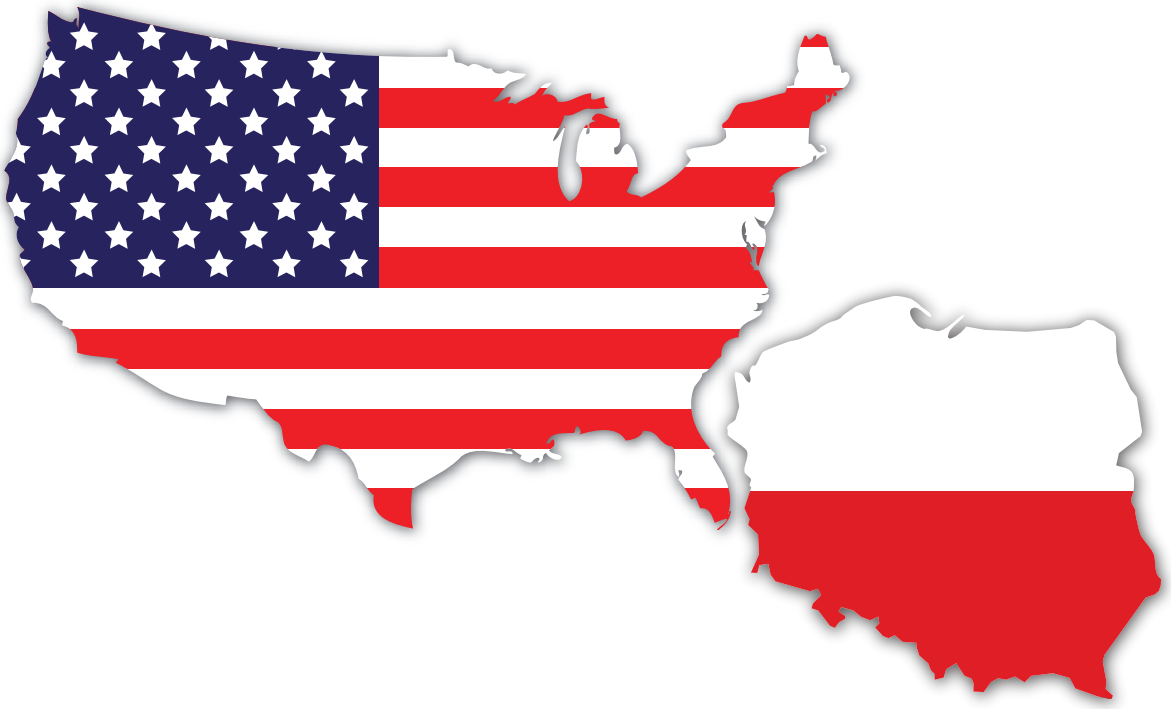
Uniwersytet Wrocławski

Identyfikacja granic wolności i praw jednostki

Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego



pod redakcją Mariusza Jabłońskiego

Wrocław 2016

Identyfikacja granic wolności i praw jednostki

Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego

Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria: **e-Monografie** Nr 75

Dostęp online: http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/79781

Identyfikacja granic wolności i praw jednostki

Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego

pod redakcją
Mariusza Jabłońskiego

Wrocław 2016

Komitet Redakcyjny
prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący
mgr Bożena Górna – członek
mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

Recenzent: *prof. dr hab. Andrzej Szmyt*

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta: *Joanna Kokocińska*
Projekt i wykonanie okładki: *Andrzej Malenda*
Skład i opracowanie techniczne: *Krzysztof Mruszczak, Tomasz Kalota eBooki.com.pl*

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca
E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-65431-10-3 (druk)
ISBN 978-83-65431-11-0 (online)

Spis treści

Słowo wstępne 9

Rozdział I
Ochrona wolności i praw jednostki – rola i znaczenia organów władzy sądowniczej w Polsce i w USA

Mariusz Jabłoński, Justyna Węgrzyn
Ochrona wolności i praw jednostki 13

Łukasz Machaj
Pozycja ustrojowa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych..... 35

Malwina Jaworska
Sądy jako organy wymiaru sprawiedliwości w polskim porządku prawnym 51

Rozdział II
Praktyczne aspekty definiowania granic wolności i praw osobistych

Magdalena Abu Gholeh
Dopuszczalność kary śmierci w kontekście Ósmej Poprawki a orzeczenie *Gregg v. Georgia* (1976)..... 83

Patrycja Bartosik, Marek Cielica
Prawo do aborcji na przykładzie sprawy *Roe v. Wade* – sygn. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 105

Agata Jagna Wróbel
Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa *Obergefell v. Hodges i inni*..... 125

Michał Wagiel
Granice prawa do przeszukania osoby i wykorzystania dowodów uzyskanych w ramach tego przeszukania w Kanadyjskiej Karcie Praw i Wolności na przykładzie sprawy *R. v. A.M.*, [2008], 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19..... 143

Olga Hałub
Pierwsza Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych w kontekście wyroku Sądu Najwyższego w sprawie „*Hustler Magazine" v. Falwell* z 24 lutego 1988 r. 159

Bartłomiej Figiel
Granice wolności słowa − zasadność kary za obrazę symboli narodowych na przykładzie sprawy *Johnson v. Texas* 179

Maciej Zowczak, Mateusz Żyła
Nawoływanie do popełnienia przestępstwa a wolność słowa na podstawie *Brandenburg v. Ohio* 215

Dominik Kossak, Bartosz Kralka
Ingerencja państwa w wewnętrzne sprawy związków religijnych na podstawie sprawy *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC* 249

Paweł Bury
Czy korporacje mogą praktykować religię? Sprawa *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* 273

Bartosz Wiśniewski
Dostęp do broni, prawo czy przywilej? 301

Daniel Dyjak
Uprowadzenie jako forma realizacji polityki ekstradycyjnej na przykładzie sprawy *United States v. Alvarez-Machain* 325

Rozdział III
Praktyczne aspekty definiowania granic wolności i praw politycznych oraz ekonomicznych

Mateusz Radajewski
Weryfikacja ważności wyników wyborów na przykładzie sprawy *Bush v. Gore* 343

Dominika Kuźnicka
Wyjątki od zasady dostępu do informacji publicznej w Stanach Zjednoczonych na przykładzie sprawy *Milner v. Department of the Navy* 369

Kamil Gaweł, Piotr Graca
Zasada nietykalności majątkowej w kontekście sprawy *Weeks vs USA* (1914) . 389

Patryk Gutierrez
Wolność zgromadzeń w ujęciu porównawczym na tle orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki: *United States v. Grace* z 1983 r. 401

Słowo wstępne

Bardzo często zastanawiamy się, czy i w jakim zakresie przyjęte w konkretnym czasie i miejscu rozwiązanie prawne ma sens z punktu widzenia realizacji konkretnych wolności i praw jednostki. Przy tej okazji sięgamy często do doświadczeń państw trzecich, doszukując się w nich pewnych wzorców, które mogłyby zostać wykorzystane w procesie analizy konkretnego przypadku, również pod kątem ustalenia dopuszczalności (możliwości) modyfikacji istniejących rozwiązań krajowych. W pewnych przypadkach okazuje się, że wzorce wypracowane w innych kulturowo-prawnych realiach, w żadnym razie nie mogą stać się wyznacznikiem rozumienia istoty konkretnych rozwiązań przyjmowanych w zupełnie odmiennych warunkach i – jak się niekiedy wskazuje – w zupełnie innym celu. Często jednak początkowa identyfikacja różnic systemowych jest jedynie pozorna, czego dowodem staje się ustalenie tożsamości sposobu rozumienia wolności i praw jednostki (ich granic) pomimo zupełnie odmiennego sposobu ich definiowania.

Celem, który przyświecał Autorom prezentowanej monografii zbiorowej, było zderzenie dwóch bardzo odmiennych systemów prawnych: amerykańskiego, przede wszystkim bazującego na ustawodawstwie i orzecznictwie sądów, głównie zaś Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, i naszego, krajowego, opartego na prymacie Konstytucji RP, systemie źródeł prawa stanowionego, gwarantowanym rolą i znaczeniem ustrojowym Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów.

Warto podkreślić, że podejmując badania, nie przyjęliśmy tezy, która z góry miała na celu wykazanie istotnych różnic w postrzeganiu wolności i praw oraz ich granic w tych dwóch diametralnie różnych porządkach prawnych. Założeniem podstawowym było stwierdzenie, że w jednym i drugim porządku mamy do czynienia z konstytucyjną gwarancją poszczególnych wolności i praw oraz − co ma tu istotne znaczenie – uwzględnienie stopnia rozwoju koncepcji ochrony poszczególnych uprawnień. Wynikiem prowadzonej analizy miało stać się ustalenie, czy nawet przy stwierdzeniu istnienia określonych różnic w postrzeganiu istoty i granic omawianych wolności i praw możemy dostrzec pewne podobieństwa w zakresie ich ochrony (zdefiniowania granic). Stwierdzenie różnic służy natomiast refleksji na temat przyczyn takiego stanu rzeczy, również w kontekście postrzegania faktycznych relacji państwo−jednostka. W tym ostatnim zakresie chodzi przede wszystkim o ustalenie, czy w konkretnym przypadku uzasadniona staje się węższa lub szersza ingerencja prawodawcy, której efektem jest zazwyczaj ograniczenie wolności lub praw gwarantowanych jednostce.

W celu najpełniejszego zaprezentowania analizowanych zagadnień przyjęliśmy zasadę, zgodnie z którą każde opracowanie (zamieszczone w rozdziale II i III) składa się z dwóch części: pierwsza to analiza orzeczenia sądu amerykańskiego wydanego w kontekście konkretnego stanu faktycznego, druga natomiast część ma na celu ustalenie potencjalnego – w oparciu o obecnie obowiązujące postanowienia Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku i aktualne źródła prawa powszechnie obowiązującego – rozstrzygnięcia, które mogłoby zostać podjęte w Polsce (lub już zapadło).

Prezentowana publikacja jest efektem kilkunastomiesięcznej pracy członków Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego, wspomaganych jedynie przez pracowników naukowych i opiekuna. Jego członkowie, doktoranci oraz studenci różnych roczników, podjęli się zadania ambitnego, wymagającego wiele pracy i poświęcenia. Efekt ich pracy jest dowodem na to, że ciekawość i zacięcie badawcze jest cechą nie tylko zawodowych badaczy nauki, ale również pasjonatów i to także takich, którzy dopiero zaczynają studia prawnicze.

Redaktor oraz autorzy mają nadzieję, że niniejsza publikacja z jednej strony przyczyni się do pogłębienia badań nad problematyką wolności i praw jednostki, z drugiej zaś stanie się rzeczową pomocą naukową i dydaktyczną.

prof. dr hab. Mariusz Jabłoński

Rozdział I

Ochrona wolności i praw jednostki – rola i znaczenia organów władzy sądowniczej w Polsce i w USA

Mariusz Jabłoński
Uniwersytet Wrocławski
Justyna Węgrzyn
Uniwersytet Zielonogórski

Ochrona wolności i praw jednostki

1. Słowo wstępne

Modelowo należałoby przyjąć, że pojęcie wolności jednostki musi być identyfikowane jednolicie w każdym miejscu na świecie. W praktyce jednak założenie to nie zawsze przekłada się na praktyczną identyfikację znaczenia wolności, a przede wszystkim jej granic, które wyznaczane są najczęściej przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego, przyjęte w drodze demokratycznej i transparentnej procedury ich stanowienia (choć w tym właśnie miejscu od razu trzeba podkreślić pewne istotne różnice istniejące w systemie *common law*)[1]. Okazuje się, że granice wolności są odmienne i mogą w różnych miejscach (krajach) być diametralnie inaczej identyfikowane (również w odniesieniu do innych przesłanek i kryteriów ocen oraz wartościowania). Sytuacja ta wydaje się dziwna, szczególnie jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt, iż od kilkudziesięciu lat społeczność międzynarodowa dąży do uniwersalizacji koncepcji ochrony wolności i praw jednostki[2]. Działania podejmowane na poziomie międzynarodowym (uniwersalnym i regionalnym) nie były i nie są jednak w stanie na dzień dzisiejszy doprowadzić do wyeliminowania różnic, które charakteryzują sposób postrzegania wolności jednostki i wyznaczania jej granic.

Odmienności w sposobie postrzegania istoty wolności i praw oraz ich granic muszą w konsekwencji prowadzić do różnego kształtowania treści obowiązujących regulacji prawnych, a w szczególności ich interpretacji w praktyce stosowania przez organy ochrony (w szczególności sądy). Nie zawsze jednak te różnice prowadzą do kształtowania się diametralnych różnic w zakresie pojmowania istoty ochrony zarówno w odniesieniu do jej podmiotu, jak i chronionej wartości.

---

[1] Zob. np. R. Tokarczuk, *Prawo amerykańskie*, Wolters Kluwer 2001, s. 35 i n.

[2] Na temat uniwersalizacji zob. J. Wolf, *Menchenrechte im Spannungsfeld zwischen Univeralismus und Kulturrelativismus*, Hamburg 2015, s. 8 i n.; w ramach europejskiego system regionalnego zob.: P. Mahoney, *Universality versus subsidiarity in the Strasbourg case law on free speech: explaining some recent judgments*, „European Human Rights Law Review" 1997, nr 4, s. 379.

2. Zakres ochrony wolności i praw jednostki

Wolność jest nieodłącznym człowiekowi świadectwem (dowodem) jego niezależności realizowanej nie tylko wobec ukształtowanych w kolejnych etapach cywilizacyjnego rozwoju form wspólnoty społecznej, ale również względem innych otaczających go osób. W założeniu wartość ta ma podkreślać autonomiczność każdego z ludzi zarówno w zakresie decydowania o sobie samym, jak i rozpoznawania tego co dobre i złe.

W odniesieniu do ustalenia treści wolności na płaszczyźnie jednostka − państwo powstawało wiele koncepcji[3]. Nie wdając się w ich głęboką analizę, można wskazać, że według jednego z zapatrywań jednostka miałaby pozostać wolna od państwa, czyli rola tego ostatniego ograniczałaby się wyłącznie do zapewnienia jej bezpieczeństwa i nieprzeszkadzania w osiąganiu szczęścia w życiu, według drugiego natomiast wolność jednostki mogła być realizowana wyłącznie za pośrednictwem państwa[4].

Pojęcie wolności człowieka od dawna towarzyszyło rozważaniom prowadzonym przez filozofów. W ujęciu absolutnym wolność oznacza możność podejmowania przez jednostkę każdego działania (bądź zaniechania), niezależnie od jego charakteru i skutków. W tym ujęciu człowiek może więc robić wszystko, nie bacząc na jakiekolwiek następstwa swojego postępowania.

W innym wariancie, uwzględniającym już fakt funkcjonowania jednostki w ramach określonej społeczności, wolnością jest ta sfera jej zachowań, która pozostaje wolna od jakichkolwiek ingerencji. Wolność traktuje się w nim jako syntezę: „wolności od – przeciwstawiającej się nadmiernemu uzależnieniu człowieka od zbiorowości (a przede wszystkim państwa) i innych jednostek oraz wolności do – gdy potrzeby i dążenia człowieka mogą się spełnić jedynie w życiu zbiorowym”[5]. W tym zakresie można też wskazać na koncepcję wolności wewnętrznej i zewnętrznej, a więc odróżnienia wolności intelektualnej (nie podlegającej jakimkolwiek ograniczeniom) i „wolności w działaniu, przejawiającej się w fizycznym oddziaływaniu na otoczenie”[6].

Przyjmuje się również, że w przypadku wolności „do” − „przedmiotem naturalnego «uprawnienia» są takie okoliczności, w których człowiek może w sposób wolny de-

[3] O odróżnieniu wolności i prawa, szczególnie na płaszczyźnie rozwiązań konstytucyjnych zob. A. Ławniczak, *Wolności i prawa człowieka w ujęciu konstytucyjnym*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, tom I *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2010, s. 141 i n.

[4] M. Nowicki, *Co to są prawa człowieka?* [w:] *Szkoła praw człowieka, teksty wykładów*, Warszawa 1996, s. 11.

[5] A. Redelbach, *Sądy a ochrona praw człowieka*, Toruń 1999, s. 20.

[6] A. Ławniczak, *Zasada poszanowania wolności i jej ograniczenia*, [w:] *Wolności i prawa jednostki*…, s. 369.

terminować swoje działanie w określonej dziedzinie życia [...]”[7]. W tym też zakresie podkreśla się, że wolność stanowi uprawnienie każdego człowieka, „którego granicę wyznaczają jedynie prawa innych jednostek i zasada krzywdy”[8].

Mając na względzie istnienie systemu prawa pozytywnego, wolność zawsze będzie oznaczać „swobodę podejmowania wolnego wyboru”[9], której zakres wyznaczają jednak obowiązujące przepisy prawa. Wynikiem takiego rozumienia wolności jest przyjęcie, że w przypadku powstania sporu jednostki z organami państwa „to nie jednostka powinna wskazać podstawę swej wolności, czy też normę dopuszczającą określony jej zakres, ale to organ państwowy ma obowiązek ograniczając wolność jednostki podać podstawę prawną swego działania”[10]. Zarazem, to właśnie państwo i jego organy zobowiązane zostają do stworzenia odpowiedniego systemu gwarancji zabezpieczających możliwość realizacji wolności w zakresie nie objętym ograniczeniami.

Realizacja wolności zewnętrznej bez żadnych ograniczeń nie jest możliwa we współczesnym państwie. Jej ograniczenia przyjmują postać różnego rodzaju prawnych form reglamentacji (granic swobody), których naruszenie skutkować może pociągnięciem do odpowiedzialności tych, którzy się ich świadomie lub – co bardzo częste − nieświadomie dopuszczają. Odpowiedzialność ta ma charakter prawny, czyli jej wymierzenie następuje w oparciu o obowiązujące normy prawne, przewidujące odpowiednie do charakteru naruszenia sankcje.

Zauważyć trzeba, że istniejący system prawnych ograniczeń ma charakter prewencyjny i represyjny. Z jednej strony ma on kreować pożądany sposób zachowań jednostek, z drugiej zaś karać tych, którzy się do niego nie stosują. Odpowiednie klauzule reglamentacyjne mają postać konkretnego aktu normatywnego, przy czym zasadą jest tu akt o randze ustawy.

Jednostka ma możliwość swobodnego postępowania w ramach istniejącej wolności, ale musi jednocześnie mieć świadomość istnienia jej granic. Założenie, w myśl którego każdy człowiek „sam z siebie” wie, co wolno mu zrobić, a co jest zakazane (co jest dobrym, a co złym uczynkiem) już dawno okazało się być jedynie idealistycznym postulatem. Dlatego też współczesny model funkcjonowania państwa i w jego ramach jednostki opiera się na istnieniu domniemania powszechnej znajomości prawa. Powstaje ono z chwilą publikacji każdej normy prawa powszechnie obowiązującego, a jego skutkiem jest przyjęcie, że każda pełnoletnia osoba zna wszystkie opublikowane regulacje

[7] M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, pod red. L. Wiśniewskiego, Warszawa 1997, s. 28.

[8] Zob. szerzej: Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 34 i n.

[9] Z. Kędzia, *Konstytucyjna koncepcja praw, wolności, obowiązków człowieka i obywatela*, [w:] *Prawa, wolności i obowiązki człowieka i obywatela w nowej polskiej Konstytucji*, red. Z. Kędzia, Poznań 1990, s. 55.

[10] B. Banaszak, *Prawa jednostki i systemy ich ochrony*, Wrocław 1995, s. 8.

prawne zarówno te, które umożliwiają jej skuteczne dochodzenie swoich praw, jak i te, które zawierają treść stosownych ograniczeń i innych obowiązków (nakazów i zakazów określonego zachowania). Jednostka nie może więc, powołując się na przyznaną jej wolność, bronić się, że nie była świadoma istniejących ograniczeń.

Celem konstytucyjnego potwierdzenia wolności jest „ograniczenie kompetencji władzy państwowej i możliwości jej wkraczania w życie poszczególnych jednostek", przy jednoczesnym uznaniu, iż „państwo i jego organy mają obowiązek nieingerencji (*non facere, pati*) ewentualnie nakaz stworzenia instytucjonalnego zabezpieczenia swobody działań obywateli w jakimś zakresie, przed naruszeniem jej ze strony innych podmiotów życia publicznego"[11].

Współczesna konstrukcja prawna ochrony wolności i praw konstytucyjnych (a więc w szczególny sposób podkreślanych w poszczególnych porządkach krajowych), jest o wiele bardziej skomplikowana, aniżeli miało to miejsce jeszcze kilkadziesiąt lat temu. Każda z konstytucyjnych wolności i praw konkretyzowana jest przez sumę regulacji prawodawczych ciał przedstawicielskich, które dopiero łącznie uwzględniane, precyzują elementy treści (granice) poszczególnej wolności lub prawa. W zasadzie też na płaszczyźnie rozwiązań prawodawczych okazuje się, jakie elementy składowe (wolnościowo-roszczeniowo-kompetencyjne) sytuacji prawnej jednostki można wyodrębnić.

Prawdą jest więc, że nawet wtedy, gdy powołujemy się na określoną wolność gwarantowaną konstytucyjnie – np. wolność zrzeszania się − ustalenie sytuacji prawnej jednostki wiąże się z koniecznością wzięcia pod uwagę nie tylko płaszczyzny identyfikowanej z obszarem zachowań objętych gwarantowaną swobodą (zebranie się grupy osób niezbędnej do założenia stowarzyszenia); ponadto uprawnień, których realizacja prowadzi do uzyskania świadczenia ze strony władz (np. stworzenie przez państwo niezbędnych instytucji powołanych do rejestracji), a także do ziszczenia się obowiązku podjęcia określonego działania przez organ (podmiot zobowiązany, np. obowiązek rejestracji stowarzyszenia).

Mając na względzie istnienie systemu prawa pozytywnego, wolność należy identyfikować jako „swobodę podejmowania wolnego wyboru"[12], której zakres wyznaczają obowiązujące przepisy prawa. Zasadniczą rolą i zadaniem państwa jest więc stworzenie z jednej strony odpowiedniego systemu gwarancji zabezpieczających możliwość realizacji wolności w zakresie nie objętym ograniczeniami[13], z drugiej zaś powstrzymanie się przed takimi działaniami, które stanowiłyby przejaw nadmiernej lub niedozwolonej ingerencji.

[11] W. Zakrzewski, *Podstawowe wolności, prawa i obowiązki człowieka*, [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 1997, s. 175.

[12] Z. Kędzia, *Konstytucyjna koncepcja praw, wolności, obowiązków człowieka i obywatela*, [w:] *Prawa, wolności i obowiązki człowieka i obywatela w nowej polskiej Konstytucji*, red. Z. Kędzia, Poznań 1990, s. 55.

[13] Zob. J. Robert, J. Duffar, *Libertés publiques et droits de l`homme*, Paris 1988, s. 12.

Na koniec tej części warto podkreślić, że każda regulacja prawna staje się podstawą rozstrzygania wielu praktycznych sporów. Niezależnie bowiem od sposobu ujęcia treści konkretnej normy prawnej dotyczącej wolności i prawa, pojawiają się różne sposoby jej interpretacji. Dlatego też ostatecznie kształtowanie granic ochrony poszczególnych wolności i praw następuje w trakcie rozstrzygania konkretnych spraw przez niezawisłe i niezależne sądy (trybunały). Rola i znaczenie organów władzy sądowniczej okazują się też niekiedy nie mniej ważne jak rola i znaczenie ustawodawcy.

3. Definiowanie granic wolności i praw jednostki

W praktyce funkcjonowania państwa zawsze zachodzi konieczność ustalenia sfery dopuszczalnej swobody zachowań jednostki (jednostek). Z drugiej strony jednostka nie może być w pełni poddana nieskrępowanym działaniom państwa i jego organów, dlatego też muszą istnieć wyraźne granice dopuszczalnej ingerencji władz publicznych. Wreszcie jednostka musi mieć zagwarantowaną możliwość wyegzekwowania nakazu przestrzegania swoich praw przez inne jednostki. Osiągnięcie wymienionych celów możliwe jest tylko w drodze stosowania pewnych ograniczeń, z jednej strony limitujących sferę dopuszczalnego działania jednostki, a z drugiej ustalających czytelne zasady (procedury) działania organów dysponujących możliwością stanowienia prawa i stosowania środków przymusu.

W prawie każdego z państw możemy spotkać się z wieloma elementami skutkującymi wyznaczeniem odmiennych granic realizacji poszczególnych uprawnień. Zdecydowana większość z nich znajduje uzasadnienie w treści zasady równości, która nie oznacza jednakowego (identycznego) traktowania wszystkich ludzi (podmiotów prawa), ale jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej kategorii, wyznaczonej przez konkretną cechę istotną (relewantną). W ten sposób wyselekcjonowaną grupę osób (podmiotów) należy traktować według jednakowej miary, bez jakichkolwiek zróżnicowań. Równość w tym ujęciu nazywa się równością w sensie materialnym. Natomiast równością w sensie formalnym nazywamy taki proces stosowania i stanowienia prawa, w którym jednakowo traktuje się wszystkich adresatów, a więc nie dochodzi do nieuzasadnionego ich dyskryminowania lub uprzywilejowania[14].

Dlatego też w praktyce każdego systemu prawnego dochodzi do zróżnicowania zakresu realizacji przyznanych jednostce praw w oparciu o szereg kryteriów.

Przyjmując wertykalne obowiązywanie konstytucyjnych wolności i praw jednostki, z naruszeniem chronionych wartości mamy do czynienia w sytuacji, w której pod-

[14] Zob. szerzej. M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] red. B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 121–123.

miot dysponujący władztwem publicznym swoim działaniem lub zaniechaniem ogranicza albo uniemożliwia realizację przyznanych konstytucyjnie uprawnień.

Ze względu na charakter naruszeń możemy je podzielić na:

– powszechne z działania, gdy naruszone zostają prawa i wolności nieoznaczonego kręgu osób, najczęściej dochodzi do nich w wyniku uchwalenia lub wydania aktu normatywnego sprzecznego z konstytucyjnie gwarantowanym uprawnieniem lub grupą uprawnień;
– indywidualne z działania, gdy naruszone zostają prawa i wolności konkretnej osoby, dochodzi do nich w wyniku wadliwej organizacji stworzonej w celu zagwarantowania realizacji konkretnego uprawnienia, a także wadliwego stosowania obowiązujących przepisów prawa (chodzi tu o tzw. akty stosowania prawa) oraz o wadliwe zachowania się funkcjonariuszy publicznych;
– powszechne z zaniechania, gdy ze względu na niewydanie określonego aktu normatywnego, realizacja konkretnego uprawnienia nie jest możliwa;
– konkretne z zaniechania, gdy ze względu na niewydanie aktu stosowania prawa jednostka nie może skuteczne realizować swojego prawa.

Naruszenie gwarantowanych praw jednostki następuje nie tylko wtedy, gdy dopuszcza się ich podmiot publiczny. Ma miejsce również wtedy, gdy inna jednostka lub podmiot prywatny, działając w sposób niedozwolony (sprzeczny z prawem), ingeruje w chronioną sferę praw. W tym zakresie, w zasadzie trudno jest o wyczerpujące wskazanie wszystkich możliwych naruszeń. Nie budzi jednak wątpliwości, że obowiązkiem państwa jest stworzenie odpowiednich instytucji chroniących jednostkę przed takimi zagrożeniami, a także tych, które zorganizowane zostały w celu wyciągnięcia konsekwencji w stosunku do osób i podmiotów dopuszczających się działań (lub zaniechań) godzących w dobra prawnie chronione.

4. Wolności i prawa jednostki w Konstytucji USA

Podczas prac nad Konstytucją Stanów Zjednoczonych z 1787 r. większość jej Ojców Założycieli wierzyła, że będzie ona stanowić pisemną gwarancję ochrony praw Amerykanów[15]. Jednak okazało się, że gdy Konstytucja została wysłana do 50 stanów w celu jej przyjęcia, nie uzyskała aprobaty[16]. W Wirginii, Patrick Henry protestował w związku z brakiem konkretnych w niej praw[17]. Również i w pozostałych stanach Ame-

[15] W.H. Hartley, W.S. Vincent, *American civics,* New York 1974, s. 34 i n. http://www.tep-online.info/laku/usa/rights.htm (dostęp: 14.12.2015 r.).

[16] *Ibidem*.

[17] *Ibidem*.

rykanie nie pozostali bierni, żądali bowiem, aby Karta Praw (*Bill of Rights*) została dodana do postanowień Konstytucji jako warunek jej akceptacji[18].

Dwa lata później nowy rząd amerykański uchwalił Kartę Praw (*Bill of Rights*), którą dodano jako pierwsze dziesięć poprawek do Konstytucji. Zanim to jednak nastąpiło, Kongres omówił prawie 200 propozycji zmian, które następnie przedstawiono stanom do zatwierdzenia[19]. Po przyjęciu tych poprawek przez wszystkie stany, stały się one częścią Konstytucji w 1791 r.[20]

Konstytucja Stanów Zjednoczonych stanowi najważniejsze źródło prawa federalnego[21]. Składa się ona z preambuły, 7 artykułów i 27 poprawek. Poza kwestiami odnoszącymi się do organów sprawujących władzę w państwie, reguluje ona także wolności[22] i prawa[23] przysługujące obywatelom Ameryki Północnej.

Sięgając do rozwiązań przyjętych na gruncie Konstytucji, dostrzeżemy, że już w preambule wyraźnie zaakcentowano „zabezpieczenie dobrodziejstwa wolności"[24], natomiast w Karcie Praw (*Bill of Rights*) określono wiele konkretnych zabezpieczeń przysługujących Amerykanom swobód[25] − co stanowi nawiązanie do koncepcji wolności Johna Locke'a. Uważał on, że wszyscy ludzie mają prawo do wolności zgodnie z prawem naturalnym. Jego zdaniem „Obywatele, «wolni, równi i niezależni w stanie natury», na zasadzie ugody społecznej oddają się pod opiekę państwa, które gwarantuje ochronę życia, wolności i własności. Władcę (rząd) wiążą prawa, władza powinna być podzielona na ustawodawczą i wykonawczą (legislatywa i egzekutywa)"[26].

Te podstawowe zasady wolności praw naturalnych zostały już wcześniej wyrażone w Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych z 1776 r.[27] Wobec tego nie budzi wątpliwości, że doktryna prawa naturalnego wpłynęła w dużym stopniu na ukształtowa-

[18] *Ibidem*.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*.

[21] Zobacz na ten temat, R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Wolters Kluwer 2009, s. 26.

[22] Porównaj E. Foner, *The Contested History of American Freedom*. Artykuł dostępny na stronie: http://digitalhistory.hsp.org/pafrm/essay/contested-history-american-freedom (dostęp: 14.12.2015 r.).

[23] F.M. Kamm, *Rights* [w:] *Jurisprodence and philosophy of law*, ed. J. Coleman, S. Shapiro, Associate edisor Kenneth Einar Himma, Oxford 2002, s. 476-513.

[24] „My, naród Stanów Zjednoczonych, pragnąc udoskonalić Unię, ustanowić sprawiedliwość, zabezpieczyć spokój w kraju, zapewnić wspólną obronę, podnieść ogólny dobrobyt oraz utrzymać dla nas samych i naszego potomstwa dobrodziejstwa wolności, wprowadzamy i ustanawiamy dla Stanów Zjednoczonych Ameryki niniejszą konstytucję", *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki,* tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 14.12.2015 r.).

[25] http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/liberty (dostęp: 14.12.2015 r.).

[26] M. Vogt, *Historia filozofii dla wszystkich,* Warszawa 2004, s. 288.

[27] W dokumencie tym stwierdzono, że „wszyscy ludzie stworzeni są równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi nienaruszalnymi prawami, że w skład tych praw wchodzi prawo do życia, wolności i dążenia do szczęścia", http://www.polskieradio.pl/39/156/Artykul/1163281,Deklaracja-niepodleglosci-%E2-%80%93-symbol-wolnosci-Amerykanow (dostęp: 14.12.2015 r.).

nie się wolności i praw jednostki[28]. Ich rozumienie należy zatem ustalić w oparciu o rozwiązania przyjęte w Karcie Praw (*Bill of Rights*) i wybrane orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych.

Pierwsza poprawka do Konstytucji odnosi się do wolności religii, słowa i prasy, a także prawa do zgromadzeń i petycji[29].

Na wolność religii składają się dwie klauzule, tj. klauzula ustanawiająca i klauzula swobodnego wykonania. Pierwsza zakazuje rządowi uchwalania przepisów, na mocy których doszłoby do ustalenia oficjalnej religii lub preferowania jednej religii nad drugą, co tym samym wymusza rozdzielenie kościoła od państwa[30]. Z kolei druga w większości przypadków zakazuje rządowi ingerować w praktykowanie wybranej religii[31].

Konstytucyjna wolność słowa przejawia się w swobodzie wyrażania myśli i poglądów na każdy temat. Swoim zasięgiem obejmuje zarówno sferę prywatną, jak i publiczną. Wobec tego, osoba która świadomie mówi rzeczy fałszywe o innych, może zostać pozwana przez osobę lub osoby, które uważają, że zostały poszkodowane w wyniku nadużycia wolności słowa[32]. Wolność, o której mowa daje także możliwość wyrażania opinii na temat rządu i urzędników[33].

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, wolność słowa obejmuje w pewnych przypadkach także wypowiedzi wulgarne. Tak było w sprawie *Cohen v. California*[34]. Pracownik sklepu, wyrażając swój sprzeciw wobec wojny w Wietnamie, nosił kurtkę z wulgarnym napisem, co według ustawy Kalifornii było zabronione. Sąd Najwyższy musiał więc rozważyć, czy we wskazanym przypadku ustawa nie naruszała wolności wypowiedzi chronionej przez pierwszą poprawkę. W uzasadnieniu sąd zwrócił uwagę, że przekleństwo, pomimo iż prowokuje, nie było skierowane do kogoś. Poza tym, nie było dowodów, że większa grupa ludzi byłaby sprowokowana do jakiegoś działania fizycznego przez słowa zamieszczone na jego kurtce. Sąd uznał, że ,,co dla jednego jest obraźliwe, to dla drugiego takim nie musi być". W ten sposób ochro-

[28] Szerzej na ten temat, C.E. Scott, *The Five Conceptions of American Liberty*, National affairs, Summer 2014. Artykuł dostępny na stronie: http://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-five-conceptions-of-american-liberty (dostęp: 14.12.2015 r.).

[29] Poprawka 1 „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 naprawienia krzywd", *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki…*

[30] https://www.law.cornell.edu/wex/first_amendment (dostęp: 15.12.2015 r.).

[31] Zobacz *ibidem*.

[32] W.H. Hartley, W.S. Vincent, *American…*, s. 34 i n.

[33] *Ibidem.* Zobacz także *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html (dostęp: 15.12.2015 r.).

[34] *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/case.html (dostęp: 15.12.2015 r.).

nie podlegają więc dwa elementy wolności wypowiedzi, tj. wyrażenie emocji i wyrażenie myśli[35].

Z wolnością słowa ściśle związana jest wolność prasy, która wyrażona może być np. w gazetach, książkach lub w innej formie drukowanej lub pisemnej[36]. Wolność o której mowa, nie ma jednak charakteru absolutnego, dlatego gdy zebrane „materiały" nie zostały opublikowane z dobrych pobudek i uzasadnionych celów, dopuszczalne jest ukaranie występujących nadużyć[37].

Z wyjątkiem wskazanych wyżej wolności, w pierwszej poprawce do Konstytucji zagwarantowano także prawo do zgromadzeń. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego daje ono możliwość przeprowadzenia pokojowego zgromadzenia publicznego[38]. Z uwagi na brak charakteru absolutnego tego prawa, może ono zostać ograniczone ze względu na określone przesłanki, które muszą być odpowiednio uzasadnione. Do takich Sąd Najwyższy zalicza czas, miejsce i sposób ochrony wypowiedzi[39].

Niemniej ważne znaczenie odgrywa prawo petycji, które gwarantuje możliwość zwrócenia się do rządu o podjęcie lub zaprzestanie określonego działania. Dzięki temu instrumentowi urzędnik państwowy wie, co obywatele Ameryki myślą i jakie mają postulaty pod adresem rządu[40].

Prawo do posiadania i noszenia broni wyrażone zostało w drugiej poprawce do Konstytucji[41]. Zgodnie z interpretacją tej poprawki przez Sąd Najwyższy, obywatelom przyznano indywidualne prawo do posiadania broni palnej do celów zgodnych z prawem, takich jak samoobrona i przechowywania jej w domu bez uprzedniej blokady spustu[42]. Ponadto, prawo o którym mowa ma zastosowanie nie tylko do rządu federalnego, ale również i do stanów[43].

Trzecia poprawka dotyczy zakazu kwaterowania żołnierzy w czasie pokoju w domu bez zgody jego właściciela natomiast w czasie wojny zezwala na zakwaterowanie wyłącz-

[35] https://www.oyez.org/cases/1970/299 (dostęp: 15.12.2015 r.).

[36] W.H. Hartley, W.S. Vincent, *American…*, s. 34 i n.

[37] *Near v. Minnesota* 283 U.S. 697 (1931). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/697/case.html (dostęp: 15.12.2015 r.).

[38] *Huge v. Committee* form Industrial Organization, 307 U.S. 496 (1939). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/496/case.html (dostęp: 17.12.2015 r.).

[39] *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/781/ (dostęp: 17.12.2015 r.).

[40] W.H. Hartley, W.S. Vincent, *American…*, s. 34 i n.

[41] Poprawka druga „Nie wolno ograniczać prawa ludu do posiadania i noszenia broni, gdyż bezpieczeństwo wolnego stanu wymaga dobrze wyszkolonej milicji", *Konstytucja Stanów Zjednoczonych*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 17.12.2015 r.).

[42] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/570/ (dostęp: 17.12.2015 r.).

[43] *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. (2010). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/08-1521/ (dostęp: 17.12.2015 r.).

nie na zasadach określonych w ustawie. Co do postanowień tej poprawki Sąd Najwyższy nie miał okazji jej zinterpretowania lub zastosowania[44].

Czwarta poprawka wyraża prawo do nietykalności osobistej, mieszkania, dokumentów i mienia, którego nie wolno naruszyć przez bezzasadne rewizje i zatrzymanie. Nakaz w tym przedmiocie można wystawić tylko wówczas, gdy zachodzi wiarygodna przyczyna potwierdzona przysięgą lub zastępującym ją oświadczeniem. Miejsce podlegające rewizji oraz osoby i rzeczy podlegające zatrzymaniu powinny być w nakazie szczegółowo określone[45].

Jak wynika z treści czwartej poprawki, jej celem jest zagwarantowanie obywatelom prawa do prywatności, które przejawia się w zakazie arbitralnej ingerencji władzy publicznej. Zatem aby możliwe było przeszukanie lub zatrzymanie osoby bądź rzeczy, funkcjonariusz policji − co do zasady − musi posiadać nakaz sądowy. Od wymogu tego przewidziane są wyjątki, zwłaszcza gdy funkcjonariusz będzie mieć uzasadnioną przyczynę, aby dokonać wskazanych wyżej czynności, w wyniku czego uzyskanie nakazu sądowego będzie niepotrzebne[46]. Potwierdzeniem tego jest wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *State v. Helmbright*, w którym organ orzekający uznał, że przeszukanie bez nakazu sądowego osoby zwolnionej warunkowo lub osoby, która ma wyrok w zawieszeniu bądź przeszukanie jej miejsca zamieszkania, jest zgodne z czwartą poprawką do Konstytucji, jeśli funkcjonariusz ma uzasadnione podejrzenie działalności przestępczej[47]. Wobec tego, jeśli rewizja i zatrzymanie nie będzie uzasadnione, sąd będzie starał się zrównoważyć stopień ingerencji w prawo do prywatności[48].

Czwarta poprawka swoim zakresem przedmiotowym obejmuje także przeszukiwanie i zatrzymanie urządzeń elektronicznych. Nie ma w tym nic dziwnego, skoro wraz z pojawieniem się Internetu nastąpiło zwiększenie ilości przestępstw w formie elektronicznej[49]. W konsekwencji, dowody takich przestępstw można często znaleźć na komputerach, dyskach twardych i innych urządzeniach elektronicznych[50]. Sięgając do praktyki orzeczniczej w tej kwestii, można zauważyć, że stanowiska są wyraźnie podzielone jeśli chodzi o możliwość przeszukiwania przez organy ścigania komputerów stanowiących własność firmy, z których korzystają pracownicy do prowadzenia działalności gospodar-

[44] Zobacz J. McClellan, *Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government (1989)*. Książka dostępna na stronie: http://oll.libertyfund.org/titles/679 (dostęp: 19.12.2015 r.).

[45] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 19.12.2015 r.).

[46] https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment (dostęp: 19.12.2015 r.).

[47] *State v. Helmbright*, 2013-Ohio-1143. Wyrok dostępny na stronie: http://law.justia.com/cases/ohio/tenth-district-court-of-appeals/2013/11ap-1080.html (dostęp: 19.12.2015 r.).

[48] https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment (dostęp: 19.12.2015 r.).

[49] *Ibidem*.

[50] *Ibidem*.

czej[51]. Pomimo rozbieżności, większość zwolenników opowiada się za uznaniem, że pracownikom nie przysługuje prawo do prywatności w zakresie informacji przechowywanych na komputerze należącym do pracodawcy[52]. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w przypadku stosowania przez pracowników pagera, którego właścicielem jest pracodawca[53].

Zakaz pociągnięcia do odpowiedzialności za zbrodnię lub inne hańbiące przestępstwo bez aktu oskarżenia uchwalonego przez wielką ławę przysięgłych, zakaz ponownego karania za to samo przestępstwo, zakaz zmuszania do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść, zakaz pozbawienia życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, a także możliwość przejęcia własności prywatnej na użytek publiczny za sprawiedliwym odszkodowaniem – to główne postanowienia piątej poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych[54].

Na tle przyjętych rozwiązań widzimy, że poprawka, o której mowa obejmuje kilka zakazów[55]. Wśród nich jest zakaz ponownego karania za to samo przestępstwo, tzw. klauzula podwójnego niebezpieczeństwa. Jej celem jest ochrona jednostki przed różnego rodzaju problemami, np. emocjonalnymi, psychologicznymi, finansowymi, które towarzyszą jej w ramach ponownego postępowania za ten sam czyn[56]. Osiągnięcie tego celu jest możliwe dzięki zapewnieniu, że wobec oskarżonego:

– nie będzie prowadzone ponownie postępowanie za ten sam czyn, po jego uniewinnieniu;
– nie będzie prowadzone ponownie postępowanie za ten sam czyn, po jego skazaniu;
– nie zostanie orzeczona po raz kolejny kara za to samo przestępstwo[57].

[51] *Ibidem*.

[52] *Ibidem*.

[53] *Ontario v. Quon*, 560 U.S. (2010). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/560/08-1332/ (dostęp: 20.12.2015 r.). Zobacz także wyrok *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/709/case.html (dostęp: 20.12.2015 r.).; *Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/602/case.html (dostęp: 20.12.2015 r.).

[54] Poprawka piąta „Nikt nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za zbrodnię główną lub inne hańbiące przestępstwo bez aktu oskarżenia uchwalonego przez wielką ławę przysięgłych z jej własnej inicjatywy lub na wniosek prokuratora, chyba że chodzi o sprawę dotyczącą lądowych lub morskich sił zbrojnych albo milicji w czynnej służbie podczas wojny lub niebezpieczeństwa publicznego. Nie wolno też nikomu za to samo przestępstwo wymierzać dwukrotnie kary na życiu lub zdrowiu. Nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść, ani też zostać bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości pozbawiony życia, wolności lub mienia. Własność prywatną można przejąć na użytek publiczny tylko za sprawiedliwym odszkodowaniem", *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 20.12.2015 r.).

[55] Na temat tej poprawki zobacz, J. McClellan, *Liberty, Order, and Justice: An Introduction…*

[56] https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment (dostęp: 20.12.2015 r.).

[57] *Ibidem*.

Tzw. klauzula samooskarżenia odnosi się do zakazu zmuszania do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść. Rozwiązanie to daje oskarżonemu prawo odmowy składania zeznań, przy czym zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego w sprawie *Miranda v. Arizona*, zakres przedmiotowy piątej poprawki rozszerzono do wszystkich sytuacji, które dotyczą ograniczenia wolności osobistej poza salą sądową[58].

Prawo do rzetelnego procesu, które zostało wyrażone w piątej poprawce, wiąże się z koniecznością przestrzegania wszystkich praw ustanowionych w Konstytucji Stanów Zjednoczonych i obowiązujących ustawach, zanim pozbawi się jednostkę życia, wolności lub mienia[59]. O rzetelnym procesie możemy mówić jednak wtedy, gdy będzie on uczciwy i będzie gwarantować prawo do bycia wysłuchanym, a także gdy strony otrzymają powiadomienie o procesie sądowym oraz gdy orzeczenie zostanie wydane przez sąd właściwy w sprawie[60].

Jak wynika z treści piątej poprawki odnosi się ona także do przejęcia własności prywatnej przez rząd federalny na użytek publiczny za słusznym odszkodowaniem, tzw. klauzulą wywłaszczenia. Przez słuszne odszkodowanie rozumie się wartość rynkową, jaka należy się właścicielowi nieruchomości[61]. Jeśli chodzi zaś o ,,użytek publiczny" to odnośnie do tego pojęcia warto zwrócić uwagę na wyrok, jaki zapadł w sprawie *Kelo v. New London*. Sprawa dotyczyła przejęcia przez miasto własności prywatnej w celu odsprzedaży prywatnym deweloperom, aby zapewnić rozwój regionu poprzez stworzenie nowych miejsc pracy i zwiększenie wpływów podatkowych. Właściciele nieruchomości oburzeni takim postępowaniem władz, argumentowali naruszenie piątej poprawki, w związku z tym, że własność prywatna nie została przejęta na użytek publiczny. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że miasto nie dokonało wywłaszczenia zwyczajnie, aby mogły skorzystać grupy osób prawnych, ale jako realizację rozwoju planu gospodarczego. W tym przypadku wywłaszczenie jest dokonane na użytek publiczny, pomimo że sama nieruchomość nie będzie użytkowana publicznie. Zdaniem większości sędziów, piąta poprawka nie wymaga dosłownego rozumienia pojęcia ,,użytek publiczny", termin ten bowiem może być szerzej interpretowany jako na cel publiczny[62].

[58] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html (dostęp: 20.12.2015 r.). Szerzej na ten temat, http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/miranda-rights.html (dostęp: 21.12.2015 r.).

[59] https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment (dostęp: 21.12.2015 r.).

[60] *Ibidem*.

[61] *Ibidem*.

[62] https://www.oyez.org/cases/2004/04-108 (dostęp: 21.12.2015 r.).

Prawo do szybkiego i publicznego procesu przed bezstronnym sądem, prawo do bycia poinformowanym o rodzaju i podstawie oskarżenia, prawo do konfrontacji ze świadkami oskarżenia, a także prawo do pomocy prawnej zapewnia szósta poprawka[63].

Przepis ten jest ważną gwarancją uniknięcia nieuzasadnionego i uciążliwego uwięzienia przed procesem sądowym, zminimalizowania niepokoju i obaw towarzyszących publicznemu oskarżeniu oraz ograniczenia długiego opóźnienia, które może osłabić zdolność oskarżonego do obrony[64]. W przypadku prawa do publicznego procesu uznaje się, że spełnia ono kilka ważnych celów, a mianowicie: pozwala zapewnić oskarżonemu sprawiedliwy wyrok; zapewnia publiczny pokaz uczciwości, co zniechęca do krzywoprzysięstwa, niewłaściwego postępowania uczestników i podejmowania stronniczych decyzji[65]. Przy czym, zakaz używania kamer telewizyjnych na sali rozpraw i wykluczenie transmisji procesu na żywo nie narusza szóstej poprawki do Konstytucji[66]. Naruszeniem tego przepisu nie jest również wyłączenie jawności postępowania sądowego, gdy wymaga tego nadrzędny interes ze względu na ochronę wyższych wartości[67].

Prawo do uzyskania informacji o rodzaju i podstawie oskarżenia stanowi ,,element kluczowy" rzetelnego procesu karnego. Bez tego typu informacji, oskarżony nie może prawidłowo korzystać z innych uprawnień procesowych. Dlatego też, jeśli w akcie oskarżenia, przestępstwo, zarzuty i przyczyny nie są dokładnie i jasno opisane, taki dokument jest ,,wadliwy"[68]. Niemniej ważne znaczenie przypisuje się także prawu do przesłuchania świadków oskarżenia, które ma zastosowanie zarówno do oświadczeń złożonych w sądzie, jak i poza sądem. Odnosząc się do orzecznictwa Sądu Najwyższego w tej kwestii, warto zwrócić uwagę, że do czasu wydania wyroku w sprawie *Crawford v. Washington* dominował pogląd, iż pozasądowe oświadczenia nie naruszały, tzw. klauzuli

[63] Poprawka szósta ,,Przy ściganiu przestępstw przysługuje oskarżonemu prawo do szybkiego i publicznego procesu przed bezstronnym sądem przysięgłych tego stanu i okręgu, w którym przestępstwo zostało popełnione; określenie tego okręgu musi wynikać z wydanej uprzednio ustawy. Oskarżony ma też prawo do zawiadomienia o rodzaju i podstawie oskarżenia, do konfrontacji ze świadkami oskarżenia, wezwania do obowiązkowego stawiennictwa środków obrony oraz do pomocy prawnej przy obronie", *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 21.12.2015 r.).

[64] *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116, 120 (1966). Zobacz także *Klopfer v. North Carolina*, 389 U.S. 213, 221 (1967); *Smith v. Hooey*, 393 U.S. 374, 377-379 (1969); *Dickey v. Florida*, 389 U.S. 30, 37-38 (1970). Podajemy za: http://constitution.findlaw.com/amendment6/annotation02.html#2 (dostęp: 22.12.2015 r.).

[65] http://constitution.findlaw.com/amendment6/annotation02.html#2 (dostęp: 22.12.2015 r.).

[66] *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532 (1965). *Cf. Nixon v. Warner Communications*, 435 U.S. 589, 610 (1978). Podajemy za: http://constitution.findlaw.com/amendment6/annotation02.html#2 (dostęp: 22.12.2015 r.).

[67] *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 464 U.S. 501 (1984). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/501/case.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[68] *United States v. Cook*, 86 U.S. 19 Wall. 591 (1873). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/86/591/case.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

konfrontacji, o ile były one wiarygodne[69]. Po wydaniu tego orzeczenia uznano, że pozasądowe oświadczenia nie mogą być stosowane jako zeznania przeciwko oskarżonemu, chyba że świadek jest niedostępny, a oskarżony miał możliwość konfrontacji ze świadkiem[70]. Ponadto, Sąd Najwyższy w wyroku *Michigan v. Bryant* przewidział wyjątek od tej ogólnej zasady, odnosząc się do tzw. wyznania przedśmiertnego. Mowa tu o możliwości dopuszczenia jako środka dowodowego oświadczenia złożonego przez osobę umierającą, jeśli zostało ono złożone, aby pomóc policji w nagłej sytuacji, a nie w prowadzeniu dochodzenia w sprawie wcześniejszego przestępstwa[71].

Prawo do pomocy prawnej pozostaje w ścisłym związku z pozostałymi uprawnieniami, jakie przysługują jednostce na mocy szóstej poprawki. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego prawo, o którym mowa ma charakter podstawowy[72]. Organ orzekający uznał, że przysługuje ono oskarżonemu w każdym przypadku, w którym może on zostać skazany na karę pozbawienia wolności, a także że żadna osoba nie może być skazana na tę karę, jeśli nie miała ona zapewnionego obrońcy, chyba że dobrowolnie zrezygnowała z tego uprawnienia[73].

Siódma poprawka do Konstytucji odnosi się do właściwości sądu przysięgłych w sprawach cywilnych, w których wartość przedmiotu sporu przekracza dwadzieścia dolarów oraz prawomocności jego orzeczeń[74]. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, zakres tej poprawki jest ograniczony do praw i szczególnych środków prawnych, a także sposobów dochodzenia praw w postępowaniu przed sądami[75].

Zakaz żądania nadmiernych kaucji, wymierzania nadmiernych grzywien albo stosowania kar okrutnych lub wymyślnych stanowi przedmiot regulacji ósmej poprawki do Konstytucji.

Zagwarantowanie powyższych rozwiązań nie oznacza, że sąd w każdym przypadku zwolni oskarżonego za kaucją z aresztu. Odstąpienie przez sąd od takiej możliwości może nastąpić w razie obaw, że oskarżony stanowić będzie zagrożenie dla społeczeń-

[69] http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/the-6th-amendment-s-confrontation-clause.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[70] *Ibidem*.

[71] *Ibidem*.

[72] *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/case.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[73] *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979). Wyrok dostępny na stronie: http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/440/367.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[74] Poprawka siódma „W prowadzonych według prawa powszechnego sprawach cywilnych, w których wartość przedmiotu sporu przekracza dwadzieścia dolarów, utrzymuje się właściwość sądu przysięgłych, a fakty, ustalone przez taki sąd, nie mogą być ponownie ustalane przez jakikolwiek sąd Stanów Zjednoczonych według innych zasad, niż wynikające z prawa powszechnego", *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[75] *Shields v. Thomas*, 58 U.S. 3 (1854). Wyrok dostępny na stronie: http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/59/253.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

stwa lub gdy będzie ukrywał się[76]. W takich sprawach wiele zależy od rodzaju wykroczenia, reputacji domniemanego sprawcy i jego zdolności do zapłaty[77]. Przy czym, ustanowione poręczenie większe niż zwykle[78] dla określonego przestępstwa musi być odpowiednio uzasadnione[79].

Jeśli idzie o kary okrutne lub wymyślne to za takie uważa się je, gdy są one nieproporcjonalne do naruszenia. Sięgając w tym zakresie do orzecznictwa Sądu Najwyższego można zauważyć, że np. za gwałt nie może być wymierzona kara śmierci, ponieważ nie powinno odbierać się życia sprawcy, jeśli ten nie pozbawił życia swojej ofiary[80]. Zdaniem sądu także i kara śmierci wobec nieletnich jest nieproporcjonalna[81].

W innym przypadku Sąd Najwyższy orzekł, że Kongres nie może odebrać obywatelstwa za dezercję z wojska[82].

Zgodnie z treścią dziewiątej poprawki „Wymienienie w Konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw, przysługujących ludowi"[83]. Przyjęcie takiego rozwiązania oznacza, że obywatelom Stanów Zjednoczonych przysługują prawa, które co prawda nie zostały wprost wymienione w Konstytucji, ale są chronione przez inne jej przepisy[84]. Tak jest w przypadku prawa do prywatności w małżeństwie. Sąd Najwyższy w sprawie *Griswold v. Connecticut* zwrócił uwagę, że choć Konstytucja wyraźnie nie chroni tego prawa, to jednak gwarancje zamieszczone w Karcie Praw (*Bill of Rights*) ustanawiają sferę prawa do prywatności. Mowa tu o pierwszej, trzeciej, czwartej i dziewiątej poprawce do Konstytucji[85].

Dziesiąta poprawka stanowi, że „Uprawnienia, których Konstytucja nie powierzyła Stanom Zjednoczonym ani nie wyłączyła z właściwości poszczególnych stanów, przysługują nadal poszczególnym stanom bądź ludowi"[86]. Z przyjętego rozwiązania wynika więc, że stany zachowują wszystkie uprawnienia, które nie zostały przyznane rządowi federalnemu przez Konstytucję, z wyjątkiem tych uprawnień, które są im konsty-

[76] J. McClellan, *Liberty, Order, and Justice: An Introduction.*…

[77] *Ibidem*.

[78] Zobacz wyrok w sprawie *Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/1/ (dostęp: 22.12.2015 r.).

[79] J. McClellan, *Liberty, Order, and Justice: An Introduction.*…

[80] *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/584/ (dostęp: 22.12.2015 r.).

[81] *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/ (dostęp: 22.12.2015 r.).

[82] *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Wyrok dostępny na stronie: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/case.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[83] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki.*… http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

[84] https://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt9_user.html#amdt9_hd1(dostęp: 22.12.2015 r.).

[85] https://www.oyez.org/cases/1964/496 (dostęp: 22.12.2015 r.).

[86] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki.*… http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 22.12.2015 r.).

tucyjnie zakazane. Na przykład, w żadnym z postanowień Konstytucji federalnej, Kongres nie został upoważniony do uregulowania lokalnych spraw, takich jak zdrowie czy bezpieczeństwo. Wobec tego powyższe uprawnienia są zastrzeżone na rzecz stanów zgodnie z dziesiątą poprawką[87].

5. Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP

W Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.[88] zastosowano klasyczny podział ukształtowany przez treść szeregu regulacji międzynarodowych, w szczególności zaś ONZ-owskich Paktów: Praw Osobistych i Politycznych oraz Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych[89]. Przyjęty podział na wolności i prawa osobiste, polityczne, ekonomiczne, socjalne kulturalne należy więc uznać za pewnego rodzaju nawiązanie do standardów zdefiniowanych w uniwersalnym systemie ochrony wolności i praw jednostki[90]. Jest on uzupełniony o zasady ogólne, zwane również zasadami przewodnimi regulacji wolności, praw człowieka i obywatela, środkami ochrony oraz obowiązkami, a także środkami ochrony (art. 77–81) oraz skonkretyzowaniem konstytucyjnych obowiązków jednostki (art. 82–86).

Ustrojodawca zdecydował się na wyróżnienie w poszczególnych jednostkach redakcyjnych II rozdziału Konstytucji RP:

- zasad ogólnych (art. 30−37):
- zasadę poszanowania i ochrony godności człowieka (art. 30);
- zasadę poszanowania i ochrony wolności człowieka (art. 31);
- zasadę równości (32), łączącą się z zasadą równouprawnienia i zakazem dyskryminacji (art. 33);
- zasadę ochrony i poszanowania prawa do obywatelstwa polskiego (art. 34);
- zasadę ochrony praw mniejszości narodowych i etnicznych (art. 35);

[87] http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Tenth+Amendment (dostęp: 22.12.2015 r.).

[88] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[89] Rozdział II Konstytucji został przygotowany „już w 1990 r. w Poznańskim Centrum Praw człowieka. Na zlecenie podkomisji praw i obowiązków obywateli, kierowanej przez posła J. Gwiżdża […]. Chcę dodać, że w oparciu o tę koncepcję przygotowany został również rozdział o prawach i wolnościach obywatelskich w projekcie konstytucji przygotowanym przez Komisję Konstytucyjną Sejmu X kadencji, kierowaną przez posła B. Geremka […]. Koncepcja ta zakłada, że rozdział rozpoczyna się od zasad ogólnych. Następnie umieszczone są podrozdziały obejmujące prawa osobiste, polityczne i socjalno-ekonomiczne. Część końcowa rozdziału to właśnie środki ochrony praw i wolności. Należy dodać, że bardzo podobną koncepcję konstrukcji rozdziału o prawach i wolnościach zawierają konstytucje Czech i Hiszpanii. Proponuję więc utrzymanie tej koncepcji generalnej rozdziału o prawach i wolnościach" − wypowiedź Eksperta Komisji L. Wiśniewskiego, Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, nr XVIII, Warszawa 1995, s. 22.

[90] Nawiązuje on też do koncepcji wolności i praw I, II i III generacji zob. szerzej: M. Nowak, *Trzy generacje praw człowieka. Ich znaczenie w świetle przesłanek ideowych i historycznych oraz w świetle ich genezy*, [w:] *Prawa człowieka, geneza, koncepcje, ochrona*, red. B. Banaszak, Wrocław 1993, s. 114 i n.

– zasadę sprawowania opieki nad obywatelem polskim przebywającym poza granicami kraju (art. 36);
– zasadę różnicowania zakresu realizacji konstytucyjnych wolności i praw w oparciu o kryterium obywatelstwa (art. 37)[91].

Do katalogu konstytucyjnych wolności i praw osobistych zaliczono:
– prawo do życia (prawną ochronę życia – art. 38);
– wolność od eksperymentów naukowych przeprowadzanych bez zgody poddanej im osoby (art. 39),
– wolność od tortur, okrutnego, nieludzkiego, poniżającego traktowania lub karania i stosowania kar cielesnych (art. 40);
– wolność osobistą i związane z jej ochroną: prawo do nietykalności osobistej; prawo osób zatrzymanych do humanitarnego traktowania; prawo do poinformowania o przyczynach zatrzymania; prawo do odszkodowania za bezprawne zatrzymanie i pozbawienie wolności; prawo do wzruszania decyzji o zatrzymaniu osoby (art. 41);
– wolność od skazania za czyn nie będący czynem zabronionym w myśl ustawodawstwa krajowego w momencie jego popełniania, z uwzględnieniem zastrzeżenia, iż dopuszczalne jest jednak ukaranie takiej osoby, jeżeli czyn taki stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego łączące się z prawem do obrony we wszystkich stadiach procesu oraz prawem do respektowania swojej niewinności do czasu prawomocnego orzeczenia sądu (art. 42);
– prawo do sądu, łączące się z zasadą wyłączenia możliwości przedawnienia zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości oraz z zasadą zawieszenia biegu przedawnienia w stosunku do przestępstw − nie ściganych z przyczyn politycznych − a popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych lub na ich zlecenie (art. 43–45);
– wolność od pozasądowego rozstrzygania o przepadku rzeczy (art. 46);
– prawo do ochrony prywatności i prawo decydowania o własnym życiu osobistym (art. 47);
– prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami oraz wolność od pozasądowego pozbawiania rodziców przysługujących im praw rodzicielskich (art. 48);
– wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49);
– prawo do nienaruszalności mieszkania (art. 50);

[91] Na temat tych zasad zob.: *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, T. I *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 335 i n.

– prawo do ochrony danych osobowych, łączące się z prawami: dostępu do urzędowych dokumentów i zbiorów danych dotyczących występującego; do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51);
– wolność poruszania się, z jednoczesnym potwierdzeniem wolności wyboru miejsca zamieszkania; wolność wyboru miejsca pobytu; swobody opuszczenia terytorium RP oraz potwierdzeniem zakazu podejmowania przez państwo polskie i jego organy działań mających na celu wydalenie obywatela polskiego z terytorium RP, a także uniemożliwiania powrotu obywatelowi RP do kraju ojczystego (art. 52);
– wolność sumienia i wyznania, wraz z zagwarantowaniem prawa rodziców do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnego z własnymi przekonaniami (art. 53);
– wolność słowa, wolność pozyskiwania informacji, wolność rozpowszechniania informacji z jednoczesnym potwierdzeniem istnienia zakazu stosowania cenzury prewencyjnej (art. 54);
– zakaz ekstradycji obywatela polskiego[92], zakaz ekstradycji osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych (art. 55);
– prawo do azylu (art. 56).

Zdecydowanie węższy jest katalog konstytucyjnych wolności i praw politycznych, w którym ujęte zostały:

– wolność zgromadzeń (art. 57);
– wolność zrzeszania się, a w jej ramach wolność zrzeszania się w związkach zawodowych, organizacjach społeczno-zawodowych rolników oraz organizacjach pracodawców, a także prawo do strajku (art. 58–59);
– prawo dostępu do służby publicznej (art. 60);
– prawo dostępu do informacji publicznej a w ramach tego prawa zagwarantowanie dostępu do dokumentów oraz wstępu na posiedzenia kolegialnych organów

[92] Ekstradycja obywatela polskiego jest jednak dopuszczalna, gdy możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której Rzeczpospolita Polska jest członkiem, pod warunkiem, że czyn objęty wnioskiem o ekstradycję:

1) został popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, oraz
2) stanowił przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub stanowiłby przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej w razie popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili złożenia wniosku.

Powyższe warunki nie muszą być spełnione, jeżeli ekstradycja ma nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji.

władzy publicznej pochodzących z wyborów powszechnych, z możliwością rejestracji dźwięku i obrazu (art. 61);
- czynne i bierne prawo wyborcze oraz prawo do udziału w referendum (art. 62);
- prawo do występowania z petycjami, skargami i wnioskami do organów władzy publicznej i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej (art. 63).

Stosunkowo szeroki jest natomiast katalog wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych (art. 64–76):
- prawo do własności oraz jej ochrony,
- prawo do ochrony innych praw majątkowych,
- prawo do dziedziczenia,
- wolność wyboru miejsca pracy i wykonywania zawodu,
- prawo do wynagrodzenia,
- prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy,
- prawo do urlopu,
- prawo do nauki,
- prawo do zakładania szkół,
- wolność twórczości artystycznej,
- wolność twórczości naukowej,
- wolność ogłaszania wyników prowadzonych badań,
- wolność nauczania,
- wolność korzystania z dóbr kultury.

Jedną z cech charakterystycznych obowiązującej Konstytucji jest to, że wolności i prawa zostały uregulowane również w jej rozdziale I. Należy bowiem uwzględnić dodatkowo: wolność prasy i innych środków przekazu informacji (art. 14); prawo do zawarcia małżeństwa (jego ochrony i prawa do opieki – art. 18), jako postanowienia, które odnoszą się do wolności i praw osobistych[93]. Ponadto w rozdziale tym gwarantuje się prawo do ochrony własności i dziedziczenia (art. 21) oraz wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 22 − prawa i wolności ekonomiczne), a także prawo do zapew-

[93] Zauważyć jednak trzeba, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 29 kwietnia 2003 r. sygn. SK 24/02, podkreślił: „interpretacja zasad Konstytucji winna być prowadzona zgodnie z założeniem, w myśl którego jeżeli określona problematyka uregulowana jest przez bardziej szczegółowe, «bliższe» określonym zagadnieniom, normy konstytucyjne, to są one właściwym wzorcem kontroli zgodności z Konstytucją ustaw dotyczących tej problematyki. Nie należy w takich sytuacjach odwoływać się do naczelnych zasad ustrojowych, które również – choć w sposób bardziej abstrakcyjny i mniej precyzyjny – danej problematyki dotyczą. […] Przepisy rozdziału I nie są więc alternatywną wobec przepisów rozdziału II podstawą formułowania wolności i praw jednostki, ale są źródłem uzupełniającym tych praw, tj. znajdują zastosowanie w sprawach w rozdziale II nieuregulowanych albo wprowadzają szczególne uregulowania dotyczące zakresu danego prawa lub jego ograniczeń (np. art. 21 ust. 2)".

nienia opieki weteranom walk o niepodległość, w szczególności inwalidom wojennym (art. 19 − prawa socjalne).

Szczególny charakter ma też odwołanie się do wolności tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji (art. 10). Zasadniczo należałoby je powiązać z uprawnieniem o charakterze ekonomicznym, ale jak wiemy z przedstawionej wyżej systematyki wolność taka została w rozdziale II Konstytucji RP zaliczona do katalogu wolności i praw politycznych.

Również w rozdziale I Konstytucji RP nastąpiło odwołanie się do typowo politycznych uprawnień jednostki, tzn. wolności tworzenia i przystępowania do partii politycznych (art. 11). W rozdziale tym znalazły się również postanowienia wyłączające możliwość funkcjonowania konkretnych partii politycznych, których działalność jest zakazana (art. 13)[94].

Do praw politycznych nie została także zaliczona wprost obywatelska inicjatywa ustawodawcza, której przecież bliżej do uprawnień o charakterze politycznym, aniżeli wolności tworzenia związków zawodowych w jej klasycznym rozumieniu. Prawo obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej określone zostało dopiero w art. 118 ust. 3 Konstytucji RP, w rozdziale poświęconym Sejmowi i Senatowi (rozdział IV).

Na koniec warto podkreślić, że nie wszystkie gwarantowane w Konstytucji RP wolności i prawa mogą być dochodzone bezpośrednio na jej podstawie. Znaczną część z nich, a w szczególności tych należących do kategorii wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych (określone w art. 65 ust. 4 i 5; art. 66, art. 69, art. 71 i art. 74−76) można dochodzić jedynie w granicach określonych w ustawie. Ponadto należy uwzględnić specyfikę formuły zastosowanej przez ustrojodawcę w zakresie definiowania treści konkretnego uprawnienia bądź zakresu obowiązku władzy publicznej. W tym drugim przypadku są to najczęściej tzw. przewodnie zasady polityki społecznej i gospodarczej państwa. Powszechnie przyjmuje się, że są to szczególnego rodzaju konstrukcje prawne odnoszące się do państwa, w tym sensie, że stanowiąc o jego obowiązkach − nawet w kontekście poszczególnych uprawnień jednostki − nie tworzą odrębnych praw podmiotowych. Umieszczenie ich w przepisach konstytucyjnych powoduje jednak, że mogą być traktowane jako podstawa badania konstytucyjności prawa, nie mogą być natomiast podstawą formułowania konkretnych roszczeń jednostki wobec władz publicznych[95].

[94] Szerzej na temat charakteru i znaczenia postanowień Konstytucji dotyczących materialnej treści wolności i praw oraz środków ich ochrony zob. *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 29 – 914.

[95] L. Garlicki, *Komentarz – Rozdział II Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 4.

Protection of rights and freedoms

Abstract: The US Constitution is composed of a preamble, 7 articles and 27 amendments. Besides the issues related to authorities of power in the State, an essential matter for these points such as: freedoms and rights of citizens, which are included in the first 10 amendments to the Constitution. Due to the clarification of constitutional freedoms, the authors addressed to the decisions of the Supreme Court of the United States. Furthermore, in this research paper, they were presented the views on the essence of freedom and the principles of its protection. The main aim of this article, it was to characterize the constitutional range of regulation in the area of freedom and individual rights, not only in the US Constitution, but also in the Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997.

Keywords: freedom, protection of rights, constitutional freedom, jurisprudence Supreme Court.

Łukasz Machaj
Uniwersytet Wrocławski

Pozycja ustrojowa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych

1. Sąd Najwyższy USA w amerykańskim systemie podziału władzy

Zasada podziału władzy stanowi dziś jedno z najbardziej fundamentalnych pryncypiów ustrojowych obowiązujących w liberalnych demokracjach konstytucyjnych. Spostrzeżenie to (zresztą banalne) dotyczy oczywiście także systemu polityczno-prawnego funkcjonującego w Stanach Zjednoczonych. Jak zauważa Louis M. Kohlmeier, w USA „władza miecza należy do Prezydenta, władza sakiewki do Kongresu, a władza prawa do Sądu [Najwyższego – Ł. M.]. Władza prawa jest w swojej zasadniczej istocie ufundowana na autorytecie moralnym, który nakazuje posłuszeństwo" wobec norm ustanawianych przez państwo[1]. Wskazany charakter i natura władzy, którą dysponuje judykatywa, czerpiąca tak swoją legitymację, jak i społeczną efektywność w ostatecznym rozrachunku zazwyczaj z *imperio rationis*, a nie *ratione imperii*, skłaniały wielu filozofów czy teoretyków państwa i prawa do konstatacji, iż władza sądownicza pozostaje – w ramach Monteskiuszowskiej architektury ustrojowej – najsłabszą pośród trzech władz. Pogląd ten formułował między innymi Aleksander Hamilton, jeden z ojców założycieli Stanów Zjednoczonych, który w słynnych „Esejach politycznych Federalistów" napisał, że judykatywa „nie kontrolując ani miecza, ani sakiewki, nie wywiera wpływu ani na siłę, ani na zamożność społeczeństwa, ani nie może też podejmować żadnych aktywnych działań. Można doprawdy powiedzieć, iż władza sądownicza nie posiada ani siły, ani woli, ale jedynie osąd"[2]. Paradoksalnie to właśnie zacytowane wyżej przeświadczenie o immanentnej słabości władzy sądowniczej, przynajmniej w ujęciu komparatywnym i relacyjnym, w istotnym stopniu jest odpowiedzialne za doprowadzenie do sytuacji, w której współczesny polityczno-prawny status judykatywy, a w szczególności sądów konstytucyjnych, absolutnie nie uprawomocnia wniosku o jej podrzędnej pozycji

[1] L. M. Kohlmeier, Jr., *„God Save This Honorable Court": The Supreme Court Crisis*, New York 1972, s. 16, (tłum. cytatów z jęz. ang. w całym artykule – Ł. M.).

[2] A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, ed. by C. Rossiter, New York 1961, s. 465.

w zestawieniu z innymi gałęziami władzy. O ile progresywny rozrost kompetencji sądów bądź trybunałów w sferze kontroli sprawowanej nad rozstrzygnięciami ustawodawcy stanowi znamię właściwie wszystkich zachodnich reżimów politycznych, o tyle w Stanach Zjednoczonych proces ten przebiegał na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat w sposób szczególnie wyrazisty. Oczywiście przyczyny tego zjawiska pozostają złożone. Jednak z pewnością poczesną przesłanką takowej systemowej rewolucji jest doktrynalne przekonanie (podzielane m.in. przez Hamiltona), że rezygnacja z badania zgodności aktywności organów państwa z ustawą zasadniczą bądź przydzielenie tej kompetencji legislatywie lub egzekutywie musiałoby doprowadzić do supremacji jednej z powyższych władz i do załamania się całego skomplikowanego systemu *checks and balances*, będącego – w ostatecznym rozrachunku – kluczową gwarancją poszanowania indywidualnych wolności i jednostkowych uprawnień[3]. Jeśli dodamy do powyższego prawidłowość – dostrzeżoną już przez Alexisa de Tocqueville'a – polegającą na przekształcaniu się w Stanach Zjednoczonych niemal każdego politycznego sporu w spór sądowy[4] oraz uwzględnimy specyfikę amerykańskiej ustawy zasadniczej (dość lakoniczny – w zestawieniu z innymi ustawami zasadniczymi – dokument, uchwalony ponad dwieście lat temu i nasycony klauzulami generalnymi i pojęciami niedookreślonymi, których rozumienie siłą rzeczy podlega temporalnej ewolucji), to nie może zaskakiwać fakt, że to Sąd Najwyższy USA posiada ostatnie słowo w wyznaczaniu pryncypiów systemu politycznego i prawnego, zarówno w kontekście wewnętrznych relacji kompetencyjnych w ramach struktury państwa (np. w zakresie relacji pomiędzy rządem federalnym a władzami stanowymi), jak i w aspekcie statusu jednostki (jej praw i obowiązków) wobec aparatu państwowego[5].

Sąd Najwyższy jest przeto organem *par excellance* politycznym, czego oczywiście nie należy utożsamiać z prymitywną partyjnością. Jak trafnie zauważa Lawrence Baum, organ ten sprawuje funkcję kreatora (a przynajmniej jednego z twórców) „polityki publicznej", poprzez które to pojęcie konstytucjonalista rozumie możliwość ustanawiania fundamentalnych reguł mających w zamierzeniu ukształtować amerykańską społeczność polityczną w określony – w zamierzeniu zgodny z aksjologią ustawy zasadniczej – sposób[6]. Trudno kwestionować opinię Richarda Funstona, w którego przekonaniu „spośród ciał sędziowskich na całym świecie, tak w czasach minionych, jak i współcześnie, Sąd wyróżnia się jako wyjątkowo potężna instytucja o charakterze politycznym. Żaden inny sąd nigdy nie był tak nieprzerwanie, tak nieustannie i tak blisko powiązany z procesami politycznymi

[3] Por. R. A. Rossum, G. Alan Tarr, *American Constitutional Law: Cases and Interpretation*, New York 1991, s. 46.

[4] A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, t. 1, Kraków 1996, s. 275.

[5] Zob. np. S. Krislov, *The Supreme Court in the Political Process*, New York 1965, s. 80-133.

[6] L. Baum, *The Supreme Court*, Washington 1989, s. 3.

[…] Jego polityczna władza przypomina tę, którą sprawuje legislatywa czy aparat biurokratyczny”[7]. SN autorytatywnie wypowiada się we wszystkich najistotniejszych zagadnieniach rozpalających polityczne namiętności u obywateli amerykańskiej polis, ostatecznie przesądzając o kształcie tej ostatniej, oraz pozbawiając tego uprawnienia ustawodawcę. To Sąd Najwyższy zidentyfikował konstytucyjne prawo jednostki do posiadania prywatności i wyznaczył jego granice (np. w kontekście legalizacji przerywania ciąży, dekryminalizacji aktów homoseksualnych, ochrony miru domowego przed ingerencją funkcjonariuszy państwa itp.); to Sąd Najwyższy zakreślił bodaj najszerszy w całym świecie zachodnim obszar swobody wypowiedzi (m.in. w odniesieniu do głoszenia „wywrotowych” doktryn czy ideologii, możliwości posługiwania się w debacie publicznej jędrnym, soczystym czy wręcz wulgarnym językiem bądź też pochwalania popełniania czynów zabronionych); to Sąd Najwyższy ustanowił reguły koegzystencji pomiędzy państwem a instytucjonalną religią (decydując m.in. w kwestii modlitwy w szkołach, granic wolności wyznania czy finansowania przez państwo podmiotów prowadzących działalność konfesyjną); to Sąd Najwyższy ustalił szczegółowy katalog uprawnień przysługujących podsądnemu w procesie karnym (np. prawo do pomocy prawnej, do informacji o swoich prawach, do petycji *habeas corpus*); to wreszcie Sąd Najwyższy precyzował znaczenie konstytucyjnej klauzuli „równej opieki prawnej” (m.in. w kontekście dopuszczalności segregacji rasowej, akcji afirmatywnej bądź też wykluczania możliwości zawierania małżeństwa parom jednopłciowym). Znaczenie SN jest rozpoznawane zgodnie przez wszystkich uczestników dyskursu publicznego, tak apologetów, jak i krytyków jego statusu. Jak pisze David M. O’ Brien, Sąd Najwyższy jest „świątynią prawa” – instytucją definitywnie rozstrzygającą polityczno-prawne dysputy, autorytatywnym organem prawnym i wyrazem amerykańskiego ideału „rządów prawa, a nie ludzi”[8]. Według Williama Lassera, SN posiada nadzwyczajną pozycję w amerykańskim systemie ustrojowym, będąc odpornym na wszelkie naciski ze strony legislatywy i egzekutywy (a także ludu) i zdolnym do skutecznego przeforsowania swojej wizji ładu konstytucyjnego. W konsekwencji jego rozstrzygnięcia *de facto* przenikają całą tkankę społeczną, jego pozycja ma wręcz imperialny charakter, a jego możliwości działania charakteryzuje omnipotencja[9]. Jak konkludował jeden z komentatorów, jeżeli Konstytucja wypełnia w amerykańskim społeczeństwie funkcję świętej księgi, to Sąd Najwyższy odgrywa w nim rolę bóstwa (a przynajmniej monarchy obdarzonego *gratia Dei*)[10].

[7] R. Funston, *A Vital National Seminar: The Supreme Court in American Political Life*, Palo Alto 1978, s. 1.

[8] D. M. O’Brien, *Storm center: the Supreme Court in American Politics*, New York 2000, s. XIII.

[9] W. Lasser, *The limits of judicial power: the Supreme Court in American politics*, Chapel Hill 1989, s. 249, 262, 268–269, 272 i *passim*.

[10] A. Selwyn Miller, *The Supreme Court: Myth and Reality*, Westport 1978, p. 7-8.

2. Strukturalno-organizacyjny kontekst funkcjonowania Sądu Najwyższego USA

Warto w tym momencie przytoczyć kilka informacji dotyczących instytucjonalnego usytuowania i praktycznego funkcjonowania SN (skład, proces wyboru sędziów, właściwość rzeczowa, procedura postępowania). Sąd Najwyższy składa się z dziewięciu członków (w tym prezesa), piastujących swą funkcję dożywotnio (wyjąwszy jedynie sytuacje, w których sędzia rezygnuje ze stanowiska lub przeprowadzana jest w stosunku doń procedura impeachmentu). Sposób wyboru członków trybunału jest relatywnie prosty, a sam proces bardzo silnie zależny od czynników politycznych[11]. Inicjatywa w przedmiotowej sprawie leży w gestii prezydenta USA, nominującego – swobodnie wybranych – kandydatów; w dalszej kolejności nominacje są zatwierdzane (*consent*) przez Senat; pomyślne przejście tego kroku upoważnia prezydenta do podpisania ostatecznego aktu mianowania. Kompetencje SN są zdefiniowane w federalnej ustawie zasadniczej (zwłaszcza w artykule 3(2)) i w ustawowych regulacjach niższej rangi, precyzujących właściwość i tryb postępowania. Pomijając nader nieliczne sprawy, w których Sąd Najwyższy orzeka w pierwszej instancji (np. dotyczące ambasadorów czy też konfliktów między stanami), oraz niezwykle rzadko wykorzystywaną instytucję tzw. certyfikacji (której polskim ekwiwalentem byłoby udzielanie odpowiedzi na pytania prawne formułowane przez sądy niższych instancji), kognicja Sądu Najwyższego ma generalnie charakter odwoławczy. SN jest ostatecznym trybunałem apelacyjnym od orzeczeń wydawanych przez sądy federalne oraz stanowe (jeżeli rozpatrywana sprawa posiada implikacje związane z prawem federalnym, w tym oczywiście również z ustawą zasadniczą)[12]. Po złożeniu przez stronę zainteresowaną rozpoznaniem sprawy przez SN stosownego wniosku (*petition*), Sąd podejmuje decyzję w kwestii przyjęcia sprawy do rozpoznania (*granting cert*). Decyzja taka musi uzyskać wsparcie przynajmniej czterech sędziów, posiadających w tym względzie praktycznie dyskrecjonalną władzę. Po uzyskaniu pozytywnego rezultatu, strony (ewentualnie też inne podmioty biorące udział w sprawie, np. w charakterze *amicus curiae*) składają odpowiednie pisma procesowe. Kolejne etapy w procesie wyrokowania to jawna rozprawa ustna (*oral argument*); niejawna narada (*conference*), podczas której wstępnie rozstrzyga się sentencję orzeczenia i wyznacza się sędziego odpowiedzialnego za sporządzenie uzasadnienia w imieniu większości

[11] Znaczenie rozważania w toku procesu nominacji sędziowskich czynników politycznych czy zgoła partyjnych niewątpliwie rośnie przynajmniej od czterech z górą dekad. Współcześnie proces selekcji wzbudza ogromne zainteresowanie opinii publicznej, angażuje licznych aktorów politycznych oraz stanowi asumpt do ożywionej debaty społecznej, co jest ewidentną konsekwencją (a równocześnie manifestacją) kluczowej ustrojowej pozycji Sądu Najwyższego. Por. N. Vieira, L. Gross, *Supreme Court Appointments: Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale 1998, *passim*.

[12] I. R. Kaufman, *Appellate jurisdiction*, [w:] *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, ed. by K. L. Hall, New York 1992, s. 39-40.

(*majority opinion*)[13]; przeprowadzane w warunkach wewnętrznej polemiki i dialogu między sędziami przygotowywanie głównego uzasadnienia wyroku oraz ewentualnych uzasadnień zbieżnych (*concurring opinions*)[14] i zdań odrębnych (*dissents*)[15]; podanie rozstrzygnięcia do wiadomości publicznej oraz zamieszczenie jego treści w publikatorze pod nazwą „United States Reports". W toku swej działalności orzeczniczej Sąd Najwyższy posiada kompetencję do formułowania autorytatywnej wykładni wszystkich unormowań federalnych oraz do wyrokowania w kwestii zgodności kontrolowanego przepisu (sprzeczność *on its face*) bądź też jego zastosowania w danym stanie faktycznym (sprzeczność *as applied*) z ustawą zasadniczą. Sprawowana przez SN kontrola konstytucyjności posiada charakter uniwersalny, konkretny, deklaratoryjny oraz względny (choć w praktyce autorytet Sądu Najwyższego i zasada *stare decisis* przesądzają o respektowaniu jego orzeczeń przez pozostałe organy państwa)[16]. Aczkolwiek w amerykańskim porządku prawnym ewaluacja zgodności regulacji z ustawą zasadniczą odbywa się zgodnie z paradygmatem zdekoncentrowanym[17], to jednak wiodącą rolę w tym procesie odgrywa SN, pełniąc funkcję – jak często określa się to w literaturze przedmiotu – „strażnika konstytucji"[18], a nawet „strażnika całego amerykańskiego porządku prawnego"[19].

W obliczu wskazanego statusu i zadań Sądu Najwyższego szczególnie interesującym paradoksem obowiązującego w USA modelu ustrojowego jest fakt, że Konstytucja federalna nie zawiera *expressis verbis* postanowienia o kompetencji SN do kontroli zgodności prawa z ustawą zasadniczą. Uprawnienie to zostało uznane za ustanowione w Konstytucji *implicite* w słynnym wyroku w sprawie *Marbury v. Madison* przez sam Sąd Najwyższy. O ile szczegóły merytoryczne przedmiotowego sporu nie mają już dzisiaj większego znaczenia, o tyle warto prześledzić rozumowanie Prezesa SN Johna Marshalla, autora uzasadnienia tegoż orzeczenia. Cytując ustawę zasadniczą, Marshall stwierdził, że jej postanowienia jednoznacznie wskazują Sąd Najwyższy oraz sądy niższej instancji

[13] Jeśli w większości opowiadającej się za określonym rozstrzygnięciem znajduje się prezes SN, to prawo do desygnowania właściwego sędziego znajduje się w jego rękach; w przeciwnym wypadku, wyznaczenia dokonuje najstarszy stażem sędzia. Ta kompetencja posiada kluczowe znaczenie dla wewnętrznego *modus operandi* SN, wpływając niejednokrotnie na finalną treść rozstrzygnięcia w kontrowersyjnych sprawach. „Politycznie" błędne wyselekcjonowanie sędziego odpowiedzialnego za uzasadnienie – np. zbyt radykalnego w danej materii – może bowiem spowodować rozpad prowizorycznej większości, która wyłoniła się w toku posiedzenia niejawnego.

[14] Uzasadnienie zbieżne akceptuje sentencję wyroku, ale funduje ją na odmiennym rozumowaniu.

[15] W tej fazie nierzadko dochodzi do zmiany pierwotnego zdania przez niektórych sędziów, w wyniku czego zdanie odrębne może przekształcić się w uzasadnienie większościowe (i odwrotnie).

[16] A. M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne*, Toruń 1999, s. 240-243.

[17] Zob. P. Mikuli, *Zdekoncentrowana kontrola konstytucyjności prawa: Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2002, s. 9 i n.

[18] A. M. Ludwikowska, R. R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych: struktura i jurysdykcja*, Toruń 2008, s. 33.

[19] R. A. Tokarczyk, *Zarys prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Lublin 1996, s. 47.

(których strukturę ma prawo oktrojować Kongres) jako jedynych piastunów władzy sądowniczej w Stanach Zjednoczonych[20]. Według sędziego, kluczowym elementem *modus operandi* judykatywy musi być konkludentne determinowanie, co właściwie jest prawem. Jak zauważał Marshall, „zagadnienie, czy akt sprzeczny z ustawą zasadniczą może stać się obowiązującym prawem jest problemem wielkiej wagi dla Stanów Zjednoczonych; na szczęście jednak skomplikowanie tej kwestii nie jest proporcjonalne do jej znaczenia. Do jej rozwiązania konieczne wydaje się tylko rozpoznanie określonych trwałych i dobrze zakorzenionych zasad"[21]. Sędzia przypominał, że amerykańska społeczność polityczna została zbudowana w oparciu o paradygmat umowy społecznej, zgodnie z którym obywatele dysponują pierwotnym uprawnieniem do takiego ukształtowania porządku społecznego oraz państwowego, które będzie najlepiej odzwierciedlało ich interesy i w największym możliwym stopniu pozwoli im osiągnąć szczęście. Ustawa zasadnicza jest legalnym ucieleśnieniem tego uprawnienia, przekształcając ową fundamentalną regułę systemu politycznego z pryncypium przynależnego do porządku naturalnego w prawo stanowione. Jednym z kluczowych założeń amerykańskiego modelu państwa jest odrzucenie stanowiska ideowego zakładającego niczym nieograniczoną suwerenność już to legislatywy, już to samego demosu. Możliwość realizacji tej zasady w efektywny sposób jest ściśle uzależniona od implementacji skutecznego systemu kontroli zgodności praw niższego rzędu z Konstytucją, bez którego ustawa zasadnicza byłaby tylko zbiorem praktycznie niewiążących zaleceń. Innymi słowy, odmowa przyznania sądom (w szczególności Sądowi Najwyższemu) badania konstytucyjności prawa spowodowałaby w efekcie rzeczywiste – jeżeli nie teoretyczne – unieważnienie znaczących fragmentów ustawy zasadniczej. Jak pisał Marshall: „Jaki byłby cel wprowadzania ograniczeń władzy i jaki byłby sens ustanawiania ich w formie pisemnej, gdyby takie ograniczenia mogły być w dowolnym momencie zignorowane przez tych, których mają krępować? Jeżeli te ograniczenia nie tworzą barier dla podmiotów, których dotyczą, i jeśli czynności zabronione posiadają taką samą moc obowiązującą, jak czynności zakazane, to znika jakakolwiek dystynkcja pomiędzy państwem ograniczonym a państwem dysponującym pełnią władzy"[22]. Tym samym istnieje konieczność (wynikająca z racjonalnego rozumowania) uznania Konstytucji za najwyższe i fundamentalne prawo, które „kontroluje każdy akt ustawodawcy" i które, w razie konfliktu z dowolną normą niższego rzędu, posiada absolutny prymat. Stanowisko przeciwne jest właściwie absurdalne, a z pewnością pozbawione logicznego uzasadnienia. Zdaniem Marshalla, akceptacja powyższej linii argumentacyjnej prowadzi

[20] *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137, 173 (1803). Wydaje się, że Marshall posłużył się tutaj pojęciem „Stany Zjednoczone" w wąskim rozumieniu dotyczącym funkcjonowania rządu i prawa federalnego; z całą pewnością nie chodziło mu o lekceważenie czy też podważanie pozycji sądów stanowych.

[21] *Ibidem*, 176.

[22] *Ibidem*.

do oczywistych konsekwencji; „Bez wątpienia kompetencją władzy sądowniczej jest orzekanie, czym jest prawo. Ci, którzy stosuję normę do konkretnego stanu faktycznego muszą z konieczności wyjaśniać i interpretować aplikowaną regułę. Jeżeli dwa prawa pozostają ze sobą w konflikcie, sądy muszą podjąć decyzję co do ich wzajemnego oddziaływania. Jeśli zatem norma pozostaje w kolizji z konstytucją i jeśli zarówno norma, jak i konstytucja mają zastosowanie do danego przypadku, to sąd musi podjąć swoją decyzję albo w oparciu o normę, ignorując konstytucję, albo w oparciu o konstytucję, ignorując normę; tym samym sąd musi ustalić, zgodnie z którą z tych antagonistycznych reguł należy rozpoznać daną sprawę. Jest to sama istota władzy sądowniczej”[23]. Rozumowanie Marshalla jest dzisiaj w amerykańskim dyskursie prawnym właściwie uznane za niepodważalne[24]. Prawomocność poglądu prezesa Sądu Najwyższego jest uzasadniona argumentacją oryginalistyczną (intencje ojców-założycieli USA), systemową (status Konstytucji jako komponentu systemu prawnego), aksjologiczno-funkcjonalną (mówiąc językiem monteskiuszowskim, amerykańskim „duchem prawa”) oraz polityczną (rola Konstytucji jako prawa kardynalnego)[25]. W moim przekonaniu, wykładnia ustawy zasadniczej dokonana przez Marshalla pozostaje wręcz jedyną słuszną[26].

3. Sąd Najwyższy USA – pomiędzy aktywizmem a wstrzemięźliwością sędziowską

Powszechne w społeczeństwie amerykańskim respektowanie autorytetu deontycznego (instytucjonalnego) Sądu Najwyższego bynajmniej nie oznacza, że organ ten cieszy się − w porównywalnym stopniu – autorytetem epistemicznym (nie wspominając już o moralnym). Egzekwowanie swojej konstytucyjnej kompetencji przez SN podlega niejednokrotnie ostrej, nierzadko wręcz bezpardonowej, krytyce. Dotyczy to zarówno poszczególnych wyroków tego organu, jak i generalnej linii orzeczniczej w określonych przedziałach czasowych. O ile np. w latach 30. minionego stulecia krytyka ta wypływała przede wszystkim

[23] *Ibidem*, 177-178.

[24] Rekonstrukcję alternatywnego stanowiska przeprowadza Ch. S. Hyneman, [w:] *The Supreme Court on Trial*, New York 1963, s. 97-111.

[25] Jak wskazują Ryszard Balicki i Artur Ławniczak, znaczenie ustawy zasadniczej USA „jest większe niż ogłaszanych następnie w innych państwach aktów konstytucyjnych. Jest […] Konstytucja Stanów Zjednoczonych aktem założycielskim nowożytnego, racjonalnego państwa, budowanego świadomie przez intelektualistów w oparciu o przemyślane założenia teoretyczne, służące powołaniu do życia na obszarach Nowego Świata republikańskiego państwa obywatelskiego”, [w:] *Europejskie źródła konstytucyjnego federalizmu północnoamerykańskiego*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. C/2, s. 332.

[26] Używając terminologii Zbigniewa Pulki, można powiedzieć, że decyzja Marshalla jest prawomocna formalnie (uzasadniona przez wewnętrzne „przesłanki jej podjęcia w postaci dyrektyw interpretacyjnych oraz zastosowanych ocen”) oraz materialnie (wybór wskazanych dyrektyw i ocen jest „dobrze uzasadniony”), [w:] *Przesłanki prawomocności decyzji interpretacyjnych w teorii wykładni Jerzego Wróblewskiego*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. C/2, s. 623.

ze środowisk liberalnej (w rozumieniu amerykańskim) lewicy, o tyle współcześnie polemiczne stanowisko zajmują głównie reprezentanci konserwatywnej prawicy. Przykładowo Robert Bork (niedoszły sędzia SN) dowodzi, że Sąd angażuje się permanentnie w proces rewidowania postanowień ustawy zasadniczej, traktując ten akt normatywny jako *carte blanche* upoważniające judykatywę do wpisywania doń swoich osobistych preferencji czy idiosynkrazji politycznych[27]. Podejmując aktywność o charakterze legislacyjnym, a nie interpretacyjnym, SN wykorzystuje swój status konstytucyjny do promowania aksjomatów liberalnej filozofii politycznej, a w szczególności radykalnego indywidualizmu i ekstremistycznego egalitaryzmu[28]. Jeszcze ostrzejszych słów używa Lino B. Graglia. W przekonaniu amerykańskiego konstytucjonalisty, od wielu dekad Sąd Najwyższy nieustannie i konsekwentnie korumpuje fundamenty porządku politycznego Stanów Zjednoczonych, a w szczególności zasadę podziału władz. Rolą prawa (stanowienie którego powinno pozostawać wyłącznie w gestii legislatywy) w demokratycznej społeczności jest wyrażanie, pielęgnowanie i skuteczna implementacja „wartości społecznych zgodnie z ich rozumieniem przez większość ludzi". Poprzez odmowę prawnego sankcjonowania preferencji większości i zastępowanie ich osobistymi przeświadczeniami doktrynalnymi, sędziowie SN *de facto* odmawiają narodowi amerykańskiemu możliwości samostanowienia, stanowiącej sam rdzeń demokratycznego ustroju. W ocenie Graglii, aktywność SN radykalnie przekształciła ustrój USA, czyniąc zeń sędziowską oligarchię w duchu platońskiej sofokracji, a członkowie tego trybunału samozwańczo przyznali sobie status „ostatecznych prawodawców w dowolnej sprawie publicznej, którą decydują się wyłączyć poza ramy zwykłego procesu politycznego". Graglia nie zawahał się porównać Sądu Najwyższego do irańskiej Wielkiej Rady Ajatollahów ze względu na rzekomo identyczny status obydwu tych ciał jako najwyższych systemowych autorytetów. Jak konkluduje konstytucjonalista, amerykański model polityczny można dzisiaj zasadnie ochrzcić mianem tyranii mniejszości, opartej na supremacji kulturowej elity, której SN jest instytucjonalną emanacją[29]. W tym miejscu należy podkreślić, iż zbliżone tezy – choć, jak już zaznaczyliśmy, znacznie rzadziej – pojawiają się również w dyskursie lewicowym[30]. Jako reprezentatywną egzemplifikację przywołać można książkę Jamina B. Raskina, której już sam tytuł przeciwstawia Sąd Najwyższy narodowi amerykańskiemu. W ocenie badacza, SN w toku swojego funkcjonowania systematycznie reprezentował interesy „zaciekłej politycznej reakcji". W swoim polemicznym zapale Raskin, mówiąc o Sądzie Najwyższym, używa mało eleganckich

[27] R. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990, s. 16.

[28] *Idem*, *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, New York 1997, s. 96-107.

[29] L. A. Graglia, *Constitutional Law Without the Constitution: The Supreme Court's Remaking of America*, [w:] *A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, Stanford 2005, s. 1-5.

[30] Naturalnie środowiskom o radykalnie odmiennych zapatrywaniach politycznych asumptu do formułowania w gruncie rzeczy jednakowych konkluzji dostarczają zupełnie różne rozstrzygnięcia SN.

określeń w rodzaju „historyczne rozczarowanie" bądź też „koszmar" dla osób o progresywnych poglądach społeczno-politycznych. Jak argumentuje tenże krytyk, wybierane przez sędziów dyrektywy wykładni i metody egzegezy przepisów prawa, brak jakiegokolwiek respektu wobec decyzji organów wybieranych w drodze demokratycznej elekcji, gotowość do – jawnego bądź też zakamuflowanego – odrzucania własnych precedensowych rozstrzygnięć w imię urzeczywistnienia doktrynalnych celów uznanych za pożądane przez skład orzekający oraz nieustanne (nad)używanie swojej metakompetencji do kontroli konstytucyjności prawa, by osiągnąć partykularne polityczne (a niekiedy wręcz ewidentnie partyjne) zamierzenia − wszystkie wymienione zjawiska przenikają całokształt jurysprudencji SN, którego działalność narusza tym samym podstawowe zasady demokracji[31]. Opinie Borka, Graglii czy Raskina są oczywiście wyjątkowo radykalne (przynajmniej w kontekście debaty akademickiej). Niemniej jednak, jeżeli pominiemy emocjonalny i retoryczny komponent ich wypowiedzi, z pewnością nie można zakwalifikować ich jako odosobnionych głosów z naukowego marginesu (podobne głosy pojawiają się także w wypowiedziach polityków, łącznie z mainstreamowymi).

Filozoficznoprawnego tła dla wskazanego krytycyzmu, potencjalnie umożliwiającego jego względnie obiektywną konceptualizację, dostarczają oczywiście pojęcia „aktywizmu" i „wstrzemięźliwości" sędziowskiej. Terminy te są trudne do jednoznacznego zdefiniowania. W moim przekonaniu, najlepszą w polskiej literaturze naukowej eksplikację złożonego pojęcia „aktywizmu" judykatywy przedstawił Leszek Garlicki, którego zdaniem fenomen ten polega na „podejmowaniu kwestii konstytucyjnych w szerszym zakresie niż jest to konieczne oraz na formułowaniu własnej wizji celów i zadań państwa jako wiążącej dla pozostałych organów" władzy[32]. Postawa aktywistyczna oznaczałaby tedy tendencję do przekształcania sądów z ciał osądzających w prawotwórcze oraz gotowość judykatywy do partycypacji w sporach czysto politycznych i narzucania swojej filozofii politycznej zarówno legislatywie czy egzekutywie, jak i samemu demosowi. Syntetyczny aspekt tej definicji, uwzględniający wielowymiarowość zjawiska aktywizmu, nie powinien jednak przesłonić faktu, że w amerykańskiej teorii prawa pojmowanie wskazanego fenomenu jest ewidentnie szersze. Jak pisze w swoim całościowym artykule[33] William Marshall, aktywizm, w kontekście funkcjonowania SN, może denotować:

[31] J. B. Raskin, *Overruling Democracy: The Supreme Court v. The American People*, New York 2003, s. 2-11.

[32] L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja − polityka − prawa obywatelskie*, Wrocław 1982, s. 120. Zob. też I. Małajny, *Reguła „kwestii politycznych" w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne: najnowsze kierunki badań*, pod red. R. M. Małajnego, Katowice 2008, s. 215; H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 312.

[33] W. P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, „University of Colorado Law Review", vol. 73, s. 1219-1220.

1) odmowę uwzględniania w procesie interpretacji ustawy zasadniczej stanowiska wyrażanego przez demokratycznie wybrane organy państwa także w przypadkach, kiedy wykładnia danej klauzuli konstytucyjnej budzi egzegetyczne wątpliwości, a przyjęcie poglądu legislatywy czy egzekutywy wiązałoby się z deklaracją o zgodności kwestionowanego przepisu z Konstytucją:
2) wykraczanie poza tekstualistyczną wykładnię Konstytucji i zastępowanie jej rozważaniami o charakterze celowościowym, funkcjonalnym czy nawet aksjologicznym;
3) odrzucenie oryginalistycznego paradygmatu interpretacji konstytucyjnej[34];
4) skłonność do ignorowania precedensowych rozstrzygnięć, prowadzącą do jawnego bądź też dorozumianego odrzucenia zasady *stare decisis* oraz do wprowadzenia do systemu prawnego nieprzewidywalności i dyskrecjonalności (co w konsekwencji skutkuje osłabieniem autorytetu zarówno prawa, jak i samej władzy sądowniczej);
5) uporczywe (oczywiście dokonywane przez samą judykatywę) poszerzanie zakresu kognicji władzy sądowniczej i przyjmowanie przez nią do rozpatrzenia spraw pozostających uprzednio w gestii innych organów państwa; w konsekwencji przyjęcia takiego paradygmatu sądy stają się arbitrami we wszelkich kwestiach etycznych, moralnych i *stricte* politycznych;
6) stosowanie w toku orzecznictwa konstytucyjnego wypracowanych samodzielnie przez sądy i niezakorzenionych wprost w ustawie zasadniczej testów, standardów czy teorii;
7) wymuszanie na legislatywie bądź egzekutywie podejmowania określonych afirmatywnych działań zmierzających do realizacji określonego celu politycznego czy moralnego. W efekcie sądy nie tylko pełnią funkcję monteskiuszowskiego hamulca nakazującego prawodawcy bądź władzy wykonawczej powstrzymanie się od podjęcia pewnego postępowania, ale wymuszają także na nich aktywne zaangażowanie się na rzecz triumfu określonej idei czy doktryny[35];

[34] Oryginalizm należy do statycznych i interpretywistycznych koncepcji wykładni prawa. Zgodnie z tą teorią, znaczenie aktu prawnego (w tym Konstytucji) zostaje trwale ustalone w momencie jej uchwalenia i wynika już to z intencji jego twórców, już to z powszechnego rozumienia jego postanowień przez daną społeczność we wspomnianej chwili. Bardziej wyrafinowany wariant oryginalizmu nakazuje wyprowadzenie z postanowień aktu prawnego określonych generalnych zasad, które następnie mogą być stosowane do zjawisk, okoliczności czy stanów faktycznych nieznanych twórcom danej regulacji (tym sposobem np. konstytucyjna klauzula wolności słowa może mieć zastosowanie w sprawach dotyczących mediów elektronicznych). Por. A. B. Coan, *Talking Originalism*, „Brigham Young University Law Review", 2009, z. 4.

[35] Przykładem często używanym w tym kontekście przez krytyków SN jest jego orzecznictwo w kwestii segregacji rasowej w systemie edukacyjnym. O ile w ich ocenie orzeczenie o sprzeczności tejże z konstytucyjną zasadą równej opieki prawnej i niedopuszczenie do uwzględniania rasy aplikanta jako czynnika wpływającego na możliwość wyboru przezeń określonej szkoły mieści się w tradycyjnie pojmowanej roli SN, o tyle aktywne zaangażowanie Sądu w wymuszanie na władzach stanowych aktywnych działań zmierzających do rasowej integracji szkół (np. poprzez masowy program dowożenia dzieci autobusami do placówek edukacyjnych) jest dobrą egzemplifikacją postawienia się przez judykatywę ponad pozostałymi władzami.

8) rozstrzyganie spraw oparciu o ich polityczne, partyjne czy osobiste preferencje sędziów.

Nietrudno dostrzec, że wskazane sposoby rozumienia terminu „aktywizm" pozostają w relacji dialektycznej, niekiedy uzupełniając się wzajemnie, a niekiedy ze sobą kolidując. Ta wieloznaczność przedmiotowego pojęcia wyraźnie umniejsza jego walor wyjaśniający. Warto również wskazać, iż definicje powyższe mogą z powodzeniem zostać użyte do sprecyzowania zjawiska „wstrzemięźliwości" sędziowskiej, którą to postawę charakteryzowałyby: niechęć do podważania konstytucyjności decyzji podjętych przez demokratycznie wybrane organy i wola uwzględniania ich stanowiska w toku wyrokowania; akceptacja wykładni prawa zorientowanej przede wszystkim tekstualistycznie; aprobowanie oryginalizmu; konsekwentne respektowanie zasady *stare decisis*; rezygnację z poszerzania zakresu kognicji sądów; niewprowadzanie do porządku prawnego samodzielnie wykreowanych przez judykatywę testów, standardów bądź teorii; ograniczenie aktywności sądów – przynajmniej w sferze orzecznictwa konstytucyjnego – wyłącznie do wydawania wyroków o charakterze negatywnym; maksymalną obiektywizację wyrokowania poprzez oderwanie rozstrzygnięć od sędziowskich preferencji czy idiosynkrazji.

