsa, The Gold Standard: Legal Theory and Fuller Revisited „Washington University Jurisprudence Review" 2020, nr 13(1), p. 85–120.

Podsumowanie

Prawo kosmiczne stworzone na bazie doświadczeń wojny i ówczesnego wyścigu zbrojeń było dobrą odpowiedzią na wymagania tamtego okresu. Dziś po ponad pięćdziesięciu latach niepotykanego dotąd w dziejach ludzkości rozwoju technologicznego nie jest ono w stanie sprostać wymaganiom współczesności. Konieczna jest więc jego nowelizacja, a przez to niezwykle istotną sprawą staje się odpowiedź na pytanie w jaki kierunku rozwój tego ustawodawstwa powinien zmierzać. Prawo kosmiczne wydaje się tak dalece liberalne, że jego dalsza liberalizacja jest bezzasadna. Wypełnia ono wszelkie znamiona przytoczonej wcześniej definicji, a jedyną możliwością jego zmiany w tym kierunku mogłaby być całkowita lub częściowa likwidacja istniejących aktów prawnych. Przepisy najważniejszych międzynarodowych umów dotyczących działalności w przestrzeni kosmicznej w połączeniu z zaawansowaniem technologicznym stwarzają problemy przekraczające idee nawet najbardziej liberalnych filozofów. Jedyną możliwością dalszej odpowiedzi na wyzwania współczesności wydaje się być stabilizacja prawa. Aby nie zmierzać do kolejnej skrajności najodpowiedniejsze wydaje się posłużenie się ideą złotego środka Arystotelesa i znalezienie idealnego punktu pomiędzy nadmiarem, a niedomiarem. Prawo kosmiczne powinno podlegać procesowi stabilizacji unikając jednak tworzenia nadmiernej ilości przepisów oraz wprowadzania przytłaczjącej biurokracji. Jedynym celem stabilizacji powinno być uregulowanie spraw aktualnie pominiętych oraz stworzenie sprawnych systemów odpowiedzialnego korzystania z dobrodziejstw przestrzeni kosmicznej przez całą społeczność międzynarodową.

ABSTRAKT

Celem artykułu było przedstawienie aktualnego stanu prawa kosmicznego oraz rozważenie możliwych dróg jego dalszego rozwoju. Na początku omówione zostały główne, nieuregulowane prawnie obszary przemysłu kosmicznego powstałe poprzez szybki rozwój techniki oraz przedstawione zostały wyzwania wynikłe z powstałych zmian. Opisano nowe zadania stojące zarówno przed specjalistami z zakresu prawa, państwami, firmami prywatnymi i organizacjami międzynarodowymi. Dokonano oceny przystosowania istniejących przepisów prawa do aktualnych wymagań. Rozważona została potrzeba jego nowelizacji oraz możliwego kierunku zmian. Określono, czy prawo kosmiczne powinno ulec liberalizacji czy stabilizacji. W artykule omówione i poddane analizie zostały najważniejsze myśli nurtu liberalnego, na

podstawie których opisano możliwy kształt nowych regulacji. Praca zakończona została podsumowaniem i wnioskami dotyczącymi dalszego rozwoju międzynarodowego prawa kosmicznego.

Słowa kluczowe: prawo kosmiczne, technologia, liberalizacja, stabilizacja

Bibliografia

Buksiński T., *Demokracja jako ideologia*, „Filo-Sofija" 2016, nr 35 (4), s. 35-60.

Cheng B., *Studies in International Space Law, wyd. 2,* Oxford 1997.

Congress, *US Space Commercial Competitiveness Act*, 2015.

Durda D., *Space Rock Renezvous: This summer, two spacecraft will bear down on their target asteroids, preparing to snatch ruble and bring it home to scientists,* „Sky & Teleskope" 2018, nr 135 (6), s. 22-28.

Fino I., *An international legal trusty system to deal with the new space era*, Turin 2020.

Grossman W. L., *The Legal Philosophy of Roscoe Pound* „Yale" 1934, Li 44, 605.

Hull D., *Elon Musk Unveils Plan for SpaceX's Mars „Starship" Rocket,* Bloomber.com, p. N. PAG 2019.

Kilma P*., Czy Tomasz Hobbes był liberałem?,* „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2014, t. LXVI, s. 77-89.

Kosiński E., *Aspekt prawny wolności gospodarczej, „*Kwartalnik Prawa Publicznego" 2003, nr 4, s. 7-37.

Kovacs M., *Asteroid metals the goal as Luxemburg helps US firms explore spce mining, „*Metal Bullietyn Daily" 2016, p.160.

National Academy of Sciences, *Orbital Debris: A Technical Assessment*, Washington, D.C, 1995.

Patranobis S., *In a first China lands space probe on a dark side of moon hidden from earth,* Hindustan Times 2019.

Popkin R. H., Stroll A., *Filozofia,* wyd. 2, Poznań 1994.

Solaniuk A. [i in.] *Twardowsky in The Mars Society,* The Mars Colony Prize, 2019.

Szpojankowski A.O., *Prawo jako narzędzie inżynierii społecznej w filozofii prawa Roscoe Pounda*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2019, t. 1, s. 94-109.

Tucsa E., *The Gold Standard: Legal Theory and Fuller Revisited,* „Washington University Jurisprudence Review" 2020, nr. 13(1), s. 85-120.

Tulejski T., *Behemot przeciwko lewiatanomi – Thomas Hobbes o naturze rebelii, „*Myśl Ekonomiczna i Polityczna" 2019, nr 1 (64), s. 19-49.

United Nations Office for Outer Space Affairs , *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies* („Outer Space Treaty"), 1966.

United Nations, *United Nations Treaties and Princepels of Outer Space*, New York 2002.

Wojtyszyn R., *Koncepcja państwa minimum Ayn Rand,* „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie – Studia Erasmiana Wratislaviensia. Acta Studentium", red.:M. Sadowski, Wrocław 2009, t. 2, s. 68-93.

Ziembicki S., *Ze studiów nad myślą polityczną Johna Locke'a, „*Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie – Studia Erasmiana Wratislaviensia. Acta Studentium" , red.: M. Sadowski, Wrocław 2009, t. 2, s. 10-25.

Jakub Juszczak
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID 0000-0002-3030-9602

Czy własność intelektualna to kradzież? Stosunek libertarian do własności intelektualnej

Is Intellectual Property a theft? Libertarian views on the question of intellectual property rights

ABSTRACT
The Digital Revolution of the last forty years and the increase of the international mutual trade has caused greater attraction towards the question of intellectual property rights as a form of safeguarding vital economical interests of many states, corporations and artists - especially through the way of international agreements, regarding IP protection. Such treaties are mostly supported by the utilitarian argumentation of intellectual property rights neccesity to assure eceonomic growth. Nevertheless - such argumentation is treated by the public opinion with distrust, as shown with CETA and ACTA examples. This distrust is the catalyst of debate.Noting that it is worth to present libertarian argumentation, both for and against, the whole concept of intellectual property, which is based on the *ius naturale* basis, which contradicts utilitarian argumentation. Beginning from similar premises, libertarian theorists such as Ayn Rand, Robert Nozick, Murray Rothbard and Stephen Kinsella answer the question mentioned above in very different manners. When Rand and Nozick support the whole idea of the Intellectual Property as the creation of human mind and its labor, vital to the human existence, Rothbard and Kinsella are taking the opposite stance. Basing on the idea of property as the right to the economic good, which must, by the definition, be rare, they assume that idea cannot be rare as such - and therefore it cannot be treated and defended like property, because an idea can only be rare if materialised in the form of the rare economic good. They also assume that some effects of intellectual property protection can be gained through a contract with the special contractual clausule, prohibiting certain actions.

Keywords: Ayn Rand, Robert Nozick, Murray Rothbard, Stephan Kinsella, intellectual property, libertarianism

1. Wprowadzenie

Ostatnie 35 lat, oprócz wielu zmian oraz rewolucji - przyniosło coś, co dotyka każdego z nas osobiście, nie tylko zaś na szerszej arenie międzynarodowej, sferze politycznej, ideologicznej i gospodarczej, ale mimo to ma daleko idące konsekwencje w tychże sferach. Jest to rewolucja informatyczna, która spowodowała, że każdego dnia jesteśmy w stanie uzyskać dostęp do tego, co dzieje się w każdym zakątku świata - bez wychodzenia z domu. Tak ogromna zmiana w sferze ilościowej nie pozostaje bez wpływu na kwestie prawne.

Otóż nowoczesna technologia pozwala na przekazywanie nie tylko krótkich urywków informacji, wiadomości tekstowych - a całych książek, filmów, nagrań, z jednego kontynentu na drugie, w przeciągu kilkunastu sekund. Oprócz niesamowitych możliwości wynikających z tak daleko rozwiniętej technologii komunikacyjnej - niektóre osoby i środowiska zgłaszają w ich opinii uzasadnione obawy co do takiego stanu rzeczy. Takimi osobami są autorzy dzieł i ich wydawcy, żyjący z gospodarczej eksploatacji tychże. Powołując się na prawo do owoców swej pracy, podnoszą sprzeciw wobec takiego wykorzystania swoich utworów. Okazuje się bowiem że wcześniejsze prawo chroniące własność intelektualną, regulujące kwestie udostępniania i wykorzystania zawodowego dzieł pozostaje daleko w tyle w zakresie regulacji. O ile kiedyś zapoznanie się z książką wymagało jej zakupu albo wypożyczenia - obecnie kilka ,,wstuknięć" w klawiaturę pozwala uzyskać ją, oszczędzając kilkanaście złotych -na czym traci wyżej wspomniana grupa. Wynikający z tego lobbying doprowadza do tworzenia aktów prawnych, a także umów międzynarodowych.

Nie pozostaje to jednak bez odzewu zwyczajnych użytkowników sieci Internet. Potrafią wręcz wyjść setkami na ulicę i protestować - czego dowiodły protesty przeciwko umowie ACTA z 2012, oraz ostatnie - przeciwko projektowi unijnej dyrektywy o prawach autorskich na jednolitym rynku cyfrowym,. Nagle bowiem sprawa uzyskania pliku muzycznego czy stworzenia obrazka satyrycznego - staje się sprawą polityczną i głęboko dyskutowaną, wywołującą niemniej głębokie podziały.

Spór ten podpierany jest przez każdą ze stron argumentami na rzecz zaostrzenia prawa autorskiego, ale także samego jego istnienia i skutków takiej legislacji. Argumenty te, oparte o badania naukowe, oparte są na argumentacji utylitarnej, wskazujące na pozytywne lub negatywne skutki istnienia i działania prawa autorskiego na gospodarkę i społeczeństwo. Argumentacja taka, oprócz problemów wynikających z samego zastosowania modelu utylitarnego, patrzącego bardziej na skutki aniżeli metodę jakie się wykorzystuje - nie stanowi argumentu rozstrzygającego. Warto dodać, że w zależności od strony - to, jaki cel chce się

uzyskać, jest skrajnie różny, różne jest też wartościowanie efektów legislacji. Dlatego w dyskusji nad zmianami prawa autorskiego proponuję odwołać się do doktryn iusnaturalistycznych, które inaczej podchodzą do wyżej wymienionego sporu. Zamiast odpowiadać na pytanie : „dlaczego warto/nie warto wprowadzić daną regulację własności intelektualnej", poprzez refleksję nad naturą ludzką i potrzebę człowieka do życia oraz kształtowania swojego środowiska, zadaje pytanie - „dlaczego trzeba/nie można wprowadzić danej regulacji własności intelektualnej w obowiązywanie". Warte jest więc zapoznanie się z poglądami libertarian : Ayn Rand, Roberta Nozicka, Murraya Rothbarda oraz Stephana Kinselli na kwestie związane z własnością intelektualną. Libertarianie Ci bowiem, wywodząc swoje poglądy z praw naturalnych, przysługujących jednostce ludzkiej odpowiadają na te pytanie. Problem własności intelektualnej jest bowiem kwestią sporną dla powyższych myślicieli i stanowi przedmiot debaty w samym środowisku libertariańskim, a stanowiska przyjmowane przez nich są mocno zróżnicowane. Co ciekawe - wszyscy oni wywodzą swoją teorię z praw własności, które są dla nich kluczowe do formułowania poglądów na wszystkie kwestie społeczne i ochrona praw własności (bądź ich naruszanie) traktowane jest jako jeden z najważniejszych elementów służących do oceny zastanej rzeczywistości i proponowania alternatywy. Niemniej warte zauważenia jest to, że libertarianizm jest jednym z najżywiej rozwijających się kierunków myśli politycznej i filozoficznej, zyskującym grono zwolenników i sympatyków - zarówno w kręgach akademickich, jak i poza nimi - także w naszym kraju, co czyni zapoznanie się z poglądami wyżej wymienionych za warte także z badawczego punktu widzenia jako odpowiedź na problemy, które nie zostały w sposób satysfakcjonujący rozwiązane przez myślicieli innych doktryn.

Celem więc niniejszego artykułu będzie zapoznanie Czytelnika z poglądami wyżej wspominanych myślicieli libertariańskich. Przedstawione zostaną podstawy ich teorii własności oraz ich implikacje w zakresie praw własności intelektualnej. Następnie porównam i wskażę na konsekwencje wiążące się z przedstawionymi poglądami na własność intelektualną bądź ewentualne sprzeczności i aspekty, które Ci myśliciele pominęli.

2. Ayn Rand - własność intelektualna jako realizacja prawa do dążenia do szczęścia

Filozofia Rand, zwana przez nią obiektywizmem, wywodzi prawo własności z szeroko rozumianej natury człowieka. Zauważa ona bowiem, że w przeciwieństwie do zwierząt – mających instynkt, kierujący ich działanie w środowisku naturalnym i pomagający im przetrwać – ludzie nie dysponują podobnymi mechanizmami, jeżeli zaś przejawiają zachowania traktowane jako instynktowne, nie wystarczają one same do przetrwania ludzkości.

Człowiek jednak, w przeciwieństwie do zwierząt, posiada rozum, pozwalający mu nie tylko kontrolować swoje zachowania, ale także daje mu samoświadomość, pozwala planować oraz oceniać krytycznie swoje zachowania i przede wszystkim - analizować rzeczywistość. Pozwala to człowiekowi pojmować świat oraz rządzące nim prawa w sposób abstrakcyjny - czyli nieograniczający się do zauważenia samego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zdarzeniami, ale też zrozumienie i powtórzenie tego zjawiska bądź jego kontrolę . Umiejętność taka pozwala nie tylko na zrozumienie. Jest ona bowiem kluczem do przetrwania człowieka jako takiego. Rand wnioskuje więc, że natura człowieka jest nierozerwalnie związana z rozumem i jego twórczym wykorzystaniem[1]. Cytując : „*Człowiek nie może utrzymać się przy życiu, korzystając z arbitralnych środków, a nie z przypadkowych działań ani ślepego popędu, ani przypadku czy kaprysu. To, co konieczne dla jego przetrwania, określiła natura i nie podlega wyborowi. To, co człowiek ma do wyboru, sprowadza się jedynie do tego, co odkryje lub czego nie odkryje, czy wybierze właściwe cele i wartości czy nie*”[2].

Skoro więc natura człowieka daje mu narzędzie, jakim jest rozum, logiczną konsekwencją jest konieczność przyznania człowiekowi prawa do wytworów swojego umysłu. Są one swoistym „przedłużeniem” swojego twórcy w świecie zewnętrznym i warunkują jego przeżycie, dlatego więc muszą być chronione przed zagrabieniem bowiem „*Bez prawa własności żadne inne prawa nie są możliwe*”[3] . Rand też pisze, że „„*Jeżeli niektórzy ludzie próbują przetrwać, stosując brutalną siłę, (...) lub zniewalanie wytwarzających, to ciągle pozostaje prawdą, że ich przetrwanie możliwe jest jedynie dzięki ich ofiarom, jedynie dzięki ludziom, którzy wybrali myślenie i produkcję dóbr poszukiwanych przez grabieżców. Grabieżcy nie są zdolni do trwania. Egzystują poprzez niszczenie tych, którzy są zdolni do trwania, tych, którzy postępują w sposób właściwy człowiekowi*”[4].

Logiczną konsekwencją tak ujętego prawa własności, mającego źródło w rozumie, jest ochrona wytworów o charakterze niematerialnym - utworów i wynalazków. Skoro bowiem podstawą własności jest rozum - konieczna jest ochrona jej także na poziomie idei. Rand stwierdza, że „*Niepodobna chronić idei, jeżeli nie nadano jej materialnej formy. Wynalazek musi przybrać formę fizycznego modelu, żeby można było go opatentować; opowieść musi zostać napisana i wydrukowana, ale patent czy prawo własności chroni nie tylko przedmiot fizyczny jako taki, lecz ideę, która ona ucieleśnia. Zakazując kopiowania obiektu bez zgody jego*

[1] Ayn Rand *Etyka Absolutna* [w:] *Cnota Egoizmu*, Wyd. Zysk i S-ka, Warszawa 2015, str. 28-34
[2] *Ibidem* s. 36
[3] *Ibidem*, s. 58
[4] *Ibidem*, s. 39

autora, prawo stwierdza, że źródłem wartości nie jest fizyczna praca włożona w kopiowanie, gdyż wartość ta tworzona jest przez autora idei i nie wolno jej wykorzystywać bez jego zezwolenia" [5]. Zastrzega też że nie można rościć sobie prawa do autorstwa odkrycia, bowiem nie jest twórcą zjawiska, jakie odkrył.

Rand przechodzi następnie do kwestii obowiązków państwa . Stwierdza, że jedynym zadaniem rządu w zakresie prawa własności intelektualnej jest zabezpieczenie jej, nadanie patentu traktuje *de facto* jako rejestrację, o charakterze dobrowolnym[6].

Okres na jaki prawo to ma trwać, nie zostaje określony przez nią. Wskazuje jednak na to, że nie mogą one trwać w nieskończoność i są nierozerwalnie związane z osobą twórcy czy innowatora, tak więc w przeciwieństwie do własności rzeczy materialnych, stanowiących skapitalizowane dobra, z konieczności zanika wraz z jego śmiercią. Nie daje też jednoznacznej odpowiedzi, jaki okres ochronny byłby najlepszy. Powołuje się jednak na regulację brytyjską, która w momencie opublikowaniu eseju, dawała ochronę prawa autorskiego na 50 lat po śmierci autora, argumentując to zachowaniem obrotu gospodarczego. Nie czyni takiego ustalenia w kontekście długości trwania praw z patentu[7]. Prawo do uzyskania patentu jako pierwszy powoduje, wg. Rand, że nawet osoba pracująca wcześniej nad wynalazkiem, ale zgłaszająca go jako druga, nie uzyskuje prawa do ochrony – jest to ryzyko, jakie musi podjąć, konkurując z innymi na wolnym rynku w ramach prawa cywilnego[8].

3. Robert Nozick - prawo własności (w tym intelektualnej) a klauzula Locke'a

Przedstawiona w Anarchii, państwie, utopii teoria legalistyczna (*entitlement theory*)[9] Roberta Nozicka jest klasycznym przykładem libertariańskiej teorii własności w polskiej literaturze przedmiotu. Oparł on swoją teorie na rozważaniach dot. własności zawartych w *Dwóch Traktatach o rządzie* Johna Locke'a i stanowi jej ponowne sformułowanie w nowych warunkach społecznych i politycznych. Wyraża ona sformułowanie teorii sprawiedliwości dystrybucyjnej, w której każdy transfer lub uzyskanie własności jest sprawiedliwe, jeżeli

---

[5] Ayn Rand, *Patenty i prawa autorskie* [w:] Ayn Rand, *Kapitalizm - nieznany ideał* , Wyd. Zysk i S-ka, Warszawa 2013. str. 207

[6] Ayn Rand wielokrotnie wypowiadała sie, w przeciwieństwie do m.in. Murraya Rothbarda, za legitymowanym istnieniem państwa jako takiego, którego jedyną rolą jest zabezpieczenie praw własności wewnątrz, od przestępców i na zewnątrz kraju, przed zewnętrzną inwazją. por. Ayn Rand , *Natura Rządu* [w:] *Cnota Egoizmu*, Wyd. Zysk i S-ka, Warszawa 2015.

[7] *Ibidem*, s.. 211

[8] *Ibidem*, s. 212

[9] Dokładne tłumaczenie terminu powinno brzmieć „ teoria uprawnieniowa, teoria uprawnień", jednak autorzy przekładu zdecydowali się określać teorię jako teorię legalistyczną ze względu na „nieporęczność". por. Robert Nozick *Anarchia Państwo i utopia*, Warszawa 2010, str. 182

zgodne jest z trzema zasadami opisanymi przez autora.

Zasady te zostały sformułowane w następujący sposób:

- *„1. Osoba, która nabywa udział w sposób zgodny z zasadą sprawiedliwości nabywania, jest uprawniona do posiadania tego udziału.*
- *2. Osoba, która w sposób zgodny z zasadą sprawiedliwości transferu na- bywa udział od kogoś, kto jest uprawniony do posiadania tego udziału, jest uprawniona do posiadania tego udziału"*
- *„3. Nikt nie jest uprawniony do posiadania udziału z wyjątkiem tych, którzy weszli w jego posiadanie na mocy (wielokrotnego) zastosowania zasad 1 i 2".* [10]

Podsumowuje on swoją teorię w taki sposób „ *W ogólnym zarysie teoria sprawiedliwości udziałów mówi, że udziały danej osoby są sprawiedliwe, jeśli osoba ta ma do nich prawo na mocy zasad sprawiedliwości nabywania i transferu albo na mocy zasad naprawy niesprawiedliwości (w rozumieniu pierwszych dwóch zasad). Jeżeli udziały wszystkich są sprawiedliwe, to cały układ (dystrybucja) udziałów jest sprawiedliwy. Aby przekształcić ów ogólny zarys udziałów w szczegółową teorię, musielibyśmy określić szczegóły każdej z trzech zasad sprawiedliwości udziałów: zasady nabywania udziałów, zasady transferu udziałów i zasady naprawy naruszeń dwu pierwszych zasad.".*

Teorię nabywania Nozick określa poprzez odwołanie się do Locke'owskiego „zmieszania rzeczy z pracą", które to powoduje nadanie tytułu własności poprzez „wydobycie" niczyjej rzeczy z natury i jednocześnie zwiększenie jej wartości. Modyfikuje tą zasadę jednak, patrząc bardziej na zawłaszczenie, argumentując to tym, że zmieszanie rzeczy z pracą może potencjalnie zmniejszyć ją wartość, a nie została wypracowana przekonywująca zasada wartości rzeczy poprzez wykonanie na niej pracy[1112].

Zasada ta doprecyzowana jest przez specyficzną klauzule, użytą w *Drugim Traktacie* Locke'a, mówiącą, że z „dóbr wspólnych" (niezawłaszczonych, a danych przez Boga do

---

[10] *Ibidem,* s. 183

[11] Należy przypomnieć, że Locke formułuję zasadę nabycia dobra poprzez zwiększenie jego wartości(zwana też laborystyczną teorią własności) , gdyż w XVII w, do drugiej połowy XIX w. panowała zasada laborystycznej teorii wartości, szukające wartości rzeczy w dokonanej na niej pracy i modyfikacji jej, taką zasadę wyznawał też Adam Smith i David Ricardo. Jako zasada ekonomiczna została obalona pod koniec XIX w. przez Carla Mengera i zastąpiona subiektywno-marginalistyczną teorią wartości, szukającej wartości rzeczy w ich przydatności do zaspokajania potrzeb, a nie inherentnej wartości rzeczy samej w sobie. Zasada ta uznawana jest za podstawę nie tylko Austriackiej Szkoły Ekonomii, ale i też szkoły neoklasycznej. vide : Cezary Błaszczyk *Teoria legalistyczna a prawo własności intelektualnej* , [w: Studia Prawno-ekonomiczne, t. ciii, 2017, str. 15

[12] *Ibidem,* str. 208-210

dysponowania Adamowi i całej ludzkości[13]) należy zostawić ,,dosyć nie gorszych dóbr „ ażeby nie pogorszyć sytuacji innych ludzi. Klauzula ta wynika z założenia o swobodzie ludzi, mogących wcześniej zawłaszczyć owe dobro, ale których wolność zostaje poprzez zawłaszczenie w sposób znaczący ograniczona. Nozick precyzuje, że w jego opinii celem tej klauzuli jest zapewnienie życia ludzkiego i jego zabezpieczenie. Nie stanowi więc naruszenia klauzuli każde zawłaszczenie ziemi, które z konieczności musi zmniejszać ilość tego dobra (co doprowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności), a zawłaszczenie np. jedynej studni na pustyni, która została zawłaszczona przez kogoś zanim druga osoba napoiła się – co Nozick cytuje z Hastingsa Rashdalla[14]. Podobnie odnosi sie on do sytuacji, w których nabycie całości dobra nie następuje jednocześnie, a etapowo, poprzez wykup poszczególnych działek czy dóbr.

Nozick odnosi się również do kwestii patentu a klauzuli, stwarzając jednocześnie uzasadnienie dla istnienia własności intelektualnej. Odnosząc się do wyżej wspomnianej klauzuli, stwierdza on że stworzenie wynalazku (w danym przypadku, opisywanym przez niego, jest to lekarstwo) jest to przykład sytuacji (wyjątku *sui generis*) , kiedy posiadanie całego zasobu dobra nie powoduje pogorszenie sytuacji innych i nie narusza danej klauzuli. Wynika to z faktu, że bez pracy intelektualnej wynalazcy nie można byłoby mówić o stworzeniu wynalazku. Sam fakt posiadania monopolu nie ogranicza prawa innych do skorzystania z niego - wystarczy zakupić dany wynalazek, by z niego korzystać. Sam fakt udostępnienia danego wynalazku ludziom poprawia ich sytuację. Kontynuując swoje rozważania, stwierdza, że odkupienie całego zasobu lekarstwa też nie stanowi naruszenie wyżej wspomnianej klauzuli. Ważnym wyjątkiem, w przeciwieństwie do teorii Ayn Rand, od zasady całkowitego monopolu wynalazcy jest wynalazczość paralelna, którą Nozick uznaje i nadaje słuszne prawo do dochodzenia swoich racji. Nie odnosi się on wprost do trwania okresu ochrony patentowej. Stwierdza jednak, że podstawą do określenia ochrony patentowej powinien być ,,zgodnie z jakąś praktyczną regułą" przewidywany okres wynalezienia tego wynalazku przez kogoś innego bez wiedzy o takowym odkryciu[15].

4. Murray Rothbard - prawo autorskie jako klauzula kontraktowa *erga omnes*

Rothbard, będący oprócz myślicielem, także ekonomistą i uczniem Ludwiga von Misesa, spogląda na prawo własności nie tylko okiem filozofa, ale i ekonomisty, zauważającego

[13] John Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wyd. Aletheia, Warszawa 2015, str. 270, §25-26
[14] Robert Nozick, *Anarchia Państwo i utopia*, Wyd. Aletheia, Warszawa 2010, str. 213, Cezary Błaszczyk *op.cit.* str. 16
[15] Robert Nozick, *op.cit* str. 216-217

jej kluczową rolę w gospodarce i przyczyny, dla których powstaje. I choć inspirowana jest mocno teorią Johna Locke'a (podobnie jak w przypadku Nozicka), modyfikuje ją w dość znaczący sposób. Poczynając od wyłuszczenia sytuacji Robinsona Crusoe, hipotetycznego modelu służącego do obrazowania celu, jaki ma spełnić własność ciała i rzeczy, a następnie dodając Piętaszka i osoby C, D,E i kolejne , dochodzi on do wniosku, że własność ma na celu likwidację problemu rzadkości dóbr poprzez stwierdzenie, komu należy się dane dobro, uzyskane z środowiska.

Robinson zaczyna bowiem swój pobyt na bezludnej wyspie, nie mając niczego, oprócz swego ciała. Konkluzją jest tutaj stwierdzenie, że każdy ma absolutną własność do swojego ciałą, poprzez przyporządkowanie umysłu do danej osoby. Naturalną koniecznością człowieka jest wytwarzanie i zdobywanie dóbr z środowiska naturalnego - dlatego też do przetrwania – konieczne jest to, by człowiek miał nie tylko możliwość uzyskiwania dóbr z środowiska naturalnego, ale też i bronić tych dóbr, które posiada obecnie. Alternatywą wobec prawa własności do własnego ciała są dwa inne modele - 1. jedna grupa ludzi jest uprawniona do władania drugą grupą , 2. Nikt nie ma pełnego prawa do własności swojego ciała, tak więc nie ma prawa własności do wytworzonych przez siebie dóbr i może je wykorzystać tylko uzyskując zgodę innych. Modele te jednak nie spełniają swojego zadania, bowiem w pierwszym przypadku model ten łamie zasadę uniwersalizmu, w drugim zaś modelu podjęcie jakichkolwiek decyzji byłoby tak długie, że ludzie wymarliby.

W momencie bowiem jak Robinson jest na wyspie sam - nie pojawia się problem, do kogo ma należeć wytwór jego pracy. Konieczność ustalenia pojawia się więc w momencie pojawienia się co najmniej jednej, kolejnej osoby i wykształcenia relacji interpersonalnych – które mogą przybierać zarówno formę kontraktową, jak i grabieży (agresji). Biorąc pod uwagę, że agresja nie produkuje i replikuje niczego, poza nią samą, nie może być uniwersalną etyką, jaką posługuje się człowiek. Własność i konieczność jej poszanowania więc pełni formę podstawy etycznej zachowania pomiędzy innymi ludźmi.

Inspirowany *Dwoma traktatami ...* , Rothbard egzemplifikuję wyżej wspomniane zasady w następujący sposób - ustanawia on prawo naturalne pod postacią 3 aksjomatów – zasad, o charakterze negatywnym. Tymi zasadami są : zasada pierwotnego objęcia, zasada nieagresji i zasada samoposiadania.

Zasada pierwotnego objęcia opisuje zasadę tworzenia dóbr, a konkretnie - zawłaszczania rzeczy niczyich i surowców z natury. Człowiek obejmuje we władanie, tworząc tym samym tytuł własności do dobra, poprzez jego wydobycie ze stanu natury - bardzo podobnie, jak u Locke'a (określającego to jednak „pracą") i Nozicka. Niemożliwe jest jednak

objęcie rzeczy poprzez władanie za pomocą słownej lub legislacyjnej deklaracji[1617].

Zasada nieagresji zabrania inicjowania naruszania praw własności do ciała czy rzeczy danej osoby, bądź choćby jej grożenia przeciwko osobie lub własności innego człowieka. Jest to logiczne uzupełnienie prawa pierwotnego objęcia o możliwość jego obrony. Agresja narusza naturalny ciąg czynności, jakie wykonują ludzie zaspokajając swoje potrzeby, jest więc tym samym sprzeczna z naturą człowieka[18]. Z oczywistych względów - przekazanie na podstawie umowy prawa własności nie jest jego naruszeniem

Ostatnią wymienioną zasadą jest zasada samoposiadania. Stanowi ona o tym (co zostało już wspomniane wyżej), że każde ciało jest własnością tylko i wyłącznie jego posiadacza. Wynika ona z logicznej konstatacji tego, że niemożliwe jest nieposiadanie samego siebie i sam fakt tego, że ciało z konieczności jest naszą własnością, stanowi podstawę do wszystkich dalszych działań[19]. Oznacza to, że nie jest możliwe istnienie niewolnictwa - jednocześnie też nie można sprzedać samego siebie i opuścić swoje ciało, oddając je innemu człowiekowi (można jednak świadczyć komuś pracę i służbę, co jest jakościowo czymś innym). Wola jest z konieczności związana z ciałem[20].

Omawiając kwestie praw autorskich i patentów, Rothbard wskazuje na to, ze co do zasady – człowiek ma prawo do dysponowania swoim ciałem, tak więc ma i prawo do dysponowania wiedzą zawartą mózgu. Konsekwencją tego jest prawo do powiedzenia czegoś, jak i nie powiedzenia i zachowania dla siebie. Prawa te mają charakter negatywny. Odrzuca więc on swoiste „prawa do informacji" i „prawa do poufności" czy „prywatności" jako sprzeczne z własnością.

Odnosząc się jednak do prawa autorskiego - Rothbard zauważa, że istnieje tu wyjątek – skoro właściciel ma prawo przenieść całość praw do jakiegoś produktu - ma prawo przenieść i część. Możliwe zatem jest zawarcie kontraktu przenoszącego własność danej rzeczy, jednak bez prawa kopiowania jej. Tworzy więc on konstrukcję zobowiązaniową, którą można nazwać

[16] Murray Rothbard, *Etyka Wolności*,Wydawnictwo FijoRR Publishing,Warszawa 2016, s. 113-114.
[17] Należy tu zaznaczyć, że w przeciwieństwie do Nozicka - Rothbard nie uznaje klauzuli Locke'a o pozostawieniu nie mniej nie gorszych dóbr/ziemi . Wskazuje bowiem na to, że klauzula ta może doprowadzić do tego, że na jej podstawie zlikwidowana zostanie jakakolwiek własność prywatna, nie ma bowiem fizycznej możliwości dowiedzenia, kto będzie rzeczywiście stratny, a kto nie, zawsze bowiem ktoś może uznać się za „stratnego". Klauzula ta stanowi więc podstawę do potencjalnego wywłaszczenia każdego. Nawet zaś - gdyby istniała taka możliwość - należy przyjąć, że jest to pewne ryzyko, jakie należy przyjąć, żyjąc w społeczeństwie. Dostęp bowiem do ziemi może zostać z łatwością uzyskany - wystarczy tylko ją kupić. vide: *Ibidem,* str. 370
[18] *Ibidem, str. 119*
[19] *Ibidem, str. 110*
[20] *Ibidem, str. 123*

„kontraktualnym prawem autorskim”[21].Warunkiem jest jednak wyrażenie zgody w umowie, brak takowej uniemożliwia traktowanie tego zastrzeżenia w sposób podobny do prawa autorskiego. W sposób podobno odnosi się on do zachowania tajemnicy czy *know-how,* które to prawo wywodzone jest z kontraktu pomiędzy osobami, z których jedna umożliwia zapoznanie się z wiedzą albo wynalazkiem, a druga pod groźbą kary zobowiązuje się do zachowania milczenia.[22] Prawo takie - w przeciwieństwie do znanych m.in. z polskiego prawa prywatnego, nie ma charakteru *inter partes,* a działa *erga omnes* (identycznie jak prawo własności rzeczy materialnej). Cytując samego autora *Etyki Wolności* : „*No, dobrze, sprzedawanie lub kopiowanie pułapki Browna przez Greena* (osoby, która kupiła pułapkę od Browna z klauzulą - J.J.)*, jest z jego strony przestępstwem, przypuśćmy jednak,, że ktoś inny , na przykład Black, który nie podpisał z Brownem kontraktu, zetknął się z pułapką (…) zaczyna produkować jej replikę i ją sprzedawać. Dlaczego oskarżenie przeciwko niemu jest zasadne? To proste (…) nikt nie moze nabyć większej własności do czegoś, niż to, co z niej zostało dotychczas oddane za darmo lub sprzedane. Zgodnie z kontraktem zawartym z Brownem, Green posiadał wszystkie prawa do tytułu własności swej pułapki, prócz prawa do jej kopiowania i sprzedawania. Stąd tytuł Blacka do pułapki Browna, a więc prawo własności do swoich pomysłów nie może być większe niż prawo Greena. Dlatego Black także naruszałby własność Browna, mimo iż nie zawarł z nim żadnego kontraktu”*[23].

Dochodzenie takiego prawa autorskiego oparte miałoby być na dowodzie kradzieży dzieła i uzyskaniu dostępu do niego, pozwany mógłby więc dowieść swojej niewinności poprzez przeciwdowód, że taka sytuacja nie miała miejsca[24].

Rothbard osobno odnosi się do praw autorskich i do patentów. O ile uznaje te pierwsze za uzasadnone jako element zwyczajowy, o podłożu zobowiązaniowym (a więc i cywilnym), którego ochrona może być dowodzona, to patent w swej istocie ma charakter monopolu, który jest dawany przez państwo wynalazcy. Znacznie różni się też proces „ochrony” patentu – wskazuje on na fakt, że nie jest możliwy przeciwdowód niezależnego wynalezienia wynalazku i wynalazca taki nie ma prawa korzystać z tego, co sam wymyślił (nawet, jak było to wymyślone). Patent więc stanowi, w ocenie Rothbarda - pogwałcenie praw własności na rynku. *Patenty* - pisze Rothbard - *są niezgodne z wolnym rynkiem dokładnie w takim stopniu,*

[21] Rothbard określa to jako „zwyczajowe prawo autorskie”. Korzystanie z tego prawa ma następować albo poprzez klauzule, albo poprzez umieszczenie zastrzeżenia na rzeczy - np. prawo autorskie Rothbarda, o podobnym skutku co klauzula umowna.
[22] Ibidem, str. 222
[23] *Ibidem*, str. 223
[24] Murray Rothbard, *Ekonomia Wolnego Rynku*, Warszawa 2017, s. 589.

w jakim wykraczają poza prawa autorskie. Człowiek, który nie kupił maszyny i stworzyła taki sam wynalazek niezależnie, mógłły na wolnym rynku korzystać ze swego wynalazku i go sprzedawać. Patenty nie pozwalają człowiekowi na korzystnie ze swojego wynalazku, nawet jeśli go nie ukradł pierwszemu wynalazcy w sposób jawny albo dorozumiany. Patent jest zatem nadaniem monopolistycznego przywileju przez państwo i stanowi pogwałcenie praw własności na rynku[25].