Spoglądając na problem aktywizmu i powściągliwości sędziowskiej z nieco ogólniejszej perspektywy, dostrzec można istotną bifurkację znaczenia tych pojęć. Z jednej strony, sposób oraz okoliczności posługiwania się nimi niejednokrotnie jednoznacznie wskazują na ich ściśle subiektywny wymiar. Innymi słowy, zarzucanie sędziom hołdowania postawie aktywistycznej lub apoteozowanie ich powściągliwości jurydycznej są w tych sytuacjach funkcją oceny przez danego glosatora czy polityka konkretnych wyroków bądź szerszych trendów orzeczniczych. Jeśli komentator nie aprobuje rezultatów działania sądów, to częstokroć – z uwagi na walory retoryczne – konceptualizuje swój krytycyzm właśnie w kategoriach aktywizmu, zarzucając sędziom naruszanie pryncypiów ustroju demokratycznego, wybór niewłaściwych metod czy też dyrektyw wykładni, bezpodstawne ignorowanie precedensów, bezzasadne przywłaszczanie sobie kompetencji należnych innym organom władzy, wymuszanie na nich podjęcia działań niewymaganych przez ustawę zasadniczą bądź też po prostu kierowanie się tylko osobistymi, politycznymi lub partyjnymi argumentami przy wyrokowaniu. Oskarżenie o „aktywizm" jest w takich sytuacjach przydatnym instrumentem erystycznym w debacie publicznej (co wcale nie musi automatycznie prowadzić do jego całościowej intelektualnej deprecjacji)[36]. Z drugiej strony wydaje się, iż pojęciom „aktywizmu" oraz „wstrzemięźliwości" można w przynajmniej trzech przypadkach nadać obiektywny teoretycz-

[36] W tym ujęciu, orzeczenie staje się aktywistyczne, bo jest niepoprawne; nie zachodzi zaś relacja odwrotna.

no- lub filozoficznoprawny sens. Chodzi tutaj o takie przypadki posługiwania się nimi, w których osoba czyniąca z nich retoryczny użytek nie tyle podważa konkretne efekty aktywności orzeczniczej sądów, ile dokonuje generalnego zakwestionowania *modus operandi* judykatywy, nawet jeżeli, w konkretnych okolicznościach, prowadzi on do osiągnięcia rezultatów orzeczniczych pożądanych przez tego komentatora. Chodzi tu o krytykę ukierunkowaną na odrzucanie przez judykatywę teorii oryginalizmu jako uniwersalnej, jedynie słusznej koncepcji wykładni prawa, opieranie orzeczeń na samodzielnie wypracowanych przez sądy standardach oraz gotowość sądów do wybierania, spośród dwóch konkurencyjnych i jednakowo poprawnych propozycji interpretacyjnych, tej ograniczającej w większym stopniu swobodę manewru prawodawcy. Przyjrzyjmy się tym trzem sytuacjom, nie pretendując tu – z uwagi na ograniczenia objętościowe – do ich całościowego rozpoznania.

1) Istnieją poważne racje przemawiające za opowiedzeniem się za interpretywistyczną teorią wykładni konstytucyjnej. Uznanie zasadności paradygmatu oryginalistycznego bez wątpienia umocniłoby poczucie pewności prawa, zwiększyłoby przewidywalność postępowania władzy publicznej i przyczyniłoby się do lepszego poszanowania majorytarnego komponentu ustroju liberalno-demokratycznego. Warto jednakże zauważyć, iż orędownicy dynamicznej koncepcji wykładni także posiadają ważkie argumenty na rzecz swojego punktu widzenia. Przyjęcie tej ostatniej metody interpretacji z pewnością uelastyczniłoby prawo, ułatwiłoby dostosowanie go do zmieniających się okoliczności politycznych, społecznych, gospodarczych i kulturowych oraz pozwoliłoby na lepszą ochronę uprawnień przysługujących różnego typu mniejszościom. Dyskusja między zwolennikami obydwu koncepcji jest niezwykle istotna i posiada doniosłe implikacje teoretyczne. Spór ten ma jednak zasadniczo wymiar polityczny bądź filozoficzny. W moim przekonaniu nie sposób bowiem przyjąć, że jedna ze wskazanych teorii jest błędna, a druga poprawna, w jakimkolwiek logicznym czy prawnym rozumieniu wymienionych tutaj przymiotników. Jak trafnie pisze Richard Posner, niemożliwe jest odkrycie reguł interpretacji ustawy zasadniczej przez „historyczne rekonstrukcje lub intelektualną archeologię", gdyż sam tekst Konstytucji nie dostarcza nam żadnych jednoznacznych dyrektyw czy kryteriów pozwalających ultymatywnie przesądzić, która z powyższych teorii wykładni (oryginalizm vs. dynamizm) jest „prawdziwa" lub „fałszywa"[37]. Można zatem powiedzieć, że jeśli wybór teorii wykładni, którą będzie posługiwał się w danej sprawie Sąd Najwyższy USA, jest z prawnej perspektywy arbitralny, dyskrecjonalny lub też uznaniowy (a na pewno nie jest uzasadniony żadnym dedukcyjnym czy sylogistycznym rozumowaniem), to obowiązkiem judykatywy jest po prostu wybranie koncepcji najlepszej czy najbardziej adekwatnej – według określonych kryteriów – do danego stanu faktycznego. Interesującą analogię przedstawia w tym

[37] R. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 103–104.

kontekście Frederick Schauer, w którego przeświadczeniu język ustawy zasadniczej przypomina „czarne płótno. Chociaż samo płótno nie daje nam dyrektywy w sprawie obrazu, który mamy na nim umieścić, to jednak wiemy, kiedy wychodzimy poza jego granice”[38]. Ostateczna decyzja co do charakteru malowidła spoczywa tedy zawsze w gestii składu orzekającego; jego obowiązki obejmują niewykraczanie poza granice obszaru wyznaczonego przez płótno oraz stworzenie spójnego wewnętrznie obrazu (koherencja orzecznictwa). Niekiedy piękny efekt będzie można uzyskać poprzez odwołanie się do oryginalizmu; w innej sytuacji lepszym wyborem okaże się przyjęcie koncepcji „żywej Konstytucji”. Trzeba też podkreślić, że tekst aktu normatywnego po jego ustanowieniu – podobnie, jak dzieło literackie – w dużym stopniu emancypuje się czy autonomizuje spod oddziaływania swojego twórcy; powszechnie aprobowane rozumienie jego znaczenia – zwłaszcza po upływie wielu dekad czy stuleci – może być radykalnie odmienne od pierwotnych intencji autora (co przecież nie czyni go błędnym). Odnajdywanie nowych, nieprzewidzianych sensów w tekście stanowi wszak uzasadnioną prerogatywę czytelników. Z tych też powodów nie sądzę, aby zarzut „aktywizmu” oparty na uniwersalnej i bezwyjątkowej afirmacji oryginalizmu należało zaklasyfikować jako merytorycznie usprawiedliwiony.

2) Sąd Najwyższy niewątpliwie wykazuje istotną inicjatywę w samodzielnym koncypowaniu testów i standardów używanych w procesie kontroli konstytucyjności prawa. Jedynie tytułem egzemplifikacji wymieńmy kilka najważniejszych dyrektyw tego rodzaju stosowanych przez SN podczas rozpatrywania spraw powstałych na tle Pierwszej Poprawki do Konstytucji, która – w koniunkcji z Poprawką Czternastą – zabrania wszelkim władzom (federalnym i stanowym; egzekutywie, legislatywie i judykatywie) ustanawiania praw godzących w wolność słowa:

A) test surowego nadzoru sędziowskiego (*strict scrutiny*) – regulacja musi urzeczywistniać fundamentalny (*compelling*) interes publiczny, być wąsko ujęta (tzn. wymierzona wprost w ekspresję naruszającą przedmiotowy interes) i stanowić najmniej restrykcyjną alternatywę dla wolności słowa spośród możliwych metod realizacji tegoż interesu; standard ten stosuje się do regulacji wymierzonych bezpośrednio w treść ekspresji lub wręcz w światopogląd mówcy[39];

B) standard czasu, miejsca i sposobu przekazu – dotyczy unormowań nieograniczających co do zasady prawa do formułowania określonych treści, ale limitujących swobodę wypowiedzi pod względem temporalnym (np. w porze nocnej), miejscowym (np. w pobliżu szkoły) bądź jakościowym (np. w formie niekodowanego przekazu telewizyjnego). Aby przejść wskazany standard, regulacja musi spełniać warunek neutralności

[38] F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, „UCLA Law Review”, vol. 29, s. 828.

[39] Zob. np. R. J. Steamer, *Contemporary Supreme Court directions in civil liberties*, „Political Science Quarterly”, vol. 92, s. 433. Sąd Najwyższy stosuje ten standard także w kontekście spraw innego rodzaju (np. w zakresie niektórych klasyfikacji naruszających zasadę „równej opieki prawnej”).

światopoglądowej i treściowej, musi być wąsko ujętą metodą urzeczywistniania ważnego (*significant*) interesu publicznego oraz musi pozostawiać otwarte alternatywne kanały komunikacyjne[40];

C) test Spence'a – wskazuje, kiedy można dane zachowanie niewerbalne uznać za ekwiwalent pojęcia „słowo" w rozumieniu Pierwszej Poprawki. Aktywność taka musi mieć celowościowo charakter komunikacyjny i być rozumiana jako ekspresyjna przez jej odbiorców[41];

D) test O' Briena – wskazuje, kiedy unormowanie regulujące wszystkie zachowania danego rodzaju może być zastosowane do postępowania zawierającego elementy komunikacyjne (tj. spełniającego kryteria testu Spence'a). Przepis taki jest zgodny z ustawą zasadniczą, jeżeli 1) jego uchwalenie mieści się w kompetencji władzy publicznej, 2) jego wprowadzenie pomaga w realizacji istotnego (*substantial*) interesu publicznego, 3) interes ten nie jest związany z tłumieniem wolności słowa oraz 4) incydentalny ciężar nałożony przez przepis na Pierwszą Poprawkę nie jest większy, aniżeli jest to niezbędne dla realizacji tegoż interesu[42];

E) test oceny konstytucyjności regulacji wypowiedzi reklamowych (*commercial speech*) – unormowania ograniczające ekspresję o takim charakterze muszą albo dotyczyć wypowiedzi fałszywych, wprowadzających konsumenta w błąd bądź proponujących podjęcie nielegalnych działań, albo muszą bezpośrednio realizować istotny interes rządowy w najmniej inwazyjny dla wolności słowa sposób spośród realnie możliwych alternatyw (lub też – w konkurencyjnym sformułowaniu – być wąsko ujętym sposobem urzeczywistnienia przedmiotowego interesu)[43];

F) test Millera – pozwala zakwalifikować daną wypowiedź (książkę, film, spektakl teatralny) jako „obsceniczną" i pozbawioną tym samym gwarancji wynikających z Pierwszej Poprawki. Ekspresja ta: 1) musi, zdaniem przeciętnego członka danej społeczności w świetle aktualnych standardów obowiązujących w danej wspólnocie, wzbudzać podniecenie seksualne; 2) musi opisywać lub też przedstawiać prawnie zdefiniowane zachowania seksualne w jednoznacznie obraźliwy sposób; 3) nie może, w kontekście całej swojej treści, posiadać znacznej literackiej, artystycznej, politycznej bądź naukowej wartości[44];

G) standard *fighting words* – pozwala kwalifikować daną wypowiedź jako pozostającą poza ochroną klauzuli wolności słowa inwektywę czy obelgę, skierowaną do konkretnego adresata i mogącą potencjalnie sprowokować tego ostatniego do reakcji odwetowej[45];

[40] *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U. S. 781, 782-783 (1989).
[41] *Spence v. Washington*, 418 U. S. Reports 405, 409-411 (1974).
[42] *United States v. O' Brien*, 391 U. S. 367, 377 (1968).
[43] *Central Hudson Gas & Electric v. New York Public Service Commission*, 447 U. S. 557, 566 (1980).
[44] *Miller v. California*, 413 U. S. 15, 24 (1973).
[45] Zob. np. *Cohen v. California*, 403 U. S. 15, 20 (1971).

H) test pozwalający zdefiniować ekspresję jako defamacyjną (*libellous*)[46] – wypowiedź taka musi zawierać nieprawdziwe stwierdzenia faktyczne oraz – w pewnym uproszczeniu – musi zostać sformułowana w zamiarze bezpośrednim (mówca ma świadomość jej fałszywości) lub ewentualnym (mówca wykazuje rażące lekceważenie w kwestii jej prawdziwości)[47].

Wszystkie wskazane wyżej testy oraz standardy są rzeczywiście wynikiem kreacyjnej działalności Sądu Najwyższego, który wyprowadził je (czy może wydedukował?) z Pierwszej Poprawki, której brzmienie jest niesłychanie ogólne. Jednak w mojej ocenie, ujmowanie tego rodzaju postępowania judykatywy w kategoriach – przynajmniej *implicite* godnego potępienia – aktywizmu ignoruje realia kontroli konstytucyjności prawa. Jedyną rzeczywistą alternatywą dla formułowania rzeczonych standardów (a następnie ich konsekwentnej aplikacji) nie jest bowiem orzekanie po prostu na podstawie samego tekstu ustawy zasadniczej (postulat taki nie może być wcielony w życie), ale arbitralne rozstrzyganie wszelkich sporów prawnych metodą analiz prowadzonych *ad hoc*. Trudno wyobrazić sobie, by takie rozwiązanie w lepszy sposób realizowało doktrynalne, polityczne czy normatywne cele adwersarzy opcji aktywistycznej…

3) Wydaje się, że ostatnie z wymienionych tutaj rozumień pojęcia „aktywizm" jest najbardziej usprawiedliwione. Rzeczywiście w sytuacji, w której sąd dysponuje dwoma równorzędnymi propozycjami interpretacyjnymi (tj. nie posiada przesądzających argumentów na rzecz jednej z wykładni), powinien on wybrać tę, która cieszy się aprobatą władzy ustawodawczej. Zdaje się tego wymagać zarówno szacunek dla konstytucyjnej zasady podziału władzy, jak i uznanie woli ludu jako naczelnej politycznej zasady ustroju demokratycznego. Sądzę jednak, że takie okoliczności występują dość rzadko. Nawiązując do analogii zaproponowanej przez Schauera, sytuacja, w której sąd może stworzyć dwa różne, ale równowartościowe dzieła sztuki, stanowi ewenement. Zazwyczaj bowiem któraś z opcji może być zakwalifikowana jako lepsza.

4. Zakończenie

W konkluzji niniejszego tekstu warto przywołać słynne *dictum* wypowiedziane w 1907 r. przez przyszłego prezesa SN Charlesa Evansa Hughesa, zgodnie z którym o treści ustawy zasadniczej decydują ostatecznie sędziowie[48]. Mimo całego sceptycyzmu odnośnie do pojęcia „aktywizmu" sędziowskiego, w pełni podzielam pogląd Hu-

[46] Na gruncie amerykańskim termin *libel* obejmuje zarówno przestępstwa zniesławienia i zniewagi, jak i delikt cywilny polegający na naruszeniu dóbr osobistych.

[47] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

[48] „The Constitution is what the judges say it is". Cyt. za: D. Perkins, *Charles Evans Hughes and American Democratic Statesmanship*, Boston 1956, s. 32.

ghesa. Faktyczna supremacja Sądu Najwyższego w obszarze interpretacji konstytucyjnej nie jest jednak funkcją psychologicznej predylekcji judykatywy do ingerowania w kompetencje demokratycznie wyłonionych ciał, ale stanowi refleks ustrojowego usytuowania SN w amerykańskim systemie prawno-politycznym. Nawet jeśli Sąd rezygnuje z kwestionowania konstytucyjności określonego rodzaju regulacji i pozostawia legislatywie bardzo szeroką swobodę manewru (jak np. od lat 30. XX stulecia w sprawach o charakterze społeczno-ekonomicznym), to i tak trzeba pamiętać o przyczynowości zaniechania… Polityczne, społeczne i kulturowe oblicze dzisiejszych Stanów Zjednoczonych jest w znacznym stopniu konsekwencją – tak pozytywnego, jak i negatywnego − orzecznictwa Sądu Najwyższego w kluczowych dla amerykańskiej demokracji kwestiach. W mojej ocenie, jest to logiczny (a być może nawet nieunikniony) rezultat obowiązujących w USA rozwiązań ustrojowych. Inaczej mówiąc, osłabienie pozycji SN jest niemożliwe bez radykalnych przekształceń systemowych. Nie wydaje się, aby przeprowadzenie takiej transformacji było w przewidywalnej przyszłości posunięciem realnym.

The United States Supreme Court's political-and-legal status

Abstract: The article briefly analyzes the position of the Supreme Court of the United States within the American political-and-legal system. The author concisely describes the Court's *modus operandi*, considers its relations with legislative (majoritarian) branche of government in the context of the doctrine of separation and balance of powers and reflects on the notions of „judicial activism" and „judicial restraint".

In conclusion the author observes that even though the Supreme Court is actively engaged in political disputes, its status remains a function of the American model of constitutional democracy and its authority is not going to be jeopardized in a predictable future.

Keywords: The United States' Supreme Court, judicial activism, judicial restraint, Marbury v. Madison, separation of powers.

Malwina Jaworska
Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu

Sądy jako organy wymiaru sprawiedliwości w polskim porządku prawnym

1. Powszechny charakter prawa do sądu

Jednym ze standardów współczesnych systemów ustrojowych jest zapewnienie jednostce prawa do sądu, który w demokratycznym państwie prawa powinien być „organem ostatecznie decydującym o wolnościach, prawach i obowiązkach jednostki”[1]. Stanowiąc jeden z elementów określających sytuację prawną jednostki w państwie oraz społeczeństwie, prawo do sądu wymieniane jest aktualnie w ustawach zasadniczych państw demokratycznych wśród regulacji poświęconych wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela. Tym samym zagwarantowano mu rangę prawa podstawowego, czyli uprawnienia o znaczeniu zasadniczym[2], przez co jest punktem odniesienia dla prawodawcy, który zobligowany jest do tworzenia norm akceptowalnych z punktu widzenia konstytucyjnych wymogów ochrony praw i wolności jednostki[3]. W jego powinności leży takie ukształtowanie regulacji, aby zapewniały one jednostce uprawnienie do merytorycznego rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym i z poszanowaniem przyznanych jej gwarancji procesowych, a nade wszystko, aby już samo zwrócenie się przez jednostkę do sądu z roszczeniem rozpatrzenia sprawy, skutkowało objęciem jej ochroną prawną, której ewentualna odmowa lub niewłaściwa realizacja rodzić będzie odpowiedzialność państwa zarówno w sferze prawa wewnętrznego, jak i międzynarodowego[4].

W polskim systemie prawnym prawo do sądu potwierdzone zostało w art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.[5] Jego ustęp pierwszy sta-

[1] B. Przybyszewska-Szter, *Wolności i prawa osobiste*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 105-106.

[2] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków − Warszawa 2007, s. 33; Zdaniem B. Banaszaka, prawom i wolnościom, które uznane zostały za podstawowe przypisać należy wyższą moc prawną od innych (B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 456).

[3] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu,* Warszawa 2009, s. 43.

[4] J. Człowiekowska, *Prawo do sądu jako publiczne prawo podmiotowe* [w:] J. Halberda, M. Hosowicz, A. Karabowicz (red.), *Prace poświęcone pamięci Adama Uruszczaka,* Kraków 2006, z. 96, s. 180.

[5] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP.

nowi, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd". Ponadto w ust. 2 ustrojodawca przyjął, że „Wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Wyrok ogłaszany jest publicznie".

Tak określona konstytucyjna formuła prawa do sądu koresponduje z wymaganiami ponadkrajowymi ochrony wolności i praw jednostki, u której podstaw w powojennej rzeczywistości legła przyjęta 10 grudnia 1948 r., przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Chociaż nie miała ona charakteru wiążącego, to jednak w celu zapewnienia „powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności" formułowała kompleksowy katalog praw jednostki[6]. Stanowiła m.in. w art. 8, że „Każdy człowiek ma prawo do skutecznego odwołania się do kompetentnych sądów krajowych przeciwko czynom stanowiącym pogwałcenie podstawowych praw przyznanych mu przez konstytucję lub przez prawo", zaś art. 10 wyrażał, że „Każdy człowiek ma na warunkach całkowitej równości prawo, aby przy rozstrzyganiu o jego prawach i zobowiązaniach lub o zasadności wysuwanego przeciw niemu oskarżenia o popełnienie przestępstwa być wysłuchanym sprawiedliwie i publicznie przez niezależny i bezstronny sąd"[7].

Swoistym „kamieniem węgielnym" kreującym standardy ochrony wolności i praw jednostki, w tym treść prawa do sądu, do którego nawiązał polski ustrojodawca jest art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[8] i art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[9]. Przywołane regulacje nie

[6] Z. Hołda, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 53.

[7] *Ibidem*.

[8] Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: Konwencja. Zgodnie z art. 6 ust. 1 Konwencji „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości".

[9] Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167. Stosownie do art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź co do jego praw i obowiązków w sprawach cywilnych. Prasa i publiczność mogą być wykluczone z całości lub części rozprawy sądowej ze względu na moralność, porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w demokratycznym społeczeństwie albo jeżeli interes życia prywatnego stron tego wymaga, albo w stopniu, w jakim sąd uzna to za bezwzględnie konieczne w szczególnych okolicznościach, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom sprawiedliwości; jed-

tylko określają gwarancje, jakie należy zapewnić jednostkom przed sądem − wpisujące się w konwencyjne pojęcie rzetelnego procesu (*fair trial*) − ale także statuują podstawowe cechy judykatury, które odróżniają ją od pozostałych, dwóch władz[10]. W świetle ich wymagań prawo do sądu należy postrzegać jako przysługujące jednostce uprawnienie o charakterze zasadniczym, a samą jego istotę łączyć z tym, aby o prawach i wolnościach jednostki decydował tylko taki organ, który wyposażony został w atrybut niezależności, niezawisłości, bezstronności, a nadto powołany został na mocy ustawy. Nie sposób mówić przy tym o efektywnym zapewnieniu jednostce prawa do sądu bez zagwarantowania sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy z możliwością ograniczenia publicznego procedowania w wyjątkowych i wyszczególnionych sytuacjach.

Podobnie kwestia prawa do sądu ujęta została na płaszczyźnie ochrony praw podstawowych Unii Europejskiej, tj. w art. 47 Karty Praw Podstawowych[11]. W akcie tym prawo do sądu zostało unormowane jako uprawnienie jednostki do skutecznego środka prawnego przed sądem i powiązane z prawem do sprawiedliwego procesu [12]. Stosownie bowiem do brzmienia powyższego przepisu każdy, kogo prawa i wolności gwarantowane prawodawstwem unijnym zostały naruszone ma prawo do efektywnego środka prawnego przed sądem, z czym łączyć należy prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd, ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Ponadto skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości Karta Prawa Podstawowych wiąże także z możliwością uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela, oraz z uprawnieniem do otrzymania pomocy prawnej przez osoby, które nie posiadają wystarczających na to środków.

Powszechny charakter prawa do sądu jako fundamentalnego uprawnienia jednostki potwierdza także to, iż konieczność jego zapewnienia uregulowana została na gruncie pozaeuropejskich regionalnych systemów ochrony praw człowieka – tj. Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r., Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. oraz Arabskiej Karty Praw Człowieka z 2004 r.

W interamerykańskim systemie ochrony praw człowieka, w art. 8 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. zapewniono prawo do rzetelnego procesu sądowego, co ma wyrażać się − podobnie jak w EKPCz, MPPOiP czy KPP – w zapewnieniu każdej osobie prawa do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez bezstronny,

nakże każde orzeczenie sądu wydane w jakiejkolwiek sprawie karnej lub cywilnej będzie publicznie ogłoszone, z wyjątkiem przypadków, gdy wymaga tego interes młodocianych lub gdy sprawa dotyczy sporów małżeńskich albo opieki nad dziećmi".

[10] Ch. Rozakis, *The right to a fair trial in civil cases*, „Judicial Studies Institute Journal" 2004, vol. 4, s. 96.

[11] Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1.

[12] P. Busiakiewicz, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2003, t. LV, s. 27.

właściwy, niezależny i ustanowiony na podstawie ustawy sąd. Mocą powyższego przepisu zagwarantowano również takie uprawnienia jak: bezpłatną pomoc tłumacza, udzielenie informacji o treści stawianych zarzutów, przygotowanie obrony, w tym prawo do obrony osobiście lub przez pełnomocnika (z wyboru lub z urzędu), domniemanie niewinności, prawo do wyższej instancji czy też prawo obrony do przesłuchania świadków. Ponadto nadmienić należy, że oprócz przywołanego art. 8, również w art. 25 niniejszej Konwencji wskazano na konieczność przyznania każdej osobie prawa do ochrony sądowej traktowanej jako uprawnienie „do prostego i szybkiego lub innego skutecznego zwrócenia się do właściwego sądu o ochronę przeciwko naruszeniu jej podstawowych praw uznanych przez konstytucję, ustawę lub niniejszą Konwencję”[13].

Prawo do sądu wyrażone zostało również w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów z 1981 r., będącej podstawowym aktem afrykańskiego systemu ochrony praw człowieka, którego charakterystycznym elementem jest uwzględnienie w nim w pierwszej kolejności prawa ludów (narodów). W tym kontekście zakres ochrony praw człowieka na kontynencie afrykańskim oparty jest na dominacji i realizacji w pierwszej kolejności praw ludów, a dopiero później praw jednostek. U podstaw takiego założenia leżą zaszłości historyczne, a przede wszystkim pogląd, iż prawa ludów mają chronić nie tylko uprawnienia jednostek, ale również całych społeczności, których suwerenność oraz niezależność należy poddać szczególnej pieczy[14]. Niniejsza Karta, w art. 7 przyznaje każdej osobie prawo do rozpatrzenia sprawy przez sąd, co obejmuje m.in. uprawnienie do bycia sądzonym w rozsądnym czasie przez bezstronny sąd, prawo do obrony oraz domniemanie niewinności. Natomiast jej art. 26 obliguje państwa strony do zagwarantowania niezależności sądów, co ma przejawiać się m.in. w tworzeniu instytucji mających na celu udzielanie pomocy prawnej[15].

Wreszcie wspomnieć należy, że prawo do sądu znalazło swoje odzwierciedlenie także w Arabskiej Karcie Praw Człowieka, która w arabskim świecie nie odgrywa takiej roli jak Konwencja w europejskim systemie prawnym, gdyż nawet wzorowane na uniwersalnych standardach koncepcji ochrony praw i wolności jednostki postanowienia będą interpretowane przez pryzmat obowiązujących norm religijnych i im bezwzględnie podporządkowane[16]. W kwestii prawa do sądu dokument ten, w art. 13 zapewnia każdemu prawo do rzetel-

[13] M. Jaworska, *Prawo do sądu*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 139.

[14] M.I. Andrzejewski, *Rola i przyszłość Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów w regionalnym systemie ochrony praw człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym*, M. Marcinko (red.), s. 11 [za:] M. Jabłoński [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 240.

[15] M. Jaworska, *Prawo do sądu*…, s. 139.

[16] A. Bisztyga, *Zachodnia a islamska koncepcja praw jednostki*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2013, nr 1(13), s. 84-86.

nego procesu przed właściwym, niezależnym i bezstronnym sądem, ustanowionym przez prawo, a także pomoc prawną w celu obrony swych praw. Stanowi także o jawności procesu i możliwości jego ograniczeń uzasadnionych dobrem wymiaru sprawiedliwości[17].

Już powyższy, skrótowy w znacznej mierze, przegląd najważniejszych regulacji z zakresu ochrony wolności i praw jednostki na świecie pozwala na konstatację, że prawo do sądu stanowi aktualnie jedno z fundamentalnych praw jednostki, bez którego trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie państw demokratycznych. Co więcej, odniesienie się do niego w świecie arabskim, w którym normy prawne zawsze postrzegane są przez pryzmat wymagań religijnych dowodzi, że niniejsze uprawnienie jest na tyle istotne i ważne z punktu widzenia statusu jednostki w społeczeństwie, że zasługuje na ochronę. Stąd nie może dziwić, że aktualnie zaliczane jest ono do pierwszej generacji praw człowieka – tj. fundamentalnych praw obywatelskich i politycznych, a zadaniem poszczególnych państw jest takie ukształtowanie sądownictwa, które niniejsze uprawnienie będzie gwarantowało.

2. Sądy jako organy władzy sądowniczej

W polskim porządku konstytucyjnym sądy wraz z trybunałami stanowią władzę sądowniczą[18], która jest odrębna i niezależna od władzy ustawodawczej i wykonawczej[19]. Jakkolwiek w świetle obowiązujących regulacji Ustawy Zasadniczej brak jest podstaw do przyznawania nadrzędności którejkolwiek z władz lub też deprecjonowania jednej z nich[20], to jednak należy zauważyć, że postanowienia art. 173 Konstytucji RP, statuujące ową od-

[17] *Arab Charter on human Rights 2004. Translation by Dr. Mohammed Amin Al-Midani and Mathilde Cabanettes Revised by Professor Susan M. Akram*, „Boston University International Law Journal" 2006, vol. 24:147, s. 153.

[18] Art. 10 ust. 2 Konstytucji RP.

[19] Art. 173 Konstytucji RP. Wyrażona w tym przepisie niezależności i odrębności sądów i trybunałów od innych władz jest realizowana poprzez: „1) oddzielenie organizacyjne sądów i trybunałów od organów innych władz; tylko ustawa może określać organizację sądownictwa i zakres jurysdykcji poszczególnych sądów; 2) pozostawienie wyłącznie sądowi decydowania o tym, czy przedłożona mu sprawa należy do jego kompetencji; 3) działalność prowadzoną bezpośrednio przez samorządy i ich organy w ramach budżetów jednostek samorządu terytorialnego, polegająca na pokrywaniu przez jednostki budżetowe wydatków bezpośrednio z budżetu i odprowadzaniu do tego budżetu uzyskanych dochodów; 4) zakaz pozbawiania przez inne władze dostępu obywatela do sądu […]; 5) zapewnienie środków finansowych umożliwiających permanentne funkcjonowanie sądów i trybunałów oraz zapewnienie sędziom wynagrodzenia […]; 6) dopuszczalność ingerencji organów innych władz jedynie w pozaorzeczniczą sferę działalności sądów […] 7) gwarancje o charakterze procesowym: a) jawność postępowania sądowego, b) tajność narady sędziowskiej, c) kolegialność orzekania, d) swobodną ocenę dowodów, e) instytucja wyłączenia sędziego od udziału w konkretnej sprawie; 8) gwarancje dotyczące pozycji sędziego" (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 777-778).

[20] S. Dąbrowski, *Władza sądownicza – definicja, funkcja, atrybuty,* [w:] *Pozycja ustrojowa sędziego*, R. Piotrowski (red.), Warszawa 2015, s. 23.

rębność, wespół z określoną w art. 178 ust. 1 zasadą niezawisłości sędziowskiej podkreślają nie tylko szczególną pozycję jaką zajmuje władza sądownicza, ale również – w opinii Piotra Winczorka − pozwalają na konstatację, iż „w systemie podziału i równowagi władzy odseparowanie sądów od innych organów władzy odgrywa znacznie większą rolę niż oddzielenie władzy ustawodawczej od wykonawczej”[21]. Podkreśla to większą w porównaniu do władzy ustawodawczej i wykonawczej potrzebę wzmocnienia władzy sądowniczej przede wszystkim przed oddziaływaniem czynników zewnętrznych oraz akcentuje swoistą elitarność organów ferujących wyroki[22], co oczywiście łączyć należy z potrzebą zapewnienia jednostkom prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia ich sprawy przez właściwy, niezależny, niezawisły i bezstronny sąd. Poza tym nie sposób nie zauważyć, iż ze wszystkich trzech władz współczesnych państw demokratycznych organy władzy sądowniczej nie są wybierane w wyborach powszechnych, a wola suwerena w obsadzie stanowisk sędziowskich przejawia się za pośrednictwem organów władzy ustawodawczej i wykonawczej i to w ograniczonym zakresie ze względu na wspomnianą zasadę niezależności sądów i niezawisłości sędziowskiej[23].

Samo pojęcie władzy sądowniczej jest różnie definiowane i nierzadko nastręcza trudności z tego względu, iż wielu autorów − wyjaśniając niniejszą kwestię – odwołuje się do pojęcia wymiaru sprawiedliwości[24], które to Trybunał Konstytucyjny ujmuje jako rozstrzyganie konfliktów prawnych[25]. Ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości mamy zatem do czynienia „przy wyrokowaniu w sprawach cywilnych (i pokrewnych), karnych i administracyjnych przez podejmowanie konkretnych decyzji władczych o prawach i obowiązkach podmiotów indywidualnych, na podstawie norm generalnych i abstrakcyjnych, zgodnie z odpowiednimi przepisami proceduralnymi i normami kompetencji (właściwości) decyzyjnej”[26].

Zasadniczo przy wyjaśnianiu terminu „władza sądownicza” spotkać można dwa podejścia – podmiotowe i przedmiotowe. Pierwsze z nich władzę sądowniczą określa po prostu jako działalność sądów i trybunałów[27]. W tym ujęciu utożsamiana jest ona z określonymi strukturami organizacyjnymi, które mają – zdaniem Waleriana Sanetry – zapewnić

[21] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 37.

[22] A. Ławniczak, *Pozycja ustrojowa władzy sądowniczej w Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce – wybrane problemy*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2013, s. 17.

[23] B. Banaszak, *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów – gwarancje i zagrożenia*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce*…, s. 53.

[24] H. Zięba-Załucka, *Władza ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2002, s. 271.

[25] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 marca 1996 r., K 11/95, OTK 1996, Nr 2, poz. 9.

[26] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 342.

[27] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 88.

prawidłowe sprawowanie władzy sądowniczej w znaczeniu podejmowanych przez nie czynności[28]. Natomiast ujęcie przedmiotowe akcentuje funkcjonalny sposób pojmowania władzy sądowniczej i łączy ją właśnie z wymierzaniem sprawiedliwości, co też znajduje swoje uzasadnienie w zaszłościach historycznych, kiedy to pojęcia te traktowano jako synonimy. W takim znaczeniu termin ten był używany na gruncie regulacji konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie Małej Konstytucji z 1992 r., której art. 1 w zakresie władzy sądowniczej wymieniał tylko niezawisłe sądy[29]. W konsekwencji władzę sądowniczą utożsamiano z aktywnością sądów polegającą na wymierzaniu sprawiedliwości. Problematyka wzajemnej relacji niniejszych pojęć nadal budzi wiele zainteresowania. Z jednej bowiem strony spotkać można głosy uznające niniejsze terminy za tożsame[30], z drugiej zaś władzy sądowniczej przypisuje się znaczenie szersze[31].

W aspekcie przedmiotowym władza sądownicza to, najprościej ujmując, po prostu „sądzenie", którego istota sprowadza się właśnie do wymierzania sprawiedliwości[32]. Założenie przedmiotowe pojmuje władzę sądowniczą w kategoriach aktywności, której przypisać można cechy szczególne, zazwyczaj przez jej przeciwstawienie władzy ustawodawczej i wykonawczej[33]. Przyjmując, że przez termin sprawowanie wymiaru sprawiedliwości należy rozumieć rozstrzyganie sporów o prawo, Bogusław Banaszak zauważa, że w większości definicji władzy sądowniczej i wymiaru sprawiedliwości można wyróżnić wspólny element, jakim jest uznanie, że „chodzi o szczególny rodzaj postępowania, którego rezultatem jest wiążące rozstrzygnięcie sporu prawnego, dokonane przez niezależny organ państwowy na podstawie obowiązującego prawa, po dokładnym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy"[34].

W aktualnym porządku krajowym ustrojodawca, powierzając w postanowieniach Konstytucji RP sprawowanie władzy sądowniczej sądom i trybunałom, podkreślił jej dualistyczną strukturę, obejmującą z jednej strony sądy, z drugiej zaś trybunały – Trybunał Konstytucyjny oraz Trybunał Stanu[35]. Niniejsze rozwiązanie w zakresie, w jakim statu-

[28] W. Sanetra, *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako władza sądownicza*, „Przegląd Sądowy" 2008, nr 6, s. 6.

[29] J. Trzciński, *Komentarz do art. 173 Konstytucji RP,* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 3-4.

[30] J. Trzciński, *Komentarz do art. 173 Konstytucji RP,* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*…, s. 5.

[31] Z. Czeszejko-Sochacki, *Zarys modelu polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, Warszawa 1997, s. 88-90.

[32] W. Sanetra, *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako…*

[33] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 86-88.

[34] *Ibidem*, s. 86.

[35] Zdaniem Wojciecha Sokolewicza dopiero w Konstytucji z 1997 r. przezwyciężono odseparowanie trybunałów od władzy sądowniczej. Ani bowiem Trybunał Konstytucyjny ani Trybunał Stanu nie zostały wymienione w art. 1 Małej Konstytucji, co też wprowadzało niejasności co do statusu powyższych Trybunałów i mogło być odczytywane jako intencja pozostawienia ich poza granicami trójpodziału władzy

owało Trybunał Konstytucyjny jako organ władzy sądowniczej wzbudzało wiele kontrowersji[36]. Nie wnikając jednak szerzej w tę problematykę, z racji ram niniejszego opracowania, należy jedynie w tym miejscu zasygnalizować, iż w nauce prawa spotkać można różne określenia Trybunału Konstytucyjnego. Nazywany on bywa mianem organu o charakterze sądowym, organem władzy sądowniczej, organem ochrony prawnej, organem kontroli o charakterze sądowym, quasi-sądowym organem orzekającym, organem państwowym szczególnego rodzaju czy sądem nad prawem[37]. Nie jest jednak sądem, który to w założeniu ustrojodawcy ma monopol na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości[38], co też może dowodzi, iż istota władzy sądowniczej – jak wskazuje Jan Galster – nie opiera się wyłącznie na wymierzaniu sprawiedliwości pojmowanej jako rozstrzyganie sporów o prawo, ale może być także realizowana przez „ochronę szeroko rozumianej konstytucyjności"[39]. Zdaniem Wojciecha Sokolewicza Konstytucja RP, rozszerzając zakres pojęcia władzy sądowniczej na trybunały, jednocześnie pozostawała na stanowisku powierzenia sprawowania wymiaru sprawiedliwości wyłącznie sądom, w rezultacie czego „ustawodawca konstytucyjny wyraźnie zróżnicował zakresy: wymiaru sprawiedliwości (węższy, bo obejmujący tylko funkcję sądów) oraz szerszy władzy sądowniczej, już nie dającej się zredukować w ujęciu strukturalnym do sądów tylko (w ścisłym znaczeniu) a w ujęciu funkcjonalnym – do sprawowania przez nie wymiaru sprawiedliwości"[40].

W wewnętrznej systematyce Ustawy Zasadniczej konsekwentnie do postanowień jej art. 10 ust. 2 ustrojodawca rozdziałowi VIII – poświęconemu władzy sądowniczej nadał tytuł „Sądy i Trybunały", a jego przepisy uszeregował w kolejnych i nieponumerowanych częściach: pierwszą (nienazwaną) – zawierającą ogólne regulacje dotyczące sądów i trybunałów, drugą – poświęconą sądom, trzecią – stanowiącą o Trybunale Konstytucyjnym oraz czwartą – odnoszącą się do Trybunału Stanu[41].

Statuując monopol sądów na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości ustrojodawca w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP dokonał jednocześnie wyliczenia, iż w Rzeczypospolitej Polskiej niniejszą funkcję sprawuje: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Ponadto wskazał na możliwość ustanowienia na czas wojny

(W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej,* [w:] *Konstytucja, ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa ku czci prof. Natalii Gajl*, Warszawa 1999, s. 154).

[36] L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a sądownictwo*, „Przegląd Sądowy" 1998, nr 1, s. 3–4.

[37] J. Trzciński, *Czy Trybunał Konstytucyjny jest władzą sądowniczą*? [w:] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych*, M. Kudej (red.), Katowice 1999, s. 195.

[38] Art. 175 Konstytucji RP.

[39] J. Galster, *Kilka uwag o charakterze ustrojowym Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych*…, s. 203.

[40] W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej*, [w:] *Konstytucja, ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa…*, s. 157.

[41] W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej*, [w:] *Konstytucja, ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa…*, s. 155.

sądu wyjątkowego lub trybu doraźnego[42], jak również wyartykułował, że „Ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy"[43]. W dalszej zaś części określił zakres kognicji sądów powszechnych[44], Sądu Najwyższego[45], sądów administracyjnych[46], jak również zawarł postanowienia mające zagwarantować niezawisłość sędziów[47] oraz regulacje dotyczące Krajowej Rady Sądownictwa[48]. Wskazał także, iż postępowanie sądowe jest dwuinstancyjne[49], a udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa[50]. W żadnym jednak przepisie Ustawy Zasadniczej, w tym określającym konstytucyjną formułę prawa do sądu, nie zostało wyjaśnione co należy rozumieć przez pojęcie sądu, poprzestając – jak to zostało wyżej wskazane − na podaniu cech, które winien posiadać, pełnionej funkcji, jaką jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości[51] oraz ogólnej właściwości czy też nielicznych reguł postępowania. Tym samym zagadnienie to stanowi interesujący temat do dyskusji w doktrynie.

W nauce prawa konstytucyjnego niniejszy termin wykładany jest przez pryzmat przyjętego w art. 10 Konstytucji RP trójpodziału władzy oraz regulacji art. 173 stanowiącej o odrębności i niezależności władzy sądowniczej, jak również interpretowany jest w aspekcie funkcjonalnym – tj. w świetle przypisanej mu działalności polegającej na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Stąd w doktrynie spotkać można poglądy, iż przez pojęcie sądu należy rozumieć organ władzy publicznej, odseparowany od legislatywy i egzekutywy oraz niezależny od innych władz[52], czy też stanowisko akcentujące, że sądy „stanowią odrębny pion władzy publicznej", uprawnionej do decydowania o wolnościach, prawach i obowiązkach jednostki, a jednocześnie zobligowanej do zachowania niezależności wobec innych organów[53]. Podobnie rzecz ujmuje Agnieszka Kubiak, która przez „sąd" rozumie usytuowany w konstytucyjnym systemie organów władzy sądowniczej − działającej w warunkach separacji od legislatywy i egzekutywy − organ, w którego gestii leży sprawowanie wymiaru sprawiedliwości [54]. Z kolei Wojciech Sokolewicz podkreśla, że „sąd" to nie tylko organ niezależny, niezawisły, bezstronny, ale także „zdystansowany od działalności partii politycznych i związków zawo-

[42] Art. 175 ust. 2 Konstytucji RP.
[43] Art. 176 ust. 2 Konstytucji RP.
[44] Art. 177 Konstytucji RP.
[45] Art. 183 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.
[46] Art. 184 Konstytucji RP
[47] Art. 178 – art. 181 Konstytucji RP.
[48] Art. 186 i art. 187 Konstytucji RP.
[49] Art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.
[50] Art. 182 Konstytucji RP.
[51] Por. art. 175 ust. 1.
[52] Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 11-12, s. 97.
[53] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 110-111.
[54] A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa TK*, Łódź 2006, s. 123-124.

dowych”[55], a Anna Młynarska-Sobaczewska, podkreślając niezależność i odrębność organu sprawującego wymiar sprawiedliwości, jakim jest sąd, wskazała nadto, iż w jego skład wchodzą osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe oraz przymiot niezawisłości[56]. Dorota Lis-Staranowicz, interpretując niniejsze pojęcie, podała zaś, iż „sąd” to „organ państwa powołany na mocy ustawy i wykonujący wymiar sprawiedliwości, działający w ramach wydzielonej struktury władzy sądowniczej”[57]. Bogusław Banaszak termin ten odczytuje jako „zespół osób sądzących zgodnie z prawem”, któremu przypisać należy określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP cechy[58], a Leszek Garlicki wskazuje, że „sąd” jest organem pozostającym w strukturze władzy sądowniczej i został ogólnie scharakteryzowany poprzez przyznanie mu niezbędnych cech[59].

Przytoczone wyżej poglądy doktryny pozwalają na konstatację, że warunkiem koniecznym do uznania określonego organu mianem sądu jest wymóg jego oddzielenia od władzy wykonawczej oraz ustawodawczej, a nadto powierzenie mu funkcji sprawowania wymiaru sprawiedliwości [60]. Równie ważne jest także takie ukształtowanie jego pozycji ustrojowej, aby zapewnić jednostkom poszukującym ochrony na drodze sądowej rozpatrzenia ich sprawy przez organ najlepiej do tego przygotowany – ze względu na swą specjalizację oraz miejsce w strukturze sądownictwa[61]. Wyposażenie w gwarancje ustrojowe i procesowe, konieczne do prawidłowego wypełniania funkcji orzeczniczych, wyróżnia sądy od organów quasi-sądowych, które jakkolwiek również upoważnione zostały do rozstrzygania w określonej materii, to jednak nie posiadają wszystkich cech sądu zapewniających prawidłowość orzekania[62].

Oczywiście wskazana wyżej definicja sądu doznaje ograniczeń poprzez treść art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, który kompetencje sprawowania wymiaru sprawiedliwości zastrzega wyłącznie na rzecz: Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, sądów administracyjnych oraz sądów wojskowych, czy też sądów ustanawianych na czas wojny. Prawidłowe zatem ustalenie pojęcia „sąd” nakazuje każdorazowo odnosić je do organów wskazanych

[55] W. Sokolewicz, *Wokół Konstytucji. Pisma wybrane*, Warszawa 2011, s. 232.

[56] A. Młynarska-Sobaczewska, *Wymiar sprawiedliwości*, [w:] *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, red. D. Górecki, Kraków 2006, s. 182.

[57] D. Lis-Staranowicz, *Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw*, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, s. 204.

[58] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 241.

[59] L. Garlicki, *Komentarz do art. 175 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, s. 6.

[60] Wyrok TK z 27 maja 2008, SK 57/06, OTK-A 2008/4/63; wyrok TK z 18 lipca 2011 r., SK 10/10, OTK-A/2011/6/58; wyrok TK z 12 maja 2011 r., P 38/08, OTK-A 2011/4/33; wyrok TK z 16 grudnia 2008 r., P 68/07, OTK-A 2008/10/180; wyrok TK z 16 września 2008 r., SK 76/06, OTK-A 2008/7/12.

[61] Wyrok TK z 10 czerwca 2008 r., SK 17/07, OTK-A 2008, Nr 5, poz. 78; podobnie: wyrok TK z 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002, Nr 4, poz. 50.

[62] T. Demendecki, *Ustrój organów ochrony prawnej. Wybór źródeł, akty normatywne, orzecznictwo*, Kraków 2010, s. 17-18.

w przywołanej normie konstytucyjnej. Tylko bowiem one, funkcjonując w ramach władzy sądowniczej, uprawnione są do sprawowania wymiaru sprawiedliwości, a nadto wyposażone zostały we wszystkie te gwarancje sprawiające, że są one najbardziej wiarygodne dla wypełniania powierzonego im zadania rozstrzygania konfliktów prawnych[63].

3. Zakres działania Sądu Najwyższego w zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości

W zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości jako pierwszy – w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP – został wymieniony Sąd Najwyższy, który nie jest włączony do systemu sądownictwa powszechnego[64]. Zgodnie z art. 183 ust. 1 i 2 Ustawy Zasadniczej Sąd ten sprawuje nadzór nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania oraz wykonuje inne czynności określone w Konstytucji i ustawach.

W ustawie z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym[65], w jej art. 1, ustawodawca doprecyzował, że „Sąd Najwyższy jest organem władzy sądowniczej, powołanym do:

1) sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez:
   a) zapewnienie w ramach nadzoru zgodności z prawem oraz jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i wojskowych przez rozpoznawanie kasacji oraz innych środków odwoławczych;
   b) podejmowanie uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne;
   c) rozstrzyganie innych spraw określonych w ustawach;
2) rozpoznawania protestów wyborczych oraz stwierdzania ważności wyborów do Sejmu i Senatu, oraz wyboru Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, a także ważności referendum ogólnokrajowego i referendum konstytucyjnego;

2a) rozpoznawania protestów wyborczych w wyborach do Parlamentu Europejskiego;

3) opiniowania projektów ustaw i innych aktów normatywnych, na podstawie których orzekają i funkcjonują sądy, a także innych ustaw w zakresie, w którym uzna to za celowe;
4) wykonywania innych czynności określonych w ustawach".

Zgodnie z art. 60 u.s.n., jeżeli w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego ujawnią się rozbieżności w wykładni prawa, Sąd Najwyższy uprawniony jest do rozstrzygnięcia tych rozbieżności w składzie 7-osobowym lub innym odpowiednim, a nadto władny jest do podejmowania uchwał, gdy zagadnie-

[63] J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie TK*, Kraków 2000, s. 736.
[64] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 780.
[65] Dz.U. z 2013 r., poz. 499 ze zm., dalej u.s.n.

nie wymaga wyjaśnienia, a rozbieżności rozstrzygnięcia[66]. W sytuacji gdy „skład siedmiu sędziów uzna, że znaczenie dla praktyki sądowej lub powaga występujących wątpliwości to uzasadniają, może zagadnienie prawne lub wniosek o podjęcie uchwały przedstawić składowi izby, natomiast izba składowi dwóch lub więcej izb albo pełnemu składowi Sądu Najwyższego"[67]. Uchwały pełnego składu Sądu Najwyższego, składu połączonych izb oraz składu całej izby z chwilą ich podjęcia uzyskują moc zasad prawnych. Ponadto również skład 7 sędziów może postanowić o nadaniu uchwale mocy zasady prawnej[68]. Uchwały wpisane do księgi zasad prawnych wiążą składy Sądu Najwyższego w innych sprawach, ale nie wiążą już innych sądów.

Jeżeli jakikolwiek skład Sądu Najwyższego zamierza odstąpić od zasady prawnej, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia pełnemu składowi izby[69]. Z kolei odstąpienie od zasady prawnej uchwalonej przez izbę, przez połączone izby albo przez pełny skład Sądu Najwyższego wymaga ponownego rozstrzygnięcia w drodze uchwały odpowiednio przez właściwą izbę, połączone izby lub pełny skład Sądu Najwyższego[70]. W sytuacji zaś gdy skład jednej izby Sądu Najwyższego zamierza odstąpić od zasady prawnej uchwalonej przez inną izbę, rozstrzygnięcie następuje w drodze uchwały obu izb. Izby mogą także przedstawić zagadnienie prawne do rozpoznania przez pełny skład Sądu Najwyższego[71].

W świetle norm konstytucyjnych oraz przywołanych powyżej regulacji ustawowych w polskim porządku prawnym Sąd Najwyższy jest nie tylko organem władzy sądowniczej, ale także organem wymiaru sprawiedliwości. W tym ostatnim względzie został przede wszystkim powołany do rozpatrywania wniosków kasacyjnych od wyroków sądów powszechnych oraz wojskowych, a także innych środków odwoławczych, co też wiąże się z nałożonym na niego obowiązkiem nadzoru w zakresie orzecznictwa nad tymi sądami oraz koniecznością zapewnienia jego jednolitości. Warto przy tym nadmienić, że do 1 stycznia 2004 r., a zatem do dnia wprowadzenia dwuszczeblowej i dwuinstancyjnej organizacji polskiego sądownictwa administracyjnego, Sąd Najwyższy posiadał również kompetencje w zakresie nadzoru judykacyjnego nad Naczelnym Sądem Administracyjnym[72]. Obecnie kompetencji tej już nie posiada. Nie można mu więc przyznać statusu swoistego „naczelnego organu sądowego RP"[73].

[66] Art. 61 § 1 u.s.n.
[67] Art. 61 § 2 u.s.n.
[68] Art. 61 § 6 u.s.n.
[69] Art. 62 § 1 u.s.n.
[70] Art. 62 § 2 u.s.n.
[71] Art. 62 § 3 u.s.n.
[72] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 417.
[73] S. Serafin, B. Szmulik, *Organy ochrony prawnej RP*, Warszawa 2007, s. 76; M. Andrzejewska, *Analiza strukturalna systemu wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, „Homines Hominibus" 2009, nr 1(5), s. 137.

Sprawowany przez Sąd Najwyższy nadzór judykacyjny nad sądami powszechnymi oraz wojskowymi nie może być postrzegany jako wkraczający w sferę chronionej konstytucyjnie niezawisłości sędziów oraz niezależności sądów, a wyrażać się w ochronie całego *corpus iuris* przez zagwarantowanie prawidłowości i jednolitości stosowania prawa, czemu to służą określone w art. 1 pkt 1 lit. a i b formy tegoż nadzoru[74]. Zdaniem Kazimierza Piaseckiego charakter funkcjonowania Sądu Najwyższego w zakresie nadzoru judykacyjnego przybiera dwie zasadnicze formy. Po pierwsze prewencyjną – obejmującą podejmowane przez Sąd Najwyższy uchwały dotyczące wykładni stosowania prawa, które z założenia mają na celu usunięcie rozbieżności wykładni w celu ujednolicenia praktyki. Po drugie korygującą – polegająca na zastępowaniu błędnych orzeczeń orzeczeniami Sądu Najwyższego[75]. Nadzór ten powinien więc być postrzegany w kategoriach jednego z elementów gwarantujących prawo do rzetelnego postępowania oraz służyć urzeczywistnieniu zasady równości wobec prawa, jak również bezpieczeństwa prawnego jednostki oraz innych podmiotów uczestniczących w stosunkach prawnych[76].

Z formalnego punku widzenia orzeczenia Sądu Najwyższego wiążą sądy niższych instancji tylko wówczas, gdy sąd odwoławczy zada Sądowi Najwyższemu pytanie prawne w kwestii budzącej wątpliwości. W takiej sytuacji pogląd prawny wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego wiąże sąd w konkretnej sprawie, natomiast inne orzeczenia Sądu Najwyższego wiążą sądy niższe jedynie tzw. „siłą autorytetu". W konsekwencji mogą one przy rozpatrywaniu poddanych ich kognicji spraw przyjąć interpretację odmienną[77].

O ile zatem w świetle obowiązujących regulacji normatywnych nie może budzić wątpliwości to, że Sąd Najwyższy pozostaje poza strukturami sądownictwa powszechnego, to jednak należy podkreślić, że z uwagi na zakres sprawowanego nadzoru judykacyjnego tworzy z nimi – jak to ujął Walerian Sanetra – „do pewnego stopnia jedną całość orzeczniczą"[78].

[74] J. Przebojewski, *Rozwiązania konstytucyjne kształtujące prawo do sądu*, [w:] *Standardy konstytucyjne a problemy władzy sądowniczej i samorządu terytorialnego*, red. O. Bogucki, J. Ciapala, P. Mijał, Szczecin 2008, s. 155-156.

[75] K. Piasecki, Wyroki sądów pierwszej instancji, sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych, handlowych i gospodarczych, Warszawa 2007, s. 182.

[76] A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 159-160.

[77] L. Gardocki, Ujednolicanie orzecznictwa, „Rzeczpospolita", nr 260 (8161), s. C4.

[78] W. Sanetra, *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako…*, s. 15.

4. Sądy powszechne jako organy wymiaru sprawiedliwości

Do sprawowania wymiaru sprawiedliwości ustrojodawca powołał także sądy powszechne, które w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP zostały wymienione zaraz po Sądzie Najwyższym, co też wynika z tego, że to właśnie one mają pełnić pierwszoplanową rolę w strukturze organizacyjnej polskiego sądownictwa[79].

W literaturze podkreśla się, że przez wskazaną w nazwie niniejszych sądów powszechność należy rozumieć „powszechność spraw i osób, których sprawy sądy rozpoznają i rozstrzygają"[80] i łączyć z „ich ogólną właściwością (dostępnością) dla spraw (przedmiotową) i osób (podmiotową) w przeciwieństwie do ograniczonej rodzajowo i podmiotowo dostępności i kompetencyjności pozostałych rodzajów sądów"[81]. Historycznie stanowiły one system organów wymiaru sprawiedliwości, z których następnie wykształciły się sądy szczególne, takie jak chociażby sądy administracyjne[82].

W polskim systemie prawnym ustrojodawca ustanowił na rzecz sądów powszechnych domniemanie kompetencyjności, stanowiąc w art. 177 Ustawy Zasadniczej, że „Sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów". Tym samym to właśnie na tych sądach spoczywa zasadniczy ciężar rozstrzygania w imieniu Rzeczypospolitej konfliktów prawnych, a ich właściwość jest niejako domniemana, gdyż w sytuacji braku jakichkolwiek zastrzeżeń to one są właściwe do rozstrzygania spraw. W rezultacie tak szeroko zakreślonych granic kognicji sądów powszechnych na płaszczyźnie ustrojowej, „ustawodawcy zwykłemu pozostaje jedynie swoboda wyboru właściwej drogi sądowej – przed sądem powszechnym lub administracyjnym, a w braku wskazania, iż w konkretnej sprawie, z którą zainteresowany zwrócił się do sądu powszechnego, kompetentny jest inny sąd – sąd powszechny powinien rozpatrzyć merytorycznie"[83]. Stąd – jak zauważa Trybunał Konstytucyjny − art. 177 w doktrynie określany jest mianem „swoistego domniemania drogi sądowej". W braku wyraźnego wskazania, że sądem właściwym jest sąd administracyjny albo wojskowy, podmiot poszukujący ochrony swych praw powinien zwrócić się do sądu powszechnego, gdyż konstytucyjne uregulowanie przesądza, że kompetencja sądu powszechnego nie musi wynikać z pozytywnej normy ustawowej ją przewidującej. Wystarczający jest tu już bowiem sam brak ustawo-

[79] *Ibidem*, s. 14.

[80] T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 33.

[81] A. Górski, *Komentarz do art. 1 ustawy o ustroju sądów powszechnych* [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, A. Górski (red.), Warszawa 2013, s. 21.

[82] T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych…,* s. 33.

[83] Wyrok TK z 9 grudnia 2003 r., P /02, Z.U. 2003/9A /100.

wej regulacji, ustanawiającej kompetencję innego sądu[84]. Tak ukształtowana kognicja organów sprawujących w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej wymiar sprawiedliwości wychodzi naprzeciw oczekiwaniom realizacji konstytucyjnego prawa do obrony przez jednostkę swoich uprawnień przed sądem właściwym, jak również zabezpiecza przed pozbawieniem podmiotu poszukującego ochrony na drodze sądowej prawa do wiążącego rozstrzygnięcia konfliktu prawnego przez powołany do tego organ.

Zakreślone na płaszczyźnie konstytucyjnej domniemanie kompetencji sądów powszechnych znalazło swoje odzwierciedlenie również na gruncie ustawowym – tj. w ustawie z 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych[85], która w art. 1 § 2 stanowi, że „Sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości w zakresie nienależącym do sądów administracyjnych, sądów wojskowych oraz Sądu Najwyższego". Oprócz rozstrzygania konfliktów prawnych sądy powszechne powołane zostały również do wykonywania innych zadań z zakresu ochrony prawnej, powierzonych w drodze ustaw[86]. Jako przykład komentatorzy wskazują tu postępowanie rejestrowe, postępowanie mediacyjne, egzekucyjne, wykonawcze oraz czynności procesowe o charakterze przygotowawczym (np.: ustanowienie adwokata czy radcy prawnego z urzędu, zwolnienie od kosztów sądowych) oraz uzupełniającym (np. orzeczenie o kosztach procesu). W ich ocenie brzmienie art. 1 p.u.s.p. pozwala na konstatację, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości mieści się w szeroko pojmowanym pojęciu ochrony prawnej, ale ma ono charakter absolutnie priorytetowy. Ponadto o ile realizacja zadań z zakresu ochrony prawnej może leżeć w kompetencji różnych organów państwa, o tyle na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości monopol mają wyłącznie sądy[87]. Zdaniem Waleriana Sanetry można mieć wątpliwości, czy czynności polegające na prowadzeniu ksiąg wieczystych lub też rejestrowaniu podmiotów gospodarczych, mające – w jego ocenie − charakter administracyjny należy rzeczywiście wiązać z władzą sądowniczą, a nie wykonawczą, ale ostatecznie uznaje on, iż pomimo niniejszych zastrzeżeń należy stwierdzić, że w konstytucyjnym pojęciu władzy sądowniczej mieszczą się także działania sądów z zakresu ochrony prawnej[88].

Struktura sądownictwa powszechnego − podobnie zresztą jak wojskowego czy też administracyjnego − nie została na gruncie Ustawy Zasadniczej przesądzona, a nadto regulacje w tej materii są na tyle ogólne, że pozwalają na jej dostosowywanie do zmieniających się potrzeb[89].

---

[84] Wyrok TK z 9 grudnia 2003 r., P /02, Z.U. 2003 / 9A / 100.

[85] Dz.U. z 2015 r., poz. 133 ze zm., p.u.s.p.

[86] Art. 1 § 3 p.u.s.p.

[87] A. Górski, *Komentarz do art. 1 ustawy o ustroju sądów powszechnych* [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*…, s. 19-20.

[88] W. Sanetra, *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako*…, s. 15.

[89] W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej*, [w:] *Konstytucja, ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa*…, s. 165-166.

Zgodnie z brzmieniem art. 1 § 2 p.u.s.p. sądami powszechnymi są sądy rejonowe, sądy okręgowe oraz sądy apelacyjne, a sprawowany przez nie wymiar sprawiedliwości obejmuje sprawy karne i sprawy o wykroczenia oraz sprawy cywilne. Sądy okręgowe pełnią przy tym zarówno funkcję sądów pierwszej, jak i drugiej instancji.

Obowiązujące regulacje, w tym zupełność brzmienia powyższego przepisu ustrojowego, nie pozwalają na wyodrębnienie spośród sądów powszechnych, w znaczeniu ustrojowym, sądów cywilnych czy sądów karnych. Samo bowiem wyodrębnienie spraw w określonych wydziałach, a nawet nazywanie ich mianem np. sądu pracy, sądu rodzinnego czy sądu penitencjarnego stanowi tylko kwestię podziału czynności wewnątrz sądu[90].

Jak już wspomniano nadzór nad działalnością sądów powszechnych w zakresie orzekania sprawuje Sąd Najwyższy. Postanowienia p.u.s.p. regulują jednakże również kwestie związane z nadzorem sprawowanym przez Ministra Sprawiedliwości, który na podstawie art. 9 sprawuje nadzór administracyjny nad działalnością administracyjną tychże sądów polegającą na zapewnieniu odpowiednich warunków techniczno-organizacyjnych oraz majątkowych funkcjonowania sądów. Nadzór ten wykonuje na zasadach określonych w dziale I rozdziału 6 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.)[91]. Ponadto Minister Sprawiedliwości sprawuje także zewnętrzny nadzór nad działalnością administracyjną niniejszych sądów polegającą na zapewnieniu właściwego toku wewnętrznego urzędowania sądu, bezpośrednio związanego z wykonywaniem przez sąd zadań z zakresu sprawowania wymiaru sprawiedliwości oraz innych czynności z zakresu ochrony prawnej. Nadzór ten Minister sprawuje przez służbę nadzoru, którą stanowią sędziowie delegowani do Ministerstwa Sprawiedliwości w trybie art. 77 p.u.s.p.[92] Nadzór wewnętrzny zaś w tym zakresie sprawują prezesi sądów[93]. Oczywiście czynności z zakresu nadzoru administracyjnego nie mogą wkraczać w dziedzinę, w której sędziowie są niezawiśli[94]. Przyjęty jednak przez polskiego ustawodawcę nadzór Ministra Sprawiedliwości spotkał się z krytyką w doktrynie, w której to podnoszone są głosy, iż ingerencja tegoż organu w zakres funkcjonowania sądownictwa nie powinna mieć w ogóle miejsca, gdyż prowadzi do osłabienia trzeciej władzy, co też leży w interesie legislatywy oraz egzekutywy[95].

[90] T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych…,* s. 32.

[91] Art. 9 p.u.s.p.

[92] Art. 9a § 2 p.u.s.p.

[93] Art. 9a § 1 p.u.s.p.

[94] Art. 9b p.u.s.p.

[95] Szerzej na ten temat np. W. Jakimko, *Zakres dopuszczalnej ingerencji Ministra Sprawiedliwości w sferę funkcjonowania sądów,* [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce…*, s. 73-88.

5. Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez sądy administracyjne

W świetle regulacji konstytucyjnych sprawowanie wymiaru sprawiedliwości ustrojodawca powierzył także sądom administracyjnym[96], którymi to są Naczelny Sąd Administracyjny oraz wojewódzkie sądy administracyjne. Zgodnie z art. 184 Ustawy Zasadniczej „Naczelny Sąd Administracyjny oraz inne sądy administracyjne sprawują, w zakresie określonym w ustawie, kontrolę działalności administracji publicznej. Kontrola ta obejmuje również orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej". W brzmieniu powyższego przepisu oraz określonego w art. 176 ust. 1 nakazu, aby postępowanie sądowe było co najmniej dwuinstancyjne w zasadzie wyczerpują się regulacje konstytucyjne dotyczące sądownictwa administracyjnego. Stąd ustrój oraz postanowienia rozwijające określony w Konstytucji RP zakres kognicji niniejszych sądów, jak również postępowanie przed nimi zostały określone w drodze ustawowej – tj. ustawie z 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych[97] oraz ustawie z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[98].

Zgodnie z art. 1 p.u.s.a. sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej co do zasady pod względem zgodności z prawem. Rozstrzygają one także spory kompetencyjne i o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami administracji rządowej. W pierwszej instancji sprawy należące do właściwości niniejszych sądów rozpoznają wojewódzkie sądy administracyjne[99], zaś „Naczelny Sąd Administracyjny sprawuje nadzór nad działalnością wojewódzkich sądów administracyjnych w zakresie orzekania w trybie określonym ustawami, a w szczególności rozpoznaje środki odwoławcze od orzeczeń tych sądów i podejmuje uchwały wyjaśniające zagadnienia prawne oraz rozpoznaje inne sprawy należące do właściwości Naczelnego Sądu Administracyjnego na mocy innych ustaw"[100].

[96] Analizując pojęcie władzy sądowniczej w kontekście wyłączenia Trybunału Stanu z katalogu organów wymiaru sprawiedliwości, W. Sokolewicz zwrócił uwagę na niekonsekwencję ustrojodawcy, podnosząc, iż z jednej strony „przypisuje się sprawowanie wymiaru sprawiedliwości sądom administracyjnym, orzekającym tylko o legalności aktów administracyjnych, indywidualno-konkretnych oraz prawotwórczych, z drugiej – odmawia się tej funkcji Trybunałowi Stanu, rozpatrującemu w postępowaniu właściwym sądowym sprawy tzw. deliktów konstytucyjnych popełnionych przez wysokich funkcjonariuszy państwowych, w pewnych zaś sytuacjach – także i popełnionych przez nich przestępstw oraz – w ostatnim z wymienionych przypadków – orzekającemu karę przewidzianą w kodeksie karnym" (W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej…*).

[97] Dz.U. z 2014 r., poz. 1647, dalej p.u.s.a.

[98] Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm., dalej p.p.s.a.

[99] Art. 3 § 1 p.u.s.a.

[100] Art. 3 § 2 p.p.s.a.

Z obowiązujących regulacji wynika, że sądy administracyjne istnieją niezależnie od sądownictwa powszechnego i nie stosują norm prawa materialnego w taki sposób jak czynią to sądy powszechne lub wojskowe[101]. Wyznacznikiem właściwości sądów administracyjnych jest oczywiście przywołany art. 184 Konstytucji RP, który sprawowany przez niniejsze sądy wymiar sprawiedliwości upatruje w kontroli działalności administracji publicznej, a nie w przejmowaniu wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej[102]. Odmiennie niż organ administracji publicznej niniejszy sąd nie ustala więc w sposób wiążący konsekwencji prawnych faktów uznanych uprzednio za udowodnione, jak również sam co do zasady nie przeprowadza postępowania dowodowego[103] w celu ustalenia okoliczności faktycznych sprawy, a tylko ocenia zgodność z prawem ustaleń poczynionych przez organy administracji publicznej[104]. W rezultacie oznacza to swego rodzaju wtórną aktywność niniejszego sądu wobec poczynań administracji rządowej oraz samorządowej. Bez wątpienia jednak jakkolwiek co do zasady nie jest on uprawiony w ramach przyznanych mu funkcji do samodzielnego rozstrzygania spraw z zakresu administracji publicznej[105], to jednak przyczynia się do wiążącego ustalenia sytuacji prawnej podmiotów w ramach ich aktywności w sferze prawa administracyjnego[106]. Z tego względu działalności sądów administracyjnych nie można sprowadzać wyłącznie do czuwania nad ukształtowanym porządkiem prawnym, ale przede wszystkim wiązać z koniecznością ochrony wolności i praw jednostki w jej relacjach z władzą publiczną[107].

Precyzując określony na płaszczyźnie konstytucyjnej zakres kognicji sądów administracyjnych, ustawodawca w art. 3 § 2 p.p.s.a. postanowił, iż kontrola „działalności przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na:

1) decyzje administracyjne;

[101] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 780.

[102] B. Adamiak, *Rozgraniczenia właściwości sądów w polskim systemie prawnym*, [w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980 – 2005*, red. J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński, Warszawa 2005, s. 9.

[103] Zgodnie z art. 106 § 3 p.p.s.a. sąd administracyjny może z urzędu lub na wniosek stron przeprowadzić postępowanie dowodowe, ale tylko w zakresie uzupełniającym i tylko co do dowodu z dokumentów, jeżeli jest to niezbędne do wyjaśnienia istotnych wątpliwości i nie spowoduje nadmiernego przedłużenia postępowania w sprawie.

[104] Z. Kmieciak, *Czy sądy administracyjne stosują przepisy prawa materialnego?*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2011, nr 2, s. 12.

[105] L. Garlicki, *Komentarz do art. 184 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, s. 5.

[106] J. Zimmermann, *Z podstawowych zagadnień sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności…*, s. 492.

[107] J. Trzciński, *Sądownictwo administracyjne jako gwarant ochrony wolności i praw jednostki*, [w:] Trzecia władza. Sądy i Trybunały, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 127-128; M. Masternak-Kubiak, *Komentarz do art. 1 p.u.s.a.*, [w:] M. Masternak-Kubiak, T. Kuczyński, *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 14-15.

2) postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę co do istoty;
3) postanowienia wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, na które służy zażalenie, z wyłączeniem postanowień wierzyciela o niedopuszczalności zgłoszonego zarzutu oraz postanowień, przedmiotem których jest stanowisko wierzyciela w sprawie zgłoszonego zarzutu;
4) inne niż określone w pkt 1−3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, z wyłączeniem aktów lub czynności podjętych w ramach postępowania administracyjnego określonego w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. − Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267, z późn. zm.) oraz postępowań określonych w działach IV, V i VI ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. − Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r. poz. 613) oraz postępowań, do których mają zastosowanie przepisy powołanych ustaw;
4a) pisemne interpretacje przepisów prawa podatkowego wydawane w indywidualnych sprawach;
5) akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej;
6) akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, inne niż określone w pkt 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej;
7) akty nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego;
8) bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w przypadkach określonych w pkt 1−4 lub przewlekłe prowadzenie postępowania w przypadku określonym w pkt 4a;
9) bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w sprawach dotyczących innych niż określone w pkt 1−3 aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczących uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa podjętych w ramach postępowania administracyjnego określonego w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. − Kodeks postępowania administracyjnego oraz postępowań określonych w działach IV, V i VI ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. − Ordynacja podatkowa oraz postępowań, do których mają zastosowanie przepisy powołanych ustaw.

Ponadto sądy administracyjne orzekają także w sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę, i stosują środki określone w tych przepisach[108], jak również możliwe jest wszczęcie przed nimi postępowania przez złożenie

[108] Art. 3 § 3 p.p.s.a.

skargi na niewykonanie wyroku uwzględniającego skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania wraz z żądaniem wymierzenia skarżonemu organowi grzywny[109]. Nie sposób także nie wspomnieć, iż w kompetencji Naczelnego Sądu Administracyjnego oprócz rozpoznawania środków odwoławczych od orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych a także rozstrzygania sporów, o których mowa w przywołanym wyżej art. 1 p.u.s.a. znajduje się podejmowanie uchwał mających na celu wyjaśnienie przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych oraz podejmowanie uchwał zawierających rozstrzygnięcie zagadnień prawnych budzących poważne wątpliwości w konkretnej sprawie sądowoadministracyjnej[110].

Przyjęty w polskim porządku prawnym kształt postępowania sądowoadministracyjnego opiera się co do zasady na modelu kasacyjnym. Tym samym sprawowana przez sądy administracyjne kontrola polega na ocenie działalności szeroko ukształtowanych zachowań mogących stanowić przedmiot skargi[111] w aspekcie, czy przy wydawaniu zaskarżonego aktu lub podjętej czynności nie doszło do naruszenia prawa w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy. Natomiast przy skargach na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania zadaniem Sądu jest dokonanie oceny, czy w realiach konkretnej sprawy mamy do czynienia z brakiem aktywności organu, czy też jego opieszałością oraz ich ewentualne zwalczenie przez wydanie wyroku o określonej treści[112].

Należy jednak nadmienić, że jakkolwiek postępowanie administracyjne opiera się na modelu kasacyjnym, to jednak można zauważyć w nim elementy, które są przejawem częściowego odchodzenia od klasycznego kasacyjnego charakteru, co nie stanowi naruszenia przyjętego sposobu sprawowania przez sądy administracyjne wymiaru sprawiedliwości, gdyż kasacyjna formuła jurysdykcji niniejszych sądów nie wyłącza możliwości wydawania w określonych sytuacjach orzeczeń o charakterze merytorycznym[113].

Zdaniem Tomasza Radziszewskiego i Krzysztofa Wygody niektóre rodzaje postępowań przed sądami administracyjnymi nie mają charakteru kasacyjnego. W ich ocenie takiej właściwości brak chociażby postępowaniu, w którym rozstrzygane są spory kompetencyjne poddane kognicji Naczelnego Sądu Administracyjnego, postępowaniu w sprawach podejmowania uchwał zawierających rozstrzygnięcia zagadnień prawnych budzących poważne wątpliwości w konkretnej sprawie sądowoadministracyjnej, czy też

[109] Art. 154 § 1 p.p.s.a.

[110] Art. 15 § 1 pkt 2 i 3 p.p.s.a.

[111] R. Mikosz, M. Zirk-Sadowski, *Granice prawa do sądu administracyjnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2007, nr 3(12), s. 37.

[112] Art. 149 p.p.s.a.

[113] Z. Kmieciak, *Czy sądy administracyjne stosują przepisy prawa…*, s. 13.

postępowaniu w razie zaginięcia lub zniszczenia akt[114]. Niewątpliwym przejawem pozakasacyjnej aktywności sądów administracyjnych jest także określona w art. 154 § 2 p.p.s.a. możliwość orzeczenia o istnieniu lub nieistnieniu uprawnienia lub obowiązku, jeżeli pozwala na to charakter sprawy w przypadku uwzględnienia przez sąd skargi na niewykonanie wyroku uwzględniającego skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania[115].

Wreszcie wymaga podkreślenia, że ostatnia nowelizacji p.p.s.a. zwiększa uprawnienia do merytorycznego orzekania przez sądy administracyjne. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom jednostki w zakresie zwiększenia skuteczności i sprawności kontroli sądowej, zaproponowano bowiem wyposażenie wojewódzkich sądów administracyjnych w możliwość wydawania rozstrzygnięć zastępujących akt administracyjny oraz przyznanie instrumentów obligujących organ do wydania rozstrzygnięć określonej treści[116]. W rezultacie w art. 145 § 3 p.p.s.a. upoważniono sąd do umorzenia postępowania administracyjnego, w sytuacji gdy stwierdzi podstawę do tego, a nadto mocą art. 145a § 1 p.p.s.a. uprawniono sąd do zobowiązania organu do wydania w określonym terminie decyzji lub postanowienia, wskazując sposób załatwienia sprawy lub jej rozstrzygnięcie.

6. Sądy wojskowe jako sądy szczególne

Wreszcie, wśród organów wymiaru sprawiedliwości Konstytucja RP wymienia sądy wojskowe. W przeciwieństwie jednak do zawartych w niej postanowień względem Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, a nawet sądów administracyjnych, ustrojodawca nie zakreślił nawet ogólnych granic ich kognicji. Kwestię tę pozostawiono zatem wyłączonej materii ustawowej.

Zgodnie z art. 1 § 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych[117] sądy wojskowe „sprawują w Siłach Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych w zakresie przewidzianym w ustawach

[114] T. Radziszewski i K. Wygoda, *Model postępowania sądowoadministracyjnego a rozszerzenie właściwości sądów administracyjnych o problematykę dostępu i ochrony informacji*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce…*, s. 241-242.

[115] Zob. szerzej W. Sawczyn, *Środki dyscyplinowania administracji publicznej w prawie o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2010, s. 167-169; R. Hauser, *O konieczności dyscyplinowania administracji*, „Rzeczpospolita" 2011, nr 79, s. 7;

[116] R. Hauser, *Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi,* „Państwo i Prawo" 2013, nr 2, s. 19; Z. Kmieciak, *Czy sądy administracyjne stosują przepisy prawa …*, s. 18; M. Jaworska, *Realizacja konstytucyjnego prawa do wyegzekwowania orzeczenia w postępowaniu sądowo administracyjnym*, [w:] *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2014, s. 276-277.

[117] Dz.U. z 2015 r., poz. 1198., dalej p.u.s.w.

oraz orzekają w innych sprawach, jeżeli zostały one przekazane do ich właściwości odrębnymi ustawami". Ponadto, w przypadkach określonych w ustawie sprawują one również wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych wobec osób nienależących do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej[118]. Szczegółowy zakres kognicji sądów wojskowych oraz postępowania przed nimi określony został przepisami działu XV Kodeksu postępowania karnego zatytułowanego „Postępowanie karne w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych"[119]. Generalnie rzecz ujmując, niniejsze sądy właściwe są do rozstrzygania spraw z zakresu odpowiedzialności karnej żołnierzy w czynnej służbie wojskowej.

Stosownie do art. 3 § 1 p.u.s.w. sądami wojskowymi są wojskowe sądy okręgowe i wojskowe sądy garnizonowe[120]. Zgodnie z art. 653 k.p.a. wojskowy sąd garnizonowy orzeka w pierwszej instancji we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw przekazanych ustawą do właściwości innego sądu, jak również w wypadkach wskazanych w ustawie rozpoznaje w zakresie swej właściwości środki odwoławcze od orzeczeń i zarządzeń wydanych w postępowaniu przygotowawczym. Ponadto wojskowy sąd garnizonowy posiada uprawnienia i obowiązki procesowe, które w postępowaniu przed sądami powszechnymi przysługują sądowi rejonowemu.

Z kolei wojskowy sąd okręgowy „orzeka w pierwszej instancji w sprawach o przestępstwa:

1) popełnione przez żołnierzy posiadających stopień majora i wyższy;
2) podlegające w postępowaniu przed sądami powszechnymi właściwości sądu okręgowego oraz określone w art. 339 § 3 i art. 345 § 3 i 4 Kodeksu karnego;
3) popełnione przez żołnierzy i członków personelu cywilnego, o których mowa w art. 647 § 1 pkt 3;
4) inne na podstawie przepisów szczególnych"[121].

Ponadto wojskowy sąd okręgowy rozpoznaje sprawy przewidziane dla sądu wyższego rzędu nad wojskowym sądem garnizonowym oraz inne sprawy przekazane mu przez ustawę, jak również posiada uprawnienia i obowiązki procesowe, które w postępowaniu przed sądami powszechnymi przysługują sądowi okręgowemu[122].

Sądy wojskowe istnieją obok sądów powszechnych, tworząc odrębny system organów wymiaru sprawiedliwości, dostosowany do struktury terytorialnej sił zbrojnych[123]. Zdaniem Wojciecha Sokolewicza twórcy obowiązującej Konstytucji jakkolwiek nie

[118] Art. 1 § 2 p.u.s.w.
[119] Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm., dalej k.p.k.
[120] *Ibidem*.
[121] Art. 654 § 1 k.p.k.
[122] Art. 654 § 4 i 5 k.p.k.
[123] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 175.

wskazali cech charakteryzujących niniejsze sądy, to jednak ich zamysłem było upodobnienie ich do sądów powszechnych, tyle tylko, że właściwych w ograniczonej kategorii spraw (zawsze karnych) i względem ograniczonej kategorii osób. Tak bowiem należy postrzegać dokonanie w Ustawie Zasadniczej wyraźnego rozróżnienia między nimi a ustanawianymi na czas wojny − sądami wyjątkowymi oraz powierzenie Sądowi Najwyższemu nadzoru judykacyjnego nad sądami wojskowymi. Konsekwencją tego jest funkcjonowanie w ramach Sądu Najwyższego specjalnie powołanej w tym celu Izby Wojskowej[124].

Wyodrębnienie sądownictwa wojskowego budziło i nadal budzi wiele wątpliwości, jednakże w toku prac nad obowiązującą Konstytucją, jak też p.u.s.w. przewidywano ich istnienie ze względu na niewątpliwą specyfikę funkcjonowania sił zbrojnych oraz szczególny charakter spraw poddanych ich kognicji. Ponadto sądy wojskowe jako sądy szczególne występują w większości krajów należących do NATO. Oczywistym argumentem przemawiającym przeciwko organizacyjnemu wyodrębnieniu sądownictwa wojskowego jest z kolei niewielka liczba spraw, które one rozpatrują oraz to, że sędziowie sądów powszechnych nie mieliby trudności z materią poddaną ich właściwości, w sytuacji gdy sama procedura działania oparta jest na przepisach k.p.k. Ponadto przeciwko niniejszemu wyodrębnieniu przemawia to, iż nadzór nad sądami wojskowymi sprawowany jest aż przez trzy organy – tj. Sąd Najwyższy (nadzór judykacyjny), Ministra Sprawiedliwości (nadzór w zakresie organizacyjno-administracyjnym), Ministra Obrony Narodowej (nadzór w zakresie czynnej służby wojskowej sędziów wojskowych)[125].

Mając na względzie powyższe, oraz przyjęty w polskim porządku prawnym system organów wymiaru sprawiedliwości, podzielić należy stanowisko Sławomira Steinborna, że skoro zasadą jest to, iż w zakresie rozstrzygania sporów o prawo zasadniczą rolę przypisano sądom powszechnym, to wyłączenie spod ich jurysdykcji określonej kategorii spraw na rzecz sądownictwa wojskowego powinno być podyktowane określonymi względami. Nie bez znaczenia będzie tu więc argument, że rozpatrzenie spraw przez sądy powszechne, a nie wojskowe będzie stwarzało zagrożenie dla celów, którym służyć ma wymiar sprawiedliwości[126].

[124] W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej…*, s. 168-169.

[125] Szerzej na ten temat: A. Rogowska, *Zasadność organizacyjnego wyodrębnienia sądów wojskowych*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce…*, s. 179-195.

[126] S. Steinborm, *W sprawie optymalnego zakresu jurysdykcji sądów wojskowych*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 7-8, s. 58-80.

7. Charakter prawny wyroków sądowych oraz Trybunału Konstytucyjnego

Efektem działalności wszystkich wyżej wskazanych organów wymiaru sprawiedliwości jest wydawanie wyroków oraz kształtowanie dorobku judykacyjnego. Wynika to z tego, że w zakresie konstytucyjnej formuły prawa do sądu mieści się prawo do wyroku sądowego, a także uprawnienie do jego wyegzekwowania[127]. Wyrok sądu postrzegać zatem należy jako wyraz i rezultat sprawowania wymiaru sprawiedliwości. To właśnie w nim omówione w pierwszej części niniejszego przedłożenia prawo do sądu znajduje swoje uwieńczenie. Wydanie przez sąd wyroku skutkuje uzyskaniem przez strony sporu wiążącego oraz prawnie skutecznego, gdyż zaopatrzonego w atrybut przymusowego wykonania, rozstrzygnięcia. Zatem, aby można było mówić, że rozpatrzenie sprawy wypełniło wszystkie gwarancje prawa do sądu, chronione zarówno na płaszczyźnie konstytucyjnej, jak i międzynarodowej, musi ono znaleźć swój efekt w prawidłowym orzeczeniu, będącym następstwem sprawiedliwego i zgodnego z prawem działania sądu w toku całego postępowania[128].

Zgodnie z art. 174 Konstytucji RP „Sądy i Trybunały wydają wyroki w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej". Oznacza to, że niniejsze orzeczenia stanowią oficjalne decyzje państwa, gdyż wszystkie organy władzy sądowniczej wydają je nie w imieniu osób zasiadających w składach orzekających, ale właśnie w imieniu państwa, które to bierze za nie odpowiedzialność. W rezultacie wydawane przez niniejsze organy rozstrzygnięcia „są decyzjami władzy państwowej w takim samym stopniu, jak co na przykład akty ustawodawcze lub decyzje podejmowane przez organy administracji państwowej"[129]. Z uwagi na to, iż wyrok sądu stanowi orzeczenie władzy sądowniczej co do istoty sporu i stanowi w konkretnym przypadku źródło praw i obowiązków, których strony konfliktu winne są posłuch , za wyrokami musi stać autorytet państwa i jego imperium[130].

Ponadto, wydawanie wyroków w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej należy oczywiście postrzegać również jako element zasady jednolitości orzecznictwa[131], co ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia sprawności i efektywności funkcjonowania władzy sądowniczej. Dla bowiem skuteczności i siły sądownictwa oraz jej odpowiedniej pozycji względem władzy ustawodawczej oraz egzekutywy potrzebna jest ustrojowa i strukturalna jedność[132].

[127] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 133.

[128] E. Gapska, *Czynności decyzyjne sądów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 15-16.

[129] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 342-343.

[130] T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych…*, s. 142.

[131] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 779.

[132] W. Sanetra, *Sądy powszechne i Sąd Najwyższy jako…*, s. 14-15.

Polski system prawny należy do tzw. kultury prawa stanowionego (kontynentalnej kultury prawnej), w której sądy jedynie stosują prawo, ale nie mają już kompetencji do jego tworzenia, gdyż ta leży w gestii ustawodawcy. Nie mamy zatem do czynienia z anglosaskim modelem prawa precedensowego, gdzie prawo tworzone jest również przez sądy, a jego źródłem jest także precedens prawotwórczy[133]. Pomimo jednak tak ukształtowanego modelu funkcjonowania polskiego sądownictwa można w nim zauważyć pewne elementy precedensu, przy czym precedens postrzegany jest tu jako ewentualne remedium na niedostatki praktyki stosowania prawa stanowionego i wyznaczane jest jego potrzebami, a nie doświadczeniami systemu *common law*[134]. Coraz jednak częściej w doktrynie wskazuje się na wzmożoną aktywność sądów kreujących ogólne reguły oraz zasady, a ich orzeczenia postrzega jako „niezorganizowane źródła prawa"[135]. Co więcej, w literaturze można nawet spotkać pogląd, iż ustrojodawca nie wykluczył ewentualnej możliwości uzupełnienia katalogu źródeł prawa stanowionego, określonego w art. 87 Konstytucji RP, takimi źródłami jak prawo zwyczajowe czy precedens sądowy[136].

Bardzo dobre podłoże dla możliwości twórczej działalności sądów stanowią przepisy prawne zawierające klauzule generalne lub też zwroty niedookreślone. Stwarzają one bowiem sytuację luzu decyzyjnego, z którym wiąże się możliwość wyboru między różnymi dopuszczonymi wariantami[137]. Zdaniem Teresy Felmming-Kuleszy o orzeczeniach precedensowych w polskim porządku prawnym można w pewnym sensie mówić wówczas, gdy w procesie stosowania prawa dochodzi do przełamania dotychczasowej wykładni, przełamano przyjęty sposób rozumienia prawa lub „zaprezentowano nowatorskie spojrzenie na normy prawne, bez negowania dotychczasowej ich wykładni"[138]. Do pewnego stopnia charakter precedensowy mają więc uchwały Sądu Najwyższego, kiedy dokonują wykładni nowo wprowadzanych, a budzących wątpliwości przepisów prawa[139].

Precedensowy charakter przypisuje się także uchwałom Naczelnego Sądu Administracyjnego, wskazując, że zawarta w nich ogólna reguła staje się wzorem przy rozstrzy-

[133] M.I. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 21.

[134] T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 96-97.

[135] B. Augustyńska, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego w kwestiach proceduralnych jako precedensy*, [w:] *Prawotwórstwo sądów administracyjnych*, red. J.P. Tarno, T. Bąkowski, Warszawa 2015, s. 19.

[136] R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 10-11.

[137] A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 68.

[138] T. Felmming-Kulesza, *Czy w Polsce można mówić o prawie precedensowym?,* [w:] *Precedens w polskim systemie…*, s. 16-19.

[139] *Ibidem*, s. 18.

ganiu podobnych spraw przez sądy administracyjne[140]. Natomiast względem ewentualnej prawotwórczej działalności sądów administracyjnych spotkać można różne stanowiska. Oponenci podnoszą, że jest ono niedopuszczalne, nie znajduje uzasadnienia prawnego i jest nadużyciem Naczelnego Sądu Administracyjnego. Z kolei zwolennicy wskazują, że „generalny zakaz tworzenia prawa przez sądy jest nieadekwatny do rzeczywistości, a także deklarują, iż sądy mogą wyręczać ustawodawcę od obowiązku prawotwórstwa, czy stwierdzają, że prawotwórstwo sądów najczęściej przejawia się w nadawaniu mocy wiążącej rezultatom wykładni"[141].

W przypadku zaś orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które zgodnie z art. 190 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, „mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne" ich prawotwórcza rola budzi nadal wiele kontrowersji, co też wynika z tego, iż Trybunał jako organ władzy sądowniczej nie został powołany do tworzenia prawa. Tym samym nie sposób uznać go za tzw. „ustawodawcę pozytywnego", który uprawniony jest do decydowania o tym, jakie regulacje zostaną wprowadzone do systemu prawnego. Jego wpływ na obowiązujący porządek prawny czyni go „ustawodawcą negatywnym", a zatem takim, którego kompetencje ograniczone zostały do eliminowania z obrotu prawnego przepisów niezgodnych z postanowieniami aktów wyższej rangi[142]. Zdaniem Marka Safjana wyroki Trybunału Konstytucyjnego nie mogą być traktowane jako samoistne źródła obowiązującego prawa, gdyż zawsze mają charakter wtórny i stanowią efekt badanych regulacji w obszarze obowiązywania kontrolowanej normy prawnej[143]. W jego ocenie orzecznictwo konstytucyjne w żadnym razie nie może i nie zastępuje ustawodawcy pozytywnego, gdyż nie jest rolą Trybunału Konstytucyjnego „kreowanie norm prawnych, wypełnianie luk ustawowych czy zastępowanie ustawodawcy w rozliczaniu przeszłości"[144].

Poza ustawodawstwem negatywnym pewne prawotwórcze skutki orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego wiązać również należy z tym, iż w procesie badania konstytucyjności prawa tworzy on „wzorce postępowania o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, które nie znajdują bezpośredniej podstawy w interpretowanych przepisach. Najczęściej ma to miejsce w sytuacjach, gdy sąd konstytucyjny, dokonując wykładni przepisów, odstępuje od ich literalnego brzmienia"[145]. Oceniając zatem zgodność ustawy

[140] B. Augustyńska, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego w kwestiach proceduralnych jako precedensy,* [w:] *Prawotwórstwo sądów*…, s. 21.

[141] *Ibidem*, s. 20.

[142] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 369-370.

[143] M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo" 2003, z. 3, s. 3.

[144] M. Safjan, Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2002 r. przedstawiona przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego prof. Marka Safjana w Sejmie RP w dniu 23 lipca 2003 roku, http://trybunal.gov.pl/wiadomosci-trybunalskie/wystapienia-publiczne-prezesa-i-wiceprezesa-trybunalu/marek-safjan-4/ (dostęp: 04.01.2016 r.).

[145] M. Dąbrowski, *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, Olsztyn 2015, s. 277-278.

z Konstytucją, kreuje on w istocie normy prawne pojmowane jako ogólne i abstrakcyjne reguły zachowań[146].

Ponadto w literaturze spotkać można pogląd, iż skoro działalność Trybunału Konstytucyjnego należy łączyć z interpretacją Konstytucji, to przyjąć należy, że wykładnia ta może mieć charakter odtwórczy, albo twórczy. Pierwszy rodzaj zakłada, że Trybunał ustala treść obowiązującej normy, nie dodając, ani nie ujmując niczego z obowiązującego systemu prawa. Zwolennicy tegoż podejścia wywodzą, że sąd konstytucyjny, uznając określoną ustawę za niezgodną z Konstytucją i tym samym odmawiając jakiejś grupie uprawnień jest już przez samo to działanie organem oddziałującym na panujące stosunki. Co więcej akcentują, że decyzja Trybunału Konstytucyjnego rozstrzygająca np. w sferze kompetencyjnej organów władzy publicznej stwarza te same konsekwencje, co stanowienie prawa[147]. Natomiast w przypadku twórczej wykładni prawa podkreślane jest to, że interpretator nie tylko odtwarza znaczenie zawartych wyrażeń, ale sam je tworzy. W tym ujęciu aktywizm sądów konstytucyjnych sprowadza się do nadawania znaczenia tekstom prawnym przez co postrzegany jest jako instrument świadomej działalności polegającej na realizacji własnej wizji dystrybucji dóbr[148]. Jeżeli więc Trybunał, kierując się zasadami celowościowymi, funkcjonalnymi oraz systemowymi dyrektywami interpretacyjnymi dokonuje rekonstrukcji z przepisu normy, która ma odmienne znaczenie, to wówczas działa właśnie w sferze tworzenia, a nie odtwarzania prawa[149].

Nie można zatem zupełnie uznać, iż w działalności organów wymiaru sprawiedliwości oraz Trybunału Konstytucyjnego nie ma aktywności prawotwórczej czy precedensowej. W znacznej jednak mierze kierowanie się przez skład orzekający przy wyrokowaniu stanowiskiem wyrażonym w innym rozstrzygnięciu sądu, a nawet jego przywoływanie w pisemnych motywach wyroku, wynika przede wszystkim z niedostatków legislacyjnych lub też nieczytelności przepisu prawa stanowionego. Pomimo jednak obowiązującej kontynentalnej kultury prawa stanowionego głosy co do możliwości kreowania w orzecznictwie precedensów są coraz częściej podnoszone, chociaż zadanie to nie jest łatwe. Wymaga bowiem nie tylko przeciwstawienia się utrwalonej już wykładni prawa, ale także umiejętności przedstawienia właściwej argumentacji.

[146] A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 68.

[147] M. Smolak, *Rola Trybunału Konstytucyjnego w okresie przemian ustrojowych a problem aktywizmu sądowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2005, z. 2, s. 53-54.

[148] *Ibidem*, s. 54.

[149] M. Dąbrowski, *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą…*, s. 278.

8. Podsumowanie

Przyjęty na płaszczyźnie Konstytucji RP trójpodział władzy skutkował nie tylko wyodrębnieniem władzy sądowniczej od legislatywy oraz egzekutywy, ale również zaakcentował potrzebę zapewnienia jej niezależności. Tym samym ustawodawca, kreując sposób funkcjonowania organów trzeciej władzy, musi mieć każdorazowo na względzie, aby przyjmowane przez niego regulacje nie ingerowały w sferę chronionej autonomii, a same organy każdej z władz winny przestrzegać zakresu przyznanych im kompetencji – tj. działać na podstawie i w granicach prawa.

Powierzenie w polskim porządku prawnym sprawowania władzy sądowniczej sądom i trybunałom czyni je częścią aparatu państwowego, w którego kompetencji leży ochrona wolności oraz praw podmiotów, co wiąże się z potrzebą zabezpieczenia przestrzegania ustalonego porządku prawnego przez same jednostki oraz inne organy władzy publicznej. Ustrojodawca uznał przy tym za właściwe wyodrębnienie sądów jako organów, których zasadniczym i fundamentalnym zadaniem w Rzeczpospolitej Polskiej jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, a zatem rozstrzyganie w sprawach zaistniałych konfliktów prawnych. Wypełniając tę funkcję, działają one w imieniu państwa i na rzecz ochrony kształtowanego przez nie ładu społecznego, przez co powinny nie tylko posiadać instrumenty umożliwiające im wydawanie wiążących oraz prawnie skutecznych rozstrzygnięć, ale również posiadać gwarancje, że za ich działalnością „stoi" autorytet państwa oraz jego imperium.

Niewątpliwym czynnikiem efektywnego funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości jest właściwe i zupełne zakreślenie granic kognicji, aby z jednej strony ograniczyć ewentualne spory kompetencyjne, a z drugiej nie pozbawić jednostki poszukującej ochrony prawnej drogi sądowej. Konieczne jest zatem powierzenie rozstrzygania określonej kategorii spraw tym organom, które pod względem merytorycznym oraz organizacyjnym są najlepiej przygotowane do wypełnienia niniejszej funkcji, nie narażając jednostki na nieuzasadnioną zwłokę, czy też pozbawiając ją środków obrony. Równie ważne jest także zapewnienie jednolitości orzecznictwa, które to daje poczucie pewności i stabilności prawa oraz przyczynia się do zwiększenia zaufania do organów sprawujących wymiar sprawiedliwości.

Z powyższych względów pozytywnie należy odnieść się do przyjętego na płaszczyźnie konstytucyjnej wyodrębnienia sądów powszechnych, sądów administracyjnych, sądów wojskowych oraz Sądu Najwyższego, na którym spoczywa obowiązek zapewnienia jednolitości orzecznictwa sądownictwa powszechnego oraz wojskowego. Rozróżnienie to gwarantuje bowiem w pewnej mierze, że sprawy o charakterze sądowoadministracyjnym zostaną rozpatrzone przez powołane do tego wyspecjalizowane sądy, znające szczególny charakter materii poddanej ich kognicji i z racji − kontrolnego charakteru sprawowanego przez nie wymiaru

sprawiedliwości − nie wymagające przeprowadzania postępowania dowodowego w pełnym zakresie. Podobnie należy spojrzeć na trafność wyodrębnienia sądownictwa wojskowego, które powinno zostać dostosowane do struktury terytorialnej sił zbrojnych i specyfiki ich funkcjonowania. Stanowią one poniekąd szczególne względy przemawiające za wyjęciem rozstrzyganych przez nie spraw spod jurysdykcji sądów powszechnych i przyznanego im domniemania kompetencyjnego. Oczywiście z punktu widzenia funkcjonowania całego aparatu państwowego nie bez znaczenia pozostają tu argumenty o charakterze finansowym, które podnoszone są w dyskusji nad zasadnością wyodrębnienia niniejszych sądów. Nie mogą one jednak przesłaniać podstawowego celu funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości, jakim jest wydawanie w imieniu państwa wiążących decyzji w sferze wolności i praw jednostki, po uprzednim rozpoznaniu sprawy przez sąd w postępowaniu dającym rękojmię jak najrzetelniejszego i najsprawniejszego rozstrzygnięcia. Każda bowiem sfera działania organów państwa powinna służyć dobru jednostki.

Courts as judicial authorities in Polish legal order

Abstract: Entrusting with the exercise of judicial authority to the courts and tribunals in Poland makes them a part of the state apparatus, in whose competence lies protection of freedom and rights of a citizen, what entails the need for securing the established legal order by the units themselves as well as by other public authorities.

The objective of this article is to present the key elements of functioning of the courts as authorities whose essential and fundamental duty in the Republic of Poland is administration of justice, thus settlement of the existing legal conflicts. In this scope, the range of cognitions of the Supreme Court, general jurisdiction courts, administrative courts, and military courts has been presented, and it has been accented that the factor of effective functioning of those judicial authorities is establishment of clear boundaries of *jurisdiction ratione materiae* of each of them, so that the possible competence disputes are limited, on one hand, and do not deprive the person who is seeking the legal protection of the court proceedings, on the other.

Keywords: courts, human rights, right to a fair trial

Rozdział II

Praktyczne aspekty definiowania granic wolności i praw osobistych

Magdalena Abu Gholeh
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Dopuszczalność kary śmierci w kontekście Ósmej Poprawki a orzeczenie *Gregg v. Georgia* (1976)

1. Wstęp

Kara śmierci – to jedno z tych zagadnień prawnych, które nadal budzi największe kontrowersje. Choć z perspektywy Europejczyków jest ono wyłącznie abstrakcyjne i najczęściej budzi skojarzenia z totalitarnymi bądź przynajmniej niedemokratycznymi systemami rządów, to nie można zapomnieć, że jego „ostoją" jest państwo, będące jednocześnie „ostoją demokracji". Stany Zjednoczone dzięki swojemu przyzwoleniu na stosowanie kary ostatecznej znalazły się w dość niecodziennym zestawieniu, zaraz obok Chin, Iranu, Arabii Saudyjskiej czy Korei Północnej. Choć wydaje się, że z biegiem lat postrzeganie kary śmierci w Ameryce ulega powolnej przemianie[1], to z całą pewnością trzeba stwierdzić, że jej społeczne poparcie jest nadal stosunkowo duże[2].

Lata 70. XX w. to okres znoszenia kary śmierci w Europie Zachodniej. W tym samym czasie w Stanach Zjednoczonych zapadły przynajmniej dwa istotne wyroki Federalnego Sądu Najwyższego w tej kwestii. Mowa tu o orzeczeniu w sprawie *Furman v. Georgia* z 1972 r. oraz *Gregg v. Georgia* z 1976 r. Choć przedmiotem niniejszej publikacji będzie drugie z nich, to z racji licznych odwołań i powiązań konieczne jest również krótkie przybliżenie tego pierwszego.

[1] Na co wskazuje chociażby malejąca liczba egzekucji: 2009 – 52, 2010 – 43, 2011 – 43, 2012 – 43, 2013 – 39, 2014 – 35. Za: *Death sentences and executions 2014,* http://amnesty.org.pl/fileadmin/user_upload/Kampanie/Death_Sentences_and_Executions_2014_EN.pdf (dostęp: 03.05.2015).

[2] Badanie opinii publicznej przeprowadzone przez *Pew Research Center* w marcu 2015 r. wykazało 56% poparcie dla kary śmierci. Za: *Less Support for Death Penalty, Especially Among Democrats,* http://www.people-press.org/2015/04/16/less-support-for-death-penalty-especially-among-democrats/ (dostęp: 03.05.2015).

Sprawa nazywana *Furman v. Georgia*[3] w praktyce odnosiła się do trzech spraw[4], których podobieństwo pozwoliło na połączenie ich i wydanie jednego wyroku. Dotyczyła ona Williama Furmana, który próbował obrabować dom, jednak gdy został nakryty, chciał uciec. W tym czasie potknął się, a broń, którą miał przy sobie wystrzeliła i wskutek tego został śmiertelnie postrzelony jeden z domowników[5].

Po wyczerpaniu całej możliwej drogi odwoławczej sprawa trafiła do Federalnego Sądu Najwyższego, który przede wszystkim musiał zmierzyć się z kwestią arbitralności obecnej przy orzekaniu o karze śmierci. Wynikało to zwłaszcza z ustawodawstwa stanowego, które wyposażało ławę przysięgłych w dużą swobodę. W założeniu miało to pozwalać na łagodzenie wyroków, jednak w praktyce przyczyniło się do niezwykle losowego i (wydawać by się mogło) przypadkowego wymierzania kary ostatecznej. Jak później stwierdził sędzia Thurgood Marschall, ofiarami takiego sytemu padali zwykle ubodzy i niewykształceni ludzie, których nie było stać na opłacenie dobrego prawnika, a tym samym skutecznie się bronić[6]. W orzeczeniu podkreślono również selektywność, z jaką dokonywano „wyboru" skazanych. Nie można było również wykluczyć sytuacji kierowania się osobistymi antypatiami czy uprzedzeniami. Tym samym sędziowie nie decydowali o konstytucyjności kary śmierci jako takiej, lecz o procedurze jej orzekania. Ostatecznie stosunkiem głosów pięć do czterech Federalny Sąd Najwyższy stwierdził, że kara śmierci nakładana na podstawie ówcześnie obowiązujących przepisów jest karą okrutną i niezwykłą w rozumieniu Ósmej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

Orzeczenie to skutkowało uchyleniem blisko 600 wyroków wymierzających karę śmierci, a, co istotniejsze, wpłynęło na prawo w 35 stanach. Miało ono zmniejszyć władzę dyskrecjonalną sędziów i przysięgłych oraz zagwarantować, by kara śmierci nie była orzekana samowolnie i kapryśnie[7].