Jednocześnie odrzuca on krytykę obrońców patentów, wskazując na to że patent prawem własności nie jest - samo ono zaś jest dostatecznie chronione. Odnosi się też o argumentu, jakoby patenty miały chronić innowacyjność i zachęcać do niej. Odpowiada on na ten zarzut w sposób następujący : „ *Jest to dziwny argument, ponieważ natychmiast pojawia się pytanie : według jakich kryteriów można ocenić, czy wydatki na badania są ,,zbyt duże", ,,zbyt małe" czy takie jak trzeba? (..) Ktoś zauważa, że w Arizonie jest mało inwestycji, a w Pensylwanii jest bardzo dużo; oburzony stwierdza, że Arizona zasługuje na więcej inwestycji. Jednak na jakiej podstawie formułuje on takie stwierdzenie? Rynek dysponuje racjonalnym kryterium: najwyższy dochód pieniężny i najwyższe zyski, które można osiągnąć tylko poprzez największe służenie potrzebom konsumentów.* W dalszych rozważaniach wskazuje także na to, że patenty niekoniecznie muszą mieć pozytywny skutek, zniekształcają bowiem zużycie dóbr kapitałowych, które mogłyby być użyte na bardziej zyskowne inwestycje. Badania są, w jego opinii „nadmiernie pobudzane we wczesnych fazach , a potem ograniczane w momencie jego uzyskania[26].

5. Stephan Kinsella - prawo autorskie jednak inter partes?

Idea Rothbarda o „zwyczajowości" praw własności intelektualnej i możliwości dochodzenia ich w taki sam sposób, w jakich dochodzi się prawa własności na rzeczy, stanowi etap dalszej dyskusji wśród libertarian, którzy odwołują się do spuścizny „Pana Libertarianina"[27]. Libertarianie Ci nie omieszkują sie też krytykować poglądów swego mentora. Najbardziej znanym przykładem twórczej krytyki poglądów Rothbarda, a jednocześnie mającym bardzo duży wpływ na obecny ruch libertariański, jest esej *Przeciw własności intelektualnej,* autorstwa Stephana N. Kinselli - amerykańskiego prawnika, zajmującego się w swej pracy zawodowej i naukowej (sic!) własnością intelektualną,

[25] *Ibidem,* s. 590-591
[26] *Ibidem,* s. 592-594
[27] Humorystyczne określenie Murraya Rothbarda, stosowane ze względu na znaczenie jego jako założyciela libertarianizmu w sensie, jaki rozumiemy go teraz , oraz współzałożenie Libertarian Party w Stanach Zjednoczonych.

a jednocześnie libertarianina i zwolennika Rothbarda.

Kinsella, tłumacząc różnice pomiędzy własnością dóbr i własnością idei, zauważa (zgodnie z Rothbardem i innym jego uczniem - Hansem Hermannem Hoppe), że podstawą do stworzenia idei własności jako takiej jest rzadkość dóbr. Rzadkość w ujęciu ekonomicznym oznacza, że ilość danego dobra nie wystarcza do zaspokojenia potrzeb wszystkich zainteresowanych, dóbr tych jest za mało. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność przypisania dóbr do osób, czego rezultatem jest stworzenie idei własności i zakończenie konfliktu o dobra - w tym momencie wiadome jest, jakie dobra należą do kogo. W przypadku własności dóbr materialnych - więź łącząca dane dobro z konkretną osobą jest widoczna.

W przypadku zaś prawa do dzieł, wynalazków czy znaków towarowych - więź łącząca twórcę z dziełem w rozumieniu własnościowym nie jest widoczna. Dzieło bowiem - będące w istocie ideą - nie jest rzadkie w rozumieniu ekonomicznym. Kinsella pisze: „*Jeśli wynajdę nową technikę zbioru bawełny, ktoś, kto również z tej techniki korzysta, niczego mi nie zabierze. Nadal będę znajdował się w posiadaniu samej techniki (podobnie jak i swojej bawełny). Użytkowanie jej przez kogoś innego nie wyklucza mojego z niej korzystania; oboje możemy w ten sposób zbierać bawełnę.* ***Nie ma ekonomicznej rzadkości, dlatego nie ma możliwości powstania konfliktu o rzadkie zasoby.*** *Z tej przyczyny nie istnieje potrzeba wyłączności. Podobnie, jeśli ktoś skopiuje książkę, którą napisałem, nadal mam oryginał (materialny egzemplarz), tak jak dalej „mam" treść słów, które go tworzą. (..) Jeśli ktoś zabierze mój samochód, przestanę być jego właścicielem.* ***Ale jeśli „weźmie" ode mnie treść książki i dzięki niej wyprodukuje własny egzemplarz, ja wciąż będę mieć swoją kopię****. Tak samo będzie w przypadku wynalazków i, w rzeczy samej, każdego „wzoru" czy informacji, które tworzymy lub posiadamy."* [28]. Wskazuje on, że jedyną podstawą prawa własności jest jej pierwotne zawłaszczenie, praca zaś sama w sobie nie jest tego warunkiem. Wskazuje, że oprócz pierwotnego zawłaszczenia, zwolennicy własności intelektualnej muszą zmodyfikować aksjomat pierwotnego objęcia. Pisze on, że : *„Zwolennicy IP muszą mianowicie zaproponować* ***nową zasadę zawłaszczenia, np.: „Osoba, która wpadnie na jakiś użyteczny bądź twórczy pomysł, ukazujący innym sposób użycia ich materialnej własności lub nań naprowadzający, otrzymuje tym samym automatycznie prawo kontrolowania każdego, w każdym zakątku świata, materialnego mienia, które może zostać użyte w podobny sposób".*** *Ta nowomodna technika zawłaszczenia jest tak potężna, że daje twórcy prawo do posiadania wcześniej*

[28] Stephan N. Kinsella, *Przeciw własności intelektualnej , za:* https://mises.pl/blog/2012/01/29/255/, str. 26-27, dostęp na dzień 14 lipca 2018.

zawłaszczonych materialnych zasobów osób trzecich. Na przykład odkrywając nową metodę kopania studni, wynalazca może zabronić wszystkim innym na całym świecie kopania studni w ten sam sposób, nawet na ich własnym terenie." . Tak rozumiane prawo własności intelektualnej jest w istocie naruszeniem aksjomatu nieagresji i jest wewnętrznie sprzeczne, bo daje komuś prawo do dóbr, których nie posiadł, tylko dlatego, że jest autorem pomysłu, za pomocą jakiego dane dobra zostały wykorzystane[29].

Ostatecznie, krytykuje on Murraya Rothbarda za wykorzystanie konstrukcji kontraktualnej do stworzenia prawa autorskiego, skutecznego erga omnes. Kinsella wskazuje bowiem na to, że zobowiązanie nie może powodować skutków wobec osób trzecich, a zwłaszcza ograniczyć ich prawo do dysponowania swoją własnością. Pisze, że „*Rozpatrzmy też sytuację innej osoby trzeciej, T2, która nigdy nie była w posiadaniu książki, ani jej nawet nie widziała; poznała informacje w niej zawarte z plotek, graffiti, nieproszonych e-maili itd. Ani T1, ani T2 nie mieli kontaktu z A, ale obydwoje posiedli określoną wiedzę. Nawet jeśli książka w jakiś sposób nie zawiera w sobie „prawa do powielania", to jak może to uniemożliwić T1 i T2 użycie ich wiedzy? I nawet jeśli powiemy, że T1 jest w jakiś sposób „związany" przez kontraktową informację o prawach autorskich wydrukowaną w książce (taki pogląd na kontrakt jest nie do utrzymania), to w jaki sposób T2 jest zobowiązany do przestrzegania kontraktu czy praw zastrzeżonych?".*[30] Wskazuje tym samym na absurdalność tak ujętego prawa własności intelektualnej, sprzecznego z istotą stosunku zobowiązaniowego : „*Tracąc z pola widzenia rzadkość jako niezbędny aspekt rzeczy dającej się zawłaszczyć, a także zasadę pierwotnego zawłaszczenia jako sposób na wejście w posiadanie takiej rzeczy, Rothbard i inni dochodzą do mylnego wniosku, że idee i praca mogą być posiadane. Kiedy zauważymy, że idee nie mogą być posiadane (nie są rzadkimi zasobami), że tworzenie nie jest ani konieczne, ani wystarczające do zawłaszczenia (pierwsze posiadanie jest), oraz że nie musimy „posiadać" pracy, by dzięki niej zawłaszczać, wtedy problem spowodowany przez te błędne wyobrażenia znika"*[31]. Autor podsumowuje artykuł, zauważając, że tak rozumiane prawo własności intelektualnej byłoby nie do utrzymania, nie wyklucza jednak, że w pewnych społecznościach czy „enklawach" byłoby to możliwe, jednak na mniejszą skalę[32].

[29] *Ibidem*, str. 35-37.
[30] *Ibidem*, str. 42.
[31] *Ibidem*, str. 43.
[32] *Ibidem*, str. 46.

6. Podsumowanie

Kończąc niniejszy artykuł, nie można ukryć zdziwienia, że autorzy powyżsi przeznaczyli tyle czasu na opisywanie i komentowanie dość specjalistycznej dziedziny prawa, jaką jest prawo własności intelektualnej. Wynika to jednak z tego, że jest ono w kapitalistycznych stosunkach gospodarczych bardzo ważne i przesądza o pozycji przedsiębiorców. Jest także w sposób nierozerwalny związany z ideą własności prywatnej – która to u każdego z nich stanowi podstawę danej teorii. Stosunek więc do własności intelektualnej stanowi o koherentności danej doktryny a w konsekwencji – o możliwości realizacji postulowanego modelu społecznego. Nie każdy jednak z wyżej wymienionych autorów w mojej opinii, uchronił się przed takim zagrożeniem

Szczególnie dużo zastrzeżeń można podnieść do libertariańskich zwolenników koncepcji własności intelektualnej. Koncepcja prawa własności intelektualnej Ayn Rand pomija kilka aspektów. Przede wszystkim - Rand nie odpowiada w sposób przekonywujący na pytanie, dlaczego prawo autorskie i patenty trwać mają po śmierci autora/wynalazcy, skoro są „nierozerwalnie związane" z ich osobami? Zdaje się bowiem, że śmierć jest równie naturalną sytuacją, jak konkurencja dwóch wynalazców i z każdą z nich należy liczyć się w taki sam sposób. Jest to pewne ryzyko, jakie musimy podjąć, funkcjonując co dzień, że następnego dnia można umrzeć. W mojej opinii niedostatecznie tłumaczy też, jak długo ma trwać okres ochronny - tym bardziej, że własność sama w sobie może trwać w sposób nieograniczony, powołując się na sugerowany przykład brytyjski. Jednocześnie - tłumacząc to względami gospodarczymi, autorka uzasadnia ograniczenia prawa autorskiego w czasie, nie uwzględniając idei prawa własności. Problem zdaje się być niezbyt dobrze przez nią rozważony co jest o tyle uderzające, jak uzasadnia szczegółowo ona prawo do własności rzeczy materialnych i jak mocno ją broni. Nigdzie nie odnosi się do kwestii ekonomicznych rzadkości dóbr.

Argumentacja Roberta Nozicka, oparta na zasadach dystrybucji dóbr wyjątku od klauzuli Locke'a, zakłada modyfikację zasady nabywania poprzez uznanie, że to nie praca doprowadza do uzyskania tytułu, a zawłaszczenie, gdyż praca nie stanowi przesłanki dostatecznie uzasadniającej i rozstrzygającej nabycie tytułu własności, pokazując nieścisłości związane tak opartą argumentacją. Tymczasem w rozważaniach nad własnością intelektualną Nozick odnosi się znów do pracy jako podstawy zawłaszczenia i określenia okresu trwania ochrony patentowej, trudno bowiem traktować ten okres inaczej jak zryczałtowaną pracę. I choć werbalnie odrzuca on laborystyczną teorię wartości (komentując niedociągnięcia tej koncepcji), w kontekście patentu popełnia błąd, przed którym przestrzega, wiążąc patent i jego

czas ochronny z włożoną pracą i wartością dodaną.[33]. Odnosząc się zaś do okresu wymaganego do wynalezienia wynalazku jako podstawy określenia okresu ochrony - należy zauważyć, że wraz z postępem technologicznym okres potrzebny na wynalezienie danego wynalazku, co może powodować problem z określeniem samego okresu ochronnego. Nozick nie pochyla się również nad problemem, czy uznanie wynalazczości paralelnej nie będzie stanowiło pogorszenie sytuacji pierwotnego wynalazcy. Teoretycznie bowiem traci on w takim momencie monopol na gospodarcze wykorzystanie pomysłu, który mógł być opatentowany wczesniej, co ogranicza jego zyski , sytuacja zaś taka winna być, w konsekwencji, złamaniem klauzuli Locke'a. Dość wspomnieć, że nieprecyzyjne określenie okresu ochronnego jest podobnym błędem, jaki popełnia Rand[34].

Znacznie lepiej dopracowana jest argumentacja Rothbarda, sprzeciwiająca się ustawowej własności intelektualnej. Konsekwentnie trzyma się bowiem własności prywatnej, zauważając, że wiedza z konieczności musi być zawarta w ciele, zaś ograniczanie jej wykorzystania oznaczałoby naruszenie jego własności i wolności dysponowania nią. Tak więc jedyną możliwością ograniczenia tejże wolności byłoby dobrowolne zobowiązanie. Popełnia jednak dość duży błąd, nie do końca rozumiejąc ideę kontraktu, sugerując ze kontraktualne prawo autorskie można chronić tak samo, jak chroni się własność materialną i z niej bezpośrednio wywodząc ochronę swoich interesów, zapominając o tym że jest to zupełnie inny porządek prawny. Taki błąd można tłumaczyć tym, że Rothbard nie był profesjonalnym prawnikiem (tylko ekonomistą) , „poprawiającym" zaś ten błąd Kinsella już tak.

Argumentacja Stephana Kinselli zaś zdaje się być – pomimo jej radykalizmu – najbardziej konsekwentna, wykazująca się zarówno zrozumieniem kwestii ekonomicznych, jak i prawnych. Sam jednak autor zauważa, że w tak rozumianym systemie ochrona kontraktualnych praw autorskich mogłaby nie istnieć. Nie w sposób jednak przewidzieć przyszłego rozwoju technologii, który być może umożliwi na realizowanie skutecznej kontroli przynajmniej w ograniczonym zakresie - należy wspomnieć, że już dziś np. wiele programów

---

[33] Na stronie 209 *Anarchii , państwa i utopii* komentuję laborystyczną teorię własności : *Dlaczego wkład pracy w coś sprawia, że człowiek staje się właścicielem tego czegoś? Być może dlatego, że jest właścicielem swojej pracy, a zatem staje się właścicielem niemającej wcześniej właściciela rzeczy, która zostaje przeniknięta tym, czego jest właścicielem. (...) Może chodzi o to , że praca nad czymś ulepsza to i podnosi jego wartość, a każdy jest uprawniony do posiadania rzecz, której wartość stworzył. (...) Dlaczegóż czyjeś uprawnienia powinny rozciągać się na cały przedmiot, zamiast tylko na samą wartość dodaną, którą wytworzyła praca? (...) Jak dotąd nie stworzono żadnej efektywnej i spójnej koncepcji posiadania opartej na pojęciu wartości dodanej, a każda tego typu koncepcja zapewne byłaby narażona na zarzuty (podobne do tych, które napotyka teoria Henry'ego George'a.* Trudno więc argumentować, że Nozick nie zauważa problemów związanych z pojęciem pracy jako czynnika nadającego tytuł własności.

[34] Warto tu dodać, żę Cezary Błaszczyk zauważa, że kwestia własności intelektualnej u Nozicka jest uznawana w piśmiennictwie za jedną z najbardziej niedopracowanych, vide : Cezary Błaszczyk, *op. cit.* , s. 22.

komputerowych (w tym gier) posiada zabezpieczenia przeciwko kopiowaniu, bardzo często też korzystanie z może odbywać się poprzez serwery i konta na serwisach (np. Steam), ograniczając znacząco nieautoryzowane kopiowanie egzemplarzy, a model korzystania jest raczej licencją na korzystanie, niż zakupem programu, tak więc model jest zbliżony do kontraktualnego. Nie jest więc wykluczone, że realizacja postulatu Stephana Kinselli może być znacznie szersza, niż sam się on spodziewa.

ABSTRAKT

Rewolucja informatyczna trwająca od kilku dekad, rozwój globalizacji, a co za tym idzie – wzrost międzynarodowej wymiany handlowej i rozpowszechnienie wielu dóbr w stopniu wcześniej nieznanym spowodował wzrost zainteresowania tematyką własności intelektualnej (*intellectual property*) jako narzędzia ochrony konkurencyjności gospodarek poszczególnych krajów czy przedsiębiorstw oraz artystów. W celu realizowania tej ochrony zawierane są traktaty międzynarodowe, które jednak wzbudzają w opinii publicznej nieufność i wrogość (*casus* ACTA czy CETA). Powoduje to wzmożoną dyskusję nad zakresem, w jakim prawo powinno regulować tą materię i czy jest ono w ogóle potrzebne, w której prezentowane jest wiele stanowisk na rzecz zarówno likwidacji jak i poszerzenia tego zakresu ochrony oraz jakie będą bezpośrednie efekty ekonomiczne ochrony lub jej braku.