1.1. Orzeczenie *Gregg v. Georgia*

1.1.1. Stan faktyczny oraz przebieg procesu

Sprawa *Gregg v. Geogria* dotyczyła Troya Gregga oskarżonego o dokonanie rozboju i zabójstwa. 21 listopada 1973 r. oskarżony wraz z Floydem Allenem podróżował na północ Florydy. Korzystając z uprzejmości kolejnych kierowców, trafili na Freda Sim-

[3] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 29 czerwca 1972 r. w sprawie *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (dalej jako: *Furman*).

[4] *Furman v. Georgia, Jackson v. Georgia* oraz *Branch v. Texas.*

[5] http://www.phschool.com/atschool/ss_web_codes/supreme_court_cases/furman.html (dostęp: 03.05.2015)

[6] S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997, s. 206.

[7] *Ibidem*, s. 208.

monsa i Boba Moore'a, którzy zaoferowali im podwiezienie. Będąc jeszcze na terenie stanu Floryda, mężczyźni zabrali ze sobą kolejnego autostopowicza – Dennisa Weavera. Kontynuowali oni wspólną podróż aż do Atlanty, gdzie ok. godziny 23 Weaver wysiadł. Chwilę później pozostała czwórka zatrzymała się na postój obok autostrady. Następnego poranka ciała Simmonsa i Moore'a zostały odnalezione w pobliskim rowie.

23 listopada Dennis Weaver przeczytał w gazecie o strzelaninie w Atlancie i powiązał te wydarzenia ze swoimi wcześniejszymi towarzyszami. Natychmiast skontaktował się z policją w Hrabstwie Gwinnett i przekazał im wszelkie niezbędne informacje, w tym opis samochodu. Już następnego popołudnia Gregg i Allen zostali zatrzymani i aresztowani. Podczas przeszukania w kieszeni oskarżonego odnaleziono pistolet o kalibrze 25 mm, który, jak się później okazało, posłużył do zabicia Simmonsa i Moore'a. Po otrzymaniu wymaganych prawem ostrzeżeń, Gregg pisemnie zrzekł się swoich praw oraz podpisał oświadczenie, w którym przyznał się do morderstwa i rabunku. Usprawiedliwiał jednak swoje zachowanie obroną konieczną.

Kolejnego dnia oskarżony wraz z Allenem został przewieziony na miejsce zbrodni. Allen szczegółowo opisał zdarzenia z 21 listopada. Według niego, gdy Simmons i Moore opuścili samochód, Gregg stwierdził, że zamierza ich obrabować. Wziął do ręki pistolet i przyjął pozycję do strzału. W momencie, gdy właściciele samochodu weszli na nasyp znajdujący się przed pojazdem, Gregg oddał trzy strzały, a mężczyźni upadli w pobliżu rowu. Chwilę później podszedł do nich i oddał strzały prosto w głowę, następnie okradł ich z kosztowności i odjechał wraz z Allenem.

Po przeprowadzeniu sekcji zwłok koroner ustalił, że obydwaj mężczyźni zginęli w wyniku postrzału, a pociski znaleziono w oku (u Simmonsa) oraz w policzku i podstawie czaszki (u Moore'a). Dodatkowo obaj mieli na ciele kilka siniaków oraz otarć, które najprawdopodobniej powstały w wyniku upadku do rowu bądź przesuwania zwłok wzdłuż nasypu.

Co istotne dla sprawy – Allen nie składał zeznań, jednak policyjny detektyw zrelacjonował treść jego wypowiedzi oraz wspomniał, że Gregg przyznał, iż „były one dokładne". Gregg podczas późniejszych zeznań potwierdził, iż Allen składał wyjaśnienia, ale zaprzeczył jakoby kiedykolwiek stwierdził ich poprawność czy dokładność. Utrzymywał natomiast, że zastrzelił Simmonsa i Moore'a wyłącznie w obronie własnej, po tym jak zostali zaatakowani przez nich za pomocą rury i noża.

Sędzia, przekazując sprawę do rozpatrzenia ławie przysięgłych, przedstawił im przesłanki dotyczące przestępstwa morderstwa (w dwóch postaciach – kwalifikowanej i nie) oraz obrony koniecznej. Odmówił natomiast opisania przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci. Pouczył przysięgłych również w przedmiocie rozboju oraz kra-

dzieży z zastraszeniem. Na tym etapie procesu ława przysięgłych uznała Gregga za winnego dwóch zarzutów morderstwa oraz dwóch zarzutów rozboju.

Na drugim etapie procesu, będącym etapem orzekania o karze, ani prokurator, ani obrońca nie przedstawili żadnych dodatkowych dowodów. Obydwaj dokonali natomiast obszernej argumentacji dotyczącej ogólnej zasadności stosowania kary śmierci. Sędzia pouczył przysięgłych, że w tej sytuacji właściwa będzie zarówno kara śmierci, jak i kara dożywotniego pozbawienia wolności za każdy z zarzutów. Poza tym zaznaczył, że dla orzeczenia kary śmierci konieczne będzie ustalenie ponad wszelką wątpliwość zaistnienia przynajmniej jednej z poniższych okoliczności obciążających:

– przestępstwo morderstwa zostało popełnione, podczas gdy sprawca był zaangażowany w popełnienie dwóch innych przestępstw zagrożonych karą śmierci (tj. rozboju);
– sprawca popełnił przestępstwo morderstwa w celu odebrania pieniędzy i samochodu;
– przestępstwo morderstwa było oburzające, podłe, okrutne i nieludzkie oraz wiązało się deprawacją oskarżonego.

Po uznaniu, że zaistniały dwie pierwsze z nich, ława przysięgłych wymierzyła Troyowi Greggowi karę śmierci za każde z przestępstw.

Sąd Najwyższy Stanu Georgia podtrzymał skazanie i nałożenie kary śmierci za morderstwa. Po zapoznaniu się ze stenogramami rozprawy oraz po porównaniu wyroków w podobnych sprawach, sędziowie uznali, że biorąc pod uwagę charakter przestępstwa oraz samego skazanego, wyroki śmierci nie są nadmierne lub nieproporcjonalne do kar zasądzonych w podobnych sprawach.

1.1.2. Ustawodawstwo stanu Georgia w zakresie kary śmierci

W wyniku orzeczenia *Furmana* z 1972 r. stan Georgia wprowadził w swoim prawie liczne zmiany, które miały pozwolić na zgodne z konstytucją nakładanie kary śmierci. Zawężono katalog czynów zagrożonych karą śmierci i przyjęto, że będzie ona przewidziana za sześć kategorii przestępstw: morderstwo, porwanie (dla okupu lub jeżeli w jego wyniku ucierpiała ofiara), rozbój, gwałt, zdradę oraz porwanie samolotu. Orzekanie o niej odbywało się w ramach tzw. dwuetapowego procesu (*bifurcated trial)*. Na jego pierwszym etapie stwierdzano winę (bądź jej brak) oskarżonego, natomiast w trakcie drugiego wymierzano karę.

Przed skazaniem oskarżonego na karę śmierci (z wyłączeniem przestępstwa zdrady i porwania samolotu) ława przysięgłych bądź sędzia jest zobowiązany do ustalenia ponad wszelką wątpliwość jednej z dziesięciu okoliczności obciążających, jakie przewidziano w ustawie.

1) Czy oskarżony był uprzednio skazany za przestępstwo zagrożone karą śmierci?
2) Czy przestępstwo zostało popełnione w trakcie innego przestępstwa zagrożonego karą śmierci?
3) Czy przestępstwo zagrażało życiu wielu osób?
4) Czy zostało ono popełnione dla pieniędzy lub innych kosztowności?
5) Czy zostało ono popełnione względem urzędnika sądowego (*judical officer*), prokuratora dystryktowego lub radcy prawnego w trakcie lub z powodu wykonywania obowiązków służbowych?
6) Czy sprawca dokonał przestępstwa na rzecz innej osoby, bądź będąc jej pracownikiem?
7) Czy przestępstwo było czynem skandalicznym, odrażająco złym, strasznym i nieludzkim, związanym ze stosowaniem tortur, deprawacją lub kwalifikowaną napaścią?
8) Czy przestępstwo zostało popełnione względem oficera służb porządkowych (*peace officer*), pracownika służby więziennej (*corrections employee*) lub strażaka w trakcie wykonywania przez niego obowiązków służbowych?
9) Czy przestępstwo zostało popełnione przez osobę znajdującą się w areszcie (lub która z niego zbiegła)?
10) Czy przestępstwo zostało popełnione w celu uniknięcia, przeszkodzenia lub zapobiegnięcia zatrzymania siebie lub innej osoby?

Jeżeli zapadnie wyrok śmierci, sędziowie mają obowiązek podania do wiadomości stwierdzonej przez siebie przesłanki. Jednak są oni także uprawnieni do rozważania innych okoliczności obciążających bądź łagodzących. Co istotne, nie mają oni obowiązku uznania jakiejkolwiek przesłanki łagodzącej w celu zmniejszenia wymiaru kary.

Aby wykluczyć możliwość popełniania błędu bądź kierowania się względami pozaprawnymi, ustawodawca stanu Georgia wprowadził specjalny przyspieszony tryb bezpośredniej kontroli wyroku przez Sąd Najwyższy Stanu Georgia. Bada on stosowność nałożenia kary śmierci oraz zarzuty podniesione w apelacji. Dodatkowo stwierdza, czy nie została ona nałożona pod wpływem emocji lub uprzedzeń, czy dowody potwierdzają ustalenia przysięgłych, oraz czy nie jest ona nadmierna lub nieproporcjonalna w stosunku do kar nałożonych w podobnych przypadkach. Co więcej, w sytuacji podtrzymania kary śmierci Sąd Najwyższy ma obowiązek wymienić w swoim rozstrzygnięciu odniesienia do innych, podobnych spraw, które wzięto pod uwagę.

Podczas kontroli wyroku sędziowie Sądu Najwyższego zapoznają się z kompletną dokumentacją oraz zapisem wcześniejszego procesu. Ponadto sędzia niższej instancji wypełnia przeszło sześciostronicowy kwestionariusz. Został on przygotowany w taki sposób, by uzyskać informacje zarówno o pozwanym, samym przestępstwie, jak i okolicznościach towarzyszących procesowi. Dzięki temu możliwe jest wykrycie ewentual-

nej samowoli lub nieproporcjonalności wyroku. Zawarto w nim na tyle szczegółowe pytania, że dotyczą one nawet jakości obrony czy brania pod uwagę pochodzenia oskarżonego. Sąd Najwyższy ma możliwość podtrzymania wyroku bądź przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia (*resentencing*). W przypadku potwierdzenia kary śmierci skazany może skorzystać jeszcze z instytucji ułaskawienia.

1.1.3. Konstytucyjność kary śmierci

Co istotne, zarówno dla niniejszego opracowania, jak i dla lepszego zrozumienia problematyki kary śmierci w Stanach Zjednoczonych, Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu poruszył również kwestię niekonstytucyjności kary ostatecznej samej w sobie.

Już w wielu wcześniejszych sprawach sędziowie Federalnego Sądu Najwyższego przyjmowali i potwierdzali zgodność kary śmieci z Konstytucją, a w szczególności z jej Ósmą[8] i Czternastą[9] Poprawką. Kilkakrotnie takie założenie dało podstawę do wydania wyroku. Mimo to, aż do sprawy *Furmana* Sąd nie zmierzył się bezpośrednio z zarzutem, że kara śmierci zawsze, bez względu na wszelkie okoliczności przestępstwa oraz procedurę jej nałożenia, jest okrutna i niezwykła. Kwestia ta nie została ostatecznie rozstrzygnięta w przytoczonej sprawie, jednak czterech sędziów wprost stwierdziło, że kara ostateczna nie jest niekonstytucyjna sama w sobie.

Wspomniana wcześniej Ósma Poprawka zakazuje stosowania kar „okrutnych i niezwykłych". Zwrot ten po raz pierwszy pojawił się już pod koniec XIV w. w angielskiej *Bill of Rights*[10]. Według sędziów Sądu Najwyższego jego celem było przeciwdziałanie karom nieprzewidzianych prawem, pozostającym poza jurysdykcją sądu bądź nieproporcjonalnym do popełnionego czynu. Uznali oni również, że ojcom amerykańskiej konstytucji przyświecał przede wszystkim cel polegający na uniknięciu tortur oraz innych barbarzyńskich metod karania.

Początkowo w judykaturze w ogóle nie podnoszono zarzutu niekonstytucyjności kary śmierci jako takiej. Skupiano się raczej na zgodności z prawem poszczególnych metod egzekucji. Oceniano je według podobieństwa do wspomnianych już tortur bądź innych barbarzyńskich metod[11].

[8] „Nie wolno żądać nadmiernych kaucji ani wymierzać nadmiernych grzywien albo stosować kar okrutnych lub wymyślnych". Za: *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002.

[9] „[…] Żaden stan nie może wydawać ani stosować ustaw, które by ograniczały prawa i wolności obywateli Stanów Zjednoczonych. Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości ani odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawa". Za: *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki.…*

[10] http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction (dostęp: 3.05.2015).

[11] Zob.: *In Re Kemmler* (136 U.S. 436, 447), *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber* (329 U.S. 459, 464).

Co dość charakterystyczne dla amerykańskiego systemu prawnego, przepisy konstytucyjne (w tym i Ósmą Poprawkę) interpretuje się zwykle w sposób elastyczny i dynamiczny, a więc w oderwaniu od pierwotnego znaczenia, jakie przypisywali mu autorzy ustawy zasadniczej. Przykładem takiej wykładni może być chociażby sprawa *Trop v. Dulles*[12]. Podczas jej rozstrzygania sędziowie uznali, że kara pozbawienia obywatelstwa orzeczona względem żołnierza, który uciekł z więzienia wojskowego i według prawa stał się dezerterem, jest nieproporcjonalna, a tym samym niekonstytucyjna. Odejście od statycznej metody interpretacji ma na celu dostosowanie jej znaczenia do zmieniających się społecznych standardów przyzwoitości. To ogólna postawa społeczeństwa powinna odzwierciedlać stosunek do danego rodzaju kary. Mimo to, jak podkreślają sędziowie, stosunek społeczny do norm przyzwoitości w odniesieniu do sankcji karnych nie jest rozstrzygający, ponieważ kara musi być również zgodna z godnością człowieka. Pojęcie to nierozerwalnie wiąże się z Ósmą Poprawką i jej wykładnią.

Nadmierność kary w rozumieniu Ósmej Poprawki powinna być rozpatrywana w dwóch aspektach. Po pierwsze, czy nie wiąże się ona z zadawaniem niepotrzebnego i nieuzasadnionego bólu. Po drugie, czy nie jest rażąco nieproporcjonalna do wagi przestępstwa.

Czy więc można uznać, że kara śmierci orzeczona za przestępstwo morderstwa naruszać będzie Ósmą Poprawkę? Historia orzecznictwa amerykańskiego wydaje się udzielać negatywnej odpowiedzi na to pytanie. Taka forma kary była akceptowana od wielu lat. Jeszcze w XX w. większość stanów niezwykle często skazywała na karę ostateczną za morderstwo, mimo tego że nowelizacje pozwalały na wymierzenie łagodniejszej kary.

Niemal pewna pozostaje również kwestia tego, że autorzy konstytucji USA akceptowali stosowanie kary śmierci. W momencie jej tworzenia była ona powszechnie stosowania, a co więcej odniesienia do niej możemy odnaleźć w kilku fragmentach ustawy zasadniczej. Piąta Poprawka mówi: „[…] Nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść, ani tez zostać bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości pozbawiony życia, wolności lub mienia”[13]. Podobne twierdzenia możemy odnaleźć w przywoływanej już Czternastej Poprawce, która stanowi, że: „[…] Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości ani odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawa)”[14].

Niezwykle adekwatne dla amerykańskiego podejścia do kary śmierci wydaje się zdanie sędziego Warrena, przytoczone w sprawie *Trop v. Dulles*. Twierdził on, że kara śmierci była stosowana od wieków i nie można stwierdzić, że narusza ona konstytucyjne

[12] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 31 marca 1958 r. w sprawie *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86.
[13] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki…*
[14] *Ibidem.*

klauzule w momencie, gdy nadal jest powszechnie akceptowana przez społeczeństwo. I choć niektórzy starają się dowieść, że normy obyczajowe ewaluowały do takiego etapu, w którym kara śmierci nie jest już tolerowana, to badania i zachowania nadal wskazują na coś zgoła innego. Zdaniem sędziów najlepszym przykładem tego była reakcja stanowych legislatur na orzeczenie *Furmana*. W obliczu tamtego wyroku nie zrezygnowały z kary śmierci w swoim prawie karnym, a jedynie na tyle zmodyfikowały swoje przepisy, aby jej orzekanie nie budziło żadnych kontrowersji. Przyjmując za sędziami, że to właśnie legislatury, a więc organy wybierane bezpośrednio przez obywateli, są najlepszym odzwierciedleniem woli i poglądów społeczeństwa, ciężko jest się nie zgodzić z taką argumentacją. Na potwierdzenie tych racji sędziowie wskazali jeszcze inny twór będący doskonałym odzwierciedleniem społeczeństwa – ławy przysięgłych. To one pozwalają na „utrzymywanie relacji pomiędzy współczesnymi wartościami społecznymi a systemem karnym”[15]. Właśnie ta wartość przysięgłych wydaje się być ważniejsza od jej ewentualnych wad. Oczywiste jest, że zasiadają w niej ludzie, którzy prawdopodobnie nigdy wcześniej nie decydowali o czyimś życiu bądź śmierci, jednak mimo wszystko ta forma „łącznika” ze społeczeństwem jest konieczna i pożądana w wymiarze sprawiedliwości. Próbą zminimalizowania wad przysięgłych jest wspomniany już dwuetapowy proces, który prawdopodobnie jest najlepszym rozwiązaniem tego problemu. Dodatkowo, biorąc pod uwagę niewielką wiedzę prawniczą przysięgłych, właściwe jest udzielanie im pewnych podstawowych informacji co do obowiązującego prawa i jego stosowania. Taka forma przekazywania wytycznych wydaje się być koniecznym (zwłaszcza w tak specyficznym systemie *common law*), a jednocześnie sprawdzonym sposobem, na uniknięcie popełnienia pomyłek przysięgłych[16].

W nauce podnosi się zwykle, że kara śmierci ma służyć celom odwetu oraz odstraszać innych potencjalnych przestępców. Każde okrutne i nieludzkie zachowania budzą w społeczeństwie oburzenie, a instynkt odwetu jest częścią ludzkiej natury. Tym samym rolą państwa jest taka prawna reakcja, która jednocześnie wypełni (w pewnym stopniu) oczekiwania ludzi, ale działać będzie w granicach prawa. Ma to zapobiec przede wszystkim działaniom obywateli na własną rękę, chociażby w formie linczu. Bo choć, jak twierdzą sędziowie, odwet nie jest już głównym celem prawa karnego, to nie jest on zabroniony bądź sprzeczny z moralnymi standardami.

Znacznie trudniejsze do rozstrzygnięcia jest natomiast zagadnienie odstraszającego wpływu kary śmierci. Wszakże ciężko jest go dowieść w drodze badań naukowych. Można również stwierdzić, że dla części sprawców forma kary nie będzie miała absolut-

[15] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 3 czerwca 1968 r. w spawie *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510.

[16] A. Jezusek, *Kara śmierci w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, R. XIV, z. 4, s. 108 i n.

nie żadnego znaczenia w momencie popełniania czynu zabronionego, a dla innych będzie decydująca. Wiele w tym przedmiocie zależy od indywidualnych cech sprawcy a także okoliczności samego przestępstwa.

1.1.4. Kara śmierci a federalizm

Kara śmierci w amerykańskim porządku prawnym wiąże się również z innym istotnym zagadnieniem, jakim jest podział zadań pomiędzy władze stanowe a federalne. Zgodnie z Dziesiątą Poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych istnieje domniemanie kompetencji na rzecz stanów. Amerykańska ustawa zasadnicza nie zastrzega dla władz federalnych stanowienia wyłącznego prawa karnego (a więc i decydowania o istnieniu kary śmierci). Tym samym w większości przypadków mamy do czynienia z decyzją o wpisaniu kary ostatecznej do katalogu kar na poziomie legislatur stanowych. Na dzień dzisiejszy jest ona przewidziana w 32 stanach. Jednak w amerykańskim porządku prawnym istnieje również kilka przepisów na poziomie federalnym, które przewidują sankcję kary śmierci. Obecnie ich katalog zawarty jest w rozdziale 228 § 18 *U.S. Code*.

Omawiając wyrok w sprawie *Gregg v. Georgia*, mamy do czynienia z karą śmierci orzeczoną na podstawie prawa stanowego. Co prawda nie będzie miał tu miejsca konflikt pomiędzy prawem stanowym a federalnym, jednak sędziowie Sądu Najwyższego zauważyli tu inny potencjalny konflikt interesów, na linii legislatywa-judykatura. Według nich kontrola konstytucyjności prawie zawsze wiąże się z pewnym sporem pomiędzy wyrokiem sądowym a oceną prawodawcy. Jak wspomniano w orzeczeniu *Dennis v. United States*: „Sądy nie są organami przedstawicielskimi. Nie są zaprojektowane tak, by być dobrym odzwierciedleniem demokratycznego społeczeństwa”[17]. I właśnie dlatego przy dokonywaniu oceny kary wybranej przez demokratycznie wybranego prawodawcę, należy przyjąć jej ważność. Zakładając, że to właśnie prawodawca jest odzwierciedleniem zarówno woli, jak i aktualnych wartości moralnych społeczeństwa, należy okazać szacunek ich decyzjom. Co więcej to właśnie legislatury stanowe są w stanie najlepiej ocenić, na jakim etapie są przemiany społeczne w poszczególnych stanach.

Sędziowie, podsumowując swoje rozważania w orzeczeniu *Gregg v. Georgia*, uznali, że w sytuacji braku wyraźnych dowodów na to, że osąd ustawodawcy stanu Georgia co do kary śmierci był zły, należy przyjąć, że kara orzekana za morderstwo nie jest niekonstytucyjna. W sytuacji celowego odebrania życia drugiej osobie przez przestępcę nie można również stwierdzić nieproporcjonalności kary śmierci do popełnionego czynu. Jeżeli przyjmujemy, że jest to „wyjątkowa” i radykalna kara, to powinna być ona zastrzeżona wyłącznie dla „wyjątkowych” i radykalnych przestępstw, a takie (zdaniem sędziów) popełniono w tej sprawie.

[17] 341 U.S. 494, 525.

1.1.5. Zarzuty podniesione przez Troya Gregga

Troy Gregg w swojej skardze do Sądu Najwyższego twierdził, że zmiany, jakie zaszły w prawie stanu Georgia po orzeczeniu *Furmana*, nie wyłączają możliwości arbitralnego orzekania kary śmierci. Według niego możliwość uznaniowego działania była na tyle duża, iż ciężko było mówić o sprawiedliwym procesie. Twierdził on, że przejawem tego była chociażby możliwość ławy przysięgłych do dowolnego zmniejszania wymiaru kary oraz procedura ułaskawienia przez gubernatora i Radę ds. Ułaskawień (*Georgia Board of Pardons and Paroles*). W opinii Sądu o naruszeniu prawa można by mówić wyłącznie wtedy, gdyby uznaniowe decyzje zapadały w kwestii skazania na karę śmierci. Tutaj mamy jednak do czynienia z łagodzeniem kary, więc zdaniem sędziów nie może być mowy o łamaniu konstytucji.

Ponadto Gregg twierdził, że procedury prawne Georgii nie eliminują niebezpieczeństwa samowoli i kapryśności. Przepisy są zbyt ogólne i niejasne, czym pozostawiają przysięgłym zbyt dużą swobodę. Nie odnosi on tych zarzutów konkretnie do swojego rozstrzygnięcia, lecz do systemu jako całości. W jego ocenie zwłaszcza okoliczności obciążające ujęto zbyt szeroko, co prowadzi do nieścisłości. Tyczy się to przede wszystkim siódmej z nich, która mówi o morderstwie „skandalicznym, odrażająco złym, strasznym i nieludzkim, związanym ze stosowaniem tortur, deprawacją lub kwalifikowaną napaścią" i jest na tyle szeroka, że praktycznie każde przestępstwo zabójstwa można by jej przypisać. Sąd Najwyższy nie zgodził się również i z tym zarzutem, wskazując, że dotychczas Stanowy Sąd Najwyższy utrzymał w mocy wyłącznie jedno orzeczenie powołujące się na tę okoliczność. Dotyczyło ono okrutnego morderstwa z użyciem tortur[18]. Gregg odnosi się również do niejasności przepisu mówiącego o stwarzaniu dużego ryzyka śmierci dla więcej niż jednej osoby. Jednak sędziowie ponownie obalają ten zarzut, wskazując, że tylko raz Stanowy Sąd Najwyższy utrzymał wyrok oparty na tej przesłance, a dotyczył on człowieka, który otworzył ogień w stronę ludzi zgromadzonych w kościele[19].

W podsumowaniu sędziowie Sądu Najwyższego stwierdzili, że wprowadzone przez Georgię przepisy w zupełności ograniczają ryzyko nakładania kary śmierci w sposób kapryśny czy całkowicie dowolny. W procesie Troya Gregga zastosowano je prawidłowo, a wcześniejsze rozważania nad istotą kary śmierci nie dały podstaw do uznania jej za niekonstytucyjną. Tym samym 2 lipca 1976 r. Sąd Najwyższy stosunkiem głosów 7:2 podtrzymał wyrok Stanowego Sądu Najwyższego, skazujący Troya Gregga na karę śmierci.

[18] *McCorquodale v. State* (233 Ga. 369, 211 S.E.2d 577).
[19] *Chanault v. State* (233 Ga. 369, 211 S. E. 2d 577).

1.2. Wnioski

Wyrok w omawianej sprawie był nie tylko decydujący dla oskarżonego, lecz wyraźnie podkreślił, że kara śmierci sama w sobie jest zgodna z konstytucją. Musi być ona jednak ograniczona przez właściwie skonstruowane prawo, które wyeliminuje czynniki arbitralne bądź nieproporcjonalne. W pewien sposób wyrok obrazuje również amerykańskie podejście do kary ostatecznej, gdzie jest ona silnie zakorzeniona, a argumenty historyczne są zawsze silnie akcentowane.

Zważając na wypowiedzi sędziów, ciężko jest przypuszczać, że ewentualne zniesienie kary śmierci dokona się na drodze orzeczenia sądowego bądź uznania jej za niekonstytucyjną. Znacznie bardziej prawdopodobne wydaje się uczynienie tego w procesie ustawodawczym. Z punktu widzenia „odległego" obserwatora kara śmierci przetrwała w amerykańskim prawie karnym na tyle długo, oparła się tak wielu zarzutom i znalazła oparcie w tak wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego, że niezwykle trudno będzie o jakikolwiek precedens w tym zakresie.

2. Kara śmierci w Polsce

Przenosząc rozważania dotyczące kary śmierci na grunt polski czy europejski, należy wziąć pod uwagę to, iż będą one miały zupełnie inny charakter niż w przypadku Stanów Zjednoczonych. Prawie zupełne wyeliminowanie kary ostatecznej z kodeksów karnych na starym kontynencie sprawiło, że dyskusje jej dotyczące będą odnosić się przede wszystkim do przeszłości oraz możliwej przyszłości, w której kara ta mogłaby powrócić. Wszakże brak jest aktualnych aktów prawnych czy rozstrzygnięć przewidujących najsurowszą sankcję.

Druga wojna światowa odcisnęła swe piętno w licznych ustawodawstwach krajowych i międzynarodowych. Wzrastała świadomość praw człowieka oraz zaczęto dostrzegać wady *stricte* pozytywistycznego podejścia do prawa[20]. Tymczasem Polska Rzeczpospolita Ludowa, znajdująca się pod radzieckim wpływem, zdawała się dążyć do coraz większej surowości prawa. Tuż po wojnie nadal obowiązywał przedwojenny kodeks karny z 1932 r., który był stale modyfikowany i dostosowywany do bieżącej sytuacji politycznej dodatkowymi ustawami szczególnymi. Doprowadziło to do sytuacji, w której kara śmierci była uregulowana aż w 11 aktach pozakodeksowych.

Lata 50. XX w. wiązały się z początkiem prac nad nowym kodeksem karnym. Nie przyczyniło się to jednak do głębszej refleksji nad koniecznością kary śmierci, gdyż jak możemy przeczytać w uzasadnieniu do projektu „utrzymuje [on] przewidzianą w obowią-

[20] B. Bartusiak, *Kara śmierci w świetle sporu o racjonalizację kary*, Warszawa 2011, s. 116.

zującym ustawodawstwie karę śmierci, uznając, że obecnie nie ma podstaw do rezygnacji z tego środka represji, mimo przemawiających przeciwko niemu argumentów”[21]. W 1969 r. przyjęto nową kodyfikację[22], która w znacznej mierze usystematyzowała regulację dotyczącą kary śmierci, jednak ciężko stwierdzić, czy przyczyniła się do złagodzenia prawa. Kara ostateczna znalazła się w katalogu kar zasadniczych oprócz pozbawienia wolności, ograniczenia wolności i grzywny[23]. Zastrzeżono jednak, że kara śmierci będzie miała charakter wyjątkowy, oraz że będzie przewidziana wyłącznie za najcięższe zbrodnie[24]. Tym samym kodeks przewidywał jej orzeczenie za dziewięć przestępstw. Mimo to przyjęcie nowego kodeksu nie doprowadziło do wyeliminowania, zdaniem autorki, największego niebezpieczeństwa, jakim były regulacje pozaustawowe. Nadal możliwe było skazanie na karę ostateczną na podstawie Dekretu o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego z 31 sierpnia 1944 r. oraz ustawy z 24 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej. Jednak, co podkreślane jest w literaturze, kara śmierci była w tym okresie sankcją alternatywną i w każdej sytuacji dopuszczalne było orzeczenie zamiast niej kary 25 lat pozbawienia wolności[25].

Kodeks wprowadził również kilka ograniczeń dotyczących orzekania bądź wykonywania kary śmierci. Niedopuszczalne było skazanie na karę ostateczną osoby, która w chwili popełnienia przestępstwa nie ukończyła 18 lat[26]. Wyjątek dotyczył również kobiet w ciąży, jednak − jak twierdzi M. Zubik − był on rozumiany szeroko, gdyż miał zastosowanie zarówno do kobiet, które były w ciąży w momencie popełnienia czynu zabronionego, jak i wymierzenia kary oraz jej wykonania[27].

Mogłoby się wydawać, że z biegiem lat przeciwnicy kary śmierci rośli w siłę, a poglądy społeczne przyczyniały się do coraz rzadszego jej orzekania. Niestety, po przyjęciu kodeku karnego z 1969 r. można zaobserwować wyraźny wzrost takich wyroków[28].

Przepisy proceduralne tamtego okresu przewidywały wiele norm odnoszących się do spraw o przestępstwa zagrożone karą śmierci. Zwiększono w nich liczebność składu

[21] *Projekt Kodeksu Karnego. Uzasadnienie*, Warszawa 1968, s. 107, [za:] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych*, Warszawa 1998, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/MarekZubikKaraSmierciWSwietleDoswiadczenWspolczesnychSystemowPrawnych.pdf (dostęp: 1.09.2015).

[22] Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94; dalej jako k.k. z 1969 r.

[23] Art. 30 k.k. z 1969 r.

[24] Art. 30 § 2 k. k. z 1969 r.

[25] B. Bartusiak, *Kara śmierci w świetle sporu…*, s. 194.

[26] Art. 31 k.k. z 1969 r.

[27] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych*, Warszawa http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/MarekZubikKaraSmierciWSwietleDoswiadczenWspolczesnychSystemowPrawnych.pdf (dostęp: 1.09.2015).

[28] A. Grześkowiak, *Kara śmierci w polskim prawie karnym*, Toruń 1978, s. 121, [za:] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń …*

orzekającego do 2 sędziów i trzech ławników[29], a w przypadku rewizji – do 5 sędziów[30]. Dodatkowo art. 500 obligował sąd do wydania opinii w kwestii ułaskawienia w przypadku każdego skazania na karę śmierci. Po uprawomocnieniu się wyroku, akta sprawy przedkładane były Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego[31]. Mógł on, podobnie jak Minister Sprawiedliwości oraz Prokurator Generalny Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, wypowiedzieć się w kwestii wniesienia rewizji nadzwyczajnej. W przypadku braku przesłanek do jej wniesienia, akta razem z wnioskiem o ułaskawienie przedstawiane były Radzie Państwa. Wykonanie wyroku wstrzymane było do momentu rozstrzygnięcia wniosku przez Radę[32].

Mimo tego że istniały prawne gwarancje ochrony przed władzą dyskrecjonalną sędziego w przypadku orzekania o karze śmierci, to w literaturze panuje pogląd, iż ówczesna procedura znacznie odbiegała od standardów państwa prawa. Marek Zubik wskazuje chociażby na to, że możliwe było rozpatrzenie przez Sąd Najwyższy rewizji bez obecności skazanego, a wyłącznie na podstawie akt sprawy[33].

Zgodnie z przepisami Kodeksu Karnego Wykonawczego[34] karę śmierci należało wykonać niezwłocznie po nadejściu zawiadomienia informującego, że Rada Państwa nie skorzystała z przysługującego jej prawa łaski. Prawo przewidywało dwie metody egzekucji – powieszenie i rozstrzelanie, z tym, że druga z nich zastrzeżona była wyłącznie dla żołnierzy[35]. Wykonanie kary śmierci, w przeciwieństwie do sytuacji powojennej, nie było publiczne. Dopuszczalna była jedynie obecność prokuratora, naczelnika zakładu karnego i lekarza oraz opcjonalnie duchownego i obrońcy[36]. Przepisy dopuszczały możliwość odroczenia wykonania kary ostatecznej w stosunku do obłożnie chorych i chorych psychicznie do czasu ich wyzdrowienia[37].

Śmiało można stwierdzić, że lata 80. XX w. były okresem największych zmian w kwestii kary śmierci w Polsce. Rozpoczęto prace nad nowym kodeksem karnym, a w przedkładanych projektach pojawiały się postulaty całkowitej rezygnacji z kary śmierci lub chociażby ograniczenia jej do bardzo wąskiego katalogu najcięższych przestępstw[38]. Dyskusja na temat liberalizacji prawa została niestety przerwana przez wpro-

[29] W pozostałych sprawach ustawa przewidywała jednego sędziego i dwóch ławników.

[30] Art. 19 § 1 i 2 ustawy z 14 maja 1969 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 13, poz. 96 (dalej jako: k.p.k. 1969).

[31] Art. 500 § 1 k.p.k. z 1969 r.

[32] Art. 500 § 2 k.p.k. z 1969 r.

[33] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń…*

[34] Ustawa z dnia 14 maja 1969 r. Kodeks Karny Wykonawczy, Dz. U. Nr 13, poz. 98 (dalej jako: k.k.w. z 1969 r.).

[35] *Ibidem*, art. 110 § 1.

[36] *Ibidem*, art. 110 § 2.

[37] *Ibidem*, art. 109 § 2.

[38] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń…*, s. 91.

wadzenie stanu wojennego, który przyczynił się do kolejnego zaostrzenia prawa. Przyjęto wtedy dekret o postępowaniach szczególnych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia w czasie obowiązywania stanu wojennego[39]. Pozwalał on na wymierzanie kary śmierci w sprawach doraźnych. Również po oficjalnym zakończeniu stanu wojennego władze konsekwentnie realizowały wcześniejszą politykę i uchwaliły kolejne ustawy zaostrzające prawo karne[40].

W literaturze przedmiotu zwykło się mówić o przełomowym roku 1988. Od tego czasu obowiązywało w Polsce faktyczne moratorium na wykonywanie kary śmierci. Na podstawie art. 30 § 3 k.k. z 1969 r.[41] Sąd Najwyższy zmieniał wydawane wyroki śmierci wydawane przez Sądy Wojewódzkie na karę 25 lat pozbawienia wolności[42]. Tym samym kara ostateczna formalnie nadal widniała w kodeksowym katalogu kar zasadniczych, jednak w praktyce nie była ona orzekana. Od 1995 r. można było mówić już o moratorium formalnym za sprawą ustawy z 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym[43]. W art. 5 tejże ustawy wprowadzono 5-letni zakaz wykonywania kary ostatecznej, jednak nie zakazano jej orzekania[44].

Definitywne rozwiązanie kwestii kary śmierci w polskim prawie karnym nastąpiło w 1997 r., kiedy przyjęto nowy kodeks karny[45]. Najsurowszą kara zawartą w nim była kara dożywotniego pozbawienia wolności. Co istotne – za przyczynę wyeliminowania kary ostatecznej podawano jej brak zgodności z godnością człowieka oraz współczesnym systemem wartości[46]. Ponadto wskazywano, że wyniki badań kryminologicznych przemawiają przeciwko niej[47], co stanowi ciekawą opozycję do amerykańskich tez przedstawionych we wcześniejszej części pracy[48].

[39] Dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o postępowaniach szczególnych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia w czasie obowiązywania stanu wojennego, Dz. U. z 1981 r. Nr 29, poz. 156.

[40] R. Balicki, *Zniesienie kary śmierci w Polsce* [w:] *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki: prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi* pod. red. Mariusza Jabłońskiego i Sylwii Jarosz-Żukowskiej, Wrocław 2014, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/59060/01_Ryszard_Balicki.pdf (dostęp: 1.09.2014).

[41] „Za przestępstwo zagrożone karą śmierci oraz w innych wypadkach przewidzianych w ustawie można orzec karę zasadniczą 25 lat pozbawienia wolności".

[42] B. Bartusiak, *Kara śmierci w świetle sporu…,* s. 194.

[43] Ustawa z 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym, Dz. U. z 1995 r. Nr 95, poz. 475.

[44] *Ibidem*, art. 5.

[45] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

[46] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń…*, s. 92.

[47] *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, druk 1274 i 1275/II Kadencja, s. 23, [za:] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń…*, s. 92.

[48] Zob. więcej J. Wojciechowska, *Art. 32* [w:] *Kodeks karny część ogólna. Komentarz*, pod. red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 843.

2.1. Kara śmierci w prawie międzynarodowym wiążącym Polskę

Niejednokrotnie, w literaturze przedmiotu, można spotkać się ze stwierdzeniem, że tak intensywny rozwój współczesnego prawa międzynarodowego miał swe podłoże w dramatycznych doświadczeniach drugiej wojny światowej. Państwa, dążąc do zapewnienia pokoju, a także ochrony jednostek, pragnęły przenieść jak najwięcej gwarancji do prawa stanowionego. Wpływ doktryny praw człowieka przyczynił się do przyjęcia kilkunastu aktów prawnych, które bezpośrednio lub pośrednio odnosiły się do kwestii kary śmierci oraz jej słuszności.

Analizy tego typu aktów trudno byłoby nie zacząć od Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[49]. To w niej, w jako jednej z pierwszych, kładziono nacisk na ochronę prawa do życia. Jednak już wtedy pojawiła się kwestia kary śmierci. Państwa członkowskie debatujące nad tekstem Deklaracji spierały się co do kształtu prawa do życia, a zwłaszcza odniesienia go do kary ostatecznej. Część przedstawicieli optowała za tym, by w Deklaracji *expressis verbis* uznać karę za wyjątek lub ograniczenie tego prawa[50]. Jednak z takim podejściem nie zgadzała się druga grupa, która chciała całkowitego zniesienia kary śmierci, a drogą ku temu miał być odpowiedni przepis Deklaracji. Ostatnie prezentowane w tamtym czasie stanowisko, nie odnosiło się w ogóle do kary ostatecznej podczas formułowania prawa do życia. Długotrwałe dyskusje nad kształtem artykułu 3, który w pewnym stopniu miał stać się oficjalnym stanowiskiem ONZ wobec kary śmierci, doprowadziły do iście dyplomatycznego rozwiązania – temat kary został całkowicie przemilczany[51]. Skutkiem tego jest obecne brzmienie przepisu: „Każda osoba ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego[52]".

Można więc stwierdzić, że Powszechna Deklaracja Praw Człowieka nie poradziła sobie z problemem zniesienia kary śmierci, ale z pewnością stanowiła pewien impuls do dalszych działań. Wprost wyraziła podstawowe prawo do życia, które stało się podstawą do późniejszych rozważań i wykładni. Warto również pamiętać, że Deklaracja nie wiąże stron w taki sposób, jak czynią to umowy międzynarodowe. Mimo to obecnie traktuje się ją jako powszechnie obowiązujące prawo zwyczajowe.

Rozwinięciem idei ożywionych podczas prac nad Deklaracją miał być Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych[53]. Przyjęty w 1966 r. dokument nie tylko powtórzył znaczenie prawa do życia, ale i podkreślił, że jego ochrona powinna być zawar-

[49] Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, przyjęta i proklamowana rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) w dniu 10 grudnia 1948 r.

[50] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń …*, s. 46.

[51] *Ibidem.*

[52] Art. 3 Powszechna Deklaracja Praw Człowieka.

[53] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 (dalej jako: Pakt).

ta w przepisach rangi ustawowej. Ponadto stanowi, że nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia[54]. Kolejne przepisy szczegółowo regulują zagadnienie kary śmierci oraz wyliczają sytuację, w których jest ona bezwzględnie zakazana. Może być ona zasądzona wyłącznie za najcięższe zbrodnie, zgodnie z prawem, które obowiązywało w momencie popełnienia przestępstwa i które nie stoi w sprzeczności z postanowieniami Paktu lub Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa. Podstawą wykonania kary ostatecznej może być wyłącznie prawomocny wyrok wydany przez właściwy sąd[55]. W dokumencie zapisano również, że każdy skazany na karę ostateczną ma prawo ubiegania się o ułaskawienie lub zmianę kary, a instytucje te powinny być dopuszczalne we wszystkich przypadkach[56]. Co istotne, zgodnie z postanowieniami Paktu, wyrok skazujący na karę śmierci nie może zostać wydany za przestępstwa popełnione przed ukończeniem 18 roku życia oraz nie może zostać wykonany w stosunku do kobiet ciężarnych[57].

Pakt w powyższym brzmieniu został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych. W trakcie głosowania, żadne z państw nie wyraziło stanowiska przeciwnego, jednak 17 państw wstrzymało się od głosu. Polska wraz z 54 innymi państwami głosowała za przyjęciem Paktu[58]. Warto podkreślić, że jego postanowienia nie tylko w znaczącym stopniu ograniczały możliwości stosowania kary śmierci, ale przede wszystkim miały zainicjować dalsze działania zmierzające do całkowitego zniesienia kary ostatecznej wśród państw członkowskich[59].

Kilkanaście lat później na arenie międzynarodowej powróciło zagadnienie kary śmierci, a właściwie konieczności doprecyzowania jej stosowania w dokumentach ONZ. Podobnie jak przy pracach nad poprzednimi dwoma aktami, głos zajmowali kolejno zwolennicy i przeciwnicy kary śmierci, co *de facto* doprowadziło do nieustannego powielania argumentów przytaczanych od lat[60]. Wydaje się, że przyjęcie Drugiego Protokołu do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[61] było możliwe głównie ze względu na jego opcjonalny charakter, tzn. państwa indywidualnie podejmowały decyzję o związaniu się jego postanowieniami. Strony, przystępując do Protokołu Drugiego, zobowiązały się do niewykonywania kary śmierci w czasie pokoju.

Ochrona prawa do życia oraz dążenie do zniesienia kary śmierci to jednak nie tylko działania na szczeblu Organizacji Narodów Zjednoczonych, ale przede wszystkim re-

[54] *Ibidem.*
[55] *Ibidem,* art. 6 ust. 2.
[56] *Ibidem,* art. 6 ust. 4.
[57] *Ibidem*, art. 6 ust. 5.
[58] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń…*, s. 48.
[59] R. Balicki, *Zniesienie kary śmierci w Polsce…*
[60] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń…*, s. 55.
[61] Drugi Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych w Sprawie Zniesienia Kary Śmierci Przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 15 grudnia 1989 r. (dalej jako: Protokół Drugi).

gionalny system ochrony praw człowieka związany z Radą Europy. Opiera się on głównie na Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[62], która uznaje prawo do życia za fundamentalne prawo każdego człowieka[63]. Dokument ten mimo wszystko dopuszcza możliwość stosowania kary śmierci, która jest swoistym wyjątkiem od prawa do życia[64]. Przyczyny tego dość liberalnego podejścia do tematu należy jednak upatrywać głównie w dacie powstania dokumentu. EKPCz została przyjęta w 1950 r., kiedy to większość państw europejskich dopuszczała jej stosowanie (głównie za zbrodnie wojenne)[65]. Jednak wraz z biegiem lat (głównie od lat 60. XX w.) tendencje abolicjonistyczne zaczęły zyskiwać na znaczeniu. Coraz więcej państw decydowało się na usunięcie kary śmierci ze swoich kodeksów karnych, co musiało znaleźć swoje odzwierciedlenie także na arenie europejskiej. Wyrazem tego stał się Szósty Protokół do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[66]. Artykuł 1 znosi całkowicie karę śmierci, co oznacza, że niedopuszczalne jest nie tylko jej wykonywanie, ale i orzekanie. Jednocześnie art. 2 pozostawia państwom możliwość zachowania kary śmierci w stosunku do czynów popełnionych podczas wojny lub w okresie jej zagrożenia.

Poza aktami prawnymi Rada Europy dąży do zniesienia kary ostatecznej również w inny sposób. Od 1994 r. państwa chcące do niej przystąpić zobowiązane są do ogłoszenia moratorium na wykonywanie kary śmierci, a także ratyfikowania Protokółu Szóstego w ciągu trzech lat[67].

Za ostatecznie uregulowanie kwestii kary śmierci przez Radę Europy uznaje się obecnie Protokół nr 13 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[68], który zakazuje stosowania kary ostatecznej bez jakichkolwiek odstępstw czy zastrzeżeń. Tym samym wyłączył on możliwość do stosowania kary w czasie wojny, jaką teoretycznie dawał Protokół Szósty.

Ostatni system międzynarodowy wymagający omówienia w kontekście regulacji dotyczących kary śmierci to system prawny Unii Europejskiej. Podstawowy katalog praw chronionych przez prawo unijne zawiera Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej[69]. Zgodnie z Traktatem z Lizbony Karta zrównana jest w swej mocy prawnej z trak-

[62] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284. (dalej jako: EKPCz).

[63] *Ibidem*, art. 2.

[64] M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń …*, s. 60.

[65] *Ibidem.*

[66] Szósty protokół do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności otwarty do podpisu w 1983 r.

[67] R. Balicki, *Zniesienie kary śmierci w Polsce…*

[68] Protokół nr 13 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, dotyczący zniesienia kary śmierci bez względu na okoliczności, Wilno 3 maja 2002 r.

[69] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 2010/C 83/02.

tatami, co czyni ją dokumentem prawnie wiążącym[70]. Zgodnie z art. 2: „Każdy ma prawo do życia. Nikt nie może być skazany na karę śmierci ani poddany jej wykonaniu". Treść tego przepisu nie pozostawia dalszych wątpliwości interpretacyjnych co do stanowiska Unii Europejskiej w tej kwestii.

2.2. Perspektywy przywrócenia kary śmierci w polskim porządku prawnym

W rodzimej debacie publicznej od czasu do czasu (głównie przy okazji kampanii wyborczych) pojawia się postulat przywrócenia kary śmierci, który do czerwoności potrafi rozpalać oponentów ze wszystkich stron sceny politycznej. Dyskusje mają zwykle charakter *stricte* światopoglądowy i pozbawione są jakiejkolwiek analizy prawnej, jednak na potrzeby poniższego opracowania postanowiono prześledzić, na ile są to sugestie możliwe do realizacji.

Katalog kar przewidzianych w polskim prawie uregulowany jest w art. 32 kodeksu karnego[71]. Obecnie zawiera on karę grzywny, ograniczenia wolności, pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywotniego pozbawienia wolności. Zakładając przywrócenie kary śmierci, należałoby rozszerzyć go o punkt 6, co − przynajmniej teoretycznie − nie przysporzyłoby zbyt dużych trudności. Zakładając istnienie odpowiedniej koalicji w Sejmie i Senacie, do przegłosowania takiej zmiany wystarczająca byłaby zwykła większość głosów.

Jednak przyjęcie tak radykalnej zmiany ustawowej z całą pewnością wzbudziłoby szereg problemów natury konstytucyjnej. Analizując dzisiejszą Konstytucję pod kątem możliwości przywrócenia kary śmierci, należałoby przeanalizować kilka z jej artykułów.

Art. 38 Konstytucji stanowi, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia". To dość ogólne ujęcie przepisu jest wyrazem kompromisu pomiędzy autorami ustawy zasadniczej. Jednak ich spory toczyły się przede wszystkim wokół tematyki aborcji, a nie kary śmierci. W literaturze często przyjmuje się, że powyższa redakcja art. 38 pozwoliła na pominięcie sporów światopoglądowych oraz pozostawienie kwestii szczegółowych do regulacji w drodze ustaw[72]. Mimo to część autorów uważa, że obecne brzmienie tegoż artykułu nie dopuszcza stosowania kary ostatecznej[73].

[70] J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii europejskiej. Podręcznik dla kierunków zarządzania i administracji,* Warszawa 2011, s. 110.

[71] Ustawa Kodeks Karny z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

[72] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, s. 49. Inaczej na ten temat: R. Grabowski, *Ochrona życia (art. 38)* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, pod. red. W. Skrzydły, S. Grabowskiej, R. Grabowskiego, Warszawa 2009, s. 297 oraz B. Banaszak [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2012, s. 259.

[73] Zob. więcej: P. Sarnecki, *Problematyka kary śmierci*, „Przegląd Sejmowy" 2000, nr 3, s. 80.

Przeprowadzenie tak radykalnej reformy mogłoby jednak stać w sprzeczności również z innymi przepisami Konstytucji. Wystarczy tu wspomnieć chociażby o art. 30 mówiącym o przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka będącej źródłem jego wolności i praw czy o art. 31 ust. 3. Podobnie jak w porządku amerykańskim należałoby również skonfrontować dopuszczalność kary śmierci z przepisem dotyczącym zakazu stosowania tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz karania, który w Konstytucji RP został wyrażony w art. 40.

Zakładając więc, że tak duża ilość przepisów pośrednio związanych z tematyką kary ostatecznej, nie pozwoliłaby na jej przywrócenie, należałoby dokonać nowelizacji ustawy zasadniczej. Konieczna byłaby do tego szczególna większość w Sejmie – 2/3 przy obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów, oraz w Senacie – bezwzględna większość przy obecności co najmniej połowy ustawowej liczby senatorów[74]. Jednak z racji tego, że zmiany dotyczyłyby przepisów Rozdziału II, konieczne byłoby zastosowanie przepisów szczególnych z art. 235 ust. 5 i 6. Przewidują one możliwość przeprowadzenia referendum zatwierdzającego. W wypadku gdy któryś z uprawnionych podmiotów wystąpiłby z wnioskiem w tej sprawie, niezbędne byłoby opowiedzenie się za przywróceniem kary śmierci większości głosujących. Analizując badania opinii publicznej dotyczące kary śmierci, można stwierdzić, że powodzenie takiego referendum byłoby możliwe. Ostatnie przeprowadzone badania na ten temat pochodzą z 2011 r. i wskazują, że 61% respondentów jest za stosowaniem kary ostatecznej za najcięższe przestępstwa[75]. Jednak z drugiej strony nie należy pomijać statystyk porównawczych obrazujących stosunek Polaków do tej kwestii na przestrzeni lat. Można wtedy zaobserwować tendencję spadkową od końca lat 90. XX w. Jeszcze w 1999 r. za karą śmierci opowiadało się 77% respondentów[76]. Na podstawie tego można wnioskować, że im później odbyłoby się referendum w sprawie przywrócenia kary śmierci, tym mniejsze byłoby prawdopodobieństwo jej powodzenia.

Przyjmując, że omówione powyżej zmiany na gruncie prawa krajowego powiodłyby się, pozostaje nadal kwestia zgodności takich regulacji z wiążącymi Polskę umowami międzynarodowymi, wynikającymi przede wszystkim z członkostwa w organizacjach międzynarodowych. Polska jest stroną Paktu oraz EKPCz, podpisała i ratyfikowała zarówno Protokół Drugi, jak i Protokół Szósty. Tak więc zgodnie z podstawową zasadą prawa międzynarodowego *pacta sunt servanda* powinna tych zobowiązań dotrzymać. Choć z technicznego punktu widzenia wypowiedzenie umów jest możliwe, to najistot-

[74] Art. 235 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

[75] Centrum Badania Opinii Społecznej, *Komunikat z badań – Poczucie bezpieczeństwa, zagrożenia przestępczością i stosunek do kary śmierci*, Warszawa 2011, http://www.bezuprzedzen.org/doc/poczucie_bezp_zagrozenie_przest_i_stos_do_kary_smierci.pdf (dostęp: 1.09.2015).

[76] *Ibidem.*

niejsza kwestia dotyczy tego, jakie pociągnęłoby to konsekwencje odnośnie do członkostwa Polski w Unii Europejskiej.

Powtarzając za art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej[77], „Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej oraz przystępuje do europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a prawa podstawowe z niej wynikające stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa". Wobec tego z dużą pewnością można się spodziewać, że złamanie postanowień tych aktów skutkowałoby poważnym naruszeniem przez Polskę wartości Unii. Zgodnie z art. 7 TUE Rada na tej podstawie „może zdecydować o zawieszeniu niektórych praw wynikających ze stosowania Traktatów dla tego Państwa Członkowskiego, łącznie z prawem do głosowania przedstawiciela rządu tego Państwa Członkowskiego w Radzie"[78].

Podsumowując, teoretycznie przywrócenie kary śmierci byłoby możliwe. Kwestią wątpliwą pozostaje jednak przede wszystkim istnienie na tyle silnej i zdeterminowanej opcji politycznej, która posiadałaby odpowiednią większość parlamentarną, lecz może co istotniejsze, gotowa byłaby na poniesienie daleko idących konsekwencji takiego działania. Jak widać zmiana ta pociągnęłaby najprawdopodobniej za sobą konsekwencje w postaci wystąpienia z Unii Europejskiej, co zmusza nas do rozważań nad zasadnością i racjonalnością takich działań.

3. Podsumowanie

Powyższa praca obrazuje, że spory dotyczące zasadności stosowania kary śmierci nie są domeną wyłącznie ostatnich lat. Debaty publiczne, badania naukowe oraz spory prawne trwają od dziesiątek lat i przynoszą zaskakująco różne efekty. Należałoby się więc zastanowić, dlaczego obecna sytuacja prawna (ale i faktyczna) tak diametralnie różni się w Polsce i w Stanach Zjednoczonych.

Trudno nie zacząć od kwestii podstawowej, jaką są zobowiązania międzynarodowe. Wydaje się, że to chęć przyłączenia się do organizacji międzynarodowych (Rady Europy, Unii Europejskiej) motywowała polskiego ustawodawcę do dostosowania swojego prawa do pozakrajowych standardów. Polska upatrywała w tych organizacjach stabilizacji i bezpieczeństwa po latach trudnych doświadczeń i była gotowa na wiele ustępstw, by tego dokonać. Tymczasem Stany Zjednoczone były w zupełnie innej sytuacji. Od lat prowadziły dość zachowawczą politykę wobec przeróżnych organizacji czy instytucji międzynarodowych. Amerykanie niechętnie pozbywali się swojej samodzielności i nie byli chętni do ustępowania w jakichkolwiek kwestiach. Być może to właśnie

[77] Traktat o Unii Europejskiej, Dz. U. 2004.90.864/30 (dalej jako: TUE).
[78] *Ibidem*, art. 7 ust. 3.

ten brak nacisku środowiska międzynarodowego spowodował, że Stany Zjednoczone zachowały odwieczny stan rzeczy i nie były chętne do rozpoczynania dyskusji nad karą śmierci, skoro nie były do tego zmuszone.

Inną przyczyną, w odczuciu autorki, może być model systemu prawnego, który w różny sposób „utrzymuje relację" ze zmieniającym się społeczeństwem. Podczas analizy orzecznictwa amerykańskiego można było dostrzec wyraźną rolę ławy przysięgłych jako instytucji, która stanowi swojego rodzaju „barometr nastrojów społecznych". Sędziowie amerykańscy wychodzili z założenia, że dopóki przysięgli orzekają o winie, wiedząc o możliwości skazania na karę śmierci, dopóty jest ona uznawana przez społeczeństwo za niezbędną. Tym samym opinia obywateli na temat jej słuszności wydawała się być jednym z najważniejszych czynników decydujących o jej stosowaniu. Natomiast w warunkach polskich sytuacja wygląda zgoła inaczej. To prawodawca uznał, że nie przystoi ona do współczesnego systemu wartości, mimo tego że badania opinii publicznej wskazywały, iż społeczeństwo nadal ją popiera. Oczywiście zupełnie odrębną kwestią pozostaje dyskusja nad tym, czy decyzję w tej kwestii powinien podejmować bezpośrednio naród. Jednak w opinii autorki jedną z podstawowych przyczyn pozostawienia kary śmierci w amerykańskim prawie karnym była (i jest) duża rola opinii społeczeństwa, wyrażanej bezpośrednio przez przysięgłych.

Permissibility of the capital punishment in the context of Eight Amendment and *Gregg v. Georgia* case

Abstract: The paper applies to the issue of the death penalty, which still arouse a lot of controversy around the world. Initially is described one of the ground-breaking judgments of the Supreme Court of United States - *Gregg v. Georgia* (1976). In opinions expressed in this case we can find arguments which explain why capital punishment still exist in american legal system.

On the other hand article shows the brief history of death penalty in Poland and the circumstances of removing it from code penalties. A lot of attention has been paid to the possibility of restoring this penalty in Poland and other european countries. Analyze of this potential situation most of all is considering the applicable acts of international and european law. Finally author is looking for the reason of this significant difference between The United States and European perception of the capital punishment.

Keywords: capital punishment, death penalty, eight amendment, Gregg, Georgia, Furman, cruel punishments

Patrycja Bartosik
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji, Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
Marek Cielica
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji, Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Prawo do aborcji na przykładzie sprawy *Roe v. Wade* – sygn. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705

1. Wstęp

Pojęcia odnoszące się do wolności, godności i intymności były, są i zapewne zawsze będą zależne od wielu czynników. Jest to uwarunkowane powszechnym rozwojem społeczeństwa, a przede wszystkim jego pochodzeniem[1]. Sprawa *Roe v. Wade* wywoływała ona i nadal wywołuje wiele kontrowersji, ponieważ dotyczy sfery bardzo wrażliwej, dotykającej wielu fundamentalnych dla człowieka oraz współczesnej kultury kwestii etycznych, takich jak: prawo do życia, prawo decydowania o sobie, czy granica dopuszczalności ingerencji państwa w sferę prywatną obywateli. Wielokrotnie analizowana i omawiana, a mimo to nadal do końca niewyjaśniona. Odbiła się szerokim echem w latach 70. XX w. Jest to jedna ze spraw wyznaczających kierunek prawodawstwa oraz rozumienia współczesnych praw człowieka. Była i nadal jest powodem rozważań wielu teoretyków i praktyków prawa. Jej przebieg budził wiele wątpliwości, jednocześnie uruchamiając falę opinii różnorodnych środowisk, często nie mających żadnych powiązań ze sprawą. Ich celem było zaistnienie przy okazji tak głośnej sprawy. Krytycy Jane Roe uważali również, że całe powództwo i wywołane przy tym zamieszanie jest przesiąknięte chęcią osiągnięcia sławy, a także korzyści majątkowych, zarówno dla niej samej, pozostałych powodów, jak i broniących ich adwokatów. Sprawa o sygnaturze 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705. oraz sam wyrok z 22 stycznia 1973 roku wbiły się głęboko w pamięć Amerykanów. Przez kraj przeszła fala protestów, w niektórych stanach doszło nawet do

[1] Mówiąc o pochodzeniu mam na myśli zarówno aspekty materialne, kulturalne, geograficzne, jak i religijne.

zamieszek, a wszystkie te zajścia, jak później określił jeden z szanowanych amerykańskich senatorów, odbiły się szerokim echem w mediach na całym świecie[2]. Do dnia dzisiejszego wiele osób krytykuje omawiany wyrok i czyni wszystko ku temu, aby został on zmieniony lub jego postanowienia nie miały wpływu na rzeczywistość.

1.1. Opis sprawy

Norma L. McCorvey występująca w sprawie jako Jane Roe wniosła do Sądu Okręgowego Okręgu Północnego w Teksasie pozew zbiorowy przeciwko Prokuratorowi Okręgowemu w Teksasie o stwierdzenie, że przepisy ustawodawstwa stanu Teksas odnoszące się do przesłanek wykonania aborcji są niekonstytucyjne. Pozwanym w sprawie był Henry Wade – prokurator okręgowy z Dallas. Przepisy te penalizowały wykonanie każdego zabiegu przerwania ciąży, a także udzielenie pomocy przy wykonaniu takiego zabiegu oraz usiłowanie jego wykonania, chyba że celem zabiegu miało być uratowanie życia matki. Ratowanie życia matki było zatem jedyną okolicznością wyłączającą przestępność czynu, i to jedynie w sytuacji, w której konieczność wykonania zabiegu w celu ratowania życia matki została potwierdzona opinią lekarza. Dodatkowo ów lekarz winien posiadać status lekarza z licencją[3], uprawniający go do wydania takiego zaświadczenia.

Roe była niezamężną, ciężarną kobietą. Jej status majątkowy nie był zbyt wysoki, należała do ubogiej części społeczeństwa. Urodziła się 22 września 1947 r. w Simesport, w stanie Luizjana. Ukończyła zaledwie podstawowy tok nauczania, nie kontynuując nauki wyżej. Prowadziła dość ekscentryczny styl życia. Przez jego większą część nie posiadała stałego miejsca zamieszkania, często zmieniała pracę i życiowych partnerów. Omawiana ciąża była jej trzecią, poprzednie dzieci zaraz po porodzie oddała do adopcji. Chciała poddać się zabiegowi przerwania ciąży w Teksasie, ponieważ nie mogła sobie pozwolić na wyjazd w tym celu do innego stanu. Reprezentowały ją dwie młode adwokatki Linda Coffee i Sarah Weddington. Powódka twierdziła, że do ciąży doszło w wyniku gwałtu, co zaostrzało całą sprawę, a argument o zgwałceniu (jako wątpliwy) był pominięty podczas całego procesu. Jane Roe domagała się prawa do usunięcia niechcianej ciąży, chociaż prawo stanowe uznawało aborcję za nielegalną, nawet jeśli do ciąży doszło właśnie w wyniku gwałtu[4].

Do pozwu Roe dołączył się lekarz James Hubert Hallford, który twierdził, że ustawowa przesłanka legalności wykonania zabiegu aborcji jest nieostra. Warto dodać, że Hallford miał już na swoim koncie dwa zarzuty o przeprowadzenie nielegalnej aborcji.

[2] W wielu krajach władze zabroniły podawania przez media jakichkolwiek informacji związanych z tą sprawą w obawie przed powtórzeniem się takiej sytuacji w ich państwie.

[3] Licencja ta jest niezbędna do uzyskania uprawnienia medycznego w Stanach Zjednoczonych. Zob. więcej: http://www.usmle-courses.eu/pl.htm.

[4] Po 17 latach od wydania wyroku Norma przyznała się, że wymyśliła historię o zgwałceniu i opowiedziała ją prawnikom w nadziei, że przyspieszy to postępowanie w sądzie.

Był radykalnym przeciwnikiem braku dostępu do takich świadczeń jak wykonanie aborcji. Uważał, że jest to decyzja zależna od każdej kobiety, a nie od obowiązującego prawa. Do wyżej wymienionych dołączyło małżeństwo Johna i Mary Doe. Stan zdrowia Mary Doe wskazywał, że zajście w ciążę i urodzenie dziecka mogłoby jej zagrażać, zatem małżeństwo Doe domagało się możliwości legalnego poddania się zabiegowi przerwania ciąży w Teksasie. Państwo Doe byli bezdzietnym małżeństwem, pani Doe nie była w ciąży, a małżeństwo Amerykanów „zaatakowało prawo", opierając się na możliwej rzekomej szkodzie w przypadku ewentualnej nieskuteczności antykoncepcji, co mogłoby się wiązać przede wszystkim z zaburzeniami zdrowia M. Doe. Oczekiwali oni od amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości swoistego rodzaju obietnicy i zapewnienia na piśmie o możliwościach ewentualnego działania.

1.2. Przebieg sprawy przed Sądem Stanu Teksas

Pozew Roe został odrzucony przez Sąd Okręgowy Stanu Teksas. Trzech sędziów uznało, że nie przystoi Roe i Hallfordowi, przez ich pochodzenie i przynależność do takiej, a nie innej klasy społecznej oraz przez wzgląd na dokonane przez nich w przeszłości czyny, pozywać w sprawie tak kontrowersyjnej. Sąd uznał również, że ich zarzuty są niejasne i odnoszą się zbyt szeroko do Dziewiątej i Czternastej Poprawki. Powództwo małżeństwa Doe sąd oddalił w całości, powołując się na brak kompetencji do rozstrzygania tego typu sprawy.

Sąd ten stwierdził niekonstytucyjność ustawodawstwa stanu Teksas, co po części dawało satysfakcję powodom i uznali oni to za mocny argument w dalszej walce w Sądzie Najwyższym. Opinia publiczna zgadzała się również, że Dziewiąta Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, zgodnie z którą katalog wymienionych w konstytucji praw i wolności obywateli nie może być interpretowany w ten sposób, by ograniczyć inne prawa i wolności przysługujące obywatelom, a tak właśnie działo się w stanie Teksas. Padało często pytanie dlaczego Czternasta Poprawka, która chroni prawo do prywatności (w tym prawo kobiety do rozwiązania ciąży), funkcjonuje w innych stanach, a w tym stanie nie. Doszło do rozmów o ludzkim życiu, a sąd w swej opinii ponownie opisał granicę możliwości dokonania aborcji. Została ona opisana jako: „przed końcem pierwszego trymestru". Była ona nieostra i nie dawała jednoznacznej odpowiedzi. W kolejnych odpowiedziach sąd uznał, że decyzję o aborcji należy pozostawić do oceny medycznej przez licencjonowanego lekarza „bez zarzutu"[5] na jego praktyce.

Wiele organizacji i podmiotów zaangażowało się w tę sprawę. Twierdziły one, że mają na celu poprawę warunków życia i prowadzenia ciąży przez kobiety oraz zapobie-

[5] Określenie używane w praktyce amerykańskiej, odnoszące się do praktyki i postępowania lekarza, zarówno w życiu zawodowym jak i prywatnym.

ganie patologiom i przestępstwom. Do podmiotów tych należeli m.in.: Program Prawnych Pomocy w Zakresie Ubogich, Przewodniczący Rady Położnych i Ginekologów czy Główna Diecezja w Teksasie. Kluczowy głos zabrał przedstawiciel wymiaru sprawiedliwości USA. Mówił on o konstytucji dla wszystkich, niezależnie od stanu, ale powoływał się również na historię i prokreację oraz sytuacje w innych państwach.

Roe od tej chwili twierdziła, że występuje już w imieniu wszystkich kobiet w podobnej sytuacji i powoływała się na Pierwszą, Czwartą, Piątą i Dziewiątą Poprawkę. Również państwo Doe zmienili swoją skargę i występowali „w imieniu własnym i wszystkich par w podobnej sytuacji''. Co więcej Roe w swoim odwołaniu zaznaczyła, że została zmuszona przez stan Teksas do urodzenia niechcianego dziecka. Z tą chwilą stała się główną powódką w procesie grupowym o legalizację aborcji.

W międzyczasie Roe rodzi dziecko, które natychmiast oddaje do adopcji[6], a sąd i opinia publiczna kwestionują istnienie ciąży Roe i jej rzekomy poród, ponieważ nikt we wcześniejszej instancji nie podjął się przeprowadzenia jakichkolwiek badań powódki. Jeśli nawet była w ciąży to, czy właśnie 22 czerwca 1970 r., w dniu złożenia pozwu? Według sądu spór musi istnieć na etapie odwoławczym, a co do tego miał on wątpliwości.

Sąd w swoich rozważaniach powoływał się również na starożytne teorie, m.in. Arystotelesa, Pitagorasa czy Platona. Nie pominięto również powołania się na angielski system *common law* uznający za zbrodnię zabicie nawet kilkudniowego płodu. Wiele kontrowersji wzbudziło odwołanie się do religii, konkretnie chrześcijaństwa i judaizmu, a warto podkreślić, że podczas trwania całego procesu nikt nie zadał powodom pytania o ich wiarę i wyznanie. Powoływano się również na niedopracowany kodeks karny stanu Teksas. Ustawa ta nie rozróżniała aborcji we wczesnym okresie ciąży i tej wykonywanej później, a ograniczała się tylko do jednego sformułowania: uwzględniania życia matki i tym motywowała czas dokonania aborcji. Było to jedyne uzasadnienie prawne dla tej procedury.

1.3. Wyrok Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych 22 stycznia 1973 r. wydał wyrok w tej sprawie. W głosowaniu zdecydowano o słuszności pozwu (7 głosów za i 2 głosy przeciw). Miało to wpływ na zmianę prawa we wszystkich stanach. W wyniku tego procesu zalegalizowano aborcję na każdym etapie ciąży z niewielkimi wyjątkami.

Wnosząca odwołanie uważała, że nadrzędne jest prawo kobiety do przerywania ciąży, bez względu na czas i powody. Jej zdaniem stan Teksas nie ma interesu w przerywaniu ciąży i nie powinien tego robić. Sąd nie zgodził się z tą argumentacją, ponieważ

[6] Po latach Roe próbowała odzyskać swoją córkę, lecz ta zaraz po oddaniu trafiła do adopcji i nie chciała opuszczać swojej rodziny. Obie panie mimo trudnych początków utrzymują ze sobą zażyły kontakt.

państwo ma prawo dbać o zdrowie swoich obywateli i ich prokreację. Zdaniem Sądu prawo do prywatności obejmuje decyzję o aborcji, ale prawo to nie jest bezwarunkowe i musi być rozpatrywane w kontekście ważnych interesów państwowych. Według Sądu prawo do prywatności jest prawem podstawowym każdego człowieka. Może być ono ograniczone, ale tylko ze względu na istotny „interes państwa". Sąd Okręgowy uznał, że apelacja nie spełniała ciężaru wykazania, iż naruszenie przez Teksas praw Roe było konieczne do wsparcia istotnego interesu państwa, i że apelujący przedstawił „kilka przekonujących uzasadnień ingerencji państwa w problematykę aborcji".

Apelacja twierdziła, że determinacja państwa do uznania i ochrony życia prenatalnego stanowi istotny interes państwa. Wskazywano w niej, że płód jest osobą w rozumieniu Czternastej Poprawki mówiącej o prawach gwarantowanych i korzyściach wynikających z obywatelstwa.

Nie można ingerować w prywatność kobiet, np. w małżeńską intymność. Gdy kobieta jest w ciąży, sytuacja wygląda inaczej, ponieważ państwo, ingerując w takim przypadku, chroni zdrowie kobiety. Teksas podkreślił, że życie zaczyna się od poczęcia i istnieje przez cały okres ciąży, i w związku z tym państwo ma interes w ochronie życia od zapłodnienia.

Przekonujące, w świetle aktualnej wiedzy medycznej, jest uznanie przerywania ciąży za względnie bezpieczne do około końca pierwszego trymestru. Wynika z tego, że od tej chwili państwo może regulować procedury aborcji w takim zakresie, w jakim odnosi się to do ochrony zdrowia matki.

Z drugiej strony, przed końcem pierwszego trymestru lekarz prowadzący, w porozumieniu z pacjentką, ma prawo określić, bez regulacji państwa, kiedy według jego medycznej wiedzy ciąża pacjentki może zostać zakończona. W odniesieniu do ważnych i uzasadnionych interesów państwa w kwestii potencjalnego życia, istotny jest etap ciąży, do którego przekroczenia przerywanie ciąży jest bezpieczne i powinno być dopuszczalne. W podjęciu decyzji duże znaczenie ma to, czy płód ma możliwość życia poza łonem matki.

Kodeks karny stanu Teksas nie rozróżnia aborcji we wczesnym okresie ciąży i tych wykonywanych później.

Podsumowując, ustawa stanu Teksas stanowi, że wyjątkiem od przestępstwa, za jakie uważana jest aborcja, może być tylko sytuacja ratowania życia matki, bez względu na stadium ciąży. Na etapie przed mniej więcej końcem pierwszego trymestru decyzję o aborcji należy pozostawić do oceny medycznej kobiety ciężarnej i jej lekarza. Dla etapu późniejszego około końca pierwszego trymestru, państwo, w promowaniu jego zainteresowania zdrowiem matki, może, jeśli zechce, regulować procedurę aborcji w sposób racjonalnie związany ze zdrowiem matki.

W okresie po zakończeniu żywotności (płód nie przetrwa poza ciałem matki), państwo w promowaniu swoich interesów w potencjalności życia ludzkiego może, jeśli zechce, regulować, a nawet zakazać, aborcji, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to konieczne w stosownych przypadkach orzeczenia lekarskiego dotyczących zachowania życia lub zdrowia matki.

Według Sądu Najwyższego wniosek mówiący, że przepisy stanu Teksas są niekonstytucyjne oznacza oczywiście, że stanowisko Teksasu w sprawie aborcji musi zostać zmienione. Wskazane jest powołanie się na amerykańską „deklarację wiary", klauzulę sumienia: od dobrej praktyki lekarskiej wymagana jest należyta uwaga na dobro pacjenta, a nie zwykłe przyzwolenie zależne od zapotrzebowania pacjenta oraz „zważywszy, że standardy rozsądnej oceny klinicznej, które wraz ze świadomą zgodą pacjenta powinny być rozstrzygające zgodnie z meritum każdej sprawy, w związku z tym będzie to przesądzało o tym, że aborcja jest zabiegiem medycznym i powinna być wykonywana wyłącznie przez odpowiednio licencjonowanego lekarza i chirurga w akredytowanych szpitalach, działającego wyłącznie po konsultacji z dwoma innymi lekarzami wybranymi ze względu na ich kompetencje zawodowe oraz w zgodzie z zasadami dobrej praktyki lekarskiej. Żaden lekarz lub inny profesjonalny personel nie będzie zmuszony do podjęcia działań, które naruszają jego poprawne orzeczenie lekarskie"[7]. Ani lekarz, ani szpital, ani personel szpitala nie jest zobowiązany do dokonywania aktu naruszającego zasady moralne posiadane przez pacjentów. W tych okolicznościach dobra praktyka medyczna wymaga jedynie, żeby lekarz lub inny członek personelu medycznego mógł wycofać się z pracy nad określonym przypadkiem dotyczącym pacjenta, tak długo, jak wycofanie jest zgodne z „dobrą praktyką medyczną".

Zasady Etyki Lekarskiej z AMA[8] nie zakazują lekarzowi dokonania aborcji, która jest wykonywana zgodnie z zasadami dobrej praktyki lekarskiej oraz odbywa się w warunkach, które nie naruszają praw społeczności, w której praktykuje.

W ramach 20 pierwszych tygodni po rozpoczęciu ciąży (lub po 20 tygodniach, gdy lekarz ma uzasadnione powody, aby sądzić, że: istnieje duże ryzyko, że dalsze trwanie ciąży zagrażałoby życiu matki lub mogłoby poważnie osłabić zdrowie fizyczne lub psychiczne matki; dziecko urodzi się z poważną wadą fizyczną lub psychiczną; ciąża jest wynikiem gwałtu lub kazirodztwa lub efektem nielegalnego współżycia z kobietą będącą w wieku poniżej 16 lat) aborcja jest dopuszczalna. Każda osoba, która wykonuje lub chce aborcji na zasadach innych niż dopuszczone przez ustawy, jest winna przestępstwa oraz może być skazana na grzywnę w wysokości nieprzekraczającej 1000 dolarów lub na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat.

[7] Wyrok Sądu, sygn. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705

[8] American Medical Association, *American Medical Association's Code of Medical Ethics*, http://www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/medical-ethics/code-medical-ethics.page [dostęp: 6.07.2016].

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w wyroku uznał, iż w pierwszym trymestrze decyzja co do aborcji należy wyłącznie do matki przy asyście lekarza. W następnym stadium władze stanowe mogą wprowadzić regulacje ograniczające prawo do aborcji z powodu usprawiedliwionej troski o zdrowie matki. Możliwość zakazania aborcji istnieje wyłącznie w ostatnim okresie ciąży, biorąc pod uwagę zachowanie zdrowia i życia matki.

1.4. Zdanie odrębne

Pierwsze zdanie odrębne brzmiało: „Oczywiste jest, że ustawa aborcyjna stanu Teksas narusza prawo do prywatności. Interesem państwowym jest ochrona zdrowia i bezpieczeństwa kobiety w ciąży oraz ochrona potencjalnego przyszłego życia kobiet będących w ciąży. Są to uzasadnione cele wystarczające, aby umożliwić państwu regulację prawa do aborcji, a może i wystarczające, aby umożliwić państwu regulację aborcji w sposób bardziej surowy, a nawet zakazać jej w późnych stadiach ciąży”[9]. Ale takie przepisy nie istnieją i autor zdania odrębnego uważa, że Sąd dokładnie wykazał, że te interesy państwowe nie mogą dominować nad interesami prywatnymi. W związku z tym zgadza się on z opinią Sądu, uznając, że ustawa jest nieważna na podstawie wywiedzionej z Czternastej Poprawki.

1.5. Wpływ na późniejsze orzecznictwo

Sąd Najwyższy USA w wielu wyrokach poruszał kwestię prawa do aborcji. Jednym z ważniejszych wyroków dotyczących aborcji w USA, oprócz sprawy *Roe v. Wade* była sprawa *Doe v. Bolton*. Ze sprawą *Roe v. Wade* łączy ją wykorzystywanie manipulacji oraz kłamstwa do nagłaśniania sprawy. Miała ona również wpływ na legalizację aborcji na życzenie w USA. Sandra Cano (znana jako Mary Doe) chciała zasięgnąć porady prawnej w sprawie rozwodowej[10]. W konsekwencji prawnicy wykorzystali jej sprawę w zbiorowym pozwie i wystąpili w jej imieniu, lecz wbrew jej woli do sądu o zgodę na dokonanie aborcji w szpitalu w Atlancie w stanie Georgia. Sąd Najwyższy, w tym samym składzie co podczas orzekania w sprawie *Roe v. Wade*, uznał, że embrion, jaki nosiła w sobie kobieta, nie jest osobą i może zostać usunięty, a prawo stanu Georgia surowo zabraniające aborcji zostaje zniesione. Pani Cano, nie chcąc zabijać dziecka, wyjechała do Oklahomy, aby tam je urodzić. Następnie kobieta, podobnie jak McCorvey, bezskutecznie domagała się unieważnienia wyroku.

[9] Zdanie odrębne do wyroku Sądu, sygn. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705

[10] Wcześniej występowała wraz z mężem u boku Roe w pozwie zbiorowym i domagała się zapewnienia przez Sąd możliwości ewentualnego dokonania aborcji, w przypadku gdyby ciąża zagrażała jej życiu lub dziecko było obciążone chorobą.

W Georgii aborcja dopuszczalna jest wyłącznie w przypadku gwałtu, deformacji płodu, ciężkiej choroby, możliwości śmierci lub ciężkiego uszkodzenia ciała matki. Sandra Cano, 22-letnia matka trojga dzieci, była w dziewiątym tygodniu ciąży, w czasie gdy pozew został złożony. Cano uznała się za działaczkę pro-life i stwierdziła, że jej adwokat, Margie Pitts Hames, okłamał ją. Powód odwołał się do Sądu Najwyższego na podstawie ustawy. Wystąpienia i ponowne argumenty są łudząco podobne jak w sprawie Roe. Opinia Sądu w sprawie *Doe v. Bolton* stanowiła, że kobieta może uzyskać prawo do aborcji, jeżeli jest to konieczne, aby chronić jej zdrowie. W przypadku Sandry Cano bez wątpienia kolejna ciąża wpływała na jej stan zdrowia. W 2003 r. Sandra Cano złożyła wniosek o wznowienie postępowania, twierdząc, że nie była świadoma, iż sprawa została złożona w jej imieniu. Sąd okręgowy odmówił, ona postanowiła się odwołać. Gdy Sąd Apelacyjny także odmówił, poprosiła o opinię Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Jednak Sąd Najwyższy odmówił Sandrze Cano unieważnienia orzeczenia. Sandra Cano zmarła 30 września 2014 r.

Jednym z kluczowych momentów w historii walki o prawo do życia nienarodzonych był werdykt Sądu Najwyższego z 1989 r. w sprawie *Webester przeciwko Reproductive Health Services*, w którym podtrzymano prawo stanu Missouri ograniczające finansowanie aborcji z rezerw stanowych. Sąd w swym orzeczeniu wskazał, że w przyszłości o regulacjach dotyczących aborcji każdy stan powinien decydować samodzielnie, co było odejściem od koncepcji wcześniej przyjętej. Jest to wyraźny sygnał dla organizacji proaborcyjnych, że ustawodawstwo aborcyjne może się zmieniać nie po ich myśli, gwarantując coraz większą ochronę prawną nienarodzonym. Jednym z sędziów orzekających w tej sprawie był Antonin Scalia, który jako jedyny był za tym, aby w całości obalić wyrok najwyższej instancji sądowej w USA z 1973 r. w sprawie *Roe v. Wade*. Jego głos pozostał jednak odosobniony.

Stan Missouri uchwalił ustawę, która zawiera stwierdzenie, że „życie każdego człowieka zaczyna się od poczęcia i nienarodzone dzieci mają zapewnioną ochronę życia, zdrowia i dobrego samopoczucia”[11]. W tym stanie aborcja dopuszczalna jest tylko, gdy życie matki jest w niebezpieczeństwie, a także zabrania się wykorzystania środków publicznych, pracowników lub do zachęcania kobiety do aborcji, z wyjątkiem przypadków, gdy jej życie jest w niebezpieczeństwie. Sąd Okręgowy Stanów Zjednoczonych zakazał egzekwowania tych przepisów. Decyzja ta została potwierdzona przez Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych. Sąd Najwyższy uchylił decyzję sądu niższej instancji, stwierdzając, że nie trzeba rozważać konstytucyjności preambuły ustawy, ponieważ nie służy uzasadnieniu regulacji aborcji. Każdy sędzia orzekający w tej sprawie napisał opinię odmienną od innych. O’Connor stwierdziła, że *Roe v. Wade* w kontekście sporu We-

[11] http://ekai.pl/wydarzenia/swiat/x17736/usa-lat-legalizacji-aborcji-na-zyczenie/

bster, gdzie przestrzeganie prawa stanu Missouri, naruszałoby ważną zasadę przymusu sądowego. Potem wyjaśniła, że głosowała za przestrzeganiem prawa Missouri, ponieważ nie czuła, że to powoduje nadmierne obciążenia w sprawie prawa do aborcji. Scalia napisał ostrą opinię, przyłączając się do wyroku. Zaatakował uzasadnienie O'Connor próbujące obalić żądanie Roe. Blackmun poparł większość, aby nie poprzeć Roe, ponieważ pozwoliłoby to państwu znieść większość ograniczeń w sprawie aborcji, o ile to będzie racjonalnie związane z promowaniem potencjalnego życia.

1.6. Podsumowanie

Zarówno Roe, jak i Doe całkowicie zmieniły swe poglądy. Stały się one zwolenniczkami życia ludzkiego od poczęcia, przeciwniczkami aborcji, działającymi w organizacji pro-life. Swoje wcześniejsze zachowanie tłumaczyły omamieniem i zmanipulowaniem przez adwokatów i tym, że nie były świadome tego, co się wokół nich dzieje. Doe po zakończeniu sprawy otwarcie krytykowała cały wymiar sprawiedliwości, twierdząc, że zwróciła się do Sądu w zupełnie innej sprawie, a wyrok zapadł w sprawie, która nie miała dla niej znaczenia. Obie panie podkreślały fakt ich nawrócenia, odnalezienia właściwej drogi i uwierzenia w Boga, który według nich przebaczy im „największy błąd w ich życiu''. Roe nadal twierdzi, że „aborcyjną machinę, która uśmierca rocznie prawie 1,5 mln amerykańskich dzieci", da się jeszcze zatrzymać. Niestety rzeczywistość jest diametralnie inna. Rok 1990 był przełomowy dla tego typu zabiegów. W USA dokonano ich wtedy ponad 1,9 mln. Statystyki te pomijają dane o nielegalnych aborcjach.

Podsumowując, obecna sytuacja aborcyjna w USA i na całym świecie jest wyrazem dążeń grupy ludzi, nawet wielu, bardzo popularnych w Stanach Zjednoczonych, grup lobbystycznych, które zawzięcie starają się o coś, co miało być dla nich oraz wszystkich ludzi „udogodnieniem", a stało się powszechnie występującą praktyką.

2. Aborcja w Polsce

W społeczeństwie aborcja budzi wiele kontrowersji. Według statystyk większość obywateli jest przeciwna aborcji, jednakże liczba nielegalnie przeprowadzonych zabiegów jest przerażająca. Najwięcej problemów wzbudza pytanie: kiedy rozpoczyna się życie? Czy od momentu narodzin, czy od momentu poczęcia. W społeczeństwie zdania są podzielone. Zwolennicy aborcji twierdzą, że po zapłodnieniu w ciele kobiety rozwija się embrion, a nie nowy człowiek. Człowiekiem staje się dopiero z chwilą narodzin. Wychodząc z takiego założenia, kobieta ma prawo do „wolnego wyboru", czy za kilka miesięcy chce być mamą, czy nie jest jeszcze na to gotowa. Zwolennicy nie narzucają aborcji, ale chcą szeroko pojętej wolności dla kobiet, która prawnie im

się należy. Przeciwnicy aborcji przyjmują za początek życia poczęcie, więc każda aborcja jest według nich zabiciem własnego dziecka. Przyjmując założenie, że dziecko w chwili poczęcia jest embrionem, trzeba także zastanowić się nad faktem, kto ma prawo decydowania o jego rozwoju. Embrion jako zygota ma inny genotyp niż matka, dlatego nie można uznać, że płód jest częścią ciała kobiety. Dlatego nie do końca prawdziwe jest twierdzenie „mój brzuch, moja sprawa". Przynajmniej w części decydować o aborcji powinien także domniemany ojciec. Faktem jest, że do pewnego momentu trudno uznać embrion za człowieka, biorąc pod uwagę, że większość narządów wykształci się dopiero po upływie 14 tygodni. Patrząc z drugiej strony, każdy zgodzi się ze stwierdzeniem, że dziecko w chwili narodzin jest człowiekiem oraz, że rozwój człowieka przebiega równomiernie. Czy w takim razie tydzień przed narodzinami też było człowiekiem? Odpowiedź będzie raczej twierdząca. Idąc dalej, zgodnie z równomiernym rozwojem, poczęte dziecko było także człowiekiem w 4 miesiącu ciąży i kilka minut po zapłodnieniu. Problem wydaje się być nie do rozwiązania. Oczywiście kobiecie przysługuje prawo wyboru oraz wolność osobista, powinno się jednak pamiętać, że wolność człowieka kończy się wraz z naruszaniem wolności innej osoby. Bez wątpienia bardzo ważną sprawą jest orzeczenie z punktu widzenia biologicznego, czy zarodek jest już człowiekiem, czy jeszcze nie. Z punktu widzenia współczesnej medycyny, nie można tego jednoznacznie stwierdzić. Poza tym aspektem istnieją jeszcze inne powody zdecydowanej reakcji społeczeństwa na aborcję. Szczególnie ważne są aspekty moralne. Bo czy kobieta, która zdecydowała się na aborcję z powodów takich jak kariera, pieniądze czy po prostu „nieodpowiedni moment", w przyszłości może być dobrą matką? Nie można tego wykluczyć, ale ważne jest też to, że przekazywane przez nią istotne wartości nie będą wiarygodne lub w ogóle nie zaistnieją. Trzeba też wziąć pod uwagę fakt, iż aborcja w wielu przypadkach niesie ze sobą psychiczne i długotrwałe następstwa, które mogą się odbić na dzieciach takiej kobiety. Społeczeństwo podzielone jest nie tylko na „przeciwników" i „zwolenników" aborcji. Duża część ludności dopuszcza możliwość wykonania zabiegu w określonych przypadkach – do nich należą: zagrożenie życia matki, choroby wrodzone płodu, ciąża jako wynik gwałtu oraz czynniki socjoekonomiczne. Także tutaj zdania nie są jednolite. Szczególne poruszenie wzbudzają choroby wrodzone płodu jako powód aborcji. Z jednej strony jest to skazywanie dziecka na wegetację, mimo że można było tego uniknąć, a z drugiej strony osoby upośledzone mają takie samo prawo do życia, jak każdy człowiek. Duże znaczenie w opinii publicznej ma stopień zaawansowania choroby oraz możliwości jej zahamowania. Podobnie patrzy się na problem, gdy ciąża jest wynikiem gwałtu, ale zdecydowanie dominuje opinia, że taka sytuacja powinna być rozpatrywana indywidualnie.

2.1. Dopuszczalność aborcji w Polsce w świetle ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży

Bez wątpienia temat aborcji jest w Polsce mocno upolityczniony i nacechowany ideologicznie, co wielokrotnie prowadzi do braku merytorycznej dyskusji na ten temat. W Polsce dopuszczalność aborcji reguluje ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[12]. Art. 4a ustawy szczegółowo reguluję sytuacje, w których może być dokonane przerwanie ciąży. W ustawie położono nacisk na ,,warunki dopuszczalności przerywania ciąży''. Przepis stanowi natomiast, iż przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu; przerwanie jest wówczas dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej; 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, przy czym od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni. Według art. 4b analizowanej ustawy na podstawie odrębnych przepisów przysługuje prawo do bezpłatnego przerywania ciąży w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej.

Wymieniona ustawa zawiera także wiele innych warunków dopuszczalności dokonania aborcji. Wśród nich znajdują się: miejsce dokonania przerywania ciąży – w przypadkach, o których mowa w art. 4a ust. 1 pkt 1 i 2, przerywanie ciąży dopuszczalne jest wyłącznie w szpitalu. Dochodzi do tego w chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, w innych przypadkach − jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni. Kolejnym z warunków dokonania aborcji w Polsce jest pisemna zgodna kobiety oraz odbycie przez nią konsultacji lekarskich.

Sposób unormowania omawianej sprawy wywołuje spory co do tego, czy przerywanie ciąży w okolicznościach przewidzianych przez ustawę stanowi przedmiot prawa podmiotowego. Orzecznictwo wskazuje, że jest to prawo podmiotowe, będące konsekwencją prawa do planowania rodziny[13].

Z punktu widzenia przeciwników aborcji wyrok TK z 28 maja 1997 r. jest nieco paradoksalny. Przedmiotem rozstrzygnięcia była zgodność z Konstytucją dawnego art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu rodziny, który dopuszczał przerywanie ciąży, gdy kobieta ciężarna znajdowała się w ,,ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji

[12] Dz. U. Nr 17, poz. 78 ze zm.

[13] Przykładem jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU z 1997 r., nr 2, poz. 19.

osobistej"[14]. Zgodnie z werdyktem TK został on uznany za sprzeczny z Konstytucją RP. Aby mogło dojść do takiego rozstrzygnięcia, zbadano najpierw, czy wymieniony przepis nadawał pacjentce prawo podmiotowe do przerywania ciąży. Trybunał rozpatrzył sprawę i udzielił odpowiedzi twierdzącej. Zastrzegł jednak, że gdyby przerywanie ciąży ze względu na wymienione wyżej trudne warunki uznać za prawo, to winno się stosować takie rozumowanie w całej rozciągłości również do pozostałych przesłanek z tego artykułu. W swych konkluzjach TK szeroko rozwodził się nad oceną przepisów ustawy, a także nad ówczesną sytuacją społeczną kraju. Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu sugerował również umieszczenie regulacji tego typu w jednej, odrębnej ustawie[15].

W omawianym orzeczeniu TK przywołał również pojęcie kolizji dóbr. Odniósł się do życia w fazie prenatalnej, które stanowi jedną z podstawowych wartości konstytucyjnych. Zdaniem Trybunału ustawodawca władny jest jedynie do określenia ewentualnych wyjątków, przy zaistnieniu których – ze względu na kolizję dóbr stanowiących wartości, prawa lub wolności konstytucyjne – konieczne jest poświęcenie jednego z kolidujących ze sobą dóbr. TK podkreślił przy tym, że wynikająca z kolizji zgoda ustawodawcy na poświęcenie jednego z kolidujących dóbr nie odbiera mu przymiotu dobra konstytucyjnego podlegającego ochronie.

Kolizja dóbr na podstawie pozostałych przesłanek legalnego przerywania ciąży jest raczej łatwa do uchwycenia. Niemniej jednak w wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.[16] dotyczącym przerywania ciąży powstałej w wyniku zgwałcenia stwierdzono, że zabieg aborcyjny ogranicza skutki przestępstwa i jest podejmowany w interesie ofiary.

Omawiana ustawa o planowaniu rodziny jest w oczach zwolenników aborcji uważana za kompromisową. Biorąc pod uwagę rozwiązania prawne naszych sąsiadów czy pozostałych państw europejskich, wypadamy jako kraj wysoko restryktywny.

2.2. Regulacja dopuszczalności aborcji w polskim kodeksie karnym

W polskim systemie prawnym regulacja kwestii aborcji została zawarta w Kodeksie karnym z 6 czerwca 1997 r.[17] (dalej także jako k.k.). Aborcja w polskim kodeksie karnym nazywana jest przerywaniem ciąży. Została podzielona na przerywanie ciąży za zgodą kobiety oraz na przerywanie ciąży bez zgody kobiety[18]. Art. 152 k.k. normuje przerywanie ciąży za zgodą kobiety. Według przepisów k.k. surowiej karana powinna być osoba powodująca przerwanie ciąży w sytuacji, w której dziecko poczęte osiągnęło

[14] Była to czwarta, nieistniejąca już przesłanka z art. 4a ustawy o planowaniu rodziny
[15] Zob. szerzej – A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2011, s. 578-579.
[16] Sygn. akt V CK 16/03, OSNC z 2004 r., nr 6, poz. 104.
[17] Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.
[18] Zob. szerzej − A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 437– 440.

zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki (art. 152 §3)[19], inne obostrzenia dotyczą sytuacji stosowania przemocy, groźby bezprawnej albo podstępu wobec ciężarnej, doprowadzenia jej do przerwania ciąży przy zastosowaniu wymienionych wyżej środków (art. 152 k.k.)[20].

Do ustawowych znamion przestępstwa normowanego przez art. 152 k.k. zaliczana jest zgoda kobiety na przerwanie jej ciąży. Osoba przerywająca ciążę za zgodą kobiety popełnia występek umyślny. Czyni tak, dlatego że tego chce, a zatem działa z zamiarem bezpośrednim[21]. Wymieniony przepis nie ogranicza sposobów przerywania ciąży. Mogą to być: sposoby mechaniczne, chemiczne lub farmakologiczne[22].

Podmiotem opisywanego przestępstwa (art. 152 §1) może być każda osoba, lekarz i inna osoba dokonująca takiego czynu lub współdziała w jego popełnieniu. Odmiennie kształtuje się zakres bezprawności lekarza i osoby niebędącej lekarzem. Uprawniony lekarz odpowiada za aborcję wbrew woli kobiety i warunkom określonym w ustawie, natomiast inna osoba odpowiada w każdym przypadku dokonania aborcji. Ograniczenie w stosunku do lekarza wypadków prawnie dopuszczalnej aborcji ma za zadanie przeciwdziałać niefachowym zabiegom, podejmowanym w warunkach zagrażających życiu oraz zdrowiu ciężarnej[23].

Natomiast w art. 152 § 2 k.k. uregulowano przestępstwo pomocy kobiecie ciężarnej w przerywaniu ciąży z naruszeniem przepisów, a także nakłanianie jej do tego. Kobieta zgadzająca się na przerywanie ciąży nie podlega odpowiedzialności karnej[24].

Art. 153. k.k. reguluje przerywanie ciąży bez zgody kobiety[25]. Takie przerwanie ciąży kobiety jest surowiej karane niż przerwanie ciąży za jej zgodą, ponieważ jest sprzeczne z prawem kobiety do macierzyństwa oraz narusza jej wolność i godność. Ponoszenie odpowiedzialności za przerywanie ciąży kobiety bez jej zgody, na podstawie art. 153 k.k., uwarunkowane jest spełnieniem dwóch przesłanek u sprawcy: posługuje się on jakimkolwiek sposobem i działa bez zgody ciężarnej. Doprowadzenie kobiety do

[19] *Ibidem*, s. 183–184.

[20] Art. 152. § 1. Kto za zgodą kobiety przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto udziela kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy lub ją do tego nakłania.

§ 3. Kto dopuszcza się czynu określonego w § 1 lub 2, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

[21] Zob. szerzej K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000, s. 267–268.

[22] *Ibidem*, s. 268.

[23] A. Marek, *Prawo karne…*, s. 438.

[24] *Ibidem*, s. 437 – 440.

[25] Art. 153. § 1. Kto stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. Kto dopuszcza się czynu określonego w § 1, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

przerwania ciąży nie może nastąpić dowolnym sposobem, aby czyn ten podlegał odpowiedzialności na podstawie art. 153 k.k. Sposoby te wymieniono w tym przepisie enumeratywnie. Zalicza się do nich: przemoc, podstęp oraz groźbę bezprawną. Niewątpliwie wszystkie z nich wymagają działania umyślnego[26].

Polski ustawodawca jako szczególnie groźne oraz naganne uznaje stosowanie przemocy wobec kobiety ciężarnej, tj. gwałtowne fizyczne oddziaływanie na nią (np. bicie, kopanie w brzuch), które skutkuje aborcją, ponieważ powoduje ono śmierć dziecka poczętego oraz naruszenie albo zagrożenie zdrowia lub życia kobiety. Opisywany wariant przestępstwa może zostać zrealizowany w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, w przypadku gdy sprawca, dopuszczając się agresji na kobiecie, posiada świadomość możliwości spowodowania swoim działaniem śmierci dziecka poczętego i godzi się na to. Jako spowodowanie śmierci dziecka poczętego w „inny sposób" trzeba rozmieć oddziaływanie na ciało ciężarnej wbrew jej woli, które wywołuje opisany skutek, zwłaszcza za pomocą środków farmakologicznych lub chemicznych, wykonanie podstępnego zabiegu aborcji pod pozorowanym zabiegiem lekarskim lub wobec kobiety nieprzytomnej[27].

Dopuszczalnym, przez polskie ustawodawstwo, powodem przerwania ciąży jest ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu. Gdy badania medyczne wskazują na wysokie ryzyko urodzenia ciężko i nieodwracalnie chorego dziecka, rodzice mają prawo podjęcia decyzji, czy chcą urodzenia tego dziecka, czy wolą przerwać ciążę. Urodzenie wbrew woli rodziców dziecka upośledzonego powoduje powstanie po stronie podmiotu odpowiedzialnego za to obowiązek zapłaty zadośćuczynienia na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego[28] z powodu krzywdy spowodowanej naruszeniem dóbr osobistych[29].

2.3. Naruszenia prawa do aborcji

Dobrym przykładem ukazującym problemy z interpretacją prawa do aborcji w Polsce jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 lipca 2008 r.[30] Dotyczy on ustalania podstaw roszczeń odszkodowawczych rodziców upośledzonego dziecka w przypadku naruszenia przez lekarza prawa do planowania rodziny oraz przerywania ciąży. Sąd apelacyjny uznał, że rodzicom należy się odszkodowanie za pozbawienie ich prawa do aborcji i zmuszenie do urodzenia dziecka posiadającego ciężkie uszkodzenia genetyczne.

[26] Zob. szerzej A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 339–343.

[27] A. Marek, *Prawo karne…*, s. 439.

[28] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.).

[29] Zob. szerzej M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 434.

[30] Sygn. akt I ACa 278/08.

Okoliczności tej sprawy przedstawiały się następująco. W 1999 r. w Łomży lekarze tamtejszego szpitala wiedzieli, że ciąża powódki jest bardzo wysokiego ryzyka oraz że powódka ma już jedno dziecko z rzadką chorobą genetyczną. Mimo tego nie zgodzili się na badania prenatalne i nie zauważyli podstaw do przerwania ciąży. Powódka urodziła dziecko wymagające całodobowej opieki, uzależnione od otoczenia z powodu swojej niepełnosprawności oraz nieprawidłowo rozwijające się. Lekarze nie przyznali się do winy i chcieli oddalenia powództwa. Uważali, że wina leży po stronie pacjenta, a szkoda jest wynikiem choroby lub ryzykiem pacjenta, którego nie można uniknąć. Według lekarzy w tym przypadku nie naruszono dóbr osobistych, ponieważ nie wykazano winy sprawcy i nie było podstaw do dokonania aborcji[31].

W trakcie procesu udowodniono winę lekarzy, szkodę majątkową oraz niemajątkową (cierpienia powodów), a także związek między postępowaniem lekarzy a szkodą doznaną przez rodziców.

W czasie rozpraw sądowych ustalono naruszenie przez lekarzy wielu przepisów prawa: prawa do informacji o stanie zdrowia oraz prawa do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wiedzy medycznej, prawa powodów do planowania rodziny i przerwania ciąży (art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny) oraz prawa do badań prenatalnych (art. 2 ust. 2a cytowanej ustawy[32]).

Sąd Apelacyjny orzekł, że pozwany otrzymał dokumentację lekarską pierwszego dziecka powódki, z której powinien wiedzieć, że występuje wysokie ryzyko uszkodzenia płodu, sam nawet uznał w karcie informacyjnej tę ciążę za wysokiego ryzyka. Pomimo tych przesłanek odmówił wystawienia skierowania na specjalistyczne badania oraz wprowadził powódkę w błąd, mówiąc, że badania USG nie pokazały wady płodu, choć takie badania w tym okresie ciąży nie mogły ich wykryć.

Sąd Okręgowy w drugim wyroku nie uznał winy umyślnej lekarzy, co spowodowało oddalenie wobec nich powództwa. Ostatecznie odpowiedzialność cywilną poniósł tylko pracodawca, czyli szpital[33]. Co ciekawe, podniósł on niezrozumiały zarzut, że to powodowie są wyłącznie odpowiedzialni za zaistnienie szkody (jak pisze M. Nesterowicz, zapewne dlatego, że współżyli ze sobą)[34].

Ważną konsekwencją powyższego przypadku jest uznanie przez Sąd Najwyższy, że prawo rodziców do świadomego planowania rodziny oraz prawo kobiety do dokonania aborcji z przyczyn eugenicznych są prawami podmiotowymi, a ich naruszenie skutkuje

[31] Zob. szerzej M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy…* , s. 436.

[32] „Organy administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego, w zakresie swoich kompetencji określonych w przepisach szczególnych, są zobowiązane zapewnić swobodny dostęp do informacji i badań prenatalnych, szczególnie wtedy, gdy istnieje podwyższone ryzyko bądź podejrzenie wystąpienia wady genetycznej lub rozwojowej płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu".

[33] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze…,* s. 438.

[34] *Ibidem*.

odpowiedzialnością odszkodowawczą. Jak zauważa M. Nesterowicz, podobny tok myślenia prezentują amerykańskie sądy. W USA podkreśla się istnienie prawa do autonomii prokreacji, które jest zaliczane do prawa do prywatności, a ono zawiera się w konstytucyjnym prawie wolności[35]. Przyjmuje się, że prawo do autonomii prokreacji jest złożone z dwóch pomniejszych praw: prawa do prokreacji oraz prawa do uniknięcia prokreacji, w którym zawiera się prawo do aborcji, w granicach dopuszczalnych przez prawo[36].

Sąd przyznał powódce łączną kwotę odszkodowania 67 000 zł oraz rentę za utracone dochody, a także rentę na leczenie i utrzymanie dziecka. Powód otrzymał zadośćuczynienie w kwocie 30 000 zł za pozbawienie prawa do planowania rodziny oraz obciążenie wychowywaniem drugiego niepełnosprawnego dziecka. Jak łatwo zauważyć, nie są to wysokie kwoty, szczególnie uwzględniając krzywdy doznane przez powodów, oraz porównując je do kwot uzyskiwanych w podobnych przypadkach w innych krajach, zwłaszcza w USA.

Inną sytuacją dopuszczającą przerywanie ciąży w Polsce jest ciąża będąca skutkiem czynu zabronionego, w tym zgwałcenia. Jest wiele przypadków, gdy także w takiej sytuacji odmówiono dokonania zabiegu przerwania ciąży. Jeden z nich jest przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r.[37] Zgodnie z nią podmiot odpowiedzialny za uniemożliwienie zabiegu przerwania ciąży spowodowanej gwałtem, w przypadku gdy nie ustalono jego sprawcy, ponosi koszty utrzymania dziecka w zakresie, w jakim matka dziecka nie może zaspokoić potrzeb dziecka.

W omawianym przypadku doszło do bezprawnego działania spowodowanego złym ustaleniem zaawansowania ciąży. Poprzez tę pomyłkę dokonanie aborcji stało się niemożliwe, ponieważ upłynął 12-tygodniowy termin na dokonanie takiego zbiegu. Rażące jest to, że przy ustalaniu zaawansowania ciąży nie wzięto pod uwagę diagnozy ginekologa ani nie dołożono staranności, aby jak najszybciej usunąć wątpliwości. Widać było w tym wypadku wyraźnie przedmiotowe traktowanie pacjentki[38].

W wymienionej wcześniej uchwale Sąd Najwyższy orzekł, że nie istnieje prawo do aborcji oraz że nie jest to dobro osobiste ani nie jest to element planowania rodziny. Zdaniem sądu okoliczności wymienione w art. 4a ust. 1 ustawy pozwalające na przerwanie ciąży są zbliżone do kontratypu, więc wyłączają bezprawność.

W takcie sprawy rozwódka zmieniła powództwo, domagając się pokrycia kosztów utrzymania dziecka. Sąd okręgowy oddalił to powództwo, uznając, że urodzenie dziecka

[35] Polski Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSP 2004, nr 10, poz. 125 uznał, że bezprawne uniemożliwienie zgwałconej przerwania ciąży jest naruszeniem dobra osobistego, czyli prawa do planowania rodziny, a więc naruszeniem wolności.

[36] Por. M. Nesterowicz, *Prokreacja medycznie wspomagana w systemie prawnym USA,* [w:] *Ze sztandarem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi W.J. Wagnerowi,* Kraków 2003, s. 343.

[37] Sygn. akt III CZP 8/06.

[38] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze…,* s. 451.

nie może być uznawane za szkodę, a utrzymanie dziecka dokładnie regulują przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[39]. Następnie Sąd Apelacyjny zadał pytanie prawne Sądowi Najwyższemu, czego efektem jest analizowana uchwała.

Sąd Najwyższy orzekł, że urodzenie oraz życie dziecka nie może być postrzegane jako szkoda. Nie oznacza to, że nikt nie odpowiada za zaistniałą sytuację, za koszty i wydatki związane z uszczerbkiem majątkowym matki wynikającym z faktu ponoszenia kosztów, gdy dziecko nie było planowane, a poczęło się na skutek gwałtu. Sąd Najwyższy uznał, iż byłoby niesprawiedliwe, gdyby kosztami obciążono wyłącznie matkę dziecka, szczególnie w sytuacji, gdy ze względu na stan zdrowia, brak pracy oraz konieczność osobistej opieki nad dzieckiem, nie ma ona możliwości poniesienia tych kosztów.

Stanowisko Sądu Najwyższego należy zaaprobować. W tej konkretnej sprawie koszty poniesie gmina, gdyż w czasie, kiedy działał opisywany lekarz, szpital był jednostką budżetową. Obecnie odpowiedzialność ponosi szpital.

Ciekawostką jest odważny pogląd Sądu Najwyższego, zaprezentowany w uzasadnieniu uchwały, że państwo powinno ponosić koszty utrzymania dziecka, gdy kobieta nie zdecydowała się na legalne usunięcie ciąży (gdy miała taką możliwość) lub gdy niezgodnie z prawem uniemożliwiono jej dokonania aborcji.

Wspomniana na początku ustawa nie wprowadza ograniczeń czasowych wykonania zabiegu przerywania ciąży, co w konsekwencji prowadzi do sytuacji możliwości jego dokonywania nawet w bardzo późnym stadium ciąży. W piśmiennictwie podnosi się jednak, iż wykonywanie aborcji w późnym okresie rozwoju płodu może samo w sobie być niebezpieczne dla zdrowia i życia kobiety ciężarnej. Bardzo ważne jest, by szczegółowo ocenić proporcje tego ryzyka, by nie doprowadzić do sytuacji, gdy wykonanie zabiegu jest bardziej ryzykowne niż jego zaniechanie. Ponadto podkreśla się, że jeśli płód uzyskał już możliwość samodzielnego życia poza organizmem matki, nie jest dopuszczalne wyłączne ratowanie kobiety ciężarnej. Co więcej, według art. 157a § 2 Kodeksu karnego lekarz, który spowoduje uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego, zagrażający jego życiu nie poniesie za ten czyn odpowiedzialności, jeśli nastąpiło to na skutek działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego[40].

Przepisy wykonawcze do ustawy wymagają, by odpowiedniej oceny odnośnie do tego, czy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, dokonywał lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie medycyny właściwej ze względu na rodzaj choroby kobiety ciężarnej[41]. I tak odpowiednio za chorobę tarczycy odpowiadać

[39] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 583 ze zm.).
[40] Zob. szerzej A. Marek, *Prawo karne…* , s. 437–440.
[41] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze…op.cit.,* s. , s.486.

powinien endokrynolog, a za chorobę serca kardiolog. E. Zielińska rozważa fakt niebezpieczeństwa zdrowia kobiety wynikający z braku konkretnego schorzenia. W tej sytuacji odpowiednią osobą będzie lekarz rodzinny[42].

Kolejny warunek skorzystania z tej przesłanki wynika ust. 3 ustawy o ochronie płodu. Wedle niego zabieg aborcji musi być dokonany wyłącznie w szpitalu. Rozporządzenie wykonawcze precyzuje, że osobą uprawniona do przeprowadzenia aborcji jest lekarz posiadający specjalizację I stopnia w zakresie położnictwa i ginekologii lub tytuł tożsamy. Zgodnie z ust. 5 aborcji powinien dokonać inny lekarz niż ten, który ustalił wystąpienie omawianej przesłanki. Jednakże w przypadku, gdy życie kobiety jest zagrożone nagłym niebezpieczeństwem, a jakakolwiek zwłoka mogłaby się przyczynić do pogorszenia jej stanu, czas oczekiwania na konsultacje z innym lekarzem może stać się ogromnym zagrożeniem i dopuszcza się jakiegokolwiek lekarza do przeprowadzenia zabiegu.

Warto odnotować, że ustawa nie nakłada na lekarza lub podmiot leczniczy obowiązku dokonywania zabiegu, gdy omawiane uwarunkowania zostaną spełnione. Brak jest również trybu odwoławczego, z którego kobieta mogłaby skorzystać w sytuacji negatywnej opinii lub odmowy wykonania aborcji[43]. Jak jednak uznał Sąd Najwyższy w swym wyroku z 21 listopada 2003 r.[44]: bezprawne uniemożliwienie wykonania zabiegu przerwania ciąży uprawnia kobietę do dochodzenia wyrównania szkody wynikłej z tego zdarzenia.

Nie ulega wątpliwości, że konstrukcje omawianych przesłanek, jak i całej ustawy budzą wątpliwości i są co najmniej nieprecyzyjne. Bez wątpienia budzą trudności interpretacyjne i mogą prowadzić do odmowy wykonania zabiegu ratującego życie matki.

Doskonałym przykładem tego zagadnienia jest sprawa Alicji Tysiąc. Była ona matką dwójki dzieci, które przyszły na świat za pomocą zabiegu cesarskiego cięcia. Ponadto Tysiąc cierpiała na krótkowzroczność w bardzo dużym stopniu. W roku 2000 zaszła w kolejną ciążę. Udała się do specjalistów, z których trzech z nich zgodnie stwierdziło, że kolejna ciąża może doprowadzić do kompletnej utraty wzroku. Każdy z nich odmówił jednak kobiecie wydania zaświadczenia pozwalającego na dokonanie aborcji. Udała się do lekarza internisty, który owe zaświadczenie wydał. W międzyczasie, w kolejnych etapach ciąży wzrok powódki pogarszał się znacząco. Ten powód jednak nie zrobił wrażenia na ginekologu, do którego udała się Tysiąc w celu usunięcia ciąży. Odmówił on wykonania aborcji, powołując się na dobry stan pacjentki i brak zagrożenia jej życia. W konsekwencji Tysiąc urodziła trzecie dziecko, a jej stan zdrowia pogorszył się. Doszło do wzrostu ciśnienia tętniczego i wylewu krwi do plamki

[42] Zob. szerzej E. Zielińska, *Wzajemne relacje* w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej, „Prawo i Medycyna" 2001, nr 9, s. 38.

[43] Patrz szerzej: R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 487.

[44] V CK 167/03.

żółtej. Tysiąc zgłosiła sprawę do prokuratury, oskarżając ginekologa, który odmówił jej wykonania zabiegu przerywania ciąży. Prokuratura umorzyła postępowanie, powołując się na brak wpływu ciąży i porodu na stan zdrowia kobiety. Alicja Tysiąc złożyła więc w 2003 r. skargę na Rzeczpospolitą Polską do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. 20 marca 2007 r. Trybunał orzekł[45], iż Polska nie określiła w swym systemie prawnym jednoznacznych procedur, które pozwoliłyby lekarzowi na upewnienie się co do konieczności przeprowadzenia legalnej aborcji. Nie określono również trybu odwoławczego w sytuacji, gdy lekarz odmawia wykonania zabiegu, a także nie zabezpieczono odpowiednio szybkiego postępowania w takich sprawach. W przypadku Alicji Tysiąc sędziowie uznali, iż państwo polskie naruszyło jej prawo do poszanowania życia prywatnego. Trybunał zasądził na rzecz skarżącej zadośćuczynienie w kwocie 25 000 euro.

3. Zakończenie

Wbrew oficjalnym statystykom, aborcja jest w Polsce poważnym problemem. W społeczeństwie przeważa pogląd, że obecnie obowiązująca ustawa antyaborcyjna nie zmniejszyła liczby aborcji i że najlepszym sposobem na aborcję nie są zakazy prawne, lecz edukacja seksualna i łatwiejszy dostęp do antykoncepcji oraz − w przypadku, gdy ciąża stała się faktem − pomoc kobietom w trudnej sytuacji życiowej. Powyższe zdanie odnosi się w dużej mierze do Polek, które zabieg aborcji decydują się dokonać w innym państwie, często tam, gdzie prawo pozwala na aborcję po 14 tygodniu ciąży[46]. W ostatnich latach odsetek przekonanych o skuteczności ustawy spadł. Głośno mówi się o tym, że to nie zakazy prawne mają zmniejszyć liczbę zabiegów aborcji, lecz czynnikiem, który ma to zmienić, jest wsparcie kobiet w trudnej sytuacji i przede wszystkim edukacja seksualna. Społeczeństwo polskie przeszło długą drogę, jeśli chodzi o proces przerywania ciąży. Nasza droga jest zapewne o wiele dłuższa niż amerykańska, jednakże obecnie znajdujemy się na tym samym etapie, w którym zarówno obywatele RP, jak i USA są bardziej liberalni i uznają zabieg przerywania ciąży jako zwykły zabieg medyczny, a nie, jak to miało miejsce kilkadziesiąt lat temu, jako coś zakazanego i kompletnie nieludzkiego. W Stanach Zjednoczonych w latach 60. i 70. ubiegłego wieku działała organizacja NARAL, której celem była legalizacja aborcji. Jeden z jej założycieli, dr Bernard Nathanson, który po latach zaprzestał wykonywania aborcji i został działaczem pro-life, opisuje działania NARAL jako sfałszowane i sprzedawane mass mediom i opinii publicznej w USA. Liczby ukształtowały świadomość społeczną w USA i były najlepszym

[45] Wyrok ETPCz z 20 marca 2007 r., *Alicja Tysiąc przeciwko Polsce*, skarga nr 5410/03.
[46] Np.: Holandia czy Wielka Brytania.

środkiem do zmiany prawa aborcyjnego. Wpłynęły one również na decyzję Sądu Najwyższego USA i legalizację aborcji w takiej, a nie innej formie. Podobnie dzieje się w Polsce. Społeczeństwo w ciągu ostatnich lat ma o wiele większy wpływ na to, co dzieje się w ich kraju, niż to miało miejsce lata temu. Nadal panuje u nas moda na to co „amerykańskie''. USA jest dla nas pewnego rodzaju wzorem do naśladowania, więc i temat aborcji dotknął nas w takim stopniu jak Stany Zjednoczone kilkadziesiąt lat temu. Tyle tylko, że mogliśmy i nadal możemy wypracować swoje regulacje, nauczeni błędami Amerykanów, a nie ślepo powtarzać ich drogę.

The right to abortion as an example the case of *Roe vs. Wade* Ref. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705

Abstract: The case Roe vs. Wade became the beginning of changes in abortion law all over the world. This work illustrates the impact of the judgment on the legalization of abortion. The text is a comparison between the situation in Poland and the United States. It includes both legal regulations, a description of the judgments, statistics and public opinion research. In work is contained historical overview of events, which affect the current state. The key role played by the development, technological advances and changing the mentality of citizens described countries.

Keywords: abortion, fetus, child, court, woman, doctor, lawyer, United States, law

Agata Jagna Wróbel
Katedra Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa *Obergefell v. Hodges i inni*

Przełom XX i XXI wieku to okres dynamicznej instytucjonalizacji statusu związków osób homoseksualnych. Uregulowanie niniejszej kwestii różni się w zależności od systemu prawnego danego państwa – od bezwzględnego zastrzeżenia prawa do zawierania małżeństw wyłącznie dla par heteroseksualnych, po dopuszczenie do korzystania z tego prawa również przez związki osób tej samej płci.

Celem opracowania jest skonfrontowanie, jak przedmiotowe zagadnienie zostało uregulowane w Stanach Zjednoczonych, Europie i Polsce. Część pierwsza dotyczy przełomowego wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Obergefell v. Hodges i inni*[1], który prezydent Barack Obama nazwał „wielkim krokiem w naszym marszu ku równości"[2]. Kolejna część koncentruje się na standardach przyjętych w państwach europejskich, ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Wreszcie, ostatnia część została poświęcona rozwiązaniom prawnym obowiązującym w Polsce.

1. Małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych

Sprawy zawisłe przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych (dalej: Sąd) wywodziły się z czterech stanów (Michigan, Kentucky, Ohio i Tennessee), w których małżeństwo definiowane jest jako związek kobiety i mężczyzny. Skarżący, czternaście par homoseksualnych oraz dwóch mężczyzn, których partnerzy zmarli, zarzucili, że organy stanowe, odpowiedzialne za wykonywanie zaskarżonych praw, naruszyły Czternastą Poprawkę[3] do

[1] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2015 r. w sprawie *Obergefell v. Hodges i inni* 576 U. S. (2015); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[2] Źródło: https://twitter.com/barackobama (dostęp: 29.11.2015).

[3] Pełne brzmienie Czternastej Poprawki Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, uchwalonej 17 września 1787 r., w odnośnym zakresie: „§1. Każdy, kto urodził się lub naturalizował w Stanach Zjedno-

Konstytucji poprzez zakwestionowanie prawa do zawarcia małżeństwa lub odmowę uznania małżeństwa pełnoprawnie zawartego w innym stanie.

Sąd skoncentrował swoje rozważania na dwóch pytaniach: pierwsze, wywodzące się ze spraw stanów Michigan i Kentucky, brzmiało: „czy Czternasta Poprawka wymaga od stanów zalegalizowania małżeństw osób tej samej płci"; drugie, wynikające ze spraw stanów Ohio, Tennessee i ponownie Kentucky – „czy Czternasta Poprawka wymaga od stanu uznawania małżeństw osób tej samej płci, legalnie zawartych w stanie, który gwarantuje takie prawo".

Sąd podkreślił, że opisane przez skarżących historie wskazują na pilną potrzebę uregulowania przedmiotowej kwestii. W wyroku przywołał trzy spośród nich.

Pierwsza dotyczyła skarżącego Jamesa Obergefella, powoda w sprawie wywodzącej się ze stanu Ohio, i jego zmarłego małżonka, Johna Arthura. Mężczyźni przez ponad dwadzieścia lat tworzyli stabilny i zaangażowany związek. W 2011 r. u Arthura zdiagnozowano nieuleczalną chorobę – stwardnienie zanikowe boczne (ALS). Wolą mężczyzn było, aby jeszcze przed śmiercią Arthura wstąpić w związek małżeński. W tym celu udali się do Maryland, gdzie małżeństwa osób tej samej płci są legalne. Wymaga podkreślenia, że podróż była dla Arthura bardzo męczącym doświadczeniem, również ze względu na konieczność przetransportowania go na miejsce samolotem medycznym. Trzy miesiące później mężczyzna zmarł. Zgodnie z prawem Ohio, Obergefell nie został wymieniony w akcie zgonu jako współmałżonek Arthura. Ten fakt spowodował u niego poczucie krzywdy.

Druga sprawa przedstawiała historię April DeBoer i Jayne Rowse – powódek w sprawie z Michigan. W 2007 r. świętowały ceremonię przyrzeczenia, a dwa lata później zaadoptowały chłopca. Jeszcze w tym samym roku przysposobiły kolejnego syna – porzuconego przez swoją biologiczną matkę wcześniaka, który wymagał całodobowej opieki. W kolejnym roku do ich rodziny dołączyła dziewczynka specjalnej troski. Stan Michigan zezwala na adopcję jedynie parom heteroseksualnym lub osobom samotnym, dlatego formalnie rodzicem każdego dziecka jest tylko jedna z kobiet. W razie śmierci jednej z nich, druga nie będzie miała żadnych praw względem dziecka, którego nie zaadoptowała. Z tych powodów skarżące argumentowały, że są zmuszone żyć w stanie ciągłej niepewności, spowodowanej brakiem statusu małżeństwa.

Trzecia sprawa dotyczyła Ijpe DeKoe – sierżanta pierwszej klasy Rezerwy Armii Stanów Zjednoczonych. W 2011 r. został wysłany na rok do Afganistanu. Tydzień przed wyjazdem zawarł w Nowym Jorku związek małżeński ze swoim partnerem Thomasem

czonych i podlega ich zwierzchnictwu, jest obywatelem Stanów Zjednoczonych i tego stanu, w którym zamieszkuje. Żaden stan nie może wydawać ani stosować ustaw, które by ograniczały prawa i wolności obywateli Stanów Zjednoczonych. Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bezprawidłowego wymiaru sprawiedliwości ani odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawa"; źródło: http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 29.11.2015).

Kostura. Po powrocie z misji obaj zamieszkali w Tennessee. Ich zawarte zgodnie z prawem małżeństwo nie jest jednak uznawane w tym stanie. Skarżący zauważyli, że ich status małżeństwa znika lub pojawia się w zależności od tego, w jakim stanie przebywają.

Sąd zwrócił uwagę, że te i pozostałe historie skarżących dowodzą, że nie dążą oni do umniejszenia roli małżeństwa, ale zwyczajnie chcą żyć własnym życiem lub uczcić pamięć swoich współmałżonków.

Sąd rozpoczął analizę prawną od przypomnienia, że od zarania dziejów małżeństwo zajmuje poczesne miejsce w historii ludzkości. Relacja, w której mężczyzna i kobieta wiążą się, aby spędzić ze sobą resztę życia, wyrasta z fundamentalnych ludzkich potrzeb, a także odwołuje się do podstawowych ludzkich nadziei i aspiracji, przekształca obcych w bliskich, a także jest spoiwem rodzin i całego społeczeństwa. Jednocześnie Sąd zauważył, że sięgające starożytności początki małżeństwa potwierdzają jego centralną rolę, jednakże nie pozostają w oderwaniu od rozwoju prawa i społeczeństwa. Ta instytucja, nawet postrzegana wyłącznie jako związek kobiety i mężczyzny, ewoluowała w czasie. Dawniej małżeństwem był związek zaaranżowany przez rodziców pary, którzy przy doborze współmałżonków dla swoich dzieci kierowali się czynnikami politycznymi, religijnymi i finansowymi; dopiero z biegiem lat zaczęto traktować małżeństwo jako dobrowolną umowę pomiędzy kobietą a mężczyzną. Kolejna rewolucja nastąpiła wraz ze zmianą roli i statusu kobiet oraz usankcjonowaniem zasady równouprawnienia współmałżonków. Te i wiele innych zmian przemodelowało instytucję małżeństwa i dotknęło aspektów przez wielu uznawanych za zasadnicze. Jednocześnie nowe pojmowanie instytucji małżeństwa nie osłabiło jej, a wręcz umocniło. W istocie, ta zmiana podejścia jest charakterystyczna dla społeczeństw, w których kolejne generacje dostrzegają nowe aspekty wolności.

Następnie Sąd przeszedł do omówienia zagadnienia praw osób homoseksualnych, które stało się przedmiotem równie dynamicznych zmian. Jeszcze do połowy XX w. w większości społeczeństw zachodnich związki osób tej samej płci były uznawane z samej swojej istoty za niemoralne, a to przekonanie często znajdowało odzwierciedlenie w prawie karnym. Nawet gdy po drugiej wojnie światowej zaczęto przywiązywać większą wagę do humanitarnego i sprawiedliwego traktowania osób homoseksualnych, teza, że mają one prawo do godności, stała w sprzeczności zarówno z obowiązującym prawem, jak i szeroko rozpowszechnionymi w społeczeństwie konwenansami, a związki osób tej samej płci w wielu stanach pozostały przestępstwem. Osobom homoseksualnym nie wolno było również zajmować stanowisk rządowych, pełnić służby wojskowej, korzystać z praw imigranckich, a nadto byli oni notowani przez policję i ograniczeni w prawie do zrzeszania się.

Co więcej, przez większość XX w. homoseksualizm był traktowany jako choroba psychiczna i znalazł się w oficjalnym wykazie chorób opublikowanym przez Amerykań-

skie Towarzystwo Psychiatryczne. Dopiero w ostatnich latach psychiatrzy uznali tę orientację seksualną za normalny i niezmienny przejaw ludzkiej seksualności.

Pod koniec ubiegłego wieku, po istotnych przemianach kulturowych i politycznych, pary homoseksualne zaczęły prowadzić bardziej otwarty tryb życia oraz zakładać rodziny. W rezultacie, kwestia ochrony praw osób homoseksualnych wkrótce znalazła się w sądach.

Sąd po raz pierwszy pochylił się nad problematyką prawnego statusu osób homoseksualnych w wyroku *Bowers v. Hardwick*[4], w którym uznał za konstytucyjne przepisy prawa stanu Georgia penalizujące pewne akty homoseksualne. Dziesięć lat później w sprawie *Romer v. Evans*[5] Sąd unieważnił poprawkę do konstytucji stanu Colorado, która odmawiała ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną. Z kolei w 2003 r., w sprawie *Lawrence v. Texas*[6], Sąd uchylił wyrok *Bowers v. Hardwick*, uznając za poniżające przepisy klasyfikujące jako przestępstwo obcowanie płciowe osób tej samej płci.

Na tym tle powstało pytanie prawne o małżeństwa osób tej samej płci. W sprawie *Baehr v. Lewin*[7] Sąd Najwyższy Hawajów uznał, że prawo zezwalające na małżeństwo wyłącznie osób różnych płci stanowi dyskryminację. Pod wpływem niniejszej sprawy do Konstytucji Hawajów dodano zapis, że „legislatywa ma prawo zastrzec małżeństwo dla osób różnych płci"[8]. Nadto niektóre stany potwierdziły w swoich ustawodawstwach, że małżeństwo należy rozumieć jako związek kobiety i mężczyzny. Z kolei w 1996 r. Kongres wydał ustawę o ochronie małżeństwa (*the Defence of Marriage Act*, dalej: DOMA), która dla potrzeb całego prawa federalnego definiowała małżeństwo jako „wyłącznie prawny związek między jednym mężczyzną a jedną kobietą, występującymi jako mąż i żona".

Jednocześnie szeroka dyskusja na ten temat doprowadziła część stanów do zupełnie odmiennych konkluzji. W 2003 r. Sąd Najwyższy stanu Massachusetts orzekł, że stanowa konstytucja gwarantuje parom homoseksualnym prawo do małżeństwa. W ślad za tym orzeczeniem kilka kolejnych stanów, zarówno w toku procesów sądowych, jak i legislacyjnych, przyznało prawo do małżeństwa osobom tej samej płci. W 2013 r. Sąd w sprawie *United States v. Windsor*[9] unieważnił DOMA w zakresie, w jakim zakazywała uznawania za ważne małżeństw osób homoseksualnych, nawet jeśli zostały pełnoprawnie zawarte w stanach, które takie małżeństwa zalegalizowały.

[4] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 30 czerwca 1986 r. w sprawie *Bowers v. Hardwick* 478 U. S. 186 (1986); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[5] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 20 maja 1996 r. w sprawie *Romer v. Evans* 517 U. S. 620 (1996); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[6] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2003 r. w sprawie *Lawrence v. Texas* 539 U. S. 558 (2003); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[7] Wyrok Sądu Najwyższego Hawajów z 5 maja 1993 r. w sprawie *Baehr v. Lewin, 74 Hawaii Reports 645.*

[8] Art. 1.23 Konstytucji Hawajów z 1950 r., dodany na skutek referendum z 3 listopada 1998 r. [za:] J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo,* Warszawa 2014, s. 44.

[9] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2013 r. w sprawie *United States v. Windsor* 570 U. S. (2013); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

Sąd skonkludował tę część rozważań stwierdzeniem, że po wielu latach procesów, w tym przed Sądami Apelacyjnymi i Dystryktowymi, a także w efekcie licznych prac legislacyjnych oraz przeprowadzonych referendów i dyskusji, stany są aktualnie podzielone w kwestii małżeństw osób tej samej płci.

Dalej Sąd przypomniał, że zgodnie z zawartą w Czternastej Poprawce klauzulą sprawiedliwego procesu (*Due Process Clause*) „żaden stan nie może pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości”[10]. Fundamentalne wolności chronione tą klauzulą pokrywają się z prawami wymienionymi w Karcie Praw Stanów Zjednoczonych (*Bill of Rights*). Nadto, niniejsze wartości odnoszą się do pewnych osobistych wyborów, zasadniczych z punktu widzenia godności i autonomii jednostki, w tym prywatnych decyzji, które kształtują tożsamość i przekonania (zob. *Eisenstadt v. Baird*[11]oraz *Griswold v. Connecticut*[12]).

Sąd przypomniał, że wzgląd na ochronę podstawowych praw jest jednym z kluczowych punktów sądowego obowiązku wykładni konstytucji. Nie istnieje jedna uniwersalna formuła, w jaki sposób wykładnia ma być przeprowadzona, a sądy przy wydawaniu uzasadnionych ocen w kwestii żywotnych interesów jednostek winny kierować się wieloma czynnikami[13]. Przedstawiona metoda respektuje historię i czerpie z niej naukę, jednak nie pozwala przeszłości rządzić przyszłością.

Wymaga podkreślenia, że pokolenie, które spisało i uchwaliło Kartę Praw oraz Czternastą Poprawkę, nie było w stanie przewidzieć wszystkich aspektów wolności, dlatego zaufało przyszłym generacjom, aby te kształtowały charakter ochrony prawa wszystkich osób do korzystania z wolności w sposób przystosowany do zmieniających się warunków.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Sądu, prawo do małżeństwa podlega ochronie konstytucyjnej. W sprawie *Loving v. Virginia*[14], w której unieważniono zakaz związków międzyrasowych, Sąd jednogłośnie orzekł, że małżeństwo jest jednym z newralgicznych praw osobistych, niezbędnych dla zrównoważonego dążenia do szczęścia przez wolnych ludzi. Sąd potwierdził powyższe także w sprawie *Zablocki v. Rehdhail*[15], która dotyczyła zakazu zawierania małżeństwa przez ojców, którzy zalegają z obowiązkiem alimentacyj-

[10] Fragment Czternastej Poprawki Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, uchwalonej 17 września 1787 r.; źródło: http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 29. 11.2015).

[11] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 22 marca 1972 r. w sprawie *Eisenstadt v. Baird* 405 U. S. 438 (1972); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[12] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 7 czerwca 1965 r. w sprawie *Griswold v. Connecticut* 381 U. S. 479 (1972); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[13] Zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 19 czerwca 1961 r. w sprawie *Poe v. Ullman* 367 U. S. 497 (1961); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[14] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 12 czerwca 1967 r. w sprawie *Loving v. Virginia* 388 U. S. 1 (1967); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[15] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 18 stycznia 1978 r. w sprawie *Zablocki v. Rehdhail* 434 U. S. 374 (1978); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

nym względem swoich dzieci. Sąd ponowie przywołał tę zasadę w sprawie *Turner v. Safley*[16], w której pochylił się nad kwestią ograniczenia prawa do małżeństwa wobec osób pozbawionych wolności. Na przestrzeni lat i w różnych kontekstach Sąd orzekał, że prawo do małżeństwa jest istotne w świetle klauzuli sprawiedliwego procesu[17].

Nie ulega jednak wątpliwości, że powyższe sprawy odnosiły się wyłącznie do związków osób odmiennych płci. Analizując niniejsze przypadki, Sąd zidentyfikował pewne nierozerwalnie związane z instytucją małżeństwa atrybuty, wynikające z historii, tradycji i innych konstytucyjnych wolności. Należy zatem rozważyć, czy znajdują one zastosowanie również do związków osób tej samej płci.

W świetle pierwszego z nich prawo do dokonania osobistego wyboru w kwestii wstąpienia w związek małżeński łączy się z koncepcją autonomii jednostki. Podobnie jak decyzje dotyczące antykoncepcji, relacji rodzinnych, prokreacji czy wychowania dzieci, które również podlegają ochronie konstytucyjnej, wybory dotyczące małżeństwa znajdują się wśród najbardziej prywatnych, a nawet intymnych decyzji, jakie człowiek może podjąć[18]. Prawo do małżeństwa ma zatem pierwszoplanowe znaczenie dla wszystkich ludzi[19], ponieważ kształtuje przeznaczenie i dalsze życie jednostki. Już z samego trwałego charakteru małżeństwa wynika, że dwie osoby pragną odnaleźć i dzielić pewne wspólne wartości. Odnosi się to w równym stopniu do wszystkich ludzi, niezależnie od orientacji seksualnej. Istnieje bowiem ścisły związek między dwoma mężczyznami lub dwiema kobietami, zamierzającymi wstąpić w związek małżeński, a ich autonomią do dokonywania tak ważnego wyboru.

Zgodnie z drugą zasadą, o fundamentalnym charakterze prawa do małżeństwa decyduje fakt, że kreuje ono związek dwojga ludzi niepodobny w swoim znaczeniu do żadnego innego. Małżeństwo jest odpowiedzią na strach przed życiem w samotności, oferuje wzajemne zrozumienie oraz poczucie bezpieczeństwa i stabilizacji[20]. Jak orzekł Sąd w sprawie *Lawrence*, pary homoseksualne mają takie samo prawo jak pary hetero-

[16] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 1 czerwca 1987 r. w sprawie *Turner v. Safley* 482 U. S. 78 (1987); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[17] Poza wyżej wymienionymi zobacz też: wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 16 grudnia 1996 r. w sprawie *M. L. v. S. L. J.* 519 U. S. 102 (1996); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).; wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 21 stycznia 1974 r. w sprawie *Cleveland Bd. Of Ed. v. LaFleur*414 U. S. 632 (1974); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015); wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 7 czerwca 1965 r. w sprawie *Griswold v. Connecticut* 381 U. S. 479 (1972); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[18] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2003 r. w sprawie *Lawrence v. Texas* 539 U. S. 558 (2003); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[19] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 12 czerwca 1967 r. w sprawie *Loving v. Virginia* 388 U. S. 1 (1967); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[20] Zobacz wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 7 czerwca 1965 r. w sprawie *Griswold v. Connecticut* 381 U. S. 479 (1972); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015) i wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 1 czerwca 1987 r. w sprawie *Turner v. Safley* 482 U. S. 78 (1987); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

seksualne do bycia w intymnym związku, a ich wolność nie kończy się jedynie na braku obawy, że pozostając w takim związku, narażają się na odpowiedzialność karną.

Trzeci atrybut instytucji małżeństwa to ochrona dzieci i rodziny[21]. Sąd uznał, że „prawo do małżeństwa, założenia rodziny i wychowania dzieci stanowi kluczową przesłankę wolności, chronioną klauzulą sprawiedliwego procesu”[22]. Poprzez uznanie i nadanie formy prawnej związkowi ich rodziców, dzieci są w stanie zrozumieć integralność i bliskość własnej rodziny oraz jej koegzystencję z innymi rodzinami we wspólnocie[23]. Bez uznania, stabilizacji i przewidywalności, to jest wartości, jakie niesie za sobą małżeństwo, dzieci żyją z piętnem, że ich rodziny są w pewien sposób gorsze. Ponoszą również materialne koszty związane z tym, że są wychowane przez rodziców żyjących bez ślubu. Zdaniem Sądu nie ulega wątpliwości, że wiele par homoseksualnych zapewnia swoim dzieciom, niezależnie od tego, czy są biologiczne, czy adoptowane, kochającą i opiekuńczą rodzinę. Pozbawienie par homoseksualnych możliwości zawarcia małżeństwa pozostaje zatem w sprzeczności z naczelną przesłanką tego prawa, a utrzymanie tego stanu jest krzywdzące i uderza w dzieci par homoseksualnych. Sąd zwrócił uwagę, że prawo do małżeństwa nie może być warunkowane zdolnością lub gotowością do posiadania dzieci; ma ono bowiem wiele aspektów, a wychowanie dzieci jest wyłącznie jednym z nich.

Wreszcie, zgodnie z linią orzeczniczą Sądu oraz głęboko zakorzenionymi tradycjami, małżeństwo jest filarem porządku społecznego. W sprawie *Maryland v. Hill* Sąd wyjaśnił, że małżeństwo „jest podstawą rodziny i społeczeństwa, bez której nie byłoby ani cywilizacji, ani rozwoju”[24]. Z tych względów małżeństwo podlega ochronie poprzez przyznane korzyści materialne, takie jak: opodatkowanie, dziedziczenie i prawa majątkowe, prawa małżonków związane z postępowaniem dowodowym, dostęp do bliskich przebywających w szpitalach, prawo do podejmowania decyzji w sprawie leczenia, prawa adopcyjne, akta stanu cywilnego, zasady etyki zawodowej, ograniczenia w finansowaniu kampanii, korzyści wynikające z pracowniczych praw do odszkodowania, ubezpieczenie zdrowotne, opieka nad dzieckiem i udział w jego wychowaniu, w tym prawo do odwiedzin. Małżeństwo ma zatem charakter nadrzędny i stanowi centralny punkt porządku prawnego i społecznego. Sąd nie dostrzega w tym aspekcie żadnej różnicy pomiędzy parami homoseksualnymi a heteroseksualnymi; mimo to parom homoseksualnym odmawia się prawa do korzyści, jakie stany wiążą z małżeństwem, a przez to są one

[21] Zobacz m.in. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 1 czerwca 1925 r. w sprawie *Pierce v. Society of Sisters* 268 U. S. 510 (1925); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[22] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 18 stycznia 1978 r. w sprawie *Zablocki v. Rehdhail* 434 U. S. 374 (1978); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[23] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2013 r. w sprawie *United States v. Windsor* 570 U. S. (2013); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[24] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 19 marca 1888 r. w sprawie *Maryland v. Hill* 125 U. S. 190 (1888); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

skazane na brak stabilizacji, który dla wielu par heteroseksualnych byłby nie do przyjęcia. Ta krzywda wykracza również poza wyłącznie materiale aspekty, z uwagi bowiem na to, że małżeństwo jest uznawane za wartościową instytucję, wykluczanie z niej osób homoseksualnych dowodzi, że są one nierówne wobec istotnego prawa.

Przeprowadzona wykładnia doprowadziła Sąd do wniosku, że powody, dla których małżeństwo podlega ochronie na podstawie Konstytucji, znajdują zastosowanie również wobec par homoseksualnych. Reasumując, ograniczenia nakładane na pary homoseksualne przez długi czas wydawały się naturalne i słuszne, jednak ich niezgodność z podstawowym znaczeniem prawa do małżeństwa jest obecnie oczywista.

Organy stanowe wezwały Sąd, powołując się na sprawę *Washington v. Glucksberg*[25], do „ostrożnego opisu" (*careful description*) fundamentalnych praw. Podniosły, że skarżący żądają nie prawa do małżeństwa, a zupełnie nowego i nieistniejącego prawa do zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. Sąd uznał jednak, że w niniejszej sprawie, jak i we wcześniejszych, taka sytuacja nie ma miejsca – w sprawie *Loving* skarżący nie żądali prawa do zawierania małżeństw międzyrasowych, w sprawie *Turner* – prawa do małżeństw więźniów, a w sprawie *Zablocki* – prawa do małżeństw ojców, którzy zalegają z obowiązkiem alimentacyjnym. Każda sprawa dotyczyła prawa do małżeństwa w pełnym zakresie, a pytania zmierzały do rozstrzygnięcia, czy istnieje wystarczające uzasadnienie dla wykluczenia pewnej grupy społecznej z wykonywania tego prawa.

Sąd przyznał, że prawo do małżeństwa ma istotne znaczenie z punktu widzenia historii i tradycji, jednakże podkreślił jednocześnie, że prawa nie wywodzą się wyłącznie ze starodawnych źródeł – powstają również z lepszego zrozumienia, w jaki sposób konstytucyjne zasady definiują wolność na potrzeby współczesności.

Prawo par tej samej płci do małżeństwa wywodzi się również z zawartej w Czternastej Poprawce klauzuli równej ochrony (*Equal Protection Clause*). Klauzula sprawiedliwego procesu i klauzula równej ochrony są ze sobą powiązane[26]. Nowe rozumienie danej wolności może bowiem ujawnić nieuzasadnioną nierówność w ramach ważkich instytucji, która do tej pory pozostawała niezauważana i niekwestionowana.

Ta prawidłowość ma również zastosowanie do małżeństw homoseksualnych. Zakwestionowane przez skarżących przepisy ograniczają wolność par homoseksualnych, a jednocześnie z samej swojej istoty naruszają zasadę równości. Pary homoseksualne nie mogą bowiem wykonywać tego prawa, a w konsekwencji nie mogą również korzystać

[25] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 1997 r. w sprawie *Washington v. Glucksberg* 521 U. S. 702 (1997); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[26] Ta zależność była widoczna m.in. w sprawach:wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 12 czerwca 1967 r. w sprawie *Loving v. Virginia* 388 U. S. 1 (1967); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015) oraz wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 18 stycznia 1978 r. w sprawie *Zablocki v. Rehdhail* 434 U. S. 374 (1978); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

z benefitów przyznanych parom heteroseksualnym. Rodzi to poważną i stałą krzywdę, a nawet poczucie braku szacunku wobec osób homoseksualnych, co jest szczególnie bolesne przez wzgląd na długą historię braku akceptacji i tolerancji dla ich związków.

Prawo do małżeństwa jest wartością nadrzędną, nierozerwalnie związaną z wolnością jednostki. Wobec powyższego i zgodnie z wynikającymi z Czternastej Poprawki klauzulami sprawiedliwego procesu i równej ochrony, pary osób tej samej płci nie mogą być pozbawione tego prawa. Jednocześnie Sąd uchylił wyrok w sprawie *Baker v. Nelson*, a zaskarżone prawa stanowe uznał za nieważne w zakresie, w jakim wykluczają pary homoseksualne z prawa zawarcia cywilnego małżeństwa na tych samych zasadach i warunkach co pary heteroseksualne.

Sąd przewiduje, że początkowo może pojawić się tendencja do oczekiwania na dalszą legislację, proces i debatę; jednak liczne referenda, debaty legislacyjne, oddolne inicjatywy, opracowania, analizy i pozostałe publikacje, a także obszerne orzecznictwo sądów stanowych i federalnych doprowadziły do lepszego zrozumienia omawianej kwestii. W sprawie *Schuette*[27]stwierdzono, że wolność gwarantowana konstytucyjnie składa się, w jednym ze swoich węzłowych aspektów, z prawa jednostki do braku pokrzywdzenia przez niezgodne z prawem zachowania władz. Dlatego też, kiedy prawa jednostek są naruszane, Konstytucja wymaga przywrócenia równowagi, naprawienia sytuacji i rekompensaty ze strony sądów. Jednostki, które doznają krzywdy, nie muszą zatem czekać na wydanie właściwych aktów legislacyjnych w celu zapewnienia im podstawowego prawa. Historie skarżących wskazują na pilność kwestii podniesionej przed Sądem. W razie naruszenia praw jednostka może zatem żądać konstytucyjnej ochrony, nawet jeśli nie zgadza się na to opinia publiczna lub władze zakazują danego działania. Z tego powodu „fundamentalne prawa mogą nie być poddawane głosowaniu; nie zależą od wyniku wyborów”[28].

Bezzasadny jest również argument pozwanych organów stanowych, że zezwolenie na małżeństwa osób homoseksualnych wyrządzi szkodę małżeństwu jako instytucji poprzez doprowadzenie do mniejszej ilości małżeństw heteroseksualnych. Sąd uznał, że decyzje w kwestii zawarcia związku małżeńskiego i wychowania dzieci są podejmowane w oparciu o wiele czynników osobistych, uczuciowych i praktycznych; nielogiczny jest zatem wniosek, że pary heteroseksualne nie zdecydują się na małżeństwo tylko dlatego, że mogą je zawierać również pary homoseksualne.

Wreszcie, Sąd podkreślił, że niniejsza zmiana nie narusza praw osób, dla których małżeństwa osób tej samej płci są nie do zaakceptowania ze względu na wyznawaną

[27] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 22 kwietnia 2014 r. w sprawie *Schuette v. BAMN* 5722 U. S. (2014); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

[28] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 14 czerwca 1943 r. w sprawie *West Virginia Bd. Of Ed. v. Barnette* 319 U. S. 624 (1943); źródło: https://supreme.justia.com/ (dostęp: 29.11.2015).

religię, ponieważ nadal mogą one korzystać w tym zakresie z wolności sumienia i wyznania oraz wolności wypowiedzi.

Nadto, z uwagi na fakt, że osoby homoseksualne mogą od teraz korzystać z prawa do małżeństwa w każdym stanie, nie ma prawnej podstawy dla odmowy uznania zawartego w innym stanie małżeństwa ze względu na jego homoseksualny charakter.

Reasumując powyższe rozważania, żadna relacja międzyludzka nie ma bardziej doniosłego charakteru niż małżeństwo, które ucieleśnia najwyższe ideały miłości, wierności, oddania, poświęcenia i rodziny. W opinii Sądu skarżący, domagając się uznania ich prawa do małżeństwa, nie okazują braku szacunku wobec tej instytucji. Wręcz przeciwnie, szanują ją tak bardzo, że pragną korzystać z jej dobrodziejstw. Domagają się równości i poszanowania ich godności w świetle prawa, a Konstytucja gwarantuje im korzystanie z tych wartości.

2. Małżeństwa osób tej samej płci w Europie

Regulacje państw europejskich w kwestii związków osób tej samej płci cechuje duża rozpiętość i różnorodność – od przepisów traktujących małżeństwo wyłącznie jako związek kobiety i mężczyzny, poprzez zalegalizowanie homoseksualnych związków partnerskich, po wprowadzenie do prawa możliwości zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. W ostatniej dekadzie w Europie wyraźnie zaznaczyła się tendencja do instytucjonalizacji związków homoseksualnych, to jest nadania im pewnego statusu prawnego.

Zanim jednak legalizacja związków homoseksualnych stała się przedmiotem publicznej debaty i orzecznictwa sądów i trybunałów, podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, tak i w Europie homoseksualizm stanowił temat tabu, był uznawany za chorobę psychiczną, a legalizacja pożycia homoseksualnego nastąpiła często dopiero w drugiej połowie XX w.[29] W sprawach dotyczących kryminalizacji stosunków homoseksualnych Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: Trybunał lub ETPCz) orzekł, że państwa naruszyły prawo do poszanowania życia prywatnego skarżących, ponieważ nie istniała „pilna potrzeba społeczna", aby uznać czynności homoseksualne za przestępstwo. Sam fakt, że mogą one oburzać czy szokować pewną część społeczeństwa, nie usprawiedliwia bowiem wymierzania sankcji karnych osobom, które dobrowolnie wyraziły na nie zgodę[30].

[29] Przykładowo, na Węgrzech w 1962 r., w Anglii w 1967, w Republice Federalnej Niemiec w 1969 r. Warto odnotować, że w Polsce już Kodeks karny z 1932 r. nie przewidywał kryminalizacji stosunków homoseksualnych [za:] J. Pawliczak, *Zarejestrowany…*, s. 29.

[30] Zobacz m.in. wyrok ETPCz z 22 października 1981 r. w sprawie *Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 7525/76, baza HUDOC; wyrok ETPCz z 26 października 1988 r. w sprawie *Norris przeciwko Irlandii*, skarga nr 8225/78, baza HUDOC; wyrok ETPCz z 22 kwietnia 1993 r. w sprawie *Modinos przeciwko Cyprowi*, skarga nr 15070/89, baza HUDOC; wyrok ETPCz z 31 lipca 2000 r. w sprawie *A.D.T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 35765/97, baza HUDOC.

Sprawy dotyczące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną znalazły się również na wokandzie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej[31].

Na przełomie XX i XXI w. pary homoseksualne zaczęły prowadzić bardziej otwarte życie rodzinne, co skłoniło niektóre kraje do uregulowania ich sytuacji prawnej. Pierwszym państwem, które zdecydowało się na wprowadzenie właściwych przepisów, była Holandia, gdzie 1 kwietnia 2001 r. weszła w życie „ustawa otwierająca małżeństwo dla osób tej samej płci". Następnie prawo do zawarcia małżeństwa osobom homoseksualnym zagwarantowano w: Belgii (2003), Hiszpanii (2005), Norwegii (2008), Szwecji (2009), Portugalii (2010), Islandii (2010), Danii (2012), Francji (2013), Anglii (2013) i Walii (2013), Szkocji (2014), Luksemburgu (2014), Estonii (2014, prawo wejdzie w życie w 2016 r.), Finlandii (2015, prawo wejdzie w życie w 2017 r.), Słowenii (2015) i Irlandii (2015)[32].

Wymaga podkreślenia, że w ramach europejskich systemów ochrony praw człowieka brak jest generalnych rozwiązań, które jednoznacznie nakazują lub zakazują państwom wprowadzania regulacji prawnych zezwalających parom homoseksualnym na zawieranie małżeństw na takich samych zasadach i warunkach jak pary heteroseksualne.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Konwencja) przyjmuje tradycyjny, to jest monogamiczny i heteroseksualny model małżeństwa. Zgodnie z artykułem 12 Konwencji: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa"[33]. W rozumieniu Konwencji małżeństwo jest zatem związkiem dwojga ludzi różnej płci, zawartym zgodnie z wymogami właściwego prawa krajowego. Poza zakresem ochrony z artykułu 12 znajdują się pozostałe, pozamałżeńskie związki, które mogą wprawdzie zostać zalegalizowane przez państwo, jednak „nie stają się one – w świetle art. 12 – identyczne z instytucją małżeństwa"[34].

Należy zwrócić uwagę, że Konwencja powstała w latach 50. XX w., kiedy taki model małżeństwa uchodził za oczywisty. Jednocześnie jej twórcy zdawali sobie spra-

[31] W sprawie *Jurgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg* TSUE wskazał, że różnicowanie wysokości uzupełniającego świadczenia emerytalnego ze względu na fakt pozostawania w związku partnerskim lub związku małżeńskim (dopuszczalnym wyłącznie dla par odmiennych płci), może stanowić dyskryminację ze względu na orientację seksualną; wyrok Trybunału z 10 maja 2011 r., sprawa C-147/08, źródło: http://curia.europa.eu (dostęp: 29.11.2015); zobacz też: wyrok Trybunału z 1 kwietnia 2008 r. w sprawie *Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutsche Bühnen*, sprawa C-267/06, źródło: http://curia.europa.eu (dostęp: 29.11.2015).

[32] J. Pawliczak, *Zarejestrowany…*, s. 265.

[33] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

[34] Komentarz L. Garlickiego do artykułu 12 Konwencji [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz Tom I*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2010, s. 713; zob. też wyrok ETPCz z 13 grudnia 2007 r. w sprawie *Emonet i inni przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 39051/03, baza HUDOC; wyrok ETPCz z 29 kwietnia 2008 r. w sprawie *Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13378/05, baza HUDOC.

wę z odmienności, jakie panują w systemach prawnych państw Rady Europy, zatem ich celem nie było stworzenie uniwersalnego standardu, a pozostawienie tej kwestii w rękach ustawodawcy krajowego[35]. Wprowadzenie do porządku prawnego możliwości zawierania małżeństw przez pary homoseksualne zależy od przyjętej przez państwo wizji małżeństwa i rodziny. Państwa korzystają w tym zakresie z szerokiego marginesu uznania, co jest podyktowane słuszną tezą, że to władze krajowe są najlepiej zorientowane w obyczajach i tradycjach panujących w danym społeczeństwie, a także powinny im być znane aktualne nastroje społeczne oraz stopnień tolerancji i wrażliwości obywateli.

Trybunał dał wyraz powyższym rozważaniom w sprawie S*chalk i Kopf przeciwko Austrii*[36]. Wskazał, że żaden przepis Konwencji nie nakłada na Państwo-Stronę obowiązku legalizacji małżeństw homoseksualnych. To władze państwowe powinny ocenić, czy niniejsza sytuacja wymaga uregulowania. Przy braku europejskiego konsensusu w tej kwestii, Trybunał pozostawia ją uznaniu państw. Jednocześnie Trybunał podniósł, że w stosunku do osób tej samej płci, pozostających w związku, ma zastosowanie użyte w artykule 8 Konwencji wyrażenie „życie rodzinne", a zatem korzystają one z przyznanej ochrony. W opinii Trybunału, pary homoseksualne, jako równie zdolne do tworzenia stabilnych i zaangażowanych związków, w rezultacie znajdują się w istotnie podobnej sytuacji do par heteroseksualnych, jeśli chodzi o potrzebę prawnego uznania i ochrony takiego związku"[37]. Trybunał uznał zatem, że „w przyszłości nie będzie już zawężał prawa do zawarcia małżeństwa jedynie do związku osób różnych płci"[38].

Podkreślenia wymaga, że Trybunał, podobnie jak Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, przyjmuje koncepcję dynamicznej wykładni aktów prawnych regulujących prawa i wolności. Zgodnie z linią orzeczniczą Trybunału, Konwencja jest „żywym instrumentem", którego wykładni należy dokonywać z uwzględnieniem zmieniających się warunków[39]. W wyroku *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał stwierdził, że „od czasu przyjęcia Konwencji instytucja małżeństwa przeszła głębokie zmiany wynikłe z ewolucji społeczeństw"[40].

[35] Komentarz L. Garlickiego do artykułu 12 Konwencji [w:] *Konwencja…*, s. 712.

[36] Wyrok ETPCz z 24 czerwca 2010 r. w sprawie S*chalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04, baza HUDOC.

[37] M.A.Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2010*, Warszawa 2011, s. 267.

[38] Komentarz I.C. Kamińskiego do artykułu 9 KPP [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz,* pod red. A. Wróbla, Warszawa 2013, s. 304 i n.

[39] Zob. wyrok ETPCz z 25 kwietnia 1978 r. *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5856/72, baza HUDOC [za:] *Karta* …, s. 303.

[40] Wyrok ETPCz z 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95, baza HUDOC [za:] *Konwencja…*, s. 713.

Szeroki margines uznania państw nie oznacza zatem pełnej dowolności, ponieważ w przeciwnym razie uregulowanie z artykułu 12 stałoby się zbędne[41]. Naczelnym obowiązkiem państw jest poszanowanie istoty związku małżeńskiego. W tym kontekście, mając na względzie dynamiczną wykładnię Konwencji, „jeśli ewolucja kulturowa doprowadziłaby do upowszechnienia się przekonania, że małżeństwo to również związek osób tej samej płci, nieuznawanie go w takiej części mogłoby zostać potraktowane jako podważanie «istoty» prawa do małżeństwa"[42]. Trybunał stwierdził, że gdyby w wielu państwach dopuszczono możliwość zawierania związków małżeńskich par homoseksualnych, to nie wyklucza, że w przyszłości regulacje państw, które takiej możliwości nie dopuściły, mogą stać się przedmiotem oceny Trybunału.

Niemniej, z powyższego nie można wyprowadzić wniosku, że państwo, które nie wprowadza odpowiednich przepisów prawnych, automatycznie narusza Konwencję. Jednakże w sprawie *Vallianatos i inni przeciwko Grecji*[43]. Trybunał zwrócił uwagę, że rząd nie przedstawił przekonujących przesłanek, dlaczego osoby tej samej płci zostały pozbawione możliwości zawarcia prawnie uznanego związku partnerskiego. Trybunału nie przekonała argumentacja rządu, że podobne skutki w zakresie stosunków majątkowych osoby żyjące w związku homoseksualnym mogą osiągnąć poprzez zawieranie odpowiednich umów cywilnoprawnych. Trybunał wskazał, że prawne uznanie związków jest istotne nie tylko dla samych skutków prawnych, jakie ono wywołuje, ale ma wymiar symboliczny poprzez nadanie im statusu prawnego, uznanego przez państwo. Nietrafny okazał się także drugi z argumentów, zgodnie z którym ustawa miała na celu ochronę dzieci pozamałżeńskich oraz par żyjących bez ślubu i wychowujących potomstwo. Trybunał zauważył, że celem ustawy było *de facto* wprowadzenie nowej formy prawnie uznanego związku i nie znalazł usprawiedliwionych powodów, dla których osoby homoseksualne miałyby być pozbawione takiej możliwości.

Należy zwrócić uwagę, że dokonuje się sygnalizowana przez Trybunał w sprawie S*chalk i Kopf* zmiana linii orzeczniczej, wynikająca z faktu, że coraz więcej państw europejskich decyduje się na instytucjonalizację związków homoseksualnych. W sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*[44] Trybunał uznał, że ochrona prawna zapewniona parom żyjącym w związkach homoseksualnych nie tylko nie gwarantuje podstawowych potrzeb par pozostających w stałych związkach, ale jest również niewystarczająco solidna. Trybunał stwierdził zatem, że w celu zagwarantowania prawnego uznania związku,

[41] Raport EKomPCz z 13 grudnia 1979 r. w sprawie *Hamer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr* 7114/75, baza HUDOC [za:] *Konwencja…*, s. 714.

[42] *Karta* …, s. 305.

[43] Wyrok ETPCz z 7 listopada 2013 r. w sprawie *Vallianatos i inni przeciwko Grecji*, skargi nr 29381/09 i 32684/09, baza HUDOC.

[44] Wyrok ETPCz z 21 lipca 2015 r. w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 18766/11 i 36030/11, baza HUDOC.

państwo powinno wprowadzić możliwość rejestracji związków partnerskich. Zwrócił uwagę, że do niniejszego rozwiązania przychyla się również włoski Trybunał Konstytucyjny, a najnowsze badania sondażowe wskazują na coraz większe poparcie ze strony społeczeństwa dla prawnego uznania związków homoseksualnych.

Istotną kwestią na gruncie artykułu 12 Konwencji jest także rozważenie, czy statuuje on jedno prawo w dwóch aspektach (prawo do małżeństwa i integralnie z nim związane prawo do założenia rodziny), czy dwa niezależne od siebie prawa (prawo do małżeństwa i prawo do założenia rodziny traktowane odrębnie). Choć zdaje się, twórcom Konwencji przyświecała pierwsza z wymienionych koncepcji (o czym świadczy nie tylko przyjęcie definicji małżeństwa w ujęciu tradycyjnym, ale już sama redakcja przepisu, który mówi o „prawie" w liczbie pojedynczej, a nie o „prawach"), to w ostatnich latach Trybunał uznaje artykuł 12 za źródło dwóch odrębnych praw, czemu dał wyraz w wyroku w sprawie *Christine Goodwin*: „aspekt drugi [założenie rodziny] nie stanowi przesłanki dla aspektu pierwszego [zawarcie małżeństwa], więc niezdolność pary małżeńskiej do poczęcia lub wychowania dziecka nie może, sama przez się, pozbawiać ich prawa wyrażonego w pierwszym członie art. 12"[45].

Podobnie powyższą kwestię reguluje Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: Karta lub KPP). Zgodnie z artykułem 9 Karty: „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw"[46]. Autorzy Karty wyróżnili zatem dwa odrębne prawa: prawo do małżeństwa i prawo do założenia rodziny. Założenie rodziny nie jest więc już tylko konsekwencją zawarcia związku małżeńskiego, ale pozostawania ludzi w przewidzianym prawem trwałym związku również innego rodzaju[47]. Ponadto, artykuł 9 Karty również nie tworzy uniwersalnego standardu, a odsyła do regulacji krajowych. Innymi słowy, „międzynarodowa (europejska) ochrona została przyznana tylko w takim obszarze (zakresie), w jakim prawo do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny jest gwarantowane w danym systemie krajowym"[48].

Zasadnicza różnica między artykułem 12 Konwencji a artykułem 9 Karty sprowadza się do tego, że Karta nie wiąże instytucji małżeństwa i rodziny z ich tradycyjnym modelem, a ich zdefiniowanie pozostawia ustawodawcy krajowemu. Warto zwrócić uwagę, że w chwili spisywania Karty małżeństwa osób tej samej płci były legalne jedynie w Holandii, a zaledwie kilka innych państw (Belgia, Dania, Francja, Szwecja) dopuszczało rejestrację związków partnerskich, w tym homoseksualnych. W świetle Wyja-

[45] Wyrok ETPCz z 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95, baza HUDOC[za:] Konwencja…, s. 715.

[46] Artykuł 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2010/C 83/02), Dz. Urz. UE C 83/389.

[47] *Karta* …,s. 315.

[48] *Ibidem*, s. 301.

śnień do Karty, treść artykułu 9 została zaktualizowana w stosunku do art. 12 Konwencji w taki sposób, „by objąć przypadki, w których ustawodawstwo krajowe uznaje inne możliwości utworzenia rodziny niż zawarcie małżeństwa”[49].

W dalszej części Wyjaśnień wskazano, że artykuł 9 Karty „nie stanowi o nadaniu statusu związku małżeńskiego związkom osób tej samej płci ani tego nie zakazuje”[50]. Należy zwrócić uwagę, że w części państw członkowskich (w tym w Polsce), w których tradycyjnemu modelowi małżeństwa nadano rangę konstytucyjną, byłoby to sprzeczne z wolą krajowego suwerena[51].

Podsumowując, o ile w systemach europejskich brak uniwersalnych standardów w kwestii uznawania związków osób tej samej płci, o tyle proces instytucjonalizacji tych związków jest zjawiskiem dynamicznym i nieodwracalnym. Ta dynamika przejawia się nie tylko w szybko rosnącej liczbie państw, które dopuszczają zawieranie małżeństw homoseksualnych lub wprowadzają rejestrację związków partnerskich, ale również w postępującej zmianie linii orzeczniczej Trybunału.

3. Małżeństwa osób tej samej płci w Polsce

W Polsce małżeństwu w ujęciu tradycyjnym nadano rangę normy konstytucyjnej. Zgodnie z artykułem 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”[52]. Co więcej, ustrojodawca zdecydował o umieszczeniu niniejszego przepisu w rozdziale o zasadach ustroju; tym samym przypisuje wartościom w nim zawartym szczególne znaczenie[53].

Bezwzględny wymóg heteroseksualnego charakteru małżeństwa „w żadnym jednak razie nie implikuje dopuszczalności zakazywania tego typu związków [partnerskich – przyp. AJW], bo choćby z zasady godności i wolności człowieka wynika swoboda doboru partnerów i rodzaju związku”[54]. Niemniej, mimo że związki pozamałżeńskie, w tym homoseksualne, nie są prawnie niedozwolone, to nie przysługują im żadne przywileje, jakie prawo wiąże z instytucją małżeństwa[55].

[49] Wyjaśnienia odnoszące się do artykułu 9 Karty Praw Podstawowych (2007/C 303/02), Dz. Urz. UE C 303/17.

[50] *Ibidem*.

[51] *Karta* …, s. 304.

[52] Artykuł 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

[53] Zobacz: B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 7, s. 353.

[54] Komentarz L. Garlickiego do artykułu 18 Konstytucji RP [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III,* pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2003, s. 3.

[55] B.Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne…*, s. 358 i n.

Sytuacja prawna osób w związkach homoseksualnych nie jest zatem uregulowana. Istnienie tego typu relacji nie pozostaje jednak niezauważone, czego wyrazem są projekty ustaw, które mają na celu nadanie tym relacjom statusu prawnego.

Pierwszy projekt ustawy o związkach partnerskich został złożony w 2003 r. przez Klub Parlamentarny Sojuszu Lewicy Demokratycznej[56]. Zgodnie z art. 2 ust. 1 projektu, rejestrowany związek partnerski mogłyby zawrzeć osoby, które ukończyły 18 lat i posiadają pełną zdolność do czynności prawnych[57]. Głównym mankamentem projektu było to, że obejmował on wyłącznie związki partnerskie osób tej samej płci. Nadto zawierał raczej spis ogólnych postulatów, a w nieuregulowanym zakresie odsyłał do przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, czym zrównywał w skutkach rejestrowany związek partnerski z instytucją małżeństwa[58].

Na uwagę zasługują również projekty ustaw o umowie związku partnerskiego: złożony w 2011 r. wspólny projekt Ruchu Palikota i Klubu Parlamentarnego Sojuszu Lewicy Demokratycznej[59] oraz złożony rok później projekt Klubu Parlamentarnego Platformy Obywatelskiej[60]. Oba dotyczyły związków osób zarówno tej samej, jak i odmiennych płci. Związek partnerski miałby zostać zawarty w drodze umowy pomiędzy partnerami, która nie powodowałaby jednak powstania węzła małżeńskiego.

Do tej pory wszelkie inicjatywy ustawodawcze dotyczące sytuacji prawnej osób pozostających w związkach homoseksualnych okazały się bezskuteczne. W opinii Sądu Najwyższego „konstytucyjne znaczenie małżeństwa dla istnienia rodziny uzasadnia szczególne unormowania o charakterze protekcyjnym i promocyjnym w systemie prawa, w szczególności z zakresu prawa rodzinnego, spadkowego, mieszkaniowego, socjalnego, a nawet podatkowego. Nie mogą być one kwestionowane z powołaniem na inne normy Konstytucji, w szczególności art. 32 Konstytucji (zasada równości, zakaz dyskryminacji), dlatego, że z artykułu 18 Konstytucji wynika (i jest to zasada ustrojowa) przyznanie heteroseksualnej parze małżeńskiej ochrony i udogodnień, jakie nie przysługują parom, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć małżeństwa"[61].

Na tym tle na uwagę zasługuje uchwała Sądu Najwyższego, uznająca za osobę faktycznie pozostającą we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 691 § 1 Kodeksu cywilnego osobę połączoną z najemcą więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą, w tym oso-

[56] Druk Sejmu IV kadencji nr 3664.

[57] W. Jaczewski, *Polski projekt regulacji związków partnerskich na tle obcych rozwiązań prawnych,* „Jurysta" 2004, nr 1, s. 22-23.

[58] B. Zaborowska, *Próby uregulowania statusu związku partnerskiego w prawie polskim*, „Edukacja Prawnicza" 2015, nr 4, s. 31.

[59] Druk Sejmu VI kadencji nr 4418.

[60] Druk Sejmu VII kadencji nr 825.

[61] Sąd Najwyższy, Biuro Studiów i Analiz, *Opinia o poselskim projekcie ustawy „O umowie związku partnerskiego"*, BSA I-021-135/11, s. 8.

bę tej samej płci[62]. Pierwotnie w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy łączył „wspólne pożycie" jedynie z konkubinatem, rozumianym jako związek osób odmiennych płci, który od małżeństwa różni się wyłącznie brakiem prawnej legalizacji[63]. Z czasem linia orzecznicza uległa zmianie – w ostatnich wyrokach Sąd Najwyższy definiuje „wspólne pożycie" jako związek dwóch osób, niezależnie od ich płci i wieku, które prowadzą wspólne gospodarstwo domowe i łączy ich więź gospodarcza, psychiczna i intymna[64]. Można uznać, że taki pogląd „wpisuje się w europejski nurt innego spojrzenia na dotychczasowy porządek społeczny, uwalniając się w ograniczonym zakresie od jego obciążeń aksjologicznych, światopoglądowych, które dotychczas decydowały o wizji obyczajowej społeczeństwa"[65].

Reasumując, polska Konstytucja wyraźnie zastrzega możliwość zawierania małżeństw wyłącznie dla par heteroseksualnych, a przyjęcie odmiennego rozwiązania prawnego wymagałoby zmiany Konstytucji. Niemniej, ustawodawca i sądy zdają się dostrzegać europejską tendencję do instytucjonalizacji związków partnerskich, czego wyrazem są podejmowane zarówno w legislaturze, jak i orzecznictwie próby uregulowania sytuacji osób pozostających w związkach homoseksualnych.

Same-sex marriage – the case of *Obergefell v. Hodges and Others*

Abstract: The purpose of this article is to examine, how the legal situation of persons living in homosexual relationships is regulated in the United States, Europe and Poland.

This research is conducted with the use of comparative, legal dogmatic and descriptive methods.

The key assumption is to state that despite lack of universal standards in the issue of recognition of same-sex couples, the institutionalization of the status of homosexual relationships is a dynamic and irreversible phenomenon. It should be noted that countries are aiming to regulate this matter, taking into account the tradition prevailing in a particular society, as well as the current public sentiment and the degree of citizens' tolerance and sensitivity.

At the same time this publication is an invitation to a discussion on the need to introduce appropriate legal solutions, regulating the situation of persons living in a homosexual relationships in Poland.

Keywords: marriage, civil partnership, homosexuality, right to marriage, rights of homosexuals, fundamental rights

[62] Uchwała Sądu Najwyższego z 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, OSNC Nr 5/2013, poz. 57.

[63] Zobacz wyrok Sądu Najwyższego z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75; wyrok Sądu Najwyższego z 31 marca 1988 r. I KR 50/88; postanowienie Sądu Najwyższego z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04.

[64] Wyrok Sądu Najwyższego z 21 marca 2013 r., III KK 268/12; postanowienie Sądu Najwyższego z 4 marca 2015 r., V KO 98/14.

[65] R.Cebula, *Przejęcie przez homoseksualnego partnera prawa do najmu mieszkania*, „Monitor Prawniczy" 2013, nr 15, s. 831 i n.

Michał Wagiel
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Granice prawa do przeszukania osoby[1] i wykorzystania dowodów uzyskanych w ramach tego przeszukania w Kanadyjskiej Karcie Praw i Wolności na przykładzie sprawy *R. v. A.M.*, [2008], 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19[2]

1. Wstęp

Wolność osobista i prawo do prywatności są podstawowymi prawami każdego człowieka. Dlatego też znajdują one ochronę w ustawie zasadniczej każdego państwa demokratycznego. Między innymi Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.[3] (zwana dalej: Konstytucją) w art. 31 ust. 3 wskazuje na to, że konstytucyjne prawa i wolności mogą być ograniczane jedynie w drodze ustawy.

Problem naruszenia prywatności pojawia się w sytuacji prowadzonego przez organy państwowe przeszukania zarówno osoby lub rzeczy, jak i miejsca. Często zdarza się, że policja dokonuje przeszukania bez nakazu wydanego przez prokuratora albo sąd, czyli na podstawie przesłanek uzasadnionego podejrzenia i w wypadku niecierpiącym zwłoki, które występują tak w prawie polskim, jak i europejskim oraz w systemie *common law*. Takie przeszukanie, uregulowane w art. 220 § 3 w zw. z art. 219 § 1 Kodeksu po-

[1] Pod pojęciem przeszukania osoby rozumiem również przeszukanie jej odzieży i przedmiotów podręcznych.

[2] *R. v. A.M., [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19*, ta i wszystkie powołane sprawy, w których orzekał *Supreme Court of Canada*, dostępne są na stronie internetowej http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/nav.do (dostęp: 06-04-2016).

[3] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

stępowania karnego[4] (zwanego dalej: k.p.k.), zaliczane jest w literaturze do tzw. czynności legalnych warunkowo[5].

Jednakże prawo do przeszukania, nawet na podstawie wskazanej wyżej przesłanki, ma swoje granice, które określa ustawa, a konkretyzują sądy. Wykorzystanie dowodów uzyskanych w drodze przeszukania staje się problematyczne, gdy nie zostanie ono zatwierdzone przez prokuraturę albo sąd, a co za tym idzie brak jest legitymacji prawnej podjętych działań. W tej sytuacji należałoby postawić zasadnicze pytanie o to, czy dowody te mogą być wykorzystane w procesie karnym.

Celem niniejszej pracy jest wskazanie granicy prawa do przeszukania w kanadyjskim systemie prawnym w oparciu o orzeczenie *Supreme Court of Canada* (zwany dalej: SCC) z 25 kwietnia 2008 r. w sprawie *R. v. A.M.* i przeniesienie wskazanego w nim stanu prawnego na grunt prawa polskiego, a także poruszenie problematyki art. 220 § 3 k.p.k.

2. Omówienie sprawy *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19

2.1. Wprowadzenie

Sprawa *R. v. A.M.* była kamieniem milowym w stosowaniu art. 8 Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności[6] (zwanej dalej Kartą). Aż do tego orzeczenia, które zostało wydane wraz z innym w sprawie *R. v. Kang-Brown*[7], linia orzecznicza w tym zakresie nie była spójna. Na gruncie tych dwóch spraw pojawiły się dwa zasadnicze problemy:

1) czy wykrycie narkotyków za pomocą psów stanowi przeszukanie w rozumieniu art. 8 Karty,
2) czy policja jest legitymowana do działania opisanego w powyższym pytaniu na podstawie uzasadnionego podejrzenia.

Obydwie sprawy dotyczyły użycia przez policję psów tropiących w celu wykrycia obecności narkotyków. *Supreme Court of Canada* orzekł w obydwu o tym, że przeszukanie z użyciem psów jest przeszukaniem w rozumieniu art. 8 Karty. W obu sprawach stosunek głosów wyniósł 6 do 3 na rzecz obywatela.

[4] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

[5] J. Skorupka, *Czynności legalne warunkowo w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2015, nr 1-2, s. 69.

[6] *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, dostęp w intrenecie na stronie Biblioteki Sejmowej: http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/kanada-c2-1.html, (dostęp: 15. 04.2015).
Art. 8 „ Każdy ma prawo do ochrony przed nieuzasadnionymi rewizjami i konfiskatami".

[7] *R. v. Kang-Brown,* [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18.

2.2. Stan faktyczny w *R. v. Kang-Brown*[8]

Royal Canadian Mounted Police (zwana dalej: RCMP) prowadziła operację *„Jetwey"*, która miała na celu wychwycenie kurierów narkotykowych przewożących narkotyki publicznymi środkami transportu. Podczas obserwacji jednej z zajezdni autobusowych, uwagę jednego z policjantów przykuło zachowanie pana Kang-Browna, który mocno trzymał swoją torbę tak, jakby chciał ją chronić czy ukryć. W związku z tym policjant postanowił podjąć interwencję i podszedł do pana Kang-Browna, a następnie poprosił go o odejście na bok. W tym czasie poszkodowany zachowywał się nienaturalnie, co wzbudziło podejrzenie policjanta i stało się podstawą prośby o otworzenie torby. Gdy Kang-Brown zaczął otwierać torbę i policjant zechciał do niej zaglądnąć, posiadacz torby gwałtownie ją zabrał. Było to przyczyną zawołania drugiego policjanta z psem tropiącym. Pies zasygnalizował obecność narkotyków, a pan Kang-Brown został aresztowany. Zarówno sędzia orzekający w pierwszej instancji (*trial judge*), jak i sędzia sądu apelacyjnego nie stwierdzili naruszenia art. 8 Karty i oddalili odpowiednio skargę oraz apelację. Dopiero SCC, wykazując, że skoro policja nie uzyskała nakazu przeszukania oraz nie zachodziła przesłanka uzasadnionego podejrzenia, naruszono art. 8 Karty, uwzględnił kasację i uchylił wyrok.

2.3. Stan faktyczny sprawy *R. v. A.M.*

7 listopada 2002 r. w szkole im. św. Patryka w Sarni (Ontario), w ramach programu „zero tolerancji dla narkotyków", na zaproszenie dyrektora szkoły gościła policja wraz z psami tropiącymi. Jako że policja wizytowała szkołę nie pierwszy raz i miała stałe zaproszenie od dyrektora, to zarówno rodzice, jak i uczniowie mieli świadomość możliwości przeprowadzenia takiej kontroli, która przebiegła pod nieobecność uczniów w przeszukiwanych pomieszczeniach. Jednakże uczniowie byli zobowiązani do pozostawienia swoich plecaków w szkole. W wyniku przeprowadzonej kontroli, jeden z psów zasygnalizował obecność narkotyków w plecaku, który następnie został otworzony. Dzięki temu potwierdzono występowanie w nim zabronionych substancji odurzających. Po przedstawieniu zarzutów właścicielowi plecaka (A.M.) sąd dla nieletnich (*youth court*) na wniosek oskarżonego uznał, że użycie psów tropiących stanowiło naruszenie art. 8 Karty, a co za tym idzie postanowił na mocy art. 24 ust. 2 Karty[9] wyłączyć dowody uzyskane w drodze przeszukania.

[8] Krótkie wprowadzenie w sprawę R. v. Kang-Brown jest konieczne ze względu na ścisły związek – w zakresie orzekania – między tą sprawą a sprawą pełniącą w niniejszym opracowaniu funkcję głównej.

[9] Art. 24 Karty: „1. Każdy, którego prawa i wolności zagwarantowane w niniejszej Karcie zostały pogwałcone lub zanegowane, ma prawo zwrócenia się do odpowiedniego sądu o zastosowanie środków, jakie sąd w danych okolicznościach uzna za właściwe. 2. Jeśli w postępowaniu na mocy ustępu (1) sąd uzna, że dowód uzyskano w sposób, który pogwałcił lub zanegował poszanowanie praw i wolności zagwarantowanych w niniejszej Karcie, dowód ten zostanie wykluczony, jeśli zostanie to dowiedzione, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, a jego dopuszczenie do postępowania spowoduje dyskredytację wymiaru sprawiedliwości".

Sąd Apelacyjny podtrzymał wyrok, a kasacja została odrzucona przez *Supreme Court of Canada*. Zarówno *youth court*, jak i sąd apelacyjny, a później także SCC, nie podzielili zdania, jakoby samo podejrzenie dyrektora szkoły o posiadanie przez uczniów narkotyków stanowiło wystarczający dowód dla oparcia się na przesłance uzasadnionego podejrzenia.

2.4. Wyrokowanie Supreme Court of Canada

Podstawową kwestią, którą musiał rozstrzygnąć SCC, był zakres naruszenia art. 8 Karty, o ile do niego doszło i zasadność wyłączenia dowodów na podstawie art. 24 ust. 2. Na tym też polu pojawiły się trzy zdania odrębne zgłoszone przez sędziów: Marie Deschmaps, Marshalla Rothsteina i Michela Bastarache.

Zgodnie z kanadyjskim systemem prawnym, policja ma prawo do przeprowadzenia przeszukania na podstawie uzasadnionego podejrzenia, jednakże podejrzenie to nie może opierać się jedynie na przeczuciach czy domysłach funkcjonariuszy[10].

Stwierdzenie takie odzwierciedla podstawową funkcję art. 8 Karty, która polega na ochronie obywateli przed nadmierną ingerencją państwa w ich prywatność[11]. Doktryna wyróżnia tu trzy zmienne, od których zależy poziom dopuszczalnej ingerencji państwa. S. Penney zalicza do nich :

1) siłę interesu prywatnego,
2) poziom egzekwowania prawa przez organy,
3) przesłanki negatywne ingerencji w prywatność[12].

W zależności od relacji między tymi trzema warunkami istnieć będzie konieczność zdobycia nakazu przeszukania, którego podstawą wydania jest przeważnie uzasadnione podejrzenie[13].

[10] Tak swoje zdanie argumentował sędzia M. Bastarache: „Reasonable suspicion requires more than a mere hunch. Further, since a generalized, ongoing suspicion does not exist in relation to schools, it is necessary for each random dog-sniff search to be justified on the basis of a suspicion that drugs will be located at that specific location at the specific time the search is being performed. Although it is necessary that a dog sniffer search in a school be related to a reasonable suspicion that drugs will be located on the premises at the time the search occurs, it is unreasonable to expect that a sniffer-dog search will occur at the precise moment that a reasonable suspicion is first formed" https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07-04-2016). Ponadto zgodnie z doktryną Waterfield (*R. v. Waterfield* [1963] 3 All E.R. 659) władza musi wykazać zgodność z prawem działań policji. Takie też stanowisko podtrzymał sąd w orzeczeniach *R. v. Deadmann* 1985, 2 SCR 2, *R. v. Godoy,* [1999] 1 S.C.R. 311, *R. v. Mann,* [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 oraz *R. v. Clayton,* [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32.

[11] S. Penney, *Conceptions of Privacy*: *A Comment on R. v. Kang-Brown and R. v. A.M*, „Alberta Law Review" 2008, s. 207-208.

[12] *Ibidem.*

[13] Zob. *R. v. Tessling,* [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67*, Hunter et al. v. Southam Inc.,* [1984] 2 S.C.R. 145.

Supreme Court of Canada uznał, iż użycie psów stanowiło przeszukanie w rozumieniu art. 8 Karty. Argumentacja sędziów opierała się przede wszystkim na tym, że pies jest wytresowany do sygnalizowania obecności konkretnych rodzajów narkotyków, dzięki czemu, wnioskując z jego reakcji, policja może powziąć wiadomość, jaki rodzaj narkotyków może znajdować się w tym przypadku w plecaku[14]. Sąd wskazał również, że A.M. miał prawo oczekiwać poszanowania jego prywatności poprzez niestosowanie losowych przeszukań przez policję. Zdanie takie uzasadnia wg sądu powinność społeczeństwa do wzajemnego wspierania się, a także poszanowanie prywatności innych.

Co również jest tutaj ważne, sąd podzielił zdanie sądu dla nieletnich, że użycie psa tropiącego było bezzasadne ze względu na brak **ogólnego** uzasadnionego podejrzenia, więc policja nie miała żadnych podstaw, by zastosować taką metodę[15]. Ponadto zwrócono tu także uwagę na rolę, jaką odgrywają psy i co tak naprawdę sygnalizują. Psy nie są gwarantem obecności narkotyków w przeszukiwanym miejscu, lecz zgłaszają tylko istnienie zapachów narkotyków. W związku z tym ich wskazania są czasami błędne[16].

SCC podniósł w swoim orzeczeniu istotną kwestię zrealizowania programu „zero tolerancji" kosztem praw konstytucyjnych nie tylko oskarżonego, lecz także pozostałych uczniów, których plecaki zostały w ten sposób przeszukane. Dla sądu nie miał znaczenia fakt, że uczniowie nie mieli plecaków przy sobie, ponieważ sąd zakwalifikował je jako przedmioty osobistego użytku, które pełnią tak specyficzną rolę w życiu uczniów, iż mogą oni oczekiwać poszanowania swojej prywatności w zakresie ich zawartości. Sąd podkreślił równocześnie, że nie każde przeszukanie wymaga apriorycznej zgody sądu, jeśli nie ma aż tak inwazyjnego charakteru.

Sędzia J. Lebel, opowiadający się za odrzuceniem kasacji, wskazał natomiast na prawo uczniów do prywatności w szkole oraz na ograniczenie ingerencji państwa

[14] „The dog sniff amounts to a search within s. 8 of the Charter. The information provided when the dog is trained to alert to the presence of controlled drugs permits inferences about the precise contents of the source that are of interest to the police. The subject matter of the sniff is not public air space. It is the concealed contents of the backpack. As with briefcases, purses and suitcases, backpacks are the repository of much that is personal, particularly for people who lead itinerant lifestyles during the day as in the case of students and travellers." https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07.04.2016)

[15] Sędzia J. Binnie stwierdził, że jego zdaniem policja jest uprawniona do użycia psów w celu wykrycia przestępstwa, jednakże uprawnienie takie budzi wątpliwości co do zgodności z Kartą. Dalej popiera on traktowanie takiego zastosowania psów w szkole jako naruszenie art. 8 Karty i przywołuje, w kontekście naruszenia prywatności, sprawę *R. v. Wiese* [1992] 1 SCR 527, s. 533. Autor omawianego tu zdania aprobującego wyrok jest przeciwny jednak linii zaproponowanej przez obronę, która powołuje się na sprawę *Hunter et al. v. Southam Inc.* i zarzuca obronie zbyt mało elastyczne podejście do kwestii wykorzystania psów tropiących, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07.04.2016).

[16] „However from the perspective of the general population, a dog that falsely alerts half of the time raises serious concerns about the invasion of the privacy of innocent people. An important concern for the court is therefore the number of any such false positives. It is important not to treat the capacity and accuracy of sniffer dogs as interchangeable. Dogs are not mechanical or chemical devices", https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07.04.2016).

tylko do wymaganego minimum, przy zachowaniu normalnej dyscypliny szkolnej[17], a co za tym idzie uważał on, że art. 24 Karty nie został naruszony, więc skarga kasacyjna powinna zostać odrzucona.

Wracając jednak do zdań odrębnych sędziów SCC wyrażonych w sprawie *R. v. A.M.*, wskazać należy, iż zgłaszane *vota separators* nie miały jednolitego charakteru. Sędzia Bastarache zgadzał się z twierdzeniem, że użycie psów stanowiło przeszukanie w rozumieniu art. 8 Karty, jednakże uważał on, że, co stanowiło naruszenie art. 8, nie istniał odpowiednio wysoki poziom uzasadnionego podejrzenia, który daje w oparciu na tej przesłance prawo do wykorzystania psów tropiących w szkole będącej miejscem występowania zwiększonego prawdopodobieństwa znalezienia narkotyków. Odrębność zgłoszonego przez tego sędziego zdania wynika jednak z zakwestionowania zasadności zastosowania przez sąd dla nieletnich art. 24 ust. 2 Karty i wykluczenie na tej podstawie dowodu uzyskanego w kwestionowany sposób oraz wnioskowania wraz z sędzią Deschamps o przeprowadzenie ponownego procesu.

Argumentem przemawiającym za ponownym przeprowadzeniem procesu i naruszeniem przez sędziego sądu młodzieżowego art. 24 jest fakt, iż przeszukanie, którego dokonała policja po porozumieniu z władzami szkoły, odbyło się w dobrej wierze i miało charakter nieinwazyjny, a sposób, w jaki uzyskano dowody, nie wymagał obecności skarżącego. W związku z tym takie postępowanie władzy nie ma wpływu na rzetelność przeszukania[18].

Jak wskazano w części IV uzasadnienia wyroku, „art. 8 Karty musi zostać poddany wykładni celowościowej, tzn. powinien sprzyjać szeroko pojętej ochronie prywatności, a obywatel ma prawo oczekiwać, że jego prawo będzie przestrzegane przez rząd”[19]. Ponadto przeszukanie, o którym mowa w sprawie *R. v. A.M.*, naruszyło prywatność niewinnych uczniów, co stanowiło jawne pogwałcenie art. 8. Sąd wskazał tu również, że „Prawdą jest, że informacje przekazywane przez psa tropiącego ujawniają ważne informacje o przestępstwie objętym dochodzeniem (jest to jedna z okoliczności odróżniających tę sprawę od sprawy *Tessling*)”[20].

[17] *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19 [1-2]; zob. także.*: R. v. M. (MR)*, [1998], 3 SCR 393, *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, s. 533.

[18] „Although the search violated s. 8 of the Charter, the trial judge erred in excluding the evidence found in the accused's backpack pursuant to s. 24(2) of the Charter. The search, which was conducted in good faith and was non-intrusive in nature, occurred in an environment where the expectation of privacy was diminished. The evidence obtained was non-conscriptive in nature and did not affect the fairness of the trial” https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07.04.2016).

[19] Tłumaczenie wszystkich cytatów z jęz. ang., jeśli nie zaznaczono inaczej, pochodzą od autora; https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07.04.2016);Zob.: *Hunter et al. v. Southam Inc.* s. 159, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), s. 361.

[20] https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/4628/index.do, (dostęp: 07.04.2016).

Odwołanie się do sprawy *Doe v. Renfrow*[21] wskazuje na zagrożenia wynikające z nieuznawania obowiązywania prawa do prywatności uczniów na terenie szkoły.

Z kolei sędzia Deschamps podważył naruszenie prywatności A.M. i nie zgodził się z analogią do sprawy *Tessling*, ponieważ oskarżony podczas przeszukania nie miał plecaka na sobie, a także plecak został pozostawiony na widoku. Z tym rozumowaniem nie zgodził się sędzia Lebel.

Natomiast J. Deschamps oparł swoje rozumowanie na założeniu, jakoby prowadzony w szkole program „zero tolerancji", o którego wdrożeniu wiedzieli zarówno rodzice, jak i uczniowie, był wystarczającym uzasadnieniem przeprowadzenia przeszukania przy użyciu psów tropiących. Sędzia ten wskazał tu na aspekt społeczny akcji, który miał na celu redukcję ilości narkotyków w szkole, a co za tym idzie A.M. nie miał prawa oczekiwać, że jego prawo do prywatności nie zostanie ograniczone.

W doktrynie prawa do prywatności w Kanadzie wyróżnia się dwa główne rodzaje informacji, które podlegają (lub nie podlegają) ochronie. Pierwszy z nich stanowią informacje o charakterze kompromitującym, których źródłem nie jest popełnienie przestępstwa, a drugi informacje o fakcie popełnienia przestępstwa. Na ochronę zasługują tylko informacje kompromitujące[22]. Ujawnienie takich informacji może być podstawą do wyrządzenia krzywdy osobie, której one dotyczą. Za takie szkodliwe działanie uznano w sprawach R. *v. A.M.* i *R. v. Kang-Brown* wykorzystanie psów tropiących, ponieważ przeszukanie osoby lub należącej do niej rzeczy mogło wprowadzić przeszukiwanego w zakłopotanie lub wywołać negatywne dla niego skutki w ten sposób, że mogło to zmienić opinię osób trzecich na jego temat, czy też być przyczyną odczucia dyskomfortu z powodu bezpośredniej ingerencji w prywatność pana Kang-Browna. Jeśli zaś chodzi o akcję w szkole im. św. Patryka, to tam uczniowie zostali oddzieleni od plecaków, dzięki czemu nie byli oni bezpośrednio narażeni na czynności policyjne, które stanowiłyby publiczne przeszukanie uczniów. Wyrządzoną tu krzywdę należy jednak rozpatrywać w zakresie nieuprawnionego przeszukania[23].

3. Przeszukanie jako ingerencja w konstytucyjne prawo do nietykalności osobistej

Nie ulega wątpliwości, że przeszukanie jest jedną z czynności, które naruszają przysługujące każdemu prawo do nietykalności cielesnej[24]. W ślad za doktryną można

[21] *Doe v. Renfrow*, 631 F.2d 91, *93* (7th Cir. 1980).

[22] S. Penney, *Conceptions of Privacy …..,* s. 209.

[23] *Ibidem,* s. 210 i n.

[24] Zob. *Komentarz do art. 219 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1 – 467,* LEX, wyd. VI.

podać następującą definicję nietykalności: nietykalność osobista stanowi gwarancję nienaruszalności cielesnej i duchowej człowieka[25]. Mając na uwadze art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji, należy wskazać, że wszelkie ograniczenia praw konstytucyjnych mogą być dokonane jedynie w drodze ustawy, która powinna wyczerpująco regulować sytuacje dopuszczalnego ograniczenia czy też naruszenia wolności i nietykalności osobistej[26]. Tak też wskazuje L. Garlicki, który podkreśla, że art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga określenia przesłanek warunkujących prawo ograniczenia praw i wolności[27]. Ponadto, podkreślając związek między art. 31 a art. 41 Konstytucji, stwierdzić należy, że nietykalność osobista jest ściśle związana z wolnością osobistą. Posiada ona również mocny związek z godnością człowieka, która zgodnie z brzmieniem art. 30 Konstytucji nosi przymiot przyrodzoności, niezbywalności i nienaruszalności[28]. Takie powiązanie uzasadnia konstytucyjny obowiązek określenia w ustawie przesłanek naruszenia wolności osobistej[29]. W literaturze podaje się, że „Ograniczenie tego rodzaju musi mieć istotne społeczne podstawy. Rzecz idzie o to, aby w tej dziedzinie nie było dowolności, aby przypadki stosowania naruszenia wolności były określone nie przez organy władzy wykonawczej, które działają w tym zakresie, ale wyłącznie przez władzę ustawodawczą w drodze ustawy, aby karę pozbawienia wolności wymierzał tylko niezawisły sąd, a także, aby sposób wykonywania kary był wyraźnie określony”[30].

Art. 31 ust. 3 Konstytucji stał się przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. W jednym z wyroków Trybunał podkreślił, że brzmienie omawiane-

[25] J. Jaskiernia, *Nietykalność osobista,* [w:] W. Szydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny,* Warszawa 2009, s. 264; L. Garlicki definiuje nietykalność osobistą jako „zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swej tożsamości i integralności fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiejkolwiek bezpośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność”, zob. L. Garlicki, Uwagi do art. 41 Konstytucji, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III*, Warszawa 2003, s. 2.

[26] Zob. *Konstytucyjny i międzynarodowy* standard ochrony prawa do wolności osobistej człowieka, [w:] Ł. Cora, *Zatrzymanie osoby w polskim procesie karnym*, Legalis; J. Jaskiernia, *Nietykalność osobista…,* s. 265; wyrok TK z 26 września 200 r., P 11/98, zob. K. Kaleta, M. Wiącek, *Warunki dopuszczenia ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji*), [w:] M. Zubik (red.), *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2008, s. 170 i n.; zob. A. Ławniczak, *Zasada poszanowania wolności i jej ograniczenia*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP. Tom I. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, Warszawa 2010, s. 394.

[27] L. Garlicki, Uwagi do art. 31 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III*, Warszawa 2003, s. 14 i n.

[28] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 89.

[29] Obowiązek ustawowego ograniczania praw i wolności został już wyinterpretowany przez SN w roku 1994. Zob. uchwała SN z 2 marca 1994 r., W 3/93, OTK 1994, cz. I, s. 158-159.

[30] Uwagi do art. 41, [w:] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* LEX, wyd. VII.

go przepisu w pełni realizuje zasadę proporcjonalności[31], a także jest zgodne z regulacjami wiążących Polskę umów międzynarodowych[32].

Jednym z warunków zezwalających na ingerencję państwa w wolność i nietykalność osobistą jest konieczność takiego działania, które nie narusza zasady proporcjonalności[33]. Brak zachowania proporcjonalności podczas przeszukania mającego na celu ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego może skutkować tym, że podjęte środki, same w sobie legalne, stanowić będą zagrożenie dla wolności jednostki[34]. Istotą omawianej tu zasady proporcjonalności jest obowiązek takiego działania, które nie przyczyni się do nadmiernej ingerencji, *a contrario* nakłada ona na władze nakaz ograniczania praw i wolności osobistych tylko w niezbędnym zakresie. Każdorazowo podjęta przez państwo ingerencja musi sprostać testowi proporcjonalności, czyli należy zachować proporcję między tym, co konieczne, a tym, co zastosowane. Zasada ta zobowiązuje władze państwowe do wybrania najmniej uciążliwego środka. Zachowanie proporcjonalności konieczne jest również z uwagi na wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadę demokratycznego państwa prawa[35].

Jednocześnie Polska, stając się stroną Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[36] (zwany dalej: MPPOiP), zobowiązała się do przestrzegania jego art. 17 ust. 1 w brzmieniu: „nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję […]". Regulację podobną do tej zawartej w KRP i MPPOiP zawiera art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zwanej dalej: EKPCz)[37], zgodnie z którą ingerencja władzy państwowej w korzystanie z prawa poszanowania prywatności może

[31] Na temat zasady proporcjonalności pisał m.in. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 136 i n.

[32] Wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98; zob. orzecznictwo podane w: M. Zubik (red.), *Konstytucja III RP w tezach…*, s.170 i n.*;* zob. także inne orzeczenia: z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, z 16 maja 1995 r., K 12/93, a także wyroki wydane pod obowiązywaniem Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.: z 5 listopada 1997 r., K 22/97, z 26 maja 1998 r., K 17/98, z 9 czerwca 1998 r., K 28/97.

[33] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 220 i przywołane tam orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: z 20 października 2010 r., P 37/09, OTK-A 2010, Nr 8, poz. 79 oraz z 25 lutego 1999 r., K 23/98, OTK 1999, nr 2, poz. 25; zob. P. Tuleja, *Konstytucyjnoprawne uwarunkowania granic legalności procesu karnego*, [w:] D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, Warszawa 2015, s. 70-71.

[34] J. Skorupka, *Konstytucyjne i Konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym (cz. 1),* „Palestra" 2007, nr 9-10, s. 93-94. Zob. także przywołane tam orzecznictwo: wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, s. 132, wyrok TK z 3 października 2000 r., K 33/99, OTK 2000, nr 6, s. 188.

[35] L. Garlicki, *Polskie…*, s. 100-101; Problematyka proporcjonalności poruszana była przez Trybunał Konstytucyjny. Przykłady orzeczeń TK podane zostały przez A. Złotar, *Zasada proporcjonalności*, [w:] M. Zubik (red)., *Konstytucja III RP w tezach…*, s. 174-178.

[36] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 39, poz. 167).

[37] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

mieć miejsce tylko w przypadkach określonych ustawą, musi być konieczna, lecz sama przesłanka celowości jest tu niewystarczająca i celowa z tym zastrzeżeniem, że należy wykazać faktyczną konieczność ograniczenia praw i wolności[38]. Do takich wyjątków zalicza się m.in. możliwość przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki, gdy obniżone są rygory gwarantujące ochronę prywatności. Zdaniem R. Kopra, w takich sytuacjach dobro wymiaru sprawiedliwości przeważa nad prawami jednostki[39].

Wagę spełnienia powyższych przesłanek uzasadniających przeszukanie podkreśla również fakt, że czynności tej można dokonać także u osoby niebędącej w żaden sposób związanej z popełnionym przestępstwem[40].

3.1. Przeszukanie w wypadkach niecierpiących zwłoki w polskiej procedurze karnej

Jak wspomniano na wstępie, przeszukanie dokonane w oparciu o art. 220 § 3 k.p.k. należy do czynności legalnych warunkowo. Jak wskazuje J. Skorupka[41], cechują się one tym, że przeprowadza je przede wszystkim sąd lub prokurator, a tylko w szczególnych przypadkach uprawnienie do ich dokonania przysługuje Policji lub innym legitymowanym organom. Legalność przeszukania, o którym mowa w art. 220 § 3 k.p.k., uzależniona jest od spełnienia warunku zatwierdzenia tejże czynności przez sąd albo prokuratora. Wniosek o zatwierdzenie musi zostać złożony do sądu albo prokuratora bez względu na zgłoszenie żądania złożenia takiego wniosku przez osobę przeszukiwaną. Z brzmienia omawianego przepisu wynika wprost obowiązek dokonującego przeszukania poinformowania osoby przeszukiwanej o prawie zgłoszenia żądania doręczenia jej postanowienia sądu lub prokuratora w przedmiocie zatwierdzenia przeszukania.

Stosownie do art. 219 § 1 k.p.k. należy wskazać, że najważniejszą przesłanką, której istnienie warunkuje zatwierdzenie przeszukania, jest występowanie − **już w chwili podjęcia czynności** – uzasadnionej podstawy do przypuszczenia, że poszukiwana osoba lub przedmiot znajduje się w miejscu dokonania czynności bądź przeszukiwany jest

[38] Zob. orzecznictwo ETPCz przywołane w: J. Skorupka, *Konstytucyjne…*[cz. 1], s. 95 oraz wyrok ETPCz z 12 listopada 2002 r., w sprawie 26761 *Płoski przeciwko Polsce*, LEX nr 55608.

[39] R. Koper, *Przeszukanie w wypadkach niecierpiących zwłoki,* „Prokuratura i Prawo" 2014, nr 11-12, s. 15 oraz cytowana tam literatura.

[40] J. Skorupka, *Konstytucyjne i Konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym (cz. 2),* „Palestra" 2007, nr 11-12, s. 52. Zob. także poczynione tam uwagi dot. regulacji omawianej kwestii w kodeksie z roku 1928, a także procedury przeszukania na gruncie prawa karnego procesowego w Republice Federalnej Niemiec, które to przepisy dopuszczały bądź dopuszczają przeszukanie tylko u podejrzanego, albo osoby, która odniosła korzyść majątkową.

[41] J. Skorupka, *Czynności…*, s. 68.

w jej posiadaniu[42]. W przypadku, gdy powyższy warunek się nie ziści, przeszukanie należy uznać za nielegalne, a więc nie powinno zostać zatwierdzone. Jednakże obowiązek zatwierdzenia przeszukania nie zmienia faktu, że brak ograniczenia w zakresie podmiotu, który może zostać przeszukany, także w warunkach niecierpiących zwłoki, daje możliwość naruszenia przez policję prywatności osoby, u której dokonywane są czynności przeszukania[43]. Dlatego też w doktrynie wyrażane są krytyczne uwagi na temat regulacji z art. 219 § 1 i 2 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje ona sądowej kontroli zasadności (celowości) przeszukania, a także istnienia uzasadnionej podstawy przeszukania[44]. Należy mieć przez to na uwadze wagę ingerencji w sferę prywatności, jaką niesie za sobą przeszukanie.

Rozważając zaś zakres pojęciowy ostatniego ze wspomnianych przepisów, R. Koper zwraca uwagę na to, że obecne uregulowanie skłania do rozumienia słów „tam się znajdują" jako „mogą się tam znajdować", przez co obniżony jest wymóg uzasadniający podjęcie działań określonych w art. 220 § 3 k.p.k.[45]

Ponadto jako drugi warunek zezwalający na przeszukanie w trybie art. 220 § 3 k.p.k. wskazuje się sytuację, gdy nie jest możliwe wydanie przez sąd lub prokuratora postanowienia o przeszukaniu. Na tym tle powstają wątpliwości, ponieważ nie jest do końca jasne, kiedy aktualizuje się klauzula „wypadków niecierpiących zwłoki". Stan ten jest spowodowany tym, że nie da się jednoznacznie określić, kiedy wydanie postanowienia przez sąd lub prokuratora jest bądź nie jest możliwe[46]. Problem ów, stosownie do nieobowiązującego już § 174 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (zwanego dalej: Regulaminem)[47], rozwiązać musiał prokurator wydający postanowienie o zatwierdzeniu albo niezatwierdzeniu przeszukania. Przepis ten przewidywał ocenę zasadności przeszukania, o którym mowa w art. 220 § 3 k.p.k., dokonywaną *a posteriori* w oparciu o faktyczną sytuację w chwili podjęcia zatwierdzanej czynności. Na tej podstawie prokurator zobowiązany był wziąć pod uwagę, czy podejrzenie policji było faktycznie uzasadnione, czy był to przypadek niecierpiący zwłoki, a także czy niemożliwe było uprzednie wydanie postanowienia o przeszukaniu. Jednakże w obecnym stanie prawnym powinność dokonania takiej oce-

[42] Zob. R. Koper, *Przeszukanie w wypadkach…,* s. 18-19; J. Skorupka, *Czynności…*, s. 70-71; T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania…*; J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 219 Kodeksu postępowania karnego,* [w:] Paprzycki L.K. (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1 – 424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego (Dz. U.97.89.555)*, LEX, stan prawny na dzień: 07.05.2015.

[43] J. Skorupka, *Konstytucyjne* … [cz. 2], s. 53.

[44] *Ibidem*, s. 56.

[45] R. Koper, *Przeszukanie w wypadkach.…*, s. 19.

[46] *Ibidem,* s. 21.

[47] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2014 r., poz. 144).

ny należałoby, w myśl sentencji *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*, wyinterpretować z powołanych wyżej norm, gdyż obowiązująca regulacja zakreśla jedynie zakres danych, które muszą znaleźć się w postanowieniu o przeszukaniu wydanym *a priori*[48]. Problem ten wynika z chaosu legislacyjnego towarzyszącemu nowelizacji procedury karnej. W tym momencie pozostaje jedynie wyrazić nadzieję, że ustawodawca, pod wpływem zmasowanej krytyki, wypełni tę lukę legislacyjną.

Regulacja zawarta w art. 220 § 3 k.p.k. poddawana jest, podobnie jak ta z art. 219 § 1 i 2, słusznej krytyce, ponieważ do zatwierdzenia bądź nie przeszukania dokonanego w wypadkach niecierpiących zwłoki dochodzi jedynie wtedy, gdy prawidłowo pouczona osoba przeszukiwana zgłosi takie żądanie ustnie do protokołu[49]. Brak prawidłowego pouczenia, czy nawet nieskorzystanie z przysługującego przeszukiwanemu prawa wynikającego z art. 220 § 3 k.p.k. sprawia, że bezprawna czynność nie jest poddawana osądowi sądu czy prokuratora i jest uznawana za legalną. W ten sposób ustawodawca niejako zezwala na ingerencję w przysługujące nam prawo do prywatności. Ważny jest również fakt, że przepis art. 220 § 3 k.p.k. nie jest podstawą żądania usunięcia dowodów uznanych w sposób sprzeczny z ustawą, w tym w sprzeczności z art. 219 § 1 i 2 k.p.k.[50] Podstawy takiej nie stanowi również dodany nowelą[51] art. 168a k.p.k., który reguluje postępowanie z dowodami uzyskanymi w sposób sprzeczny z art. 1 § 1 k.k.[52]

3.2. Praktyka orzecznicza na gruncie art. 220 § 3 k.p.k.

Jak wcześniej wspomniano, przeszukanie w wypadku niecierpiącym zwłoki musi zostać zatwierdzone przez sąd albo prokuratora. W razie braku wydania w terminie zawitym 7 dni postanowienia o zatwierdzeniu albo wydania postanowienia o niezatwierdzeniu przeszukania czynność ta powinna zostać uznana za nielegalną, a co za tym idzie nie zostaje w takim wypadku spełniony warunek legalności czynności, więc wiedza pozyskana w ten sposób nie może pełnić funkcji dowodu[53]. Sąd Najwyższy, odwołując się do wyroku Trybu-

[48] Zob. § 78 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2014 r., poz. 1218). Obecnie na etapie konsultacji społecznych znajduje się projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (źródło: http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12282952), który § 160 ponownie reguluje tę kwestię (dostęp: 07.04.2016).

[49] Zob. J. Grajewski, S. Steiborn, *Komentarz aktualizowany do art. 220, art. 221, art. 222, art. 223, art. 224 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] Paprzycki L.K. (red)., *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555)*, LEX, stan prawny na dzień: 2015-05-07.

[50] J. Skorupka, *Konstytucyjne…*, [cz. 2], s. 59.

[51] Ustawa z dnia 27 września 2013 r., o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2013 r., poz. 1247), która weszła w życie 1 lipca 2015 r.

[52] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., – Kodeks karny (Dz. U. 1997 r., Nr 88, poz. 553).

[53] J. Skorupka, *Czynności…*, s. 68, 72–74. Autor ten wskazuje również na pogląd wyrażony np. przez Z. Hofmańskiego, zgodnie z którym przekroczenie 7-dniowego terminu, kiedy powinno zostać wydane

nału Konstytucyjnego[54], w ten sposób uzasadnił jeden z wyroków: „Dokonywanie czynności procesowych przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia może mieć miejsce w granicach wyznaczonych w art. 308 k.p.k. Powyższe wskazuje, że omawiane instytucje mają charakter wyjątkowy. Legalność działań podjętych przez funkcjonariuszy wymaga zatem stwierdzenia wystąpienia szczególnych okoliczności, uzasadniających tak samą interwencję i rodzaj zastosowanych środków, jak i zachowanie określonej procedury. Tylko z legalnym wdrożeniem postępowania karnego wiązać można ryzyko, jakie ponosić muszą dotknięte nim osoby w interesie ochrony dobra wspólnego, jakim jest bezpieczeństwo publiczne[55]". Przedstawione stanowisko podkreśla, że w przypadku przeszukania, o którym mowa w art. 220 § 3 k.p.k., naruszenie konstytucyjnego prawa nietykalności osobistej może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy dobro ogółu przeważa nad dobrem jednostki.