Wartym uwagi w tym kontekście są poglądy libertarian takich jak Murray Rothbard, Stephan Kinsella, Ayn Rand czy Robert Nozick, którzy argumentują na podstawie teorii praw własności jako uprawnień naturalnych, w przeciwieństwie do często używanych argumentów utylitarystycznych, opartych o użyteczność regulacji prawnej w osiąganiu pożądanego celu ekonomicznego czy społecznego. Wychodząc z podobnych założeń pierwotnych, odpowiadają na tytułowe pytanie w sposób bardzo rozbieżny, ze względu na rozumienie istoty własności. O ile Nozick czy Rand uzasadniają słuszność istnienia kategorii własności intelektualnej przy pewnych ograniczeniach czasowych jako równie uprawnionej co własność na dobrach materialnych jako wytworu ludzkiego intelektu i jego pracy, Rothbard oraz kontynuator jego myśli, Kinsella prezentują stanowisko odmienne. Definiują oni na istotę własności jako prawa do rzeczy rzadkiej, co oznacza nieprzystawalności kategorii własności do pojęcia idei, która nie posiada sama w sobie urzeczywistnienia, a jest przenoszona poprzez swoje odzwierciedlenie w dobru, będącym nośnikiem tej idei. Wskazują jednak na możliwość zawarcia specjalnej klauzuli przy umowie przenoszącej tytuł własności, która będzie imitowała w swym działaniu

prawo własności intelektualnej, nie naruszając przy tym istoty prawa własności poprzez fakt dobrowolnego zobowiązania. Różnią się jednak w zakresie mocy tej klauzuli wobec osób trzecich.

Słowa kluczowe: Ayn Rand, Robert Nozick, Murray Rothbard, Stephan Kinsella, własność intelektualna,libertarianizm.

Bibliografia

Błaszczyk Cezary *Teoria legalistyczna a prawo własności intelektualnej* , [w: Studia Prawno-ekonomiczne, t. ciii, 2017.

Kinsella Stephan N., *Przeciw własności intelektualnej, za:* https://mises.pl/blog/2012/01/29/255/, dostęp na dzień 14 lipca 2018.

Nozick Robert, *Anarchia Państwo i utopia,* Warszawa 2010.

Rothbard Murray*, Ekonomia Wolnego Rynku*, Warszawa 2017.

Rothbard Murray, *Etyka Wolności,* Warszawa 2016.

Rand Ayn *Etyka Absolutna* [w:] *Cnota Egoizmu*, Warszawa 2015.

Rand Ayn, *Patenty i prawa autorskie* [w:] Ayn Rand, *Kapitalizm - nieznany ideał* , Warszawa 2013.

Kamila Fatyga
(absolwentka Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie)
ORCID: 0000-0001-8333-5241

Istota Generalnego Systemu Preferencji (GSP) oraz jego praktyczne stosowanie

Generalized System of Preferences (GSP) and its practical application

ABSTRACT

The text deals with the subject of the Generalized System of Preferences, operating on the basis of the decision of the GATT Council of June 25, 1971, focusing on the characteristics of the systems used by developed and developing countries in relation to the least developed countries. The issue has been described comprehensively, including the history of the system implementation and its essence. In addition, the author has attempted to assess the effectiveness of the system as it stands and consider whether GSP and other unilateral tariff preferences actually contribute to promoting exports from beneficiary countries. The topic raises hardly explored issues in the field of current international economic law.

Keywords: Generalized System of Preferences, GSP, developing countries, developed countries, tariff preferences

Wstęp

Ogólny system preferencji (GSP) został zapoczątkowany przez UNCTAD na konferencji inauguracyjnej w 1964 roku. Sens istnienia GSP opierał się na trzech założeniach:

- kraje rozwijające się miały zwiększyć eksport do krajów rozwiniętych;
- kraje rozwijające się miały eksportować towary o wyższej wartości dodanej;

- GSP zmniejszyłby zależność od pomocy zagranicznej[1].

W reakcji na postrzeganą nieustępliwość krajów rozwiniętych w kierunku liberalizacji handlu tekstyliami, odzieżą, obuwiem i rolnictwem[2] kraje rozwijające się stosowały dwutorowe podejście na poziomie międzynarodowym. W ramach GATT kraje rozwijające się nalegały na specjalne traktowanie w związku z taryfami, subsydiami i kontyngentami importowymi. Ścieżka prowadzona przez nie poza GATT została zapoczątkowana w latach 60. XX wieku pod auspicjami UNCTAD.

Przy wsparciu Stanów Zjednoczonych i innych krajów rozwiniętych podczas drugiej, czteroletniej konferencji UNCTAD w 1968 r. koncepcja GSP została formalnie przyjęta. Uczestnicy UNCTAD II przyjęli tak zwaną „rezolucję 21 (II)", dokument uznający „jednomyślne porozumienie na rzecz wczesnego ustanowienia wzajemnie akceptowalnego systemu ogólnych, niereferencyjnych i niedyskryminacyjnych preferencji, które byłyby korzystne dla krajów rozwijających się"[3]. Rezolucja 21 ustanowiła również Specjalny Komitet ds. Preferencji, w celu opracowania szczegółów proponowanego systemu. W 1970 r. Specjalny Komitet przyjął następujące decyzje:

- wszystkie kraje rozwijające się powinny od początku uczestniczyć w programie jako beneficjenci, a status beneficjenta powinno określać się zgodnie z zasadą samodzielnego wyboru;

- dozwolone są *a priori* ograniczenia ilości towarów, które mogą być importowane za pośrednictwem GSP;

- preferencje taryfowe będą tymczasowe, niewiążące i pod warunkiem uzyskania niezbędnego waivera GATT[4].

Wyniki obrad zostały w październiku 1970 roku przedstawione Radzie Handlu i Rozwoju UNCTAD. Zgodnie z uzgodnionymi wnioskami, niektóre rozwinięte państwa należące do GATT wystąpiły do Rady o zezwolenie na wydanie odpowiedniego waivera. Wezwanie do

---

1 K.C.Kennedy: *Generalized System Of Preferences After Four Decades: Conditionality and The Shrinking Margin. Of Preference*, Michigan state international law review, 2012 s. 536

2 *Ibidem.*

3 Report of the United Nations Conference on Trade and Development on Its Second Session, U.N. TDBOR, 2d Sess., Annex 1, Agenda Item 11, at 38, U.N. Doc. TD/97/Annexes (1968), reprinted in Panel Report, European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, WT/DS246/R (Dec. 1, 2003).

4 Agreed Conclusions of the Special Comm. on Preferences, U.N. TDBOR, 4th Sess., 267th mtg., Annex 1, paras. I.9, II.1, III.1-4, IV.1, & IX.2, U.N. Doc. TD/B/330 (1970), reprinted in 10 I.L.M. 1083, 1084 (1971).

ustanowienia wzajemnie akceptowalnego systemu ogólnych, niereferencyjnych i niedyskryminacyjnych preferencji zostało ostatecznie zrealizowane trzy lata później w 1971 r. w Powszechnym Systemie Preferencji (waiverze GSP). Decyzja w sprawie GSP z dnia 25 czerwca 1971 stanowiła zniesienie ma 10 lat obowiązku stosowania KNU wynikającego z art. I: 1 GATT w odniesieniu do preferencyjnych stawek celnych stosowanych przez kraje rozwinięte do importowanych z krajów rozwijających się[5].

Każdy kraj przyznający preferencje mógł w dowolnym momencie zakończyć swój program GSP. Od 1971 roku, w którym Powszechny System Preferencji został po raz pierwszy zatwierdzony pod auspicjami GATT - GSP stał się stałym elementem polityki handlowej krajów rozwiniętych[6].

Istota GSP

Ogólny system preferencji został opisany jako niejednorodny zestaw mechanizmów krajowych posiadających wspólne cechy podstawowe. Ze względu na różnice w strukturach gospodarczych i stawkach taryfowych państw rozwiniętych, a także na istnienie niejednorodnych gałęzi przemysłu krajowego- od samego początku niemożliwe było stworzenie jednego zharmonizowanego systemu identycznych koncesji taryfowych. W związku z tym GSP stał się zbiorem indywidualnych programów krajowych opartych na wspólnych celach i zasadach- z myślą o zapewnieniu krajom rozwijającym się równoważnych możliwości rozwoju[7]. Każdy kraj udzielający preferencji nakłada na kraje rozwijające się będące beneficjentami (zgodnie z indywidualnymi ustaleniami każdego państwa udzielającego) zwolnienia z ceł (w postaci obniżenia taryf lub bezcłowego dostępu) na większość wytwarzanych produktów i niektóre „niewrażliwe" produkty rolne. Zakres tych produktów i preferencyjne traktowanie mogą znacznie różnić się w stosunku do różnych państw udzielających ulgi[8]. Podczas gdy większość systemów GSP dopuszcza całkowite zwolnienie

---

5 K.C.Kennedy: *op.cit.* s. 536.

6 Dziesięcioletni waiver GSP został przedłużony bezterminowo decyzją Rundy Tokijskiej 18 listopada 1979 r. na podstawie wprowadzonej wtedy Enabling Clause (Decyzja GATT z 28 listopada 1979 - L/4903). Pozwoliła ona na przedłużenie stosowania przez państwa rozwinięte ulg w stosunku do państw rozwijających się, jednocześnie nie zobowiązując ich do tego. Co za tym idzie Enabling Clause stała się podstawą prawnomiędzynarodową dla każdego indywidualnego (wprowadzanego przez dane państwo) GSP.

7 K.C.Kennedy: *op.cit*. s. 539-540.

8 Note Report by the Secretariat: Trade Policy Review for the European Communities, 35 n.93, WT/TPR/S/177/Rev.1 (May 15, 2007).

z ceł zakwalifikowanych produktów, niektóre państwa zapewniają jedynie obniżki taryf (dotyczy to na przykład Australii, Japonii i UE)[9].

W 1971 r. sześciu pierwotnych członków Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej wdrożyło pierwszy na świecie program GSP na podstawie waivera GATT z 1971 r. W latach siedemdziesiątych XX wieku w ich ślady poszło kilka spośród krajów członkowskich OECD - Australia, Kanada, Węgry, Japonia, Nowa Zelandia, Norwegia, Szwajcaria i Stany Zjednoczone[10]. Tym co łączy te różne systemy krajowe w szerokim zakresie są pierwotne zasady GSP zapewniające, że kraje rozwijające się są prawdziwymi beneficjentami ich programów. Ponadto niektóre państwa udzielające ulg nie ustanawiają żadnych formalnych warunków, które powinny spełnić państwa rozwijające się w celu zakwalifikowania się jako kraj-beneficjent. Nie ustanawiają także żadnych formalnych warunków utrzymania statusu beneficjenta[11].

Wraz z pojawieniem się idei powstania GSP, zakładano że państwa rozwijające się przyznające preferencje zapewnią korzyści wszystkim krajom rozwijającym się, nie dyskryminując żadnego z nich. Dyskryminacja wynikająca z wprowadzenia różnych preferencji taryfowych została jednak niejako wbudowana w programy GSP[12]. Przykładem może być choćby to, że lista beneficjentów programu może znacząco różnić się w zależności od kraju zapewniającego ulgę.

Na pierwszej Konwencji Lomé w 1976 r. Europejska Wspólnota Gospodarcza rozszerzyła ustanowione przez GSP ulgi na grupę 70 rozwijających się państw głównie w Afryce, na Karaibach i na Pacyfiku (państwa AKP), z których zdecydowaną większością były Europejskie kolonie[13].

W 1984 r. Stany Zjednoczone, wprowadziły Caribbean Basin Economic Recovery Act (CBERA), zapewniając tym samym preferencyjne traktowanie taryfowe na korzyść dwudziestu krajów na Karaibach i w Ameryce Środkowej (oferując beneficjentom CBERA preferencje taryfowe na około 1700 produktów więcej niż w przypadku amerykańskiego programu GSP[14]).

---

9 UNCTAD, Generalized System of Preferences: Handbook on the Scheme of Australia 5 (June 2000); Report by the Secretariat, Trade Policy Review for Japan, WT/TPR/S/175/Rev.1, at 25-26 (2007).

10 *Vide*: UNCTAD, Agreement on the Global System of Trade Preferences Among Developing Countries (April 12, 1988).

11 K.C.Kennedy: *op.cit.* s. 539-540.

12 *Ibidem.*

13 *Ibidem.*

14 *Ibidem.*

Sekretariat UNCTAD zgłosił na chwilę obecną[15] trzynaście[16] krajowych systemów GSP. W danym państwie przyznającym preferencje lista produktów zakwalifikowanych do GSP może znacząco różnić się od tych zatwierdzonych w innych państwach i z czasem ulec zmianie. Innymi słowy, państwa rozwinięte nie ujednolicają wzajemnie swoich programów[17].

Stosowanie GSP przez państwa rozwinięte

Mimo istnienia wielu zróżnicowanych systemów GSP najbardziej znaczącymi na arenie międzynarodowej wciąż pozostają systemy USA i UE. Chociaż programy GSP w USA i UE różnią się pod względem preferencji stawek celnych, kwalifikacji produktów i beneficjentów ulg, to oba posiadają taki sam zestaw warunków wstępnych, które kraje rozwijające się muszą spełnić, aby zostać beneficjentami programu. Zarówno amerykański, jak i unijny program preferencji handlowych ustanawia również szereg warunków, które należy spełnić, aby ten status zachować.

Od 1971 roku, w którym Powszechny System Preferencji został po raz pierwszy zatwierdzony pod auspicjami GATT - GSP stał się stałym elementem polityki handlowej krajów rozwiniętych. W raporcie z 2008 r. Kongresowa Służba Badawcza USA oceniła mało optymistycznie, iż: „badania naukowe…prowadzą do sprzecznych wniosków dotyczących wpływu programu GSP na przepływy handlu międzynarodowego". W zależności od zastosowanej metodologii i poczynionych założeń w badaniach oszacowano, że wpływ na handel produktami kwalifikującymi się do GSP, określany jest w zakresie od nieistotnego do zwiększonego o ponad 60%. W badaniu unijnych programów preferencji handlowych z 2006 r. oszacowano, że unijny program GSP „nie zwiększa znacząco eksportu" dla krajów-beneficjentów. W większości badań obliczono mniejszy niż 20% wzrost eksportu produktów zakwalifikowanych do GSP[18]." W raporcie z 2006 roku Kongresowa Służba Badawcza odnotowała badania z lat 70. i 80. XX wieku, w których stwierdzono, że GSP wywarł stymulujący wpływ na eksport krajów rozwijających się. W tym samym raporcie zaobserwowano jednak, że korzyści wynikające z GSP są ograniczone przez kilka funkcji

---

[15] Z historycznego punktu widzenia systemów tych było znacznie więcej. Polska posiadała swój własny system GSP do 2004 roku, kiedy to przystąpiła do UE, co więcej do tego roku Polska była również beneficjentem GSP USA.

[16] Obszary celne przyznające preferencje GSP to: Australia, Białoruś, Kanada, Unia Europejska, Islandia, Japonia, Kazachstan, Nowa Zelandia, Norwegia, Rosja, Szwajcaria, Turcja i Stany Zjednoczone Ameryki - unctad.org/en/Pages/DITC/GSP/About-GSP.aspx (dostęp 02.07.2019).

[17] K. C. Kennedy: *op.cit.* s. 522-524.

[18] M Persson, F. Wilhelmsson, A*ssessing the Effects of EU Trade Preferences for Developing Countries* 16 Dep't of Economics Working Papers, Paper No. 2006: 4, 2006.

programu amerykańskiego[19]. Dla przykładu w 2005 r. mniej niż 10 procent amerykańskiego importu z krajów będących beneficjentami GSP skorzystało z pełnego zwolnienia z ceł na podstawie programu. Znaczna ilość produktów, zakwalifikowanych do GSP, została wykluczona, w większości z powodu przekroczenia limitu zapotrzebowania na konkretny produkt, albo nie spełnienia reguły pochodzenia GSP[20].

Czynnikiem nie polepszającym sytuacji jest to, że w danym państwie przyznającym preferencje lista produktów zakwalifikowanych do GSP może z czasem ulec zmianie. W związku z tym nie wszystkie państwa udzielające ulgi uznają te same produkty za kwalifikujące się do GSP. Innymi słowy, państwa rozwinięte nie ujednolicają wzajemnie swoich programów[21].

W rzeczywistości zarówno specjalne, jak i zróżnicowane traktowanie w odniesieniu do preferencji taryfowych stało się wielowarstwowe i wieloaspektowe. Przykładowo kraje rozwijające się otrzymują zróżnicowane ulgi, w ramach różnych systemów preferencji handlowych, co oznacza, korzystniejsze traktowanie taryfowe niektórych państw rozwijających się w odniesieniu do innych państw należących do tej samej grupy[22].

W stosunku do polityki handlowej i rozwojowej dla krajów rozwijających się, zarówno amerykańskie, jak i unijne programy GSP są obarczone ograniczeniami i warunkami, które mają zarówno zniechęcać, jak i wynagradzać pewne zachowania. Większość warunków ma na celu zniechęcenie krajów rozwijających się do stosowania pewnych praktyk, które mogą doprowadzić do ich niezakwalifikowania się do GSP. Inne warunki mają na celu zachęcenie państw do przyjęcia i skutecznego wdrożenia dodatkowych obowiązków prawnych w zamian za rozszerzoną kwalifikowalność GSP dla produktów, które w innym przypadku nie kwalifikowałyby się do preferencyjnego traktowania celnego[23].

Zgodnie ze sprawozdaniem Organu Apelacyjnego WTO z 2004 r. w EC – Conditions of Granting Tariff Preferences[24], 13 państw rozwiniętych udzielających ulg może zgodnie z prawem nałożyć warunki na kraje beneficjentów, w celu ich kwalifikacji do świadczeń GSP wykraczających poza te ogólnie przyznawane beneficjentom kwalifikującym się do programu, przy założeniu, że warunki te mają związek z potrzebami handlowymi, finansowymi

---

19 K.C. Kennedy: *op.cit.* s. 522-524, *vide*: W. H. Cooper, Cong. Research Service, 97-389, Generalized System Of Preferences 4 (2006).

20 *Ibidem* s. 522-524.

21 *Ibidem* s.523-524.

22 *Ibidem* s. 524.

23 *Ibidem*, A. Mason: *The Degeneralization of the Generalized System of Preferences (GSP): Questioning the Legitimacy of the U.S. GSP*, 2004, s. 524-525.