Podobną sytuację, w której stawiane na szali jest dobro publiczne oraz wolność osobista i prawo do wypowiedzi, a zwłaszcza tajemnica dziennikarska, znajdziemy w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[56] (zwanego dalej: ETPCz). Trybunał, rozpatrując wniesioną skargę, doszedł do wniosku, że nie zawsze możliwe jest przedłożenie wielu dowodów uzasadniających przeszukanie w trybie pilnym (w naszym przypadku byłoby to przeszukanie w wypadku niecierpiącym zwłoki). W związku z tym regulacje łotewskie nakładają na sąd krajowy obowiązek zatwierdzenia przeszukania już **następnego dnia** po jego przeprowadzeniu[57]. Ze względu na czas przewidziany dla dokonania kontroli czynności, regulacja ta jest drastyczniejsza niż obowiązująca w Polsce, co podkreśla wyjątkowy charakter przeszukania bez nakazu. W omawianym orzeczeniu Trybunał zwrócił również uwagę na ważny, także w polskim procesie karnym, warunek uzasadniający podjęcie działania w trybie pilnym[58]. Mianowicie podkreślono tu, iż samo

postanowienie, nie jest równoznaczne z bezskutecznością przeszukania (zob. także S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces Karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 365).

[54] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 stycznia 2005 r., SK 60/03, OTK-A 2005, Nr 1, poz. 2.

[55] Wyrok SN z 24 kwietnia 2014 r., III CSK 173/13, niepubl.

[56] Wyrok ETPCz z 16 lipca 2013 r., w sprawie *Nagla przeciwko Łotwie*, skarga nr 73469/10, https://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/index.html?ComplainantYear=0&Code=73469%2f10&CaseType=Decision%2cSentence (dostęp: 07.04.2016).

[57] „[…] Dla organów ścigania przedstawienie obszernych powodów na zarządzenie przeszukania w trybie pilnym może być niepraktyczne. W takich okolicznościach konieczna ocena sprzecznych interesów może zostać przeprowadzona na etapie późniejszym, lecz w każdym razie musi ona mieć miejsce przed uzyskaniem dostępu i przed wykorzystaniem pozyskanych w ten sposób materiałów. W pozwanym Państwie – zgodnie ze stanowiskiem rządu – ocena taka jest przeprowadzana przez sędziego śledczego w dzień po przeprowadzeniu przeszukania w trybie pilnym" LEX nr 1335362.

[58] „[…] W niniejszej sprawie, mimo że prawo przewidywało natychmiastową kontrolę *post factum* przeszukania przez sędziego śledczego, Trybunał stwierdza, iż sędzia śledczy nie wykazał, iż interesy śledztwa w postaci zabezpieczenia dowodów wystarczały, by przeważyć nad interesem publicznym w postaci ochrony dziennikarskiej wolności wypowiedzi, włącznie z ochroną źródła informacji oraz ochroną przed przekazywaniem materiałów dziennikarskich. Oszczędna argumentacja przedstawiona przez prezesa sądu dotycząca ulotnego charakteru dowodów związanych ogólnie z cyberprzestępczością – jak słusznie wskazał

istnienie obowiązku zatwierdzenia przeszukania nie jest wystarczającą gwarancją ochrony prywatności. Oprócz wydania postanowienia konieczne jest jeszcze jego rzeczowe uzasadnienie, dzięki któremu osoba przeszukiwana będzie miała poczucie sprawiedliwości i zasadności przeszukania. Taka interpretacja, wraz ze wskazaniem na konieczność przewagi interesu śledztwa nad interesem publicznym, koreluje z przywołanymi wcześniej wytycznymi zawartymi w § 174 Regulaminu. W orzeczeniu tym zwrócić należy również uwagę na stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich Republiki Litewskiej, który, argumentując na rzecz skarżącej, wykluczył możliwość istnienia jakiejkolwiek zwłoki w postępowaniu organu prowadzącego śledztwo. Jeżeli zaś organ taki zwlekałby z przeprowadzeniem przeszukania, należałoby uznać taką czynność dokonaną w szczególnym trybie pilnym za nieuzasadnioną.

W orzecznictwie polskich sądów odniesienia do art. 220 § 3 k.p.k. znajdują się głównie w sprawach o odszkodowanie z tytułu art. 417 i 417[1] Kodeksu cywilnego[59] (zwanego dalej: k.c.). Orzeczenia te[60] zapadają na gruncie czynności podjętych przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w związku z podejrzeniem złamania ustawy o grach hazardowych[61].

4. Podsumowanie

Z uwagi na procedurę zatwierdzania przeszukania dokonanego na podstawie art. 220 § 3 k.p.k., w Polsce nie spotykamy się z sytuacją, w której na podstawie przeszukania najpierw dochodzi do skazania, a następnie, w drodze kontroli instancyjnej sąd uznaje je za nielegalne i z tego powodu oddala dowody uzyskane w ten sposób. Zdaje się, że takiego stanu rzeczy należy upatrywać właśnie w uprzedniej kontroli prokuratorskiej, podczas której prokurator może zaakceptować bądź odrzucić wniosek o zatwierdzenie przeszukania.

Należy tu zwrócić uwagę na istotną różnicę między regulacjami polskiej Konstytucji czy kodeksu postępowania karnego, a przywołanym w pierwszej części pracy art. 24 ust. 2 Karty. W Polsce brak jest regulacji wprost zakazującej dopuszczenia dowodu z przeszukania, jeśli sposób jego pozyskania pogwałcił lub zanegował poszanowanie praw i wolno-

[krajowy] Rzecznik Praw Obywatelskich – nie może zostać uznana za wystarczającą w niniejszej sprawie, zważywszy na zwłokę po stronie organów śledczych w przeprowadzeniu przeszukania oraz na brak jakichkolwiek przesłanek wskazujących na możliwość zniszczenia dowodów" LEX nr 1335362.

[59] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.).

[60] Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 23 lutego 2013 r., I ACa 762/14 wraz z podanymi tam podobnymi orzeczeniami. Orzeczenie wraz z uzasadnieniem dostępne na portalu orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/details/$N/150500000000503_I_ACa_000762_2014_Uz_2015-02-12_001, (dostęp: 20.07.2015).

[61] Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.).

ści zagwarantowanych w Konstytucji. Zakaz taki można wyinterpretować z wyrażającego zasadę legalizmu art. 7 KRP[62] oraz z brzmienia powołanych wyżej przepisów.

Mimo braku regulacji na wzór kanadyjski, mając na uwadze nieobowiązujący już § 174 Regulaminu, a także brzmienie art. 220 § 3 k.p.k. należałoby stwierdzić, że jeżeli sprawa *R. v. A.M.* byłaby rozpatrywana przez sąd polski, w oparciu o rodzime regulacje, zapadłe orzeczenie miałoby podobną treść do tego, które wydały sądy kanadyjskie.

Sytuację taką można tłumaczyć przede wszystkim tym, iż przeszukanie narusza podstawowe prawo człowieka, jakim jest prawo do nietykalności cielesnej, a także prawo do poszanowania prywatności. Ponadto należy mieć również na uwadze aspekt historyczny kształtowania się państwa i kultury kanadyjskiej, a mianowicie fakt, że obecna Kanada była zasiedlana przez kolonistów brytyjskich i francuskich. Dzięki temu widoczne są w jej kulturze elementy typowe dla prawa kontynentalnego.

Kończąc rozważania na temat granicy prawa do przeszukania w wypadku niecierpiącym zwłoki w oparciu o sprawię *R. v. A.M.*, można wskazać następujące przesłanki korzystania z niego: poszanowanie prywatności i nietykalności cielesnej, przewaga interesu prywatnego nad interesem publicznym, istnienie ogólnego uzasadnionego podejrzenia oraz faktyczny brak możliwości wydania postanowienia o przeszukaniu.

Jeżeli zaś chodzi o problematykę wykorzystania dowodów uzyskanych w sposób niezgodny z prawem, godny naśladowania jest przepis art. 24 ust. 2 Karty, w którym wyrażono wprost zasadę wyłączenia takich dowodów. Zarówno w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jak i w k.p.k. brak jest przepisu zawierającego podobną regulację. Niedopuszczenie do procesu dowodów, które zostały uzyskane w drodze niezatwierdzonego przeszukania jest zachowaniem postulowanym w literaturze i uzasadniane jest w oparciu o art. 230 § 1 k.p.k., a także art. 237 § 1 k.p.k.[63], nakazujący zniszczenie dowodów uzyskanych w sposób, który nie został zatwierdzony przez sąd[64].

[62] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 77-81. W doktrynie prawa karnego procesowego uznaje się, że art. 7 KRP definiuje zasadę legalizmu I stopnia, która ma zastosowanie tak w postępowaniu karnym, jak i w innych postępowaniach – zob. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 211-212.

[63] Zob. przypis 39.

[64] „Nowelą k.p.k. z 4.2.2011 r. (Dz. U. Nr 53, poz. 273) zmieniono treść § 2 art. 237 k.p.k. W nowym brzmieniu wymienionego przepisu określono konsekwencje niezatwierdzenia przez sąd postanowienia prokuratora wydanego w wypadku niecierpiącym zwłoki. Mianowicie, w wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora, sąd zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów. Wymienione zarządzenie sąd podejmuje w postanowieniu wydanym w przedmiocie wniosku prokuratora. Zaskarżenie postanowienia sądu w przedmiocie wniosku prokuratora wstrzymuje jego wykonanie, a w konsekwencji także zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów". (J. Skorupka, Komentarz do art. 237 k.p.k., [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz.*, Wrocław 2015; https://sip.legalis.pl/document-komentarze.seam?documentId=mfrxilrsguydonroozsxelrrgy3dcny#id=mnxw2ltbmn2c4mrvga3tm [dostęp: 20.07.2015]).

Limits of the rights of strip-search and usage of the evidence acquired as a result of the interrogation based on the case *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19

Abstract: One of the basic human rights is the right to the privacy and personal freedom. Interference with these rights can only be made based on the rule which concerns the terms violating the privacy and personal freedom. That creates the issue of acceptability to perform a search based on the reasonable suspicion, including what happens with evidences obtained by this search. The purpose of this work is demonstration of the reasonable suspicion of involvement in a punishable crime existing in Polish and Canadian Law which allows permitting search and use of obtained in this way evidence. The comparative analysis indicates existance of loopholes, which may be the cause of interpretation problems in the Polish Law, after applying the amendment of the Criminal Conduct, which came into force on July 1, 2015.

Keywords: invasion of privacy, integrity of the person, private interests vs the public interest, The Polish Constitution, The Canadian Charter of Rights and Freedoms

Olga Hałub
Katedra Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Pierwsza Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych w kontekście wyroku Sądu Najwyższego w sprawie „*Hustler Magazine" v. Falwell* z 24 lutego 1988 r.[1]

1. Wprowadzenie

Istnieje dziś głębokie przekonanie o tym, iż gwarancje wolności słowa należą do podstawowego kanonu standardów ochrony wolności i praw człowieka we współczesnych demokracjach. Możliwość nieskrępowanego wyrażania własnych przekonań, opinii i idei stanowi niewątpliwy fundament tworzenia i rozwoju społeczeństwa obywatelskiego. Dowodem na to może być refleksja sędziego Sądu Najwyższego USA Anthonego Kennedy'ego, który w wyroku *Ashcroft v. Free Speech Coalition* stwierdził: „prawo do myślenia jest początkiem wolności i mowa musi być chroniona przed rządem, gdyż mowa jest początkiem myśli"[2]. W związku z tym zdecydowana większość sporów w judykaturze i doktrynie nawiązująca do wolności słowa zdaje się nieustannie krążyć wokół jednej zasadniczej kwestii, a mianowicie próby determinacji granicy, jaka dzieli wypowiedź chronioną prawem od tej niedozwolonej. Debata wokół tego zagadnienia ma szczególne znaczenie, gdy w grę wchodzi jawne wyrażanie przekonań dotyczących funkcjonariuszy bądź osób publicznych.

Celem niniejszego opracowania jest refleksja nad zagadnieniem związanym z odmiennym postrzeganiem zakresu ochrony gwarantowanej przez wolność słowa na mocy Pierwszej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 1971 r. oraz na mocy regulacji europejskich, ze szczególnym uwzględnieniem realiów polskich. W ramach próby charakterystyki dopuszczalnych granic (lub ich braku?) wolności słowa zostanie przed-

[1] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *„Hustler Magazine" v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).
[2] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

stawiona analiza jednego z najgłośniejszych wyroków Sądu Najwyższego USA w tej sprawie, a mianowicie *„Hustler Magazine" v. Falwell* z 24 lutego 1988 r. Na kanwie tego orzeczenia należy rozważyć, jak przy występowaniu podobnego stanu faktycznego kształtowałaby się tendencja orzecznicza sądów europejskich, a zwłaszcza polskich. Okazuje się bowiem, że literalne brzmienie przepisów amerykańskich i polskich aktów prawnych w tej materii zdaje się nie odbiegać od powszechnie przyjętych standardów i wykazuje dużą zbieżność na poziomie semantycznym. Jednakże już orzecznictwo Sądu Najwyższego USA oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wraz z sądami krajowymi zdają się postrzegać wolność słowa w zupełnie innych kategoriach. Wykazanie różnic, a także poszukiwanie przyczyn takiego stanu rzeczy stanowi także przedmiot niniejszych rozważań.

2. *„Hustler Magazine" v. Falwell*

Proces w sprawie *„Hustler Magazine" v. Falwell* od początku stanowił obszar sporego zainteresowania opinii publicznej. Zarówno powód, jak i pozwany byli osobami publicznymi, tzn. powszechnie znanymi. Wydawcę „Hustler Magazine" – Larrego Flynta, można by w dzisiejszym rozumieniu tego słowa określić mianem celebryty. Popularność zyskał dzięki swojej szerokiej, także medialnej działalności związanej z tzw. pornobiznesem. Drugą stroną sporu był natomiast znany Amerykanom komentator wydarzeń publicznych, w tym także politycznych, założyciel grupy Moralna Większość (*Moral Majority*) zrzeszającej protestanckich fundamentalistów, telewizyjny ewangelista i pastor.

Spór między stronami, będący przedmiotem poniższej charakterystyki, został ostatecznie rozstrzygnięty przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki 24 lutego 1988 r. Wyrok w tej sprawie wywołał niewiele mniej kontrowersji niż ona sama, stał się przedmiotem zagorzałej dyskusji na temat granic wolności słowa. Dowodem na występowanie sporej krytyki tego orzeczenia może być tytuł referatu J. M. Kanga, stanowiącego komentarz do wyroku. Brzmi on „Najgorszy kazus w historii świata, a może nawet i kosmosu"[3] wybrane fragmenty tego opracowania będą przytoczone w dalszej części rozważań. Inny z autorów, B. Fein określił natomiast tytułową sprawę jako „nienadającą się do rozstrzygnięcia sądowego i nieuzasadnioną", wskazując w swoich rozważaniach powody, dla których uznaje wyrok za niesatysfakcjonujący, a wręcz mogący wzbudzać niepokój[4] .

[3] J.M. Kang, *Hustler v. Falwell: Worst case in the history of the World, maybe the universe*, [w:] http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=nlj (dostęp: 15.01.1015). Cytaty z jęz. angielskiego, jeśli nie podano inaczej, są tłumaczone przez autorkę niniejszego tekstu

[4] B. Fein, *Misligitoned and misreasoned case*, [w:] http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss4/7 (dostęp: 20.03.2015).

Spór między Falwellem a Flyntem został zapoczątkowany w listopadzie 1983 r., wraz z opublikowaniem numeru jednego z największych czasopism pornograficznych „Hustler Magazine". Na wewnętrznej stronie okładki znajdowała się parodia reklamy napoju alkoholowego Campari, której niechlubnym bohaterem stał się właśnie znany pastor. Parodia ta stanowiła odpowiedź na reklamę likieru, która przyjmowała formę wywiadu ze znanymi osobistościami opowiadającymi o momencie, w którym po raz pierwszy spróbowały trunku. Dwuznaczne hasło reklamowe sugerowało, że celebryci będą opowiadać o „swoim pierwszym razie". Bazując na tym pomyśle, parodia zamieszczona w „Hustler Magazine" została zatytułowana „Jerry Falwell opowiada o swoim pierwszym razie", do którego rzekomo miało dojść w toalecie w Lynchburgu w stanie Wirginia i to do tego z jego własną matką. Oczywiście finalnie odbiorca dowiaduje się, iż historia tyczyła się pierwszej degustacji Campari. Ponadto z pozorowanego wywiadu nasuwała się insynuacja, jakoby Falwell był w stanie wygłaszać kazania jedynie pod wpływem alkoholu. Kluczowy w sprawie wydaje się fakt, że pod karykaturą znajdował się pisany niewielką czcionką napis „parodia reklamy – nie brać na poważnie". Należy ponadto dodać, że także w spisie treści „Hustlera" niniejszy wywiad był opisany jako „Fikcja, reklama, parodia personalna".

W odpowiedzi na tę publikację Jerry Falwell wniósł pozew do Sądu Okręgowego Stanów Zjednoczonych dla Zachodniego Okręgu Wirginii[5]. Podniósł w nim naruszenie prawa do prywatności, zniesławienie, a także umyślne wyrządzenie krzywdy o charakterze emocjonalnym. Sąd postanowił, iż skarga o naruszenie prywatności jest bezzasadna i następnie skierował pod rozwagę ławy przysięgłych zasadność pozostałych podniesionych przez Falwella zarzutów. Ława przysięgłych uznała natomiast, że publikacja w „Hustler Magazine" nie miała charakteru zniesławiającego. Parodia reklamy Campari nie może być odbierana jako stwierdzenie rzeczywistych faktów dotyczących powoda lub wydarzeń, w których potencjalnie miałby brać udział. Jednocześnie jednak przysięgli stwierdzili, że Flynt w sposób umyślny doprowadził Falwella do strat moralnych. Od pozwanego publicysty „Hustlera" zasądzono na rzecz powoda 100 000 dolarów odszkodowania za krzywdę oraz 50 000 dolarów jako formę *punitive damages* (odszkodowanie karne).

Sprawa trafiła następnie do sądu II instancji (Sąd Apelacyjny dla Czwartego Obwodu), który podtrzymał werdykt sądu niższej instancji. Sąd podkreślał w uzasadnieniu między innymi fakt, że osoby znane i pełniące funkcje publiczne mają prawo domagać

[5] B. Kozłowski, *Lary Flynt versus Jerry Falwell – jak to było, o co poszło*, [w:] http://libertarianin.org/Artykuly_2/Liberalis/Libertarianizm%20w%20szczegolach/Wolnosc%20slowa/liberalis.pl-Bartomiej_Kozowski_Larry_Flynt_versus_Jerry_Falwell__jak_to_byo_o_co_poszo.pdf, (dostęp: 13.01.2015). W tłumaczeniu analizowanego orzeczenia na język polski ważny punkt odniesienia stanowiło opracowanie B. Kozłowskiego. W związku z tym tłumaczenie niektórych sformułowań użytych w wyroku, a przytoczonych w tym referacie w języku polskim, opierało się na rozwiązaniach przyjętych przez wspomnianego autora.

się takiego samego standardu ochrony, jaki udzielany jest każdemu człowiekowi na mocy Pierwszej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Zdaniem tego sądu istotne było to, czy opublikowana w „Hustlerze" parodia reklamy Campari była na tyle obraźliwa dla Falwella, by można było uznać, że Flynt w sposób umyślny doprowadził do wyrządzenia krzywdy emocjonalnej. Ponadto nawiązano także do standardów ochrony wolności słowa zaproponowanych przez Sąd Najwyższy w sprawie z 1964 r. „*The New York Times" v. Sullivan*[6], do której nawiązano w dalszej części rozważań.

Odnosząc się już bezpośrednio do wyroku Sądu Najwyższego w tytułowej sprawie, skład orzekający we wstępie rozważań stwierdził, iż przedmiotowa sprawa obliguje do podjęcia rozważań o zakresie ochrony Pierwszej Poprawki oraz jej granic, a zwłaszcza kwestii, na ile regulacja ta jest w stanie ochronić obywatela przed umyślnym wyrządzeniem krzywdy o charakterze emocjonalnym. Ponadto zasadniczym problemem wydaje się także to, czy osoba publiczna może w ogóle domagać się odszkodowania za wszelką stratę moralną wywołaną określoną publikacją, czy reklamą, którą cechowałby ofensywny charakter. Chodzi tu także o taką treść, która w opinii przeważającej części społeczeństwa byłaby odrażająca bądź gorsząca.

Sąd stwierdził we wstępie rozważań, że istotą i rdzeniem Pierwszej Poprawki jest zagwarantowanie wolnego przepływu myśli i idei w zakresie spraw dotyczących interesu ogółu. Ponadto wolność słowa nie zawiera w sobie wyłącznie cechy indywidualności. A zatem łącząc w sobie także element wspólnotowy, jest esencją wspólnego dążenia do prawdy w społeczeństwie jako całości. Z tego też względu nie można jej traktować wyłącznie jako instrumentu danego przez ustrojodawcę celem realizacji wyłącznie osobistego interesu. Sąd Najwyższy dopatruje się w niej narzędzia mającego charakter integrujący i rozwijający społeczeństwo obywatelskie oraz uczącego wartościowania wszelkich przekazów.

W uzasadnieniu omawianego wyroku można odnaleźć przestrogę, która stanowi, iż co do zasady obywatele nie powinni żyć w przekonaniu, iż wyrażenie przez nich opinii narazi ich na pociągnięcie do odpowiedzialności przed wymiarem sprawiedliwości. A zatem należy zapewnić im swobodną przestrzeń do wyrażania się.

2.1. *„Hustler Magazine" v. Falwell* a wolny rynek idei

Sąd Najwyższy stanął także na stanowisku, iż Pierwsza Poprawka nie zna pojęcia „złej idei", dając tym samym wyraz uznania dla tzw. „teorii wolnego rynku idei". Jej twórcą był sędzia Oliver Holmes, autor zdania odrębnego w sprawie *Abrams v. U.S.A.*[7] Sprowadza się ona do przekonania, iż najlepszą reakcją na pojawienie się szkodliwych

[6] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *„The New York Times" v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
[7] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Abrams v. U.S.A*, 250 U.S. 616 (1919).

wypowiedzi powinno być przeciwstawienie im innych, by ostatecznie mógł w tej „konfrontacji" przeważyć pogląd najwłaściwszy[8]. Sędzia Holmes, znany z wielu kontrowersyjnych wypowiedzi[9], nie nadaje jednak tej teorii charakteru bezwzględnego. Stwierdził bowiem, iż „powinniśmy zachować nieustanną czujność wobec prób utrudniania wyrażania poglądów, których nienawidzimy i które uważamy za zabójcze, chyba że poglądy te stwarzają tak realne zagrożenie bezpośredniej ingerencji w uzasadnione i istotne cele, którym służy prawo, że natychmiastowe powstrzymanie wyrażania tych poglądów jest konieczne dla uratowania kraju"[10]. Holmes wyraża zatem przekonanie, że „najlepszym regulatorem zachowań ludzkich jest rynek i że władza publiczna w zasadzie nie powinna ingerować w jego funkcjonowanie […]. W ramach swobodnej gry rynkowej «lepsze» idee będą wypierać «gorsze»"[11]. Wydawać by się zatem mogło, że jedynie sytuacja zagrożenia najwyższych dóbr i wartości mogłaby stanowić przesłankę – granicę wolności słowa. Sędzia Holmes przywołuje pewną symboliczną historię służącą w późniejszych orzeczeniach jako pewien punkt odniesienia. Stwierdza jednoznacznie, że „nawet najbardziej rygorystyczna ochrona swobody wypowiedzi nie objęłaby człowieka, który w teatrze pełnym ludzi świadomie wywoła fałszywy alarm okrzykiem «pali się!» i spowoduje w ten sposób panikę"[12].

Z tego też względu przekonanie Sądu o braku „złej idei" jest odważną kontynuacją wizji liberalnego ujęcia wolności słowa wyrażonej przez sędziego Holmesa. Z drugiej strony w dalszym ciągu świadomie nie dokonuje próby ustalenia granic wolności słowa.

W dalszej kolejności Sąd odniósł się bezpośrednio do kwestii dozwolonej krytyki osób publicznych. Stwierdził, że Pierwsza Poprawka umożliwia podjęcie zdecydowanej debaty opierającej się na krytyce osób pełniących funkcje publiczne bądź osób znanych opinii publicznej, które biorą udział w publicznym dyskursie o sprawach mających szczególne znaczenie dla państwa. Wydaje się zatem, że Sąd wydedukował tym samym, iż na tej podstawie także publikacja obscenicznej karykatury Falwella została uprawomocniona. Ponadto odniósł się do słów sędziego Frankfurter'a, który w wyroku *Baumgartner v. USA*[13] stwierdził, że jedną z prerogatyw obywatelstwa amerykańskiego jest prawo do krytyki osób publicznych oraz ich cech. Trzeba przy tym założyć, że taka krytyka nie zawsze będzie obiektywnie umotywowana; osoby publiczne, podobnie jak

[8] S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997, s. 113.

[9] Dla przykładu należy wspomnieć o sformułowanej przez sędziego Holmesa tzw. „doktrynie wyraźnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa" w związku ze sprawą *Schenck v. U.S.A.*, 249 US 47 (1919).

[10] S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA…*, s. 112.

[11] J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 289.

[12] S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA …*, s. 110.

[13] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Baumgartner v. U.S.A.*, 322 U.S. 665 (1944).

urzędnicy państwowi, mogą stać się przedmiotem porywczych i często nadmiernych ataków. A zatem w sprawie „*Hustler Magazine" v. Falwell*, Jerry Falwell powinien liczyć się z tym, iż będąc osobą powszechnie znaną, może stać się obiektem żartów czy satyry. Sąd milczy jednak na temat tego, jak w niniejszej sprawie kształtuje się sytuacja prawna matki Falwella, będącej osobą prywatną.

2.2. *„Hustler Magazine" v. Falwell* a „test złego zamiaru"

Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że wolność słowa nie wiąże się z możliwością głoszenia dowolnych treści, także na temat osób publicznych. Podobnie jak Sąd I instancji, odniósł się do wspomnianego powyżej wyroku w sprawie *„The New York Times" v. Sullivan*, który jednoznacznie wykreował pewien standard ochrony w ramach wolności słowa. Należy podkreślić, iż rozwiązuje on kwestie krytyki wyłącznie osób publicznych. Można go określić mianem „testu złego zamiaru". Sąd stwierdził, iż co do zasady nie istnieje możliwość przyznania funkcjonariuszowi publicznemu bądź osobie powszechnie znanej odszkodowania z racji nieprawdziwej wypowiedzi na jego temat, chyba że wykaże on, iż określona treść została opublikowana w jednoznacznie złym zamiarze (złej wierze). A zatem mowa tu o sytuacjach, w których autor tekstu wiedział, że jest on fałszywy bądź wykazał się niedostateczną starannością w zakresie jej weryfikacji w kategorii prawdy lub fałszu. Ponadto jedną ze zmian wprowadzoną wyrokiem „*New York Times" v. Sullivan* jest także to, że ciężar dowodu został przesunięty na powoda, który musi wykazać, że określona informacja nie jest prawdziwa[14]. Z tego też względu dochodzenie roszczeń odszkodowawczych jest zadaniem karkołomnym, wpływa na to także ograniczona możliwość uprawdopodobnienia przesłanki „złego zamiaru".

Nowa zasada wykreowana przez Sąd Najwyższy wprowadziła znaczne ograniczenia w możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za zniesławienia prasowe, tworząc tym samym tzw. przywilej prasowy[15]. Ten zaś w aspekcie przedmiotowym pozwala m. in. na korzystanie z pełnego prawa krytyki i formułowania negatywnych ocen. Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż krytyka nie stanowi jedynego celu karykatury czy parodii, co w kontekście sprawy *Falwell v. „Hustler Magazine"* wydaje się być kwestią zasadniczą. Trudno tym formom artystycznego wyrażania się przypisać walor obiektywnej, umotywowanej polemiki z określoną postawą, czy zachowaniem osoby publicznej.

Sąd Najwyższy w swoich rozważaniach w sprawie „*Hustler Magazine" v. Falwell*, stwierdził, że nieprawdziwe twierdzenia co do zasady nie stanowią same w sobie żadnej wartości, a dodatkowo powodują uszczerbek w reputacji pomawianego, która nie może zostać odbudowana bez wynikłej z tego szkody. Skład orzekający nie wytrwał jednak

[14] J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie* ..., s. 113.

[15] L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Wrocław 1981, s. 230-234.

długo w swoim zdystansowanym i nieco „europejskim" podejściu do wszelkich fałszywych twierdzeń wypowiedzianych pod adresem osób publicznych. Będąc kontynuatorem myśli sędziego Holmesa, stwierdza wprost, że nawet w kłamstwie można doszukać się wartości dodanej w wolnej debacie publicznej. Sąd stanął na stanowisku, że „w debacie publicznej trzeba chronić, w pewnych granicach, także nieprawdę. Dzięki temu zapewnia się wolność wypowiedzi […]"[16]. Wydaje się, że tok myślowy, którym podążał Sąd, miał na celu ujęcie wolności słowa w rozumieniu przedmiotowo najszerszym z możliwych. Przejawia się to w jego stanowisku, które głosi, że wszelkie pociąganie wydawców czasopism do odpowiedzialności za twierdzenia fałszywe skutkowałoby niewątpliwie pojawieniem się tzw. „efektu chłodzącego (hamującego)" (*chilling effect*) w zakresie wypowiedzi dotyczących osób powszechnie znanych, co w konsekwencji nie miałoby w sobie żadnej wartości konstytucyjnej. Wydaje się, że takie podejście Sądu otwiera dziennikarzom „tylne drzwi", przez które mogą przemycać wszelkie treści bez względu na ich prawdziwy bądź fałszywy charakter. Można zatem przyjąć, że zaproponowany model wolności słowa przypomina bardziej konstrukcję, którą określiłabym mianem nie wolności, lecz „swawoli słowa".

Sąd Najwyższy, powołując się w dalszej części rozważań także na wyrok *Philadelphia Newspapiers Inc. v. Hepps*[17], przypomina, że wolność wyrażania opinii potrzebuje przestrzeni do oddychania (*breathing space*). Środkiem do jej zagwarantowania miałaby być właśnie zasada umożliwiająca osobom publicznym skuteczne dochodzenie swoich praw w związku ze zniesławieniem jedynie wtedy, gdy będą one w stanie udowodnić występowanie kumulatywne dwóch przesłanek, tzn. że określone twierdzenie jest kłamstwem oraz że zostało stworzone świadomie bądź bez należytej staranności w zakresie weryfikacji jego prawdziwości bądź fałszu. Jerry Falwell podnosi jednak, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z intencjonalnym doprowadzeniem do strat moralnych i to na państwie ciąży obowiązek przedsięwzięcia środków o charakterze prewencyjnym, które miałyby ochronić osobę będącą obiektem ofensywnej publikacji od wywołania szkody emocjonalnej. Ponadto Falwell przytoczył stanowisko Sądu Apelacyjnego głoszące, iż tak długo, jak wypowiedź nakierowana jest na wywołanie szkody emocjonalnej i do niej doprowadziła, nie powinno mieć znaczenia z punktu widzenia jej konstytucyjności to, czy jest ona faktem lub opinią, a także to, czy jest prawdziwa bądź fałszywa.

Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że na podstawie Pierwszej Poprawki nie można penalizować zamiaru wywołania krzywdy emocjonalnej bądź doprowadzenia do start moralnych, co jest dopuszczalne w innych gałęziach prawa. Z tego względu, zdaniem Sądu, wydaje się zrozumiałe, że większość wyroków sądowych zwraca się w stronę

[16] J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie* ..., s. 291.

[17] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Newspapiers Inc. v. Hepps*, 475, U.S. 767 (1986).

odpowiedzialności cywilnej za zachowanie, które zostało określone jako jednoznacznie „odrażające" (*outrageous*). Jednakże w debacie publicznej zdecydowana większość wypowiedzi, nawet tych, które są poniżej przeciętnego standardu, mieści się w granicach ochrony gwarantowanej w Pierwszej Poprawce. Jak zresztą stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku *Garrison v. Louisiana*[18], nawet gdy dziennikarz czy pisarz jest motywowany złą wolą czy nienawiścią – jego wypowiedź jest w dalszym ciągu chroniona przez Pierwszą Poprawkę. Znów wartością nadrzędną okazuje się ochrona wolnej wymiany myśli, choćby miało do tego dojść kosztem innych wolności[19]. Zdaniem Sądu dziennikarz nie może bowiem tworzyć i publikować wszelkich wypowiedzi z nieustannym przeświadczeniem możności weryfikacji jego zamiarów i woli.

2.3. *„Hustler Magazine" v. Falwell* a karykatura

Sąd Najwyższy w analizowanym wyroku szeroko odniósł się do pojęcia karykatury i satyry, a także ich roli jako formy komentarza do otaczającej rzeczywistości. Przywołując definicje zamieszczone w literaturze przedmiotu, podsumowuje, że swoistym urokiem satyry politycznej jest możliwość eksponowania pewnych wad podmiotu, którego dotyczy bądź przywołania sytuacji mogących wprawić go w zakłopotanie. W tego typu zabiegi poniekąd wkalkulowane jest ryzyko zranienia bohatera karykatury bądź przekroczenia cienkiej granicy dobrego smaku. Działanie rysownika zaś jest z reguły jednostronne i zsubiektywizowane.

Sąd Najwyższy przytoczył słowa S. Longa, który stwierdził, że „polityczna karykatura jest bronią zaczepną, wyraża pogardę oraz wyśmiewa i jest najmniej efektywna wówczas, gdy usiłuje poklepywać niektórych polityków po plecach. Jest zazwyczaj tak pożądana, jak żądło pszczoły i dla niektórych ludzi jest zawsze czymś kontrowersyjnym"[20].

Ponadto Sąd dokonał retrospekcji w sztuce karykatury amerykańskiej, odniósł się do rysunków Tomasa Nasta, który wyśmiewał na łamach „Harper's Weekly" korupcyjne incydenty wśród funkcjonariusz publicznych. Powołał się także na rysunek przedstawiający Georga Washingtona jako osła bądź wyśmiewał wysoką, tyczkowatą posturę Lincolna, okulary i uzębienie Teddiego Roosvelta czy kształt żuchwy Franklina Roosevelta. Zdaniem Sądu brak tego typu komentarzy satyrycznych znacznie zubożyłby dyskurs społeczny. Skład orzekający z pełnym przekonaniem i niewątpliwie słusznie twierdzi, że satyra czy karykatura mogą stanowić istotny wkład w wolną wymianę idei, stanowiąc niekiedy pretekst do szerszej dyskusji. Zdumiewa jednak odwaga Sądu w wyrażaniu tego typu stanowiska bez nakreślenia jednocześnie jasnej granicy dla tego typu form

[18] Wyrok w sprawie *Garrison v. Louisiana* 379. U.S. 64 (1964).

[19] J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie …*, s. 35-36.

[20] S. Long, *The Political Cartoon" Journalism's Stronges Weapon*, [w:] *The Quill* 56, 57 (1968), tłum. za: B. Kozłowski, *Lary Flynt versus Jerry Falwell…*

wypowiedzi. Krytycznie do tych słów odniósł się także J. Kang, stwierdzając, że przytoczone przez Sąd karykatury niosły w sobie nawiązanie do polityki[21] i stanowiły formę komentarza, czy krytyki do bieżących wydarzeń. Wszelkie użyte hiperbole czy przerysowania służyły „czemuś", miały niewątpliwie funkcjonalny charakter. W opinii wspomnianego autora parodia w „Hustlerze" wydaje się być natomiast nonsensem, który nie niesie w sobie żadnego głębszego przekazu. Z tego też względu J. Kang nie uważa, by użyte porównanie i odniesienie do karykatur politycznych mogłoby w jakimkolwiek stopniu usprawiedliwiać satyrę zamieszczoną w pornograficznym „Hustler Magazine".

Falwell twierdzi, że w jego przypadku rysunek znacznie przekraczał dopuszczalny poziom dowcipu i może być co najwyżej dalekim krewnym karykatury politycznej. Jednak Sąd zauważył, że nie powinno się tworzyć prawnie określonej, wyraźnej granicy między jedną a drugą formą z uwagi na to, że dyskurs publiczny mógłby na tym mocno ucierpieć. Próba wykreowania standardu poprzez określenie, że rysunek jest lub nie jest „odrażający" wydaje się nie być udana. Godzi bowiem w istotę dyskursu, którym jest subiektywność przekonań. Nie można zatem karać za poglądy, spojrzenie, smaki i preferencje. Sąd jest daleki od tego także z uwagi na fakt, że standard „odrażającego charakteru" określonej satyry czy karykatury stoi w kolizji z długą już amerykańską tradycją odmowy karania zachowań mogących wywołać krzywdę, tylko dlatego, że dana wypowiedź może mieć wrogi odbiór wśród odbiorców komunikatu. Zdaniem Sądu nie można karać za wypowiedź, która w czyimś odczuciu będzie miała ofensywny charakter.

Zdawać by się mogło, iż Sąd w niniejszych rozważaniach podąża w stronę uznania wolności gwarantowanych w Pierwszej Poprawce jako tych, których nie obowiązują żadne granice. Jednakże przytaczając jedno ze swoich wcześniejszych orzeczeń, stwierdził, że wypowiedź była „wulgarna, ofensywna, szokująca, nie podlegająca ochronie z uwagi na jakiekolwiek okoliczności"[22]. Ponadto, odnosząc się także do wyroku *Champlinsky v. New Hampshire*[23], Sąd Najwyższy stwierdził, że państwo zgodnie z prawem powinno karać za słowa, które są obraźliwe zarówno z uwagi na zamiar wywołania krzywdy, jak i naruszenia bezpieczeństwa. Konkludując, osoby publiczne i znane nie mogą dążyć do wynagrodzenia krzywdy w związku z umyślnym wywołaniem krzywdy emocjonalnej oraz zniesławienia z uwagi na określoną publikację bez wskazania, że dane twierdzenie zawiera nieprawdę i mieści się w ramach tzw. „standardu złej woli", czyli powstało ze świadomością, że jest nieprawdziwe, bądź nie dołożono należytej staranności w zakresie weryfikacji prawdziwości twierdzenia. Sąd podkreśla ponadto, że niniejszy wniosek nie jest jedynie kopią argumentacji ze sprawy *New York Times v. Sullivan*.

[21] J. M. Kang, *Hustler v. Falwell.…*, s. 589-520.

[22] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

[23] Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Champlinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942).

Pod koniec swoich rozważań Sąd podkreślił raz jeszcze, iż należy dać wolności słowa odpowiednią przestrzeń do funkcjonowania. Ponadto, w niniejszej sprawie jasne jest, że Jerry Falwell jest osobą publiczną, a parodia, której był bohaterem, nie może być racjonalnie uznana jako opis faktycznych wydarzeń, w których miałby rzekomo brać udział.

Sąd Najwyższy jednogłośnie nie podtrzymał wyroku niższej instancji, jakoby doszło do zamierzonego wyrządzenia krzywdy emocjonalnej. Z tego względu uznał, że powództwo o odszkodowanie w związku z wyrządzeniem krzywdy o charakterze emocjonalnym nie zasługuje na uznanie. Należy nadmienić ponadto, że wyrok Sądu Najwyższego jest tym bardziej kontrowersyjny z uwagi na to, że przewodniczącym składu orzekającego i autorem uzasadnienia był znany ze swoich konserwatywnych poglądów sędzia Rehnquist[24].

Do wyroku została dołączona opinia uzupełniająca sędziego White'a, który podniósł, że przytaczane w uzasadnieniu orzeczenie w sprawie „*New York Times" v. Sullivan* w jego przekonaniu nie wykazuje związku z przedmiotową sprawą, jednakże przychyla się do opinii pozostałych członków składu orzekającego, iż penalizowanie publikacji parodii nie może mieć miejsca pod rządami Pierwszej Poprawki.

Dokonując podsumowania tej części rozważań, należy stwierdzić, że wyrok w sprawie „*Hustler Magazine" v. Falwell*, (oprócz m.in. wyroku w sprawie *„New York Times" v. Sullivan*), stanowi jeden z przełomowych wyroków opartych na regulacji wynikającej z Pierwszej Poprawki. Ugruntowuje dotychczasową linię orzeczniczą dotyczącą granic krytyki osób publicznych w świetle wolności słowa, obostrzając przesłanki pociągnięcia do odpowiedzialności za zamierzone wywołanie krzywdy emocjonalnej bądź start moralnych. Skład orzekający nie odniósł się do celu, jakiemu miałyby przyświecać karykatura bądź satyra. Ograniczył się w swoich rozważaniach do przyjęcia, iż wszelkie tego typu formy wyrazu, bez względu na ich charakter (polityczny, społeczny), powinny podlegać możliwie szerokiej ochronie. Wydaje się, że granice wolności słowa, które w swojej istocie mają charakter ograniczający, powinny być przesunięte na tyle daleko, by zapewnić każdemu nieskrępowaną wolność do wyrażania siebie, a w konsekwencji możliwość „poszukiwania i odnalezienia prawdy"[25].

3. Wolność słowa w polskim porządku prawnym

Przechodząc na grunt rozważań dotyczących wolności słowa w prawie polskim, należy zauważyć, iż w przeciwieństwie do prawa amerykańskiego, polska Konstytucja wyraźnie rozgranicza wolność słowa od wolności prasy. Ta druga, określana w Deklara-

[24] B. Kozłowski, *Lary Flynt versus Jerry Falwell…*

[25] J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie…*, s. 289.

cji Praw Wirginii z 1776 roku, jako „jeden z bastionów wolności”[26], w prawie polskim została ujęta w katalogu zasad ustrojowych państwa, stanowiąc gwarancję pluralizmu myśli i idei. Takie ujęcie pozwoliło na wyodrębnienie się w Polsce prawa prasowego, które stoi przed niełatwym zadaniem nakreślania granic wypowiedzi dziennikarskiej. Jest to powinność tym trudniejsza, gdy jej forma przybiera postać satyry bądź karykatury – form krytyki, które posiłkując się hiperbolą, mogą godzić w dobra osobiste obśmiewanego i dawać dowód myśli Mikołaja Gogola, który przezornie ostrzegał, iż „ze śmiechem nie ma żartów”.

Celem drugiej części niniejszego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, przez pryzmat jakich wartości prawem chronionych można nakreślić granicę wolności słowa w Polsce w przypadku krytyki osób pełniących funkcje publiczne bądź osób powszechnie znanych[27], oraz jak na kanwie obowiązujących w polskim porządku prawnym przepisów mogłyby hipotetycznie orzekać sądy, w sytuacji zaistnienia w Polsce sporu „*Hustler Magazine” v. Falwell*.

Poniżej zostaną przedstawione teoretyczne rozważania dotyczące źródeł wolności słowa oraz wybrane orzecznictwo sądów polskich oraz, oddziaływującego na linię orzeczniczą w Polsce, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odnoszące się do granic dopuszczalnej krytyki w formie satyry lub karykatury osób publicznie znanych.

3.1. Źródła wolności słowa w prawie polskim i międzynarodowym

Do najważniejszych źródeł prawa polskiego, które w kontekście niniejszego zagadnienia pełnią doniosłą rolę, należą: art. 54 oraz art. 14 Konstytucji[28], a także art. 41 ustawy Prawo Prasowe[29]. Pierwszy ze wskazanych przepisów stanowi o trzech uprawnieniach: wolności wyrażania poglądów, pozyskiwania oraz rozpowszechniania informacji[30]. Swoboda manifestowania swoich przekonań stanowi wartość fundamentalną dla społeczeństw wolnych i pluralistycznych. Jak stwierdza Paweł Sarnecki, przejawia się m.in. w uzewnętrznianiu opinii i poglądów zarówno w sferze życia prywatnego, jak i publicznego przy czym, swoboda wyrażania przekonań oraz krytyki w ramach sfery życia publicznego bądź politycznego jest znacznie większa[31].

[26] L. Garlicki, P. Sarnecki, *Komentarz do art. 14 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, Warszawa 2007, s. 5.

[27] Zob. szerzej: W. Mojski, *Konstytucyjna ochrona wolności wypowiedzi w Polsce*, Lublin 2014, s. 135-138.

[28] Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[29] Dz. U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24 ze zm.

[30] P. Sarnecki, *Komentarz do art. 54 Konstytucji* , [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, s. 1.

[31] *Ibidem*, s. 4.

Zgodnie z regulacją konstytucyjną, wolność słowa przysługuje „każdemu", a zatem osobom fizycznym, prawnym, w tym mediom, a także ułomnym osobom prawnym. Wyrażanie opinii może dokonywać się za pośrednictwem mowy, pisma, czy obrazu, ale także, jak stwierdza Europejski Trybunał Praw Człowieka, poprzez rozmaite formy uzewnętrzniania przekonań, jak np. noszenie określonego stroju, czy symbolu[32].

Art. 54 Konstytucji nie należy analizować w oderwaniu od art. 14, stanowiącego o wolności prasy i innych środków społecznego przekazu. Oba przepisy dopełniają się, tworząc zarówno gwarancję o charakterze osobistym (art. 54), jak i instytucjonalnym (art. 14)[33]. Drugi z przepisów daje wyraz przekonaniu, że jednym z fundamentów demokratycznego państwa prawnego są „wolne", tj. wyjęte spod wpływów władzy, środki społecznego przekazu. Służą one wymianie poglądów i informacji, będąc jednocześnie narzędziem dyskursu w społeczeństwie[34]. Wolność mediów, jak już wspomniano powyżej, została zagwarantowana już w pierwszym rozdziale Konstytucji, stanowiąc jedną z zasad ustrojowych. Za tą systematyką kryje się nałożenie szczególnego obowiązku ciążącego na władzach państwowych, by te zapewniały pluralizm i gwarantowały środkom społecznego przekazu niezależność. Stanowi także jawny wyraz odcięcia się, pod rządami Konstytucji z 1997 r., od polityki władz PRL sprzed 1989 r. opierającej się na cenzurze i koncesjonowaniu programów telewizyjnych czy prasy.

Konstytucja RP w art. 31 dokonuje wyliczenia przesłanek, które stanowią ogólną podstawę ograniczenia wolności i praw człowieka, w tym także wolności słowa. Przepis ten stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Obok regulacji na szczeblu konstytucyjnym wolność słowa podlega ograniczeniom zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego. W ramach pierwszego z nich zostaje ona nadużyta w przypadku naruszenia dóbr osobistych chronionych prawem. W przypadku artykułu prasowego, jak miało to miejsce w przypadku sprawy „*Hustler Magazine" v. Falwell*„ są to najczęściej: cześć, wizerunek, twórczość naukowa lub artystyczna. Prawo karne natomiast penalizuje takie wypowiedzi, które mieszczą się w kategoriach zniesławienia oraz zniewagi[35]. Zgodnie z art. 212 Kodeksu karnego[36], kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję,

[32] *Ibidem*, s. 3.

[33] Więcej na ten temat: Z. Zawadzka, *Wolność prasy a ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną*, Warszawa 2013, s. 79 i n.

[34] P. Sarnecki, *Komentarz do art. 54 Konstytucji…*, s. 3.

[35] A. Frankiewicz, *Regulacja wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.

[36] Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.

osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności. Jeżeli sprawca dopuszcza się tego za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Niniejszy przepis stanowi skuteczne narzędzie do walki z potencjalnymi nadużyciami wolności słowa w przypadku wypowiedzi dotyczących osób publicznych bądź powszechnie znanych. Art. 216 § 1 penalizuje zniewagę, stanowiąc, iż kto znieważa inną osobę w jej obecności albo choćby pod jej nieobecność, lecz publicznie lub w zamiarze, aby zniewaga do osoby tej dotarła, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności. Kto znieważa inną osobę za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku[37].

Dokonując próby nakreślenia granic wolności słowa w polskim porządku prawnym, a zwłaszcza granic dopuszczalnej krytyki, nie należy pomijać art. 41 ustawy Prawo prasowe, który stanowi, iż publikowanie rzetelnych, zgodnych z zasadami współżycia społecznego ujemnych ocen dzieł naukowych lub artystycznych albo innej działalności twórczej, zawodowej lub publicznej służy realizacji zadań określonych w art. 1 i pozostaje pod ochroną prawa; przepis ten stosuje się odpowiednio do satyry i karykatury. Prawo wymaga zatem, by wszelka krytyka prasowa była rzetelna, a zatem oparta na faktach oraz, w miarę możliwości, obiektywna, a także zgodna z zasadami współżycia społecznego. I choć krytyka prasowa jest uznawana za jedną z okoliczności wyłączających bezprawność naruszenia dobra osobistego[38], obie przesłanki (rzetelność krytyki oraz zgodność z zasadami współżycia społecznego), stanowią pole do różnego rodzaju nadużyć w wypowiedziach medialnych. Nadmierna krytyka, niemieszcząca się w ramach ar. 41, traktowana jest jako eksces[39].

Próba odpowiedzi na pytanie o to, gdzie przebiegają granice krytyki, także w formie satyry czy karykatury, osób pełniących funkcje publiczne bądź osób powszechnie znanych w Polsce nie powinna zostać podjęta bez uwzględnienia standardów prawnomiędzynarodowych. Polska jest stroną Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych[40] gwarantującego w art. 19 prawo do swobodnego wyrażania opinii, jak i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[41], której doniosłość jest tym większa z uwagi na

[37] Zob. szerzej: W. Mojski, *Konstytucyjna ochrona wolności* ..., s. 123.

[38] P. Wasilewski, *Wolność prasowej wypowiedzi satyrycznej. Studium cywilistyczne na tle porównawczym*, Warszawa 2012, s. 246.

[39] *Ibidem.*

[40] Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

[41] Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kreujące standardy ochrony prawnej w państwach – stronach Konwencji. Wzajemne oddziaływanie sądów i Trybunału jest zjawiskiem pożądanym, gdyż pozwala na wypracowanie spójnej linii orzeczniczej. W niniejszym opracowaniu wskazano wybrane wyroki trybunalskie, które odnosząc się do granic wolności słowa, nawiązują także do krytyki osób publicznych.

Europejska Konwencja Praw Człowieka w art. 10 gwarantuje każdemu prawo do swobody wypowiedzi. Art. 10 ust. 2 odnosi się bezpośrednio do jego granic[42], stanowiąc, że korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Na podstawie tej regulacji doszło do stworzenia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka tzw. trójelementowego testu oceny krajowej ingerencji w wolność wypowiedzi[43]. Pierwszy z etapów polega na określeniu tego, czy dane ograniczenie jest przewidziane przez prawo, następnie, czy realizuje cel, dla którego zostało utworzone, aż w końcu, czy w społeczeństwie demokratycznym wymagana jest w danej sytuacji ingerencja prawna[44].

3.2. Granice satyry i karykatury na przykładach wybranego orzecznictwa

„Jednym ze sprawdzianów wolności słowa jest funkcjonowanie satyry prasowej, w tym karykatury, określanej jako jej instrument”[45]. Wydaje się jednak, że o ile zarówno Stany Zjednoczone, jak i państwa Europy zdają ten sprawdzian pozytywnie, o tyle kryteria jego oceny wykazują zasadnicze różnice. „Swawola” wypowiedzi w amerykańskim porządku prawnym zdaje się być nie do przyjęcia na Starym Kontynencie, gdzie prawo stanowione sięga do wartości takich, jak godność ludzka czy zasady współżycia społecznego, determinując granice wolności słowa. Przytoczone poniżej wybrane orzecznictwo polskich sądów oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwoli na weryfikację tego, jak daleko można posunąć się w krytyce i obśmiewaniu przywar

[42] Więcej na ten temat: I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.

[43] P. Wasilewski, *Wolność prasowej wypowiedzi …*, s. 54.

[44] *Ibidem*.

[45] http://archiwum.rp.pl/artykul/599737-Dzisiaj-role-blazna-odgrywa-karykatura-i-satyra.html (dostęp: 15.06.2015).

osób pełniących funkcje publiczne bądź osób powszechnie znanych. Na potrzeby niniejszego opracowania należy przyjąć, iż za satyrę uznaje się „utwór literacki ośmieszający lub piętnujący ukazywane w nim zjawiska – wady i przywary ludzkie, […] postawy światopoglądowe i orientacje polityczne, instytucje życia publicznego, sposoby zachowań i mówienia. Wypowiedź satyryczna wyraża krytyczny stosunek autora do określonych zjawisk życia, wyrasta z poczucia niestosowności, szkodliwości czy absurdalności pewnych sytuacji; nie proponuje jednak żadnych rozwiązań pozytywnych […]. Przedstawia ona rzeczywistość w «krzywym zwierciadle». […] Wykorzystuje chwyty karykatury i groteski”[46]. Specyficznym rodzajem satyry jest tzw. satyra prasowa, która może przejawiać się we wszystkich formach wypowiedzi dziennikarskiej[47]. Z uwagi na charakter tej formy przekazu, która stanowi rodzaj komentarza „z przymrużeniem oka”, satyrycy z natury wykorzystywanego przez nich instrumentu poszerzają granice wypowiedzi chronionych prawem. Każdorazowo jednak należy rozważyć, czy wyśmianie pewnych postaci bądź ich zachowania nie stanowi już naruszenia dóbr osobistych, nie jest zniesławieniem albo zniewagą, bądź nie narusza prywatności obśmiewanego podmiotu. Nie bez znaczenia jest kaliber użytych w żarcie sformułowań, charakter pisma, w jakim się satyra ukazuje, bądź określony kontekst.

Polski Sąd Najwyższy odniósł się do tego zagadnienia, podkreślając, że osoby publiczne są narażone na większą dozę krytyki niż przeciętni obywatele i powinni się z nią liczyć, jednakże „prawo do krytyki zachowań osoby sprawującej funkcje publiczne czy urzędowe nie może być wykonywane w taki sposób, aby naruszało [jej − przyp. O.H.] dobre imię lub cześć”[48], a także wizerunek. Należy jednak podkreślić, że zarówno satyra, jak i karykatura są formami wyrazu, które ze swojej natury balansują na krawędzi przyzwoitości i trudno jest stworzyć jeden wzorzec właściwy dla tych wypowiedzi. Satyra i karykatura stoją ponadto przed trudnym zadaniem wyrażenia za zasłoną żartu bądź parodii określonej opinii lub komentarza do wydarzeń. A zatem użycie przerysowania, wyśmiania czy kpiny stanowi wyłącznie narzędzie – formę wyrazu i nie zawsze wyłącza bezprawność działania autora satyry. Sąd Najwyższy w jednym ze swoich wyroków stwierdził: „Wypowiedzi krytyczne i zawarte w nich ujemne oceny nie powinny dotyczyć osoby, lecz jej dzieła lub funkcji, jaką pełni w określonym układzie społecznym. Intensywność krytyki powinna być proporcjonalna do skali opisywanego negatywnego stanowiska. Przerost uwag krytycznych nad rzeczywistością stanowi nadużycie kontratypu krytyki prasowej i nie korzysta z ochrony prawnej, prowadząc do odpowiedzialności karnej i cywilnej”[49]. W przypadku hipotetycznego, „polskiego” Larrego Flynta już na

[46] J. Sławiński (red.), *Słownik terminów literackich*, Wrocław 2008, s. 297.
[47] P. Wasilewski, *Wolność prasowej wypowiedzi* ...., s. 50.
[48] Wyrok Sądu Najwyższego o sygn. IV CKN 1901/00.
[49] W. Gontarski, http://gontarski.eu/publikacje/2007-06b.pdf, (dostęp: 10.06.2015).

tym etapie analizy należałoby podnieść, że parodia reklamy w „Hustler Magazine" w całości stanowiła mistyfikację, co z jednej strony spełnia przesłankę „przerostu uwag krytycznych nad rzeczywistością", z drugiej zaś pozwala rozważyć, czy w ogóle powinna być postrzegana przez pryzmat inny niż żartu, choćby niewyrafinowanego. Ponadto, bezpośrednie odniesienie do seksualnej sfery podmiotu wyśmiewanego zawierającego stwierdzenia nieprawdziwe stanowi w świetle polskiego orzecznictwa nadużycie prawa[50]. Należy pamiętać, iż zadaniem satyry jest przejaskrawiona ocena faktów, a zatem sięgając po tę formę, trzeba mieć na względzie to, iż „powinna mieć ona zakotwiczenie w dającej się zweryfikować rzeczywistości"[51].

Jednym z najgłośniejszych wyroków w Polsce w sprawie granic krytyki prasowej było orzeczenie Sądu Najwyższego w związku z zamieszczeniem na okładce jednego z poczytnych polskich tygodników głowy Lwa Rywina umieszczonej w muszli klozetowej. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że tego typu wypowiedź, mimo iż stanowiła jedynie symboliczny komentarz do afery korupcyjnej, naruszyła godność osobistą wyśmiewanego i przekroczyła granicę dobrego smaku[52]. Monika Nowikowska, komentując niniejsze orzeczenie, podsumowuje, iż „Sąd Najwyższy stwierdził, że forma utworu satyrycznego upoważnia do zastosowania ostrzejszych środków ekspresji literackiej, ale nie uprawnia do naruszenia dóbr osobistych innej osoby, poprzez stosowanie obraźliwych inwektyw pod adresem bohatera publikacji. Obraźliwa forma powoduje przekroczenie granicy dozwolonej satyry"[53].

Polski Sąd Najwyższy w kolejnym ze swoich wyroków podkreślił, że bez znaczenia jest fakt, czy satyra zostanie zamieszczona w specjalnej rubryce zawierającej prześmiewcze komentarze bądź rysunki (warto przypomnieć, iż parodia reklamy z udziałem Jerrego Falwella została opatrzona dopiskiem, iż „nie należy brać jej na poważnie"). Stwierdził bowiem, że „o ile forma tekstu prasowego ma istotne znaczenie dla oceny działania dziennikarza w kategoriach bezprawności, o tyle odgrywa mniejszą rolę przy dokonywaniu oceny, czy doszło do naruszenia dóbr osobistych «bohatera» artykułu"[54] . Dokonując próby określenia granic utworu satyrycznego, Sąd Najwyższy ponownie podkreślił, że „krytyka cudzego postępowania lub zapatrywań nie powinna przekraczać granic potrzebnych do osiągnięcia społecznego celu krytyki, i także satyryczne ujęcie nie powinno naruszać dobrego imienia zawodowego, czy godności osobistej człowieka. Chociaż niekiedy forma utworu, w tym wypadku felietonu satyrycznego, upoważnia do

[50] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie o sygn. VI ACa 1331/05.

[51] W. Gontarski, http://gontarski.eu/..., (dostęp: 10.06.2015).

[52] Wyrok Sądu Najwyższego o sygn. I CSK 164/2008.

[53] M. Nowikowska, *Granice dozwolonej krytyki prasowej działalności osób pełniących funkcje publiczne*, Białystok 2013, s. 94.

[54] Wyrok Sądu Najwyższego o sygn. I CKN 1135/98.

zastosowania ostrzejszych środków ekspresji literackiej, to nie uprawnia do naruszenia dóbr osobistych innej osoby”[55].

Sądy innych państw europejskich także musiały mierzyć się z zadaniem oceny satyry osoby pełniącej funkcje publiczne. W tym miejscu należy przytoczyć wyrok Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, który orzekał na podstawie stanu faktycznego bardzo zbliżonego do sporu „*Hustler Magazine” v. Falwell*, dochodząc jednak do zgoła odmiennych konkluzji niż Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Rzecz dotyczyła opublikowania na łamach niemieckiego czasopisma karykatury, podobnie jak w przypadku Jerrego Falwella, osoby powszechnie znanej w niedwuznacznej sytuacji o zabarwieniu seksualnym. Chodziło o przedstawienie wizerunku Franza Josefa Straußa – znanego niemieckiego polityka – jako świni kopulującej z inną, przyodzianą w sędziowską togę. Ostatecznie sprawą zajął się Niemiecki Trybunał Konstytucyjny, który orzekł, iż okładka czasopisma prezentującego tę karykaturę godzi w dobra osobiste powoda oraz przede wszystkim w przyrodzoną godność, a co za tym idzie, nie istnieje możliwość racjonalnego wyważenia dóbr w tym przypadku[56].

Także Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie odnosił się do granic wolności słowa i krytyki osób publicznych. Wyrokiem, który znacząco wpłynął na linię orzeczniczą w państwach Europy, w tym także w Polsce był wyrok w sprawie *Handysite v. Wielkiej Brytanii*. ETPCz wyraził w nim pogląd, iż „ swoboda wypowiedzi […] nie może ograniczać się do informacji i poglądów odbieranych przychylnie […] lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub w jakiejś grupie społeczeństwa”[57]. Trybunał wielokrotnie podkreśla, iż prawo do krytyki jest wpisane w istotę demokracji i służy wymianie poglądów i pluralizmowi, a ochronie powinny podlegać także wypowiedzi o charakterze obraźliwym czy prowokacyjnym.

Nota bene, jeden z wyroków trybunalskich dotyczących granic wolności wypowiedzi odnosił się pośrednio do amerykańskiego wyroku w sprawie „*Hustler Magazine” v. Falwell*,. Sprawa dotyczyła artykułu prasowego stanowiącego krytykę jednego z hierarchów kościoła Słowacji – Jana Sokoła. Tekst nawiązywał do powyższego wyroku z uwagi na fakt, iż arcybiskup jawnie sprzeciwiał się ulotkom reklamującym film *Skandalista Larry Flynt*, ich treść miała profanować symbol krzyża i godzić w uczucia religijne. Artykuł zawierał wiele prowokacyjnych sformułowań pod adresem księdza, którego miał w żartobliwy sposób porównywać z pastorem Jerrym Falwellem. Sądy słowackie uznały tekst za prześmiewczy i wulgarny, zarzucając dziennikarzowi przekro-

[55] *Ibidem*.
[56] BVerfGE 75, 369.
[57] Wyrok ETPCz w sprawie *Handyside v. Wielkiej Brytania*, numer skargi 5493/72.

czenie zasady etyki dziennikarskiej. Ostatecznie sprawa trafiła do ETPCz. Trybunał orzekł naruszenie art. 10 EKPC, uznając, iż krytyka hierarchy była dopuszczalna i mieściła się w granicy wypowiedzi szokującej lecz chronionej prawem[58].

4. Wnioski

Wolność słowa zarówno w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych, jak i Polski jest uznana za fundamentalny element współczesnych demokracji. Jest gwarancją swobodnej wymiany myśli i idei, a także zapewnia pluralizm poglądów. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest uznanie, iż prawo do krytyki stanowi immanentną część swobody wyrażania opinii. Amerykańskie orzecznictwo wykazuje się większą tolerancją od sądów polskich w tym zakresie, wychodząc z założenia wyrażonego w zdaniu odrębnym w sprawie *Abrams v. U.S.A.*, iż nie istnieje coś, co można by określić mianem „złej idei". Wyrazem liberalnego podejścia do zakresu przedmiotowego wolności słowa oraz prawa do krytyki osób publicznych jest tytułowy wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie „*Hustler Magazine" v. Falwell*, To orzeczenie dowodzi, iż nierzadko sądy amerykańskie, korzystając z dobrodziejstwa systemu prawa precedensowego, są w stanie stale rozszerzać katalog dopuszczalnych zachowań. Odwołanie do długich tradycji konstytucjonalizmu amerykańskiego skutkuje możnością prawnego przyzwolenia na czyny, które w świetle przepisów prawa stanowionego w Europie stałyby najpewniej w sprzeczności z fundamentalnymi wartościami, u podstaw których budowano współczesne demokracje. Pomimo tego iż Europejski Trybunał Praw Człowieka coraz szerzej interpretuje wolność słowa, sądy krajowe w dalszym ciągu powściągliwie podchodzą do wszelkich wypowiedzi, które cechują się kontrowersyjnym bądź wulgarnym charakterem, a nawet takich, które zostały zakwalifikowane jako satyra bądź wprost sygnalizują, iż są jedynie formą żartu. Niewątpliwym wyzwaniem, przed którym stoją sądy, jest klasyfikacja takiej wypowiedzi w kategorii oceny bądź faktu.

W przeciwieństwie do standardów amerykańskich, nawiązanie w orzecznictwie polskim do wartości demokratycznych, stanowi paradoksalnie uzasadnienie do wprowadzenia ograniczeń wolności słowa z uwagi na inne wartości chronione prawem.

W Polsce hipotetyczny Larry Flynt prawdopodobnie bezskutecznie domagałby się uznania jego roszczeń. Ugruntowana linia orzecznicza na gruncie polskim stawia na piedestale cnoty, których należy bronić, godność[59]. Stanowi ona jednocześnie granicę

[58] P. Wasilewski, *Wolność prasowej wypowiedzi …*, s. 97.

[59] Więcej na temat godności jako naczelnej wartości konstytucyjnego katalogu wolności i praw w: M. Jabłoński, *Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności w polskim porządku konstytucyjnym*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie…*, s. 91 i n.

wykonywania innych wolności i praw cieszących się szeroką swobodą realizacji. Ponadto, amerykańska wizja, w której każdy obywatel ma prawo wypowiedzieć wszystko w imię tworzenia wolnej wymiany idei, jest jeszcze nie do końca oswojona przez Europejczyków, choć tendencje orzecznicze ETPCz prognozują coraz większą otwartość na taką perspektywę. Kolejną granicą krytyki jest obyczajność, zasady współżycia społecznego oraz tzw. dobry smak. Istnieje zatem pewna kategoria wypowiedzi, które w Polsce nie mieszczą się w kanonie dopuszczalnej wolności wypowiedzi i krytyki z uwagi na ich wulgarny bądź obsceniczny charakter. Uznaje się, że tego typu formy wyrażania przekonań nie mogą zostać usprawiedliwione za wszelką cenę obroną demokratycznej wolności słowa. Podobnie rzecz dotyczy satyry, która opiera się na z gruntu fałszywych twierdzeniach o jej bohaterach, jak miało to miejsce w przypadku Jerrego Falwella. Należy sądzić, że także umieszczenie pod parodią reklamy podpisu zapewniającego o wyłącznie żartobliwym jej charakterze, wydaje się nie mieć znaczenia.

Należy przypuszczać, iż tendencje w orzecznictwie krajowym odnośnie do granic i formy dopuszczalnej krytyki nie ulegną szybkim zmianom pomimo cichej presji ze strony ETPCz wywieranej na sądy państw – stron Konwencji. Nieco „zamerykanizowane" podejście trybunalskie do tego, co wolno na czyjś temat powiedzieć, jest jeszcze obce sądom krajowym Europy, w tym polskim. ETPCz nie dąży jednak do zapewnienia nieograniczonej wolności słowa bądź przesunięcia jej granic na tyle daleko, by stracić je z horyzontu, jak, mogłoby się wydawać, ma to miejsce w Ameryce. W realiach polskich zarówno bogate orzecznictwo, jak i dorobek doktryny zdają się potwierdzać, iż proces zmiany postrzegania zakresu wolności słowa i jego liberalizacji z pewnością będzie zjawiskiem długotrwałym. Odnosi się to jednocześnie do prawa do krytyki osób publicznych i powszechnie znanych, którego ramy wprawdzie dopuszczają możliwość nieprzychylnego komentowania określonych zachowań, lecz nie czynią tego za cenę naruszenia innych dóbr lub wartości chronionych prawem.

First Amendment to the United States Constitution in the context of the judgment of the U.S. Supreme Court in the case *Larry Flynt vs "Hustler Magazine"* from 24th February 1988

Abstract: This paper aims to provide a study on the scope of regulations of the freedom of speech in United States as well as in Poland. The starting point in the discussion about the borders of this guarantee is the judgment of the U.S. Supreme Court in the case Larry Flynt vs "Hustler Magazine" (24th February 1988). The detailed analysis of the verdict will be presented and compared with the supposable judgment in this case in the basic of regulations in Polish legal system. The American ideas of 'marketplace of ideas' on the basis of First Amendment and "actual malice test" will be presented. Moreover, the main issue in the context of case Larry Flynt vs "Huster Magazine" is the stand-

ard of acceptable critic of public figures and public officials in the form of caricature or parody. The scope of protection from the libel and intentional infliction of emotional distress caused by an article in a magazine will be also considered. The analysis of above mentioned issues is based on the examples of chosen judgments of American, as well as Polish courts.

Keywords: the freedom of speech in United States, the freedom of speech in Poland, 'marketplace of ideas', the standard of acceptable critic of public figures, protection from the libel, actual malice test

Bartłomiej Figiel
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Granice wolności słowa − zasadność kary za obrazę symboli narodowych na przykładzie sprawy *Johnson v. Texas*

1. Zarys wolności słowa w Konstytucji Stanów Zjednoczonych i praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego USA

Pierwsza Poprawka do Konstytucji USA weszła w życie już w 1791 r., kiedy to przyjęto dziesięć pierwszych nowel do ustawy zasadniczej (tzw. *Bill of Rights*). Gwarantowały one m. in. wolność sumienia, wolność słowa i prasy, czy prawo swobodnego gromadzenia się obywateli[1].

Szczególne znaczenie spośród postanowień amerykańskiego *Bill of Rights* ma zagwarantowana w Pierwszej Poprawce wolność słowa. Warto podkreślić, że zabrania ona wprost stanowienia prawa, które ograniczałoby wspomnianą swobodę. W praktyce orzeczniczej sądów, a w szczególności Sądu Najwyższego USA, prawo do nieskrępowanej wypowiedzi funkcjonuje w dosyć specyficzny sposób, który z perspektywy obywatela Polski może dziwić. Amerykański *Supreme Court* nie raz już wykazał, że zakres ochrony przysługujący jednostce wynikający z Pierwszej Poprawki, jest często bardzo szeroki[2]. W niektórych wyrokach, a w szczególności tych dotyczących wolności słowa, zupełnie inaczej niż ma to miejsce w RP, interpretuje się i ocenia pewne zachowania. Na tym etapie rozważań należy zauważyć, że amerykańskie podejście do kwestii granic swobody wypowiedzi jest zdecydowanie bardziej liberalne[3] niż rozwiązania polskie. Przykładem doskonale ilustrującym to, jak w USA pojmowana jest wol-

[1] M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 2008, wyd. 9, s. 300-301.

[2] Zob. omawiane niżej sprawy.

[3] Autor sformułował tę opinię na podstawie analizy orzecznictwa dotyczącego wolności słowa oraz lektury literatury przedmiotu. Podobne poglądy prezentuje polska doktryna prawnicza − zob. np.: Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.

ność słowa są sprawy dotyczące znieważenia „tego, co cieszy się powszechnym szacunkiem w społeczeństwie”[4].

Specyfikę funkcjonowania Pierwszej Poprawki w praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego USA ukazuje sprawa *Cohen v. California*[5], 403 U.S. 15 (1971)[6]. Dotyczyła ona skazania człowieka za naruszenie porządku publicznego, które miało zostać spowodowane poprzez niecenzuralny napis na kurtce oskarżonego („F… the Draft” − wulgarne hasło wyrażające dezaprobatę wobec poboru do wojska[7]). Ważną okolicznością był fakt, że Paul Cohen przyszedł tak ubrany do sądu. Został on uznany za winnego i skazany na karę 30 dni pozbawienia wolności. Sąd wyższej instancji uznał, że zachowanie Cohena było ukierunkowane na sprowokowanie innych do aktów przemocy lub na spowodowanie naruszenia porządku publicznego[8]. Dopiero Sąd Najwyższy stwierdził, iż czyn Cohena podlegał jednak ochronie Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA. Znamienny jest pogląd sędziego Felixa Frankfurtera: „jednym z przywilejów obywatela Stanów Zjednoczonych jest prawo do krytyki ludzi władzy i działań rządzących, oznacza to nie tylko racjonalną i odpowiedzialną polemikę, ale też wolność do mówienia nierozsądnie i bez umiaru”[9].

Kolejną sprawą, która ujawnia amerykańską specyfikę pojmowania wolności słowa, jest przypadek *Snyder v. Phelps*[10]. Zarys stanu faktycznego przedstawia się następująco: żołnierz Matthew Snyder zginął w czasie wojny w Iraku, podczas pogrzebu Westboro Baptist Church (dalej: WBC) zorganizował pikietę przeciwko wzrostowi tolerancji wobec homoseksualistów w USA. Na jednym z transparentów zamieszczono napis: „Dziękujemy Bogu za zabitych żołnierzy”[11]. Protestujący swe poglądy szerzyli również na założonej specjalnie w tym celu stronie internetowej. Wszystko to spowodowało, że Albert Snyder, ojciec zabitego żołnierza, pozwał pastora Freda Phelpsa[12] i WBC m.in.

[4] Poprzez pojęcie to rozumiem w szczególności: znieważenie (i inne formy obrazy) symboli narodowych, instytucji państwowych, symboli religijnych i przedmiotów kultu (traktowanych jako byty abstrakcyjne). Do tej kategorii nie zaliczam osób, a raczej twory ludzkiej działalności.

[5] Zob. szerzej: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/403/15, (dostęp: 3.04.2015).

[6] Orzeczenia amerykańskiego Sądu Najwyższego zamieszczane są w *United States Reports*. Zgodnie z powszechnie przyjętym w nauce polskiej oraz amerykańskiej sposobem zapisu, najpierw podaję nazwę sprawy, następnie numer tomu publikatora (w tym przypadku 403), stronę (odpowiednio 15) i rok, w którym zapadł wyrok. Odniesienia do *U.S. Reports* umieszczane będą konsekwentnie przy pierwszej wzmiance o danym wyroku w tekście właściwym.

[7] http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=403&invol=15 (dostęp: 8.04.2015). Wszelkie teksty, które wymagały tłumaczenia na język polski (w tym orzeczenia sądów i przepisy) z języka angielskiego, francuskiego i niemieckiego, jeżeli przy konkretnym tłumaczeniu nie podano inaczej, zostały dokonane przez autora.

[8] *Ibidem.*

[9] *Ibidem.*

[10] Zob. szerzej: https://www.law.cornell.edu/supct/html/09-751.ZO.html (dostęp: 25.05.2015).

[11] https://epic.org/amicus/snyder/ (dostęp: 7.04.2015).

[12] Fred Phelps był założycielem i przywódcą WBC, kościoła, który prezentuje kontrowersyjne poglądy na temat homoseksualistów. Pastor doprowadził do antygejowskich protestów o zasięgu ogólnokrajowym, utrzymując, że Bóg kara Stany Zjednoczone za wzrost tolerancji wobec osób o innych preferencjach

o zniesławienie, wtargnięcie w sferę prywatności[13] oraz celowe spowodowanie krzywdy emocjonalnej. Sąd Najwyższy USA stanął po stronie Freda Phelpsa i uznał, że: „ekspresja, zważywszy na to, w jaki sposób i gdzie została przedstawiona, podlega specjalnej ochronie Pierwszej Poprawki, ochrona ta nie może zostać podważona tylko dlatego, że ława przysięgłych uznała pikietę za skandaliczną"[14].

Z perspektywy swobody jednostki do dystansowania się od idei cieszących się w społeczeństwie powszechnym szacunkiem, ważna jest sprawa *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977). Przyczyną sporu było prawo obywatela do zasłonięcia motta stanu New Hampshire, które znajdowało się na tablicy rejestracyjnej pojazdu (hasło to brzmiało *Live free or die*[15] − żyj wolno lub umrzyj). Sąd Najwyższy USA sformułował przy tej okazji niezwykle istotną tezę, którą można odnieść także do przypadków zniewagi symboli narodowych: „Pierwsza Poprawka gwarantuje obywatelom prawo do prezentowania poglądów różnych od tych, które preferuje większość"[16].

Konkludując, dla amerykańskiego Sądu Najwyższego wolność słowa jest szczególnie istotną wartością. Zakres ochrony Pierwszej Poprawki obejmuje także zachowania i wypowiedzi jawnie wulgarne, które przez część społeczeństwa mogłyby zostać uznane za obraźliwe, czy niestosowne. Tak szeroka ochrona jest niewątpliwe elementem immanentnie wpisanym w (dość) charakterystyczne dla USA rozumienie problematyki granic swobody wypowiedzi.

Celem, jakim kierował się autor, analizując pokrótce powyższe sprawy, była zarówno chęć udowodnienia, że zakres ochrony normy konstytucyjnej jest szeroki, jak i uwypuklenia specyfiki (dość) daleko idącej swobody wypowiedzi w Stanach Zjednoczonych. Dalsze partie tej części pracy poświęcone są (głównie) analizie sprawy *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), która dotyka konkretnego typu ekspresji, znajdującej ochronę Pierwszej Poprawki, jakim są wypowiedzi symboliczne. Na tym etapie badania problemu, warto pokusić się o próbę odpowiedzi na pytanie: czym jest wspomniana kategoria i jakie działania są do niej zaliczane? Przy odpowiedzi na pierwsze z postawionych pytań warto odwołać się do tez Ł. Machaja, któ-

seksualnych. Demonstracja, której finałem był omawiany wyrok Sądu Najwyższego to nie jedyne kontrowersyjne działania WBC (dobrym przykładem jest strona internetowa nawołująca do nienawiści wobec homoseksualistów). Zob. szerzej: R. Chapman [w:] R. Chapman, J. Ciment, *Culture Wars: An Encyclopedia of Issues, Voices, and Viewpoints*, New York 2010, s. 429.

[13] Termin angielski to *intrusion upon seclusion.* Jak podaje W. Prosser (dziekan College of Law, University of California, Berkely), działanie to polega na wtrącaniu się w cudze sprawy. Odpowiedzialność ponosi ten, kto w taki sposób wtargnął w prywatność, który byłby dla rozsądnej osoby wysoce obraźliwy. Zob. szerzej: http://www.duhaime.org/LegalDictionary/I/IntrusionUponSeclusion.aspx (dostęp: 17.05.2015).

[14] http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=09-751 (dostęp: 9.04.2015).

[15] Zob. szerzej: http://www.ala.org/advocacy/intfreedom/censorshipfirstamendmentissues/courtcases (dostęp: 25.05.2015).

[16] *Ibidem.*

ry uważa, że: „W najogólniejszym sensie pod pojęciem «wypowiedzi symbolicznej» należy rozumieć zachowanie niewerbalne, które wyraża określone poglądy, idee bądź też emocje działającego podmiotu”[17].

Odpowiedź na drugi z postawionych problemów wymaga dłuższej analizy. Inicjalnie należy bowiem pokazać jakie zachowania (werbalne i nie) w ogóle są przedmiotem ochrony Pierwszej Poprawki. Wspomniana norma konstytucyjna dotyczy niewątpliwie tzw. czystego słowa[18] (pojęcie to odnosi się głównie do komunikacji przez mowę lub pismo[19]). Kategoria ta obejmuje „Także takie formy wypowiedzi jak filmy, produkcje teatralne, koncerty muzyczne, obrazy, rzeźby, instalacje artystyczne […]”[20]. Ochrona Pierwszej Poprawki obejmuje też wypowiedzi symboliczne[21], „czyli niektóre ekspresyjne zachowania o charakterze wykraczającym poza «pure speech»”[22]. Jak pokazuje orzecznictwo Sądu Najwyższego: „obszar swobody wypowiedzi symbolicznych wyznaczany przez pierwszą poprawkę bez wątpienia pozostaje bezprecedensowo rozległy”[23]. W dotychczasowej praktyce orzeczniczej do wspomnianej kategorii zaliczono m. in.: spalenie flagi Stanów Zjednoczonych, wywieszenie czerwonej flagi[24], czy odmowę oddania honorów fladze USA[25].

2. Sprawa *Texas v. Johnson*

2.1. Publiczne zbezczeszczenie flagi Stanów Zjednoczonych w orzecznictwie.Sądu Najwyższego przed rozpatrzeniem sprawy *Texas v. Johnson*

Sąd Najwyższy już w 1969 r. orzekał w sprawie dotyczącej spalenia flagi narodowej. Mam tu na myśli przypadek *Street v. New York*[26], 394 U.S. 576 (1969). W 1966 r., Sidney Street przebywał w swoim mieszkaniu na Brooklynie, usłyszawszy, że James Meredith[27] został postrzelony, opuścił apartament. Street, znajdując się w już miejscu publicznym, pod-

[17] Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne…*, s. 7.

[18] Termin anglojęzyczny to *pure speech*, *ibidem*, s. 49.

[19] *Merriam-Webster's dictionary of law,* Springfield 1996, s. 398, cyt. za: Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne…*, s. 49.

[20] Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne* …, s. 50.

[21] Przedstawiciele nauki prawa wskazują jeszcze na trzecią kategorię − *speech plus* − będącą formą pośrednią między wypowiedzią symboliczną a *pure speech*. Zob. szerzej: *ibidem*.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*, s. 435.

[24] Zob. sprawa *Stromberg v. California*: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/283/359 (dostęp: 20.06.2015).

[25] Zob. sprawa *West Virginia State Board of Education v. Barnette;* https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624 (dostęp: 20.06.2015).

[26] Zob. szerzej: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576 (dostęp: 10.04.2015).

[27] James Meredith jest amerykańskim działaczem na rzecz równouprawnienia Afroamerykanów. Zob. szerzej: http://www.britannica.com/EBchecked/topic/375972/James-Meredith (dostęp: 15.05.2015).

palił trzymaną w ręce flagę. Wkrótce na miejsce przybyła policja, skazany już wtedy, przed funkcjonariuszami, przyznał się do swojego zachowania. *New York City Criminal Court* uznał, iż Street, dokonując spalenia flagi, dział świadomie i w złej wierze, oraz że zbezcześcił symbol narodowy. Sąd nie podzielił argumentacji skazanego, który próbował wykazać, że jego działanie było chronione przez Pierwszą Poprawkę i skazał go na karę w zawieszeniu. Sąd wyższej instancji − *New York Court of Appeals*, utrzymał powyższy wyrok[28].

Sprawa *Street v. New York* podzieliła skład orzekający Sądu Najwyższego. Ostateczny werdykt uniewinniający skazanego poparło 5 jego członków. Opinię większości sporządził sędzia J. Harlan. Stwierdzono w niej: „Street (zupełnie) słusznie podniósł kwestię konstytucyjności stawianych mu zarzutów związanych jego ekspresją"[29]. Sąd Najwyższy zastosował regułę przyjętą w sprawie *Stromberg v. California*, 283 U.S. 389 (1931): „Należy odstąpić od skazania, jeżeli działanie jednostki mieści się w ramach konstytucyjnie chronionej wolności słowa"[30].

Widać wyraźnie, że na długo przed zapadnięciem kontrowersyjnego wyroku w sprawie *Texas. v. Johnson*, spalenie flagi było przedmiotem rozstrzygnięć amerykańskiej judykatury. Sprawa *Street v. New York* była niewątpliwie ważnym precedensem, ponieważ Sąd Najwyższy uznał, iż spalenie flagi może mieścić się w granicach konstytucyjnie określonej wolności ekspresji.

2.2. Zarys stanu faktycznego sprawy *Texas v. Johnson*

Podczas kongresu republikanów w 1984 r., G.L. Johnson uczestniczył w demonstracji przeciwko polityce Ronalda Reagana i jego administracji oraz korporacjom z Dallas. Po przejściu ulicami miasta, doszło do kluczowego dla całej sprawy wydarzenia − Johnson spalił flagę Stanów Zjednoczonych Ameryki. Na skutek jego działań nikomu nie stała się krzywda, jak również niczyje bezpieczeństwo nie zostało zagrożone, aczkolwiek skazany obraził uczucia świadków swego działania.

W związku ze wspomnianym zdarzeniem, Johnson został skazany za zbezczeszczenie przedmiotu godnego szczególnej czci, jakim jest flaga narodowa. Czyn ten stanowił przestępstwo w myśl prawa stanu Teksas. Spalenie flagi penalizował § 42.09 *Texas Penal Code*[31]. Przepis stanowił, że przestępstwo popełnia ten, kto świadomie zbezczeszcza[32] pomnik, miejsce kultu lub pochówku lub flagę stanową albo narodową[33].

[28] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576 (dostęp: 10.04.2015).
[29] http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1968/1968_5 (dostęp: 11.04.2015).
[30] http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1968/1968_5 (dostęp: 12.04.2015).
[31] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 14.05.2015).
[32] Omawiany artykuł zawiera (dość) precyzyjną definicję terminu „zbezczeszczenie". Jest nim: oszpecenie, zniszczenie, lub inne fizyczne działanie poprzez które sprawca świadomie obraża uczucia ewentualnych świadków czynu.
[33] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397l (dostęp: 14.05.2015).

Texas Court of Criminal Appeals unieważnił wyrok sądu niższej instancji, stwierdzając, że zważywszy na Pierwszą Poprawkę, władze stanowe nie mogą karać Johnsona za spalenie flagi, które nastąpiło w opisanych okolicznościach. Ostatecznie sprawę *Texas v. Johnson* rozstrzygnął Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Wyrok zapadł większością głosów 5 : 4[34]. Uznano, że zachowanie Johnsona było działaniem symbolicznym, które podlega ochronie Pierwszej Poprawki. Ponadto stwierdzono, że prawo stanowe nie może penalizować znieważenia flagi, jako symbolu jedności narodowej. Sąd stwierdził też, iż przepisy te nie realizują celu, jakim było przeciwdziałanie zakłóceniom porządku publicznego, ponieważ nie były one wystarczająco szczegółowe, aby objąć swoim zakresem zastosowania tylko te akty bezczeszczenia flagi, których skutkiem byłyby jego poważne pogwałcenia. W analizowanym przypadku spalenie flagi nie spowodowało takowego zagrożenia. Sąd uznał także, że prawo Teksasu penalizuje pogwałcenia spokoju publicznego, tak więc mogło być ono użyte do zapobieżenia ewentualnym zamieszkom bez konieczności karania za zbezczeszczenie flagi.

Dla zrozumienia motywów podjęcia przez Sąd Najwyższy akurat takiej decyzji, warto przeanalizować, w porządku problemowym, wybrane fragmenty wyroku.

2.3. Kwalifikacja czynu Johnsona

Sąd apelacyjny rozpoczął rozpatrzenie sprawy Johnsona od ustalenia tego, czy jego działanie faktycznie było zachowaniem symbolicznym, chronionym przez Pierwszą Poprawkę[35].

Również Sąd Najwyższy, orzekając w omawianej sprawie, zaczął od próby kwalifikacji kontrowersyjnego zachowania. Wyniki tego procesu są szczególnie istotne w kontekście subsumpcji stanu faktycznego do przywołanej normy konstytucyjnej (Pierwszej Poprawki). Johnson został skazany za zbezczeszczenie flagi, której spalenie było dla sądu pierwszej instancji wystarczającą przesłanką do wymierzenia kary. Bezprawne, w ocenie tego sądu, zachowanie skazanego ograniczyło się do wspomnianego aktu, nie złożyły się na nie inne elementy, jak np. użycie niecenzuralnych wyrazów. Inicjalnie SN musiał więc ustalić, czy działanie skazanego nosiło cechy czynu symbolicznego. Gdyby bowiem dowiedziono, że tak było, można by powołać się na konstytucyjne gwarancje Pierwszej Poprawki.

Zdaniem Sądu Najwyższego, we wskazanych okolicznościach spalenie flagi przez Johnsona było aktem symbolicznym, co pozwoliło mu powołać się na Pierwszą Popraw-

[34] Po stronie Johnsona opowiedzieli się sędziowie: Brennan (który sporządził opinię większości), Marshall, Blackmun, Scalia i Kennedy. W tej sprawie dwóch sędziów przedstawiło zdania odrębne, byli to: ówczesny Chief Justice (prezes Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych) W. Rehnquist oraz J. Stevens. Zob. szerzej: *ibidem*.

[35] *Ibidem.*

kę. Co więcej, nawet władze stanowe przyznały, że zachowanie Johnsona było bardzo wyraziste[36]. Skład orzekający uznał, iż z racji tego, że spalenie flagi nastąpiło pod koniec demonstracji, która zbiegła się w czasie z konwencją republikanów, ekspresywna i jawnie polityczna natura tego czynu była zamierzona i przemożnie widoczna[37]. Zważywszy na kontekst protestu (w którym wziął udział skazany), wygłaszane w czasie jego trwania hasła czy slogany, osoba postronna (widząca zachowanie Johnsona), zrozumiałaby, że intencją Johnsona było wyrażenie pewnych poglądów. Akt spalenia flagi był więc bez wątpienia ekspresją znajdującą ochronę ze strony Pierwszej Poprawki[38].

Powyższe ustalenia są niezmiernie istotne dla ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy, uznano bowiem, że Johnson działał, aby wyrazić swe przekonania. Chęć zbezczeszczenia flagi nie była celem samym w sobie.

Sąd Najwyższy rozważył też, czy zakres ochrony Pierwszej Poprawki obejmuje także zachowania niezwiązane z mową. Władze publiczne w Stanach Zjednoczonych bardziej rygorystycznie podchodzą do ekspresyjnych zachowań, niż do kwestii swobody wypowiedzi słownej lub pisemnej. Rząd nie może jednak zabraniać konkretnego zachowania jedynie z powodu jego symbolicznego charakteru[39]. Stosując wykładnię językową, Pierwsza Poprawka zabrania ograniczania wolności wypowiedzi słownej. W doktrynie ugruntował się pogląd, że ochrona konstytucyjna nie kończy się na działaniu poprzez mowę lub piśmo[40]. Odrzucono jednak opinię, według której każde zachowanie mające na celu przekazanie jakiejś idei może być zakwalifikowane do kategorii „mowy". Przy okazji sprawy *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), przyznano, że ekspresja musi być „silnie nacechowana elementami o charakterze komunikacyjnym"[41], aby mogła zostać zakwalifikowana jako podlegająca ochronie Pierwszej Poprawki. Przy wspomnianej kwalifikacji zwraca się uwagę na dwie kwestie: czy podmiot podejmujący jakieś zachowanie kierował się chęcią przekazania konkretnej wiadomości oraz, czy szanse na to, że jej treść zostanie zrozumiana przez odbiorców były duże[42]. Jak wspomniano wcześniej, Johnson spalił flagę Stanów Zjednoczonych w czasie demonstracji. Dowiedziono już, że ekspresyjna i jawnie polityczna natura tego działania była zamierzona i oczywista. Na tym etapie rozważań warto zacytować opinię Sądu Najwyższego jakoby: „bardziej symboliczny komunikat nie mógłby być w tym momencie przekazany"[43].

[36] *Ibidem*.
[37] *Ibidem*.
[38] *Ibidem*.
[39] *Ibidem*.
[40] *Ibidem*.
[41] http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=391&invol=367 (dostęp: 20.05.2015).
[42] *Ibidem*.
[43] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 14.05.2015).

Mając na względzie powyższe, skład orzekający uznał, iż zachowanie Johnsona było „silnie nacechowane elementami o charakterze komunikacyjnym", zatem podlega ono ochronie Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA.

2.4. Kwestia uzasadnienia ograniczenia ekspresji chęcią przeciwdziałania zakłóceniom porządku publicznego

Władze stanowe uzasadniały konieczność skazania Johnsona chęcią ochrony flagi (jako symbolu narodu) oraz przeciwdziałaniem pogwałceniom porządku publicznego. Jednak już zdaniem sądu apelacyjnego[44] żaden z wymienionych argumentów nie uzasadnia skazania. Sąd ten uznał też, że zachowanie Johnsona nie było zagrożeniem dla specjalnego statusu flagi[45]. Dowiedziono, że prawo stanu Teksas, służące przeciwdziałaniu pogwałceniom porządku publicznego nie było odpowiednio dookreślone. Zakres zastosowania tych norm nie odnosił się wyłącznie do tych przypadków spalenia flagi, które z pewnością doprowadziłyby do poważnych naruszeń porządku publicznego. Ustalono, iż w tym konkretnym przypadku spalenie flagi nie spowodowałoby aż tak drastycznych reakcji. Na takie twierdzenie pozwalał zgromadzony materiał dowodowy[46]. Z pewnością jednak zachowanie oskarżonego przyczyniło się do silnego urażenia jego świadków. W orzeczeniu sądu postawiono tezę, że nie można zrównywać ze sobą nawet poważnego obrażenia innych z możliwością sprowokowania naruszeń porządku publicznego.

Texas Penal Code Ann. § 42.01 penalizuje pogwałcenie porządku publicznego. Tak więc władze stanu Teksas mogły skutecznie zapobiegać takim zdarzeniom bez konieczności karania za zbezczeszczenie flagi. Sąd apelacyjny uchylił wyrok sądu niższej instancji, uznawszy, że § 42.09[47] w przypadku sprawy Johnsona był niezgodny z konstytucją[48]. Sąd nie podzielił jednak zarzutu podniesionego przez oskarżonego, że prawo stanowe było niekonstytucyjne z racji swojej niejasności (*vague*).

Władze stanowe próbowały dowieść, że chęć zapobiegania pogwałceniom porządku publicznego jest wystarczającą przesłanką uzasadniającą skazanie Johnsona. Aczkolwiek do takich zdarzeń nie doszło, co więcej, działanie Johnsona nie stworzyło nawet zagrożenia dla pokoju. Stan podkreśla naruszające spokój zachowanie protestujących podczas marszu w kierunku ratusza, jednakże przyznał też, że nie doszło do zakłócenia porządku publicznego, ani nawet do realnego jego zagrożenia. Zdaniem Sądu Najwyższego na ocenę zachowania protestujących wpływ miał też fakt, iż zaistniały stan faktyczny nie stano-

[44] Przywołuję tu tezy *Texas Court of Criminal Appeals*.

[45] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 14.05.2015).

[46] *Ibidem*.

[47] Przepis ten stanowi: ten, kto świadomie zbezczeszcza: pomnik, miejsce kultu lub pochówku albo flagę stanową lub narodową, popełnia przestępstwo. Zob. szerzej: *ibidem*.

[48] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 14.05.2015).

wił podstawy do postawienia jakichkolwiek zarzutów (wyjątkiem był G. L. Johnson). Co więcej władze Teksasu nie były w stanie wykazać związku pomiędzy spaleniem flagi a prawdopodobnym zakłóceniem porządku publicznego[49]. Jedyny zgromadzony przez nie materiał dowodowy to zeznania świadków, którzy potwierdzają, że pewne osoby poczuły się głęboko urażone zachowaniem Johnsona. Tak więc na tym etapie badania sprawy Sąd Najwyższy przychylił się do ustaleń poczynionych przez sąd apelacyjny.

W opinii Sądu Najwyższego przedstawiona argumentacja władz pozwala twierdzić, że jeśli odbiorcy pewnego zachowania poczują się przez nie urażeni, to w konsekwencji zapewne dojdzie do naruszenia porządku. W związku z tym ekspresja może zostać ograniczona. Znane sądowi precedensy (jak np. sprawa *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*[50], 485 U.S. 46 [1988]) nie potwierdzają takich twierdzeń. Uznano bowiem, że podstawową funkcją wolności słowa jest prowokowanie do debaty. Służy ona temu celowi najlepiej, kiedy stwarza niepokój lub pobudza ludzi do gniewu[51].

Sąd uznał jednak, iż wolność słowa nie może zostać zabroniona na podstawie tego, że istnieje prawdopodobieństwo, iż odbiorcy danej wypowiedzi poczują się silnie urażeni, a w konsekwencji dojdzie do naruszenia porządku publicznego. Jest tak, ponieważ rząd nie jest w stanie *in abstracto* założyć, że każde przedstawienie treści kontrowersyjnych z pewnością sprowokuje świadków do czynów niepożądanych. W takich przypadkach należy ocenić zaistniały stan faktyczny, uwzględniając okoliczności, w jakich miała miejsce konkretna wypowiedź.

Sąd Najwyższy uznał, iż działania Johnsona, które polegały na wyrażeniu dezaprobaty wobec polityki władz federalnych nie mogą zostać zakwalifikowane do kategorii *fighting words*. Pod tym pojęciem kryją się bowiem działania polegające na bezpośrednim znieważeniu drugiego człowieka (*direct personal insult*) lub zmierzające do sprowokowania przemocy (*invitation to exchange fisticuffs*)[52]. Do tej klasy ekspresji zalicza się słowa, które prawdopodobnie sprowokują przeciętnego odbiorcę do odwetu, co w konsekwencji może zakłócić porządek publiczny[53]. Zdaniem sądu żaden racjonalny obserwator działań skazanego nie oceniłby ekspresji Johnsona, wyrażającej ogólne zniechęcenie do polityki rządu federalnego, jako bezpośrednią, jako wymierzoną w konkretną osobę obrazę lub prowokację do rękoczynów[54].

Orzeczenie Sądu Najwyższego nie odbiera władzom stanu instrumentów mających na celu przeciwdziałanie czynom bezprawnym, które sprowadzają bezpośrednie zagrożenie.

[49] *Ibidem*.
[50] Zob. szerzej: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/485/46 (dostęp: 15.05.2015).
[51] *Ibidem.*
[52] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 14.05.2015).
[53] *Ibidem*.
[54] *Ibidem*.

Jak już przecież powiedziano prawo stanowe penalizuje pogwałcenia porządku publicznego niezależnie od kwestii ochrony flagi narodowej. Ponadto należy zauważyć, że kiedy w jednym zachowaniu połączone są elementy mowy i z te, mową niezwiązane, odpowiednio ważny interes władzy w uregulowaniu elementu z mową niezwiązanego, może uzasadnić wyjątkowe ograniczenia wolności wynikających z Pierwszej Poprawki. Aby zdecydować, czy test *O'Briena* ma zastosowanie w omawianej sprawie należy ocenić, czy władza publiczna, będąc za skazaniem Johnsona, wyrażała wolę ochrony jakichś wartości, które nie są związane z ograniczeniem ekspresji. Przedstawiono dwie przesłanki, które miałyby uzasadniać skazanie: przeciwdziałanie pogwałceniom porządku publicznego i chęć ochrony flagi. Pierwsza z nich w opinii Sądu Najwyższego nie była związana z tą sprawą, natomiast druga dotyczy ograniczenia swobody ekspresji[55]. W przypadku tej sprawy stan był zainteresowany zarówno ochroną flagi, jak i symbolu Narodu Amerykańskiego. Zainteresowanie to było związane z wolnością wypowiedzi, tak więc nie zostały spełnione wymogi *O'Brien test*. Wspomniana instytucja pozwala ograniczyć wolności wynikające z Pierwszej Poprawki, wtedy gdy dane zachowanie łączy elementy mowy i z mową niezwiązane, a ograniczenie takie jest niezbędne do zabezpieczenia żywotnych interesów władzy publicznej[56]. Do takich interesów jak dotąd nie zaliczono chęci przeciwdziałania pogwałceniom porządku publicznego[57]. Należy ocenić zaistniałe okoliczności i rozważyć, kiedy celem ekspresji jest sprowokowanie działań bezprawnych i istnieje prawdopodobieństwo, że taki stan faktyczny zaistnieje[58].

Wymienione wyżej argumenty pozwoliły Sądowi Najwyższemu stwierdzić, że władze stanu Teksas kierowały się chęcią przeciwdziałania zakłóceniom spokoju. Nie jest oczywiście tak, iż powyższe tezy ograniczą możliwość przeciwdziałania pogwałceniom porządku publicznego przez stan. Pierwsza Poprawka nie zabrania przecież stanom przeciwdziałać bezprawiu. Jak już wspomniano w Teksasie istniało prawo penalizujące naruszenia porządku publicznego. Fakt ten potwierdza, (zupełnie) słuszną zdaniem Sądu Najwyższego tezę, że nie należy karać za zbezczeszczenie flagi, aby utrzymać porządek publiczny, tak więc należy odrzucić takie uzasadnienie skazania Johnsona.

2.5. Ochrona godności flagi a ograniczenie swobody wypowiedzi

Kolejną kwestią, którą brał pod uwagę Sąd Najwyższy była wola ochrony godności flagi, jako przesłanka dopuszczająca ograniczenia ekspresji.

Sędziowie musieli rozstrzygnąć, czy chęć ochrony flagi jako symbolu jedności narodowej uzasadnia skazanie Johnsona. Władze stanu Teksas twierdziły, iż działały, kierując się chęcią ochrony flagi jako symbolu państwa i jedności narodu. Niewątpliwie obawiano

[55] *Ibidem*.
[56] *Ibidem*.
[57] *Ibidem*.
[58] *Ibidem*.

się skutków czynu Johnsona − społeczeństwo mogłoby odrzucić ideę, że flaga reprezentuje państwowość i jedność narodu, ponadto istniało prawdopodobieństwo, iż takie działania mogą osłabić powszechny szacunek, jakim cieszą się symbole narodowe.

Jak uznał Sąd Najwyższy, prawo stanu Teksas nie miało na celu ochrony fizycznej integralności flagi w każdej sytuacji[59]. Rozwiązania te zostały stworzone, aby chronić symbole narodowe przed celowym i świadomym nadużyciem, które mogą w znacznym stopniu obrazić innych[60]. Sąd zauważył, że rząd nie może zabronić słownych lub niezwiązanych z mową przypadków wyrażania jakichś przekonań, tylko dlatego, że ogół społeczeństwa uważa te przekonania za obraźliwe lub niemiłe (użyto tu słowa *disagreable*), nawet jeżeli dotyczy to flagi narodowej. Władze stanowe nie mogły forsować własnych przekonań dotyczących flagi poprzez zabranianie działań o charakterze symbolicznym[61]. Władza publiczna nie może pozwolić, aby wskazane symbole były używane do przekazywania ograniczonej liczby treści. Co więcej, Sąd Najwyższy nie zdecydował się stworzyć wyjątku od zasady wolności słowa chronionej przez Pierwszą Poprawkę, w imię ochrony flagi narodowej[62].

W ocenie składu orzekającego niewątpliwie w tej sprawie doszło do skazania za ekspresję pewnej idei poprzez działanie. Zdaniem sądu Johnson nie został skazany za wyrażanie jakiegoś stanowiska, a za prezentowanie swego niezadowolenia z polityki władz państwowych[63]. Ten rodzaj ekspresji jest niezwykle silnie związany z wartościami, jakie chroni Pierwsza Poprawka. Ponadto, Johnson został skazany, ponieważ wiedział, że jego manifestacja o charakterze politycznym może urazić innych ludzi. *Ratio legis* prawa stanowego była chęć przeciwdziałania takim przypadkom zniszczenia flagi, które mogłyby obrazić ewentualnych świadków[64]. Sąd Najwyższy uznał, że ograniczenie ekspresji w przypadku Johnsona ma związek z treścią takowej. Tak więc należy przeanalizować wolę stanu, aby chronić flagę narodową, z najwyższą starannością.

Teksas celowość ochrony flagi narodowej wykazywał, podnosząc argumenty mówiące o historycznym oraz symbolicznym znaczeniu flagi w społeczeństwie. Zdaniem stanu symbol ten ma szczególną pozycję. Należy zauważyć, że w opinii stanu flaga podlega ochronie jako symbol konkretnych wartości: państwowości i jedności. Zatem ten, kto narusza fizyczną integralność flagi w sposób mogący rodzić przekonanie, iż w istocie flaga nie reprezentuje wspomnianych idei, działa ze szkodą dla szeroko rozumianego ogółu[65]. Ekspresję taką, zdaniem stanu, należy uznać za szkodliwą i stąd może ona zostać zabroniona.

[59] *Ibidem*.
[60] *Ibidem*.
[61] *Ibidem*.
[62] *Ibidem*.
[63] *Ibidem*.
[64] *Ibidem*.
[65] *Ibidem*.

Zdaniem Sądu Najwyższego jedną z absolutnie podstawowych zasad konstytuujących istotę Pierwszej Poprawki jest przekonanie, że organy władzy publicznej nie mogą zabronić ekspresji idei, tylko dlatego iż społeczeństwo uznaje tę ideę za obraźliwą lub niemiłą. Zasadę tę silnie eksponuje orzecznictwo Sądu Najwyższego, przykładem są sprawy: *Hustler Magazine v. Falwell*[66], czy *City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*[67], 466 U.S. 789 (1984). Od wspomnianej zasady istnieją jednak wyjątki, nawet w sprawach, które dotyczyły właśnie flagi.

Rozpatrując przypadek *Street v. New York*, Sąd Najwyższy uznał, iż „stan nie może pociągać do odpowiedzialności karnej jednostki za wypowiedzenie słów krytyki pod adresem flagi"[68]. Sąd nie podzielił tezy, że „szacunek dla symboliki narodowej może być egzekwowany od każdego obywatela"[69]. Konstytucja gwarantuje prawo do prezentowania różnych przekonań, zapewnia też prawo do różnienia się w kwestiach dotykających jądra aktualnego porządku[70]. Prawa te zawierają wolność do publicznej ekspresji przekonań jednostki dotyczących flagi, nawet jeżeli dana opinia jest prowokująca, czy wyraża ona pogardę. Znamienna jest w tym kontekście opinia sędziego Jacksona, sformułowana przy okazji rozpatrywania sprawy *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624: „Jeżeli jest jakaś stała gwiazda w naszej konstytucyjnej konstelacji, to jest nią fakt, iż żaden urzędnik, wysokiej lub niskiej rangi, nie może określać, co powinno być uświęcone w polityce, religii i w innych sferach. Ponadto nie można zmuszać obywateli do uznawania, poprzez słowa lub działanie, tej wartości"[71].

W ocenie motywów, jakimi kierowały się władze stanowe, istotne znaczenie ma przytoczona przez Sąd Najwyższy opinia: „Skazanie za zbezczeszczenie flagi może nie mieć na celu ochrony integralności flagi, może za to być rodzajem kary za wyrażenie idei nie do przyjęcia dla większości kontrolującej legislatywę"[72]. W opinii sędziów nie można forsować pewnych przekonań, poprzez zakaz ekspresji wiązanych z flagą. Władze stanu Teksas uznały, że nawet jeżeli wola ochrony godności flagi nie pozwala zabronić słownej zniewagi symbolu narodowego, to można zakazać niszczenia flagi. Taka argumentacja jest sprzeczna z przekonaniem sądu, iż władza publiczna nie może zabronić ekspresji, tylko dlatego, że nie zgadza się z zaprezentowaną treścią lub ze sposobem jej przekazania. Władza publiczna była niewątpliwie zainteresowana poszanowaniem flagi, nie może jednak karać za jej spalenie, jeżeli czyn taki miał charakter protestu[73].

[66] Zob. szerzej: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/485/46, (dostęp: 23.05.2015).
[67] Zob. szerzej: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/789, (dostęp: 23.05.2015).
[68] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576 (dostęp: 23.05.2015).
[69] *Ibidem*.
[70] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 14.05.2015).
[71] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624 (dostęp: 25.05.2015).
[72] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 26.05.2015).
[73] *Ibidem*.

Sąd Najwyższy uznał, że opowiedzenie się za Johnsonem nie zagraża specjalnej roli, jaką odgrywa flaga[74]. Fakt, iż zdaniem stanu spalenie flagi może doprowadzić do poważnych zakłóceń porządku publicznego, niejako potwierdza przecież, iż społeczeństwo docenia wartość symboli narodowych. Sąd uznał, że sposobem ochrony szacunku dla flagi nie może być karanie sprawcy zbezczeszczenia, ponieważ przez używanie w tym celu sankcji karnej osłabia się wolność, wartość którą reprezentuje wspomniany symbol narodowy[75].

2.6. Wnioski Sądu Najwyższego

Rozpatrując sprawę *Texas v. Johnson*, sędziowie musieli ustosunkować się do trzech najważniejszych kwestii. Po pierwsze Sąd stwierdził, że Johnson został skazany za zachowanie o charakterze ekspresyjnym. Ustalenie to jest podstawą, jak już bowiem wspomniano, pozwala przywołać konstytucyjną ochronę Pierwszej Poprawki.

Sąd Najwyższy odniósł się też do dwóch argumentów stanu. Uznano, iż interes władz Teksasu, polegający na przeciwdziałaniu zakłóceniom porządku publicznego nie uzasadnia skazania, ponieważ w tej sytuacji zagrożenie to nie było realne. Ponadto chęć ochrony flagi, jako symbolu państwowości i jedności narodu, także nie może przesądzać o zasądzeniu. Zdaniem Johnsona władze, chcąc chronić symbolikę narodową, uznały, że istnieje tylko jeden właściwy pogląd dotyczący flagi. Z tą tezą polemizowali reprezentanci Teksas, zapewniali oni, że nie popierają, chronią, ani zabraniają żadnego światopoglądu. Sąd Najwyższy uznał jednak, że władze publiczne stanu ewidentnie preferowały pewien punkt widzenia, ponieważ reprezentował określony stosunek do flagi. Zatem potwierdzono słuszność wyroku *Texas Court of Criminal Appeals*.

Sąd Najwyższy uznał też, że § 42.09 *Texas Penal Code*, w zakresie dotyczącym ekspresji o charakterze politycznym, narusza Pierwszą Poprawkę do Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

2.7. *Votum separatum* Williama H. Rehnquista[76]

Sędzia William Rehnquist sprzeciwił się uznaniu prawa stanowego dotyczącego zbezczeszczenia flagi za niekonstytucyjne. Jego głównym argumentem były konieczność ochrony symbolu narodowego, odgrywającego w państwie szczególną rolę. W związku z tym, dowodził w sporządzonym zdaniu odrębnym, czyny takie jak Johnsona, powinny być karane.

[74] *Ibidem*.

[75] *Ibidem*.

[76] William Rehnquist należał do konserwatywnej mniejszości w Sądzie Najwyższym. Prezydent Ronald Reagan powołał go na stanowisko Chief Justice. Na tę decyzję z pewnością miała wypływ zbieżność poglądów sędziego i prezydenta na temat m. in. prawa do aborcji czy roli religii w życiu publicznym. Zob. szerzej: Brian P. Smentkowski, http://www.britannica.com/EBchecked/topic/496325/William-Rehnquist (dostęp: 5.05.2015).

W celu uzasadnienia przytaczanych tez, Rehnquist podkreślał historyczną rolę flagi Stanów Zjednoczonych Ameryki. Omówił on przekrojowo ważniejsze wydarzenia z historii USA, takie jak: powstanie państwa, wojnę secesyjną, I i II wojnę światową, wojny w Korei i Wietnamie. Ponadto akcentował znaczenie flagi w czasie pokoju, jako symbolu państwa, obecnego między innymi w gmachach rządowych, sądach czy na cmentarzach.

Analizując problem od strony prawnej, sędzia wskazywał na normy Kodeksu Stanów Zjednoczonych, a konkretnie na § 700 Tytułu 18[77]: „Ten, kto świadomie gardzi flagą Stanów Zjednoczonych, przez publiczne jej uszkodzenie, oszpecenie, sprofanowanie czy podeptanie, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub karze do tysiąca dolarów grzywny albo obu tym karom"[78].

Co więcej, sędzia nie zgodził się z tym, że przepisy 48 stanów, które penalizowały publiczne spalenie flagi, zostały uznane za niezgodne z Konstytucją Stanów Zjednoczonych.

Rehnquist, uzasadniając swe wątpliwości dotyczące właściwej interpretacji normy konstytucyjnej, powołał się też na opinię Sądu Najwyższego USA, wygłoszoną podczas rozpatrywania sprawy *Chaplinsky v. New Hampshire*[79], 315 U.S. 568: „Istnieją zdefiniowane i ściśle określone rodzaje mowy, którym przeciwdziałanie i których karanie, nigdy nie było uważane ze problem konstytucyjny. Do tej kategorii zalicza się sprośność, obsceniczność, profanacje, oszczerstwa i tzw. *fighting words*[80]. Dowiedziono, że takie wypowiedzi nie są ważną częścią ekspresji pewnych idei. Społeczna wartość wspomnianych sposobów komunikacji jest nikła, działania mające na celu ograniczenia takich ekspresji chronią cenniejsze wartości, takie jak: porządek i moralność publiczną"[81]. Zdaniem sędziego, publiczne spalenie flagi, podobnie jak zachowanie Chaplinsky'ego nie było istotne dla wyrażenia opinii. Rehnquist argumentował też, że Johnson mógł bez ograniczeń lżyć flagę, jak również prawnie indyferentne byłoby jej spalenie w miejscu niepublicznym. Wreszcie mógł spalić jakikolwiek inny symbol związany z władzą publiczną, a nawet kukłę czy podobiznę polityka. Sędzia przypo-

[77] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397 (dostęp: 8.05.2015).

[78] Obecnie przepis ten ma brzmienie: „Ten, kto świadomie uszkadza, oszpeca, profanuje, pali, pozostawia na ziemi lub podłodze, depcze jakąkolwiek flagę Stanów Zjednoczonych, ten podlega karze pozbawienia wolności do 1 roku lub karze grzywny, albo obu tym karom". Zob. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/700 (dostęp: 12.05.2015).

[79] Sprawa ta również dotyczy szeroko pojętej wolności ekspresji, tu konkretnie słownej. W omawianym przypadku skazany zwrócił się do szeryfa słowami „Ty przeklęty oszuście", „Cholerny faszysta, wszystkie osoby sprawujące władzę w Rochester to faszyści lub faszystowscy agenci". Zacytowane wyżej słowa nie znalazły ochrony Pierwszej Poprawki. Sąd Najwyższy utrzymał wyrok skazujący Chaplinsky'ego, nie uznano, że prawo stanowe, na podstawie którego został on skazany, jest niezgodne z Konstytucją Stanów Zjednoczonych. Zob. szerzej: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568, (dostęp: 23.05.2015).

[80] Czyli takie słowa, które poprzez samo ich wypowiedzenie mogą spowodować natychmiastowe zakłócenie porządku publicznego.

[81] http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html (dostęp: 13.05.2015).

mniał, iż Johnson w trakcie manifestacji wygłaszał hasła krytykujące w szczególności administrację republikańską prezydenta Reagana, jak i obrażał barwy obecne na fladze („plujemy na kolor czerwony, biały i niebieski”[82]). Nie został za to jednak skazany, zarzuty dotyczyły wyłącznie zbezczeszczenia flagi. Rehnquist uważał wiec, że to, co Johnson chciał przekazać, mogło zostać wypowiedziane na wiele różnych sposobów. Ponadto sędzia argumentował swe poparcie dla prawnej ochrony flagi chęcią przeciwdziałania zakłóceniom porządku publicznego, tę przesłankę za ważną uznały sądy wielu stanów[83].

W omawianym zdaniu odrębnym powołano się też na wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*. Uznano wtedy, że: „Pierwsza Poprawka nie gwarantuje prawa do użycia każdego możliwego do wyobrażenia sposobu komunikacji, w każdym miejscu i czasie”[84]. Prawo stanu Teksas odebrało Johnsonowi tylko jedną metodę ekspresji, miał on do dyspozycji wiele innych środków, którymi mógł wyrazić niezadowolenie z polityki państwowej.

2.8. Aktualność wyroku Sądu Najwyższego w sprawie *Texas v. Johnson*

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych rozpatrywał sprawę *Texas v. Johnson* w 1989 r. Dla analizy problematyki zbezczeszczenia flagi w prawie amerykańskim konieczna jest weryfikacja aktualności tego rozstrzygnięcia.

Jeszcze w 1989 r. Kongres Stanów Zjednoczonych wprowadził *Flag Protection Act*. Prawo to penalizowało działanie każdego, „kto świadomie uszkadza, oszpeca, fizycznie profanuje, pali, wyrzuca na ziemię lub depcze”[85] flagę Stanów Zjednoczonych. Jedynym dopuszczonym wyjątkiem było zachowanie, którego celem jest pozbycie się zużytej flagi. Jednocześnie istniał, ustanowiony w tym samym roku precedens − rozstrzygnięcie sprawy *Texas v. Johnson*.

Wprowadzenie *Flag Protection Act* spowodowało, że kilku osobom postawiono oskarżenia. Doszło bowiem do aktów manifestujących sprzeciw obywateli wobec wejścia w życie powyższej ustawy. W Seattle w geście protestu Mark Haggerty dopuścił się spalenia flagi. Podobne zdarzenie miało też miejsce na Kapitolu, gdzie podczas demonstracji przeciwko polityce państwa dopuścił się go jeden z jej uczestników − Eichman[86]. W oby-

[82] Dosłowne przetłumaczenie jest dość problematyczne. Wypowiedź opiera się bowiem na niemożliwych do przełożenia na język polski rymach. Podaję więc również wersję angielskojęzyczną: „Red, white and blue, we spit on you”.

[83] Sądy te utrzymały w mocy prawo stanowe dotyczące zbezczeszczenia flagi. Zob. szerzej sprawy: *State v. Royal* (1973), *State v. Waterman* (1971).

[84] http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html (dostęp: 14.05.2015).

[85] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/496/31 (dostęp: 15.05.2014).

[86] http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1989/1989_89_1433 (dostęp: 16.05.2015).

dwu sprawach *district courts* odmówiły zastosowania *Flag Protection Act*, wskazując na niekonstytucyjność przepisów ustawy[87].

Już w 1990 r. Sąd Najwyższy ponownie zajął się przypadkiem spalenia flagi narodowej. Przyjęty większością 5 : 4, wyrok w sprawie *Eichman v. United States*, 496 U.S. 310 (1990) potwierdził sprzeczność z Konstytucją Stanów Zjednoczonych *Flag Protection Act*. Sąd podtrzymał ustalenie poczynione w sprawie *Texas v. Johnson*: „spaleniu flagi, jako formie ekspresji, przysługuje pełna ochrona Pierwszej Poprawki"[88]. Odwołano się też do przywołanego w przy ocenie zachowania Johnsona poglądu, że władze nie mogą zabronić wyrażania jakichś idei, tylko dlatego że społeczeństwo uznaje je za obraźliwe[89]. Tak więc finalnie uznano za słuszne zastrzeżenia co do konstytucyjności *Flag Protection Act*, podniesione przez *district courts*.

Wyroki Sądu Najwyższego z 1989 i 1990 r. nie zakończyły jednak sporów wokół problematyki karalności zbezczeszczenia flagi. Zarówno Izba Reprezentantów, jak i Senat przedstawiły rezolucje wyrażające zmartwienie i rozczarowanie decyzją Sądu Najwyższego[90]. Szybko pojawiła się idea wprowadzenia *Flag Desecration Amendment*, czyli poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych umożliwiającej wprowadzenie aktów prawnych, które zabraniałyby bezczeszczenia flagi. Prezydent George Bush sen., przemawiając spod Iwo Jima Memorial[91], „Wyraził poparcie dla republikańskiego projektu poprawki do Konstytucji […]. Nowe prawo miało stanowić, iż Kongres i władze stanowe mają prawo zakazać fizycznego zbezczeszczenia flagi narodowej Stanów Zjednoczonych"[92].

Pierwsze głosowanie w sprawie wspomnianej poprawki w Izbie Reprezentantów odbyło się już w 1995 r.[93], projekt odrzucił jednak Senat[94] (zabrakło tylko 4 głosów popierających wejście w życie poprawki). Do 2006 r. w Izbie Reprezentantów i Senacie odbyło się łącznie 9 głosowań w sprawie *Flag Desecration Amendment*. W ostatnim z nich zabrakło zaledwie głosu, aby wspomniane prawo weszło w życie[95]. Warto też odnotować, iż za każdym razem za wprowadzeniem poprawki opowiadała się większość reprezentantów w obu izbach, jedynie dzięki dosyć rygorystycznym wymogom niezbędnym do modyfikacji konstytucji, ustawa zasadnicza nie została zmieniona.

[87] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/496/310 (dostęp: 16.05.2015).

[88] *Ibidem*.

[89] *Ibidem*.

[90] Zob. szerzej: J. Vile, *Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and amending Issues, 1789–2002*, Santa Barbara 2003, s. 197–199.

[91] Miejsce wystąpienia jest nieprzypadkowe. Na wyspie Iwo Jima w czasie II wojny światowej miała miejsce bitwa żołnierzy amerykańskich z siłami Cesarstwa Japonii.

[92] J. Vile, *Constitutional Amendments*…, s. 198-199.

[93] http://clerk.house.gov/evs/1995/roll431.xml (dostęp: 16.05.2015).

[94] http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=104&session=1&vote=00600 (dostęp: 16.05.2015).

[95] http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=109&session=2&vote=00189 (dostęp: 16.05.2015).

Na tym etapie rozważań można pokusić się o ocenę amerykańskich rozwiązań prawnych związanych ze zbezczeszczeniem symboli. Należy zaznaczyć, że wola prawnej ochrony flagi narodowej ma wielu zwolenników, którzy dysponują poważnymi argumentami. Odrzucenie *Flag Desecration Amendment* surowo ocenił cytowany przez dziennik „New York Times" senator Orrin Hatch[96]: „[poprawka - dop. B.F.] przywróciłaby Konstytucji brzmienie, jakie miała przed tym, jak zmienili je pozbawieni demokratycznej legitymizacji prawnicy"[97]. Jak ukazują wyniki głosowań, poglądy podobne do wyżej przytoczonych, nie są obce w obu izbach, co więcej, podziela je zdecydowana większość deputowanych. Argumentacja taka nie jest jednak całkiem słuszna, ignoruje ona istotę wolności wypowiedzi. Faktyczna swoboda ekspresji wymaga od jednostki (umiejętności) tolerowania głoszonych przez innych idei, choćby stały one w niedającej się pogodzić sprzeczności z jej własnymi przekonaniami. Ostatecznie rację miał George Orwell, pisząc: „Jeżeli wolność słowa w ogóle coś znaczy, to polega ona na prawie do mówienia ludziom tego, czego nie chcą usłyszeć"[98]. Warto zauważyć, że zachowanie Johnsona (i inne podobne) nie miało na celu obrażenia konkretnej osoby. Sytuacja, gdy liberalne państwo demokratyczne zaczyna za pomocą środków prawnych chronić pewne idee, jest niesłychanie niebezpieczna. Może to doprowadzić do znamiennego przewartościowania, kiedy symbole stoją niejako ponad jednostką. System prawny nie powinien w imię ochrony takich wartości dopuszczać ograniczenia podstawowych swobód obywatelskich. W szczególności należy odrzucić stosowanie kar bezwzględnego więzienia dla tych, którzy popełnili przestępstwo polegające na działaniach o charakterze ekspresyjnym.

3. Problematyka wolności wypowiedzi w prawie polskim

3.1. Wstęp

Problematykę zbezczeszczenia flagi w prawie polskim warto analizować dwutorowo. Po pierwsze, zważywszy, iż Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, rozstrzygając w sprawie *Texas v. Johnson* oparł się na normie konstytucyjnej (Pierwsza Poprawka), stanowiącej o wolności słowa, należy niewątpliwie ustalić, czy podobne gwarancje polskiego prawa mogłyby chronić jednostkę przed sankcją karną za czyn wymierzony przeciwko symbolom narodowym. Co więcej, konieczne jest rozważenie, jakie są przesłanki dopuszczające

[96] Senator O. Hatch w swej wypowiedzi zwrócił uwagę na brak demokratycznej legitymizacji do stanowienia prawa sędziów Sądów Najwyższego, którzy jak wiemy nie pochodzą z wyborów powszechnych. Pozycja tego sądu w amerykańskim systemie politycznym, jak i oskarżenia o nadmierny aktywizm sędziowski są przedmiotem sporów i polemik wielu autorów i wykraczają poza ramy niniejszych rozważań. Zob. szerzej: Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne…*, s. 15-30.

[97] J. Holusha, C. Hulse, http://www.nytimes.com/2006/06/27/washington/27cnd-flag.html?_r=0 (dostęp: 16.05.2015).

[98] http://orwell.ru/library/novels/Animal_Farm/english/efp_go (dostęp 20.06.2015).

ograniczania konstytucyjnej wolności wypowiedzi. Po drugie, istotnymi elementami analizy porównawczej obydwu porządków prawnych pod kątem wskazanej problematyki, są perspektywa dogmatyczno-prawna oraz przegląd orzecznictwa polskich sądów. W ramach poniższych rozważań odniesiono się także do regulacji nawiązującej do znieważenia symboli narodowych w wybranych państwach Unii Europejskiej.

3.2. Gwarancje wolności słowa w prawie polskim

3.2.1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej

W Polsce, podobnie jak w prawie amerykańskim, swoboda wypowiedzi została zagwarantowana w ustawie zasadniczej. Konstytucja Rzeczypospolitej[99] w artykule 54 ust. 1 stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”[100]. Na poziomie analizy językowej powyższego przepisu można wyróżnić dwie materie, które zostały w nim uregulowane − ustrojodawca zagwarantował wolność wyrażania poglądów, a także odniósł się do kwestii swobody wyboru źródła informacji[101]. W kontekście dotychczasowych rozważań szczególnie istotny jest pierwszy ze wspomnianych aspektów.

Problemem natury zasadniczej pozostaje próba odpowiedzi na pytanie czym na płaszczyźnie konstytucyjnej regulacji praw i wolności jednostki jest „pogląd”, albowiem zakres ewentualnej ochrony, a w zasadzie jego szerokość, zależą przede wszystkim od rozumienia tego pojęcia. Brak definicji legalnej powoduje konieczność odwołania się do poglądów wypracowanych przez naukę prawa konstytucyjnego i judykaturę. Bogusław Banaszak uważa, że termin ten „obejmuje wszystkie rodzaje wypowiedzi − zarówno dokonane w sposób werbalny, jak i w inny […] wyrażające informacje, opinie, idee niezależnie od ich treści, oceny, co do faktów i zjawisk we wszystkich przejawach życia, jak również przypuszczenia i prognozy”[102].

Pojęciem również niezdefiniowanym w ustawie, a mającym kardynalne znaczenie dla konstytucyjnej regulacji wolności wypowiedzi jest „wyrażanie”. Jak podaje Paweł Sarnecki „Określenie to obejmuje także wszelkie inne [poza wypowiedziami słownymi − dop. B.F.] sposoby zachowania się jednostki, które możemy określić jako jej «poglądy» […]”[103].

[99] Zakres podmiotowy wolności wypowiedzi jest w polskim prawie konstytucyjnym szeroki. Po pierwsze, użycie w ustawie terminu „każdemu” oznacza, iż przysługuje ona wszystkim osobom fizycznym, przebywającym na terytorium Polski. Po drugie, ze swobody tej korzystają także osoby prawne i inne podmioty nieposiadające osobowości prawnej. Zob. szerzej: B. Banaszak, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, art. 54, Warszawa 2012, s. 333; P. Sarnecki, uwagi do art. 54 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2.

[100] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[101] Szerzej na ten temat: B. Banaszak, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz,* art. 54…,, s. 329.

[102] *Ibidem*, s. 330.

[103] P. Sarnecki, uwagi do art. 54 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz…*, s. 3.

Finalnie należy wspomnieć, iż art. 54 Konstytucji RP nie zawiera żadnych specyficznych przesłanek, na podstawie których możliwe byłoby ograniczenie swobody wypowiedzi. Oznacza to więc, że w regulacji tej materii znajdą zastosowanie zasady ogólne wyrażone w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

3.2.2. Akty prawa międzynarodowego. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Wolność słowa została też zagwarantowana na płaszczyźnie prawa międzynarodowego publicznego. Przykładem są wypracowane w formule Organizacji Narodów Zjednoczonych Powszechna Deklaracja Praw Człowieka[104] z 10 grudnia 1948 r. (której art. 19 zapewnia prawo wolności opinii i jej wyrażania[105]) oraz Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych z 1966 r.[106]

Swobodę wypowiedzi chroni też Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, której art. 10 ust. 1 brzmi: „Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych”[107]. W kontekście objęcia Rzeczypospolitej kognicją ETPCz to właśnie system ochrony praw człowieka funkcjonujący w ramach Rady Europy, jawi się jako mający kardynalne znaczenie dla statusu jednostki w państwie.

Analiza orzecznictwa ETPCz pozwala zilustrować, jak w praktyce funkcjonuje konwencyjna wolność słowa. Dorobek jurydyczny Trybunału jest w tej dziedzinie szczególnie okazały, jego zgłębienie pozwala sformułować pewne zasady ogólne, powtarzające się przy okazji spraw związanych z materią swobody wypowiedzi.

ETPCz przychylił się do stanowiska Sądu Najwyższego USA, uznając jakoby wolność słowa pozwala na prezentowanie poglądów, które obrażają czy oburzają część społeczeństwa[108]. Jak wskazują przedstawiciele nauki prawa, zakres swobody wypowiedzi

[104] Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, dostępna: http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf, (dostęp: 20.07.2015).

[105] Zob. szerzej: M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, s. 251 - 252, Wrocław 2014, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/51986, (dostęp: 25.07.2015).

[106] Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych w art. 19 stanowi, iż korzystanie z prawa do swobodnego wyrażania opinii może podlegać pewnym ograniczeniom, które powinny być wprowadzone w ustawie i których celem winna być ochrona takich wartości jak: prawa i dobre imię innych, ochrona bezpieczeństwa państwowego, porządku publicznego, zdrowia czy moralności publicznej. Zob. szerzej: *ibidem,* s. 252.

[107] Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

[108] Zob. szerzej: A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne*, Warszawa 2013, s. 122.

dotyczącej krytyki osób sprawujących władzę, jest na gruncie EKPCz zbliżony do amerykańskiego. Artur Biłgorajski podaje, iż w tym aspekcie ma miejsce recepcja koncepcji *free marketplace of ideas*[109]. Jest ona jednak częściowa, albowiem wolność słowa może doznawać ograniczeń w kontekście wypowiedzi dotyczących religii i moralności. W tej materii państwa członkowskie wprowadziły zróżnicowane regulacje prawne[110].

ETPCz uznaje dystynkcję na wypowiedzi słowne i wypowiedzi symboliczne. Niewątpliwie w kontekście art. 10 Konwencji forma przekazu też znajduje ochronę, jak ukazuje judykatura, dotyczy to w zachowań o dostatecznym charakterze informacyjnym[111]. „Orzecznictwo ETPCz nie formułuje jednak w tak jednoznaczny sposób jak Sąd Najwyższy USA kryteriów pozwalających na zakwalifikowanie danego zachowania jako wypowiedzi symbolicznej"[112]. Jak słusznie zauważa Jacek Szydło, taki stan rzeczy nie pozwala wyciągnąć żadnych daleko idących wniosków.

4. Przestępstwa przeciwko fladze w prawie polskim

4.1. Analiza historyczno-prawna

Punktem wyjścia dla analizy penalizacji znieważenia flagi w prawie polskim są regulacje pochodzące z okresu dwudziestolecia międzywojennego. Omawianą kwestię unormował Kodeks Makarewicza[113] z 1932 r. Wspomniana ustawa karna dość szeroko regulowała problematykę przestępstw przeciwko państwu. Jak podaje M. Pietrzak, katalog tych czynów przyjęty w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej, został uzupełniony przez komisję ministerialną[114]. Niewątpliwe świadczy to o dużym znaczeniu, jakie ówcześni kodyfikatorzy nadawali zwalczaniu działań antypaństwowych.

Znieważenie flagi ujęte zostało w Rozdziale XXV ustawy karnej zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu". Czyn ten typizuje art. 153: „Kto znieważa godło, chorągiew, banderę, flagę, sztandar lub inny polski znak państwowy, albo znak taki wystawiony publicznie uszkadza lub usuwa, podlega karze więzienia do lat 2 lub aresztu do lat 2"[115].

[109] ETPCz wyróżnił nawet kategorie osób sprawujących władzę, wobec których zakres wolności wypowiedzi jest szerszy niż w stosunku do jednostek prywatnych. Orzecznictwo Trybunału przemożnie manifestuje, iż prawo do krytyki „rządu" jest w demokratycznym państwie prawnym jak najszersze. Zob. *ibidem*, s. 121-130.

[110] *Ibidem.*

[111] Zob. szerzej: J. Szydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza,* Toruń 2013, s. 405-411.

[112] *Ibidem*, s. 406-407.

[113] Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571.

[114] J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1998, s. 553.

[115] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. − Kodeks karny, Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571.

Ratio legis tego i innych przepisów traktujących o przestępstwach przeciwko państwu jest po części zdeterminowana kontekstem historycznym. Po 123 latach braku suwerenności, wprowadzono rygorystyczne sankcje, jakie prawo karne przewidywało dla sprawców czynów antypaństwowych. Tendencję tę potwierdza sama systematyka Kodeksu Makarewicza. Część szczególną tej ustawy rozpoczyna Rozdział XVII „Zbrodnie Stanu", następnie uregulowano „Przestępstwa przeciwko interesom zewnętrznym Państwa i stosunkom międzynarodowym" i inne przestępstwa wymierzone przeciwko państwu. Przestępstwo polegające na znieważeniu symbolu narodowego unormowano także w art. 284 powojennego Kodeksu karnego z 1969 r.[116] Jedyną sankcją przewidzianą w tym przepisie była kara pozbawienia wolności do lat 3.

4.2. Znieważenie flagi narodowej we współczesnym ustawodawstwie polskim

Omawiając współcześnie obowiązujące regulacje w kontekście problematyki ochrony symboli narodowych, należy odnieść się do trzech aktów prawnych normujących to zagadnienie: Konstytucji Rzeczypospolitej, ustawy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych[117] (dalej: ustawa o godle) oraz Kodeksu karnego[118].

Wspomniany problem najogólniej normuje ustawa zasadnicza. Konstytucja RP w art. 28 ust. 4 stanowi: „Godło, barwy i hymn Rzeczypospolitej Polskiej podlegają ochronie prawnej". W ustawie o godle również podkreślono, iż symbole narodowe są chronione przez prawo[119], a także nałożono na obywateli oraz organy państwowe, instytucje i organizacje obowiązek otaczania czcią i szacunkiem Orła Białego, biało-czerwonych barw i „Mazurka Dąbrowskiego"[120]. Warto zauważyć, iż naruszenie normy z art. 1 ust. 2 ustawy o godle[121] może być wystarczającą przesłanką do zastosowania sankcji (np. przez nadawcę programu telewizyjnego), niezależnie od tego, czy doszło też do naruszenia art. 137 Kodeksu karnego (stanowiącego o znieważeniu). Ponadto, art. 14 ustawy o godle nakłada na obywateli obowiązek zachowania powagi w czasie odtwarzania hymnu państwowego. Szczególnie istotny dla omawianej problematyki jest art. 15 ustawy stanowiący, iż „godło i barwy Rzeczypospolitej Polskiej są umieszczane, a hymn Rzeczypospolitej Pol-

[116] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. − Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

[117] Dz. U. z 1980 r. Nr 7, poz. 18 ze zm.

[118] Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553.

[119] Kwestię tę normuje art. 1 ust. 3 ustawy o godle: „Symbole Rzeczypospolitej Polskiej pozostają pod szczególną ochroną prawa, przewidzianą w odrębnych przepisach".

[120] Zob. art. 1 ust. 2 ustawy o godle: „Otaczanie tych symboli czcią i szacunkiem jest prawem i obowiązkiem każdego obywatela Rzeczypospolitej Polskiej oraz wszystkich organów państwowych, instytucji i organizacji".

[121] Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2013 r., III SK 42/12.

skiej wykonywany lub odtwarzany w sposób zapewniający im należną cześć i szacunek". Ponadto art. 16 zakazuje umieszczania symboli narodowych na przedmiotach przeznaczonych do obrotu handlowego. Z przytoczonych norm wynika, iż symbolika narodowa jest wartością cenioną przez polskiego ustawodawcę, który oprócz omówionych poniżej sankcji karnych, wprowadził konkretne regulacje mające wpłynąć na stosunek jednostek wobec godła, flagi i hymnu narodowego.

Preferowana przez ustawodawcę aksjologia, którą ujawniają powyższe przepisy, została konsekwentnie uwzględniona w części szczególnej Kodeksu karnego. Przestępstwo znieważenia symbolu narodowego jest unormowane w Rozdziale XVII „Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej". Art. 137 stanowi: „Kto publicznie znieważa, niszczy, uszkadza lub usuwa godło, sztandar, chorągiew, banderę, flagę lub inny znak państwowy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku".

Co do *ratio legis* powyższego przepisu przedstawiciele nauki prawa są zgodni. Motywem ustawodawcy była „wola ochrony godności państwa, poprzez kryminalizację zachowań, które skierowane są przeciwko jego znakom, w szczególności symbolom państwa ustalonym w jego prawie"[122]. Doktryna sygnalizuje też chęć przeciwdziałania czynom godzącym w uczucia jednostek „żywiących szacunek dla znaków o symbolice państwowej"[123]. Przedmiotem ochrony art. 137 k.k. są symbole państwowe w nim wyliczone, jednak jak zauważył Piotr Kardas: „Znamiona przestępstwa przewidzianego w art. 137 § 1 realizować będzie też takie zachowanie, które skierowane jest przeciwko przedmiotowi nie odpowiadającemu dokładnie kryteriom definicyjnym zawartym w odpowiednich przepisach, lecz który symbolizuje dostatecznie Państwo Polskie i ma charakter znaku państwowego"[124].

Jak wynika z treści samego art. 137 § 1 k.k., przestępstwo polega na czterech rodzajach działania: znieważaniu, niszczeniu, uszkadzaniu i usuwaniu znaku państwowego. Pierwsza z wymienionych czynności mogłaby polegać na „umieszczaniu obelżywych napisów lub też słownym lżeniu, urąganiu, wyszydzaniu polskich znaków państwowych"[125]. Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, iż „znieważenie oznacza […] takie zachowanie, które według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen społecznych stanowi wyraz pogardy, ośmieszenia czy uwłaczania wskazanej w art. 137 § 1 k.k. symbolice państwowej, dyskredytujące w zamierzeniu sprawcy

[122] J. Kulesza, art. 137 [w:] *Komentarz KK. Część szczególna*, t. I, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 120.

[123] J. Wojciechowska, art. 137 [w:] Komentarz KK. *Część szczególna*, t. I, pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 99.

[124] P. Kardas, art. 137 [w:] Komentarz KK. Część szczególna. II, pod red. A. Zolla, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 193.

[125] J. Wojciechowska, art. 137 [w:] Komentarz KK. *Część szczególna*, t. I, pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 99.

określone wartości związane z trwałością Państwa, jako pewnej organizacji. Przykładowo do takich zachowań zaliczyć należy szydzenie, podeptanie, oplucie flagi państwowej”[126]. Szczególne znaczenie dla analizy polskiego porządku prawnego w kontekście sprawy *Texas v. Johnson* ma drugi z wymienionych w art. 137 k.k. typów działań ewentualnego sprawcy – niszczenie. Czyn taki mógłby polegać na fizycznej dezintegracji symbolu państwowego, np. poprzez podpalenie[127]. Należy podkreślić, że o ile w przypadku znieważenia „wystarczające dla stwierdzenia odpowiedzialności karnej jest stwierdzenie, że zachowanie sprawcy według dominujących w społeczeństwie ocen i norm obyczajowych miało charakter znieważający”[128], tak w razie zniszczenia, uszkodzenia czy usunięcia symbolu państwowego, konieczne jest nastąpienie zmiany w świecie zewnętrznym[129]. Przedstawiciele nauki prawa wskazują, że „niszczenie polega na ingerencji w strukturę powodującej jej całkowite zniekształcenie, rozpad, fragmentaryzację czy po prostu unicestwienie”[130]. W przeciwieństwie do uszkodzenia, skutek niszczenia musi być nieodwracalny. Ostatnie z wyliczonych działań – „usuwanie” − polega na „zabraniu symbolu państwowego z miejsca, w którym został on wystawiony”[131].

Ważną kwestią związaną z omawianą normą kodeksową jest wymóg publicznego działania sprawcy. Termin odnosi się, jak podaje Piotr Kardas, do zachowań „w miejscu, które jest dostępne dla nieokreślonego bliżej liczebnie i rodzajowo kręgu osób”[132]. Dla spełnienia przesłanki „publiczności” działania wystarczy, aby czyn sprawcy był możliwy do zauważenia, to, czy faktycznie został on dostrzeżony, nie jest istotne[133]. Wnioskując *a contrario*, „dopuszczenie się jednej z form zachowania, wyliczonych w tym przepisie, niepublicznie, nie stanowi realizacji znamion przestępstwa z art. 137 § 1”[134]. Warto zauważyć, że Kodeks karny penalizuje też przypadki publicznego znieważenia czy niszczenia symboli państwowych, które nie zostały wystawione[135], np. flaga będąca własnością jednego z demonstrantów.

[126] Postanowienie SA w Katowicach z 29.10. 2008, II AKz 777/08 KZS 2009, Nr 7-8, poz. 72.

[127] J. Wojciechowska, art. 137 [w:] Komentarz KK. *Część szczególna*, t. I, pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 99.

[128] J. Kulesza, art. 137 [w:] *Komentarz KK. Część szczególna*, t. I, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 125.

[129] *Ibidem*.

[130] *Ibidem*, s. 123.

[131] P. Kardas, art. 137 [w:] Komentarz KK. Część szczególna. II, pod red. A. Zolla, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 192.

[132] P. Kardas, art. 137 [w:] Komentarz KK. Część szczególna. II, pod red. A. Zolla, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 162.

[133] *Ibidem*.

[134] P. Kardas, art. 137 [w:] Komentarz KK. Część szczególna. II, pod red. A. Zolla, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 193.

[135] *Ibidem*. s. 193.

Na tym etapie rozważań należy przypomnieć, że w ocenie Sądu Najwyższego USA spalenie flagi uznano za zachowanie symboliczne, w związku z tym sprawcę chroniła Pierwsza Poprawka. Natomiast w polskim prawie nie ma możliwości wyłączenia bezprawności czynu z art. 137 § 1 k.k. ze względu na wolność wypowiedzi[136]. Bezskuteczne jest powoływanie się na swobodę wypowiedzi w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej za przestępstwo znieważenia czy zniszczenia symbolu narodowego.

Polski ustawodawca ustanowił nawet karę bezwzględnego pozbawienia wolności za czyn, który może być popełniony przez ekspresję, niezagrażającą przecież życiu, zdrowiu czy mieniu innych osób. Co ciekawe, Kodeks karny przewiduje podobne sankcje za przestępstwa przeciwko zdrowiu czy mieniu, np. art. 157 § 2 „Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2" lub art. 284 § 1 k.k. „Kto przywłaszcza sobie cudzą rzecz ruchomą lub prawo majątkowe podlega karze pozbawienia wolności do lat 3".

Zacytowane powyżej normy służą ilustracji nieproporcjonalności, która wyraża się w surowości sankcji za określone przestępstwa. Zacytowane powyżej artykuły Kodeksu karnego, normujące przestępstwa przeciwko zdrowiu i mieniu, zagrożone są karą do 3 lat pozbawienia wolności. Zważywszy na fakt, że celem kary jest m. in. izolacja sprawcy od reszty społeczeństwa, aby nie mógł on popełniać kolejnych przestępstw, są to sankcje zrozumiałe, adekwatne do wagi czynu bezprawnego. Nieproporcjonalne z kolei kary ustawa przewiduje za zbezczeszczenie symbolu narodowego (do roku pozbawienia wolności). Brak proporcji wynika z faktu, że w przypadku tej drugiej kategorii czynów, sprawca nie użył przemocy, nie stworzył zagrożenia dla życia lub zdrowia innej osoby. W zasadzie działanie opisane w artykule 137 § 1 mogłoby ograniczyć się tylko do słów. Niewątpliwą wadą omawianych regulacji kodeksowych jest brak odróżnienia sprawcy, którego zachowanie miało charakter ekspresji — często przecież czyny kontrowersyjne mają jedynie zwrócić uwagę adresata lub sprowokować do przemyśleń. Działanie pozornie godzące w powagę danego przedmiotu nie jest wtedy celem samym w sobie.

4.3. Dopuszczalność ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności a legalność penalizacji przestępstw przeciwko fladze narodowej

Konstytucyjna ranga wolności słowa nie może jednakże implikować jej absolutnego charakteru. Wynika to z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który wylicza przesłanki mogące prowadzić do ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane wyłącznie w usta-

[136] J. Kulesza, art. 137 [w:] *Komentarz KK. Część szczególna*, t. I, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 127.

wie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku prawnego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty praw i wolności". Niemal tożsame przesłanki zawarte zostały w artykule 10 ust. 2 EKPCz[137]. Jak słusznie zauważył Bogusław Banaszak, katalog przesłanek materialnoprawnych wyliczonych w artykule 31 Konstytucji ma charakter zamknięty[138].

Zarówno w Konstytucji RP, jak i w EKPCz zastrzeżono możliwość ograniczania wolności i praw jednostki z uwagi na konieczność ochrony „moralności publicznej". Przedstawiciele nauki prawa konstytucyjnego uznają, że jest to „zespół zasad, norm, wzorów postępowania i ocen pozwalających uznać jakieś postępowanie za akceptowane w społeczeństwie"[139]. Ta klauzula generalna, zważywszy na fakt, iż we współczesnym społeczeństwie jednostki kierują się zróżnicowanymi systemami wartości, okazuje się niejednoznaczna. Niemniej stanowi ona *ratio legis* dla aktów normatywnych, które ograniczają swobodę wypowiedzi, czy ekspresji poprzez np. sankcje karne dla osób dopuszczających się czynów przeciwko symbolom narodowym.

Poza „moralnością publiczną", ustrojodawca wyliczył enumeratywnie pięć kolejnych wartości, których ochrona może stanowić podstawę do ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Są to między innymi bezpieczeństwo i porządek publiczny, których konieczność ochrony też stanowi przesłankę ograniczenia wolności wypowiedzi.

Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP *in fine*[140] wprowadza pojęcie istoty praw i wolności, której prawodawca nie może naruszać. Termin ten jest przedmiotem analizy doktryny i nauki prawa. Zdaniem Bogusława Banaszaka „należy przyjąć, że istota prawa lub wolności naruszona zostanie, gdy regulacje prawne, nie znosząc danego prawa lub wolności, w praktyce uniemożliwią korzystanie z niego"[141]. Uznając, że zbezczeszczenie flagi ma na celu zakomunikowanie jakiejś idei, wyrażenie dezaprobaty przeciwko władzy, należy wskazać, iż jednostce pozostają inne środki przekazania takich treści, tak więc istota konstytucyjnej swobody wypowiedzi nie została naruszona poprzez karanie za przestępstwa przeciwko symbolice narodowej.

[137] „Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlega takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej".

[138] B. Banaszak, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, art. 31, Warszawa 2012, s. 220.

[139] *Ibidem*, s. 221.

[140] Omawiany fragment artykułu brzmi: „Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty praw i wolności".

[141] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 372.

Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, iż ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności nie może godzić w zasadę proporcjonalności[142]. Jak wyjaśnia Bogusław Banaszak „chodzi w niej o to, aby ingerencja ustawodawcy w zakres prawa i wolności nie była nadmierna"[143]. Opisany przez TK „test proporcjonalności"[144] polega na odpowiedzi na trzy pytania „ 1) czy jest ona [norma prawna − przyp. B.F.] w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków […]; 2) czy jest niezbędna […] dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana […]; 3) czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń […]"[145]. Odnosząc omawianą zasadę do art. 54 ust. 1, można stwierdzić, że prawo ograniczające swobodę ekspresji związanej z symbolem narodowym byłoby w istocie niekonstytucyjne, jeżeli w nadmierny sposób ograniczałoby swobodę wypowiedzi, a ponadto nie było niezbędne do ochrony godności tych symboli. Przestępstwo z art. 137 § 1 k.k. zapewne może być popełnione w celu przekazania jakichś idei, jak np. dezaprobata wobec polityki państwa, brak zgody obywateli na łamanie praw człowieka przez władze publiczne, czy też niechęć wobec konkretnych osób, piastujących najwyższe funkcje publiczne. Odnosząc normę z art. 137 k.k. do przedstawionego powyżej „testu proporcjonalności", należy zauważyć, iż pierwsza przesłanka jest w istocie spełniona. Jeżeli celem prawodawcy jest ochrona godności symboliki narodowej, to sankcja karna z pewnością zniechęci ewentualnych sprawców. Jednocześnie jednak w ustroju demokratycznym władze publiczne nie powinny używać kar celem wymuszenia od obywateli szacunku do symboliki państwa.

Można zaryzykować stwierdzenie, iż art. 137 § 1 zostałby uznany przez TK za zgodny z Konstytucją. Wzmocnieniem tej tezy jest analiza dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącego konstytucyjności innych norm Kodeksu karnego ograniczających swobodę wypowiedzi[146]. Piszący te słowa nie zgadza się jednak z tym, iż w orzecznictwie TK (jak i Sądu Najwyższego[147]) uznano karę bezwzględnego pozbawienia wolności za adekwatną dla tego, kto swym działaniem godzi w prestiż organu władzy publicznej czy też symbolu narodowego. Zdaniem autora taka sankcja nie spełnia wymogu „niezbędności", można bowiem zastosować znacznie mniej uciążliwe kary finansowe. Omawiane rozwiązania nie czynią w pełni zadość wymogom zasady proporcjonalności. Ponadto często w sprawach dotyczących wolności słowa można odnieść wrażenie, że dokonywana jest wykładnia Konstytucji za pomocą ustaw[148]. Przy innej interpretacji norm ustawy zasadniczej, sankcje

[142] Zob. szerzej: wyrok TK w sprawie K 23/98.
[143] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne.*…, s. 373.
[144] Zob. wyrok TK w sprawie P 12/09.
[145] *Ibidem*.
[146] Trybunał Konstytucyjny nigdy nie orzekał w sprawie konstytucyjności art. 137 § 1 k.k.
[147] Patrz omówiona niżej sprawa o sygn. akt III SK 42/12.
[148] Przez to pojęcie rozumie się nadawanie takiego sensu normom konstytucyjnym, aby przepisy ustawy (zatem aktów o niższej mocy prawnej) były z nimi zgodne. Zob. szerzej: B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne.*…, s. 72-74.

z art. 137 § 1 k.k., a w szczególności kara bezwzględnego pozbawienia wolności za takie znieważenie flagi, które polega na ekspresji, mogłyby zostać uznane za niezgodne z art. 54 Konstytucji RP, a także z zasadą proporcjonalności. Wątpliwości związane właściwością kary więzienia za wyrażane przez jednostkę opinie wyrażane są przez część doktryny. Przykładem mogą być poglądy Lecha Gardockiego, który stwierdził, iż „Z natury rzeczy, bowiem w społeczeństwach demokratycznych przywiązuje się mniejszą wagę do ochrony wartości o charakterze prestiżowym, a większą do potrzeby krytyki i społecznej kontroli. Natomiast w ustrojach autorytarnych czy totalitarnych władza, niepewna swej legitymizacji, chętnie ucieka się do pewnej tabuizacji samej siebie, swych organów, instytucji i symboli”[149].

Jak wykazała powyższa analiza, prawne ograniczenie ekspresji związanej ze znieważeniem flagi, inaczej niż ma to miejsce w Stanach Zjednoczonych, jest dopuszczalne na gruncie polskiego prawa konstytucyjnego. Niemniej jednak wymiar kary przewidziany w art. 137 § 1 k.k. może budzić pewne wątpliwości w kontekście zasady proporcjonalności, w szczególności, gdy znieważenie symbolu narodowego miało na celu ekspresję idei, a nie było aktem wandalizmu. Aczkolwiek w świetle orzecznictwa i praktyki stosowania prawa, są to raczej postulaty i rozważania doktryny prawniczej.

5. Przypadki znieważenia flagi w Polsce – analiza orzecznictwa

5.1. Wstęp

Problem znieważenia flagi narodowej (uregulowany w art. 137 k.k.) był wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć polskich sądów. Znane są zarówno sprawy, w których działanie sprawcy miało charakter przemożnie symboliczny, jak i takie, gdzie zachowanie skazanego nosiło wyłącznie znamiona czynu chuligańskiego.

5.2. Znieważenie flagi przez jej fizyczną dezintegrację

Sąd Apelacyjny w Szczecinie rozpoznał apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim, w sprawie dotyczącej znieważenia flagi narodowej. Stan faktyczny przedstawia się następująco: „K.B. został oskarżony o to, że […] działając w czynie chuligańskim, tj. publicznie i bez powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku publicznego, znieważył flagę narodową Rzeczypospolitej Polskiej, uderzając nią o barierki, powodując złamanie drzewca, a następnie zamachnął się i rzucił flagą w przednią szybę jadącego samochodu osobowego […], powodując wybicie szyby w pojeździe i wyrządzając szkodę w kwocie 2094,08 zł, oraz narażając kierowcę i właści-

[149] L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 3, s. 26. Opinię tę zacytował sędzia P. Tuleja w zdaniu odrębnym do wyroku TK o sygn. akt P 12/09.

ciela pojazdu R.K. na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, tj. o czyn z art. 288 § 1 k.k. i art. 137 § 1 k.k. i art. 160 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k."[150] Sąd Okręgowy uznał K.B. za winnego zarzucanych mu czynów i wymierzył karę 5 miesięcy pozbawienia wolności[151], a także zobowiązał skazanego do częściowego naprawienia wyrządzonej szkody.

Pełnomocnik oskarżonego podniósł fakt, iż „stroną podmiotową «znieważenia» Sąd w ogóle się nie zajął i *a priori* przyjął, że każdy kto uderza flagę o barierki i rzuca w przednią szybę samochodu popełnia czyn zabroniony z art. 137 k.k."[152] Zdaniem obrony czynności podjęte przez skazanego (tj. uderzanie flagi o barierki i rzucenie nią w pojazd) nie powinny być interpretowane w kategorii znieważenia, „Które ma być wyrazem pogardy, ośmieszenia czy uwłaczania […] symbolice narodowej"[153].

Powyższych zarzutów nie podzielił Sąd Apelacyjny, utrzymując w mocy wyrok niższej instancji, „uznając apelację obrońcy oskarżonego za oczywiście bezzasadną"[154]. Sąd odniósł się do zarzutu dotyczącego tego, czy działanie K.B. było istotnie znieważeniem flagi narodowej. Uznano, iż Sąd Okręgowy właściwie zinterpretował pojęcie „zniewagi": „Samo słowo «znieważa» zawiera w sobie szereg czynności, które mogą być przedsięwzięte, aby wypełnić analizowaną przesłankę. Z całą pewnością […] takim zachowaniem jest […] naplucie na flagę, czy jej zdeptanie, ale są nim również czynności o mniejszym natężeniu negatywnej emocji i mniejszej ekspresji. […] Rzucenie flagą w jadący samochód, a już z całą pewnością szarganie flagą o barierki jest działaniem intencjonalnym, wyrażającym lekceważenie dla symboliki państwowej"[155]. Sąd argumentował podjętą decyzję systemem reguł moralnych polskiego społeczeństwa, w którym jego zdaniem szczególną rolę odgrywają barwy narodowe.

Uznawszy K.B. za winnego obu przestępstw, Sąd Apelacyjny utrzymał sankcję zasądzoną w niższej instancji. Na ten wymiar kary złożyły się następujące czynniki: dotychczasowa karalność, lekceważenie norm społecznych i chuligański charakter występku[156]. Zdaniem sądu takie rozwiązanie jest adekwatne do stopnia szkodliwości społecznej popełnionego przez K.B. przestępstwa.

Podejmując próbę oceny analizowanego wyroku, należy odnieść się do dwóch kwestii: faktu, iż skazany popełnił więcej niż jedno przestępstwo oraz kary maksymalnej, jaką mógłby orzec sąd za te czyny. Zasądzenie kary 5 miesięcy bezwzględnego więzienia za oba te czyny ma swoje uzasadnienie, K.B. rzucając flagą w poruszający

[150] Wyrok SA w Szczecinie z 4 lipca 2013 r., II AKa 114/13.
[151] *Ibidem*.
[152] *Ibidem*.
[153] *Ibidem*.
[154] *Ibidem*.
[155] *Ibidem*.
[156] *Ibidem*.

się samochód, wystąpił przeciwko życiu i zdrowiu innego człowieka, jak również naruszył normę z art. 137 § 1 ustawy karnej i zniszczył cudzą rzecz. Kara łączna mogłaby być znacznie wyższa, bo za narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia art. 160 § 1 k.k. przewiduje karę maksymalną w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności. Można zatem zaryzykować tezę, iż za sam występek z art. 137 k.k. sąd prawdopodobnie orzekłby karę pozbawienia wolności w zawieszeniu.

5.3. Usiłowanie podpalenia flagi − działanie o charakterze ekspresji

W kwietniu 2010 r. we Wrocławiu doszło do incydentu, w czasie którego znieważono flagę narodową. Stan faktyczny tego zdarzenia koresponduje z tym ze sprawy *Texas v. Johnson*: Monika P. w nocy z 14 na 15 kwietnia 2010 r. usiłowała podpalić flagę narodową wywieszoną w miejscu publicznym. Gdy to się jednak nie udało, skazana napisała na fladze wulgarne hasło, godzące w cześć niedawno zmarłego prezydenta Lecha Kaczyńskiego[157]. Ważną okolicznością jest niewątpliwie fakt, iż sprawczyni sama zgłosiła się na policję i przyznała do zarzucanych jej czynów[158]. Swoje zachowanie tłumaczyła chęcią wyrażenia sprzeciwu wobec trwającej żałoby narodowej. Monika P. poprzez ekspresję pragnęła także zwrócić uwagę na nieautentyczne, jej zdaniem, postawy przyjmowane przez Polaków po katastrofie: „Irytowało mnie, że nagle wszyscy stali się wielkimi katolikami i patriotami, a wcześniej się tak nie zachowywali"[159]. Skazana wyjaśniła, iż intencją jej działań nie było znieważenie flagi narodowej. Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał Monikę P. winną popełnienia przestępstwa z art. 137 § 1 k.k., zasądził karę 6 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na 3 lata i dozór kuratora oraz uniewinnił skazaną od zarzutu znieważenia prezydenta[160].

5.4. Usiłowanie podpalenia flagi − czyn chuligański

We Wrocławiu dwaj mężczyźni, spożywszy wcześniej alkohol, po bezskutecznych próbach podpalenia wrzucili flagę w błoto, a następnie umieścili ją w koszu na śmieci. Sprawcy zostali skazani na podstawie art. 137 k.k. − wymierzono im grzywnę w wysokości 1000 złotych[161].

---

[157] http://wroclaw.wyborcza.pl/wroclaw/1,35771,8317661,Zniewazyla_flage_ale_nie_prezydenta_Bo_ten_nie_zyje.html#TRrelSST (dostęp: 29.08.2015).

[158] http://wroclaw.wyborcza.pl/wroclaw/1,35771,8309117,Po_zalobie_sady_zajmuja_sie_bezczeszczeniem_flagi.html#TRrelSST (dostęp: 29.08.2015).

[159] Ibidem.

[160] D. Bychawska-Siniarska, *Czy można obrazić symbol narodowy?* [w:] Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce, Nr 21, wrzesień 2010 r., http://www.hfhr.org.pl/obserwatorium/images/biuletyn%20nr%2021%20www.pdf (dostęp: 29.08.2015).

[161] http://wroclaw.wyborcza.pl/wroclaw/1,35771,8309117,Po_zalobie_sady_zajmuja_sie_bezczeszczeniem_flagi.html#TRrelSST (dostęp: 29.08.2015).

Powyżej przedstawiony przypadek warto zestawić ze sprawą Moniki P., ze względu na fakt, iż w obu przypadkach podstawą skazania był jedynie art. 137 k.k. Fakt, iż oba zdarzenia miały miejsce w tym samym mieście, w odstępie kilku dni też nie jest pozbawiony znaczenia − wyklucza to ewentualną zmianę interpretacji przepisów przez sądy. Z polskiego orzecznictwa nie wyłania się tendencja do łagodniejszego traktowania sprawców, którzy poprzez sprzeczne z prawem działania chcieli wyrazić pewne idee. Ponadto, w przeanalizowanych przypadkach, osoba działająca bez wyraźnego powodu, w stanie upojenia alkoholowego, została skazana na mniej uciążliwą karę.

5.5. Działanie przeciwko fladze poprzez czyn o charakterze satyrycznym

5.5.1. Stan faktyczny

Znieważenie barw narodowych może nastąpić też przez praktyki satyryczne. Zachowanie takie miało miejsce z jednym z programów rozrywkowych, którego goście umieszczali miniaturową flagę Polski w imitacji psich odchodów[162]. Treść tej audycji spowodowała, że Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, działając na podstawie art. 53 ust. 1 i 2 w związku z art. 18 ust. 1[163] ustawy o radiofonii i telewizji (dalej: ustawa o radiofonii), zdecydował nałożyć na wydawcę karę w wysokości 417 000 złotych[164]. Decyzję uzasadniono tym, że w trakcie audycji doszło do znieważenia symbolu narodowego, zachowanie takie uznano za sprzeczne z ustawą o godle, w szczególności z art. 1. Mając na względzie powyższe, Przewodniczący KRRiT stwierdził, że złamano art. 18 ustawy o radiofonii[165] i nałożył karę finansową na nadawcę.

Powód (T. SA w W.) zaskarżył decyzję Przewodniczącego KRRiT i wniósł o jej uchylenie w całości, wskazując m. in. naruszenie art. 54 i 73 Konstytucji RP i art. 10 EKPCz[166]. Sprawę rozpatrzył Sąd Okręgowy w Warszawie, uchylając decyzję Przewodniczącego KRRiT. W uzasadnieniu zwrócono uwagę na ogólny charakter art. 1 ust. 2 ustawy o godle, który to przepis nie przewiduje sankcji i odsyła do art. 137 Kodeksu karnego, traktującego o znieważeniu symboli narodowych. Sąd uznał, iż w trakcie audycji K.W. nie doszło do znieważenia flagi, albowiem „Działanie zaproszonych do programu gości […]

[162] Zob. szerzej: wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2013 r., III SK 42/12.

[163] Art. 18 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji stanowi, że: „Audycje lub inne przekazy nie mogą propagować działań sprzecznych z prawem, z polską racją stanu oraz postaw i poglądów sprzecznych z moralnością i dobrem społecznym, w szczególności nie mogą zawierać treści nawołujących do nienawiści lub dyskryminujących ze względu na rasę, niepełnosprawność, płeć, wyznanie lub narodowość". Art. 53 ust. 1 i 2 tej ustawy upoważnia Przewodniczącego KRRiT do nakładania kar finansowych na nadawców, którzy łamią normę z art. 18.

[164] Wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2013 r. III SK 42/12.

[165] *Ibidem*.

[166] *Ibidem*.

nie było działaniem ukierunkowanym na zdeprecjonowanie flagi”[167]. W ocenie sądu nadawca jedynie nawiązał do pewnych zachowań, a audycja nie miała na celu ich propagowania w rozumieniu art. 18 ust. 1 ustawy o radiofonii.

5.5.2. Analiza wyroku Sądu Apelacyjnego

Od decyzji Sądu Okręgowego odwołał się Przewodniczący KRRiT, Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił wyrok sądu niższej instancji, uznawszy, iż „do naruszenia normy zawartej w art. 1 ustawy o godle może dojść, kiedy sprawca wyraża brak należytego szacunku i czci do flagi. Nie muszą przy tym być spełnione przesłanki art. 137 § 1 k.k.”[168] Samo zachowanie przedstawione w programie zaś, uznano za obraźliwe, nawet zakładając, iż jego celem nie było znieważenie symbolu państwowego. Sąd Apelacyjny w Warszawie nie podzielił też oceny Sądu Okręgowego, jakoby nadawca nie zachęcał publiczności do działań uderzających w godność flagi narodowej.

5.5.3. Analiza wyroku Sądu Najwyższego

Ostatecznie sprawę rozpatrzył Sąd Najwyższy. W skardze kasacyjnej zarzucono naruszenie prawa materialnego przez skład orzekający niższej instancji: m. in. art. 18 ust. 1 ustawy o radiofonii, art. 1 ust. 2 ustawy o godle w związku z art. 18 ust. 1 ustawy o radiofonii oraz normy konstytucyjne (art. 54 i 73) i konwencyjne (art. 10 EKPCz w związku z art. 18 ust. 1 i art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii). Z uwagi na mnogość zarzutów wyartykułowanych przez powoda, w tym takich, które dotyczą materii prawa procesowego, w poniższej analizie omówione zostaną wyłącznie kwestie z obszaru prawa materialnego, bezpośrednio związane z problematyką poruszaną przez niniejsze opracowanie, a dotyczące swobody wypowiedzi i zasadności kary nałożonej przez Przewodniczącego KRRiT.

Skład orzekający Sądu Najwyższego, odnosząc się do zgodności karania nadawcy z art. 10 EKPCz, powołał się na test na orzecznictwo dotyczące swobody wypowiedzi. Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjął tezę, iż swoboda wypowiedzi obejmuje też poglądy, które obrażają, oburzają i wprowadzają niepokój[169]. Uznano też[170], że art. 10 EKPCz chroni również wypowiedzi szokujące, obraźliwe i godzące we wrażliwość odbiorców przekazu[171]. Jednak wolność słowa nie ma charakteru absolutnego, jak wskazuje SN „swoboda ta może doznawać różnego rodzaju ograniczeń, aczkolwiek […] wyjątki od art. 10 EKPCz muszą być jednak konstruowane restrykcyjnie”[172].

[167] *Ibidem*.
[168] *Ibidem*.
[169] *Ibidem*.
[170] Zob. szerzej: wyrok ETPCz w sprawie 44179/98 *Murphy*.
[171] Wyrok SN z 2 lipca 2013 r., III SK 42/12.
[172] *Ibidem.*

Sędziowie przywołali też wypracowany na bazie orzecznictwa ETPCz test, pozwalający ocenić zgodność ograniczenia wolności wypowiedzi z Konwencją, składa się on z trzech elementów. Ograniczenie wspomnianej swobody musi być przewidziane przez prawo (kryterium legalności)[173]. Ponadto, ETPCz orzekł, że przepisy te muszą być dostępne dla osoby zainteresowanej, a skutki ich naruszenie winny być możliwe do przewidzenia. Ograniczenie musi też czynić zadość przesłankom wyliczonym w art. 10 ust. 2 EKPCz (kryterium celowości) oraz „musi być konieczne w demokratycznym społeczeństwie"[174] (kryterium niezbędności).

Uznano, iż wprawdzie „nałożenie kary pieniężnej na nadawcę za emisję programu zawierającego treści kwalifikowane jako niepożądane w danym systemie prawnym niewątpliwe stanowi ingerencję w swobodę wypowiedzi w rozumieniu art. 10 ust. 1 EKPCz"[175], aczkolwiek taka ingerencja nie zawsze narusza standard konwencyjny. Sąd Najwyższy uznał też, że „mimo szerokiej konstytucyjnej ochrony wolności wypowiedzi, wzmocnionej dodatkowo przez art. 14 Konstytucji, ustawa zasadnicza pozwala na wprowadzenie ograniczeń w korzystaniu z tej wolności przez nadawców telewizyjnych"[176]. Odnosząc się do faktu, czy audycja „propagowała" niezgodne z prawem zachowanie, Sąd Najwyższy uznał ustalenia poczynione przez Sąd Apelacyjny w Warszawie za słuszne. Uzasadnienie takiej decyzji wymagało przeprowadzenie interpretacji art. 18 ustawy o radiofonii w celu ustalenia znaczenia terminu „propagowanie". W ocenie Sądu Najwyższego „do stwierdzenia «propagowania» określonych zachowań, nie jest […] konieczne, przy językowej wykładni art. 18 ust. 1 ustawy o radiofonii, aby emisji określonej audycji towarzyszył zamiar przekonania odbiorców do zawartych w niej treści, bądź by twórcom audycji należało wykazać działanie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym"[177]. Ponadto uznano, iż audycja propagująca pewne postawy to taka, której treść i forma wyrazu mogą zachęcać widzów do naśladowania ukazanych w niej zachowań, lub mogą zaprezentować jakieś idee jako „właściwe i słuszne"[178]. Sąd Najwyższy konkludował, iż zważywszy na takie elementy audycji jak przedstawienie zachowań uderzających w godność flagi jako zabawy, reakcje publiczności, czy popularność prowadzącego, można stwierdzić, że w istocie propagowała ona postawy z prawem sprzeczne. W wyroku odniesiono się też do rzekomego naruszenia art. 1 ust. 2 ustawy o godle w zawiązku z art. 18 ust. 1 ustawy o radiofonii. Sąd Najwyższy przyznał rację ustaleniu Sądu Apelacyjnego, stwierdzając, iż „do

[173] *Ibidem*.
[174] *Ibidem*.
[175] *Ibidem*.
[176] *Ibidem*.
[177] *Ibidem*.
[178] *Ibidem*.

naruszenia art. 1 ust. 2 ustawy o godle nie jest konieczne udowodnienie przestępstwa z art. 137 k.k. Wystarczające jest […] okazywanie symbolowi braku czci i szacunku”[179].

Mając na względzie przytoczoną argumentację, Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną powoda, podtrzymując wyrok sądu II instancji.

6. Polskie i amerykańskie rozwiązania problemu znieważenia symbolu narodowego na tle prawodawstwa wybranych państw europejskich

Studium nad prawem i orzecznictwem polskim dotyczącym problematyki znieważenia symboliki narodowej warto rozszerzyć o analizę ustawodawstwa wybranych państw europejskich. Zarówno polskie, jak i amerykańskie rozwiązania w zakresie omawianej problematyki można osadzić w kontekście rozwiązań europejskich, celem wyeksponowania elementów różnicujących te porządki prawne. Z uwagi na brak odpowiedniego orzecznictwa ETPCz i przytoczoną wcześniej tezę o trudności wyciągania daleko idących wniosków dotyczących rozstrzygnięć Trybunału w sprawach wypowiedzi symbolicznej, autor zmuszony był ograniczyć się do analizy porządków normatywnych innych państw europejskich.

Znacznie surowsze sankcje, niż te w polskim Kodeksie karnym, przewiduje niemiecka ustawa karna − „Ten, kto publicznie, na zgromadzeniu lub poprzez rozprowadzanie materiałów pisanych […], znieważy barwy, flagę, godło lub hymn Republiki Federalnej Niemiec albo jednego z landów wchodzących w jej skład, podlega karze do lat 3 lub grzywnie”[180]. Ponadto taką samą odpowiedzialność ponosi ten, kto usuwa, niszczy lub uszkadza umieszczone publicznie symbole narodowe. Co więcej, art. 90a *in fine* niemieckiego kodeksu karnego, przewiduje wyższy wymiar kary (do 5 lat pozbawienia wolności) dla tego, kto dopuszczając się wspomnianych czynów, działa przeciwko istnieniu RFN[181].

Znacznie mniej uciążliwe sankcje unormowano we francuskim kodeksie karnym, którego normy ograniczają też liczbę symboli będących przedmiotem ochrony, oraz sytuacji, w jakich ewentualny sprawca może zostać pociągnięty do odpowiedzialności. Akt ten stanowi: „Ten, kto publicznie znieważy hymn lub flagę narodową w czasie demonstracji zorganizowanej przez władze lub zaaprobowanej przez władze, podlega karze grzywny o wysokości 7500 euro”[182]. W razie, gdyby taki czyn został popełniony przez grupę ludzi, podlegają oni dodatkowo karze 6 miesięcy pozbawienia wolności. Francu-

[179] *Ibidem*.
[180] Niemiecki kodeks karny, http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html (dostęp: 4.08.2015).
[181] *Ibidem.*
[182] Francuski kodeks karny, http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719 (dostęp: 6.08.2015).

ski Trybunał Konstytucyjny zbadał zgodność powyższego artykułu z ustawą zasadniczą, uznano, iż przepis jest konstytucyjny, ponieważ „Dotyczy wyłącznie zorganizowanych zgromadzeń publicznych”[183].

Powyższe przykłady wskazują, iż na tle ustawodawstwa europejskiego rozwiązanie amerykańskie (którego najważniejszą cechą jest przecież bezkarność sprawcy ekspresji wymierzonej w powagę flagi narodowej) jawi się jako rozwiązanie odmienne.

7. Podsumowanie

7.1. *Wnioski de lege lata*

Porównanie orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego (sprawy *Texas v. Johnson*, *Eichman v. United States*) z ustawodawstwem i orzecznictwem sądów polskich, pozwala zauważyć kardynalną różnicę − działania przeciwko godności symboliki narodowej, uznane za mowę symboliczną, znajdują ochronę Pierwszej Poprawki. W polskim systemie prawnym gwarancje dotyczące wolności słowa nie są tak szerokie, a w konsekwencji znieważenie symbolu narodowego, bez względu na intencje sprawcy, nie zostało jak dotąd uznane za dopuszczalną prawnie formę ekspresji. Polskie sądy w takich sprawach stosowały normę art. 137 § 1 k.k., zatem sprawca ponosił odpowiedzialność karną. Co więcej, nawet jeżeli uznano, iż nie doszło do znieważenia symboliki narodowej, tak więc sankcja karna nie mogła być zastosowana, dopuszczalne było zastosowanie innych dolegliwości, jak np. kara finansowa dla nadawcy. Wszystko to pozwala wysnuć wniosek, że symbolika narodowa chroniona jest przez prawo karne przed znieważeniem ze strony jednostki, a także, tu znacznie szerzej, przed uderzającymi w jej godność zachowaniami prezentowanymi w środkach masowego przekazu[184].

Kolejnym elementem różnicującym oba porządki prawne jest konstytucyjność norm ograniczających swobodę ekspresji związanej z symboliką narodową. W Stanach Zjednoczonych, po wyroku w sprawie *Texas v. Johnson*, takie regulacje uznano za sprzeczne z ustawą zasadniczą. Polski Trybunał Konstytucyjny nie orzekał w podobnej sprawie, zatem wszelkie tezy należy stawiać, opierając się na orzeczeniach TK w sprawach podobnych, orzeczeniach innych sądów (w szczególności Sądu Najwyższego) oraz poglądach doktryny. Linia orzecznicza, którą nakreśliły wyroki TK w sprawach dotyczących problematyki granic wolności słowa ukazują, iż doznaje ona jednak (dość) licznych ograniczeń. Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że Trybunał Konstytucyjny nie orzekłby o niezgodności art. 137 § 1 k.k. z art. 54 Konstytucji RP. Ponadto Sąd Najwyższy uznał, iż kara za zachowanie wprawdzie godzące w symbolikę narodową, ale nie będące znieważeniem,

[183] D. Bychawska-Siniarska, *Czy można obrazić symbol narodowy?...*
[184] Zob. sprawa o sygn. akt III SK 42/12.

jest dopuszczalna i nie stoi w sprzeczności z normami konstytucyjnymi i konwencyjnymi. Zgodność sankcji karnej za czyn o charakterze ekspresyjnym z art. 54 Konstytucji, zdaniem autora, nie jest tak oczywista, jak wynika to z dotychczasowego orzecznictwa. Wątpliwa jest choćby zgodność z zasadą proporcjonalności, art. 137 § 1 k.k. przewiduje bowiem najbardziej uciążliwą z perspektywy obywatela karę, a mianowicie karę bezwzględnego pozbawienia wolności.

Ekspresja, która znieważa symbol narodowy w Stanach Zjednoczonych jest problemem głównie z zakresu prawa konstytucyjnego − jeżeli sprawca chciał przekazać pewne idee, niewątpliwie przysługuje mu ochrona Pierwszej Poprawki. W Polsce natomiast, jest to materia prawa karnego. W powyższych rozważaniach ukazano bowiem, iż jednostce nie przysługuje w takiej sprawie ochrona konstytucyjna.

Porównanie obu porządków prawnych prowadzi do wniosku, że system prawa precedensowego stwarza silniejsze gwarancje przewidywalności w stosowaniu prawa czy podobnego wyroku w podobnej sprawie[185]. W prawie polskim bowiem sprawca przestępstwa z art. 137 § 1 k.k. może zostać zasądzony na grzywnę (która, jak w analizowanych przypadkach, bywa stosunkowo niska — 1000 złotych) lub nawet rok pozbawienia wolności. Surowość obu tych kar jest zdecydowanie zróżnicowana, a ponadto sąd na mocy art. 59 k.k., stwierdziwszy znikomą szkodliwość społeczną, może odstąpić od wymierzenia kary, także za przestępstwo znieważenia symbolu narodowego. Wszystko to skutkuje mniejszą niż w Stanach Zjednoczonych pewnością co do ewentualnego rozstrzygnięcia, a jak wiadomo jednym z elementów konstytuujących zasadę zaufania obywateli do państwa jest stałość interpretacji i stosowania prawa przez uprawnione organy.

7.2. Postulaty *de lege ferenda*

Różnice między polskimi i amerykańskimi rozwiązaniami problemu ekspresji związanej z symboliką narodową niewątpliwie mogą prowokować do refleksji, prób polemiki czy oceny regulacji prawnych obowiązujących w Rzeczypospolitej. Jak mawiał Tadeusz Kotarbiński, należy wszystko podważać, wtedy bowiem wykryć można to, co niepodważalne.

Niewątpliwie sprawcy zachowania o charakterze ekspresyjnym przyświecają inne cele, niż temu, kto dopuścił się czynu chuligańskiego, a zatem wymierzonego w porządek publiczny i pozbawionego konkretnej motywacji. Warto byłoby zatem rozważyć wprowadzenie w ustawie karnej odpowiedniej dystynkcji celem uczynienia zadość prawom jednostki pragnącej wyrazić swoje poglądy i uchronienia jej przed najsurowszą sankcją karną.

[185] Do podobnych wniosków doszedł Jacek Szydło, doceniając spójność i przewidywalność standardów amerykańskich. Zob. szerzej: J. Szydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 603-607.

Przedmiotem rewizji winna być także kara przewidziana za znieważenie symboliki narodowej. Bezwzględne pozbawienie wolności, będąc przecież ograniczeniem dobra po życiu najistotniejszego[186], powinno być przewidziane dla sprawców cięższych przestępstw. Przede wszystkim takich, które godzą w bezpieczeństwo, zdrowie lub życie. Jest to, zdaniem autora, minimum koniecznych zmian.

Wśród dalej idących postulatów wymienić należy wprowadzenie rozwiązań amerykańskich. Działanie tego, kto poprzez zachowanie symboliczne znieważa symbol narodowy zdecydowanie powinno znajdować ochronę konstytucyjnej wolności słowa. Czymże jest bowiem wolność słowa, jeżeli nie tolerancją (nie musi ona oczywiście polegać na aprobacie czy pochwale takich czynów) światopoglądów i postaw skrajnie różnych, od tych, które ceni większość społeczeństwa, często świadomie prowokacyjnych, wulgarnych lub trudnych do zaakceptowania? Wolność głoszenia tez cieszących się aprobatą władzy oraz znacznej części współobywateli, nie jest przecież wartością zbyt wzniosłą. W demokratycznym państwie prawnym swoboda wypowiedzi powinna być znacznie szersza. Warto zatem zrezygnować z jakiejkolwiek sankcji za obrazę przedmiotów, symboli czy idei, cieszących się powszechnym szacunkiem, jeżeli sprawca chciał w ten sposób wyrazić własne przekonania.

Obowiązujące aktualnie normy prawne uważam za zbyt rygorystyczne. Kara bezwzględnego pozbawienia wolności nie powinna być stosowana wobec osób, które przestępstwo popełniły przez słowa, a jednocześnie nie nawoływały do przemocy lub nienawiści. W społeczeństwie obywatelskim, wystarczającą sankcją za tego czyny powinien być ostracyzm społeczny lub publiczna polemika z ich sprawcą. Marginalizowanie znaczenia publicznej oceny danej postawy i sięganie po sankcje prawa karnego nie świadczy najlepiej o kondycji relacji państwo − jednostka.

Freedom of speech as opposed to desecration of national symbols with regard to the case *Texas vs Johnson*

Abstract: The first part of this chapter consists of an analysis of the Texas v. Johnson case, preceded by a general deliberation on symbolic speech and freedom of speech in the American law. The second part concentrates on Polish law as it regards to the issue of desacration of the national symbols, and freedom of speech. The author presented both the statutory law and most precedential judgements. Subsequently, in the very end, conclusion and a few postulates de lege ferenda are stated.

Keywords: freedom of speech, symbolic speech, flag desacration, Supreme Court of the United States, suppression of dissent, polish criminal code, freedom of speech in Poland

[186] Zob. M. Melezini (red.), *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, „System Prawa Karnego" 2010, t. 6, s.157.

Maciej Zowczak
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
Mateusz Żyła
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Nawoływanie do popełnienia przestępstwa a wolność słowa na podstawie *Brandenburg v. Ohio*[1]

1. Wprowadzenie

Wolność wypowiedzi to jedno z fundamentalnych praw przysługujących człowiekowi, respektowanych w każdym demokratycznym państwie prawa i zagwarantowane przez liczne akty prawne o charakterze międzynarodowym[2]. Jest nie tylko wolnością samą w sobie, ale też narzędziem służącym realizacji innych wartości. Pluralizm − jeden z fundamentów demokracji i podstawowych zasad funkcjonowania społeczeństwa − istnieje właśnie dzięki wolności słowa. To ona gwarantuje możliwość swobodnego konfrontowania poglądów, w wyniku czego wypracowuje się społeczny i polityczny konsensus. Wolność wypowiedzi, przez jednych uważana jest za wolność absolutną, inni zaś starają się wyznaczyć jej granice. Problematyka ta, jako całościowe ujęcie istnienia i zakresu granic tej wolności, wykracza poza ramy niniejszej pracy. Przybliżona zostanie jedna z wielu kategorii wypowiedzi, która często wywołuje kontrowersje. Jest nią kategoria wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstw. Nawet wśród zwolenników jak najszerszego ujęcia granic opisywanej wolności, zauważalna jest pewna wstrzemięźliwość i obawa przed zapewnieniem tym wypowiedziom równie szerokiej ochrony co pozostałym. Naszym zdaniem właśnie

[1] *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

[2] Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „Wolność słowa jest wartością fundamentalną w demokratycznym państwie prawa i wszelkie ograniczenia na tym polu muszą być szczególnie mocno i jednoznacznie uzasadnione innymi wartościami konstytucyjnymi", wyrok TK z 25 lutego 2014 SK 65/12; Wolność wypowiedzi gwarantują m.in. art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r., art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.

one są jednym z najważniejszych gwarantów wspomnianego pluralizmu. Przedmiotem niniejszej pracy będzie przełomowe orzeczenie *Brandenburg v. Ohio* z 1969 r., w którym wypracowano odważny jak na tamte czasy i wciąż aktualny współcześnie standard ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

Rozpoczynając rozważania na temat tej kategorii wypowiedzi, należałoby postawić pytanie, dlaczego i w jakim zakresie wymaga ona ochrony. Każdy pogląd, nawet najbardziej radykalny zasługuje na ochronę, oczywiście do momentu, kiedy nie przerodzi się w faktyczne działanie. Jeżeli stanowi on nawoływanie do popełnienia przestępstwa, czy nawet wzywa do nienawiści, objęcie go ochroną stwarza możliwość skonfrontowania go z poglądami reszty społeczeństwa i w ten sposób nawet najbardziej niebezpieczna idea ulegnie społecznemu ostracyzmowi. W pewnych przypadkach odbiór społeczeństwa i negatywna reakcja jest lepszą sankcją i zabezpieczeniem przed rozprzestrzenianiem się niebezpiecznych myśli niż państwo, które próbując chronić społeczeństwo, osiąga wręcz odwrotny skutek. Poglądy, pozbawione właśnie przez władze tych najbardziej radykalnych treści, są akceptowane przez społeczeństwo, kiedy w przypadku ich dopuszczenia, spotkałyby się z negatywnym odbiorem. Rozumowanie to znajduje oparcie w wywodzie Johna Miltona z jego dzieła *Areopagitica* z 1644 r. W traktacie tym, będącym sprzeciwem wobec uchwalonej przez parlament brytyjski ustawy wprowadzającej cenzurę utworów literackich, wskazał on, że ograniczanie wolności wypowiedzi jest bronią obosieczną − eliminującą zarówno niebezpieczne i szkodliwe wypowiedzi, jak i te wartościowe: „I chociażby wichry wszystkich doktryn zaczęły, wypuszczone, hulać po powierzchni ziemi i Prawda znalazła się w niebezpieczeństwie, wyrządzamy jej szkodę wprowadzając cenzurę oraz zakazy i niedowierzając jej sile. Niech stanie ona do walki z Fałszem − czyż ktokolwiek kiedyś słyszał, by Prawda poniosła klęskę w wolnym i otwartym starciu? Ograniczanie jej jest najlepszym i najpewniejszym sposobem jej zdławienia”[3]. Myśl ta została rozwinięta dwieście lat później w działalności Johna Stuarta Milla, który w swoim dziele *O wolności* zaproponował koncepcję *free marketplace of ideas*. Wolny rynek idei pozwala jego uczestnikom na samodzielne podejmowanie decyzji jaki pogląd, idea zasługuje na przyjęcie a jaka na zdecydowane odrzucenie. Decyzje podejmowane w wyniku działalności tego rynku są o wiele bardziej akceptowalne przez jego uczestników niż gdyby miały być podjęte przez władzę. Koncepcja „wolnego rynku idei” zostanie szerzej omówiona w dalszej części pracy, gdyż miała ona niebywały wpływ na ukształtowanie się linii orzeczniczej SN USA w dziedzinie ochrony wolności wypowiedzi w XX w. i tym samym na ostateczny kształt ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

[3] J. Milton, *Areopagitica*, tłum. J. Rzepa, Warszawa 2012, s. 102.

Kolejną kwestią, nad którą warto się pochylić jest to, czy jakiekolwiek ograniczenia wolności wypowiedzi przynoszą zakładany skutek. Warto tutaj przytoczyć wypowiedź Bartłomieja Kozłowskiego, która przedstawia się następująco: „W Stanach Zjednoczonych, gdzie swobodnie działają ugrupowania neonazistowskie (tak samo zresztą, jak i skrajnie komunistyczne), a Pierwsza Poprawka do Konstytucji − jak się ją obecnie interpretuje − zapewnia bezkarność głoszenia najbardziej nawet skrajnych − rewolucyjnych, totalitarnych czy rasistowskich − poglądów, zjawiska przemocy i dyskryminacji na tle rasowym, narodowym, czy religijnym wcale nie są częstsze, niż w wielu krajach europejskich − np. Niemczech, Francji czy Wielkiej Brytanii − w których rasistowskie wypowiedzi są zakazane, a ich autorzy karani wysokimi grzywnami lub zamykani w więzieniach”[4]. Związek między takimi wypowiedziami a czynami, jak np. gwałty czy inne akty przemocy − jeśli nawet występuje − to jest wyłącznie pośredni[5]. Na uwagę zasługuje też fakt, że ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć, jak dana wypowiedź wpłynie na zachowanie potencjalnego odbiorcy. Zastanówmy się więc, czy wypowiedzi nawołujące, zachęcające do popełnienia przestępstwa stanowią dużo większe zagrożenie niż pozostałe wypowiedzi. Dla jednych wypowiedzi wzywające do bezprawnego działania staną się jedynie przedmiotem oburzenia czy wywołają niechęć do ich autora, innym do podjęcia niebezpiecznej działalności wystarczą słowa, czy przekaz w innej postaci, które na pierwszy rzut oka wydawać się mogą całkowicie „bezpieczne”, np. wypowiedzi krytycznie odnoszące się do jakiegoś zjawiska, wydarzenia. Czy w związku z tym należałoby karać tak samo wypowiedzi krytyczne? − stąd już niedaleka droga do wyeliminowania wolności słowa z katalogu praw i wolności człowieka. Nawoływania do popełnienia przestępstwa nie mają same z siebie jakiejś „magicznej mocy”, która popycha ich odbiorców do łamania prawa, taki sam wpływ mogą mieć wypowiedzi pozbawione elementu nawołującego[6]. Rolą państwa jest zapobieganie bezprawnym działaniom, ale musi to przebiegać proporcjonalnie do zagrożenia, czego nie można powiedzieć o takim prewencyjnym ograniczaniu wolności słowa. Ponadto działalność władzy może przynieść wręcz odwrotny efekt. Jeżeli zarówno wypowiedź, jak i faktyczne działanie są zakazane, dla niektórych osób o wiele bardziej opłacalne będzie popełnienie przestępstwa niż nawoływanie do tego. Czasami zainteresowanie organów ścigania wypowiedziami o takim charakterze, nagłaśnia je i poszerza krąg potencjalnych odbiorców. Oczywiste jest, że istnieją granice, których nawet takie wypowiedzi nie mogą przekro-

[4] B. Kozłowski, *Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie Schenk versus United States,* http://wiadomosci.polska.pl/kalendarz/kalendarium/article.htm?id=36553 (dostęp: 17.07.2010), cyt. za: A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne,* Warszawa 2013, s. 250.

[5] *Ibidem*, s. 250.

[6] B. Kozłowski, *Cejrowski, nawoływanie do popełnienia przestępstwa i wolność słowa*; http://bartlomiejkozlowski.eu.interiowo.pl/incitement.htm (dostęp: 12.07.2015).

czyć. Ma to miejsce wtedy, gdy wypowiedź stanowi jedno ze znamion czynu zabronionego w postaci groźby, czy kiedy słowa nawołujące do popełnienia przestępstwa bądź je pochwalające stają się penalizowanym podżeganiem.

Idąc dalej, nawoływanie do przestępstwa często stanowi też swego rodzaju postulat zmiany prawa kierowany przez społeczeństwo, bądź jego część, w stronę ustawodawcy. W takim wypadku wypowiedzi te stanowią element politycznego happeningu, który często dla swojej skuteczności musi wykorzystywać jak najmocniejsze środki wyrazu.

Problematyka ochrony opisywanej kategorii wypowiedzi w Polsce stanowi przedmiot zainteresowania drugiej części niniejszych rozważań. Pierwsza część dotyczyć będzie ujęcia tego zagadnienia w Stanach Zjednoczonych, gdzie zdaniem autorów wykształcił się jeden z najlepszych systemów ochrony wolności wypowiedzi w ogóle i ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa. Podsumowanie stanowić będzie porównanie tych dwóch odmiennych rozwiązań i próbę oceny dokonaną przez autorów.

Przykłady wypowiedzi, które w USA podlegają ochronie, u czytelnika przyzwyczajonego do europejskich standardów mogą niekiedy wywoływać oburzenie. Należy wziąć jednak pod uwagę, że na to, w jaki sposób podchodzi się do wolności słowa w USA i na Starym Kontynencie obecnie, ma wpływ przede wszystkim odmienna historia tych regionów świata. Europa doświadczyła negatywnych konsekwencji popularyzacji ideologii takich jak nazizm czy komunizm, czego skutkiem była wyniszczająca II wojna światowa oraz Holocaust. Obecnie trudno wyobrazić sobie gdziekolwiek w Europie przemarsz organizacji neonazistowskiej po dzielnicy zamieszkiwanej przez ludność żydowską. W Stanach Zjednoczonych takie sytuacje miały miejsce i co więcej zdaniem Sądu Najwyższego USA mieszczą się one w granicach wolności wypowiedzi[7]. Obecnie ta pozytywna tendencja do jak najszerszego ujmowania granic wolności wypowiedzi zaczyna się odwracać. Wywołane jest to wszechogarniającą obawą przed terroryzmem i tym razem to Stany Zjednoczone, a nie Europa stały się miejscem najtragiczniejszych wydarzeń[8].

Rozmiary tej pracy nie pozwalają na dogłębne przeanalizowanie ewolucji, jakiej poddane zostało podejście do wolności wypowiedzi w Stanach Zjednoczonych. Należałoby jednak przybliżyć czytelnikowi parę istotnych kwestii, które stanowią podstawy systemu ochrony wolności wypowiedzi w tym kraju.

[7] *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

[8] Przykładowym orzeczeniem wyrażającym tę tendencję jest *Holder v. Humanitarian Law Project,* 561 U.S. 1 (2010). Zostanie ono omówione w dalszej części pracy.

2. Wolność wypowiedzi w amerykańskim porządku prawnym

Konstytucja Stanów Zjednoczonych została uchwalona 17 września 1787 r., a weszła w życie 4 marca 1789 r. Była ona rezultatem ostrej dyskusji, a wręcz walki toczonej między federalistami a antyfederalistami. Ci pierwsi byli zwolennikami konstytucji uchwalonej w takiej formie, ci drudzy jej przeciwnikami, którzy uznawali, że nie chroni ona praw jednostki, więc tuż po jej uchwaleniu, dążyli do wprowadzenia poprawek gwarantujących te prawa. Dlatego już wkrótce po ratyfikacji rozpoczęto dalszą dyskusję dotyczącą wprowadzenia w życie poprawek konstytucyjnych regulujących kwestie praw i wolności jednostki. Rezultatem tej dyskusji było przegłosowanie przez Kongres 25 września 1789 r. pakietu dwunastu poprawek, z których tylko dziesięć zostało ratyfikowane przez stany i weszło w życie 15 grudnia 1791 r. jako Karta Praw (*Bill of Rights*)[9]. Chociaż formalnie *Bill of Rights* jako zbiór poprawek konstytucyjnych miała charakter wiążący w całym systemie prawnym USA, to aż do lat dwudziestych XX w. uznawano, że odnoszą się one tylko i wyłącznie do rządu federalnego. Orzeczenia pochodzące z tamtego okresu (m.in. *Gitlow v. New York*[10], *Near v. Minnesota*[11] czy *De Jonge v. Oregon*[12]) rozpoczęły proces inkorporacji Karty Praw, który prowadził do uznania, że obowiązuje ona także władze stanowe[13]. Minęło więc ponad sto lat zanim obywatele Stanów Zjednoczonych mogli w pełni korzystać z praw i wolności gwarantowanych przez poszczególne poprawki.

Pierwsza Poprawka powszechnie kojarzona z wolnością słowa, wprowadziła także wolność religijną, wolność prasy oraz wolność zgromadzeń i stowarzyszeń. Wolność religijna została wyznaczona przez dwie klauzule: klauzule ustanowienia (*establishment clause*; oznacza ona rozdział państwa i Kościoła, brak religii państwowej, zakaz tworzenia przez państwo związków wyznaniowych, promowania jakiegokolwiek wyznania przez państwo) oraz klauzulę swobody praktykowania religii (*free exercvise clause*)[14]. Wprowadzającym wolność słowa i prasy twórcom poprawki towarzyszyła pamięć o czasach kolonialnych, kiedy służyły one jako narzędzie walki z Koroną brytyjską. Może też dlatego, mimo że wolność słowa jest pojęciem szerszym i wydaje się niepotrzebne osobne wyróżnienie wolności prasy, z uwagi na historię, zdecydowano się w ten sposób podkreślić rolę prasy w życiu publicznym[15]. Szkoda, że w późniejszych czasach zapomi-

[9] P. Laidler, *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*, Kraków 2007, s. 108.

[10] *Gitlow v. New York,* 268 U.S. 652 (1925).

[11] *Near v. Minnesota,* 283 U.S. 697 (1931).

[12] *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937).

[13] L. Garlicki, *Bill of Rights w rozwoju konstytucji federalnej Stanów Zjednoczonych,* [w:] *Konstytucja USA 1787−1987. Historia i współczesność,* Warszawa 1987.

[14] P. Laidler, *Konstytucja Stanów…,* s. 110.

[15] *Ibidem*, s. 114.

nano o tej historii i to Kongres, wzorem Korony ograniczał swobodę wypowiedzi, stosując środki prawnokarne podczas konfliktów zbrojnych[16]. Ostatnią już z wolności zagwarantowanych przez Pierwszą Poprawkę jest swobodne organizowanie się obywateli w zgromadzenia. Chociaż bezpośrednio nie wprowadza ona pojęcia wolności stowarzyszania się, to pośrednio wynika ona z jej postanowień[17].

Co do samej Pierwszej Poprawki i wolności wypowiedzi, to jedną z podstawowych zasad amerykańskiego porządku prawnego, którą należałoby w tym momencie przytoczyć, jest założenie, że katalog wypowiedzi pozostających poza ochroną Pierwszej Poprawki jest zamknięty. Ponadto Sąd Najwyższy przyjmuje swego rodzaju fikcję prawną, że ten stan zamknięcia istnieje już od 1791 r. (uchwalenia Karty Praw). W takim wypadku Sąd Najwyższy, decydując o wyłączeniu spod ochrony jakiejś kategorii wypowiedzi, nie kreuje tego wyłączenia, a jedynie na przykładzie konkretnego stanu faktycznego je „odkrywa"[18].

2.1. Droga do orzeczenia *Brandenburg v. Ohio*

Rozważając problematykę nawoływania do popełnienia przestępstwa w kontekście ochrony wolności słowa zagwarantowanej przez Pierwszą Poprawkę oraz analizując sam wyrok i uzasadnienie w sprawie *Brandenburg v. Ohio*, należałoby przytoczyć wcześniejsze orzeczenia US Supreme Court, które poprzedzały to historyczne rozstrzygnięcie. W tym celu konieczna wydaje się analiza ewolucji doktryny *clear and present danger* zaproponowanej przez sędziego O.W. Holmesa w sprawie *Schenck v. United States*, a odrzuconej przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wraz z uchyleniem precedensu *Whitney v. California*[19] w *Brandenburg v. Ohio* oraz poprzedzającej ją *bad tendency test.*

Doktryna *bad tendency* została sformułowana przez Sąd Najwyższy w sprawie *Patterson v. Colorado*[20]. Przed *clear and present danger* była podstawowym kryterium oceny legalności wypowiedzi stosowanym przez Sąd. Na mocy doktryny *bad tendency* wystarczające do wydania wyroku skazującego było stwierdzenie, że dana wypowiedź charakteryzuje się szkodliwą, z punktu widzenia władzy, tendencją, niezależnie od tego czy wywołała ona jakikolwiek negatywny skutek. Z takim orzecznictwem mieliśmy do czynienia na tle *Espionage and Sedition Act*. To jedne z najbardziej kontrowersyjnych ustaw − *Espionage Act* (ustawa o szpiegostwie) uchwalona w 1917 r., powstała po przyłączeniu się USA do wojny. Miała bronić przed niesubordynacją w wojsku i nie dopuszczać do popierania wrogów USA,

[16] S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie,* Warszawa 1997, s. 110.

[17] P. Laidler, *Konstytucja Stanów…*, s. 116.

[18] J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza,* Toruń 2013, s. 80.

[19] *Whitney v. California,* 274 U.S. 357 (1927).

[20] *Patterson v. Colorado,* 205 U.S. 454 (1907).

ale dodatkowo ograniczała wolność słowa. Jej rozszerzeniem i poprawką była *Sedition Act* (ustawa o buncie) z 1918 r., która karała stawianie rządu USA i jego wysiłków wojennych w złym świetle i która została uchylona w 1920 r. W ramach ciekawostki można dodać, że *Espionage Act* stała się podstawą skazania Edwarda Snowdena w 2013 r. Pragnąc przybliżyć jak niebezpieczne było stosowanie *Espionage Act* w połączeniu z *bad tendency test*, wystarczy przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku federalnego sądu apelacyjnego w San Francisco w sprawie *Schaefer v. United States*[21]: „dezaprobata wobec wojny i propagowanie pokoju nie są wprawdzie czynami wprost zakazanymi przez *Espionage Act*, jednakże dla odpowiedzialności karnej istotne jest to, czy tendencja wypowiedzi jest obliczona na spowodowanie skutku zakazanego przez ustawę"[22].

Standard ochrony opisywanej kategorii wypowiedzi nie uległ znaczącej poprawie po zastąpieniu *bad tendency test* doktryną *clear and present danger.* O ile na podstawie *bad tendency test* daną osobę można było skazać za samą „złą tendencję" wypowiedzi, o tyle doktryna *clear and present danger* dopuszczała penalizację wypowiedzi, pod warunkiem że może ona doprowadzić do zabronionego skutku lub taki był zamiar sprawcy. Doktrynę tę naszkicował sędzia Oliver Wendell Holmes w sprawie *Schenck v. United States* w 1919 r.[23] W sprawie tej, pozwany został oskarżony o próbę spowodowania niesubordynacji w wojsku i utrudniania werbunku. Ulotki, które były rozdawane nawoływały do oporu i potępiały pobór, podważając sens wysiłku wojennego. Sędzia O.W. Holmes, który był autorem uzasadnienia, odrzucił możliwość zastosowania Pierwszej Poprawki. Stwierdził on, że ocena każdego działania zależy od okoliczności, w jakiej zostało ono dokonane. Nawet najdalej posunięta ochrona wolności wypowiedzi nie usprawiedliwia, a więc i nie chroni osoby fałszywie krzyczącej „pożar" w przepełnionym teatrze, wywołując w ten sposób panikę. Idąc dalej zaznaczył, że badając konkretną sprawę, należy zadać sobie pytanie, czy dane słowa zostały wypowiedziane w takich warunkach i czy są takiej natury, że mogą spowodować jawne i bezpośrednie niebezpieczeństwo (*clear and present danger*), które przyniesie istotne zło, któremu Kongres ma prawo zapobiegać. Właśnie pytanie o bliskość i stopień zagrożenia, do którego doprowadzić może dana wypowiedź, zastąpiło więc pytanie o tendencję wypowiedzi. Kolejnym kryterium decydującym o tym, czy dane słowa zasługują na ochronę powinny być też, wspomniane wyżej, okoliczności, w jakich zostały one wypowiedziane. Taką podstawą do pozbawienia wypowiedzi ochrony według sędziego Holmesa jest na pewno wojna − gdy naród prowadzi wojnę, wiele kwestii, które można spokojnie poruszać w czasach pokoju, może stanowić przeszkodę w jego wysiłkach. Tak długo jak ona trwa,

[21] *Schaefer v. United States* 251 U.S. 466 (1920).
[22] *Ibidem*, s. 104.
[23] *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

debata prowadząca do tego niepożądanego rezultatu, może zostać powstrzymana i żaden sąd nie powinien uznać wypowiedzi o takim charakterze za korzystające z ochrony.

Sędzia O.W. Holmes nie pokusił się jednak o głębszą analizę zaproponowanej przez siebie formuły. Również w kolejnych sprawach ani sędzia Holmes, ani Sąd Najwyższy nie dokonali jasnej i jednoznacznej wykładni tej doktryny, często ją zniekształcając i stosując w celu daleko idącego zawężania wolności wypowiedzi (wybiegając w przód, można zaznaczyć, że było to jednym z powodów uchylenia precedensu *Whitney v. California* w sprawie *Brandenburg v. Ohio*). Nie minęło nawet sześć miesięcy, kiedy sędzia Holmes poddał delikatnej krytyce zaproponowany przez siebie *clear and present danger test*, zestawiając go jednocześnie z koncepcją „wolnego rynku idei".

Sprawa *Abrams v. United States*[24] badana przez Sąd Najwyższy USA w listopadzie 1919 r., to również sprawa związana z *Sedition Act* z 1918 r. Oskarżonym zarzucono rozrzucanie ulotek o charakterze antywojennym z okien budynku w centrum Nowego Jorku. Ulotki te potępiały zaangażowanie USA w wojnę domową w Rosji (wysyłanie wojsk, produkcja broni). Sąd Najwyższy utrzymał w mocy wyrok skazujący oskarżonych na kary pozbawienia wolności od 3 do 20 lat za „podżeganie do oporu przeciwko wysiłkowi wojennemu i zachęcanie do ograniczania produkcji przemysłu wojennego". Z wyrokiem tym nie zgodził się sędzia O.W. Holmes, autor opisywanej formuły *clear and present danger*. W swojej opinii odrębnej nawiązał także do opisywanej już koncepcji *free marketplace of ideas*, wyraźnie nawiązując do poglądów Johna Miltona i Johna Stuarta Milla. Co ważne, wolność wypowiedzi w opinii sędziego O.W. Holmesa nie ma charakteru absolutnego, a jej granicę stanowi pozytywny wynik zaproponowanego przez niego testu *clear and present danger*. Sędzia Holmes, opowiadając się za szerszą ochroną wypowiedzi, stwierdził, że nie należy ograniczać swobodnego przepływu i swobodnej konkurencji na wolnym rynku idei, chyba że pojawiające się na nim idee stanowią tak poważne zagrożenie, że dla ratowania kraju konieczna jest natychmiastowa interwencja.

W kolejnych po *Abrams v. United States* sprawach (m.in. *Schaefer v. United States*, *Pierce v. United States*[25], *Gitlow v. New York*) sędziowie Holmes i Brandeis kontynuowali rozpoczętą w 1919 r. drogę na rzecz poprawy standardu ochrony wolności wypowiedzi, wyrażając swoje poglądy w zdaniach odrębnych. Jedną z najważniejszych spraw w dziedzinie ochrony wolności słowa była sprawa *Whitney v. California* z roku 1927.

Anita Whitney, działaczka Komunistycznej Partii Pracy została skazana na podstawie *California Criminal Syndicalism Statute*, który penalizował członkostwo w organizacji nawołującej do użycia siły w celu wywołania gospodarczych lub politycznych

[24] *Abrams v. United States,* 250 U.S. 616 (1919).
[25] *Pierce v. United States,* 252 U.S. 239 (1920).

zmian. Sąd jednomyślnie uznał skazanie Whitney oraz *California Criminal Syndicalism Statute* za zgodne z konstytucją, argumentując przy tym, iż państwo ma prawo do karania tych, którzy nadużywają swojego prawa do wolności słowa poprzez wypowiedzi zagrażające dobru publicznemu, podżegające do przestępstwa bądź grożące obaleniem rządu. Rozstrzygnięcie tej sprawy stało się wiążącym precedensem aż do 1969 r. i decyzji Sądu Najwyższego, który uniewinnił Clarence'a Brandenburga, uchylając przy tym precedens *Whitney v. California.*

Działalność sędziów Holmesa i Brandeisa i ich opinie w omawianych sprawach stanowiły konsekwentne dążenie do zapewnienia omawianej wolności jak najsilniejszej ochrony. Forsowali oni koncepcję *free marketplace of ideas*, którą zestawili z naszkicowanym przez sędziego Holmesa w sprawie *Schenck v. United States* testem *clear and present danger*. Stali na stanowisku, że każda idea, myśl, pogląd zasługują na pojawienie się na wolnym rynku myśli, ponieważ potencjalne zło i fałsz, jakie ze sobą niosą spotka się z negatywną reakcją uczestników tego rynku. Dopiero wówczas, gdy niebezpieczeństwo, jakie za sobą niosą jest realne i czasu jest zbyt mało na reakcje rynku (przykład z teatrem i pożarem) − wypowiedź spełnia test *clear and present danger* i powinna się spotkać z działaniem ze strony władz, które są uprawnione i zobowiązane do zapobiegania takim niebezpieczeństwom. To stanowisko zostało ostatecznie zaakceptowane w 1969 r. w sprawie *Brandenburg v. Ohio*. Tym samym koncepcja „wolnego rynku idei" zyskała praktycznie status hegemona determinującego linię orzeczniczą Sądu Najwyższego USA (a potem także sądów niższych instancji na szczeblu federalnym i stanowym) w sprawach dotyczących wolności wypowiedzi[26].

2.2. Analiza wyroku *Brandenburg v. Ohio*

Clarence Brandenburg jako lider grupy Ku Klux Klanu w Ohio swoim działaniem doprowadził do powstania precedensu, który ukształtował orzecznictwo US Supreme Court na lata i do dnia dzisiejszego jest uznanym standardem ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

Latem 1964 r., przed zebraniem swojej grupy Ku Klux Klanu zadzwonił on do reportera stacji telewizyjnej w Cincinnati i zaprosił go na zjazd, który odbywał się na farmie w hrabstwie Hamilto. W porozumieniu z organizatorami reporter i operator wzięli udział w spotkaniu i nagrali wydarzenie. Fragmenty nagrania zostały później wyemitowane w lokalnej i w ogólnokrajowej telewizji. Akt oskarżenia został oparty na nagraniach i zeznaniach, na których widać jak oskarżony rozmawia z reporterem oraz jak przemawia do uczestników zjazdu. Stan Ohio jako dowody przedstawił też przedmioty, które pojawiają się na filmie, czyli między innymi: pistolet, karabin, strzelbę, amunicję, Biblię.

[26] A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi…*, s.121.

Jeden z filmów pokazuje tylko reportera i dwanaście trzymających broń zakapturzonych postaci, które są skupione wokół palącego się krzyża. Większość słów wypowiedziana na nagraniu jest niezrozumiała, ale pojedyncze zdania wydają się uwłaczać Murzynom, a w jednym przypadku także Żydom. Inna scena na tym samym filmie pokazuje Brandenburga, który w regaliach Klanu wygłasza przemowę. Wypowiedź ta w całości brzmi: „To jest spotkanie organizatorów. Tylko część członków jest tutaj dzisiaj – mamy setki, setki członków w Stanie Ohio. Mogę zacytować fragment z niedzielnego wydania, sprzed pięciu tygodni z gazety «Ohio Dispatch» wydawanej w Columbus: Klan ma więcej członków w stanie Ohio, niż jakakolwiek inna organizacja. Nie jesteśmy organizacją żądną zemsty, lecz jeśli nasz Prezydent, nasz Kongres i nasz Sąd Najwyższy będą nadal dławić białą, kaukaską rasę jest możliwe, że trzeba będzie dokonać zemsty. Maszerujemy na Kongres 4 lipca, siłą czterystu tysięcy ludzi. Tam dzielimy się na dwie grupy, jedna maszeruje do St. Augustine na Florydzie, druga do stanu Missisipi. Dziękuję".

Drugi film również pokazuje sześć zakapturzonych osób, z których niektóre trzymają broń. Jedna z nich została później zidentyfikowana jako oskarżony, powtarzał on przemowę bardzo podobną do tej nagranej na pierwszym filmie. Wzmianka o możliwej zemście została przeoczona, ale zostało dodane zdanie: „Osobiście wierzę, że czarnuchy powinny wrócić do Afryki, a Żydzi do Izraela"[27].

Clarence Brandenburg został skazany na podstawie *Ohio Criminal Syndicalism Statute* za „nawoływanie o... obowiązku, konieczności oraz stosowności przestępstwa, sabotażu, przemocy oraz innych działań terrorystycznych jako środków do osiągnięcia politycznych lub gospodarczych reform" oraz za „dobrowolne zgromadzanie się ze społecznością, grupą, zbiorowiskiem osób zebranych w celu nauczania i propagowania doktryny kryminalnego syndykalizmu". Został ukarany grzywną $ 1000 i skazany na karę 10 lat pozbawienia wolności. Wnosząc apelację, zakwestionował konstytucyjność *Ohio Criminal Syndicalism Statute*, w związku z Pierwszą i Czternastą Poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, Sąd Apelacyjny Stanu Ohio podtrzymał decyzję bez wydania opinii, natomiast Sąd Najwyższy Stanu Ohio odrzucił jego apelację *sua sponte* z powodu braku istotnej kwestii konstytucyjności, nie dołączając uzasadnienia swojej decyzji. Apelacja została skierowana do Sądu Najwyższego, a ten stwierdził, że jest na tyle zasadna, że ją rozpatrzył.