24 WTO Appellate Body Report: *Conditions of Granting Tariff Preferences.* 7 April 2004 WT/DS246/AB/R.

i rozwojowymi państw rozwijających się[25]. Raport panelu EC – Tariff Preferences omawia ograniczenia *a priori*, które państwa rozwinięte mogą dopuszczalnie ustanowić w ramach swoich programów GSP. Powołuje się przy tym na ograniczenia kwalifikowalności produktu i środki mające na celu ochronę producentów krajowych przed szkodliwym dla rynku wewnętrznego importem wynikającym z GSP. Innymi tego typu ograniczeniami mogą być: progi importowe i to, czy brany pod uwagę kraj w rzeczywistości jest „rozwijającym się"[26]. Organ Apelacyjny ograniczył się do wydania orzeczenia w sprawie zgodności GSP z czymś, co można nazwać „warunkowością pozytywną"[27]. Oznacza to, że w zamian za spełnienie dodatkowych warunków beneficjent, poza korzyściami ogólnie dostępnymi dla innych krajów kwalifikujących się, otrzymuje również dodatkowe korzyści. Założenie, że warunki mogą potencjalnie być skutecznym narzędziem powodującym pozytywne zmiany poprzez wpływ na politykę kraju beneficjenta, nie zostało przyjęte jako *a priori* ważne. Jednak powiązanie korzyści z kwestiami pozahandlowymi, takimi jak normy środowiskowe[28] i normy pracy[29], a także prawa własności intelektualnej i walka z handlem narkotykami, ograniczają je w ramach programu i wprowadzają elementy dyskryminacji i wzajemności do systemu GSP[30]. Legalność warunkowości w programach GSP, to, czy takie warunki faktycznie sprzyjają rozwojowi, i czy mają one związek z handlem i rozwojem, było przedmiotem dyskusji[31]. Ponadto krytycy zarzucają GSP, że warunki krajów przyznających ulgi naruszają zasady moralne, sprawiedliwości i równości[32]. Argumentowano, że krajowe systemy GSP są produktem „wzajemnie akceptowalnego porozumienia" między krajami przyznającymi preferencje

---

25 *Ibidem* s. 526;

26 *Ibidem.*

27 L. Bartels: *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program* (2003).

28 P. Czubik, *Promowanie ochrony środowiska za pomocą mechanizmu GSP Wspólnot Europejskich* Ochrona środowiska – Przegląd 2004 nr 3, s. 21-34. Por. także P. Czubik, *Odrzucony mit czy nowy eksperyment? Ochrona środowiska w nowym mechanizmie GSP Wspólnot Europejskich*" [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka [red.] „*Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*", Katowice 2009, s. 154-165.

29 Zob. P. Czubik, *Regulacje prawne handlu zagranicznego a przestrzeganie standardów prawa pracy – zarys podstawowych problemów prawnomiędzynarodowych*, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej" rok 2003/2004, s. 373-385. Por. P. Czubik, *Nowy mechanizm Zgeneralizowanego Systemu Preferencji (GSP) Wspólnot Europejskich – jego oddziaływanie na politykę przestrzegania praw człowieka w krajach rozwijających się – postęp czy regres?* [w:] K. Lankosz, P. Czubik [red.] „*Prawa człowieka w polityce zagranicznej państw*", Bielsko-Biała 2007, s. 84-93.

30 K.C.Kennedy: *op.cit.*, s. 530.

31 K.C.Kennedy: *op.cit.*, s. 530 w związku z American Enterprise Institute for Public Policy Research, *Renewal of the Generalized System of Preferences* (1984).

32 F. Candau, S. Jean: *What Are European Union Trade Preferences Worth for Sub-Saharan African and Other Developing Countries in Trade Preference Erosion*, CEPII no. 2005-19 December (2005).

i krajami rozwijającymi się (systemy GSP mają charakter jednostronny, czyli z definicji nie mogą być wzajemne). Jednakże Organ Apelacyjny w EC – Tariff Preferences zinterpretował Enabling Clause jako dopuszczającą dyskryminację między krajami będącymi beneficjentami GSP, pod warunkiem, że dyskryminacja ta traktuje w taki sam sposób, w podobnych sytuacjach inne państwa również będące beneficjentami[33]. Podsumowując, według Organu Apelacyjnego, nie wszystkie kraje rozwijające się muszą być beneficjentami tych samych preferencji.

W raporcie OECD z 1983 r. dotyczącym pierwszych dziesięciu lat GSP, program postrzegano jako odgrywający istotną rolę w otwieraniu rynków państw rozwiniętych i rozszerzaniu handlu z krajami rozwijającymi się[34]. Inne mniej optymistyczne oceny głosiły, że korzyści z GSP nie zostały równomiernie rozdzielone między kraje rozwijające się będące beneficjentami. W badaniu z 1986 r. oszacowano, że aż 44 procent z łącznych korzyści z GSP trafiło jedynie do trzech krajów: Hongkongu, Tajwanu i Korei (każdy otrzymał trzykrotnie więcej korzyści od następnego największego beneficjenta, Brazylii)[35]. Cały program GSP został gruntownie przeanalizowany w ramach Rundy Urugwajskiej. Chociaż nie zrezygnowano z niego, kraje rozwinięte wywierały większą presję na wiele wcześniej rozwijających się, a później uprzemysłowionych już krajów, aby przyjęły więcej zobowiązań w ramach WTO. Zjawisko w znacznym stopniu nierównej dystrybucji korzyści GSP wciąż utrzymuje się, między innymi, w ramach amerykańskiego i europejskiego programu:

- w ramach unijnego programu około 60 procent korzyści przypada na pięć krajów;
- w Stanach Zjednoczonych pięciu największych beneficjentów pobiera prawie 75 procent wszystkich udzielanych ulg;
- w Japonii pięć państw będących głównymi beneficjentami programu pobiera prawie 90 procent wszystkich ulg wydawanych przez państwo[36].

Przy czym Chiny są największym beneficjentem GSP w UE, Japonii i Kanadzie (nie zostały one wyznaczone jako beneficjenci w ramach amerykańskiego GSP).

W ramach japońskich i amerykańskich programów dla krajów najsłabiej rozwiniętych, dziesięciu największych beneficjentów - z puli czterdziestu ośmiu potencjalnych beneficjentów - stanowi sto procent, a w UE ta sama liczba stanowi ponad dziewięćdziesiąt procent państw

---

33 K.C.Kennedy: *op.cit.* s. 530.

34 V. C. Jones, Congress Research Service, *Generalized System Of Preferences: Background and renewal debate* 2-3 (2008).

35 K.C.Kennedy: *op.cit.* s. 531.

36 *Ibidem* s. 531-532.

pobierających ulgi[37].

Przyjęto dwie metody rozwiązania problemu nierównomiernego podziału korzyści z GSP: całkowite wyłączenie kraju beneficjenta z program GSP lub usunięcie produktu zGSP, gdy kraj beneficjent osiągnie określony poziom globalnej konkurencyjności w tym produkcie.

Wszystkie programy GSP, niezależnie od tego, którego państwa dotyczą mogą zostać wycofane. Powszechnie przyjęto, że po tym, jak poszczególne preferencje pomogą państwom rozwijającym się „zapobiegać strukturalnej nierównowadze w handlu lub ją skorygować", będą stopniowo zanikać. Jest to koncepcja ukończenia programu (ang. graduation), która oznacza dokładnie, że państwa rozwijające się po osiągnięciu pewnego, zadowalającego poziomu rozwoju gospodarczego zostaną uznane za wystarczająco rozwinięte i nie będą dłużej korzystać z GSP[38]. Państwa mogą indywidualnie ustalać zasady wyłączenia z programu. Przykładowo w Kanadzie nie ma formalnego kryterium dotyczącego wyłączenia, porównywalnego z kryterium Stanów Zjednoczonych lub UE, zgodnie z którym państwa przestają być beneficjentami programu, gdy zostaną sklasyfikowane przez Bank Światowy jako osiągające „wysokie dochody" (w przypadku UE muszą utrzymać się jako państwa osiągające wysoki dochód przez trzy kolejne lata)[39].

Oprócz powyższego wycofania z powodu osiągnięcia określonego poziomu rozwoju, GSP może zostać również czasowo wycofane lub zawieszone dla danego państwa z powodu poważnychi systematycznych naruszeń podstawowych konwencji dotyczących praw człowieka i praw pracowniczych oraz z innych, ważnych powodów. Jako przesłanki tego typu wyłączenia wymienia się następujące:

- poważne i systematyczne naruszanie zasad ustanowionych w międzynarodowych konwencjach;
- wywóz przez beneficjenta towarów wykonanych przez więźniów;
- poważne braki w systemie kontroli celnej wywozu lub tranzytu narkotyków (nielegalnych substancji lub ich prekursorów) lub nieprzestrzeganie międzynarodowych konwencji dotyczących zwalczania terroryzmu i prania pieniędzy;
- poważne i stosowane systematycznie nieuczciwe praktyki handlowe (w tym takie, które wpływają na dostawy surowców), mające niekorzystny wpływ na przemysł

[37] *Ibidem* s.532.
[38] *Ibidem* s. 542-543.
[39] *Ibidem* s. 543.

państwa udzielającego preferencji i w stosunku do których kraj korzystający nie podjął wymaganych działań;

- w stosunku do Unii Europejskiej: poważne i systematyczne naruszanie celów przyjętych przez regionalne organizacje ds. rybołówstwa lub jakichkolwiek porozumień międzynarodowych, w których powyższe państwa są stroną, dotyczących ochrony zasobów rybnych i gospodarowania tymi zasobami[40].

Stosowanie GSP przez państwa rozwijające się w stosunku do państw najsłabiej rozwiniętych

Kilka krajów rozwijających posiada własne niezależne programy GSP. Przykładem może być Turcja, która w ramach umowy o unii celnej z 1996 r. z UE, w 2002 r. ustanowiła system GSP, który wzorowany jest na unijnym. Na mocy tej umowy Turcja była zobowiązana „stopniowo dostosowywać się do preferencyjnego systemu celnego wspólnoty"[41]. Prawie wszystkie aspekty programu: podstawowe zasady, kryteria kwalifikowalności i procedury wyłączenia z programu - są identyczne z unijnym GSP. Obecnie Turcja przyznaje preferencje GSP 38 krajom i terytoriom (w tym Chinom, Brazylii i Filipinom), które spełniły warunki niezbędne do skorzystania z tureckiego programu.

Pod koniec 2006 r. Brazylia stała się jednym z pierwszych państw rozwijających się, które ogłosiło, że wdroży inicjatywę „duty-free quota-free"(DFQF), która pojawiła się podczas spotkania Konferencji Ministerialnej WTO w Hongkongu w 2005 roku[42]. Deklaracja WTO z Hongkongu głosi, że „opierając się na zobowiązaniu zawartym w Deklaracji Ministerialnej z Doha, członkowie z krajów rozwiniętych i z krajów rozwijających się oświadczając, że mogą to uczynić, zgadzają się wprowadzić bezcłowy i bezkontyngentowy dostęp do rynku dla produktów pochodzących z krajów najsłabiej rozwiniętych, jak przewidziano w załączniku F do niniejszego dokumentu". W grudniu 2009 r. Brazylia ogłosiła, że uzna za bezcłowy i bezkontyngentowy dostęp do produktów z krajów najsłabiej rozwiniętych obejmujących 80% wszystkich linii taryfowych do połowy 2010 roku. Dostęp ten będzie zwiększany o 5% rocznie, aby objąć do 2014 roku wszystkie linie taryfowe[43].

---

[40] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 978/2012 z dnia 25 października 2012 r.

[41] Zob. UNCTAD, Generalized System of Preferences: Handbook on the Scheme of Turkey 1 (2007), dostępny na stronie: www.unctad.org/en/docs/itcdtsbmisc74_en.pdf (dostęp 05.07.2019).

[42] WTO, Ministerial Declaration of 18 December 2005, (Dec. 22, 2005).

[43] Zob. Biuletyn UNCTAD GSP 4 2009, dostępny na stronie www.unctad.org/en/docs/ditcmisc20092_en.pdf (dostęp 05.07.2019).

W 2008 r. Premier Indii Manmohan Singh ogłosił, że Indie wdrażają program bezcłowej preferencji taryfowej (Duty Free Tariff Preference- DFTP) dla krajów najsłabiej rozwiniętych. Inicjatywa zapewnia preferencyjny dostęp do rynku dla wszystkich krajów najsłabiej rozwiniętych, obejmując tym samym 94% indyjskich linii taryfowych. Eliminacja taryf będzie postępować stopniowo i będzie wdrażana przez okres pięciu lat poprzez pięć równych 20 procentowych obniżek taryf rocznie w stosunku do obecnie stosowanych stawek. W przypadku kolejnych 9 procent wszystkich linii taryfowych Indie zapewnią preferencyjne obniżki taryf dla krajów najsłabiej rozwiniętych poprzez określony margines preferencji dla stosowanych stawek[44].

25 marca 2010 r. Chiny zapewniły preferencyjne traktowanie taryfowe na wybrane produkty z wybranych krajów najsłabiej rozwiniętych[45]. Inne kraje rozwijające się, w tym Argentyna, Chile, Egipt, Indonezja, Maroko, Mauritius i Tajlandia, także ustanowiły własne programy wzajemnej preferencji taryfowej dla najsłabiej rozwiniętych państw.

Podsumowanie

Pomimo długowieczności GSP oraz jego potencjalnego znaczenia dla państw rozwijających się, wielu badaczy wciąż twierdzi, że brakuje istotnych, empirycznych dowodów na jego skuteczność. Uważają oni, że w rzeczywistości obecnie nie wiemy nawet, czy założenia GSP osiągają swój najbardziej podstawowy cel, jakim jest promowanie eksportu z państw rozwijających się. Niektórzy autorzy twierdzą, że GSP ma duży i pozytywny wpływ na łączny eksport beneficjentów (np. Gil-Pareja i inni w 2014r.)[46]. Inni wskazują, że ma duży, ale negatywny wpływ (np. Herz i Wagner w 2011r.)[47]. Jeszcze inni natomiast wskazują na niejednoznaczne efekty (np. Liu w 2009r.)[48]. Jest to niepokojące, ponieważ jeśli mamy nadzieję ocenić skuteczność GSP w promowaniu wzrostu gospodarczego państw rozwijających się, musimy poznać jego jednoznaczny wpływ na ich eksport. Otrzymanie takiej oceny jest szczególnie naglące, biorąc pod uwagę przykładowo fakt, że USA zaostrza obecnie egzekwowanie kryteriów kwalifikowalności beneficjentów otrzymujących preferencyjne traktowanie wynikające z systemu, co może docelowo doprowadzić do utraty preferencyjnego

---

[44] Zob. Government of India, Department of Commerce, Duty Free Tariff Preference Scheme (2008).

[45] Zob. Biuletyn UNCTAD GSP 2-3 2008, dostępny na stronie www.unctad.org/en/docs/ditcmisc20083_ en.pdf.

[46] S. Gil-Pareja, S.R.Llorca-Vivero, J.A.Martínez-Serrano: *Do nonreciprocal preferential trade agreements increase beneficiaries' exports?*, Journal of Development Economics 107 2014, s. 291-304.

[47] B.Herz, M.Wagner: *The dark side of the Generalized System of Preferences*, Review of International Economics 19(4) 2011, s. 763-775.

[48] X.Liu: *GATT/WTO promotes trade strongly: Sample selection and model specification*, Review of International Economics 17(3) 2009, s. 429-446.

dostępu do rynku amerykańskiego kilku państw rozwijających się.

Badacze wskazują na istnienie trzech powodów determinujących niejednoznaczności w literaturze akademickiej dotyczącej GSP. Po pierwsze, wskazują na to, że niektóre podejścia metodologiczne nie były odpowiednie do analizy istoty GSP. Po drugie, dane wykorzystane w niektórych badaniach były niekompletne, a czasem nawet błędne. Po trzecie, w wielu analizach przeoczono niejednorodność skutków systemów GSP[49]. W artykule Ornelasa i Ritela z 2018 przeprowadzono prostą, ale teoretycznie spójną analizę GSP przy użyciu względnie kompletnego, dobrze udokumentowanego zestawu danych o międzynarodowych umowach handlowych opracowanych przez Scotta Baiera i Jeffreya Bergstranda[50]. Pokazano, że rzeczywiście niewiele można stwierdzić na temat średniej skuteczności preferencji taryfowych. Kiedy jednak bierze się pod uwagę niejednorodność pod względem poziomu rozwoju państwa i jego członkostwa w WTO, obraz staje się znacznie wyraźniejszy. Zaznaczono w szczególności, że jednostronne preferencje taryfowe mogą mieć silny pozytywny wpływ na eksport państw najsłabiej rozwiniętych. Dzieje się tak jednak tylko wtedy, gdy kraj będący beneficjentem jest członkiem WTO. I odwrotnie, rozwijające się gospodarki, otrzymujące jednostronne preferencje, mogą zwiększyć eksport tylko wtedy, gdy nie są członkami WTO[51]. Kluczowe jest zatem, że to, czy GSP i inne jednostronne programy preferencji taryfowych są skuteczne w promowaniu eksportu z państwa-beneficjenta, zależy od włączenia tego kraju do wielostronnego systemu handlowego. Ponadto charakter tych relacji jest różny w zależności od poziomu rozwoju państwa. Wyniki zawarte w omawianym artykule pokazują, że jednostronny preferencyjny dostęp do rynku może pomóc bardzo biednym państwom w eksporcie na rynki rozwiniętych gospodarek, ale warunkiem tego jest uczestnictwo w wielostronnym systemie handlu.

Uznano także, że w przypadku państw, które nie są scharakteryzowane jako najmniej rozwinięte jednostronne preferencje taryfowe poprawiają sprzedaż zagraniczną, jeśli kraj nie ma bezpiecznego dostępu do rynków rozwiniętych gospodarek dzięki (ogólnie niskim) taryfom wielostronnym. Gdy go otrzyma - po przystąpieniu do WTO - dodatkowy dostęp do rynku uzyskany dzięki GSP staje się mało istotny. Z drugiej strony w państwach najsłabiej rozwiniętych GSP uzupełnia zyski z dostępu do rynku, które państwa osiągają dzięki

[49] E.Ornelas, M.Ritel:*The not-so-generalized effects of the Generalized System of Preferences*, CEPR Discussion Paper 13208 2018.

[50] *Ibidem.*

[51] *Ibidem.*

uczestnictwu w WTO[52]. Bardzo słabe gospodarki mogą nie mieć możliwości relokacji zasobów w celu skorzystania z preferencji taryfowych na rynkach państw rozwiniętych. Autorzy artykułu wskazują, na to, że przystąpienie do WTO wymaga pewnego stopnia reform gospodarczych, które skłaniają niestabilne gospodarki do wydajniejszego wykorzystywania swoich zasobów, przez co członkostwo w WTO zapewnia krajom najsłabiej rozwiniętym środki do skorzystania z jednostronnych preferencji. Odwrotny wynik dla państw najsłabiej rozwiniętych faktycznie może wiązać się z szeroko pojętymi różnicami w „jakości instytucjonalnej", które są związane z członkostwem w WTO. Ponadto, jak podkreśla Ornelas, dokładne zrozumienie, w jaki sposób GSP wpływa na eksport z różnych grup państw, stanowi ważny, ale dopiero pierwszy krok w kierunku dokładnej oceny celowości systemu dla gospodarki światowej lub samych państw rozwijających się[53].

ABSTRAKT

W tekście omówiono tematykę powszechnego systemu preferencji, funkcjonującego na podstawie decyzji Rady Układu Ogólnego z dnia 25 czerwca 1971 roku. Skupiono się na charakterystyce systemów stosowanych przez państwa rozwinięte oraz rozwijające się w stosunku do państw najsłabiej rozwiniętych. Tytułowe zagadnienie zostało opisane kompleksowo, przedstawiono historię wdrażania systemu oraz jego istotę. Ponadto podjęto próbę oceny skuteczności systemu w jego obecnym kształcie oraz rozważono czy GSP i inne jednostronne programy preferencji taryfowych faktycznie wpływają na promowanie eksportu z państw-beneficjentów. Temat porusza mało znane zagadnienia z zakresu współczesnego międzynarodowego prawa gospodarczego.

Słowa kluczowe: powszechny system preferencji, GSP, państwa rozwijające się, państwa rozwinięte, preferencje stawek celnych

[52] *Ibidem.*
[53] *Ibidem.*

Bibliografia

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 978/2012 z dnia 25 października 2012 r.

American Enterprise Institute for Public Policy Research, *Renewal of the Generalized System of Preferences* (1984).

L. Bartels: *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program* (2003)

F. Candau, S. Jean: *What Are European Union Trade Preferences Worth for Sub-Saharan African and Other Developing Countries in Trade Preference Erosion*, CEPII no. 2005-19 December (2005).

W. H. Cooper, Cong. Research Service, 97-389, Generalized System Of Preferences 4 (2006).

P. Czubik, *Odrzucony mit czy nowy eksperyment? Ochrona środowiska w nowym mechanizmie GSP Wspólnot Europejskich*" [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.) „*Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*", Katowice 2009

P. Czubik, *Promowanie ochrony środowiska za pomocą mechanizmu GSP Wspólnot Europejskich* Ochrona środowiska – Przegląd 2004 nr 3.

S.Gil-Pareja, S.R.Llorca-Vivero, J.A.Martínez-Serrano: *Do nonreciprocal preferential trade agreements increase beneficiaries' exports?*, Journal of Development Economics 107 2014, s. 291-304.

B.Herz, M.Wagner: *The dark side of the Generalized System of Preferences*, Review of International Economics 19(4) 2011
V. C. Jones, Congress Research Service, *Generalized System Of Preferences: Background and renewal debate* 2-3 (2008).

K.C.Kennedy: *Generalized System Of Preferences After Four Decades: Conditionality and The Shrinking Margin. Of Preference*, Michigan state international law review, 2012

X.Liu: *GATT/WTO promotes trade strongly: Sample selection and model specification*, Review of International Economics 17(3) 2009

A. Mason: *The Degeneralization of the Generalized System of Preferences (GSP): Questioning the Legitimacy of the U.S. GSP*, 2004

E.Ornelas, M.Ritel:*The not-so-generalized effects of the Generalized System of Preferences*, CEPR Discussion Paper 13208 2018

M. Persson, F. Wilhelmsson, A*ssessing the Effects of EU Trade Preferences for Developing*

Countries 16 Dep't of Economics Working Papers, Paper No. 2006: 4, 2006.

Government of India, Department of Commerce, Duty Free Tariff Preference Scheme (2008)
UN, Agreed Conclusions of the Special Comm. on Preferences, U.N. TDBOR, 4th Sess., 267th mtg., Annex 1, paras. I.9, II.1, III.1-4, IV.1, & IX.2, U.N. Doc. TD/B/330 (1970), reprinted in 10 I.L.M. 1083, 1084 (1971).

UN, Report of the United Nations Conference on Trade and Development on Its Second Session, U.N. TDBOR, 2d Sess., Annex 1, Agenda Item 11, at 38, U.N. Doc. TD/97/Annexes (1968), reprinted in Panel Report, European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, WT/DS246/R (Dec. 1, 2003).

UNCTAD, Agreement on the Global System of Trade Preferences Among Developing Countries (April 12, 1988).

UNCTAD, Biuletyn UNCTAD GSP 2-3 2008, dostępny na stronie www.unctad.org/en/docs/ditcmisc20083_ en.pdf.

UNCTAD, Biuletyn UNCTAD GSP 4 2009, dostępny na stronie www.unctad.org/en/docs/ditcmisc20092_en.pdf (dostęp 05.07.2019)

UNCTAD, Generalized System of Preferences: Handbook on the Scheme of Turkey 1 (2007), dostępny na stronie: www.unctad.org/en/docs/itcdtsbmisc74_en.pdf (dostęp 05.07.2019).

UNCTAD, Generalized System of Preferences: Handbook on the Scheme of Australia 5 (June 2000); Report by the Secretariat, Trade Policy Review for Japan, WT/TPR/S/175/Rev.1, at 25-26 (2007).

WTO Appellate Body Report: *Conditions of Granting Tariff Preferences.* 7 April 2004 WT/DS246/AB/R.

WTO, Ministerial Declaration of 18 December 2005, (Dec. 22, 2005).

WTO, Note Report by the Secretariat: Trade Policy Review for the European Communities, 35 n.93, WT/TPR/S/177/Rev.1 (May 15, 2007).

unctad.org/en/Pages/DITC/GSP/About-GSP.aspx (dostęp 02.07.2019).

Bartosz Chrząszcz
(Uniwersytet Wrocławski)
ORCID: 0000-0001-8344-0420

Antoine Blanc de Saint-Bonnet - krytyka rewolucji na tle francuskiego tradycjonalizmu

Antoine Blanc de Saint-Bonnet - the criticism of revolution against the background of French traditionalism

ABSTRACT

Living between 1815 and 1880, de Saint-Bonnet was unjustly forgotten as a counter-revolutionary thinker. He presents the most expressive and representative views in the period between the much better known Joseph de Maistre, Louis de Bonald, and Charles Maurras. The French thinker relies on the belief in the continuity of the revolution, which shows that it is not a single event, but an epoch. He makes intriguing arguments about the foundations of Western civilization, arguing that it would not exist without aristocracy and capital. He weaves psychological elements into his considerations by listing the factors influencing the deterioration of the mood of the society in the post-revolutionary era, perfectly visible to it, despite coming into the world 26 years after the outbreak of the Great Revolution, and perhaps mainly because of a wider perspective. On the other hand, however, he could not derive certain assessments as thoroughly as his predecessors, due to the impossibility of getting to know the state empirically in the *ancien régime*. De Saint-Bonnet's rich workshop is also full of pessimistic reflections on the consequences of the revolutions that are yet to be realized in the future. All his observations make him fit into the current of the Romanesque counterrevolution, providing a critical interpretation that is of interest to representatives of various scientific disciplines.

Keywords: Antoine Blanc de Saint-Bonnet, revolution, reactionism, counterrevolution

„*Reakcjonista nie znajduje się po prawej*
stronie lewicy, lecz naprzeciwko”[1].
Nicolás Gómez Dávila

Wprowadzenie

Narrację, w której przeprowadza się analizę poszczególnych przedstawicieli szeroko pojętego reakcjonizmu wyznacza fundamentalne w dziejach nowożytnego świata wydarzenie: Rewolucja z 1789 roku. W dalszej kolejności badania koncentrują się na partykularnych propozycjach walki z jej ideami oraz dziedzictwem. W retoryce stosowanej przez środowiska tradycjonalistyczne, wpisywane jest to w obronę dawnego porządku - *ancien régime'u*, który był gloryfikowany jako przejrzysty schemat urzeczywistniający stabilność dziejów oraz odzwierciedlenie woli Stwórcy rządzącego światem. Główny myśliciel tego nurtu - Joseph de Maiste w swoich *Rozważaniach o Francji* przedstawił rozumienie działalności kontrrewolucyjnej, które miało nie tylko wyznaczyć właściwe dla niej ujęcie, ale wyrastać z całkowitego przeciwieństwa rewolucji. Wskazując, że występujące pod nazwą kontrrewolucji przywrócenie monarchii, nie będzie rewolucją do czegoś w kontrze, ale kontrą, całkowitym przeciwieństwem rewolucji, tłumaczy że kojarzony z rewolucją terror musi zostać zastąpiony przez stabilność, pokój i powszechny dobrobyt[2]. Rozumienie to utrzymywało się następnie niemalże do końca XIX wieku. Związany z Action Française i łączony nierzadko z nurtem tradycjonalistycznym Charles Maurras wzmocnił to przesłanie zasadami wywiedzionymi z nacjonalizmu integralnego i przeistoczył w „rewolucję przeciw rewolucji”, co dało początek złożonemu systemowi myślowemu znanemu dziś jako rewolucja konserwatywna[3].

Wskazanie na pewną ewolucję postrzegania celu działalności kontrrewolucyjnej na gruncie artykułu poświęconego Antoine'owi Blanc de Saint-Bonnet jest o tyle istotne, że jego aktywność przypada na okres następujący po wypracowaniu podstawowych założeń przez Josepha de Maistre'a oraz przed powstaniem Action Française, w której myślicielem o największym kunszcie był Charles Maurras. W tym zestawieniu de Saint-Bonnet ukazuje się jako reakcjonista, który w latach 50, 60, i 70-tych XIX wieku prezentował idee tradycjonalistyczne, włączając się tym samym w grono doktorów kontrrewolucji.

---

[1] N. Gómez Dávila, *Nuevos escolios a un texto implícito*, II, Bogotá 2005, s. 26, cyt. za: J. Bartyzel, *Prawica, Nacjonalizm, Monarchizm. Studia politologiczno-historyczne*, Radzymin-Warszawa 2020, s. 26.
[2] J. de Maistre, *Rozważania o Francji*, [w:] idem, *O rewolucji, suwerenności i konstytucji politycznej. Wybór pism*, tłum. A. Płonka, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2019, s. 127-28.
[3] Zob. M. Maciejewski, *Pojęcie Rewolucja konserwatywna (Szkic do dziejów ideologii w Niemczech po I Wojnie Światowej)*, „Pro Fide, Rege et Lege” 1993, Nr 2, s. 5.

Myśl reakcjonisty wyrasta z potrzeby sformułowania programu odnowy społeczeństwa zatruwanego od wieków przez fałszywe idee, które poddane zostały gruntownej krytyce. Idee te wynikają nie tylko z rewolucji, ale są zakorzenione znacznie głębiej - już w Reformacji. Przyjmując, że protestantyzm wykreowany przez rewolucyjną dekompozycję utrzymującego się porządku katolickiej Europy rozpoczął rozprzestrzenianie się fałszywych idei, przekonuje, że ewoluowały one następnie w trzy główne błędy ludzkości: racjonalizm, liberalizm i socjalizm[4]. Wszystkie te mankamenty zostaną omówione w celu wykazania, że wzięte razem tworzą rewolucję, a następnie wyznaczają punkty odniesienia dla jej krytyki. Oddziaływują na doktrynę Antoine'a Blanc de Saint-Bonneta spójną z dyskursem tradycjonalistycznym i inspirującą jego rozwój.

Tradycjonalizm: pojęcie i cel

Tradycjonalistyczna wizja świata opiera się na zdecydowanej negacji ugruntowanego na zgliszczach rewolucji *status quo* na rzecz wielkiej idei ładu prawdziwego. Nie jest to zatem system skoncentrowany na określonym uprawianiu polityki w wyodrębnionych sferach życia publicznego, ale złożona filozofia polityczna. Francuscy kontrrewolucjoniści wskazali, a właściwie przypomnieli całościową koncepcję świata zakorzenioną w teologii i ontologii, która została następnie wzmocniona antropologią oraz epistemologią i filozofią języka[5]. W literaturze przedmiotu zwykło się stwierdzać, że wśród nastrojów konserwatywnych, tradycjonalizm łączy się z tym, co najbardziej radykalne[6]. Radykalizm ten stanowił jednak pierwszą przemyślaną odpowiedź na napędzające rewolucję oświeceniowe prądy intelektualne, które znalazły następnie wyraz w zasadach roku 1789, po czym przerodziły się w dyktaturę jakobińską. Środowiska tradycjonalistyczne nie bazowały na opisie bieżącej rzeczywistości politycznej i społecznej, lecz przystępowały do formułowania postulatów o charakterze sugestywnym. Skupiano się na wyrażaniu postulatów wskazujących jak świat ma wyglądać i jakie kroki należy przedsięwziąć, aby zamierzoną wizję urzeczywistnić[7]. Rozpad przedrewolucyjnej rzeczywistości był nie do zakwestionowania, jadnak jej obraz przetrwał

[4] J. Bartyzel, *Antoine Blanc de Saint-Bonnet (1815-1880) - zapomniany Doktor Kontrrewolucji*, tekst dostępny na portalu www.legitymizm.org, http://www.legitymizm.org/zapomniany-doktor-kontrrewolucji, dostęp: 06.04.2021r.

[5] S. Rials, *Révolution et contrrévolution*, Paris 1987, s. 13. Warto odnotować, że tradycjonalizm stanowi w swej istocie doktrynę a nie ideologię. Tradycja jest bowiem przeciwieństwem ideologii, jest dana, a nie wykreowana. Zob. R. Skarzyński, *Konserwatyzm Michaela Oakeshotta*, „Archiwum Historii Myśli Politycznej" 3/1993, s. 19, cyt. za: A. Wielomski, *Filozofia polityczna francuskiego tradycjonalizmu 1796-1830*, Warszawa 2013, s. 18-19.

[6] R. Legutko, *Konserwatyzm*, „Res Publica", 2/1988, s. 145-59.

[7] J. Szacki, *Kontrrewolucyjne paradoksy. Wizje świata francuskich antagonistów Wielkiej Rewolucji 1789-1815*, Warszawa 1965, s. 24.

w pamięci kontrrewolucjonistów. Ta rzeczywistość oddzielana jest od zdegenerowanego świata empirycznego, który nastał po roku 1789. Porzucając aktualną perspektywę świata, reakcjonista odbywa wewnętrzną emigrację do świata pozaempirycznego, świata platońskich idei, gdzie nie zastanie liberałów, racjonalistów, jakobinów, gdzie wciąż istnieje gwarancja na utrzymanie prawowitej władzy, a państwo uwolnione od chaosu umożliwia społeczeństwu życie w szczęściu i harmonii[8].

Tradycjonalizm definiowany był przez różnych badaczy, którzy zwracali uwagę na wiele kwestii, nierzadko odmiennie wyrażając najistotniejsze zagadnienia. Przykładowo dla Karla Mannheima był on nieuświadomionym, nieujętym w formie doktryny konserwatyzmem[9], dla Petera R. Rohdena świadomą doktrynalną odpowiedzią na destruktywne dzieło rewolucji, dla Ryszarda Skarzyńskiego jednoznaczną obroną starego porządku zaatakowanego przez wichrzycieli[10], a dla Jerzego Szackiego bezrefleksyjnym i zdecydowanym obstawaniem za tym, co kiedyś było lub pozostało szczęśliwym, a pochodzi z dawnych czasów[11]. Polskie badania nad tradycjonalizmem najlepiej rozwinęli jednak Jacek Bartyzel i Adam Wielomski. W ocenie pierwszego z uczonych tradycjonalizm jest nurtem charakterystycznym dla obszaru kulturowego, który określono zbiorczym terminem *kontrrewolucji romańskiej*[12], łączącej w sobie zwolenników porządku prawdziwego z różnych krajów. Drugi natomiast opisuje, że występowanie tej doktryny jest możliwe do stwierdzenia, jeżeli pojawią się kluczowe dla niej elementy. Pierwszym jest silny związek postawy konserwatywnej z religią katolicką, natomiast drugim gwałtowana, natychmiastowa reakcja wobec rewolucyjnych przemian[13]. Jakkolwiek czynniki te wyznaczają istotę tradycjonalizmu, to nie definiują go całkowicie. Obrazu dopełnia bowiem wzmiankowane już bezwzględne umiłowanie dla przedrewolucyjnego ładu prawdziwego, (które napędza całą działalność reakcyjną i występuje powszechnie, co pozwala uznać go za uniwersalny wyznacznik tradycjonalizmu), a także ahistoryczne pojęcie tradycji. Jest ona wielką i całościową wizją świata o charakterze ponadczasowym, a nie zwykłym produktem wieńczącym historyczny rozwój. Ahistorycyzm tradycji polega na tym, że świat rozwija się w określonym kierunku. Zasadność zmiany oraz powstawania określonych instytucji poznać możemy za sprawą Stwórcy oraz natury. Kiedy

[8] A. Wielomski, *Filozofia polityczna…*, s. 28.
[9] K. Mannheim, *Myśl konserwatywna*, Warszawa 1986, s. 33.
[10] R. Skarzyński, *Pomiędzy rzeczywistością i nierzeczywistością. Konserwatyzm jako filozofia polityczna*, „Archiwum Historii Myśli Politycznej", VI/1996, s. 38.
[11] J. Szacki, *Co to jest konserwatyzm?*, „Gazeta Wyborcza" 1997, s. 20-22, cyt. za: A. Wielomski, *Filozofia polityczna…*, s. 34-35.
[12] J. Bartyzel, *„Umierać, ale powoli". O monarchistycznej i katolickiej kontrrewolucji w krajach romańskich 1815-2000*, Kraków 2002, s. 9.
[13] A. Wielomski, *Konserwatyzm. Główne nurty, idee, postacie*, Warszawa 2007, s. 75.

społeczeństwa domagają się określonych praw, to ugruntowana w naturze i wzmocniona Bożą mocą konieczność ustanawia nowy zwyczaj, natomiast gdy natura domaga się poprawy sytuacji i modyfikacji istniejących instytucji, wstrząsa społeczeństwem, aby je uregulować[14]. Tradycjonalista postępuje zatem w zgodzie z naturą, szanując jej rytm powolnej, lecz celowej zmiany zachowującej podstawy i nie lekceważącej racji ponadczasowych norm. Rewolucjonista natomiast tworzy aprioryczną koncepcję nowych praw, które mają udoskonalić świat, po czym wciela je w życie, stając się tym samym inżynierem społecznym[15].