Ohio Criminal Syndicalism Statute z 1919 r. to ustawa wpisująca się w trend ustaw powstających równocześnie w wielu stanach, tworzonych po to, aby bronić się przed skrajną lewicą, komunistami i anarchistami. Powstawanie tych ustaw było spowodowane strachem przed działaniem Komunistycznej Partii USA, która skuteczną propagandą potrafiła przeciągać na swoją stronę młodych Amerykanów. Ustawy te opisywały czyny

[27] Opis stanu faktycznego na podstawie wyroku *Brandenburg v. Ohio,* tłumaczenia tekstów oryginalnych pochodzą od autorów niniejszego opracowania.

karalne, tj. nawoływanie do popełnienia przestępstwa, sabotaż, przemoc, działania terrorystyczne, mające doprowadzić do przemysłowych, gospodarczych, lub społecznych zmian. W 1927 r. Sąd Najwyższy podtrzymał konstytucyjność jednej z takich ustaw − ustawy stanu Kalifornia (patrz: *Whitney v. California*).

W wyroku, który zapadł 9 czerwca 1969 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, że zarówno przepisy opisanej wyżej ustawy, jak i jej zastosowanie, mające na celu karanie zwykłego (abstrakcyjnego) zachęcania, nawoływania do popełnienia przestępstwa i zakazujące, pod groźbą kary, zbierania się z innymi w celu nawoływania do opisanego działania, jest niezgodne z Pierwszą i Czternastą Poprawką. Sąd uchylił precedens *Whitney v. California*, odcinając się od przyjętej wcześniej doktryny *clear and present danger.*

Słowa użyte już w sentencji wyroku oraz powtórzone potem w jego uzasadnieniu pozwoliły na skonstruowanie nowego standardu ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa i nowego kryterium oceny, które w porównaniu do wcześniejszych *bad tendency* i *clear and present danger* idzie najdalej w kierunku jak najpełniejszej realizacji wolności, o której mowa w Pierwszej Poprawce.

Jak czytamy w wyroku: „Wolność słowa i prasy nie pozwalają władzom stanowym na zakazywanie nawoływania do użycia siły lub łamania prawa, chyba że takie nawoływanie przybiera postać podżegania do nieuchronnego i bezprawnego działania i jest prawdopodobne, że dojdzie ono do skutku". Tylko taka wypowiedź podlega karze, która przybiera postać podżegania do bezprawnego działania, przy czym wystąpienie tego działania musi być niemal natychmiastowe i jest prawdopodobne, że wypowiedź osiągnie taki skutek. W rzeczywistości tak sformułowana zasada to swoiste poprawienie, jeżeli chodzi o poziom ochrony oraz wyeliminowanie, jeżeli chodzi o możliwości wykorzystywania w celach politycznych, testu *clear and present danger*. W sprawie *Abrams v. United States* sędzia O.W. Holmes stwierdził, że wypowiedź może podlegać karze, jeżeli stwarza niebezpieczeństwo doprowadzenia do natychmiastowego bezprawnego działania lub wywołanie takiego efektu objęte było zamiarem mówcy. Natomiast orzeczenie *Brandenburg v. Ohio* zastępuje to „lub", prowadząc do tego, że aby ukarać mówcę, należy udowodnić, iż jego wypowiedź stworzyła takie niebezpieczeństwo i objęte to było zamiarem mówcy[28]. Nie ulega wątpliwości, że tak ujęta zasada gwarantuje nieporównywalnie większą swobodę w korzystaniu z wolności słowa i wymusza na organach ścigania wykazanie, że zaszły obie z wymienionych okoliczności. Jednak to, co na pierwszy rzut oka wydaje się idealnym, prowolnościowym rozwiązaniem, po dłuższym zastanowieniu pozostawia więcej wątpliwości i niejasności niż by się mogło wydawać. Już w samym wyroku brak jest jasnego powiąza-

[28] T. Healy, *Brandenburg In a Time of Terror,* Seton Hall University, marzec 2008, s. 15.

nia między zaistniałym stanem faktycznym a stworzoną na jego podstawie doktryną. Sąd nie podjął się także próby zdefiniowania, a nawet objaśnienia użytych w zastosowanym przez siebie teście terminów − tj. „natychmiastowe" czy „prawdopodobne". W uzasadnieniu żaden z tych problemów nie zostaje w zasadzie rozwikłany. W przeszło 40-letniej historii funkcjonowania tego precedensu Sąd Najwyższy nie pokusił się także o daleko idącą analizę tego rozwiązania, i próbę usunięcia jego niedoskonałości. W następnej części pracy autorzy spróbują dokonać wykładni tej doktryny, aby przenieść ją na grunt polskiego porządku prawnego[29].

Spójrzmy jak Sąd Najwyższy uzasadnił zastosowanie przez siebie opisanego testu. Główny zarzut stawiany przez Sąd wobec *Ohio Criminal Syndicalism Statute* i jej zastosowaniu w sprawie Clarence'a Brandenburga dotyczył tego, że ustawa penalizowała wypowiedzi nawołujące do popełnienia przestępstwa, nawet jeśli ich charakter był czysto abstrakcyjny, a wywołanie negatywnych konsekwencji nie było objęte zamiarem sprawcy lub nie było prawdopodobne. Tego rozróżnienia między zwyczajnym nawoływaniem a podżeganiem do nieuchronnego bezprawnego działania nie wypracowano także w trakcie procesu. W uchylonym precedensie *Whitney v. California* w 1927 r. Sąd Najwyższy utrzymał konstytucyjność podobnej ustawy – *California Criminal Syndicalism Statute*. W orzeczeniu tym Sąd stwierdził, że stan może zapobiegać niebezpieczeństwu, jakie stanowi pochwalanie przemocy jako sposobu na wymuszenie politycznych czy ekonomicznych zmian. Takie podejście zostało jednak zdyskredytowane, jak czytamy w uzasadnieniu z *Brandenburg v. Ohio*, w późniejszych orzeczeniach − w *Dennis v. United States*[30] i *Yates v. United States*[31]. Te późniejsze wyroki ukształtowały zasadę, że konstytucyjna gwarancja wolności słowa i prasy nie pozwala żadnemu ze stanów zakazywać ani delegalizować nawoływania do użycia siły i naruszania prawa z wyjątkiem przypadku, kiedy takie nawoływanie ma na celu podżeganie lub stwarzanie bezpośrednio grożącego, bezprawnego działania i wystąpienie takiego działania jest wysoko prawdopodobne. Właśnie taką zasadę przyjął Sąd w omawianym uzasadnieniu i stwierdził, że *Ohio Criminal Syndicalism Statute* narusza w związku z tym Pierwszą i Czternastą Poprawkę.

Do stanowiska Sądu przyłączyli się w opiniach zbieżnych sędziowie Black i Douglas. Sędzia Douglas w swojej opinii poruszył kwestie, których zabrakło w stanowisku całego sądu, z jego uzasadnieniem zgodził się sędzia Black.

Sędzia Douglas w pierwszych akapitach swojej opinii zbieżnej zarysował rozwój doktryny *clear and present danger* ze sprawy *Schenck*. Przytaczając sprawy,

[29] Szerzej problematykę wykładni i nieprecyzyjności orzeczenia *Brandenburg v. Ohio* poruszył Thomas Healy w pracy *Brandenburg In a Time of Terror.*

[30] *Dennis v. United States,* 341 U.S. 494 (1951).

[31] *Yates v. United States,* 354 U.S. 298 (1957).

w których wykorzystano tę doktrynę (*Abrams, Schaefer, Pierce*), zwrócił uwagę, że okolicznością, która miała największy wpływ na te rozstrzygnięcia była I wojna światowa. Sprawy te pokazały jak *clear and present danger* może być wykorzystane, aby zniszczyć „fundamentalne prawo wolnego człowieka do dążenia do lepszych warunków życia w drodze zmiany ustawodawstwa i zmiany prawnych instytucji”[32]. Według sędziego Douglasa wątpliwe jest już zastosowanie tego testu w czasach wojny, a w czasach pokoju jest to już absolutnie nie do zaakceptowania. Odrzucając doktrynę *clear and present danger*, potwierdził zasadność uchylenia precedensu *Whitney v. California*. W dalszych rozważaniach sędzia Douglas poszedł o krok dalej, stwierdzając, że w reżimie Pierwszej Poprawki, nie ma w ogóle miejsca na test *clear and present danger.* Swoje stanowisko oparł na przypadkach zastosowania tego testu, kiedy był on wielokrotnie zniekształcany i wykorzystywany w celu usprawiedliwiania procesów politycznych. Jeszcze raz zwrócił uwagę na poruszane już przez sąd rozróżnienie między tym, co stanowi przekonania i idee a tym, co jest jawnym aktem działania. Ta pierwsza kategoria to swoiste sanktuarium, którego rząd nie może naruszać oraz błędne jest zaliczenie do tej kategorii wypowiedzi osoby, która w zatłoczonym teatrze fałszywie wszczyna alarm, krzycząc „pożar”. W ten sposób sędzia Douglas skrytykował wspomniany już wcześniej argument najczęściej wysuwany przez przeciwników ochrony tej kategorii wypowiedzi. Stwierdził on również, że taka wypowiedź stanowi klasyczny przypadek, gdzie wypowiedź jest połączona z działaniem i w takim wypadku oskarżenie nie dotyczy już użytych słów, ale działania, którego te słowa są jedynie elementem.

Opinia zbieżna sędziego Douglasa kończy uzasadnienie wyroku ze sprawy *Brandenburg v. Ohio*, stanowiącego przełomowe i prowolnościowe rozstrzygnięcie, które odwróciło wieloletnią tendencję Sądu Najwyższego do zawężenia zastosowania Pierwszej Poprawki. Od momentu powstania tego precedensu minęło już prawie pół wieku, spójrzmy więc jak Sąd Najwyższy korzystał z testu zastosowanego w *Brandenburg v. Ohio* w kolejnych sprawach dotyczących wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

2.3. *Brandenburg v. Ohio* w późniejszych latach

Od czasu rozstrzygania w sprawie *Brandenburg v. Ohio*, czyli od 1969 r., Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jedynie dwa razy odniósł się do tego precedensu − w 1973 r. w sprawie *Hess v. Indiana* oraz w 1982 r. w sprawie *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*[33]

[32] Fragment orzeczenia *Brandenburg v. Ohio,* (tłum. własne – M.Z., M. Ż.)
[33] T. Healy, *Brandenburg…,* s. 17.

Cztery lata po orzekaniu w sprawie *Brandenburg v. Ohio* Sąd Najwyższy zajął się sprawą studenta, który uczestniczył w antywojennym proteście odbywającym się na terenie kampusu Uniwersytetu Indiana w Bloomington[34]. Opierając się na zebranym w sprawie materiale dowodowym, podczas protestu ponad 100 osób zablokowało drogę i nie reagowało na wezwania do jej opuszczenia. Kiedy policji udało się w końcu usunąć tłum i odblokować jezdnię, wspomniany student krzyknął „Przejmiemy tę pieprzoną ulicę później". Następnie został aresztowany, oskarżony i skazany za zakłócanie porządku. Według sądu, jego słowa „zachęcały uczestników protestu zgromadzonych wokół niego do dalszego bezprawnego działania i było wysoce prawdopodobne, że wywołają takie następstwo". Sąd Najwyższy nie zgodził się z taką interpretacją, zaznaczając, że jego słowa w najgorszym wypadku mogły stanowić nawoływanie do nielegalnego działania w nieokreślonej bliżej przyszłości. Sąd uznał, że to nie uzasadnia w żaden sposób skazującego wyroku i przytoczył *Brandenburg test*. Trzech sędziów zgłosiło zdanie odrębne, twierdząc, że większość niedopuszczalnie odrzuciła wnioski dowodowe sądu niższej instancji. Co najważniejsze, nie zakwestionowali oni jednak zasadności zastosowania *Brandenburg test*. Wyrok w sprawie *Hess v. Indiana* pokazuje, że Sąd Najwyższy interpretuje przesłankę „bliskości" (*imminence requirement*) w sposób ścisły i rygorystyczny. Nawoływanie do nielegalnego działania w bliżej nieokreślonym momencie tego samego dnia (co miało miejsce w tej sprawie), nie jest wystarczające − działanie to musi nastąpić w bliższym odstępie czasu.

W drugiej sprawie, *NAACP v. Claiborne Hardware Co*. Sąd Najwyższy uchylił wyrok skazujący grupę Afroamerykanów za zorganizowanie bojkotu sklepów prowadzonych przez białych[35]. Jednym ze skazanych był Charles Evers, pierwszy sekretarz NAACP (National Association for the Advancement of Colored People). Groził on Afroamerykanom, którzy odmówili uczestnictwa w bojkocie. Jak twierdzili sprzedawcy, Evers namawiał do przemocy w stosunku do przeciwników bojkotu i powinien zostać skazany za straty, które ponieśli w związku z tym. Sąd Najwyższy również i w tym przypadku nie zgodził się z wyrokiem skazującym, ponownie odwołując się do sprawy *Brandenburg v. Ohio* − „Ten Sąd wyraził się jasno... że zwyczajne nawoływanie do użycia siły lub do bezprawnego nawoływania nie pozbawia mówcy ochrony ze strony Pierwszej Poprawki". Po zacytowaniu *Brandenburg test*, Sąd zaznaczył, że słowa Charlesa Eversa podlegają ochronie, ponieważ żadne bezprawne działanie, do których wzywały, nie miało miejsca w ciągu tygodni, miesięcy od ich wypowiedzenia.

Mimo że stan faktyczny nie do końca uzasadniał zastosowanie *Brandenburg test* (słowa Eversa nie stanowiły nawoływania do bezprawnego działania, a raczej groźbę

[34] *Hess v. Indiana,* 414 U.S. 105 (1973).
[35] *NAACP v. Clairborne Hardware Co.,* 458 U.S. 886 (1982).

wobec przeciwników bojkotu), odwołanie do tego precedensu potwierdziło, że mimo upływu lat jest on właściwym i akceptowanym standardem ochrony wypowiedzi nawołujących do bezprawnego działania.

Opisane sprawy to jedyne dwa przypadki, kiedy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zastosował przyjęty w 1969 r. precedens *Brandenburg v. Ohio*. Sprawy te, mimo upływu lat i zmian w składzie Sądu Najwyższego, potwierdzają akceptację tak skonstruowanego standardu ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa. Z drugiej strony, chociaż precedens ten dalej formalnie obowiązuje, często zdarzały się sytuacje, że Sąd Najwyższy „zapominał" o jego istnieniu, bądź odwoływał się do niego, mimo to odmawiając ochrony danej wypowiedzi. Tytułem przykładu wspomnieć można o dwóch takich sprawach − *Holder v. Humanitarian Law Project*[36] oraz *Morse v. Frederick*[37]. Przedmiotem sprawy tej drugiej sprawy było ukaranie studenta przez uniwersytet stanowy za publiczne wystawienie transparentu z napisem „Bong Hits 4 Jesus", co zostało uznane za wypowiedź zachęcającą do użycia narkotyków. Sąd Najwyższy w tej sprawie nie odniósł się w ogóle do rozstrzygnięcia *Brandenburg v. Ohio* i orzekł na korzyść władz uniwersyteckich. Sprawa *Holder v. Humanitarian Law Project*, to już pokłosie pogłębiającej się walki z terroryzmem. W sprawie tej pozwana organizacja pozarządowa kwestionowała konstytucyjność ustawy, która zakazywała wspierania organizacji uznanych za terrorystyczne. Szkolenie prowadzone przez tę organizację i skierowane do uznanych za terrorystyczne Partii Pracujących Kurdystanu i Tamilskich Tygrysów dotyczyło między innymi tego, jak posługiwać się prawem międzynarodowym, co miało być wykorzystane w celu uzyskania pomocy finansowej w związku z tsunami. Sąd Najwyższy nie przychylił się do tego wniosku, dopuszczając taką ingerencję w wolność wypowiedzi. Nie odniósł się ponadto do *Brandenburg v. Ohio*, nie biorąc pod uwagę, czy zabroniona przez ustawę działalność w tym przypadku była w stanie przyczynić się do aktu przemocy, którego wystąpieniu ta ustawa ma zapobiegać. Wyrok ten był szeroko krytykowany, zwracano uwagę przede wszystkim na fakt, że działalność tej organizacji pozbawiona była elementu przemocy i nawoływania do bezprawnego działania. Stanowi przykład wspomnianej wyżej tendencji do zawężania ochrony „niebezpiecznych wypowiedzi" w związku z działalnością organizacji terrorystycznych. Miejmy nadzieję, że to jedynie epizod i działalność Sądu Najwyższego nie pójdzie w stronę rozstrzygnięć z okresu Red Scare. Istnieją skuteczniejsze metody walki z terroryzmem niż ograniczanie wolności słowa własnych obywateli.

Podsumowując, w ponad 40-letniej historii obowiązywania precedensu *Brandenburg v. Ohio*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych tylko dwa razy odniósł się do

[36] *Holder v. Humanitarian Law Project,* 561 U.S. 1(2010).
[37] *Morse v. Frederick,* 553 U.S. 393 (2007).

niego, wskazując go jako standard ochrony wypowiedzi i rozstrzygając na korzyść oskarżonych w sprawach *Hess* i *NAACP.* Zdarzały się liczne przypadki, kiedy Sąd Najwyższy zdaje się „zapominał" o jego istnieniu lub odmawiał jego zastosowania. Często spotykało się to z krytyką ze strony przedstawicieli nauki, jak również znajdowało wyraz w zdaniach odrębnych − w opisanych wyżej sprawach *Morse v. Frederick* i *Holder v. Humanitarian Law Project* sędziowie J. Stevens i S. Breyer skrytykowali pominięcie w opiniach większości odwołania się do sprawy *Brandenburg v. Ohio*. Mimo tego że precedens ten nie jest zbyt często powoływany w orzecznictwie Sądu Najwyższego, dalej formalnie obowiązuje i uważany jest za dobry standard ochrony wypowiedzi nawołujących do bezprawnego działania.

Natomiast w odróżnieniu od Sądu Najwyższego, który ma dogodność wyboru spraw, którymi będzie się zajmował, sądy niższej instancji wielokrotnie orzekały w sprawach dotyczących kwestii podniesionych w *Brandenburg v. Ohio*[38]. Marc Rohr w swoim artykule, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech that Encourages or Facilitates Criminal Acts* dzieli te sprawy na cztery grupy. Pierwsza to egzekwowanie odpowiedzialności karnej za podżeganie, spisek lub groźbę popełnienia przestępstwa, druga to tzw. *copycat crimes,* w których powód twierdzi, że doznał szkód w wyniku działań, do których doszło w wyniku wypowiedzi pozwanego, trzecia to sprawy o oszustwa podatkowe, w których przedmiotem zarzutu była pomoc w złożeniu niezgodnego z prawdą zeznania podatkowego oraz ostatnia to grupa spraw cywilnych na tle roszczeń odszkodowawczych, w których przedmiotem pozwu była zawarta w książce pozwanego instrukcja popełnienia przestępstwa[39]. Większość tych spraw łączy podobne podejście do *Brandenburg test*. Jak pisze T. Healy, zastosowanie *Brandenburg v. Ohio*, a często też zupełne pominięcie go w orzekaniu, nie napawa optymizmem[40]. Wiele razy sądy odmawiały ochrony tej kategorii wypowiedzi, w innych przypadkach zaś źle interpretowały standard ochrony nakreślony w *Brandenburg v. Ohio*. Takie podejście do tego precedensu spowodowane jest wieloma czynnikami, zaczynając od tego, że mimo upływu lat, precedens ten nie został na tyle umocniony i dopracowany przez dalsze orzecznictwo, aby sądy niższej instancji stosowały go w sposób swobodny i jednolity, a kończąc na celowym, jak pisze J. Skrzydło, pomijaniu precedensów korzystnych dla sprawców czynów godzących w podstawy finansowe funkcjonowania państwa[41].

[38] T. Healy, *Brandenburg…,* s. 17 i n.

[39] J. Marc Rohr, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech that Encourages or Faclitates Criminal,* [za:] J. Skrzydło, *Wolność słowa…,* s. 124.

[40] T. Healy, *Brandenburg…,* s. 16 i n.

[41] J. Skrzydło, *Wolność słowa…,* s. 125.

3. Nawoływanie do popełnienia przestępstwa w polskim porządku prawnym – wprowadzenie

Zastanówmy się, czy problem wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa jest tyle istotny, aby rozważyć go odrębnie na gruncie prawa polskiego. Zdaniem autorów jak najbardziej zasługuje on na rozważenie. Stanowisko to znajduje uzasadnienie na wielu płaszczyznach. Wyprzedzając kolejność przeprowadzonego w niniejszej pracy rozważania, wypowiedzi o takim charakterze zakazane są m.in. przez art. 255 Kodeksu karnego[42] (dalej także jako k.k.). Opierając się na policyjnych statystykach w 2014 r., prowadzono 41 postępowań, zakończonych w 36 przypadkach stwierdzeniem popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 255 k.k.[43] Liczby te może nie są zbyt imponujące, lecz sprawa wygląda inaczej, kiedy zestawimy je z danymi dotyczącymi np. art. 196 Kodeksu karnego – przestępstwa obrazy uczuć religijnych (55 wszczętych postępowań, 38 stwierdzonych przestępstw)[44]. Dane te w obu przypadkach są niemalże identyczne, mimo to w mediach o wiele częściej słyszymy o przypadkach obrazy uczuć religijnych niż o nawoływaniu do popełnienia przestępstwa. Statystki te świadczą o dwóch zjawiskach, z jednej strony nawoływanie do popełnienia przestępstwa jest tak samo wartym poruszenia problemem jak obraza uczuć religijnych, z drugiej zaś daje podstawy do rozważań nad zasadnością obowiązywania tego przepisu. W dalszej części pracy analizie zostanie poddany zwłaszcza ten drugi postulat.

Prawnokarne zagrożenie w przypadku wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa powstrzymuje wiele osób od wyrażania swoich myśli i poglądów. W wielu przypadkach organy ścigania, zupełnie niepotrzebnie, muszą reagować na wypowiedzi wypełniające znamiona czynu z art. 255 Kodeksu karnego, mimo że nie niosą one tak naprawdę żadnego zagrożenia. Co więcej, jak już wspomniano wyżej, działanie takie niepotrzebnie nagłaśnia kontrowersyjne poglądy. Głośna była sprawa Wojciecha Cejrowskiego podróżnika i publicysty, który, prezentując swoje stanowisko odnośnie do tęczy na placu Zbawiciela w Warszawie, świadomie bądź nie, naruszył wspomniany przepis. W wywiadzie dla Polskiego Radia RDC, opublikowanym w „Newsweek Polska", komentując spalenie tęczy na placu Zbawiciela w Warszawie stwierdził, że „[...] należy palić takie pomniki, należy zwalczać wszelkimi sposobami, nielegalnymi również [...]"[45]. Zdaniem przedstawicieli Kampanii Przeciwko Homofobii wypowiedź ta

[42] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

[43] http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-13/63612,Nawolywanie-do-przestepstwa-art-255.html (dostęp: 12.07.2015).

[44] http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-5/63492,Obraza-uczuc-religijnych-art-196.html (dostęp: 12.07.2015).

[45] Cały wywiad dostępny na stronie: http://polska.newsweek.pl/wojciech-cejrowski-w-rozmowie-z-tomaszem-kwasniewskim-na-newsweek-pl,artykuly,274840,1.html (dostęp: 12.07.2015).

naruszała art. 255 k.k., zgodnie z którym karze podlega ten, kto nawołuje do popełnienia przestępstwa lub publicznie je pochwala[46]. Mimo iż w oczach autorów takie wypowiedzi nie zasługują na aprobatę, sytuacja, w której ich autora miałaby spotkać kara pozbawienia wolności czy grzywny (takie kary są przewidziane przez art. 255 Kodeksu karnego) jest trudna do zaakceptowania. Bartłomiej Kozłowski, odnosząc się w swoim artykule do tego wywiadu, słusznie zauważa, iż nie należy wszelkich przypadków „publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa traktować tak samo – trzeba je rozróżnić, biorąc pod uwagę okoliczności, w jakich nawoływanie to ma miejsce"[47]. Inny jest wydźwięk tych słów, jak pisze Kozłowski, gdy kierowane są one do rozwścieczonego tłumu, a inny, gdy pojawiają się one w radiu, na blogu czy łamach gazety. W pierwszej sytuacji okres między wypowiedzią a działaniem jej odbiorców jest zbyt krótki na przemyślenia, dyskusję i kontrargumentacje. „Wolny rynek idei" nie zdąży odegrać swojej roli, więc potrzebna jest interwencja władzy. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia, kiedy na jednym z koncertów w Zielonej Górze raper Ryszard Andrzejewski, znany pod pseudonimem „Peja", słowami „wiecie co z nim zrobić" i „wszystko na mój koszt" nawoływał do pobicia jednego z uczestników koncertu[48]. Druga z przywołanych sytuacji stwarza możliwość polemiki z autorem wypowiedzi przez słuchaczy, czytelników czy rozmówców. Idąc dalej, nawet gdyby Wojciech Cejrowski we wspomnianym wywiadzie inaczej sformułował swoje słowa, zastępując nawoływanie do spalenia tęczy, ostrą i agresywną krytyką, nie mamy pewności, czy tak sparafrazowane słowa, prawnokarnie indyferentne, nie skłoniłyby ich odbiorcy do nielegalnego działania[49]. Autor określonej wypowiedzi w takiej sytuacji nie może odpowiadać za umyślne działanie innych osób.

Przypadki wypowiedzi, które z punktu widzenia Kodeksu karnego należałoby traktować jako przestępstwa, jak pokazują wspomniane wyżej statystyki, są liczne i często, jak wypowiedź w sprawie Wojciecha Cejrowskiego, nie powinny spotkać się z tak poważną sankcją. Z drugiej strony wypowiedzi takie jak te kierowane przez rapera Peję do rozemocjonowanego tłumu jak najbardziej zasługują na potępienie. Zestawienie tych zgoła odmiennych sytuacji potwierdza wspomnianą wyżej opinię, że wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa nie należy traktować tak samo. Autorom tych wypowiedzi nie zawsze przyświecają złe intencje, ich słowa to częściej forma wyrażenia poglądów niż wezwanie do naruszenia porządku prawnego. To, że wpisują się one

[46] http://polska.newsweek.pl/wojciech-cejrowski-zawiadomienie-do-prokuratury-homofobia-newsweek,artykuly,274907,1.html (dostęp: 12.07.2015); stanowisko Kampanii Przeciwko Homofobii dostępne na stronie: http://www.kph.org.pl/pl/component/content/article/830-zawiadomienie-o-popenieniu-przestpstwa-przez-wojciecha-cejrowskiego (dostęp: 12.07.2015).

[47] B. Kozłowski, http://bartlomiejkozlowski.eu.interiowo.pl/incitement.htm (dostęp: 12.07.2015).

[48] http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,7735712,Wyrok_ws_frajera_Peja_winny_Zaplaci_ok_17_tys_html.

[49] B. Kozłowski, http://bartlomiejkozlowski.eu.interiowo.pl/incitement.htm (dostęp: 12.07.2015).

w często kontrowersyjne dyskusje, jak te dotyczące związków homoseksualnych czy legalizacji narkotyków, nie oznacza, że zasługiwać mają na szczególne potępienie. Każdy postulat zmiany, czy to sposobu myślenia w społeczeństwie, czy zmiany w prawodawstwie, zasługuje na wysłuchanie, nawet jeśli chcąc zostać zauważonym, przybiera prowokacyjną postać. Ostatecznie to społeczeństwo zadecyduje, czy postulat ten zostanie zrealizowany, czy spotka się z negatywnym odbiorem.

4. Wolność wypowiedzi w polskim porządku prawnym

Wolność wypowiedzi zyskała miano wolności konstytucyjnej w drugiej połowie XVIII w., pojawiając się w art. XI Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. i Pierwszej Poprawce do Konstytucji USA z 1791 r. Od tego momentu sukcesywnie następowała popularyzacja, a następnie uniwersalizacja wspomnianej wolności. W polskim porządku prawnym pojawiła się ona po raz pierwszy w Konstytucji z 17 marca 1921 r.[50] Przewidywały ją także kolejne polskie ustawy zasadnicze: Konstytucja z 23 kwietnia 1935 r.[51] oraz Konstytucja PRL z 22 lipca 1952 r.[52] W przypadku tej ostatniej konstytucyjna gwarancja wolności wypowiedzi nie miała rzeczywistego odzwierciedlenia w praktyce, co wpisuje się w specyfikę tego okresu historii Polski.

Obecna Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r.[53], wpisując się w tradycję polskiego konstytucjonalizmu, zgodnie ze standardami panującymi w państwach demokratycznych również gwarantuje wolność wypowiedzi. Poświęca jej trzy odrębne przepisy: art. 14, dotyczący wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, art. 54, gwarantujący wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, a także art. 213, stanowiący, że na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji stoi Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (KRRiT). Takie „rozbicie" wolności wypowiedzi na trzy odrębnie zredagowane przepisy spotyka się niekiedy z krytyką. W literaturze zwraca się uwagę na ich niespójność oraz nadanie w ten sposób jednym postanowieniom charakteru bardziej eksponowanego od pozostałych, podkreślając, że w dokumentach międzynarodowych wszystkie aspekty wolności wypowiedzi umieszczono kompleksowo w ramach jednego przepisu. Zdaniem Artura Biłgorajskiego krytyka ta jest nieuzasadniona, chociażby z powodu odrębności w redagowaniu traktatów międzynarodowych i systematyki polskiej ustawy zasadniczej. Przepisy te należy traktować komplementarnie, a ich rozmieszczenie w różnych rozdziałach

[50] Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 44, poz. 267 ze zm.).

[51] Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. Nr 30, poz. 227).

[52] Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 232 ze zm.).

[53] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Konstytucji wskazuje na różne ich przeznaczenie, raz wyrażając w ten sposób stosunek państwa do społeczeństwa obywatelskiego, drugim razem określając wolność wypowiedzi jako wolność osobistą jednostki[54]. Autorzy niniejszej pracy podzielają opisane wyżej stanowisko, ponieważ taka regulacja wolności wypowiedzi wpisuje się w systematykę przyjętą na gruncie naszej ustawy zasadniczej.

Z uwagi na temat niniejszej pracy najbardziej istotna wydaje się regulacja przewidziana w art. 54 ust. 1 Konstytucji, która gwarantuje trzy odrębne, acz powiązane i uzależnione od siebie wolności jednostki: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji[55]. Przepis ten ma zasadniczy charakter − zapewnia każdemu wolność wyrażania poglądów (zwaną w tradycji prawa konstytucyjnego wolnością słowa), co stanowi fundament społeczeństwa demokratycznego i warunkuje rozwój intelektualny jednostek[56]. Mimo że wolność słowa jest uregulowana w rozdziale II Konstytucji, zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela", w podrozdziale „Wolności i prawa osobiste" to, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, ma ona charakter „mieszany" – wolności osobistej w sferze życia prywatnego i wolności politycznej w sferze życia publicznego[57]. Podmiotem wolności słowa, wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji, mogą być zarówno jednostki (osoby fizyczne), jak i podmioty zbiorowe, a wśród nich partie polityczne i komitety wyborcze, które składają się przecież z osób fizycznych i w ich imieniu się wypowiadają[58]. Użycie w tym przepisie słowa „każdy", akcentuje fakt, iż mamy tu do czynienia z prawami człowieka, których kręgu podmiotów nie można ograniczać – służą one zarówno obywatelom innych państw, jak i apatrydom[59].

Pierwszą z wolności przewidzianych w art. 54 ust. 1 jest wolność wyrażania swoich poglądów. Gwarantuje on zatem swobodę ich wyrażania, a nie posiadania – ustrojodawca wyszedł z założenia, że wolnością posiadania poglądów prawo nie może się zajmować, gdyż jest to sfera zachowań ludzkich, która nie nadaje się do regulacji prawnych[60]. Forma wyrażania poglądów nie jest istotna, ponieważ art. 54 ust. 1 Konstytucji chroni wszelkie zgodne z prawem formy ekspresji, które umożliwiają jednostce uzewnętrznianie i eksponowanie własnego stanowiska[61].

Wyrażanie poglądów to jedna strona aktywności jednostki w kontaktach z innymi, drugą jest pozyskiwanie i rozpowszechnianie informacji, których w kontekście całego

[54] A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi…*, s. 186.
[55] Wyrok TK z 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 39.
[56] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 330.
[57] Wyrok TK z 20 lipca 2011 r., K 9/11, OTK-A 2011, nr 6, poz. 61.
[58] *Ibidem*.
[59] A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi…*, s. 186.
[60] *Ibidem*, s. 195.
[61] Wyrok TK z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

art. 54 ust. 2 nie można rozumieć ściśle tylko jako danych dotyczących faktów, stanów, sytuacji itp., ale należy je raczej rozumieć jako pochodzący od kogoś przekaz obejmujący także i jego poglądy. Możliwość zapoznania się z informacjami, postulatami, ocenami innych osób umożliwia wypracowanie swojego stanowiska i ma fundamentalne znaczenie dla kształtowania własnych poglądów[62].

Omawiana wolność wypowiedzi zagwarantowana w art. 54 Konstytucji RP nie ma charakteru absolutnego. Jak pisze Bogusław Banaszak: „wolność wyrażania poglądów ani wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji nie może być absolutyzowana, zwłaszcza, gdy prowadziłaby do naruszania innych wartości chronionych konstytucyjnie oraz praw i wolności jednostki"[63]. Sam art. 54 nie zawiera jednak klauzuli ograniczającej. Zastosowanie znajduje tu klasyczna klauzula ograniczeń wolności i praw jednostki z art. 31 ust. 3[64]. Każde ograniczenie wolności wypowiedzi musi więc spełniać przesłanki wymienione w tymże przepisie. Po pierwsze, każda regulacja wpływająca na kształt granic konstytucyjnego prawa lub wolności może być przewidziana wyłącznie w ustawie. Kolejną przesłanką jest zasada konieczności, która oznacza, że każde ograniczenie praw i wolności powinno być oceniane pod kątem tego, czy istnieją mniej uciążliwe dla obywatela środki, które również sprawdziłyby się w realizacji zamierzonego przez ustawodawcę celu. W art. 31 ust. 3 Trybunał Konstytucyjny odnalazł także zasadę proporcjonalności, określaną także jako zakaz nadmiernej ingerencji[65]. Dokonując oceny danego ograniczenia, stosując tę zasadę, należy odpowiedzieć na następujące pytania: „1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków: 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela"[66]. Kolejnymi przesłankami są przesłanki materialnoprawne, które uzasadniają ograniczenie wolności i praw. Są to: bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz ochrona wolności i praw innych osób[67]. Ostatnią z zasad jest zakaz naruszania istoty wolności i praw, a z naruszeniem takim mamy do czynienia, kiedy dana regulacja prawna stanowiąca ograniczenie danego prawa lub wolności, formalnie go nie znosząc, uniemożliwia faktyczne korzystanie z niego[68].

[62] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 332.

[63] *Ibidem*, s. 333.

[64] A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi…,* s. 217.

[65] J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.,* Kraków 2004, s. 396.

[66] Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995, K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

[67] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 220.

[68] *Ibidem*, s. 223.

Oprócz ogólnej klauzuli ograniczającej, która znajduje zastosowanie w przypadku wolności wypowiedzi, w literaturze wymienia się inne przepisy ustawy zasadniczej, które również odgrywają pewną rolę w limitowaniu wolności wypowiedzi. Są to: art. 13, art. 42 ust. 3, art. 45 ust. 2 oraz art. 54 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP[69]. Pierwszy z wymienionych przepisów wprowadza zakaz istnienia partii politycznych i innych organizacji, które propagują totalitarne metody nazizmu, faszyzmu czy komunizmu, bądź których programy lub działalność dopuszczają użycie przemocy w celach politycznych albo przewidują utajnienie struktur lub członkostwa. Przepis ten przypomina bardziej postanowienia ustawy karnej niż konstytucji, a ponadto przynosi więcej szkody niż pożytku, gdyż zagrożenie płynące z działalności partii faszystowskich czy komunistycznych wydaje się anachroniczne, a w obecnych czasach o wiele bardziej niebezpieczne mogą się okazać zjawiska o charakterze technologicznym, medialnym czy konsumpcyjnym[70]. Ponadto partie antysystemowe należy tolerować, a tym, co powinno je eliminować z życia publicznego, powinna być reakcja społeczeństwa, a nie wyrok sądu. W jaki sposób przepis ten ogranicza wolność wypowiedzi? Partie polityczne i inne stowarzyszenia są formą uzewnętrzniania poglądów[71] i jak pisze Bogusław Banaszak, z zakazu istnienia wymienionych w art. 13 partii politycznych „[…] wyprowadzić można też logicznie zakaz propagowania programów odwołujących się do tych zakazanych metod i praktyk, nawet jeśli nie czynią tego partie polityczne i inne organizacje”[72]. Propagowanie to nic innego jak forma wyrażania swoich poglądów, o którym mowa w art. 54 Konstytucji RP.

Następny z przepisów – art. 42 ust. 3 Konstytucji wprowadza zasadę domniemania niewinności. Domniemanie to nie jest tylko prawem proceduralnym, ma ono również swój wymiar materialny, z którego wynika m.in. zakaz wydawania tzw. wyroków prasowych[73]. Potwierdza to konkretyzacja tego przepisu w art. 13 ust. 1 prawa prasowego[74]: „Nie wolno wypowiadać w prasie opinii co do rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym przed wydaniem orzeczenia w I instancji”[75].

Kolejne ograniczenie to możliwość wyłączenia jawności rozprawy sądowej, o której mowa w art. 45 ust. 2. Konstytucji. Nie obejmuje jednak ono ogłoszenia wyroku, ponieważ ta część procesu odbywa się zawsze publicznie.

[69] *Tamże*, s. 238 i n.

[70] K. Complak, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, s. 27.

[71] A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi…,* s. 239

[72] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 125.

[73] J. Jaskiernia, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny,* red. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2009, s. 144.

[74] Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).

[75] A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi…,* s. 241.

Ostatnie z ograniczeń wolności wypowiedzi wymienionych w Konstytucji RP przewiduje ten sam przepis, który ją gwarantuje − art. 54 ust. 2. Jego zdanie pierwsze przewiduje zakaz koncesjonowania prasy i cenzury prewencyjnej środków społecznego przekazu. Zdanie drugie dopuszcza wprowadzenie ustawowego obowiązku uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej.

W związku z dyspozycją zawartą w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej pozostałe ograniczenia wolności wypowiedzi mogą przewidywać jedynie akty prawne o charakterze ustawowym. Z uwagi na temat niniejszej pracy oraz najbardziej represyjny charakter ograniczeń, naturalne jest omówienie przepisów Kodeksu karnego wpływających na kształt granic wolności wypowiedzi.

Zawarcie w Kodeksie karnym przepisów ograniczających wolność wypowiedzi, którym często towarzyszą dość surowe sankcje, takie jak pozbawienie wolności, w pierwszej chwili wydawać się może dyskusyjne. Należy zauważyć, że w wielu przypadkach przepisy te stanowią nie tylko ograniczenie, ale też ochronę tej wolności i gwarantują jej niezakłócone wykonywanie. Ponadto usprawiedliwienie dla takich surowych regulacji stanowią potencjalne kolizje wolności wypowiedzi z innymi wolnościami czy wartościami, takimi jak bezpieczeństwo publiczne, prywatność czy życie i zdrowie. Ograniczenia wolności wypowiedzi przewidziane w Kodeksie karnym, tak jak i wszystkie inne ustawowe ograniczenia wspomnianej wolności, muszą spełniać wymogi przewidziane przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Poszczególne przepisy Kodeksu, czyniąc zadość wspomnianym regulacjom, chronią wymienione w tym artykule wartości – możliwość ich potencjalnego zagrożenia jest przesłanką umożliwiającą wprowadzenie danego ograniczenia. I tak w przypadku ochrony wolności i praw innych osób Kodeks karny opisuje przestępstwo zniesławienia (art. 212) i zniewagi (art. 216). Wolność wypowiedzi może kolidować także z pozostałymi wartościami wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: z bezpieczeństwem państwa (tutaj m.in. przestępstwo ujawnienia tajemnicy państwowej – art. 265 – lub publiczne nawoływanie do wszczęcia wojny napastniczej – art. 117 § 3), z porządkiem publicznym (przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa lub pochwalanie jego popełnienia opisane w art. 255, które będzie przedmiotem rozważań w następnej części pracy lub nawoływanie do nienawiści określone w art. 256) czy z moralnością publiczną (np. przestępstwo publicznego pochwalania lub propagowania zachowań o charakterze pedofilskim − art. 200b)[76]. Jak łatwo zauważyć, Kodeks karny przewiduje wiele przepisów ograniczających wolność wypowiedzi. Należałoby sobie zadać pytanie, czy we wszystkich przypadkach jest to uzasadnione, czy nie licuje to z pozostałymi wymogami przewidzianymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i czy normy prawnokarne są odpowiednimi narzędziami w walce z nad-

[76] *Ibidem*, s. 245 i n.

użyciami wspomnianej wolności. Problem ten zostanie rozważony na przykładzie przestępstw związanych z nawoływaniem do popełnienia przestępstwa.

Podobny do art. 255 k.k. przepis odnoszący się do popełnienia przestępstwa odnajdujemy także w Kodeksie wykroczeń[77] (dalej także jako: k.w.) – art. 52a. Daną wypowiedź stanowiącą nawoływanie możemy zakwalifikować więc jako przestępstwo lub wykroczenie. Art. 52a Kodeksu wykroczeń podobnie jak przepis art. 255 k.k. chroni porządek i spokój publiczny. Penalizuje nawoływanie do popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Również w tym przypadku do wypełnienia znamion przestępstwa konieczne jest, by sprawca działał publicznie. Analogicznie też należy interpretować zawarte w dyspozycji art. 52a k.w. określenia „nawoływanie" i „pochwalanie". Art. 52a pkt 2 określa znamię wykroczenia, jakim jest nawoływanie do przeciwdziałania przemocą aktowi stanowiącemu źródło powszechnie obowiązującego prawa RP. Poprzez przeciwdziałanie przemocą należy rozumieć działanie sprawcy przybierające czynną formę zachowania, o charakterze bezpośrednim lub pośrednim, polegające na aktywnym, siłowym przeciwstawieniu się, prowadzącym do użycia siły fizycznej czy też innych fizycznych środków nacisku[78]. Działanie sprawcy opisane w art. 52a pkt 2 będzie tyczyło się każdego z aktów będących źródłem powszechnie obowiązującego prawa w Polsce, które w sposób enumeratywny wymienia Konstytucja RP[79]. W omawianym przepisie ustawodawca użył sformułowania „jeżeli czyn albo jego skutki nie były znaczne", co odróżnia ten przepis od art. 255 § 1 i 2 k.k. Z tego względu wydaje się, że określenie, czy dane zachowanie ma charakter jeszcze wykroczenia, czy już przestępstwa jest czysto uznaniowe. Wykroczenia z art. 52a k.w. mają charakter formalny i mogą być popełnione tylko umyślnie przez każdego człowieka – mają one charakter powszechny[80].

Nie tylko przepisy prawne kreują granice wolności słowa. Takie ograniczenia świadomie bądź nie narzucają sobie sami autorzy niektórych wypowiedzi, cenzura taka tworzona jest także przez społeczeństwo. Autocenzura, jak i szeroko rozumiana poprawność polityczna prowadzą do tego, że autor wypowiedzi jest jednocześnie jej cenzorem. Nie sposób pominąć kwestii ekonomicznych, istotnych zwłaszcza w działalności prasy, radia czy telewizji, gdzie często zamiast treścią przekazu, kieruje się wielkością nakładu i oglądalnością. Jak pisze Marian Maciejewski „W PRL dziennikarze chcieli głosić prawdę, lecz nie mogli; w RP mogą, ale nie zawsze chcą. Bo to się nie opłaca"[81]. Idąc dalej, wypowiadanie kontrowersyjnych i niepopularnych opinii często wywołuje nega-

[77] Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2015 r., poz. 1094).

[78] T. Grzegorczyk, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz,* red. T. Grzegorczyk, Warszawa 2013, s. 240.

[79] *Ibidem*, s. 240.

[80] J. Piórkowska-Flieger, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz,* red. T. Bojarski, Warszawa 2013, s. 151.

[81] M. Maciejewski, *Kulisy dziennikarstwa, czyli granice wolności kija,* Warszawa 2009, s. 98, za: A. Biłgorajski, *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień,* Katowice 2014, s. 52.

tywną reakcję otoczenia, co sprawia, że osoba chcąca skorzystać z wolności wypowiedzi rezygnuje z tego w obawie o swoją reputację i społeczną akceptację, a czasem zdrowie czy życie. Zagrożenie agresywną reakcją odbiorców może pozbawić społeczeństwo możliwości konfrontowania opinii i szansy na zmianę poglądów. Może dlatego prawodawca, zamiast skupiać się na represyjnych regulacjach ograniczających wolność wypowiedzi, większą wagę powinien przyłożyć do tworzenia przepisów przewidujących ochronę osób korzystających z tej wolności, a pośrednio gwarantujących swobodny i bezpieczny przepływ myśli i poglądów.

5. Nawoływanie do popełnienia przestępstwa a polski Kodeks karny

Kodeks karny z 1997 r., podobnie jak wszystkie poprzednie polskie kodeksy karne, penalizuje publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa i poświęca mu przepis art. 255 k.k.[82] Nie jest to jedyny przepis, który odnosi się do tego rodzaju przestępstwa – podobny odnajdujemy w art. 126a, gdzie karalne jest nawoływanie do popełnienia wymienionych w nim przestępstw oraz pośrednio w art. 126b, który dotyczy niedopełnienia obowiązku należytej kontroli skutkującego m.in. popełnieniem przestępstwa z art. 126a. W niniejszej pracy przedmiotem dokładniejszej analizy będzie art. 255 k.k.

Artykuł 255 k.k. wywodzi się z art. 280 Kodeksu karnego z 1969 r.[83], z tym że w obecnym kodeksie regulacja ta została podzielona na nawoływanie do popełnienia występku, na nawoływanie do popełnienia przestępstwa skarbowego, nawoływanie do popełnienia zbrodni oraz pochwalanie popełnienia przestępstwa. Przepisy § 1 i 2 to specyficzne formy podżegania, skierowane do nieokreślonej osoby czy grupy osób wychodzą poza ramy art. 18 § 2 k.k.[84]

Umieszczenie art. 255 k.k. w rozdziale XXXII „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu" wskazuje na rodzajowy przedmiot ochrony. Jest nim porządek publiczny, który stanowi także indywidualny przedmiot ochrony tegoż przepisu[85]. Wszystkie trzy opisane w art. 255 k.k. typy przestępstw mogą zostać popełnione przez każdą osobę zdolną do ponoszenia odpowiedzialności karnej, mają więc charakter powszechny[86].

[82] R. A. Stefański, *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa,* „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 1, s. 7.

[83] Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.

[84] Z. Ćwiąkalski, [w:] *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz,* red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1368.

[85] R. A. Stefański, *Przestępstwo publicznego… ,* s. 8.

[86] A. Herzog, [w:] *Kodeks karny. Komentarz,* red. R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 1601.

Przestępstwa z artykułu 255 k.k. mają charakter przestępstw formalnych, co oznacza, że nie jest konieczne, by do popełnienia przestępstwa doszło, wystarczy samo dotarcie wezwania do osoby zdolnej zrozumieć przekaz[87]. Jednakże, aby można było mówić o wyczerpaniu znamion przestępstwa, niezbędne jest, by nawoływanie miało charakter publiczny. Nawoływanie możemy traktować jako publiczne, jeżeli jest dostępne dla bliżej nieokreślonej liczby osób[88]. Samo to, że odbywa się ono w miejscu publicznym, nie świadczy o publicznym charakterze. Z jednej strony za publiczne możemy uznać nawoływanie w mieszkaniu prywatnym, jeżeli zorganizowano tam ogólnodostępne spotkanie, z drugiej zaś nie będzie zachowaniem publicznym prywatna rozmowa w kawiarni, restauracji czy parku[89].

Wszystkie występki stypizowane w art. 255 k.k. charakteryzują się umyślnością w postaci zamiaru bezpośredniego[90]. Zachowanie sprawcy stanowiące nawoływanie zwykle będzie polegało na zachęcaniu potencjalnych odbiorców do sprzecznego z prawem zachowania. Jeżeli chodzi o pochwalanie popełnienia przestępstwa, to stanowić je będzie jednoznaczne wyrażanie aprobaty[91]. Zarówno nawoływanie, jak i pochwalanie musi dotyczyć czynów stanowiących przestępstwo według polskiego ustawodawstwa, nie ma także powodów dla odrzucenia tezy, że dotyczyć to może także czynu zabronionego stypizowanego w umowie międzynarodowej[92].

Nawoływanie do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego stypizowane w § 1 zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2, natomiast nawoływanie do popełnienia zbrodni jest zagrożone tylko jedną karą, a mianowicie pozbawieniem wolności do lat 3. Najłagodniej jest karane pochwalanie popełnienia przestępstwa. Jest ono zagrożone karą grzywny do 180 stawek dziennych, karą ograniczenia bądź pozbawienia wolności do roku.

Swoistym *lex specialis* art. 255 §2 jest przepis art. 126a k.k., który za nawoływanie do wymienionych w nim przestępstw przewiduje surowszą karę, bo od 3 miesięcy aż do 5 lat pozbawienia wolności[93]. Przestępstwa te są znacznie poważniejsze i godzą w ustalony przez prawo międzynarodowy porządek publiczny[94]. Co więcej, art. 126b k.k. przewiduje karę również dla osób, które mając rzeczywistą władzę i kontrolę nad osobą dopuszczającą się przestępstwa z art. 126a, nie zapobiegły temu, choć miały taki obowiązek.

[87] *Ibidem*, s. 1601.

[88] A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz.,* t. II, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 318.

[89] R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego…,* s. 14.

[90] A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny…*, s. 319.

[91] *Ibidem*, s. 319.

[92] R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego...,* s. 9.

[93] Z. Ćwiąkalski, [w:] *Kodeks…*, s. 1372.

[94] M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz,* red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 79.

Nowelizacja wprowadzająca te dwa przepisy pochodzi z 2008 r., co świadczy o tym, że polski prawodawca zamiast stawać się bardziej liberalny na płaszczyźnie wolności słowa, idzie w zupełnie innym kierunku i zaostrza kary za nawoływanie do popełnienia przestępstwa, a nawet karze za nieumyślne przyczynianie się do nawoływania.

6. *Brandenburg v. Ohio* w świetle polskiego porządku prawnego

Po dokonaniu analizy orzeczenia *Brandenburg v. Ohio* oraz regulacji dotyczących wolności wypowiedzi i przepisów ją ograniczających w zakresie nawoływania do popełnienia przestępstwa w Polsce zostanie dokonana wykładnia koncepcji przyjętej na gruncie sprawy *Clarence'a Brandenburga* oraz próba przeniesienia tego rozwiązania na grunt polskiego porządku prawnego.

W przełomowym i nadal aktualnym, jak napisano wyżej, orzeczeniu z 9 czerwca 1969 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zaproponował test, swoiste kryterium oceny, wedle którego należałoby oceniać, czy dana wypowiedź stanowiąca nawoływanie do popełnienia przestępstwa mieści się w granicach ochrony gwarantowanej przez Pierwszą Poprawkę, czy też jej autora powinna spotkać odpowiedzialność karna. W oryginalnym brzmieniu *Brandenburg test* (doktryna *incitement* [95]) prezentuje się następująco: „Freedom of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action[96]". W polskiej literaturze prezentowano różne tłumaczenia niniejszego testu, tytułem przykładu można przytoczyć tłumaczenie zaproponowane przez Jacka Skrzydłę, który przedstawił doktrynę *incitement* w formie pięcioelementowego testu: „mówcę można pociągnąć do odpowiedzialności, jeżeli jego wypowiedź zakwalifikujemy jako 1) wspieranie 2) zmierzające do spowodowania 3) natychmiastowego 4) bezprawnego działania, jeżeli 5) wspieranie to prawdopodobnie spowoduje taki skutek[97]". Inna propozycja brzmi następująco: „wolność wypowiedzi podlega ochronie z wyjątkiem sytuacji, w których chodzi o podżeganie do bezpośrednich działań bezprawnych i w których przypadku istnieje prawdopodobieństwo rzeczywistego wywołania takich działań[98]". Na potrzeby niniejszej pracy przygotowaliśmy swoje tłumaczenia, które prezentuje się podobnie do przytoczonych wyżej interpretacji: „tylko taka wypowiedź podlega karze, która przybiera postać podżegania do bezprawnego działania, przy czym wystąpienie takiego działania musi być niemal natychmiastowe i jest prawdopodobne, że wypowiedź osiągnie taki skutek".

[95] J. Skrzydło, *Wolność słowa…*, s. 122.
[96] *Brandenburg v. Ohio,* 395 U.S. 444 (1969).
[97] J. Skrzydło, *Wolność słowa…*, s. 122.
[98] S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA*…, s. 115.

Rozpoczynając wykładnię *Brandenburg test*, należy zacząć od zdefiniowania pojęć w nim użytych. T. Healy słusznie zwrócił uwagę na fakt, iż pojęcia mające duży wpływ na zastosowanie tego testu są nieostre, a Sąd Najwyższy nie podjął się do tej pory dokładnej analizy wyroku *Brandenburg v. Ohio,* która pozwoliłaby na usunięcie tych niejasności[99]. Na interpretację zasługują przede wszystkim terminy takie jak „natychmiastowe działanie", „prawdopodobieństwo osiągnięcia skutku", „podżeganie" czy „bezprawne działanie".

W jakim przypadku będziemy mieli do czynienia z „natychmiastowym działaniem"? Pojęcie „natychmiastowy" definiowane jest jako następujący bezpośrednio po czymś, następujący bezzwłocznie, momentalnie, w tej samej chwili[100]. Taka sytuacja ma miejsce, kiedy między wypowiedzią a działaniem, do którego nawołuje, nie ma czasu na podjęcie dyskusji, kontrargumentacji, refleksji i przemyślenia przez odbiorcę – wypowiedź taka nie zdąży więc trafić na „wolny rynek idei". Działanie, zgodnie ze słownikową definicją, następuje bezpośrednio po wypowiedzeniu danych słów. Biorąc pod uwagę kolejne pojęcie – „prawdopodobieństwa" – nie musi ono rzeczywiście wystąpić, może stanowić jedynie potencjalne zagrożenie. Na taką kwalifikację danej wypowiedzi wpływ będą miały okoliczności. Jeżeli wezwanie np. do pobicia kogoś pada w kierunku rozwścieczonego tłumu, nie sposób zakwalifikować takiej wypowiedzi inaczej niż prowadzącej do natychmiastowego działania. Zdaniem autorów nieistotna jest w tym miejscu próba dokładnego ustalenia przedziału czasowego – ustalenia okresu, po którym dane działanie zostanie uznane za „natychmiastowe". Ważne są wspomniane okoliczności – to czynniki takie jak brak możliwości podjęcia dyskusji i dokonania przemyśleń będą stanowić o tym, że działanie „prawdopodobnie" nastąpi „natychmiast" po skierowaniu wypowiedzi do danego kręgu osób.

Idąc dalej, co w takim razie oznacza pojęcie „prawdopodobnie"? Przytaczając i w tym przypadku definicje słownikowe, prawdopodobne zdarzenie to takie, które przypuszczalnie nastąpi, mające wysoką szansę zajścia[101]. Łącząc te dwa pojęcia, wypowiedź, która prawdopodobnie doprowadzi do natychmiastowego, bezprawnego działania, to wypowiedź, która pozwala przypuszczać, że reakcja potencjalnego odbiorcy nastąpi bezpośrednio, bezzwłocznie i dlatego interwencja państwa jest tu niezbędna do ochrony prawnie chronionych wartości.

Kolejnego terminu, jakim jest „podżeganie", nie należy w tym przypadku interpretować jako jednej z form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, o której mowa w art. 18 §2 k.k., ponieważ nawoływanie ma charakter publiczny i jest skierowane do nieozna-

[99] T. Healy, *Brandenburg…*, s. 28.

[100] Tak pojęcie to definiują słowniki: *Słownik języka polskiego PWN*, http://sjp.pwn.pl/szukaj/natychmiast.html (dostęp: 27.07.2015) oraz *Mały słownik języka polskiego,* red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, Warszawa 1968.

[101] *Mały słownik języka polskiego…,*.

czonej grupy osób. Podżeganie natomiast skierowane jest do osoby indywidualnie oznaczonej. Kolejny raz, posługując się definicją słownikową, z „podżeganiem" mamy do czynienia, gdy dana wypowiedź wzbudza w kimś nienawiść do kogoś, namawia, zachęca kogoś do zrobienia czegoś złego[102]. Mówcy, który nawołuje do popełnienia danego przestępstwa, towarzyszy zatem intencja doprowadzenia do dokonania konkretnego czynu zabronionego przez odbiorcę wypowiedzi. Takie nawoływanie nie będzie stanowiło więc postulatu zmiany prawa, zmiany myślenia społeczeństwa, pewnej abstrakcyjnej idei stanowiącej przyczynek do dyskusji, a na pewno nie to będzie jego głównym celem. Bezdyskusyjne jest zatem objęcie takich wypowiedzi sankcją karną.

Upraszczając nieco rozważania nad definicją pojęcia „bezprawności", przyjmijmy na potrzeby niniejszej pracy rozumienie, jakie przypisywane jest temu terminowi na gruncie prawa karnego. „Bezprawność" zdefiniujemy więc jako „sprzeczność między konkretnym społecznie ujemnym zachowaniem się człowieka a należącą do porządku prawnego normą sankcjonowaną, w której ustawodawca określił, jak z punktu widzenia chronionego systemu wartości należało się zachować"[103]. Z „bezprawnym działaniem" spotykamy się, kiedy dane zachowanie człowieka narusza jakąkolwiek normę prawną, zarówno należącą do polskiego porządku prawnego, jak i normę pochodzącą z aktu prawnego o charakterze międzynarodowym.

Podsumowując, w myśl orzeczenia *Brandenburg v. Ohio*, tylko takie wypowiedzi spotkają się z odpowiedzialnością karną, które nawołują do popełnienia przestępstwa w takich okolicznościach, w jakich wystąpienie bezprawnego działania przypuszczalnie nastąpi i stanie się to niezwłocznie po wypowiedzeniu danych słów. Wypowiedź o takim charakterze zbliżona więc będzie do podżegania w rozumieniu Kodeksu karnego, z tym że skierowana będzie do nieoznaczonej grupy osób. Intencją autora wypowiedzi będzie zatem doprowadzenie do popełnienia przestępstwa, a nie chęć wywołania dyskusji czy postulowanie zmian w prawodawstwie. Tak rozumiany *Brandenburg test* w następnym etapie rozważań zderzony zostanie z orzecznictwem polskich sądów dotyczącym nawoływania i pochwalania popełnienia przestępstwa.

Wyrok, który znacząco odbiega od standardów ochrony wolności wypowiedzi przyjętych w Stanach Zjednoczonych, to wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 28 lutego 2014 r. [104] dotyczący pochwalania popełnienia przestępstwa. W sprawie tej oskarżony na stronie internetowej jednej z gazet dokonał wpisu, w którym zdaniem prokuratury słowami „…z chęcią dołożę się do benzyny, by te lepianki spalić. Przynajmniej będzie gdzie wybrać się na spacer", popełnił przestępstwo z art. 126a k.k., tj. publicznie nawoły-

[102] *Słownik języka polskiego,* L. Drabik [*et al.*], Warszawa 2007.

[103] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna,* Warszawa 2012, s. 88.

[104] Sygn. akt III K 353/13.

wał do zbrodni z powodu czyjejś przynależności etnicznej[105]. Sąd Okręgowy zmienił kwalifikację czynu, uznając jego słowa za pochwalanie popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 255 § 3 k.k. i uznał Michała K. winnym, warunkowo zawieszając postępowanie na okres próby 2 lat. Sprawa ta stała się również przedmiotem orzeczenia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu[106]. Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego. W uzasadnieniu do wyroku Sądu Apelacyjnego czytamy, że czynu przypisanego oskarżonemu nie cechuje znikoma społeczna szkodliwość. Sąd stwierdził, że pochwalanie przestępstwa może prowadzić do anarchii, a wpis Michała K. pochwalający spalenie lepianek godził także w dobro w postaci mienia, a pośrednio w dobro najwyższe, jak stwierdził Sąd, czyli zdrowie i życie ludzkie. Analizując uzasadnienie Sądu Apelacyjnego, pierwszym stwierdzeniem, które wywoływać może kontrowersje, w szczególności biorąc pod rozwagę wyrok *Brandenburg v. Ohio*, jest uwaga, że pochwalanie przestępstwa może prowadzić do anarchii. Należy jednoznacznie stwierdzić, że okoliczności, w jakich padła ta wypowiedź (wpis na stronie internetowej), nie stanowią przesłanek do uznania jej za wypowiedź prowadzącą do natychmiastowego i bezpośredniego bezprawnego działania. W takich warunkach możliwe jest bezzwłoczne podjęcie dyskusji z autorem tych rzekomo niebezpiecznych słów, w której za pomocą kontrargumentów jego stanowisko zostanie jednoznacznie skrytykowane i zupełnie zdyskredytowane. Kontrowersyjne jest również stwierdzenie, że wypowiedź ta pośrednio godzi w zdrowie i życie ludzkie. Ciężko uznać, że postulat usunięcia koczowisk stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia jego mieszkańców. Należy się zastanowić, czy wpisy o takim charakterze, mimo ich dość agresywnego brzmienia, nie stanowią właśnie jedynie postulatów mieszkańców, którym czasami słusznie może przeszkadzać problem nielegalnych koczowisk, niezależnie od pochodzenia ich mieszkańców. Ostatnią dyskusyjną kwestią jest sama kwalifikacja czynu i uznanie słów Michała K. za pochwalanie popełnia przestępstwa. Trudno uznać jego wypowiedź za mającą inny charakter niż głos dezaprobaty z powodu istnienia koczowiska, a wspomniane „dołożenie się do benzyny" stanowi jedynie hiperbolę tego postulatu.

Z sytuacją, w której mamy do czynienia ze słowami, które mogły i wywołały bezpośrednie i natychmiastowe niebezpieczeństwo mamy do czynienia we wspomnianej już sprawie Ryszarda Andrzejewskiego, pseudonim „Peja", nawołującego do pobicia jednego z uczestników koncertu w Zielonej Górze[107]. Raper, reagując na obraźliwy gest jednego z widzów słowami „wiecie co z nim zrobić" i „wszystko na mój koszt" nawoływał do jego pobicia. Mimo iż oskarżony tłumaczył, że nie znając tożsamości pokrzywdzonego nie mógł podżegać do pobicia konkretnej osoby, sąd uznał, że jego zachowanie wyczerpało podmio-

[105] http://www.gazetawroclawska.pl/artykul/3349017,zolnierz-napisal-o-spaleniu-koczowiska-romow-prokurator-chcial-wiezienia,id,t.html?cookie=1 (dostęp: 1.08.2015).

[106] Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 12 czerwca 2014, AKa 149/14.

[107] Wyrok Sądu Rejonowego w Zielonej Górze z 6 kwietnia 2010 r., VII K 1229/10.

towe i przedmiotowe znamiona czynu z artykułu art. 18 §2 k.k. w zw. art. 158 §1 k.k. Słowa oskarżonego są idealnym przykładem wypowiedzi, które przechodzą test Brandenburga. Jego agresywna wypowiedź pełna wulgaryzmów skierowana do pobudzonego tłumu bezpośrednio doprowadziła do natychmiastowej reakcji w postaci pobicia pokrzywdzonego. O „natychmiastowości" świadczy fakt, iż mimo obecności ochrony nie udało się zapobiec pobiciu, co więcej pokrzywdzony nie jest osobą, która w stosunku do oskarżonego zachowywała się wulgarnie i prowokacyjnie. Orzeczenie w tej sprawie potwierdza tezę postawioną przez autorów niniejszego opracowania, według której rolę „bezpiecznika" chroniącego społeczeństwo przed realnie niebezpiecznymi wypowiedziami pełni art. 18 § 2 k.k. a art. 255 k.k. wprowadza zbyt daleko idące ograniczenie wolności wypowiedzi.

W poruszanej już sprawie Wojciecha Cejrowskiego mamy do czynienia z wypowiedzią, która mimo nawoływania do popełnienia przestępstwa, nie niesie za sobą jakiegokolwiek zagrożenia. Potwierdza to reakcja Prokuratury Rejonowej dla Warszawy – Śródmieścia, która odmówiła wszczęcia dochodzenia w opisywanej sprawie[108] na zawiadomienie Kampanii Przeciwko Homofobii. Sytuacja, która została zarysowana za pomocą opisanych spraw dobrze pokazuje, że przepisem, który chroni społeczeństwo przed potencjalnie niebezpiecznymi wypowiedziami jest artykuł 18 §2 k.k., kiedy zaś art. 255 k.k. w ograniczeniu wolności wypowiedzi posuwa się zbyt daleko, a w zderzeniu z orzeczeniem *Brandenburg v. Ohio* potwierdza tezę, że ochrona wolności wypowiedzi w Polsce odbiega od standardów amerykańskich.

7. Zestawienie dwóch porządków prawnych

Pracę opisującą standardy ochrony praw człowieka w Polsce i w USA powinno kończyć zestawienie tych dwóch porządków prawnych i refleksja nad adekwatnością regulacji w nich zawartych. Trudno nie zauważyć, iż niektóre regulacje prawa polskiego, w szczególności omawiany tu art. 255 k.k. i 126a k.k. oraz art. 52a Kodeksu wykroczeń, szeroko ograniczają wolność słowa. Należy zastanowić się nad sensem i skutecznością takiej penalizacji nawoływania i pochwalania popełnienia przestępstwa, biorąc pod uwagę zagrożenie, które takie wypowiedzi tworzą i konstytucyjną gwarancję wolności słowa. Autorzy niniejszej pracy są zdania, że lepszym sposobem na eliminacje z życia publicznego wypowiedzi groźnych, naruszających bezpieczeństwo publiczne jest ich zestawienie na forum publicznym z kontrargumentami i negatywnym odbiorem społecznym. Społeczeństwo, usuwając z debaty publicznej groźne wypowiedzi, robi to skuteczniej niż państwo, ponieważ zakazy wydawane przez polityków i urzędników są

[108] Sygn. akt 1 Ds./1377/13.

społeczeństwu narzucane, a to rodzi, szczególnie w Polsce, chęć spróbowania tego, co zakazane. Niezdrowe i zbyt daleko ingerujące w sferę wolności jest chronienie ludzi przed ich reakcją na dane zachowanie. Państwo nie może myśleć za obywatela i prewencyjnie nie dopuszczać do niego określonych przekazów w trosce o to, że ulegnie ich złemu wpływowi. Takie postępowanie uwłacza inteligencji obywateli, a co gorsza rodzi pokusę do dalszej ingerencji w wolność słowa.

Kolejnym argumentem dla zliberalizowania ograniczeń wolności słowa zawartych w wyżej wymienionych przepisach jest fakt, iż zakaz wypowiadania określonych treści dotyka tak samo szkodliwe jak i pożyteczne przekazy, przez co społeczeństwo traci szansę na urozmaicenie debaty publicznej i merytoryczne spory. Należy przecież pamiętać, że to właśnie kontrowersyjne wypowiedzi są często używane w dyskusji jako treści mające przebić się do szerszego grona odbiorców. Jeśli za niebezpieczne uznamy nawoływanie do popełnienia przestępstwa i jego pochwalanie, to konsekwentnie powinniśmy też ścigać manipulacje, które nie wprost, lecz pośrednio, a co więcej bardziej skutecznie, prowadzą do popełnienia przestępstwa. To z kolei otwiera drogę do ścigania za sugestie, komentarze, a nawet krytyczne wypowiedzi. Analizując powołane wcześniej statystyki policyjne i polski Kodeks karny, można dojść do wniosku, że przepisy art. 255 k.k. i art. 126a k.k. istnieją same dla siebie. W przykładach ich naruszenia bardzo ciężko jest się doszukać społecznej szkodliwości, a samo ściganie przez aparat państwowy osób naruszających rzeczone przepisy narusza zaufanie obywateli do własnego państwa. Co więcej, jeśli zależy nam na niedopuszczaniu do obiegu pewnych treści jako niebezpiecznych dla porządku publicznego, to poprzez penalizację, ściganie sprawców, głośne procesy i medialny szum wokół sprawy propagujemy dane poglądy jeszcze bardziej.

Autorzy niniejszej pracy nie są zwolennikami bezgranicznego ujęcia wolności słowa, bo jeśli czyny połączone są z działaniem, kiedy nie ma czasu u odbiorcy na refleksje i kontrargumenty, to takie zachowanie powinno być karane, gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo, że nawoływanie przyniesie bezpośredni skutek. Natomiast jeśli nawoływanie od możliwości popełnienia czynu dzieli czas, który pozwala odbiorcy na przemyślenia, to nie można karać za potencjalne i mało prawdopodobne zagrożenie. Naszym zdaniem należy odwrócić tendencje polskiego prawodawcy, który zamiast podążać w kierunku liberalizacji przepisów ograniczających wolność słowa, tworzy kolejne, jeszcze bardziej represyjne ograniczenia, jak przywołany art. 126a k.k. W pełni wystarczająco przed niebezpiecznymi wypowiedziami chroni w polskim prawodawstwie art. 18 §2 k.k. mówiący o podżeganiu. Mniej szkodliwe wypowiedzi powinny być skreślone z debaty publicznej poprzez społeczny osąd i etykę dyskusji. Tylko wtedy mogą zostać trwale usunięte, ponieważ moralność wyznaczana przez aparat państwa z reguły nie spełnia dobrze swojej roli.

Advocacy of unlawful conduct and freedom of speech based on case *Brandenburg v. Ohio*

Abstract: The purpose of this study was to lead some reflection upon the freedom of speech in Polish legal order by example of the certain category of speech- advocacy of unlawful conduct. For this purpose the authors focused on comparison of Polish and American law and respective jurisdiction approach. The comparison was mainly based on landmark United States Supreme Court ruling Brandenburg v. Ohio from 1969r. Furthermore, the study examined the way to accomplish this approach by investigating previous precedent-setting cases. The summary consists results of the studies and embodies authors stance on this legal issue. The authors postulate the adoption into the Polish legal framework another protected category of speech which is advocacy of unlawful conduct.

Keywords: First Amendment, Brandenburg v Ohio, advocacy of unlawfull conduct, Clarence Brandenburg, 255 Polish Penal Code, Brandenburg Test, judge Holmes, clear and present danger test, freedom of speech, freedom of expression, Constitution, advocacy

Dominik Kossak
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
Bartosz Kralka
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Ingerencja państwa w wewnętrzne sprawy związków religijnych na podstawie sprawy *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*[1]

1. Wprowadzenie i rys historyczny

Stany Zjednoczone jako jeden z pierwszych krajów na świecie wprowadziły zasadę całkowitej separacji państwa od Kościoła. Wynikało to z ogromnej różnorodności religijnej obywateli USA i służyło uniknięciu waśni na tym tle. W celu lepszego zrozumienia przyczyn i utrzymania się takiej postawy należy prześledzić jej historyczne uwarunkowania. Zacznijmy od ukazania tego jak na przestrzeni wieków w anglosaskiej kulturze prawnej wyglądał spór między państwem i Kościołem dotyczący urzędów religijnych. Spór o kompetencje do obsadzania stanowisk kościelnych nie jest bowiem niczym nowym, a kwestia ta pojawiła się już w 1215 r. w pierwszej klauzuli Wielkiej Karty Swobód. W niej król Jan Bez Ziemi zgodził się „że Kościół angielski ma być wolny i zachować wszystkie swoje uprawnienia i swobody". Król w szczególności przyjął „wolność wyborów" na stanowiska kościelne, prawo, uznawane za najważniejsze i najbardziej konieczne dla właściwego funkcjonowania Kościoła angielskiego.

Wolność ta w wielu przypadkach okazała się jednak iluzoryczna. Przykładem może być tutaj rozkaz wysłany przez Henryka II do wybierających biskupa w Winchesterze o następującej treści: „Rozkazuję wam odbyć wolną elekcję, ale zakazuję wam wybrać

[1] *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. (2012)

kogokolwiek, poza Richardem, moim urzędnikiem". Z jej pozorami zerwał dopiero ostatecznie Henryk VIII. Wiązało się to z ogłoszeniem Aktu Supremacji w 1534 r. Akt ten uczynił monarchę angielskiego najwyższą głową nowo powstałego Kościoła anglikańskiego. Uchwalony w tym samym roku *Act of Conditional Restraint of Annates* dawał mu natomiast prawo do mianowania wysokich urzędników Kościoła. Różnorodne akty uniformizacji uchwalane w późniejszych latach, wzmacniały tylko dalszą kontrolę rządu nad praktykami religijnymi. Akt uniformizacji z 1662 r. ograniczał mogących pełnić posługę duchownych Kościoła do tych, którzy formalnie zgodzili się na ustalone zasady i zobowiązali się przestrzegać trybu kultu przedstawionego w Księdze Wspólnej Modlitwy. Każdy duchowny, który nie chciał złożyć tego ślubowania zostawał pozbawiony wszystkich swoich dotychczasowych stanowisk kościelnych.

Szukając ucieczki od ścisłej kontroli Kościoła narodowego, purytanie uciekli do Nowej Anglii, gdzie mieli nadzieję na możliwość swobody wyboru własnych duchownych i na tworzenie własnych zasad kultu[2]. Na sąsiednich ziemiach William Penn Quaker jako właściciel tego co później miało się stać Pensylwanią i Delaware również szukał niezależności od Kościoła anglikańskiego. Widoczne to dążenie jest w tym, że karta tworząca prowincję Pensylwania nie zawierała żadnej klauzuli ustanawiającej religię. Wynikało to z jego przekonania, że w religii „siła czyni hipokrytów, tylko perswazją można nawracać"[3].

Natomiast koloniści na południu sprowadzili ze sobą Kościół angielski, ale nawet oni nieraz irytowali się z powodu kontroli sprawowanej przez Koronę i jej przedstawicieli nad urzędami religijnymi.

Zaznajomione z życiem pod władzą Kościoła Anglii, pokolenie założycieli USA starało się uniemożliwić powstanie Kościoła narodowego. Wynikało to także z utwierdzonej już w społeczeństwie tolerancji, której zagwarantowanie miało przyciągać w czasie powstawania kolonii nowych osadników[4]. Przed powstaniem Konstytucji Federalnej zostały uchwalone konstytucje poszczególnych kolonii, które wprowadzały tolerancję religijną oraz swobodę wyznania. Jednakże niektóre konstytucje faworyzowały lub dyskryminowały niektóre religie. Dobrym przykładem jest tu Konstytucja Maryland z 1776 r., która ustanawiała christianizm religią państwową. Twórcy Konstytucji wzorowali się jednak na konstytucjach kolonii, które były neutralne w stosunku do religii. Chcieli każdemu obywatelowi pozwolić decydować o własnej wierze. Na podstawie Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 1787 r., każdy obywatel ma zapewnioną przez art. 6 § 3 możliwość ubiegania się o urząd publiczny bez względu na swoją wiarę. Jednakże w tekście konstytucji

[2] D. B. Rutman, *Nowa Anglia*, [w:] *Historia Stanów Zjednoczonych Ameryki, tom 1 1607-1763*, pod red. M.J. Rozbickiego, I. Wawryczek, Warszawa 1995 s. 109-113.

[3] P.U. Bonomi, *Pensylwania*, [w:] *Historia Stanów Zjednoczonych Ameryki…* s. 84.

[4] M.J. Rozbicki, *Karolina*, [w:] *Historia Stanów Zjednoczonych Ameryki…*, s. 73.

zabrakło deklaracji niezależności związków religijnych i wolności wyznania. Stosunkowo szybko, bo dwa lata po uchwaleniu konstytucji została ustanowiona Pierwsza Poprawka do Konstytucji USA, która tę wolności ustanawiała. Nowela ta wprowadzała zasadę, według której „żadna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej”[5]. Z tej poprawki wyprowadzono dwie klauzule. Pierwsza z nich zabrania władzom federalnym ustanawiać prymat jakiejkolwiek religii nad pozostałymi, oraz ustanawiać oficjalną religię państwową. Druga natomiast zapewnia obywatelom swobodę wykonywania praktyk religijnych. Zakazując ustanawiania religii obowiązującej i gwarantując swobodę praktyk religijnych, Klauzula Religijna zapewniała, że nowy federalny rząd, w przeciwieństwie do angielskiej Korony nie będzie odgrywał żadnej roli w wyznaczaniu kościelnych urzędów.

Takie właśnie rozumienie Klauzuli Religijnej znalazło odzwierciedlenie w dwóch przypadkach z udziałem Jamesa Madisona, uznawanego za głównego twórcę tej poprawki. Pierwszy z przypadków miał miejsce w 1806 r., kiedy to John Carroll, pierwszy katolicki biskup w Stanach Zjednoczonych poprosił o opinię egzekutywy, kto powinien być powołany do kierowania sprawami Kościoła katolickiego na terenach Luizjany. Po konsultacji z prezydentem Jeffersonem, ówczesny sekretarz stanu James Madison, odpowiedział że wybór duchownych Kościoła jest całkowicie kościelną sprawą, pozostawioną do własnego osądu Kościoła. Skrupulatną politykę konstytucyjnej kontroli przeciwko politycznej ingerencji w sprawy religijne Madison uzasadnił tym, że „uniemożliwiała ona rządowi przedstawienie opinii na temat wyboru osób kościelnych”.

Drugi epizod miał miejsce, kiedy Madison był już prezydentem. W 1811 r. Kongres uchwalił ustawę inkorporującą Kościół Episkopalny w miejscowości Aleksandria, znajdującą się w ówczesnym dystrykcie Kolumbia. Madison zawetował tę ustawę. Uzasadnił to tym, że „przekracza [ona] uprawnienia, do których rząd ma ograniczone prawa, przez zasadnicze rozróżnienie między funkcjami cywilnymi i religijnymi i narusza w szczególności artykuł Konstytucji Stanów Zjednoczonych, który deklaruje, że Kongres nie może stanowić religii obowiązującej”[6]. Madison wytłumaczył, że „ustawa ta statuuje i ustanawia prawnie, rozmaite zasady i procedury postępowania, traktujące całkowicie o organizacji i systemie politycznym inkorporowanego Kościoła oraz dotyczące nawet wybierania i zwalniania samych duchownych, tak że żadne zmiany nie mogą w nim zostać wykonane przez określoną społeczność oraz przez sam Kościół, którego [dany duchowny] jest członkiem, i którego autorytet uznaje”[7]. W doktrynie długo istniał spór dotyczący obowiązywania Pierwszej Poprawki na terytorium każdego stanu. Dopiero Czternasta

[5] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. A. Pułło, Warszawa 2002.
[6] *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. (2012) (tłum. autorów)
[7] *Ibidem*

Poprawka do Konstytucji rozwiała tę wątpliwość, uznając obowiązywanie Pierwszej Poprawki w każdym stanie należącym do USA[8].

Mimo iż u zarania dziejów USA określone zostały podstawowe postanowienia dotyczące rozdziału, praktyka judykatury wielokrotnie musiała je weryfikować i uzupełniać, więc, aby zrozumieć istotę tego rozwiązania dla czasów obecnych, należy przeanalizować również orzecznictwo Sądu Federalnego.

W sprawie *Watson v. Jones* z 1872 r. Sąd rozpatrywał spór pomiędzy anty- i proniewolniczymi frakcjami o to, kto reguluje własność the Walnut Street Presbyterian Church w Louisville, w Kentucky. Zgromadzenie ogólne Presbytherian Church uznało frakcję antyniewolniczą, lecz część zgromadzenia była przeciwna i skierowała sprawę do sądu. Sąd nie odnosząc się do konstytucji, lecz do „ogólnego i logicznego poglądu o relacjach między kościołem i państwem w ramach naszego systemu prawnego" uchylił decyzję zgromadzenia. Sąd w tym postępowaniu uznał, że jeśli kwestie dyscypliny, wiary, kościelnych urzędów, zwyczajów i prawa zostały ustalone przez najwyższy sąd Kościoła, trybunały prawne muszą przyjąć takie decyzje jako ostateczne i wiążące.

Podobnie sąd uznał w sprawie *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russiam Ortodox church in North America* z 1952 r. W tym procesie rozpatrywane było prawo do korzystania z rosyjskiej prawosławnej katedry w Nowym Jorku. Rosyjskie cerkwie w Ameryce Północnej oddzieliły się od patriarchy w Moskwie w obawie, że Kościół rosyjski stał się narzędziem rządu radzieckiego. Kościoły Ameryki Północnej twierdziły, że prawo do korzystania z katedry nowojorskiej należy do arcybiskupa wybranego przez nich, patriarcha moskiewski twierdził natomiast, iż prawo to należy do arcybiskupa wyznaczonego przez niego. Najwyższy Sąd Stanu Nowy Jork orzekł na korzyść Kościołów w Ameryce Północnej, bazując na prawie stanowym, wymagającym od każdego rosyjskiego Kościoła prawosławnego uznania decyzji organu zarządzającego Kościołów Ameryki Północnej za autentyczny. Sąd Najwyższy uchylił wyrok, stwierdzając, że prawo Nowego Jorku narusza Pierwszą Poprawkę. W uzasadnieniu podał on, że prawo do korzystania z katedry oraz wyznaczanie hierarchii panującej w archidiecezji Ameryki Północnej jest ściśle kwestią władzy kościelnej, która była w mocy patriarchatu moskiewskiego. Zdaniem sądu prawo Nowego Jorku, przekazując kontrolę w sprawach ściśle kościelnych z jednej władzy kościelnej na drugą narzucało moc państwa w zakazanej dla niej strefie wolności religijnej, co jest sprzeczne z zasadami Pierwszej Poprawki.

Kwestia Pierwszej Poprawki została również poruszona w sprawie *Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevich* z 1976 r., która dotyczyła sporu o kontrolę nad amerykańsko-kanadyjską diecezją Serbskiego Kościoła Prawosławnego w tym jej własności i aktywów. Ów Kościół odwołał Dionisije Milivojevicha

[8] J. Krukowski, *Kościół i państwo,* Lublin 2000, s. 45.

ze stanowiska biskupa diecezji amerykańsko-kanadyjskiej z powodu jego oporu wobec hierarchii kościelnej. Po usunięciu, były już biskup wniósł powództwo cywilne w sądzie stanowym, kwestionując decyzję Kościoła, a Sąd Najwyższy Illinois nakazał restytucję Milivojevicha jako biskupa diecezjalnego, a postanowienie Kościoła za niezgodne z jego własnym prawem. Zmieniając ten wyrok, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że Pierwsza Poprawka pozwala hierarchicznym organizacjom religijnym ustalać własne zasady i regulacje dotyczące wewnętrznych sądów dyscyplinarnych, rządów i tworzyć własne trybunały orzekające w sporach o tych sprawach. Jego zdaniem więc Stanowy Sąd Najwyższy podjął niekonstytucyjną uchwałę o fundamentalnych sprawach Kościoła, które rozstrzygać mogą wyłącznie najwyższe duchowne trybunały.

2. Obowiązujący model separacji

Po zapoznaniu z historią kształtowania się rozdziału religii od państwa istotne jest wskazanie obecnego poglądu doktryny. Amerykański model państwa świeckiego zwany separacją czystą nie jest systemem areligijnym, jak np. w przypadku modelu separacji francuskiej, który jest negatywnie nastawiony do religii. Trzeba zaznaczyć, że USA traktuje Kościoły i związki wyznaniowe jak podmioty prawa prywatnego[9] o specyfikacji organizacji społecznej. Pomimo zakazu faworyzacji związków religijnych i Kościołów cieszą się one pewnymi przywilejami. Zwolnione są z podatku dochodowego związanego z działalnością na rzecz swojej organizacji. Wynika to ze specyfiki działalności związków religijnych, których celem nie jest działalność zarobkowa, lecz duchowa. Ponadto w amerykańskim *common law* istnieje zasada wyinterpretowana przez doktrynę, że religie nie mogą być celem polityki fiskalnej, czyli nie mogą być dofinansowywane ani dodatkowo opodatkowane ze względu na swoją działalność religijną. Wyjątek w tej zasadzie stanowią szkoły prywatne prowadzone przez związki religijne, które w związku ze słabą kondycją finansową są wspierane przez rząd poprzez zapewnienie uczniom darmowej opieki zdrowotnej, nieodpłatnego wypożyczania podręczników czy ciepłych posiłków[10]. Nie jest to bynajmniej faworyzacja związków religijnych, lecz zapewnienie uczniom dostępu do edukacji w duchu ich wiary. Kolejnym problemem związanym z rozdziałem państwa od religii jest zatrudnianie przez rząd federalny kapelanów m.in. w jednostkach wojskowych czy ośrodkach więziennictwa. Z jednej strony jest to zerwanie z zasadą separacji religii od państwa, ponieważ państwo samo zatrudnia osoby duchowne w celu pełnienia przez nich posługi religijnej. Z drugiej jednak poprzez takie

[9] A. Mezglewski, *Prawo wyznaniowe,* Warszawa 2006, s. 19-20.

[10] R. M. Małajny, *„Mur Separacji" − państwo a Kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1992, s. 337.

działanie zapewniają więźniom i żołnierzom swobodę praktyk religijnych, której gwarantem jest sama Konstytucja. W doktrynie przyjęto pogląd, iż zatrudnianie kapelanów przez państwo nie narusza Klauzuli Establishmentu. Widać tu też prymat nad nią Klauzuli Swobody Praktyk Religijnych.

Na potrzeby istnienia religii w życiu publicznym, a takim niewątpliwie jest zatrudnianie kapelanów, stworzono pojęcie religii obywatelskiej (*civil religion*). Wiąże się to z głębokim wpisaniem religii w tradycję kultury amerykańskiej. „Religia w ogóle, a religia chrześcijańska w szczególności jest pojmowana jako wspólne dziedzictwo narodu amerykańskiego”[11]. Przejawia się to w uznawaniu przez państwo świąt Bożego Narodzenia czy Święta Dziękczynienia. Dopuszcza się również składanie przysięgi: „Tak mi dopomóż Bóg”, składanej na Biblię przy obejmowaniu urzędów, funkcji publicznych i składaniu zeznań sądowych[12].

W Stanach Zjednoczonych Klauzule Religijne z uwagi na swój generalny charakter budzą wiele sporów i kontrowersji, jedną z takich rzeczy jest wyprowadzony z tych przepisów „wyjątek pastorski” (*ministerial exception*). Wyjątek pastorski jest doktryną prawa, która ma na celu ochronę wolności wyznania poprzez zwolnienie związków religijnych z przestrzegania przepisów antydyskryminacyjnych w zatrudnieniu pracowników, czyli pozostawia kwestie wyboru osoby zatrudnionej przez Kościół w jego własnej gestii. Konstytucja chroni więc prawo Kościołów do decydowania o własnym sposobie zarządzania i organizacji wewnętrznej.

Problemem, który pojawia się w stosowaniu tego wyjątku, jest sklasyfikowanie osób, które mogą pod niego podlegać. Sprawa wyjątku pastorskiego skomplikowała się po raz pierwszy po uchwaleniu przez Kongres USA w 1964 r. ustawy o prawach obywatelskich (*Civil Right Act*), która po raz pierwszy wprowadzała zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu. Problem pogłębiło dodatkowo wejście w życie w 1990 r. Americans with Disabilities Act. Ustawa ta obejmowała ochroną osoby chore i niepełnosprawne, zakazując pracodawcy zwalniania pracownika ze względu na jego stan zdrowia. Ta problematyka stała się m.in. motywem przewodnim sprawy rozstrzygniętej przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, która jest podstawą naszej pracy.

2.1. Sprawa Cheryl Perich

Zrozumienie sedna omawianej sprawy wymaga dogłębnego poznania dwóch kluczowych pojęć używanych dość często w omawianym przez nas orzeczeniu Sądu Najwyższego: „ministerial exception” i „minister”. W celu dostosowania tekstu do polskich warunków lingwistycznych i kulturowych, zamiast pojęcia „minister” będziemy używać

[11] J. Krukowski, *Kościół i państwo – podstawy relacji prawnych,* Lublin 2000, s. 47.
[12] *Ibidem*, s. 47.

słowa „duchowny". To określenie jest w rozumieniu naszego języka bardziej ogólne i może obejmować osoby sprawujące kulty religijne we wszystkich obrządkach. Słowo „pastor" czy „minister" oznacza według encyklopedii PWN-u duchownego w Kościołach ewangelickich[13]. W odniesieniu do Perich, która jest jedną ze stron sprawy, będziemy niekiedy używać określenia „pastor", przez co będziemy rozumieć właśnie „duchownego kościoła ewangelickiego". Jeśli zaś chodzi o „ministerial exception", oznaczającym go określeniem w języku polskim będzie w naszej pracy „wyjątek pastorski". Naszym zdaniem najlepiej oddaje on charakter tego rozwiązania prawnego, wyinterpretowanego z Pierwszej Poprawki Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

Do tej pory Sąd Najwyższy nie miał okazji do rozstrzygania, czy wolność organizacji religijnych do wybierania swoich duchownych może być ograniczona przez powództwa o stwierdzenie dyskryminacji w zatrudnieniu. W przeciwieństwie do niego sądy apelacyjne miały bogate doświadczenie w tej kwestii. Od czasu ustawodawstwa antydyskryminacyjnego w zatrudnieniu sądy apelacyjne konsekwentnie stwierdzały istnienie wyjątku pastorskiego i wykluczały stosowanie przepisów antydyskryminacyjnych w stosunkach pomiędzy instytucjami religijnymi a ich pastorami.

Stroną w tej sprawie był Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School będący członkiem kongregacji Lutheran Church-Missouri Synod, drugiej największej denominacji luterańskiej w Ameryce. Hosanna-Tabor obsługuje małą szkołę w Redford w stanie Michigan, oferując „edukację opartą na Chrystusie" dla dzieci od przedszkola do ósmej klasy.

Synod klasyfikuje nauczycieli pracujących w szkole na dwie kategorie: duchownych i świeckich. Jednak nie każdy może zostać duchownym nauczycielem. Kandydat na to stanowisko musi spełnić odpowiednie wymogi akademickie. Nauczyciel, który spełni te wymagania, może zostać powołany przez zgromadzenie. Po powołaniu nauczyciel otrzymuje formalny tytuł „Upoważnionego Pastora religii". Tak powołany duchowny służy w zgromadzeniu przez czas nieokreślony. W Synodzie Hosanna-Tabor powołanie duchownego może być unieważnione tylko na wniosek i przez głosowanie kwalifikowanej większości zgromadzenia, co ma na celu zapewnienie odważnego głoszenia Słowa Bożego. W odróżnieniu od duchownych, świeccy albo kontraktowi nauczyciele nie muszą spełniać takich wymagań, nie muszą oni nawet być luteranami. W Hosanna-Tabor są zatrudniani bezpośrednio przez zarząd szkoły, bez głosowania zgromadzenia, na jednoroczny, odnawialny okres. Pomimo tego iż świeccy i duchowni nauczyciele zazwyczaj sprawują te same obowiązki, to świeccy są zatrudniani tylko w przypadku braku duchownej kadry.

[13] *Pastor*, [w:] *Nowa encyklopedia powszechna PWN t. 4, M-P*, pod red. B. Petrozolin-Skowrońskiej, Warszawa 1997, s. 797.

Cheryl Perich pracowała dla Hosanna-Tabor od 1999 r. jako świecki nauczyciel. Po ukończeniu wymaganych szkoleń, synod zaproponował jej zostanie duchownym nauczycielem, Perich propozycję przyjęła. Otrzymała wtedy dyplom upoważnienia, desygnujący ją na upoważnionego pastora.

Podczas swoich pierwszych lat pracy Perich uczyła w przedszkolu w Hosanna-Tabor i czwartą klasę w roku szkolnym 2003/2004. Uczyła wielu przedmiotów: matematyki, sztuk językowych[14], nauk społecznych, przyrody, gimnastyki, sztuki i muzyki. Do jej obowiązków należało też prowadzenie lekcji religii, przewodziła swoim uczniom w codziennej modlitwie i praktykach religijnych oraz zabierała ich na cotygodniowe nabożeństwo w szkolnej kaplicy. Sama prowadziła nabożeństwa w tej kaplicy dwa razy do roku.

W czerwcu 2004 r. Perich zachorowała, ostatecznie lekarze zdiagnozowali u niej narkolepsję chorobę polegającą na nagłym zapadaniu w sen, bez względu na to, w jakiej sytuacji człowiek się znajduje. Niespodziewanie, 27 stycznia 2005 r., Perich poinformowała dyrektora szkoły, Stecey Hofet, że jest w stanie wrócić do pracy w następnym miesiącu. Hofet powiadomiła ją, że szkoła zatrudniła na jej miejsce nauczyciela świeckiego do końca roku szkolnego, ponadto wyraziła swoje zaniepokojenie jej stanem zdrowia i zdolnością do ponownego podjęcia pracy.

W dniu 30 stycznia odbyło się spotkanie administratorów szkoły, na którym zgromadzenie stwierdziło, że mało prawdopodobne jest, by Perich fizycznie była zdolna do powrotu do pracy na bieżący czy następny rok szkolny. Zgromadzenie zagłosowało za zaoferowaniem Perich pokojowego odwołania jej z posługi duchownego. W zamian za to szkoła miała uregulować część jej składek na ubezpieczenie zdrowotne. Perich odrzuciła ofertę i przedstawiła opinię swojego lekarza, stwierdzającą, że jest w stanie wrócić do pracy 22 lutego. Nie przystała na ponowną propozycję szkoły, nawet pomimo stwierdzenia zarządu, że nie mają dla niej wolnej posady. Perich pojawiła się w szkole 22 lutego, wtedy też doszło do jej konfrontacji z dyrektorką Hofet. Pomimo jej próśb o opuszczenie budynku szkoły, Perich wyszła dopiero po otrzymaniu pisemnego potwierdzenia, że stawiła się do pracy. Tego samego dnia Hofet zadzwoniła do niej z informacją, że najprawdopodobniej zostanie zwolniona, na co zainteresowana odpowiedziała, że będzie dochodzić swoich praw.

Tamtego dnia zostało zwołane spotkanie zarządu szkoły, po którym prezes zarządu Scott Salo wysłał Perich pismo informujące, że Hosanna-Tabor rewiduje proces unieważnienia jej powołania w świetle jej „godnego pożałowania" zachowania. Salo następnie wystosował list uzupełniający, w którym poinformował, że na najbliższym posiedzeniu

[14] Według standardów National Council of Teachers of English sztuki językowe (language arts) obejmują naukę czytania, mówienia, pisania, słuchania i alfabetyzm wizualny w języku angielskim (tłum. autorów), http://www.ncte.org/standards/ncte-ira (dostęp: 16.04.2016)

zgromadzenie podejmie decyzję o jej odwołaniu. Jako podstawę unieważnienia podał jej „niesubordynację i destrukcyjne zachowanie" 22 lutego oraz szkody, które wyrządziła swym relacjom ze szkołą przez grożenie podjęciem prawnych działań wobec niej. Zgromadzenie 10 kwietnia zagłosowało za odwołaniem powołania Perich, a Hosanna-Tabor przysłało jej list z wypowiedzeniem następnego dnia.

Perich wniosła powództwo wraz z Komisją do Spraw Równego Zatrudnienia (EEOC). Jest to agencja federalna, której zadaniem jest zwalczanie dyskryminacji w zatrudnieniu. Złożyli pozew, twierdząc, że jej zwolnienie naruszyło ustawę o Niepełnosprawnych Amerykanach (ADA). Zakazuje ona pracodawcy dyskryminować wykwalifikowaną jednostkę w oparciu o jej niepełnosprawność oraz wyciągać konsekwencji wobec osób, które wyraziły swój sprzeciw wobec praktyk zakazanych przez ustawę. Twierdzili właśnie, że Perich została zwolniona w odwecie za grożenie złożeniem pozwu na podstawie ADA. Ponadto Perich w procesie utrzymywała, że odwet był nielegalny również na postawie Ustawy o Prawach Obywatelskich Osób Niepełnosprawnych stanu Michigen z 1979 r. EEOC i Perich ubiegały się o przywrócenie Perich na dawne stanowisko wraz ze zwrotem zaległego wynagrodzenia, odszkodowania za poniesione straty moralne, honorariów adwokackich i innych nakazem zadośćuczynienia. Zdając sobie sprawę z istnienia wyjątku pastorskiego, powołali się oni na decyzję Sądu Najwyższego w sprawie *Employment Division Department of Human Resources of Oregon vs. Smith* (1990), która wykluczyła uznanie wyjątku pastorskiego wskutek niezgodności przyczyny zwolnienia z normami generalnymi, chodziło mianowicie o zakaz spożywania peyotl w stanie Oregon. Ponadto Według EEOC i Cheryl Perich organizacje religijne mogą skutecznie się bronić przed zarzutami dyskryminacji w zatrudnieniu, powołując się na konstytucyjne prawo do wolności zrzeszania, prawo „niejawne" Pierwszej Poprawki (*Roberts v. United States Jaycees*, 1984). Według nich nie widać potrzeb i podstaw do specjalnych zasad dotyczących duchownych w ramach Klauzuli Religijnej.

Hosanna-Tabor wniósł o przyspieszony werdykt, powołując się na wyjątek pastorski. Według Kościoła, Perich była jego duchownym, a została zwolniona z religijnego powodu, a mianowicie za grożenie pozwaniem Kościoła, które według nich jest naruszeniem przekonania Synodu, że chrześcijanie powinni rozwiązywać swoje spory między sobą.

Sąd Dystryktowy zgodził się, że powództwo zostało uniemożliwione przez wyjątek pastorski i wydał przyspieszony wyrok na rzecz Hosanna-Tabor. W świetle tego ustalenia, sąd uznał, że nie może prowadzić sprawy wobec odwetu zastosowanego przez pracodawcę na Perich.

Sąd Apelacyjny dla Szóstego Okręgu sądowego unieważnił wyrok Sądu Dystryktowego i w następstwie tego trafił on przed oblicze Sądu Najwyższego. Sąd Apelacyjny nie

uznał kwalifikacji Perich jako pastora w ramach wyjątku pastorskiego, zaznaczając, że jej obowiązki jako duchownego nauczyciela były identyczne jak jej obowiązki za czasów, kiedy była ona świeckim nauczycielem. Jej tytuł uznał w związku z tym za nieistotny, gdyż nie musi on wcale odpowiadać rzeczywistości. Przyglądając się więc obowiązkom Perich, położył specjalny nacisk na przewagę obowiązków świeckich nad religijnymi.

Sąd Najwyższy uznał istnienie wyjątku pastorskiego i podkreślił, że członkowie Kościoła pokładają wiarę w rękach swoich duchownych. Żądanie od Kościoła akceptacji niechcianych duchownych albo karanie go za ich zwalnianie, dalece narusza jego wolność wewnętrzną, pozbawiając Kościół kontroli nad wyborem tych, którzy uosabiają jego przekonania. Poprzez narzucanie niechcianego pastora, państwo narusza Klauzulę Wolności Praktyk, która chroni prawo grupy religijnej do kształtowania własnej wiary i misji poprzez swoje nominacje na stanowiska duchowne. Przyznanie państwu prawa do określenia, które osoby mogą być pastorami wiernych narusza także Klauzulę Establishmentu, która zakazuje zaangażowania rządu w takie decyzje kościelne.

Sąd Najwyższy skonfrontował się z treścią powództwa. W kwestii wolności zrzeszania uznał stanowisko powoda jako niemożliwe do utrzymania. Z prawa do wolności zrzeszania się mogą korzystać zarówno religijne, jak i świeckie grupy. Wynika z tego, że w świetle poglądu EEOC i Perich, analiza Pierwszej Poprawki powinna być taka sama, niezależnie czy związek, o którym mowa jest Kościołem luterańskim, związkiem zawodowym czy klubem golfowym. Rezultat ten trudno pogodzić z samą Pierwszą Poprawką, która zapewnia specjalną troskę o prawa grup religijnych.

W kwestii wyłączenia wyjątku przez normy generalne uznał, że zarówno zakaz wynikający z ADA, jak i zakaz spożywania peyotlu w stanie Oregon są tak samo ważne. Jednakże wybór przez Kościół swojego duchownego jest zupełnie czymś innym niż zakaz spożywania rośliny o właściwościach psychoaktywnych, jaką jest peyotl. Sprawa przeciwko Hosanna-Tabor odnosiła się do ingerencji rządu w wewnętrzne decyzje Kościoła, które dotyczą wiary i jego misji. Sąd uznał, że twierdzenie, że sprawa Smitha zamyka możliwość stosowania wyjątku pastorskiego, nie ma podstaw.

Sąd Najwyższy okazał się niechętny przyjęciu sztywnej reguły podejmowania decyzji co do tego, kiedy pracownik kwalifikuje się jako duchowny. Każdy przypadek bowiem powinien być rozpatrywany indywidualnie. Przesłanki, na które powołał się Sąd Najwyższy w sprawie zakwalifikowania do niego Perich, są następujące. Jest to m.in. fakt, że początkowo Hosanna-Tabor nie uznawał Perich jako duchownego pracownika. Dopiero później wraz z uzyskaniem dyplomu powołania potwierdzającego jej tytuł pastorski zaoferował jej stanowisko pastora. W celu zdobycia tego tytułu Perich musiała ukończyć osiem kursów na poziomie college'u, których zakres materiału obejmował interpretację biblijną, doktrynę kościelną i posługę nauczyciela luterańskiego. Miała

obowiązek również uzyskać poparcie swojej lokalnej dzielnicy Synodu, składając wniosek, który zawierał jej stenogramy akademickie, listy polecające, prywatne oświadczenie i pisemne odpowiedzi na różne pytania związane z pastorstwem. Wreszcie, musiała zdać egzamin ustny przed komitetem wydziału w luterańskim college'u. Sąd Najwyższy wskazał, że Perich była uznana za pastora nie tylko ze względu na przyjęcie formalnego tytułu, ale również ze względu na pobieranie przez nią specjalnego zasiłku mieszkaniowego zarezerwowanego tylko dla osób pełniących posługę duchowną. Ponadto Sąd powołał się na słowa Perich po jej zwolnieniu przez Synod, które potwierdzały, że sama określała się pastorem: „Czuję, że Bóg prowadzi mnie do służby w posłudze nauczania […]. Zależy mi, aby wkrótce być w posłudze nauczania"[15]. Ponadto jej zadaniem było sprawowanie tego stanowiska zgodnie ze Słowem Bożym i standardami wyznaniowymi Kościoła Ewangelicko-Luterańskiego zaczerpniętymi z Pisma Świętego. Jej posługa była otoczona modlitwą wiernych, co dodatkowo podnosiło jej religijny charakter. W celu zapewnienia dobrego sprawowania jej stanowiska Hosanna-Tabor zobowiązał się do okresowego przeglądu jej umiejętności i obowiązków pastorskich oraz zapewnienia jej kontynuowania kształcenia jako profesjonalnej osoby w służbie Ewangelii. Hosanna-Tabor wyraźnie wyznaczył ją do prowadzenia swych uczniów zgodnie z zasadami chrześcijańskiej dojrzałości i wiernego nauczania Pisma Świętego oraz zalet przedstawionych we wszystkich symbolicznych księgach Kościoła Ewangelicko-Luterańskiego. Zgodnie z tymi obowiązkami Perich uczyła swoich uczniów religii cztery dni w tygodniu i prowadziła ich w modlitwie trzy razy dziennie. Raz w tygodniu zabierała ich na posługę do szkolnej kaplicy, a dwa razy w roku sama jej przewodniczyła, wybierając liturgię, dobierając hymny i głosząc krótkie kazanie w oparciu o wersety z Biblii. Podczas jej ostatniego roku nauczania Perich prowadziła także uczniów czwartej klasy w krótkich praktykach religijnych każdego ranka. Jako źródło religijnych instrukcji Perich wykonywała ważną rolę w przekazywaniu wiary luterańskiej następnym pokoleniom. W świetle tych przesłanek: poprzez formalny tytuł nadany Perich przez Kościół, stosowanie go przez nią i pełnienie ważnych funkcji religijnych dla Kościoła Sąd Najwyższy stwierdził że Perich była duchownym objętym wyjątkiem pastorskim.

EEOC i Perich sugerowali, że religijny powód zwolnienia Perich był tylko pretekstem. Ta sugestia traci znaczenie w kontekście wyjątku pastorskiego. Celem wyjątku nie jest bowiem ochrona decyzji Kościoła w sprawie zwolnienia pastora tylko wtedy, gdy jest ona wykonywana z religijnego powodu. Wyjątek zamiast tego zapewnia możliwość organu do wybierania i określania, kto będzie pastorem wiernych.