Skrajne niekiedy postawy wynikają z samego przesłania doktryny tradycjonalistycznej, której tezą zasadniczą jest starannie budowana idea ładu, porządku naturalnego, wiecznego i prawdziwego. Prezentuje się ona jako sprzeciw w stosunku do nagłej, jak również jakiejkolwiek głębszej zmiany społecznej, politycznej, lub obyczajowej. Sprzeciw ten, trzeba tym skutecznej artykułować, im bardziej nowożytne ideologie atakują świat tradycyjny, a ten niewątpliwie został już na skutek ich recepcji poważnie osłabiony[16]. Postępowaniem typowym dla doktryny tradycjonalistycznej jest porównywanie tego, co daje się zaobserwować, czyli przestrzeni wykreowanej przez racjonalistę kierującego się pychą, z tym, co wieczne i niezmienne, a zatem słuszne i prawdziwe[17].

Rewolucja oznaczała załamanie dotychczasowego ładu, który zdawał się być wieczny oraz nienaruszalny. Nawiązując do średniowiecznych idei zwierzchności władzy duchownej nad państwową (świecką) i prymatu papieża, wypowiadali się kontrrewolucjoniści przeciwko rozumianej w konwencji liberalnej wolności jednostki ludzkiej, gdyż w takim jej rozumieniu dostrzegali wiele zagrożeń. Wielokrotnie podejmowane były wysiłki mające na celu udowodnienie, że człowiek pozostawiony sam sobie jest słaby, kruchy i skazany na zagładę, a powstrzymać ją może tylko prawda absolutna i służąca jej władza polityczna[18]. Człowiek w momencie przyjścia na świat zastaje pewną sytuację, którą musi zaakceptować. Określa się ją mianem „kondycji przyrodzonej", będącej jednocześnie wyrazem kondycji społecznej. Na jej kształt składają się liczne więzi wymagające poszanowania dla zachowania porządku w społeczeństwie. Ich istnienie jest bowiem warunkiem koniecznym jego dalszego istnienia.

[14] L. de Bonald, *Théorie du pouvoir politique et religieux, dans la société civile demontrée par le raisonnement et par l'histoire*, t. I, Constance 1796, s. 440, cyt. za: A. Wielomski, *Konserwatyzm…*, s. 35.
[15] A. Wielomski, *Konserwatyzm…*, s. 37.
[16] *Ibidem*, s. 33.
[17] *Ibidem*, s. 34. Uświadamiając sobie, że doszło do pozbawienia Stwórcy jego suwerenności, właściwe w ocenie tradycjonalistów jest nazywanie rewolucjonistów nie tylko kontestatorami politycznymi, lecz również religijnymi. Wszystko zaczęło się bowiem od negacji religijnej, co zostanie rozwinięte w dalszej części artykułu przy analizie dorobku myślowego Antoine'a Blanca de Saint-Bonneta.
[18] R. Skarzyński. *Konserwatyzm. Zarys dziejów filozofii politycznej*, Warszawa 1998, s. 131.

Wszystkie naruszenia i nadużycia z kolei godzą we wspólnotę i zasługują na jednoznaczne potępienie[19].

Przejmując to, co jest mu dane, człowiek nie tworzy niczego w znaczeniu skonstruowania fundamentalnych zasad rządzących światem. Wpisuje się w ciągłość społecznej egzystencji osadzonej na trwałych podstawach tradycji będącej czymś esencjonalnym, wiecznym, niezmiennym i doskonałym. Tradycja jest pośrednikiem dla kolejnych pokoleń do poznania prawd wyjawionych w Bożym objawieniu. Wspólnota może istnieć tylko poprzez przestrzeganie prawd, których nośnikiem jest tradycja. Nic innego nie dostarczy bowiem społeczeństwu wiedzy o wartościach absolutnych[20]. Świat założony przez Boga stanowi precyzyjnie przemyślaną konstrukcję, w której nie ma przypadkowych lub niepotrzebnych elementów. Zadaniem człowieka hołdującego tradycji jest odtwarzanie tego archetypu, a nie tworzenie nowej rzeczywistości społeczno-politycznej. Tradycja jest czynnikiem łączącym wszystkie pokolenia przeszłe, teraźniejsze i przyszłe oraz transmisją dorobku i aspiracji już nie żyjących, zapewnia im ziemską formę nieśmiertelności[21]. Wyznacza ona również właściwe dla kontrrewolucjonistów pojęcie postępu jako wzbogacania dorobku minionych pokoleń przez następne w granicach łączącego wszystkich porządku. W tym zakresie przedmiotem zainteresowania tradycjonalistów jest postęp dziedziczny jako jedyna godna akceptacji forma zmiany.

Istotę i podstawowy cel doktryny tradycjonalistycznej wyraża stwierdzenie, w myśl którego „Konserwatyzm to ruch intelektualny powstały w epoce nowoczesnej, lecz skierowany przeciw niej”[22]. Swój sens czerpie z obrony tradycyjnego ładu politycznego i społecznego narodów europejskich. Czysty konserwatyzm jest w pełni antynowoczesnym tradycjonalizmem. Stanowczo odrzuca on przekonanie o prymacie rozumu jako transcendentnej normy społecznej. Rekomenduje natomiast czerpanie wiedzy z doświadczeń przeszłości, które pozwalają uzyskać wiedzę o teraźniejszości. Nośnikiem prawdy jest zatem tradycja. Wspólnie z historią po jednej stronie i religią po drugiej mają tożsame znaczenie dla rozumienia zasad ładu prawdziwego[23]. Obrona tegoż ładu, (połączona co do zasady z rzetelną

[19] *Ibidem*, s. 132.
[20] *Ibidem*, s. 135.
[21] A. Wielomski, *Filozofia polityczna…*, s. 43-44.
[22] Ph. Beneton, *Le conservatisme*, Paris 1988, s. 9.
[23] A. Wielomski, *Filozofia polityczna…*, s. 86. W myśli tradycjonalistycznej każdy ze wskazanych czynników jest dla obrony ładu prawdziwego niezbędny. Przedstawiciele jej założeń stwierdzają, że nawet sama nauka Chrystusa jest niewystarczająca do poznania jego zasad, a co dopiero obrony. Ma ona bowiem charakter pouczeń o moralnych i niemoralnych zachowaniach a nie postać nakazów i nakazów. Odnosi się więc do jednostek a nie do społeczeństw, dlatego nie można z niej wyprowadzić zasad konstytucji określających dany ustrój państwowy. Wyznaczają go oparte na tradycji, historii i doświadczeniu prawa oraz zwyczaje, które są silnie zakorzenione

oceną *ancien régime'u* uwzględniającą zarówno jego wady, jak i zalety) stanowi aspekt akcentowany przez każdego doktora kontrrewolucji, do których zaliczają się m.in. Joseph de Maistre, Louis de Bonald, Félicité de Lamennais, czy też Antoine Blanc de Saint-Bonnet, którego myśl zostanie niżej szczegółowo omówiona z uwzględnieniem tradycjonalistycznej inspiracji oraz licznych paraleli zachodzących pomiędzy nim a innymi przedstawicielami badanego nurtu myśli zachowawczej, w tym w szczególności z Josephem de Maistre'em.

Wielki Protest i trzy stadia błądzenia

Rewolucja dla francuskiego kontrrewolucjonisty nie jest pojedynczym, wyrwanym z kontekstu i przypadkowym wydarzeniem, ale epoką[24]. Stanowi fundamentalne i przełomowe zjawisko historyczne oraz polityczne. Nigdy się nie zatrzymuje, podlega nieustannemu rozwojowi i zwiastuje nieuchronny postęp. Nie ulega wątpliwości, że nie miała charakteru incydentalnego. Blanc de Saint-Bonnet próbuje zatem ustalić na czym polega rewolucja, bowiem tylko to może doprowadzić do jej zwalczenia. Prawdziwego jej sensu doszukuje się w tworzących ją doktrynach będących dla niej intelektualną bazą. Wskazuje, że przed wybuchem rozwijała się na płaszczyźnie metafizycznej[25], gdzie doszło do katalizy licznych błędów i wynaturzeń narastających przez ostatnie trzy stulecia[26]. Kryzys, z którym należy utożsamiać rewolucję jest zatem rezultatem nagromadzonych przez nowoczesność mankamentów. Zapoczątkowała je żądza wyzwolenia się od boskiej perspektywy oraz od wszelkiej transcendencji prowadząca do negacji porządku nadnaturalnego. Taki stan rzeczy określony został „Wielkim Protestem"[27].

Wielki Protest rozpoczyna się w roku 1517, kiedy Marcin Luter przybił na drzwiach kościoła w Wittenberdze 95 tez. Reformacja przeszła następnie przez różne fazy, prowadząc konsekwentnie do rewolucji, której najpełniejszym odzwierciedleniem jest socjalizm[28]. Protest

w funkcjonowaniu danych społeczeństw. Religia połączona zatem z tradycją i historią dopełnia konstrukcji porządku prawdziwego, czyniąc jego perspektywę spójną i przemyślaną.

[24] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji w dziele filozofa Antoine'a Blanca de Saint-Bonneta 1815-1880*, [w:] R. Escande (red.) *Czarna księga rewolucji francuskiej*, tłum. J. Gruszka, Dębogóra 2015, s. 653.

[25] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Légitimité*, Tournai 1873, s. 216.

[26] Idem, *La Restauration française*, Tournai, Casterman 1872, s. 120.

[27] *Ibidem*, s. 87.

[28] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 662. W ocenie Antoine'a Blanca de Saint-Bonneta początkiem każdego błędu jest protestantyzm, a końcem socjalizm. Poszczególne systemy różnią się natomiast odmiennymi stadiami tej samej myśli. Oznacza to, że autor popiera argumentację Josepha de Maistre'a który tłumaczył, że istnieje ciągłość pomiędzy rewolucją religijną XVI wieku, a rewolucją polityczną wieku XVIII. Rewolucja i Reformacja są dwoma momentami jednego protestu religijnego i politycznego, spośród których pierwszy oznacza zanegowanie duchowej władzy Kościoła, a drugi świeckiej władzy społeczeństwa. Por. A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Restauration française*, s. 200.

zapoczątkowany przez Reformację nie prowadzi jednak bezpośrednio do znajdującego się na końcu drogi socjalizmu. Poprzedzają go dwie zasadnicze fazy: racjonalizm i liberalizm. Racjonalizm błądzi, gdyż opiera się na mylnej definicji rozumu, a następnie próbie wykreowania „inteligencji poza rozumem". Perspektywa taka występuje już u Kartezjusza, który punktem wyjścia dla pewności uczynił myślenie, a nie istnienie[29]. Przykład ten dokładnie obrazuje, że odrzucenie porządku nadnaturalnego oraz wyeliminowanie teologii prowadzi do tego, że w toku myślowym zaczyna brakować pojęć zasadniczych i pojawiają się błędy. Pojęcie bytu ustępuje pojęciu Ja[30].

Błąd liberalizmu pojawia się na skutek niewłaściwego rozumienia wolności jako zdolności człowieka do robienia wszystkiego, czego pragnie nie będąc przez nikogo powstrzymywanym[31]. Problem ten został omówiony najszerzej. Alternatywą dla liberalizmu jest filozofia klasyczna, gdzie przyjmując założenie, że rzeczy i byty mają jedną naturę, bycie wolnym oznacza dla każdego człowieka stawanie się tym, czym jest z natury lub odnajdywanie swej utraconej natury. Wolność jest zatem niczym innym, jak zdolnością poruszania się w ramach dobra. Blanc de Saint Bonnet przyjmuje, że człowiek posiada dwa podstawowe prawa: „prawo określające warunki istnienia ciała" zgodne z naturą i będące jej elementem oraz „prawo określające warunki istnienia duszy" skierowane do wolnej istoty w formie propozycji[32]. Człowiek stworzony został na obraz i podobieństwo Boga, ale pozostaje bytem niedoskonałym. Może uczestniczyć w Boskim dziele na zasadzie swojej wolności. Jakkolwiek wolność człowieka nie jest pozbawiona granic, to powinna polegać na prawidłowym wypełnianiu przysługujących mu praw zgodnie z naturą. W sferze cielesnej człowiek ma pełną swobodę, jednakże jeśli nie będzie realizował prawa polegającego na dostarczaniu organizmowi pokarmów, umrze z uwagi na naruszenie prawa ciała. Rzecz ma się podobnie w porządku moralnym. Wolność bazuje na poznaniu prawa i dostrzeżeniu wydobywającej się z niego prawdy. Zlekceważenie posiadanego prawa moralnego prowadzi do śmierci duchowej[33]. Wybór dokonany wbrew prawu nie może być zatem wolnością. Antoine Blanc de Saint-Bonnet przekonuje, że należy odróżnić wolną wolę od wolności. Nie są to pojęcia synonimiczne, lecz pierwsze jest przyczyną, a drugie skutkiem. Wolna wola umożliwia osiągnięcie wolności, stoi u jej podstaw. Powszechnym błędem jest zatem forsowane przez

[29] J. Bartyzel, *Antoine Blanc de Saint-Bonnet…*
[30] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 663.
[31] A. Blanc de Saint-Bonnet, *L'Infaillibilité*, Paris 1956, I, s. 262.
[32] Idem, *La Restauration française*, s. 403.
[33] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 667.

Rousseau twierdzenie, że człowiek rodzi się wolny. Zdaniem Blanca de Saint-Bonnet przeciwnie, człowiek rodzi się po to, aby wolnym dopiero się stać[34].

Opisana wyżej dychotomia uprawnień wywodzi się z natury, jest uniwersalna i niezmienna. Ma swoje źródło w mądrości Absolutu i służy ukierunkowaniu człowieka w taki sposób, aby podążał w stronę dobra. Człowiek zatem nie może ustanowić ponadczasowych praw rządzących światem samodzielnie dla siebie. Oznaczałoby to bowiem, że w każdej chwili mógłby takie prawo złamać lub dostosować do swojej interpretacji właściwej dla danej chwili. Prawo takie przestałoby istnieć, nie byłoby już potrzebne[35]. Urzeczywistnia to fundamentalne przesłanie tradycjonalizmu, w myśl którego człowiek nie jest kreatorem porządku, ale odkrywa go, zobligowany jest go poznać oraz przestrzegać[36]. Człowiek nie rodzi się jako istota obdarzona w przymiot wolności, lecz zyskuje ją jako nagrodę za żmudną pracę nad samym sobą. Wolność ukazuje się jako „owoc wysiłku i cierpienia[37]". Wykazując, że wolność się zdobywa oraz osiąga tylko w kategoriach dobra, Antoine Blanc de Saint-Bonnet krytykuje liberalizm za fałszywe pojmowanie wolności w kategoriach wartości przysługującej każdemu w równej mierze. Prowadzi to do zrównania ze sobą błędu i zła po jednej stronie oraz prawdy i dobra po drugiej. Ponadto wyklucza to ze spektrum rozważań kategorię jednostki, która nieustannie pracuje nad sobą prowadząc godne i dobre życie. Wolność nie może być zatem omawiana wspólnie z równością, do czego skłania narracja liberalna. Równość będzie bowiem przeczyć wolności ugruntowując despotyzm prowadzący do socjalizmu[38].

Błądzenie zmierza wreszcie do socjalizmu. Stanowi on ostatnie stadium upadku. Błąd polega tutaj na negacji niedoskonałości człowieka. W liberalizmie pojawia się przyczajony ateizm, który rozkwita w socjalizmie. W pozbawionym religii i autorytetu państwie, władzę oddano większości, wskazuje Blanc de Saint-Bonnet. Taki stan rzeczy jest pożywką dla socjalizmu, dostrzegającego w nim szansę na ustanowienie nowego, sprawiedliwego podziału kapitału. Konsekwencją tego działania będzie likwidacja własności prywatnej, czyli niesprawiedliwości i nierówności[39]. Liberalizm oraz będący jego istotnym elementem egalitaryzm znajdują się u źródeł socjalizmu. Największy jego błąd bazuje jednak na założeniach antropologicznych. Socjaliści, powtarzając za Rousseau, że człowiek jest dobry, a społeczeństwo go deprawuje, nie zauważyli, że w rzeczywistości jest odwrotnie, człowiek ze

[34] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Douleur,* Le Mans 1961, s. 71.
[35] Idem, s. *La Restauration française*, s. 405.
[36] Por. A. Wielomski, *Filozofia polityczna…*, s. 116.
[37] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Restauration française*, s. 14, cyt. za: J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 670-71.
[38] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 671.
[39] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Restauration française*, s. 265.

swej natury jest zły, a społeczeństwo pomaga mu stać się dobrym. Kieruje go w stronę Kościoła, który naprawia i umacnia dusze[40]. Socjalizm błądzi zatem w dwóch podstawowych kwestiach: w stosunku do człowieka oraz w stosunku do społeczności ludzkiej. Myląc się tak bardzo stanowi ostatnie stadium intelektualnego upadku Zachodu[41].

Fenomen rewolucji

Rewolucja powstała ze wszystkich opisanych wyżej błędów wziętych razem i spiętych klamrą ciągłej kontestacji porządku prawdziwego od mniej do bardziej skrajnych form. W ten sposób ukształtowało się największe spośród istniejących na ziemi kłamstw zbudowane na myśleniu utopijnym oraz odrealnionym[42]. Powstał fenomen niszczący to, co zastał i tworzący nową epokę. Rewolucja jest dla Blanca de Saint-Bonneta ucieleśnieniem błędu. Źródłem każdej rewolucji jest zło. Francuz twierdzi wręcz, że jest ona złem sama z siebie, a nie zaledwie przejawem zła, który możemy zaobserwować w odniesieniu do konkretnej sytuacji politycznej lub społecznej. Oznacza to, że rewolucja nie jest również przejawem błędu, ale jego kwintesencją[43]. Definiuje ją kłamstwo, pycha oraz nienawiść, bunt oglądający się za protestantyzmem i Odrodzeniem. Bazuje na negacji rozprzestrzeniającej się na wiele płaszczyzn, spośród których wyodrębnić można negacje wielowiekowej historii kraju, jego zwyczajów, tradycji, a także chrześcijaństwa i wszelkiej religii[44].

Właściwe rewolucyjnej zawierusze jest ukryte pod płaszczykiem powszechnej tolerancji, indywidualizmu i egalitaryzmu niszczenie ludzkiej osobowości. Dla Blanca de Saint-Bonneta jest to stwierdzenie bezdyskusyjne, jednakże nie formułuje jednoznacznej tezy, czy rewolucja czyni to świadomie, czy też nie. Biorąc pod uwagę, że rewolucja wypełnia niemal każdą sferę życia, a jej brutalne doświadczenia, w tym przede wszystkim terror jakobiński naznaczone były krwią niewinnych, myśliciel konstatuje, że atak na człowieka przybiera zarówno formę fizyczną, jak również intelektualną i duchową[45]. Poddając rewolucję jednoznacznie krytycznemu osądowi, reakcjonista dowodzi, że głoszone przez jej zwolenników hasła wolności, równości i braterstwa, w rzeczywistości są fałszywym przyjacielem dla człowieka i w konsekwencji okażą się dla niego destrukcyjne. Rewolucja detronizuje człowieka poprzez zanegowanie zasad i dogmatów tłumaczących jego godność oraz wolność. Niszcząc

[40] Idem, *L'Infaillibilité*, s. 37.
[41] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 677.
[42] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Légitimité*, s. 105.
[43] *Ibidem*, s. IX.
[44] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 679-80.
[45] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Restauration française*, s. 282, cyt. za: J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 681.

człowieka, destabilizuje społeczeństwo osadzone na trwałym fundamencie hierarchii społecznej i wprowadza despotyzm[46]. Ten nie uznaje już suwerennej Prawdy wyznaczającej wspólną wiarę, która definiuje powszechne obowiązki. Zainspirowane rewolucyjną doktryną społeczeństwo, akcentujące zaburzenie dawnych schematów i demokratyzację życia publicznego, bazować będzie na indywidualnych opiniach uzależnionych od autonomicznej suwerenności każdego. W ten sposób powstanie stan wykluczający występowanie wśród ludzkich umysłów wspólnoty prawa[47]. Dla Blanca de Saint-Bonneta cywilizacja zachodnia umiejętnie łącząca starożytność i chrześcijaństwo opierała się na udomowieniu *hybris*, które charakteryzowało jednostkę. Protest kreujący błędy, a poprzez ich nawarstwienie również rewolucję, przeciwnie do sprawdzonych tradycji burzy postęp i cnotę na rzecz osadzonego na dnie pychy barbarzyństwa[48].

W społeczeństwie porewolucyjnym człowiek jest narażony na dodatkowe cierpienie określane jako „zły smutek" lub „złe cierpienie", które występuje niezależnie od udręki istniejącej wszędzie oraz zawsze, a związanej z wykluczeniem z ziemskiego raju. Choroba wieku tym różni się od cierpienia powszechnego, że trwa i paraliżuje umysły. Powodów cierpienia przybywa nieustannie, a człowiek nie widząc możliwości skutecznego im przeciwdziałania popada w rozpacz. Staje się ofiarą rozmaitych wstrząsów. Obniżenie poziomu intelektualnego przyczyniło się do wzrostu strapień[49]. Przekłada się to na relacje międzyludzkie, które się rozluźniają i pogarszają, społeczeństwo natomiast, jak ujmuje to francuski reakcjonista wtórujący Chateaubriandowi, staje się „ludzką pustynią[50]".

Kreślony przez Blanca de Saint-Bonneta obraz rewolucji stanowi spójną analizę wnikliwego reakcjonisty, który dostrzega jej ukryte przesłanie. Przestrzega przed wszelkimi negatywnymi konsekwencjami oraz uczy w jaki sposób można je rozpoznać. Druzgocąca niekiedy i poparta rzetelnymi argumentami krytyka stanowi główną inspirację i podstawowy

[46] *Ibidem*, s. 192.
[47] *Ibidem*, s. 22. W pewnym zakresie poglądy Antoine'a Blanca de Saint-Bonneta są zbieżne z wywodami Alexisa de Tocqueville'a odnoszącymi się do demokracji, a konkretnie pejoratywnej jej oceny określanej mianem „demokratycznego despotyzmu". Paraleli możemy się doszukiwać przede wszystkim w przekonaniu, że pełnia władzy skupiona w rękach mas nie będzie wykorzystywana do wprowadzania właściwych i rzeczywiście potrzebnych reform, ale do wyrównywania różnic kulturowych i ekonomicznych, z czym zresztą powielający błędy rewolucji filozofowie niespecjalnie się kryli. Por. H.J. Laski, *Tocqueville*, [w:] F.J.C. Hearnshaw, *Social and Political Ideas of some Representative Thinkers of the Victorian Age*, London 1933, s. 11-12. Ponadto obaj myśliciele są zgodni, że w demokratycznie zorientowanym społeczeństwie porewolucyjnym pielęgnowanie cnót moralnych ustępuje miejsca wspieraniu przeciętności i upodabnianiu się jednostek do siebie. Zob. A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, tłum. B. Janicka, M. Król, Kraków 1996, s. 318.
[48] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Reastauration française*, s. 210-11.
[49] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 657-58.
[50] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Doleur*, s. XXXV.

punkt wyjścia do rozważań dla francuskiego doktora kontrrewolucji, jednakże nie wpływa to na obiektywizm myśliciela, który potrafił ocenić sprawiedliwie również *ancien régime.*

Antoine Blanc de Saint-Bonnet jako doktor kontrrewolucji

Myśl polityczną de Saint-Bonneta wypełniają rozważania poświęcone metapolityce oraz nomokracji pojmowanej jako zgodność autorytetu politycznego z prawem naturalnym i boskim[51]. Na dorobek reakcjonisty składają się dzieła o charakterze *stricte* filozoficznym, jak również takie, które stanowią reprezentatywny wykład myśli politycznej, tłumaczące stosunek autora do wydarzeń zapoczątkowanych w roku 1789, a także do doświadczeń kolejnej rewolucji, Wiosny Ludów z 1848 roku. Klarowny wyraz światopoglądu de Saint-Bonneta znajdujemy w *La Restauration française*, gdzie stwierdza, co następuje:

> *Demokracja zwycięża, a ja przychodzę walczyć z demokracją. Arystokracje są odtrącane, a ja przynoszę wieść, że to one stworzyły narody; dogmaty są odrzucane, a ja przynoszę wieść, że to dogmaty stworzyły arystokracje i kapitał, dwie kolumny, na których wspiera się każda cywilizacja. Głosi się przemysł, kredyt, banki, pożyczki, a ja przynoszę wieść, że to one zrujnują narody. Wszędzie zwiastowana jest fałszywa wolność i rewolucja, a ja przychodzę, z samym tylko sumieniem, walczyć z rewolucją! Osadzona na fundamencie urojeń i utrzymywana za pomocą fałszu prowadzi narody do zguby, a ludzkość ku zagładzie*[52].

Wpisuje się to w rozważania skupione na krytyce rewolucji, powszechnie w myśli Antoine'a Blanca de Saint-Bonneta obecnej. Jego stosunek do wydarzeń z nią związanych wyłania się jednoznacznie z wcześniejszych refleksji. Przenikliwość badacza pozwoliła reakcjoniście dostrzec jednak przysłowiową drugą stronę medalu. Rewolucja to nie tylko uwieńczenie protestu i wynikających z niego błędów, lecz również ciężka kara za ten niedorzeczny ciąg mankamentów zawartych w nowoczesności[53]. Represje z niej płynące odczuwają głównie prawomocne władze, które nie zachowały należytej czujności lub ugięły się pod naporem destrukcyjnych przemian.

Antoine Blanc de Saint-Bonnet jest obrońcą *ancien régime'u*, któremu oddaje hołd z racji jego dążenia do dobra, ale nie jest to obrona całkowicie bezwarunkowa.

---

[51] J. Bartyzel, *Antoine Blanc de Saint-Bonnet…*
[52] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Restauration française*, s. 5-6, cyt. za: J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 656.
[53] J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 684.

Kontrrewolucjonista piętnuje bowiem także błędy i zaniechania monarchii. W cytowanym już wielokrotnie *La Restauration française* stawia siebie nawet w roli oskarżyciela *ancien régime'u*:

> *Gdyby królestwo nie utraciło królewskości, rewolucja i ludzkie żądze być może nie obaliłyby go. Gdyby szlachta nie traciła szlachetności, druga klasa zapewne by jej nie pozbawiła znaczenia. Cnota utraciła siłę, która przeszła na stronę zła. Naród nigdy się w tym względzie nie myli. Jego zwyczaje są naszymi zwyczajami, jego zbrodnie są naszymi karami*[54].

Kara, nawet tak dotkliwa jak rewolucja, pozwala jednak wydobyć odpowiednią naukę na przyszłość. W ocenie reakcjonisty Stwórca pozwala na skutki rewolucji po to, aby za sprawą człowieka obdarzonego wolną wolą zaprowadzić porządek prawdziwy z powrotem. Lekarstwem na rewolucyjny zamęt jest uwzględnienie na nowo prawdy integralnej poprzez przywrócenie Bogu należytego miejsca. Przyjmując bowiem, że rewolucja zakorzeniona głęboko w proteście religijnym jest religijna, to i lekarstwo winno być religijne - przekonuje de Saint-Bonnet. Konkluzje te są klarowne w zestawieniu z tezą, w myśl której „Rewolucja jest powszechną konspiracją przeciw Bogu"[55]. Zanegowanie go przeradza się w nihilizm, założenie absolutnego zniszczenia i praktykę śmierci. Każdy kontrrewolucjonista musi odpowiedzieć sobie na pytanie jakie wartości akcentuje oraz w odpowiedzi na jakie naruszenie porządku występuje. Na postawione w ten sposób pytanie, Blanc de Saint-Bonnet, odpowiedziałby następująco:

> *Absolutną suwerenność Boga, rewolucja najpierw zastąpiła suwerennością królów; suwerenną władzę królów zastąpiła następnie suwerennością narodu! Każdorazowo chodziło o wyeliminowanie Boga, a dziś, gdy go już nie ma, jest człowiek, inaczej mówiąc, bezdenna pycha i jej despotyczne rządy*[56] .

---

[54] A. Blanc de Saint-Bonnet, *La Restauration française*, s. 418, cyt. za: J. Ruiz de Chastenet, *Metafizyczny sens Rewolucji…*, s. 685. Przekonanie o tym, że rewolucja jest karą od Boga za wszelkie błędy nowoczesności, jak również niedopatrzenia *ancien régime'u* nie jest właściwe tylko dla autora *La Restauration française*. Rozważania tego typu pojawiają się już u Josepha de Maistre'a, który zwracał uwagę na to, że wady i nadużycia *ancien régime'u* zostały ukarane. Warto odnotować jednak, że również sabaudzki tradycjonalista nie zapoczątkował formułowania takich spostrzeżeń, lecz zapożyczył je od Claude'a de Saint-Martina, który w rewolucji widział wykonanie dekretu Opatrzności, a nawet początek nowej ery religijnej. Zob. C. de Saint-Martin, *Tableau naturel des rapports qui existent entre Dieu, l'homme et l'univers*, Edinbourg 1782, t. I, s. 194.

[55] Idem, *La Légitimité*, s. 50.

[56] Idem, *La Restauration française*, s. 411.

Podsumowanie

Nurt tradycjonalistyczny koncentruje się na ponadczasowym kształcie uporządkowanego oraz odzwierciedlającego Boski zamysł państwa i społeczeństwa, który został niemal całkowicie zdeformowany przez rewolucję. Podstawowe znaczenie ma obrona ładu prawdziwego, przedrewolucyjnego i uwzględniającego transcendentne zasady rządzące światem. Nurt ten rozwija i udoskonala Antoine Blanc de Saint-Bonnet, który pokazuje, że nie był on tylko chwilowym, przypadającym na kilka najbliższych lat po wybuchu rewolucji intelektualnym sprzeciwem wobec jej dokonań i przejawem nostalgii za utraconym *ancien régime'em*. Ten „zapomniany", jak wskazuje Jacek Bartyzel doktor kontrrewolucji nie przedstawiał idei kontrowersyjnych w porównaniu z innymi wybitnymi luminarzami francuskiej reakcji. Blanc de Saint-Bonnet stanowi przykład ciągłości oraz żywotności doktryny tradycjonalistycznej w kolejnym pokoleniu, będąc jednym z najbardziej reprezentatywnych jej przedstawicieli w połowie XIX stulecia. Uzupełnia zasygnalizowaną we wstępie lukę pomiędzy de Maistre'em i de Bonaldem z jednej strony oraz Charlesem Maurrasem z drugiej. Gruntowna analiza rewolucji francuskiej wzmocniona jeszcze obserwacjami, których brakowało jego poprzednikom, mianowicie poznaniem doświadczeń Wiosny Ludów, wzmocniła jego argumentację, natomiast druzgocąca krytyka rewolucji jako takiej od samych jej źródeł tkwiących w Wielkim Proteście poprzez wszystkie błędy prowadzące do ostatecznej eskalacji jej przesłania pozwala uznać go za myśliciela o kunszcie zbliżonym do Juana Donoso Cortésa, który nieco ponad 20 lat wcześniej od ukazania się *La Restauration française* opublikował swój *Esej o katolicyzmie, liberalizmie i socjalizmie*. Blanc de Saint-Bonnet był więc osobistością nietuzinkową, która podstawowe aspekty tradycjonalizmu przejęła i wzmocniła, rozwijając tę doktrynę w jedyny akceptowalny przez nią sposób - drogą dziedzicznego postępu.

ABSTRAKT

Żyjący w latach 1815-1880, de Saint-Bonnet niesłusznie popadł w zapomnienie jako myśliciel nurtu kontrrewolucyjnego. Przedstawia bowiem w kontekście reakcyjnym poglądy najbardziej wyraziste i reprezentatywne w okresie pomiędzy znanymi już o wiele lepiej Josephem de Maistre'em i Louisem de Bonaldem oraz Charlesem Maurrasem. Francuski myśliciel bazuje na przeświadczeniu o ciągłości rewolucji, z którego wynika, że nie jest ona pojedynczym

wydarzeniem, lecz epoką. Przeprowadza intrygujące wywody na temat podstaw cywilizacji zachodniej, przekonując, że nie byłoby jej bez arystokracji i kapitału. W swoje rozważania wplata elementy psychologiczne poprzez wyliczenie czynników wpływających na pogorszenie się nastrojów społeczeństwa w dobie porewolucyjnej, doskonale dla niego widocznych, mimo przyjścia na świat na 26 lat po wybuchu Wielkiej Rewolucji, a być może głównie dlatego, z uwagi na szerszą perspektywę. Z drugiej jednak strony, nie mógł pewnych ocen wyprowadzić tak wnikliwie jak poprzednicy ze względu na niemożność empirycznego poznania państwa w czasach *ancien régime'u*. Bogaty warsztat de Saint-Bonneta obfituje również w pesymistyczne refleksje na temat tych następstw rewolucji, które mają się dopiero zrealizować w przyszłości. Całokształt jego spostrzeżeń sprawia, że wpisuje się on w nurt kontrrewolucji romańskiej, dając wykładnię krytyczną interesującą współcześnie przedstawicieli różnych dyscyplin nauki.

Słowa kluczowe: Antoine Blanc de Saint-Bonnet, rewolucja francuska, reakcjonizm, kontrrewolucja

Bibliografia

Bartyzel J., *Antoine Blanc de Saint-Bonnet (1815-1880) - zapomniany Doktor Kontrrewolucji*, http://www.legitymizm.org/zapomniany-doktor-kontrrewolucji.

Bartyzel J., *Prawica, Nacjonalizm, Monarchizm. Studia politologiczno-historyczne*, Radzymin-Warszawa 2020.

Bartyzel J., *„Umierać, ale powoli". O monarchistycznej i katolickiej kontrrewolucji w krajach romańskich 1815-2000*, Kraków 2002.

Beneton Ph., *Le conservatisme*, Paris 1988.

Blanc de Saint-Bonnet A., *La Douleur*, Le Mans 1961.

Blanc de Saint-Bonnet A., *La Légitimité*, Tournai 1873,

Blanc de Saint-Bonnet A., *La Restauration française*, Tournai, Casterman 1872.

Blanc de Saint-Bonnet A., *L'Infaillibilité*, Paris 1956, I.

Bonald L. de, *Théorie du pouvoir politique et religieux, dans la société civile demontrée par le raisonnement et par l'histoire*, t. I, Constance 1796.

Gómez Dávila N., *Nuevos escolios a un texto implícito*, II, Bogotá 2005.

Laski H.J., *Tocqueville*, [w:] F.J.C. Hearnshaw, *Social and Political Ideas of some Representative Thinkers of the Victorian Age*, London 1933.

Legutko R., *Konserwatyzm,* „Res Publica”, 2/1988.

Maciejewski M., *Pojęcie Rewolucja konserwatywna (Szkic do dziejów ideologii w Niemczech po I Wojnie Światowej),* „Pro Fide, Rege et Lege” 1993, Nr 2.

Maistre J. de, *Rozważania o Francji,* [w:] idem, *O rewolucji, suwerenności i konstytucji politycznej. Wybór pism,* tłum. A. Płonka, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2019.

Mannheim, *Myśl konserwatywna*, Warszawa 1986.

Rials S., *Révolution et contrrévolution*, Paris 1987.

Ruiz de Chastenet J., *Metafizyczny sens Rewolucji w dziele filozofa Antoine'a Blanca de Saint-Bonneta 1815-1880,* [w:] R. Escande (red.) *Czarna księga rewolucji francuskiej*, tłum. J. Gruszka,Dębogóra 2015.

Saint-Martin C. de, *Tableau naturel des rapports qui existent entre Dieu, l'homme et l'univers*, Edinbourg 1782.

Skarzyński R., *Konserwatyzm Michaela Oakeshotta*, „Archiwum Historii Myśli Politycznej” 3/1993.

Skarzyński R.. *Konserwatyzm. Zarys dziejów filozofii politycznej*, Warszawa 1998.

Skarzyński R., *Pomiędzy rzeczywistością i nierzeczywistością. Konserwatyzm jako filozofia polityczna,* „Archiwum Historii Myśli Politycznej”, VI/1996.

Szacki J., *Co to jest konserwatyzm?*, „Gazeta Wyborcza” 1997.

Szacki J., *Kontrrewolucyjne paradoksy. Wizje świata francuskich antagonistów Wielkiej Rewolucji 1789-1815*, Warszawa 1965.

Tocqueville A. de, *O demokracji w Ameryce*, tłum. B. Janicka, M. Król, Kraków 1996.

Wielomski A., *Filozofia polityczna francuskiego tradycjonalizmu 1796-1830*, Warszawa 2013.

Wielomski A., *Konserwatyzm. Główne nurty, idee, postacie*, Warszawa 2007.