Sąd Najwyższy odniósł się też do możliwych skutków społecznych swojego wyroku. EEOC i Perich przewidzieli negatywne następstwa związane z sądowym uznaniem wyjątku

[15] *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. (2012) (tłum. autorów)

pastorskiego w procesie o dyskryminację w zatrudnieniu. Według nich, taki wyjątek może zwalniać organizacje religijne z odpowiedzialności za swój odwet wobec pracowników, którzy zgłosili wykroczenie, zeznali przed ławą przysięgłych lub w procesie karnym.

Co więcej, EEOC twierdzi, że logika wyjątku nadawałaby pracodawcy religijnemu nieskrępowaną swobodę do łamania prawa pracy przez np. zatrudnianie dzieci lub cudzoziemców niedopuszczonych do pracy w Stanach Zjednoczonych.

Na takie spekulacje Hosanna-Tabor odpowiedział, że wyjątek pastorski w żaden sposób nie blokuje postępowań karnych, ingerencji organów ścigania czy innych postępowań procesowych. Hosanna-Tabor również zaznaczył, że wyjątek pastorski jest już używany w sądach niższej instancji od 40 lat, a jako przykład podał sprawę *McClure v. Salvation Army*, z 1972 r., której wyrok nie doprowadził do tragicznych konsekwencji przewidywanych przez EEOC i Perich.

Sąd Najwyższy zaś nie wyraził poglądu na temat tego, czy wyjątek pastorski obejmuje inne rodzaje procesów, w tym działania podejmowane przez pracowników, oparte na naruszeniu umowy i niedozwolonego postępowania przez swoich religijnych pracodawców. Sąd Najwyższy stwierdził, że będzie wystarczająco dużo czasu, aby zająć się zastosowaniem wyjątku do innych okoliczności, jeśli kiedyś takie się pojawią.

Interes społeczeństwa w przestrzeganiu ustaw o dyskryminacji w zatrudnieniu jest według Sądu Najwyższego niewątpliwie ważny. Ale tak też jest z interesem grup religijnych w wyborze tego, kto będzie głosić ich przekonania, uczyć ich wiary i sprawować ich posługi. Kiedy duchowny, który został zwolniony, pozywa swój Kościół w oparciu o to, że wypowiedzenie było dyskryminujące, Pierwsza Poprawka zaburza niejako balans pomiędzy stronami sporu. Kościół musi mieć swobodę wyboru tych, którzy poprowadzą go na swojej drodze.

Dwóch sędziów Sądu Najwyższego napisało dodatkową opinię dotyczącą wyroku Sądu Apelacyjnego wyrokującego w tej sprawie. Sędzia Clarence Thomas wyraził pogląd, według którego należy unikać stosowania przez sąd konkretnych kryteriów do określania, czy dana osoba kwalifikuje się na pastora. Według sędziego sądy powinny ograniczyć się do zbadania, czy oświadczenia związków wyznaniowych na temat uznania swoich członków za osoby duchowne zostały złożone w dobrej wierze[16]. Sędzia Samuel Alito napisał opinię, do której przyłączyła się sędzia Elena Kagan. Stwierdził, że słowo „minister" użyte w decyzji należy zastosować w przypadku podobnych tytułów innych religii, takich jak imam w islamie czy rabin w judaizmie.

[16] P. Michalik, *Przyszłość zwolnień podatkowych dla związków wyznaniowych w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego USA,* [w:] Studia z Prawa Wyznaniowego" 2013, t. 16, s. 14.

2.2. Następstwa wyroku i przewidywania na przyszłość

Dziś, trzy lata po tym wyroku, nie mamy do czynienia z żadnymi negatywnymi skutkami tego orzeczenia, których zaistnienie przewidywały zarówno Perich, jak i EEOC. Nie doszło do żadnych demonstracji, protestów czy nadużyć. W kwestii wolności religijnej ostatnio zaś Sąd Najwyższy potwierdził, że modlitwa dokonywana przed zebraniami lokalnego zgromadzenia w miasteczku Grecja[17] jest zgodna z Pierwszą Poprawką. Od 2014 r. natomiast po orzeczeniu Sądu Najwyższego spółka nastawiona na zysk (*for-profit*) może powoływać się na prawo do wolności religijnej, które pozwoliłoby na wyłączenie jej spod mocy Affordable Care Act[18]. Czyli taka spółka może niejako wyznawać poglądy właściciela. Tak więc kwestia rozumienia Klauzul Religijnych się nie zmieniła, „a interes społeczeństwa w wykonywaniu ustaw antydyskryminacyjnych w zatrudnieniu jest niewątpliwie ważny, jednak nie mniej ważny jest interes grup religijnych w wyborze tych, którzy będą głosić ich przekonania, nauczać wiary i prowadzić ich misję. Gdy duchowny, który został zwolniony, pozywa swój Kościół, twierdząc, iż wypowiedzenie było dyskryminujące, Pierwsza Poprawka wskazuje nam właściwe rozwiązanie. Kościół musi być wolny w wyborze tych, którzy będą prowadzić go na jego drodze”[19]. Biorąc pod uwagę, jak mocno ten pogląd jest ugruntowany w samej świadomości społeczeństwa amerykańskiego, nieprędko powinien się zmienić. Ponadto to orzeczenie uniemożliwia w przyszłości próbę stosowania przymusu względem niektórych Kościołów w celu umożliwienia dopuszczenia kobiet do sprawowania funkcji kapłańskich. Jest więc ono istotne, jeśli chodzi o wolność Kościołów w USA do zarządzania swoimi strukturami, które to prawo jest dla nich najważniejsze. Jak mogliśmy zaobserwować przy omawianiu rysu historycznego, tak było, ówczesny model ukazuje, że jest, a wydaje nam się, iż spokojnie możemy stwierdzić, że tak będzie również i w przyszłości.

3. Wolność sumienia i religii w Polsce − rys historyczny

Relacje między państwem a związkami wyznaniowymi w Polsce kształtowały się w oparciu o rozmaite modele wzajemnych stosunków. Od państw wyznaniowych w I i II Rzeczpospolitej, przez separację wrogą w PRL-u, po obecnie obowiązującą separację skoordynowaną. Od czasu przyjęcia chrztu w 966 r. w obrządku katolickim znaczącą rolę w państwie odgrywał Kościół katolicki poprzez jednoczenie ludności oraz dbanie o rozwój i zachowanie narodowej kultury.

[17] *Town of Greece, New York v. Galloway*, 572 U.S. (2014).
[18] *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014).
[19] P. Michalik, *Przyszłość zwolnień podatkowych dla związków wyznaniowych...*, s. 13.

W okresie I Rzeczpospolitej zajmował on pozycję „religii panującej" przy równoczesnym poszanowaniu innych wspólnot wyznaniowych, nie tylko chrześcijańskich[20]. Do samego końca jej istnienia nie została wprowadzona, nawet w Konstytucji 3 maja, „separacja między państwem a Kościołem"[21]. W okresie II Rzeczpospolitej Kościół katolicki otrzymał gwarancję na mocy art. 114 Konstytucji marcowej „naczelnego stanowiska wśród równouprawnionych wyznań", co interpretowano jako ustanowienie go Kościołem oficjalnym[22]. Konstytucja kwietniowa z 1935 r. nie wprowadziła żadnych zmian w stosunkach państwa z Kościołem. Po II wojnie światowej w Polsce Ludowej, idąc za przykładem Związku Radzieckiego, wprowadzono model „separacji wrogiej": usuwano religię z życia publicznego, likwidowano stowarzyszenia kościelne, prasę i wydawnictwa oraz szkoły prowadzone przez związki wyznaniowe[23]. Te wszystkie działania uzasadniano przede wszystkim przepisem Konstytucji PRL-u z 1952 r.[24] stanowiącym o rozdziale Kościoła od państwa. Rzeczywiste równouprawnienie związków wyznaniowych i poszanowanie ich autonomii, charakterystyczne dla państw demokratycznych nastąpiło dopiero po upadku PRL-u i nastaniu III Rzeczpospolitej[25].

4. Obowiązujący model – separacja skoordynowana

Obecnie stosunek państwa do Kościołów i innych związków wyznaniowych w Polsce zgodnie z art. 25 Konstytucji RP kształtowany jest, jak pisze Paweł Stanisz, według pięciu podstawowych zasad: „równouprawnienia, bezstronności, autonomii i niezależności, współdziałania oraz bilateralności"[26]. Profesor Leszek Garlicki wyodrębnia natomiast cztery z nich, klasyfikując współdziałanie jako element autonomii i niezależności[27]. Nie jest to jednak separacja czysta jak w przypadku Stanów Zjednoczonych, ale rodzaj stosunków określanych mianem separacji skoordynowanej. Świadczą o tym unormowania przewidujące współdziałanie polegające na skoordynowanej działalności nakierowanej na osiąganie wspólnych celów, takich jak „dobro człowieka" czy „dobro wspólne" (art. 25 ust. 3), zawieranie umów między państwem a związkami wyznaniowymi oraz gwarancje swobody wyrażania swoich przekonań w życiu publicznym[28].

[20] J. Krukowski, *Kościół i państwo…*, s. 227.
[21] *Ibidem,* s. 228.
[22] *Ibidem,* s. 229.
[23] *Ibidem,* s. 231-241.
[24] Dz.U. z 1952 r. Nr 33 poz. 232.
[25] H. Misztal, *Historia relacji państwo-Kościół w Polsce*, [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe,* Warszawa 2006, s. 30.
[26] P. Stanisz, *Naczelne zasady instytucjonalnych relacji państwo-Kościół*, [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo.…*, s. 70.
[27] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 69.
[28] P. Stanisz, *Naczelne zasady instytucjonalnych relacji.…*, s. 70.

Równouprawnienie oznacza odrzucenie modelu wyznaniowego, a zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) także nakaz równego traktowania podmiotów, które odznaczają się w jednakowym stopniu daną istotną cechą[29]. Dyskryminacją nie jest różnicowanie sytuacji dwóch podmiotów, które nie posiadają owej, istotnej cechy (art. 25 ust. 1). Zobligowanie państwa do bezstronności oznacza przyjęcie postawy zobiektywizowanej, zakładające jednakowe traktowanie wszystkich związków wyznaniowych (art. 25 ust. 2). Natomiast zasada autonomii i niezależności zapewnia związkom wyznaniowym prawo do samoorganizacji i samorządności. Niezależność ta nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż przysługuje ona państwu i Kościołom tylko wtedy, gdy działają one „w swoim zakresie" (art. 25 ust. 3). Zasada bilateralności oznacza, iż u podstaw wzajemnych stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi muszą znajdować się dwustronne umowy. Nie mogą więc być one określane wyłącznie przez państwo (art. 25 ust. 4 i 5)[30].

5. Swoboda zmiany wyznania a formalny aspekt aktu apostazji w Kościele katolickim w Polsce

W Polsce apostazja nie była dotychczas popularnym zjawiskiem, dopiero w latach 2005−2006 Kościół katolicki odnotował jej znaczący wzrost[31]. Proces anulowania przynależności do Kościoła katolickiego nie był wtedy uregulowany prawnie, co rodziło wiele wątpliwości. Dopiero Konferencja Episkopatu Polski z 27 września 2008 r. opublikowała „Zasady postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła". Według tego aktu, aby dokonać apostazji, należy być osobą pełnoletnią, uzyskać świadectwo chrztu w parafii, gdzie chrzest został udzielony, oraz odbyć dwa spotkania z proboszczem parafii swojego miejsca zameldowania. Podczas pierwszej rozmowy z proboszczem należy go poinformować o planowanym akcie apostazji. Według zaleceń Episkopatu ksiądz powinien odbyć rozmowę z wiernym i uzyskać wyjaśnienia co do przyczyny chęci opuszczenia Kościoła oraz spróbować odwieść go od tej decyzji. Ma również obowiązek poinformować zainteresowanego o konsekwencjach jego wyboru. Jest nią przede wszystkim kara ekskomuniki *latae sententiae*, która pozbawia apostatę m.in. prawa do przyjmowania sakramentów czy ministerialnego udziału w obrzędach kultu. Podczas drugiej rozmowy osoba wyrażająca wolę dokonania aktu apostazji powinna pojawić się z dwoma świadkami posiadającymi dowody tożsamości, aktem chrztu

[29] Wyrok TK z 2 kwietnia 2003 r., K 13/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 28.

[30] Szerzej na temat relacji państwa z Kościołami w P. Stanisz, *Naczelne zasady instytucjonalnych relacji…*, s. 68-80.

[31] http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1549985,1,wyrok-nsa-w-sprawie-apostatow.read (dostęp: 8.10.2015).

oraz złożyć pisemne oświadczenie o wystąpieniu z Kościoła katolickiego. Po zbadaniu zgodności dokumentów proboszcz potwierdza dokonanie aktu pieczęcią parafii oraz podpisem z datą. Uwierzytelnioną kopię przesyła on do kurii swojej diecezji i jeżeli ta nie znajduje żadnych przeciwwskazań, zaleca się parafii, w której odstępca od wiary został ochrzczony, zamieszczenie stosownego wpisu w księdze ochrzczonych. Apostata na własne życzenie może uzyskać akt chrztu z wpisem o dokonaniu apostazji. Punkt siódmy „Zasad postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła" zabrania dopuszczenia jakiejkolwiek innej formy dokonania apostazji. Ponadto, punkt jedenasty głosi, iż „jednocześnie należy wyjaśnić zainteresowanemu, że chrzest jest wydarzeniem, którego nie da się wymazać z historii życia człowieka, dlatego wykreślenie aktu z księgi chrztu nie jest możliwe. Gdyby ktoś powoływał się na prawo o ochronie danych osobowych, należy wyjaśnić, że w tej sprawie nie ma ono zastosowania. Dane zawarte w księgach metrykalnych, jako udokumentowanie przyjętych sakramentów, są niezbędne do wykonywania własnych zadań Kościoła"[32].

Wiele osób nie podporządkowało się zasadom apostazji ustanowionym przez Konferencję Episkopatu Polski i składało pisemne oświadczenia o wystąpieniu z Kościoła drogą elektroniczną lub pocztą. Proboszczowie parafii, które otrzymały takie oświadczenia, odmawiali potwierdzenia dokonania aktu apostazji, powołując się na brak spełnienia wymaganej procedury. Część osób złożyła skargi na decyzje duchownych do Generalnego Inspektora Danych Osobowych, który po zapoznaniu się ze skargą oraz wyjaśnieniami proboszcza odmawiał podjęcia działań administracyjnych. Jako przyczynę odmowy podawał brak spełnienia wymaganych formalności w akcie apostazji oraz powołał się na art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r.[33], który stanowi, że z obowiązku rejestracji zbioru danych zwolnieni są administratorzy danych dotyczących osób należących do Kościoła lub innego związku wyznaniowego, o uregulowanej sytuacji prawnej, przetwarzanych na potrzeby Kościoła lub związku wyznaniowego. Kościół katolicki jest instytucją o uregulowanej sytuacji prawnej, który w zakresie swojej działalności jest niezależny i przy wykonywaniu swoich kompetencji posługuje się wewnętrznym prawem. W związku z takimi decyzjami GIODO wpłynęło kilka skarg do Wojewódzkich Sądów Administracyjnych. Jedna z takich skarg złożył W.G., a zajął się nią Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie[34]. W wyroku sąd oddalił skargę na decyzję GIODO, uznając jego uzasadnienie za zgodne z prawem polskim i unijnym. Skarżący decyzję GIODO wniósł o kasację tego wyroku do Naczelnego Sądu Administracyjnego. NSA uchyliło za-

[32] Zasady postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła, 27 września 2008 r. http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/5075.1,Zasady_postepowania_w_sprawie_formalnego_aktu_wystapienia_z_Kosciola.html (dostęp: 1.10.2015).

[33] Dz. U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883.

[34] Wyrok WSA w Warszawie z 7 maja 2012 r., II SA/Wa 2767/11.

skarżony wyrok[35] i zaskarżoną decyzję GIODO. Jako uzasadnienie NSA podało zignorowanie przez WSA i GIODO oświadczenia skarżącego o wystąpieniu z Kościoła. „Jest przy tym oczywiste, że nie jest rzeczą organu administracji ocenianie zachowanie przez skarżącego lub niezachowanie zasad prawa kościelnego, obowiązujących w razie zgłoszenia zamiaru wystąpienia z Kościoła. Jest natomiast obowiązkiem organu przeprowadzenie oceny złożonego w aktach sprawy dowodu w postaci oświadczenia o wystąpieniu przez skarżącego z Kościoła Katolickiego"[36]. NSA, powołując się na art. 53 ust 1 i 2 Konstytucji RP[37] oraz art. 2 pkt 2a ustawy z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania[38], uznał za skuteczne oświadczenie W.G. o wystąpieniu z Kościoła katolickiego. Uznał, że powołanie się GIODO na art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych było niewłaściwe, a co za tym idzie, WSA oparł swój wyrok na błędnej decyzji GIODO.

Rok po tym wyroku nastąpiła interwencja GIODO na podstawie skargi R.P. na nieuznanie oświadczenia woli i braku naniesienia odpowiedniej adnotacji w księdze chrztów. GIODO wydał korzystną dla skarżącego decyzję, w której nakazał proboszczowi parafii powoda uznać jego oświadczenie oraz nanieść odpowiednią adnotację w księdze chrztów. Proboszcz złożył do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego wniosek o wstrzymanie decyzji GIODO. Jako podstawę podał, iż jej wykonanie będzie miało trwały, nieodwracalny skutek. „Wprowadzenie zmiany w księdze ochrzczonych jest możliwe wyłącznie po uzyskaniu prawomocnego wyroku, który potwierdzi zgodność z prawem państwowym i kościelnym decyzji GIODO i w związku z tym dodatkowy wpis będzie miał charakter trwały. W sytuacji, gdyby sąd uchylił decyzje GIODO usunięcie wpisu z księgi ochrzczonych spowoduje konieczność usunięcia wpisu niezgodnego z prawem. W dokumencie takim, jak księga ochrzczonych, nie są dopuszczalne skreślenia"[39]. Przepisanie na nowo księgi wykracza poza możliwości proboszcza, ponieważ wymagałoby to ponownego zebrania podpisów wszystkich ochrzczonych wpisanych do niej. Sąd przychylił się więc do argumentacji proboszcza i zawiesił wykonanie decyzji GIODO. Wyrok nie uprawomocnił się.

Naczelny Sąd Administracyjny podjął się trudnego zadania rozstrzygnięcia sporu pomiędzy jednostkami mającymi zagwarantowaną konstytucyjnie wolność wyboru wyznania, a i Kościoła katolickiego, który z kolei posiada konstytucyjną gwarancję autonomii i niezależności. W swoich wyrokach NSA opowiedział się po stronie podmiotów domagających się swobodnej możliwości konwersji. Co prawda Konstytucja w art. 53 ust. 2 nie mówi wprost o swobodnej zmianie wyznania, ponieważ odnosi się głównie do

[35] Wyrok NSA z 24 października 2013 r., I OSK 1828/12.
[36] *Ibidem.*
[37] Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
[38] Dz.U. z 1989 r. Nr 29, poz. 155.
[39] Postanowienie WSA w Warszawie z 24.10.2014 r. II SA/Wa 1604/14.

osób przynależących już do konkretnej religii, „ale wolność «przyjmowania» religii zakłada także wolność jej zmiany według własnego wyboru”[40]. Sądowe sprawy o uznanie apostazji są w Polsce zjawiskiem nowym, dotychczas swój głos w tym temacie wyrazili tylko NSA i GIODO. Można przypuszczać, iż Kościół katolicki w przyszłości może podać w wątpliwość zgodność z Konstytucją RP decyzji GIODO i NSA do Trybunału Konstytucyjnego. Ważnym aspektem wyroków NSA jest potwierdzenie autonomii związków wyznaniowych (art. 25 Konstytucji RP), której najważniejszym elementem jest niewątpliwie prawo Kościołów do samostanowienia[41].

6. Edukacja religijna w polskich szkołach publicznych

Konstytucja RP dopuszcza nauczanie w szkołach publicznych religii Kościoła albo innych związków religijnych, jeżeli ich sytuacja prawna jest uregulowana. Taka regulacja może być stworzona w trybie ustawy lub poprzez wpisanie do rejestru prowadzonego przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji[42], jeśli rejestracja odbyła się przed 18 listopada 2011 r. Od 18 listopada 2011 r. rejestracją zajmuje się Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji. Podstawą prawną organizacji zajęć szkolnych z religii oraz sposobu i formy zatrudnienia nauczycieli są: ustawa o systemie oświaty z 7 września 1991 r.[43], Karta Nauczyciela z dnia 26.01.1982[44] oraz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych[45]. Co zaś się tyczy nauczycieli szkół niepublicznych, jeśli placówki te mają status szkół publicznych, to Konkordat określa ich status następująco: „mają prawa i obowiązki takie same jak analogiczne osoby w szkołach i placówkach publicznych” (art. 14 ust.3)[46]. Do nich też odnoszą się postanowienia Karty Nauczyciela zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 1b tej ustawy.

Nauczanie religii w szkołach i przedszkolach publicznych jest prowadzone w myśl zasady równouprawnienia wszystkich związków religijnych. Jeżeli w danej placówce edukacyjnej znajduje się siedmiu uczniów wyrażających chęć uczęszczania na zajęcia szkolne ze swojej religii, placówka szkolna zobligowana jest do zorganizowania zajęć religii w ra-

[40] H. Misztal, *Konstytucyjne gwarancje wolności sumienia i religii*, [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo…* , s. 65.

[41] Szerzej na temat ochrony danych osobowych w kontekście działalności Kościoła katolickiego w M. Czelny, *Ochrona danych osobowych w działalności Kościoła Katolickiego w Polsce*, [w:] „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2011, t.14, s. 241-268.

[42] A. Mezglewski, *Nauczanie religii w publicznych przedszkolach i szkołach*, [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo…* , s. 8.

[43] Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572.

[44] Dz. U. z 2014 r. poz. 191.

[45] Dz. U. z 1992 r. Nr 36, poz. 155.

[46] Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.

mach godzin lekcyjnych. Jeżeli w przedszkolu lub szkole liczba uczniów zainteresowanych uczęszczaniem na zajęcia religii nie przekroczy siedmiu, taka placówka w porozumieniu z właściwym Kościołem lub związkiem religijnym organizuje zajęcia w grupie międzyszkolnej lub w pozaszkolnym punkcie katechetycznym. Zajęcia z religii są traktowane jako równoprawny przedmiot nauczania zgodnie z art. 53 ust 4. Konstytucji RP. Co prawda, nie zostało w tym artykule użyte sformułowanie „równoprawny", ale samo uznanie religii za przedmiot nauczania nasuwa wniosek traktowania go na równi z innymi[47]. Zasady oceniania z religii i etyki są zawarte w § 9 rozporządzenia MEN z 14 kwietnia 1992 r.[48] Nie jest jednak przyjęty ustawowy wzór klasyfikacji i zasad oceniania uczniów, brak konkretnych wymagań edukacyjnych. Rozporządzenie MEN traktuje tylko o stosowaniu skali ocen przyjętej w danej klasie. Obecnie oceny ze wszystkich przedmiotów dodatkowych włącznie z religią wliczają się do średniej ocen na świadectwie. Zrównanie religii z przedmiotami dodatkowymi jest niewątpliwie przejawem równego traktowania wszystkich związków religijnych. Dla osób nieuczęszczających na lekcje religii istnieje możliwość zorganizowania lekcji etyki. Problem nieorganizowania przez szkoły lekcji etyki trafił na wokandę Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[49]. Skarga dotyczyła między innymi braku uruchomienia zajęć z etyki, pomimo wielokrotnych próśb ze strony zainteresowanych stron, oraz braku oceny na świadectwie w miejscu „religia/etyka". ETPCz uznał, że brak dostępu do lekcji etyki stanowi naruszenie wolności wyznania i zakazu dyskryminacji. Dzięki wprowadzeniu więc tych zajęć z jednej strony uczniowie niewierzący mają zapewniony rozwój etyczno-duchowy, z drugiej zaś unikniemy faworyzacji uczniów wierzących, którzy uzyskują dodatkowe oceny, mogące znacząco wpłynąć na poprawę ich średniej.

Według art. 12 ust. 1 ustawy o systemie oświaty z 1991 r. państwo na prośbę rodziców bądź uczniów organizuje zajęcia z religii[50]. Duże wątpliwości i sprzeczne interpretacje wywołało użyte sformułowanie „organizuje", kolejne zastrzeżenia wzbudziło użycie tego sformułowania w rozporządzeniu MEN z 14 kwietnia 1992 r. Zastanawiano się, czy organizowanie zajęć przez szkoły dotyczyło włączenia religii w system oświaty przy jednoczesnym zatrudnianiu na koszt państwa nauczycieli religii, czy obejmuje tylko kwestię zapewnienia Kościołom i związkom religijnym możliwości nauczania religii w placówkach szkolnych we własnym zakresie bez potrzeby zatrudniania nauczycieli tego przedmiotu przez szkołę. Na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich wyjaśnieniem tych wątpliwości zajął się Trybunał Konstytucyjny. Wyrokiem z 20 kwietnia 1993 r.[51] stwierdził zgodność z Konstytucją rozporządzenia MEN z 14 kwietnia 1992 r., „które dotyczyło rozumienia

[47] A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej w szkołach publicznych,* Lublin 2009, s. 79.
[48] Dz. U. z 1992 r. Nr 36, poz. 155.
[49] Wyrok ETPCz z 15.06.2010 r. w sprawie *Grzelka v. Polska*, skarga nr 7710/02
[50] Dz. U. z 1991 r. Nr 95, poz. 425.
[51] Wyrok TK z 20 kwietnia 1993 r., U 12/92, OTK w 1993 r., cz. I, poz. 9

zwrotu «organizuje», wiążącego się z koniecznością zatrudnienia nauczycieli religii przez jednostki oświatowe wraz z przyznaniem im statusu porównywalnego ze statusem nauczycieli innych przedmiotów”[52].

Ze względu na to, że nauczyciele religii są zatrudniani przez państwo muszą spełnić podstawowe wymagania kwalifikacyjne stawiane nauczycielom. Konieczne wymogi znajdują się w art. 9 ust. 1 Karty Nauczyciela oraz w rozporządzeniu MEN z 12 marca 2009 r., ponadto § 7 rozporządzenia stanowi o specjalnych wymaganiach kwalifikacyjnych nauczycieli religii. „Kwalifikacje do nauczania religii posiada osoba, która spełnia wymagania kwalifikacyjne określone w porozumieniach pomiędzy ministrem właściwym do spraw oświaty i wychowania a Konferencją Episkopatu Polski Kościoła Katolickiego oraz właściwymi władzami zwierzchnimi Kościołów lub innych związków wyznaniowych”[53]. Ze względu na porozumienia między MEN a organami władz związków religijnych niekiedy wymagania określone dla nauczycieli religii są niższe niż te stawiane innym nauczycielom. Chodzi tu o wymóg ukończenia studiów wyższych lub odbycia studiów podyplomowych z przedmiotu nauczania. Dla przykładu niższe wymagania stawiane są nauczycielom religii w Kościele katolickim uczącym w liceum. Mogą nimi zostać:

a) księża nie mający magisterium z teologii,
b) alumni seminariów po piątym roku studiów,
c) osoby świeckie i zakonne, które ukończyły wyższe studia magisterskie bez przygotowania teologicznego, a przygotowanie te uzupełniły w formie kolegium teologicznego (a nie studiów podyplomowych)[54].

Dodatkowym wymogiem kwalifikacyjnym dla nauczycieli religii jest zdobycie dokumentu misji kanonicznej. W świetle obowiązujących przepisów ten dokument jest imiennym, pisemnym skierowaniem, wydanym przez odpowiednią miejscowo, posiadającą do tego kompetencje, władzę danego związku wyznaniowego do podjęcia pracy na stanowisku nauczyciela religii w danej placówce edukacyjnej. W razie zmiany miejsca zatrudnienia bądź podjęcia dodatkowego stosunku pracy w innej szkole na stanowisku nauczyciela religii, wymagane jest ponowne zdobycie dokumentu misji kanonicznej[55].

Zgodnie z art. 39 ust. 3 pkt 1 ustawy o systemie oświaty dyrektor szkoły odpowiada za zatrudnianie i zwalnianie nauczycieli. Dyrektor również odmawia angażu nauczyciela religii wyznaczonego przez władze związków wyznaniowych, jeżeli ten nie spełnia wymogów. Jeżeli wszystkie kwalifikacje są spełnione przez kandydata, dyrektor powinien go zatrudnić[56].

[52] A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej…*, s. 140.
[53] Dz. U. z 2009 r. Nr 50, poz. 400.
[54] A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej…*, s. 194.
[55] *Ibidem.* s. 200.
[56] Szerzej na temat nauczania religii katolickiej w Polsce w K. Więcek, *Nauczanie religii katolickiej w polskiej szkole publicznej w kontekście prawa rodziców do wychowania religijnego dzieci – aspekty historyczne i wybrane aktualne problemy* [w:] „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2013, t. 16, s. 185-211.

7. Kontekst europejski

Prawo unijne wywiera coraz większy wpływ na prawodawstwo w państwach członkowskich. W niektórych sferach jak np. polityka fiskalna czy celna państwa rezygnują z części swojej suwerenności i godzą się na ustalenia odpowiednich organów unijnych. Nie dotykały one jednak początkowo kwestii wyznaniowych, pozostawiając je w całości do uregulowania poszczególnym państwom członkowskim, co potwierdza Deklaracja nr 11 w sprawie Kościołów i wspólnot światopoglądowych. Została ona sformułowana następująco: „Unia przestrzega i nie narusza statusu, z jakiego korzystają zgodnie z prawem krajowym Kościoły i stowarzyszenia lub wspólnoty religijne w państwach członkowskich”[57]. Wydaje się to zrozumiałe, biorąc pod uwagę różnorodność systemów relacji obowiązujących w Unii: od państwa wyznaniowego, jakim jest Wielka Brytania czy Finlandia, przez separację przyjazną jak Niemcy czy Polska, po separację wrogą jak Francja. Z czasem jednak pomimo tych różnic i wraz z postępującym procesem integracji zaczęto regulować niektóre kwestie jak np. zatrudnienie, ochrona danych osobowych czy zwolnienia celne. Dla prawa pracy, którego analiza stanowi ważny element zrozumienia, jak sprawa Perich potoczyłaby się w Polsce, szczególnie istotna jest dyrektywa Nr 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r., w której określono zasady równego traktowania w zatrudnieniu, choć pozostawiono w niej jeszcze państwom możliwość określenia przesłanek, które określałyby zachowanie dyskryminujące. Zgodnie z art 4 ust. 2 tej dyrektywy dotyczącym wymagań zawodowych nie dochodzi do dyskryminacji „gdy ze względu na charakter tego rodzaju działalności lub kontekst, w którym jest prowadzona, religia lub przekonania stanowią podstawowy, zgodny z prawem i uzasadniony wymóg zawodowy, uwzględniający etykę organizacji”[58]. Dyrektywa ta wpłynęła nawet na polski kodeks pracy, wymuszając zmiany niektórych jego przepisów[59]. Dla wolności wyznania w Europie istotna jest również Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej: EKPC). Doniosłość tego aktu prawnego wyraża się m.in. w możliwości wystąpienia z indywidualną skargą do ETPCz w sprawie naruszenia przez państwo członkowskie przepisów w niej zawartych. Podczas procesów, które dotyczyły prawa związków wyznaniowych do samostanowienia najczęściej powoływano się na art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania). Na podstawie dotychczasowych spraw można zauważyć, że Kościoły nie łamią wspomnianych przepisów, gdy zwalniane są osoby wykonujące funkcję, w której istotną cechą jest zachowanie określonego stylu

[57] Szerzej na temat polityki unii europejskiej wobec związków wyznaniowych w: K. Orzeszyna, *Podstawy relacji między państwem a kościołami*, Lublin 2007 s. 251-268.

[58] Dyrektywa Nr 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. http://www.ptpa.org.pl/public/files/akty_prawne/2000.78.WE.pdf (dostęp: 20.07.2015).

[59] P. Stanisz, *Stosunek Unii Europejskiej do religii i kościołów*, [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo*… , s. 40.

życia i przekonań jak np. dyrektor jednego z departamentów Kościoła Mormońskiego, który żył w związku pozamałżeńskim (Obst v. Niemcy)[60], czy pracownica przedszkola protestanckiego, która po dołączeniu do nowego związku wyznaniowego zaczęła prowadzić tam zajęcia, a zwolnienie jej przez przedszkole zgodnie z orzeczeniem ETPCz było potrzebne dla zachowania wiarygodności placówki (Siebenhaar v. Niemcy)[61]. Zdarza się jednak, że trybunał po rozważeniu praw zwolnionych pracowników przedkłada je ponad interes Kościołów jako pracodawców jak np. w sprawie organisty żyjącego w związku pozamałżeńskim (Schütch v. Niemcy)[62]. Ciekawa w powiązaniu ze sprawą Perich jest sprawa Fernández Martinez v. Hiszpania. Dotyczyła ona „sekularyzowanego księdza", który wystąpił w 1984 r. do papieża o zwolnienie z celibatu. Nie uzależniał on jednak swojego postępowania od decyzji głowy Kościoła i zdecydował się wstąpić w związek małżeński oraz posiadać potomstwo. Cały czas nauczał też katechezy w szkole publicznej na rocznym, odnawialnym kontrakcie. W 1996 r. ukazał się artykuł ze spotkania dla księży w sprawie zniesienia celibatu i demokratyzacji Kościoła, na którym Fernández Martinez został ukazany jako rzecznik tej inicjatywy. Dziewięć miesięcy później nadeszła po 13 latach od złożenia wniosku odpowiedź w sprawie zwolnienia z celibatu. Kwestie nauczania religii pozostawiono do uznania lokalnego biskupa i zezwolono na dalsze nauczanie pod warunkiem braku skandalu. Miesiąc po tym diecezja poinformowała Ministerstwo Edukacji, że nie przedłużają Martinezowi kontraktu z powodu afery, którą stało się publiczne ujawnienie wiadomości o jego sytuacji rodzinnej. Jego umowa nie została w związku z tym po raz kolejny odnowiona. Martinez wniósł więc skargę do sądów krajowych, ale nie została ona rozpatrzona na jego korzyść. W tej sytuacji skorzystał z przysługującej mu indywidualnej skargi do ETPCz. Trybunał stanął więc przed zadaniem określenia, czy został złamany art. 8 EKPC i stwierdził ostatecznie, że do naruszenia nie doszło. Rozstrzygnięcie Izby Trybunału[63] mogło wskazywać na pierwsze próby ustanowienia wyjątku pastorskiego dla Europy poprzez określenie powoda duchownym. Orzeczenie Izby Trybunału w sprawie Martineza jest więc bardzo podobne do orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Hosanna-Tabor v. Komisja do Spraw Równego Zatrudnienia* i traktuje bardzo podobnie tę sprawę, odpowiadając w niej na zbliżone pytania i stawiając porównywalne wnioski: uznając skarżącego nauczyciela religii za duchownego oraz potwierdzając prawo związków wyznaniowych do samostanowienia[64]. Jednak w 2014 r. Wielka Izba ETPCz zrobiła niejako krok w tył na drodze tworzenia

[60] Wyrok ETPCz z 23 września 2010 r. w sprawie *Obst v. Niemcy*, skarga nr 425/03.
[61] Wyrok ETPCz z 3 lutego 2011 r. w sprawie *Siebenhaar v. Niemcy*, skarga nr 18136/02.
[62] Wyrok ETPCz z 23 września 2010 r. w sprawie *Schüth v.Niemcy*, skarga nr 1620/03.
[63] Wyrok ETPCz z 15 maja 2012 r. w sprawie F*ernández Martinez v. Hiszpania*, skarga nr 56030/07.
[64] Stijn Smet, *Fernández Martínez v. Spain: Towards a 'Ministerial Exception' for Europe?*, 2012 http://strasbourgobservers.com/2012/05/24/fernandez-martinez-v-spain-towards-a-ministerial-exception-in-europe/ (dostęp: 19.07.2015).

wyjątku pastorskiego dla Europy[65]. Potwierdziła, co prawda, że nie zostały naruszone prawa powoda, ale jej uzasadnianie było już zgoła inne i zostało przeprowadzone jak w sprawach Obst, Schütch i Siebenhaar, traktując Martineza jako osobę świecką[66]. Decyzja Wielkiej Izby zapadła stosunkiem 9 do 8 członków składu orzekającego, a wszyscy sędziowie będący przeciwko, złożyli wspólne zdanie odrębne. W związku z tymi rozważaniami możliwe jest odejście w przyszłości od dotychczasowej linii orzeczniczej.

8. Podsumowanie

Dokonując próby podsumowania dotychczasowych rozważań, należy stwierdzić, że sprawa Perich mogłaby wydarzyć się w Polsce, a sentencja wyroku brzmiałaby podobnie. Państwo polskie dopuszcza rejestrację nowych związków wyznaniowych, mogą one prowadzić swoje szkoły i zawierać porozumienia z ministrem edukacji narodowej w sprawie kwalifikacji nauczyciela religii. Do nauczycieli w szkołach prywatnych odnoszą się takie same zasady jak do tych w publicznych. Jak już wspomniano, to dyrektor jest odpowiedzialny za zwalnianie pedagogów, którzy maja nauczać religii, jeśli ci nie spełniają odpowiednich kryteriów. Takim kryterium może być także odpowiednia akredytacja zgromadzenia duchownego bądź hierarchy kościelnego. W przypadku Perich misję kanoniczną wystawiłoby zgromadzenie synodu. Gdyby w Polsce zgoda na reprezentowanie związku wyznaniowego przez nauczyciela religii została cofnięta, dyrektor miałby obowiązek zwolnić owego pracownika. Kwestia Perich jest o tyle skomplikowana, o ile poza religią nauczała ona też innych przedmiotów. Była ona jednak osobą duchowną i jako taka była zatrudniona, dlatego właśnie objął ją w Stanach wyjątek pastorski. Wspomniane wyroki dotyczące apostazji w Polsce wskazują na to, iż autonomia Kościoła i jego prawo do samostanowienia są niepodważalne. NSA wskazał tylko, że zagwarantowanie jednostce wolności wyboru własnej religii zapewnione w art. 53 Konstytucji RP jest bardziej istotną wartością aksjologiczną niż autonomia związków wyznaniowych (art. 25 Konstytucja RP), podkreślał jednak, że nie może to wpłynąć na prawo Kościołów do samostanowienia. Można by więc przewidywać, iż sprawa Perich przeniesiona na grunt polski zakończyłaby się zapewne podobnym wyrokiem. Nie mieliśmy jeszcze jednak szansy zobaczenia podobnego procesu w Polsce. Nie można skupiać się jednak tylko na prawie polskim, aby zrozumieć pełnię sytuacji, trzeba uwzględnić także funkcjonujący obok

[65] Wyrok ETPCz z 12 czerwca 2014 r. w sprawie *Fernández Martinez v. Hiszpania*, skarga nr 56030/07

[66] Stijn Smet, *Fernández Martínez v. Spain: The Grand Chamber Putting the Brakes on the Ministerial Exception for Europe?*, 2014, http://strasbourgobservers.com/2014/06/23/fernandez-martinez-v-spain-the-grand-chamber-putting-the-breaks-on-the-ministerial-exception-for-europe/ (dostęp: 19.07.2015).

porządek prawny Unii Europejskiej. Procesujący się, zwolniony nauczyciel religii po wyczerpaniu drogi prawnej w kraju mógłby skorzystać ze skargi indywidualnej do ETPCz. To, jak tam zakończyłaby się sprawa, jest już łatwiejsze do przewidzenia dzięki kilku ostatnim wyrokom, o których już wspomnieliśmy.

State interference in the interior affairs of religious organizations for example *Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church and School v EEOC* case

Abstract: The purpose of this paper is to compare the state's influence on the internal affairs of religious communities in the United States and Poland. The starting point of our article was the issue of Cheryl Periche in which the US Supreme Court addressed the fundamental principle of the independence of religious organizations, namely self-selection of their clergy. The study addresses aspects of the formation of religious freedom and the place of religion in the public life of the United States. Polish law pays close attention to the teaching of religion in public schools, freedom to act of apostasy in the Catholic Church, and we referred to judgments of the European courts on similar subjects. Based on extensive analysis of both legal systems we have found that both the Polish and American legislator protects the right of religious communities to self-determination.

Keywords: EEOC, Pastor, Perich, Religious autonomy, freedom of religion, First Amendment

Paweł Bury
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Czy korporacje mogą praktykować religię? Sprawa *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*

1. Wprowadzenie

W sprawie *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*[1] Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych musiał rozstrzygnąć kwestię, czy korporacje *for-profit*, podnosząc zarzuty natury religijnej, mogą skutecznie domagać się zwolnień z obowiązków nakładanych przez powszechnie obowiązujące prawo. Sprawa ta, w oczywisty sposób związana z zagadnieniami światopoglądowymi i religijnymi, wzbudzała liczne spory i podziały, także w składzie sędziowskim Sądu Najwyższego USA. O ile już wcześniej przed tą najwyższą instancją amerykańskiego sądownictwa federalnego często pojawiały się sprawy związane z ochroną szeroko pojętej wolności religijnej, o tyle nigdy nie dotyczyły wprost przekonań religijnych korporacji nastawionych na osiąganie zysków.

Sprawa *Burwell v. Hobby Lobby* swój początek ma wraz z wejściem w życie w 2013 r. wywołującej sporo kontrowersji, mającej zarówno wielu zwolenników, jak i zagorzałych przeciwników, reformy systemu ubezpieczeń zdrowotnych powszechnie znanej jako *ObamaCare*. Wspominana reforma została wprowadzona podpisaną w 2010 r. przez Prezydenta USA Baracka Obamę ustawą o ochronie pacjentów i dostępności opieki[2]. Od samego początku, gdy tylko prezydent Obama przedstawił sam zamysł zmiany systemu

[1] *Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., Petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc., Mardel, Inc., David Green, Barbara Green, Steve Green, Mart Green, and Darsee Lett; Conestoga Wood Specialties Corporation, et al., Petitioners v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.*, dalej jako sprawa *Burwell v. Hobby Lobby*. Formalnie były to dwie odrębne sprawy o zbliżonym stanie faktycznym i prawnym, rozpoznane łącznie przez Sąd Najwyższy. Sprawy początkowo występowały odpowiednio pod nazwami *Sebelius v. Hobby Lobby* oraz *Conestoga Wood Specialties v. Sebelius*, a Sylvia Burwell stała się automatycznie ich stroną po zatwierdzeniu przez Senat Stanów Zjednoczonych jej nominacji na urząd Sekretarza Zdrowia i Opieki Społecznej Stanów Zjednoczonych (*United States Secretary of Health and Human Services*).

[2] *Patient Protection and Affordable Care Act*, właśc. *An Act entitled The Patient Protection and Affordable Care Act*, dalej jako *ACA*.

ubezpieczeń zdrowotnych, Partia Republikańska otwarcie krytykowała propozycję reformy, podnosząc argumenty zarówno natury finansowej, jak i wskazując na możliwe ograniczanie wolności obywateli przez rząd federalny. Następnie Republikanie usilnie próbowali uniemożliwić wejście reformy w życie, doprowadzając nawet na początku października 2013 r. do kilkunastodniowego paraliżu rządu (*government shutdown*), gdy kontrolowana przez republikańską większość Izba Reprezentantów nie przyjęła na czas ustawy budżetowej.

Reforma ubezpieczeń zdrowotnych, będąca sztandarowym postulatem prezydenta Baracka Obamy, miała pomóc około 48 milionom nieubezpieczonych Amerykanów[3]. Przed reformą USA były bowiem jedynym rozwiniętym krajem świata bez powszechnego systemu ubezpieczeń zdrowotnych. Po jej wprowadzeniu odsetek dorosłych Amerykanów pozbawionych ubezpieczenia spadł z 18% w trzecim kwartale 2013 r. do 11% w pierwszym kwartale 2016 r.[4] Do czasu wejścia w życie *ObamaCare*, ubezpieczenia zdrowotne w Stanach Zjednoczonych nie były obowiązkowe, ale wyłącznie dobrowolne. Reforma natomiast nakazuje wykup polisy ubezpieczeniowej każdemu obywatelowi, a za niepodporządkowanie się przewidziano nawet kary finansowe[5]. Także wobec przedsiębiorców, którzy mimo ciążącego na nich obowiązku nie zapewnią swoim pracownikom ubezpieczeń zdrowotnych, przewidziano stosowne kary, o czym będzie dalej jeszcze mowa.

Od teraz wszyscy ci, którzy byli zbyt bogaci, aby objął ich bezpłatnym ubezpieczeniem zdrowotnym program *Medicaid*[6], ale zbyt biedni, ażeby samodzielnie wykupić ubezpieczenie, będą mogli skorzystać z pomocy państwa, w szczególności poprzez dopłaty do

[3] S. Kliff, *Obamacare by the numbers*, https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/11/08/obamacare-by-the-numbers (dostęp 15.04.2016).

[4] *U.S. Uninsured Rate at 11.0%, Lowest in Eight-Year Trend*, http://www.gallup.com/poll/190484/uninsured-rate-lowest-eight-year-trend.aspx (dostęp 15.04.2016).

[5] 26 U.S.C. § 5000A(c). Tak skonstruowany przypis zawiera odwołanie do przepisu prawnego, który został zamieszczony w skompilowanym zbiorze prawa. Odczytywać go poprawnie należy wedle poniższych wskazówek. Liczba na początku oznacza numer tytułu (*title*) zbioru, a po niej zaś występuje odpowiedni dla danego zbioru skrót literowy – U.S.C. dla Kodeksu Stanów Zjednoczonych (*United States Code*) zawierającego ustawy federalne albo CFR dla Kodeksu Przepisów Federalnych (*Code of Federal Regulations*) obejmującego przepisy wydane przez federalne władze wykonawcze. Symbol paragrafu wraz z liczbą i możliwym dodatkowym oznaczeniem cyfrowo-literowym określa sekcję (*section*), w której omawiany przepis został zamieszczony. Występujące w dalszej kolejności litery i liczby zapisywane w nawiasach oznaczają kolejne jednostki redakcyjne w sekcji, takie jak podsekcja (*subsection*), ustęp (*paragraph*) czy akapit (*subparagraph*). Podawany niekiedy na samym końcu w nawiasie rok świadczy, iż chodzi o brzmienie, w jakim dany przepis występował w tymże roku. Reasumując, niniejszy przypis zwiera odwołanie do przepisu umieszczonego w tytule 26 Kodeksu Stanów Zjednoczonych sekcji 5000A podsekcji c.

[6] System *Medicaid* powstał podczas prezydentury Lyndona B. Johnsona i jest adresowany do niezamożnych mieszkańców USA. Udział poszczególnych stanów w programie jest całkowicie dobrowolny, choć należą do niego wszystkie z nich. Szerzej o *Medicaid* w oficjalnej broszurze programu sporządzonej w języku polskim i dostępnej na https://www.medicare.gov/pubs/pdf/other-languages-not-sp/11409-POL.pdf (dostęp 15.04.2016).

ubezpieczeń. Reforma adresowana była głównie do pracujących na własny rachunek, których dotąd nie było stać na wykup ubezpieczenia, jak i tych, którym pracodawcy dotychczas nie zapewniali ubezpieczenia zdrowotnego. Ponadto, w myśl reformy *ObamaCare*, pracodawcy zatrudniający co najmniej 50 osób na pełny etat są odtąd obowiązani do zapewnienia ubezpieczenia pracownikom[7] i to właśnie ta część reformy opieki zdrowotnej jest zalążkiem konfliktu, którego dotyczy sprawa *Burwell v. Hobby Lobby.*

2. Sedno sporu

W niniejszej sprawie kwestionowane były przepisy wydane przez federalny Departament Zdrowia i Opieki Społecznej Stanów Zjednoczonych[8] (*United States Department of Health and Human Services*) na podstawie wspomnianej już ustawy o ochronie pacjentów i dostępności opieki z 2010 r. Ustawa nakłada na pracodawców wymóg zapewnienia pracownikom ubezpieczeń, obejmujących między innymi opiekę profilaktyczną i badania przesiewowe (*preventive care and screenings*) dla kobiet[9]. Kongres w *ACA* nie określił, jakiego rodzaju opieka profilaktyczna ma być zagwarantowana, upoważniając do zadecydowania o tym Agencję Zasobów i Usług Zdrowotnych[10] (*Health Resources and Services Administration*), wchodzącą w skład departamentu zdrowia. Na podstawie wytycznych wydanych przez *HRSA* pracodawcy zostali zobowiązani do zapewniania dwudziestu zatwierdzonych przez Agencję ds. Żywności i Leków (*Food and Drug Administration*) środków antykoncepcyjnych, w tym czterech metod, które mają zapobiegać zagnieżdżeniu się w macicy już zapłodnionej komórki jajowej. Są to dwa rodzaje tabletek powszechnie zwane pigułkami „dzień po" (*„morning after" pills*) i przeznaczone przede wszystkim do stosowania w nagłych wypadkach (*for emergency use*), a także dwa typy wkładek wewnątrzmacicznych (*intrauterine devices*). Obowiązek finansowania owych czterech środków wczesnoporonnych został zakwestionowany przez skarżących w tejże sprawie – to jest rodziny Greenów i Hahnów oraz ich korporacje.

Wspominanej już wcześniej agencji przyznano możliwość określenia odstępstw dla pracodawców religijnych (*religious employers*) od obowiązku oferowania przez nich ubezpieczeń zdrowotnych z dostępem do antykoncepcji[11]. *HRSA* w swoich wytycznych wyłączyła tym samym pracodawców religijnych z grona podmiotów obowiązanych do zapewnienia pracownikom ubezpieczeń obejmujących środki antykoncepcyjne. Praco-

[7] 26 U.S.C. § 4980H(c)(2).

[8] Dalej jako departament lub departament zdrowia.

[9] 42 U.S.C. § 300gg–13(a)(4). Dla przypomnienia poprawnego odczytu – tytuł 42 Kodeksu Stanów Zjednoczonych sekcja 300gg–13 podsekcja a ustęp 4.

[10] Dalej jako *HRSA*.

[11] 45 CFR § 147.131(a).

dawcami religijnymi w rozumieniu przepisów są między innymi kościoły i zintegrowane z nimi organizacje pomocnicze[12]. Ponadto religijne organizacje działające *non-profit*, które jednocześnie sprzeciwiają się pokrywaniu kosztów wszystkich lub niektórych środków antykoncepcyjnych z powodu obiekcji motywowanych względami religijnymi, uzyskały możliwość zwolnienia z takiego obowiązku[13]. W przypadku zgłoszenia sprzeciwu przez organizację religijną obowiązek finansowania wspomnianych środków przechodzi na ubezpieczyciela[14]. Departament zdrowia uważa przy tym, że obowiązek ten nie nakłada żadnych dodatkowych kosztów na ubezpieczycieli, ponieważ będą one mniejsze lub równe oszczędnościom wynikającym z innych usług.

Nie można wreszcie zapominać, że *ACA* nie obejmuje swoimi wymogami bardzo wielu pracodawców. Ci z nich bowiem, którzy już mieli nabyte ubezpieczenia dla pracowników, to znaczy takie, jakie istniały przed 23 marca 2010 r. i nie zostały zmieniane po tej dacie, nie muszą spełniać wielu wymogów ustawy, w tym finansowania antykoncepcji[15]. Natomiast pracodawcy zatrudniający mniej niż 50 pracowników nie są w ogóle zobowiązani ustawowo do zapewnienia ubezpieczenia zdrowotnego[16]. Obowiązek finansowania antykoncepcji przez pracodawców w ramach oferowanych ubezpieczeń zdrowotnych nie ma zatem obecnie zastosowania w stosunku do dziesiątek milionów zatrudnionych ludzi.

2.1. Ustawa o przywracaniu wolności religijnej

Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalił w 1993 r. ustawę o przywracaniu wolności religijnej[17] celem zapewnienia bardzo szerokiej ochrony wolności religijnej. *RFRA* zakazuje rządowi federalnemu podejmowania jakichkolwiek działań, które znacznie obciążałyby praktykowanie religii osoby (*substantially burden a person's exercise of religion*), chyba że te działania stanowią najmniej restrykcyjne środki (*least restrictive means*) służące istotnemu interesowi rządowemu (*compelling governmental interest*)[18]. Przy czym, pod użytym w ustawie pojęciem „rząd" (*government*), zgodnie z zawartą w niej definicją, należy rozumieć między innymi departamenty i agencje[19]. W pierwotnym brzmieniu przepisu, termin „rząd" obejmował zarówno władze federalne, jak i władze stanów oraz stanowych jednostek orga-

[12] 26 U.S.C. § 6033(a)(3)(A)(i), (iii).
[13] 45 CFR § 147.131(b).
[14] 45 CFR § 147.131(c)(2).
[15] 42 U.S.C. § 18011(a).
[16] Jak zauważył sąd, liczba pracowników zatrudnionych w przedsiębiorstwach, które w ogóle nie mają obowiązku zapewnienia ubezpieczenia, ponieważ zatrudniają mniej niż 50 osób, wynosi około 34 milionów.
[17] *Religious Freedom Restoration Act*, właśc. *An Act to protect the free exercise of religion*, dalej jako *RFRA*.
[18] 42 U.S.C. § 2000bb–1(a), (b).
[19] 42 U.S.C. § 2000bb–2(1) (2000).

nizacyjnych[20]. W 1997 r. zapadło orzeczenie w sprawie *City of Boerne v. Flores*[21], w którym to Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznał, że Kongres, uchwalając *RFRA,* przekroczył swoje uprawnienia i ustawa nie może mieć zastosowania do stanów, a jedynie w stosunku do rządu federalnego[22].

Uchwalenie *RFRA* nastąpiło trzy lata po wydaniu przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wyroku w 1990 r. w sprawie *Employment Division v. Smith*[23]. W orzeczeniu tym zaprezentowano całkowicie odmienne podejście do rozumienia klauzuli swobody praktykowania religii (*free exercise clause*) z Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA, w odróżnieniu od spraw takich jak *Sherbert v. Verner*[24] i *Wisconsin v. Yoder*[25]. Do czasu wyroku w sprawie *Employment Division v. Smith*, przy ustalaniu, czy kwestionowane działania rządu naruszają klauzulę swobody praktykowania religii z Pierwszej Poprawki, wykorzystywano test ważenia interesów (*balancing test*)[26]. Kazał on brać pod uwagę, czy nałożono znaczne obciążenie na praktykowanie religii, a jeśli tak, czy było to konieczne, aby wesprzeć istotny interes rządu. Stosując ten test, Sąd Najwyższy orzekł w 1963 r. w sprawie *Sherbert v. Verner*, że pracownikowi, który został zwolniony za odmowę pracy w soboty ze względów religijnych, nie można odmówić świadczenia dla bezrobotnych. Z kolei w 1972 r. w sprawie *Wisconsin v. Yoder* Sąd Najwyższy USA uznał, że nie ma obowiązku posyłania przez amiszów dzieci do szkół aż do 16. roku życia. W sprawie *Employment Division v. Smith* Sąd Najwyższy odrzucił jednak test ważenia interesów. Sprawa dotyczyła dwóch członków Kościoła Rdzennych Amerykanów, którzy zostali zwolnieni z pracy za przyjmowanie pejotlu[27] w celach sakramentalnych. Gdy wystąpili o zasiłek dla bezrobotnych, stan Oregon odmówił im, podnosząc, że zażywanie pejotlu jest przestępstwem. Niemniej jednak Sąd Najwyższy Oregonu (*Oregon Supreme Court*), stosując test Sherberta, uznał odmowę świadczenia za naruszającą klauzulę swobody praktykowania religii. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jednakże nie podzielił opinii sądu stanowego. Sędziowie w opinii większościowej uznali wówczas, że nie naruszają Pierwszej Poprawki ograniczenia wolności praktykowania religii, będące incydentalnym efektem stosowania przepisów prawa. Sąd Najwyższy

[20] 42 U.S.C. § 2000bb–2(1) (1994).

[21] *City of Boerne, Petitioner v. P. F. Flores, Archbishop of San Antonio, and United States*.

[22] Niemniej do dnia dzisiejszego aż 21 stanów zdecydowało się wprowadzić stanowe regulacje zbliżone do *RFRA*. Zob. szerzej: http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/state-rfra-statutes.aspx [dostęp 15.04.2016].

[23] *Employment Division, Department of Human Resources of the State of Oregon, et al. v. Alfred Smith,* dalej jako sprawa *Employment Division v. Smith*.

[24] *Sherbert v. Verner et al., Members of South Carolina Employment Security Commission, et al.*, dalej jako sprawa *Sherbert v. Verner*.

[25] *State of Wisconsin v. Jonas Yoder, Wallace Miller, and Adin Yutzy*, dalej jako sprawa *Wisconsin v. Yoder*.

[26] Znany również jako test Sherberta lub test istotnego interesu (*compelling interest test*).

[27] Kaktus halucynogenny, znany także jako jazgrza Williamsa lub echinokaktus Williamsa.

USA wyraził na dodatek pogląd, że stosowanie testu ważenia interesów, ilekroć osoba ma obiekcje z powodów religijnych w stosunku do prawa powszechnie obowiązującego (*generally applicable law*), stwarza niebezpieczną perspektywę konstytucyjnie wymaganych zwolnień z obowiązków obywatelskich prawie każdego możliwego rodzaju. Sąd Najwyższy stwierdził tym samym, że zgodnie z Pierwszą Poprawką neutralne, powszechnie obowiązujące prawo może znaleźć zastosowanie do praktyk religijnych, nawet jeśli nie służy istotnemu interesowi rządowemu.

Uchwalenie w 1993 r. *RFRA* było właściwie swoistą reakcją Kongresu na orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Employment Division v. Smith*. Co ciekawe, Izba Reprezentantów uchwaliła ustawę jednomyślnie, natomiast Senat przyjął ją przy tylko trzech głosach przeciw. W *RFRA* Kongres stwierdził, że:

1) „twórcy Konstytucji, uznając swobodne praktykowanie religii za niezbywalne prawo, zabezpieczyli jego ochronę Pierwszą Poprawką do Konstytucji;
2) przepisy «neutralne» wobec religii mogą powodować obciążenia praktykowania religii tak jak przepisy mające wprost na celu ingerowanie w jej praktykowanie;
3) rządy nie powinny znacznie obciążać praktykowania religii bez istotnego uzasadnienia;
4) w sprawie *Employment Division v. Smith* Sąd Najwyższy praktycznie wyeliminował wymóg, by rząd uzasadniał obciążenia praktykowania religii nałożone przez przepisy neutralne wobec religii;
5) test istotnego interesu, jaki stosowano w poprzednich orzeczeniach sądów federalnych, winien być rozstrzygający dla ustalania rozsądnej równowagi między wolnością religijną a konkurencyjnym interesem rządowym”[28].

Jako cele ustawy podano natomiast:

1) „przywrócenie testu istotnego interesu, jaki zastosowano w sprawie *Sherbert v. Verner* oraz *Wisconsin v. Yoder* i zagwarantowanie jego stosowania we wszystkich przypadkach, w których swobodne praktykowanie religii jest znacznie obciążone;
2) zapewnienie skarg lub obrony osobom, których praktykowanie religii jest znacznie obciążone przez rząd”[29].

Ustawa, po podpisaniu przez Prezydenta USA Billa Clintona, weszła w życie 16 listopada 1993 r. i obowiązuje do dziś.

2.2. Skarżący w sprawie

Należąca do rodziny Green sieć handlowa *Hobby Lobby* jest korporacją typu *for-profit*, mającą siedzibę w stanie Oklahoma i posiada aktualnie przeszło 600 sklepów w ca-

[28] 42 U.S.C. § 2000bb(a). Tłum.własne.
[29] 42 U.S.C. § 2000bb(b). Tłum. własne.

łym kraju[30]. Sieć oferuje przede wszystkim różnorakie artykuły dekoracyjne i ozdoby. Jeden z synów państwa Green, właścicieli *Hobby Lobby*, stworzył ponadto powiązaną biznesowo korporację *Mardel*, prowadzącą 35 chrześcijańskich księgarni. Obie korporacje odmawiają udziału w zyskownych transakcjach, które wiązałyby się z promowaniem spożycia alkoholu, przekazują sporą część zysków dla chrześcijańskich misjonarzy oraz wykupują setki całostronicowych reklam prasowych zachęcających ludzi do „poznania Jezusa jako Pana i Zbawiciela" (*know Jesus as Lord and Savior*). O religijności właścicieli świadczy fakt, że wszystkie sklepy obu sieci są zawsze zamknięte w niedzielę, choć Greenowie obliczyli, że w ten sposób tracą rocznie miliony na sprzedaży. Każdy członek rodziny Green podpisał także zobowiązanie do prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z zasadami religijnymi rodziny. Greenowie uważają, że życie zaczyna się od poczęcia, a ułatwianie dostępu do środków lub urządzeń wczesnoporonnych narusza ich przekonania religijne.

Ważne jest również to, że *Hobby Lobby* i *Mardel* są korporacjami *closely held*[31]. Korporacje tego typu charakteryzują się stosunkowo niewielką liczbą udziałowców, którzy ponadto nie oferują swoich udziałów ogółowi społeczeństwa na giełdach, a są one zbywane w obrocie prywatnym. Co warte podkreślenia, rodzina zachowuje wyłączną kontrolę nad obiema korporacjami. Głowa rodziny, David Green jest dyrektorem generalnym (*CEO*) *Hobby Lobby*, a jego trójka dzieci pracuje odpowiednio jako prezes, wiceprezes i zastępca dyrektora generalnego korporacji.

Państwo Green, *Hobby Lobby* oraz *Mardel* pozwali departament zdrowia na podstawie *RFRA* i klauzuli swobody praktykowania religii z Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA celem zakwestionowania obowiązku finansowania wspominanych czterech metod antykoncepcyjnych.

Państwo Hahnowie oraz ich trzej synowie są pobożnymi wyznawcami Kościoła Mennonickiego[32]. Założone przez głowę rodziny Normana Hahna przedsiębiorstwo z branży drzewnej *Conestoga Wood Specialties*[33] obecnie zatrudnia ponad 900 pracowników. *Conestoga* działa zgodnie z prawem Pensylwanii jako korporacja *for-profit*. Hahnowie sprawują nad nią wyłączną kontrolę, zasiadają w radzie dyrektorów (*board of directors*) i posiadają wszystkie udziały, a jeden z synów państw Hahn jest prezesem i dyrektorem generalnym korporacji. Jest to więc typowa *closely held corporation*. Hahnowie sądzą, że są zobowiązani do prowadzenia działalności zgodnie ze swoimi przekonaniami religijnymi i zasadami moralnymi. Mennonici są przeciwni aborcji i uważają,

[30] http://www.hobbylobby.com/about-us/our-story (dostęp 15.04.2016). Podczas rozpoznawania sprawy przez Sąd Najwyższy USA sieć liczyła około 500 sklepów i ta liczba pojawia się w wyroku.

[31] Zwane również *close corporation* lub *privately held company*.

[32] Wyznanie chrześcijańskie zaliczane do protestantyzmu.

[33] Dalej jako *Conestoga*.

że płód nawet na swoim najwcześniejszym etapie rozwoju posiada godność na równi z tymi, którzy go poczęli. Rodzina Hahnów ponadto uważa, że życie ludzkie zaczyna się od poczęcia.

Hahnowie i *Conestoga*, podobnie jak rodzina Greenów i ich obie korporacje, pozwali departament zdrowia na podstawie *RFRA* i klauzuli swobody praktykowania religii, żądając wyłączenia z obowiązku finansowania czterech metod wczesnoporonnych w zakresie, w jakim wymagały tego od nich przepisy wydane przez departament. Dla rodziny jest niemoralnym i grzesznym świadomie uczestniczyć w finansowaniu, ułatwianiu dostępu lub wspieraniu w inny sposób takich specyfików. Podnieśli także, że jest wbrew ich przekonaniom moralnym angażować się w jakikolwiek sposób w przerywanie życia ludzkiego po poczęciu, co ich zdaniem jest grzechem przeciwko Bogu, za który byliby rozliczeni.

Obie rodziny będące właścicielami trzech wspominanych korporacji mają szczere, niekwestionowane przez nikogo chrześcijańskie przekonania. Wierzą, że życie ludzkie zaczyna się od poczęcia, a ponadto uważają za niezgodne z ich własną religią, by ułatwiać dostęp do środków wczesnoporonnych. Właściciele mają zastrzeżenia do aborcji, a według ich przekonań religijnych cztery sporne metody antykoncepcyjne są właśnie *de facto* aborcją. Przy czym zauważyć należy, że zgodnie z przepisami, które definiują ciążę jako okres od momentu zagnieżdżenia się zarodka[34], wspominane środki antykoncepcyjne nie mogą być uważane za środki abortywne.

W przypadku obu rodzin federalne sądy dystryktowe[35] nie podzieliły podnoszonych przez nie zarzutów. W sprawie państwa Hahnów orzeczenie Sądu Dystryktowego Stanów Zjednoczonych dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii (*United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*) utrzymał w mocy Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych dla Trzeciego Okręgu (*United States Court of Appeals for the Third Circuit*) z siedzibą w Filadelfii, stwierdzając, że świeckie korporacje *for-profit* nie mogą praktykować religii w rozumieniu *RFRA* lub Pierwszej Poprawki. Z kolei w sprawie Greenów Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych dla Dziesiątego Okręgu (*United States Court of Appeals for the Tenth Circuit*) w Denver, orzekając w pełnym składzie (*en banc*), przyjął odmienne stanowisko i uchylił niekorzystne dla skarżących orzeczenie Sądu Dystryktowego Stanów Zjednoczonych dla Zachodniego Dystryktu Oklahomy (*United States District Court for the Western District of Oklahoma*). Sąd apelacyjny uznał, iż dwie korporacje *for-profit*

[34] 45 CFR § 46.202(f).

[35] W USA struktura sądownictwa federalnego składa się z trzech rodzajów sądów: sądów dystryktowych (*district courts*), sądów apelacyjnych (*courts of appeals*) oraz Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (*Supreme Court of the United States*). Terytorium USA i terytoriów zależnych podzielone jest na potrzeby sądownictwa federalnego na dystrykty sądowe (*judicial districts*) i okręgi (*circuits*), a podział ten jest całkowicie niezależny od istniejących na potrzeby sądownictwa stanowego i sądownictwa terytoriów zależnych.

Greenów są osobami w rozumieniu *RFRA* i dlatego mogły skutecznie wnieść skargę na podstawie tej ustawy. Sąd orzekł także, że departament zdrowia nie udowodnił, by obowiązek finansowania przez skarżących spornych metod można było uznać za istotny interes rządowy i najmniej restrykcyjny środek służący jego realizacji. Zarówno Hahnowie, jak i departament zdrowia (w sprawie Greenów) złożyli odwołania od niezadowalających ich orzeczeń sądów apelacyjnych. Sąd Najwyższy wobec tak znaczących rozbieżności w stanowiskach federalnych sądów apelacyjnych przyjął sprawy do rozpatrzenia, wydając *writ of certiorari* i obie sprawy rozpoznał łącznie. Przy czym należy wyraźnie podkreślić, że Sąd Najwyższy USA nie miał wcale prawnego obowiązku przyjęcia spraw, a jego decyzja miała charakter wyłącznie uznaniowy[36]. Procedura *certiorari* polega na poleceniu sądowi, którego orzeczenie jest kwestionowane, przesłania akt do rewizji, co poprzedzone jest prośbą strony o przyjęcie sprawy przez Sąd Najwyższy USA, który decyduje o tym na podstawie oceny jej ważności[37].

2.3. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych

Wyrok Sądu Najwyższego USA z 30 czerwca 2014 r. w niniejszej sprawie zapadł stosunkiem głosów 5 do 4[38]. Warto wspomnieć, iż mimo takiego stosunku głosów, orzeczenie ma takie samo znaczenie i wagę jak te, które zapadały stosunkiem głosów 9 do 0. Sędziowie, rozpatrując sprawę, podzielili się ściśle wedle politycznej linii. Ci z sędziów, którzy pochodzą z nominacji prezydentów wywodzących się z Republikanów, byli za podjętym rozstrzygnięciem, a ci, którzy pochodzą z nominacji prezydentów wywodzących się z Partii Demokratycznej, przeciwko.

Opinię większościową (*majority opinion*) sporządził sędzia Samuel Alito, a poparli ją prezes sądu (*chief justice*) John Roberts oraz sędziowie Antonin Scalia, Anthony Kennedy i Clarence Thomas. Sędzia Anthony Kennedy, zgadzając się z zapadłym orzeczeniem, lecz odmiennie je uzasadniając, złożył zdanie konkurencyjne (*concurring opinion*). Zdanie odrębne (*dissenting opinion* lub *dissent*) sporządziła sędzia Ruth Bader Ginsburg i zostało ono poparte przez sędziów Stephena Breyera, Sonię Sotomayor i Elenę Kagan. Oprócz tego sędziowie Stephen Breyer i Elena Kagan sporządzili własne zdanie odrębne, gdyż nie w pełni zgodzili się z argumentacją zaproponowaną przez sędzię Ginsburg.

[36] Szerzej o różnicy między apelacją i *certiorari* zob. I. Kraśnicka, A. Ludwikowska, *Wprowadzenie do systemu prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 2012, s. 217-218.

[37] R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 61.

[38] Na miesiąc przed wydaniem orzeczenia w sprawie *Burwell v. Hobby Lobby*, Sąd Najwyższy 5 maja 2014 r. wydał wyrok w sprawie *Town of Greece, New York v. Susan Galloway, et al.*, która dotyczyła praktyki odmawiania modlitwy podczas sesji rady miejskiej. Co ciekawe, obydwa wyroki zapadły taką samą większością głosów i oba wywołały identyczny podział w składzie orzekającym. Zob. także omówienie obydwu orzeczeń w: F. Longchamps de Bérier, *Polityczny podział wzdłuż linii podziału religijnego? Dwa nowe orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 2, s. 3-15.

Sąd Najwyższy USA, rozpatrując niniejszą sprawę, musiał najpierw rozważyć, czy *RFRA* w ogóle znajduje zastosowanie do korporacji typu *for-profit*, gdyż ustawa odnosi się do „osoby" (*person*), a jednocześnie nie definiuje tego pojęcia. Sąd zauważył, iż korporacja jest po prostu formą organizacji wykorzystywaną przez człowieka do osiągnięcia pożądanych celów. Zdaniem sędziów, gdy prawa, czy to konstytucyjne czy ustawowe, są rozciągane na korporacje, właściwą tego intencją jest ochrona praw osób związanych z korporacjami (udziałowców, pracowników itp.). Prawo swobody praktykowania religii przyznane takim podmiotom jak *Hobby Lobby*, *Conestoga* i *Mardel* chroni więc wolność religijną ludzi, którzy posiadają i kontrolują te korporacje. Ponadto sąd odwołał się do *Dictionary Act*, który stanowi, że ustalając znaczenie ustaw Kongresu, jeżeli z kontekstu nie wynika inaczej, słowo „osoba" obejmuje między innymi korporacje (*corporations*), stowarzyszenia (*associations*), spółki osobowe (*partnerships*) i spółki akcyjne (*joint stock companies*), a także osoby fizyczne (*individuals*)[39]. Nie ma zatem wątpliwości, że pojęcie „osoba" w znaczeniu prawnym, często odnosi się także do podmiotów niebędących osobami fizycznymi. Sąd Najwyższy uznał, że nie dostrzega, by Kongres w *RFRA* odstąpił od definicji z *Dictionary Act*. W poprzednich latach Sąd Najwyższy rozpoznawał już zresztą na podstawie *RFRA* sprawy dotyczące ochrony wolności religijnej korporacji *non-profit*[40]. Jak zauważyli sędziowie, nie wiadomo zatem dlaczego termin „osoba" miałby obejmować tylko niektóre, ale nie wszystkie korporacje.

Głównym argumentem departamentu zdrowia i zdania odrębnego sporządzonego przez sędzię Ginsburg, mającym przemawiać za niemożnością stosowania *RFRA* w stosunku do trzech korporacji *for-profit* z niniejszej sprawy, był ustawowy termin „praktykowanie religii" (*exercise of religion*). Według departamentu zdrowia, jak i zdania odrębnego do wyroku, korporacje te nie są chronione przez *RFRA,* ponieważ nie mogą praktykować religii. Niektórzy sędziowie sądów niższych instancji, rozpoznając podobne sprawy podnosili, iż *RFRA* nie chroni korporacji *for-profit*, gdyż ich celem jest po prostu zarabianie pieniędzy. Sędziowie Sądu Najwyższego USA w opinii większościowej uznali natomiast, że chociaż prawdą jest, iż głównym celem podmiotów tego typu jest dążenie do osiągania zysku, to nowoczesne prawo korporacyjne nie wymaga, by korporacje *for-profit* realizowały go za wszelką cenę. Wiele korporacji, co należy podkreślić, z aprobatą właścicieli wspomaga różnorakie cele charytatywne i nie jest to wcale rzadkością. Korporacje przykładowo decydują się także na kosztowne środki ochronne ograniczające emisję zanieczyszczeń i zużycie energii, a posiadając zakłady w innych krajach wykraczają poza wymogi lokalnego prawa w zakresie warunków pracy i świad-

[39] 1 U.S.C. § 1.

[40] Zob. wyrok z 2006 r. w sprawie *Alberto R. Gonzales, Attorney General, et al., v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, et al*.

czeń. Sędziowie uznali wobec tego, że skoro korporacje mogą dochodzić takich godnych celów, nie ma wyraźnego powodu, dlaczego nie mogłyby kierować się również w swojej działalności względami religijnymi. Sąd zauważył ponadto, że nie wszystkie korporacje *for-profit*, nastawione są wyłącznie na maksymalizację zysku. Na przykład, organizacje religijne i charytatywne także mogą organizować się w korporacje *for-profit* ze względu na potencjalne korzyści wynikające z formy korporacyjnej. Chodzi o takie możliwości jak lobbowanie na rzecz prawodawstwa czy uczestniczenie w kampaniach wyborczych kandydatów, którzy promują podobne cele religijne lub dobroczynne. W praktyce, dostrzegając zgodność pomiędzy ustanowieniem korporacji typu *for-profit* i jednoczesnym realizowaniem celów charakterystycznych dla organizacji *non-profit*, poszczególne stany coraz częściej przyjmują przepisy uznające hybrydowe formy korporacyjne. W ponad połowie stanów funkcjonują *benefit corporations*[41], podmioty podwójnego przeznaczenia, które dążą do uzyskania zarówno korzyści dla społeczeństwa, jak i zysku dla właścicieli. W każdym razie cele, jakie mogą być realizowane przez korporacje, są regulowane przez prawo stanu, w którym dana korporacja powstała. Prawo stanów Pensylwania i Oklahoma (stany, w których korporacje będące stroną niniejszej sprawy zostały utworzone), pozwalają korporacjom *for-profit* realizować każdy zgodny z prawem cel[42], a więc zdaniem sędziów Sądu Najwyższego, także dążenie do zysku zgodnie z przekonaniami religijnymi właścicieli.

W rozumieniu przyjętym przez departament zdrowia i sędzię Ginsburg, za niestosowaniem *RFRA* w stosunku do korporacji *for-profit* miało przemawiać także to, iż ustawa jest niczym więcej jak tylko kodyfikacją precedensów dotyczących klauzuli swobodnego praktykowania religii sprzed sprawy *Employment Division v. Smith.* Żadne natomiast z tych orzeczeń wprost nie stwierdzało, że tego typu korporacje mają prawo swobody praktykowania, dlatego zdaniem departamentu zdrowia, *RFRA* nie przyznaje im ochrony. Odnosząc się do tego argumentu, sędziowie zauważyli, iż nic nie wskazuje, by użyte w części definicyjnej *RFRA* określenie „praktykowanie religii na podstawie Pierwszej Poprawki" (*exercise of religion under the First Amendment*)[43] miało być związane z interpretacjami tejże poprawki dokonanymi przez Sąd Najwyższy w orzeczeniach sprzed sprawy *Employment Division v. Smith*. Sąd Najwyższy USA uznał, że nawet jeśli oryginalny tekst *RFRA* nie był wystarczająco jasny w tej kwestii, to nowelizacja *RFRA*

[41] *Benefit corporations* mogą działać obecnie w 30 stanach i Dystrykcie Kolumbii, a w dalszych 5 trwają prace nad ich wprowadzeniem. Zob. szerzej: http://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status (dostęp 15.04.2016).

[42] 15 Pennsylvania Consolidated Statutes § 1301 – „any lawful purpose or purposes" oraz 18 Oklahoma Statutes § 18–1005(B) – „any lawful business or purposes". Przypis zawiera odwołanie do stanowych zbiorów prawa, a zasady jego odczytu są tożsame z przedstawionymi w przypisie 5.

[43] 42 U.S.C. § 2000bb–2(4) (1994).

dokonana przez *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*[44] z 2000 r. z pewnością rozwiewa wszelkie wątpliwości. Ta zmiana usunęła wszak z definicji terminu „praktykowanie religii" wcześniejsze odwołanie do Pierwszej Poprawki[45]. Za tezą o kodyfikacyjnym charakterze *RFRA* nie przemawiał również fakt, iż ustawowy wymóg stosowania najmniej restrykcyjnych środków nie był formułowany we wcześniejszych orzeczeniach, na co Sąd Najwyższy zwrócił uwagę już w 1997 r., wyrokując w sprawie *City of Boerne v. Flores*.

Departament zdrowia twierdził dalej, że Kongres nie chciał, by *RFRA* miała zastosowanie w stosunku do korporacji nastawionych na zysk, gdyż trudno jest w zasadzie określić szczere przekonania korporacji. Departament ponadto podniósł, jak trudne byłoby ustalenie w praktyce tożsamości religijnej dużych notowanych na giełdzie korporacji, takich jak *IBM* czy *General Electric*. Odpowiadając na ten zarzut, sędziowie stwierdzili, iż niniejsza sprawa nie dotyczy tego typu korporacji, a poza tym wydaje się mało prawdopodobne, by dochodziły one roszczeń na podstawie *RFRA*. Natomiast korporacje będące stroną w tej sprawie są korporacjami *close held*, w pełni kontrolowanymi przez członków rodzin, których to prawdziwości przekonań religijnych nikt nie kwestionował. Departament zdrowia nie przedstawił również żadnych dowodów, że rzekome problemy w określaniu szczerości przekonań religijnych skłoniły Kongres do wykluczenia korporacji *for-profit* z ochrony zapewnianej przez *RFRA*.

Sąd Najwyższy następnie musiał rozstrzygnąć, czy finansowanie metod wczesnoporonnych „znacznie obciąża" (*substantially burden*) praktykowanie religii. W ocenie sędziów konsekwencje finansowe dla przedsiębiorstw mogły być bez wątpienia bardzo dotkliwe. Jeśli korporacje nadal oferowałyby swoim pracownikom ubezpieczenia, które nie pokrywają kosztów środków antykoncepcyjnych, zostałby nałożony na nie podatek w wysokości 100 $ za dzień za każdą osobę nieobjętą w pełni ubezpieczeniem[46]. Dla *Hobby Lobby* koszt wyniósłby w przybliżeniu 1,3 miliona $ dziennie (to jest około 475 milionów $ rocznie), dla *Conestoga* 90 000 $ dziennie (to jest około 33 miliony $ na rok), a dla *Mardel* 40 000 $ dziennie (czyli blisko 15 milionów $ rocznie). Kwoty te, bez dwóch zdań, są z pewnością znaczne. Z kolei w razie niezapewnienia ubezpieczeń w ogóle korporacje każdego roku zmuszone byłyby płacić kary w wysokości 2000 $ za pracownika[47]. Kary w przybliżeniu wyniosłyby 26 milionów $ dla *Hobby Lobby*, 1,8 miliona $ dla *Conestoga* i 800 000 $ dla *Mardel*. W postępowaniu przed sądem *amici curiae*[48] wspierający departament zdrowia podnosili

[44] Właśc. *An Act to protect religious liberty, and for other purposes*.

[45] 42 U.S.C. § 2000bb–2(4) (2000).

[46] 26 U.S.C. § 4980D(b).

[47] 26 U.S.C. § 4980H(c)(1).

[48] *Amici curiae* – dosłownie „przyjaciele sądu"; tym łacińskim terminem określa się osoby i organizacje, które nie będąc stroną postępowania sądowego dobrowolnie, z własnej inicjatywy, oferują sądowi opinie mające pomóc w rozstrzygnięciu danej sprawy będącej przedmiotem postępowania.

jednak, iż 2000 $ kary za pracownika jest faktycznie i tak mniejszą kwotą niż koszt finansowania ubezpieczeń zdrowotnych i dlatego skarżące korporacje łatwo mogły wyeliminować znaczne obciążenie poprzez niezapewnianie pracownikom ubezpieczeń. Sąd uznał ten argument za nieprzekonujący. Hahnowie, Greenowie i ich korporacje mają bowiem powody religijne dla zapewnienia ubezpieczeń zdrowotnych dla swoich pracowników. Przed pojawieniem się *ACA*, choć nie byli oni prawnie zobligowani do ich zapewniania, to w jakimś stopniu bez wątpienia ze względów biznesowych, ale również po części z powodu własnych przekonań religijnych, regulowali jednak swoje stosunki z pracownikami w tym zakresie. Jak zauważył sąd, ubezpieczenia zdrowotne są ponadto wartością dla pracowników. Gdyby korporacje po prostu nie zapewniały ubezpieczeń, zmuszając pracowników do ich zakupu na własną rękę i nie oferowały jednocześnie dodatkowej rekompensaty, można przewidzieć, że napotykałyby trudności w utrzymaniu i przyciąganiu wykwalifikowanych pracowników. Korporacje mogłyby co prawda próbować zrekompensować eliminację ubezpieczeń poprzez podniesienie pracownikom płac, ale to także zdaniem sędziów byłoby kosztowne. Ubezpieczenia wykupywane grupowo przez przedsiębiorców są na ogół tańsze niż porównywalne ubezpieczenia indywidualne. Zatem kwota potrzebna do podwyżki wynagrodzenia w pełni rekompensującego brak ubezpieczenia może przekraczać ponoszone przez korporacje koszty ich zapewnienia. Dodatkowo każdy wzrost wynagrodzeń wiązałby się nieuchronnie z tym, że pracownicy byliby zmuszeni zapłacić od niego podatek dochodowy (*income tax*), w odróżnieniu od wartości finansowanego przez pracodawcę ubezpieczenia zdrowotnego, która to nie wlicza się do uzyskiwanych przez pracowników dochodów[49]. Podobnie pracodawca może odliczyć koszty pokrycia ubezpieczeń zdrowotnych, ale nie może odliczyć kar, które musi płacić, gdy ubezpieczeń nie zapewnia[50].

Ostatnim problemem do rozstrzygnięcia przez sąd było zagadnienie, czy departament zdrowia wykazał, że finansowanie antykoncepcji służy zarówno istotnemu interesowi rządowemu, jak i jest przy tym najmniej restrykcyjnym sposobem służącym realizacji tego interesu. Sędziowie uznali, iż nie ma potrzeby rozstrzygania tej pierwszej kwestii, zakładając, iż interes w zagwarantowaniu wolnego od kosztów dostępu do czterech kwestionowanych metod antykoncepcji jest istotny w rozumieniu *RFRA*. Tym samym przystąpili do rozpoznania zagadnienia, czy departament udowodnił, że obowiązek pokrycia kosztów środków wczesnoporonnych jest najmniej restrykcyjnym sposobem wspierania istotnego interesu rządowego. Zdaniem sędziów departament nie wykazał, że brak mu innych sposobów osiągnięcia celu, nienakładających zarazem znacznych obciążeń na praktykowanie religii przez zgłaszające zastrzeżenia w tej sprawie strony. Najprostszym sposobem byłoby po prostu przejęcie przez rząd obowiązku finansowania środków antykoncepcyjnych dla

[49] 26 U.S.C. § 106(a).
[50] 26 U.S.C. § 162(a)(1).

kobiet, które nie mogłyby ich uzyskać z powodu zastrzeżeń religijnych swoich pracodawców. Zdaniem sądu koszty zapewnienia czterech spornych form antykoncepcji (jeśli nawet nie wszystkich) i tak byłyby niewielkie w porównaniu do całkowitych kosztów reformy *ObamaCare*. W ocenie sądu nie jest jednak konieczne finansowanie tychże środków przez rząd. Departament dysponuje rozwiązaniem mniej restrykcyjnym niż naruszający przekonania religijne wymóg zapewnienia finansowania metod antykoncepcji przez pracodawców. Departament zdrowia może bowiem przyznać możliwość uzyskania zwolnienia z takiego obowiązku, jak to uczyniono już z organizacjami *non-profit* podnoszącymi sprzeciw z powodów religijnych. Gdy taka organizacja sprzeciwia się pokrywaniu kosztów niektórych bądź wszystkich metod antykoncepcyjnych, obowiązek finansowania zakwestionowanych środków przechodzi wówczas na samego ubezpieczyciela.

Departament zdrowia i sędzia Ginsburg w zdaniu odrębnym twierdzili z kolei, że wyrok na korzyść skarżących stron w tej sprawie spowoduje falę motywowanych religijnie sprzeciwów co do szerokiej gamy zabiegów medycznych i leków, takich jak szczepienia czy transfuzje krwi. Departament zdrowia nie wykazał natomiast, by znaczna liczba pracodawców żądała wyłączeń ze względów religijnych z obowiązku zapewnienia środków innych niż antykoncepcyjne. Sąd wyraził pogląd, iż z punktu widzenia departamentu zdrowia rząd zatem może wymagać od wszystkich pracodawców zapewnienia w ramach ubezpieczenia każdej procedury medycznej, jaka byłaby tylko dozwolona przez prawo – na przykład aborcji w trzecim trymestrze czy samobójstwa na żądanie. W każdym razie, co wyraźnie podkreślili sędziowie, orzeczenie sądu w niniejszej sprawie związane jest wyłącznie z obowiązkiem finansowania antykoncepcji. Sędziowie uznali, że ich rozstrzygnięcie nie powinno być rozumiane jako uznające, iż obowiązek zapewnienia danej grupy medykamentów w ramach ubezpieczenia musi zostać wyeliminowany za każdym razem, jeżeli tylko byłby sprzeczny z przekonaniami religijnymi pracodawcy. W przypadku innych środków i zabiegów, na przykład szczepień ochronnych, uzasadnieniem ich finansowania są bowiem zupełnie odmienne powody, takie jak chociażby potrzeba walki z rozprzestrzenianiem się chorób zakaźnych.

Departament zdrowia podnosił, że obowiązek zapewnienia środków antykoncepcyjnych, w tym także przez korporacje *for-profit* zgłaszające obiekcje z powodów religijnych, jest niezbędny dla kompleksowości systemu ubezpieczeń zdrowotnych. Departament wskazywał również na podobieństwo obowiązku finansowania antykoncepcji w ramach ubezpieczeń zdrowotnych do płacenia składek na ubezpieczenie społeczne (*Social Security taxes*). Obowiązek opłacania tych ostatnich został utrzymany przez Sąd Najwyższy USA w sprawie *United States v. Lee* z 1982 r., mimo zastrzeżeń religijnych pracodawcy będącego amiszem. Niemniej jednak sędziowie zauważyli, iż te dwa przypadki są zupełnie odmienne. Sąd Najwyższy uznał w sprawie *United States v. Lee*, iż obowiązek płacenia składek na ubezpiecze-

nie społeczne nie różni się zasadniczo od obowiązku płacenia podatku dochodowego. W oparciu o ten argument, sędziowie stwierdzili wówczas, że jest nie do przyjęcia, by jednostki mogły uzyskać zwolnienie z płacenia podatków na podstawie zarzutów religijnych co do poszczególnych wydatków rządowych. Jeśli na przykład osoba wierząca uważałaby, że wojna jest grzechem, a pewien procent budżet federalnego jest przeznaczany na działania wojenne, taka osoba nie może po prostu stwierdzić, że jest zwolniona z płacenia odpowiedniego procentu podatku dochodowego. Ponadto sprawa *United States v. Lee* była rozpoznawana na podstawie klauzuli swobody praktykowania religii z Pierwszej Poprawki, a nie na podstawie *RFRA*. Sędziowie zauważyli, że jeśli nawet problematyka tej sprawy byłaby oceniana na gruncie *RFRA*, to i tak nie ma mniej restrykcyjnej alternatywy dla kategorycznego obowiązku płacenia podatków. Ze względu na ogromną różnorodność wydatków rządowych finansowanych z pieniędzy pochodzących z podatków, pozwolenie podatnikom na odmowę spełnienia części ich zobowiązań podatkowych z powodów obiekcji religijnych doprowadziłoby do chaosu. Natomiast *ACA* nie tworzy krajowej puli wpływów stosowanej do zakupu ubezpieczeń zdrowotnych, tylko poszczególni pracodawcy, jak skarżący z niniejszej sprawy, zakupują bezpośrednio ubezpieczenia dla swoich pracowników.

Mając na względzie powyższe, sędziowie stwierdzili, że dla obowiązku finansowania środków wczesnoporonnych przez skarżących jest alternatywa, a rząd bynajmniej nie wykazał, iż obowiązek finansowania przez pracodawców dostępu do czterech środków jest najmniej restrykcyjnym sposobem wspierania realizacji istotnego interesu rządowego.

2.4. Sprawa *Burwell v. Hobby Lobby* – podsumowanie

Reasumując, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznał obowiązek finansowania antykoncepcji przez korporacje *close held* za naruszający *RFRA*. Jako że rozstrzygnięcie zapadło na podstawie ustawowej, wykluczało to konieczność rozpatrzenia sprawy pod względem zgodności z Pierwszą Poprawką do Konstytucji USA. Ponadto Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych utrzymał w mocy wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dziesiątego Okręgu, a wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Trzeciego Okręgu został uchylony.

Autorka głównego zdania odrębnego – sędzia Ruth Bader Ginsburg – zarzuciła, że niniejszym wyrokiem Sąd Najwyższy USA przyznał, iż przedsiębiorstwa handlowe (*commercial enterprises*), w tym korporacje, mogą zrezygnować z przestrzegania jakiegokolwiek prawa (wyłączając jedynie przepisy podatkowe), gdy tylko uznają je za niezgodne ze swoimi szczerze posiadanymi przekonaniami religijnymi.

Już od samego początku można było przypuszczać, że bez względu na to, której ze stron sporu Sąd Najwyższy przyzna rację, wydane orzeczenie spowodowuje podział w amerykańskim życiu publicznym. Spór, widoczny zresztą także w składach orzekają-

cych sądów federalnych niższych instancji i Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, po wydaniu wyroku rozgorzał na nowo. Wśród osób krytykujących zapadłe orzeczenie znalazła się między innymi była Sekretarz Stanu Stanów Zjednoczonych (*United States Secretary of State*) Hillary Clinton. Komentując wyrok, wyraziła pogląd, że „to pierwszy raz, gdy nasz sąd [Sąd Najwyższy USA – przyp. P.B.] wypowiedział się, iż korporacjom *closely held* przysługują prawa człowieka, jeśli chodzi o wolność religijną, co oznacza, że pracodawcy w korporacjach mogą narzucać swoje przekonania religijne pracownikom”[51]. Clinton stwierdziła poza tym, że jej mąż Bill Clinton podpisał w latach 90. *RFRA*, gdyż wtedy było to uzasadnione okolicznościami i nikt nie przewidywał wówczas stosowania ustawy w stosunku do korporacji[52].

3. Regulacja wolności religii w Polsce

Przystępując do omówienia polskiego porządku prawnego, należałoby poszukać odpowiedzi na trzy podstawowe pytania, które pozwolą przybliżyć i wyjaśnić kształt polskiej regulacji. Jak w Polsce wygląda konstytucyjna gwarancja wolności religii? Czy na gruncie obowiązującej regulacji, czy to konstytucyjnej czy też ustawowej, możliwe byłoby wyłączenie się ze względu na sprzeciw motywowany względami religijnymi z finansowania pewnej kategorii środków lub zabiegów medycznych gwarantowanych w ramach ubezpieczenia zdrowotnego? Czy polskie prawo przewiduje w ogóle możliwość odmowy stosowania się do obowiązków nakładanych przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego?

Podstawą do poniższych rozważań jest wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Burwell v. Hobby Lobby* i poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy podobna sytuacja mogłaby mieć miejsce również w Polsce przy uwzględnieniu obecnego brzemienia przepisów rangi konstytucyjnej i ustawowej.

3.1. Konstytucyjne i ustawowe gwarancje wolności sumienia i religii

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.[53] w Rozdziale II zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela” normuje między innymi wolność sumienia i religii. Art. 53 ust. 1 i 2 Konstytucji RP stanowią odpowiednio:

„1. Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii.

[51] M. Reston, *Hillary Rodham Clinton calls Hobby Lobby ruling a ‘slippery slope’*, http://www.latimes.com/nation/politics/politicsnow/la-pn-hillary-clinton-calls-hobby-lobby-slippery-slope-20140630-story.html (dostęp 15.04.2016). Tłum. własne.

[52] *Ibidem*.

[53] Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm., dalej jako Konstytucja RP.

2. Wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują".

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „wolność sumienia i wyznania stanowi we współczesnym świecie, a w szczególności w Europie, podstawową zasadę – a jednocześnie wyznacznik – państwa i społeczeństwa demokratycznego"[54]. Konstytucja RP traktuje wolność sumienia i religii jako wolność człowieka i gwarantuje ją wszystkim pozostającym pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej[55]. W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, że wolność sumienia i religii zostały zaliczone do wolności i praw o charakterze osobistym, bowiem korzystanie z nich związane jest ściśle z osobowością człowieka, a uznanie i poszanowanie przez państwo i społeczeństwo tych wolności wynika z obowiązku ochrony godności ludzkiej, która wyraża się między innymi we wrodzonym poszukiwaniu i przeżywaniu pewnych wartości transcendentnych[56]. Komentatorzy przytoczonego przepisu konstytucyjnego nie poruszają zagadnienia objęcia zakresem wolności sumienia i religii podmiotów innych niż osoby fizyczne. W art. 53 ust. 1 Konstytucji RP ustrojodawca, określając podmiot, któremu gwarantuje się wolność sumienia i religii, posłużył się pojęciem „każdy", co nie przesądza jednoznacznie, iż chodzi wyłącznie o osoby fizyczne. W tym miejscu bez wątpienia zasługuje na przypomnienie osobliwa myśl, wyrażona przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych podczas wyrokowania w sprawie *Burwell v. Hobby Lobby*, iż faktycznym celem rozciągania zakresu praw i wolności konstytucyjnych czy ustawowych na korporacje jest ochrona osób z tymi podmiotami związanych.

Polski ustrojodawca nie jest zbyt precyzyjny, gdyż w Konstytucji RP posługuje się na przemian sformułowaniami „wolność sumienia i religii" i „wolność sumienia i wyznania"[57]. Termin „wolność sumienia i wyznania" używany jest także na gruncie ustawowym. W literaturze przedmiotu podnosi się, że zastąpienie tradycyjnie występującego w polskiej terminologii pojęcia „wolność wyznania" terminem „wolność religii" nie

[54] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., K 12/14, OTK ZU 2015, nr 9A, poz. 143.

[55] B. Banaszak, komentarz do art. 53 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 323.

[56] P. Sarnecki, komentarz do art. 53 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2.

[57] W art. 48 Konstytucji RP mowa jest o „wolności sumienia i wyznania", w art. 53 ust. 1 i 4 o „wolności sumienia i religii", zaś w art. 53 ust. 7 o „światopoglądzie, przekonaniach religijnych lub wyznaniu".

wydaje się właściwe, ponieważ z semantycznego punktu widzenia zakres pojęcia „wolność religii" jest węższy od „wolności wyznania"[58].

Konstytucja RP, podobnie zresztą jak Konstytucja USA i poprawki do tejże, nie definiuje nigdzie terminów „sumienie" i „religia". Niemniej jednak pod pojęciem „wolność sumienia" rozumie się możliwość przyjmowania dowolnego światopoglądu, rozciągającego się na sferę bytu i sferę świadomości, poglądu dotyczącego ich powstania, ich wzajemnych relacji, rozwoju i celu, z czym łączy się także przyjęcie określonego systemu wartości[59]. Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń wyraził pogląd, że „wolność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu"[60]. Zacytowana powyżej myśl dotyczyła co prawda stanu prawnego sprzed uchwalenia Konstytucji RP, lecz zachowała w pełni swą aktualności także i dziś pod rządami obecnej ustawy zasadniczej. Wolność religii z kolei to jedna z form realizowania wolności sumienia, występującą w przypadku przyjęcia światopoglądu, uznającego istnienie Boga[61]. Wolność sumienia jest zatem kategorią pojemniejszą niż wolność religii. Trybunał Konstytucyjny uznał, iż „wolność religii jest ujmowana w normie konstytucyjnej bardzo szeroko, obejmuje bowiem wszelkie religie i przynależność do wszelkich związków wyznaniowych, a zatem nie jest ona ograniczona do uczestnictwa we wspólnotach religijnych tworzących formalną, wyodrębnioną strukturę organizacyjną i zarejestrowanych w stosownych rejestrach prowadzonych przez władzę publiczną"[62].

Unormowanie niemalże identyczne z konstytucyjnym zawiera ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania[63]. Art. 1 jest w zasadzie powtórzeniem konstytucyjnej gwarancji wolności sumienia i religii, co czyni ten ustawowy przepis zbędnym *superfluum*[64]. Ustawa została uchwalona jeszcze przez Sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej IX kadencji, lecz także w momencie uchwalenia, to jest w 1989 r., jej art. 1 ust. 1 był bez mała dosłownym powtórzeniem gwarancji konstytucyjnej wysłowionej wów-

[58] K. Pyclik, *Wolność sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficznoprawne)*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Presiner, Warszawa 2002, s. 457.

[59] P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 3.

[60] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 15 stycznia 1991 r., U 8/90, OTK 1986-1995, t. III, poz. 2.

[61] P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 3.

[62] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 lutego 1999 r., SK 11/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 22.

[63] Ustawa z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 231, poz. 1965 z późn. zm.).

[64] Art. 1 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania przewiduje, iż:
„1. Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu obywatelowi wolność sumienia i wyznania.
2. Wolność sumienia i wyznania obejmuje swobodę wyboru religii lub przekonań oraz wyrażania ich indywidualnie i zbiorowo, prywatnie i publicznie.
3. Obywatele wierzący wszystkich wyznań oraz niewierzący mają równe prawa w życiu państwowym, politycznym, gospodarczym, społecznym i kulturalnym".

czas w art. 82 ust. 1 zd. 1 Konstytucji PRL[65]. Dodatkowo przepis ogranicza ową wolność jedynie dla obywateli, co nie wydaje się mieć uzasadnienia. W kontekście rozważań na temat prawnych aspektów sprzeciwu sumienia należy jednak zwrócić szczególną uwagę na treść art. 3 ust. 2 przywołanej ustawy, który stanowi, iż „korzystanie z wolności sumienia i wyznania nie może prowadzić do uchylania się od wykonywania obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy".

3.2. System ubezpieczeń zdrowotnych w Polsce

Funkcjonowanie sytemu ubezpieczeń zdrowotnych w Rzeczypospolitej Polskiej reguluje ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[66]. Zgodnie z art. 65 u.ś.o.z. system ubezpieczeń zdrowotnych jest oparty w szczególności na zasadach równego traktowania obywateli, solidarności społecznej oraz zapewnienia równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej i wyboru świadczeniodawców. Przywołana ustawa przewiduje co do zasady obowiązek ubezpieczenia zdrowotnego[67]. Art. 85 ust. 1 u.ś.o.z. doprecyzowuje, że „za osobę pozostającą w stosunku pracy, w stosunku służbowym albo odbywającą służbę zastępczą składkę jako płatnik oblicza, pobiera z dochodu ubezpieczonego i odprowadza pracodawca […]". Ust. 4 wspominanego artykułu stanowi z kolei, iż „za osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, umowy agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług oraz za osobę z nią współpracującą składkę jako płatnik oblicza, pobiera z dochodu ubezpieczonego i odprowadza zamawiający […]". Obowiązujący system ubezpieczeń zdrowotnych zapewnia korzystanie ze świadczeń opieki zdrowotnej[68], w tym refundację niektórych me-

[65] Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36 z późn. zm.). Początkowo przepis, który w tekście jednolitym zyskał oznaczenie art. 82, występował jako art. 70.

[66] Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 581 z późn. zm.), dalej jako ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej lub u.ś.o.z. Na marginesie warto wspomnieć, że przywołana regulacja zastąpiła wątpliwej jakości ustawę z 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz. U. z 2003 r. Nr 45, poz. 391 z późn. zm.). Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z Konstytucją RP aż 8 rozdziałów ustawy o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia. Zob. szerzej: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK ZU 2004, nr 1A, poz. 1. Pozostała część przepisów ustawy znalazła się w nowym akcie prawnym w niezmienionym czy prawie niezmienionym brzmieniu.

[67] Pełny katalog podmiotów podlegających obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego zawiera art. 66 ust. 1 u.ś.o.z. Obowiązek ubezpieczenia nie obejmuje na przykład osób zatrudnionych na umowę o dzieło czy pracowników na urlopach bezpłatnych. Niemniej jednak takie osoby mogą ubezpieczyć się dobrowolnie.

[68] W myśl art. 5 pkt 34 u.ś.o.z. świadczenia opieki zdrowotnej obejmują świadczenia zdrowotne, świadczenia zdrowotne rzeczowe (głównie leki i wyroby medyczne związane z procesem leczenia – art. 5 pkt 37 u.ś.o.z.) i świadczenia towarzyszące (takie jak zakwaterowanie i wyżywienie w szpitalu, transport sanitarny – art. 5 pkt 38 u.ś.o.z.). Zgodnie natomiast z art. 5 pkt 40 u.ś.o.z. i art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 618 z późn. zm.) świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne.

dykamentów[69], nie tylko samej osobie ubezpieczonej, ale także członkom jej rodziny[70] nieposiadającym innego tytułu do ubezpieczenia.

Analiza przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej prowadzi do wniosku, iż ta nie zawiera w sobie jakichkolwiek unormowań, które przewidywałyby bądź dla osoby, na której ciąży powinność ubezpieczenia lub osoby mogącej ubezpieczyć się dobrowolnie, bądź dla podmiotu, który ma obowiązek odprowadzania składek za ubezpieczonego, możność wyłączenia się z finansowania danej grupy zabiegów czy refundacji medykamentów. W polskim porządku prawnym, czyli w porządku prawa stanowionego, nie jest zatem obecnie możliwe, by domagać się takiego zwolnienia, skoro nie przewiduje go wprost obowiązująca regulacja ustawowa. Nie wydaje się ponadto, by taka możliwość wynikała z Konstytucji RP, co zdaje się potwierdzać wykładnia przepisów konstytucyjnych przy uwzględnieniu art. 3 ust. 2 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. Pogląd ten może jednak wzbudzić poważne zastrzeżenia, tym bardziej że – o czym już była uprzednio mowa – konstytucyjnie gwarantowana wolność sumienia i religii rozumiana jest jako prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem i wolność od przymusu postępowania wbrew niemu. Dlaczego więc korzystanie z owej wolności nie miałoby prowadzić w pewnych wyjątkowych, uzasadnionych przypadkach do uchylania się od wykonywania obowiązków nałożonych przez prawo?

3.3. Prawo polskie a sprzeciw sumienia

W prawie polskim brak jest jednej generalnej klauzuli sumienia, na wzór amerykańskiej ustawy federalnej *RFRA* i jej stanowych odpowiedniczek, która pozwalałaby jednostce uzyskać zwolnienie ze względów religijnych od obowiązków nałożonych przez przepisy prawa. W naszym porządku prawnym przewidziano taką możliwość jedynie w kilku, wyrażonych *expressis verbis* przypadkach, które zostały poniżej omówione.

Art. 85 ust. 3 Konstytucji RP wskazuje, iż „obywatel, któremu przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie pozwalają na odbywanie służby wojskowej, może być obowiązany do służby zastępczej na zasadach określonych w ustawie". Za-

[69] Refundacja polega na możliwości nabycia przez pacjenta produktów, których koszt w całości lub w części pokrywa Narodowy Fundusz Zdrowia. Refundacja została uregulowana w ustawie z 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 345 z późn. zm.).

[70] Zgodnie z art. 5 pkt 3 u.ś.o.z. pod pojęciem „członek rodziny" należy rozumieć:
„a) dziecko własne, dziecko małżonka, dziecko przysposobione, wnuka albo dziecko obce, dla którego ustanowiono opiekę, albo dziecko obce w ramach rodziny zastępczej lub rodzinnego domu dziecka, do ukończenia przez nie 18 lat, a jeżeli uczy się dalej w szkole, zakładzie kształcenia nauczycieli, uczelni lub jednostce naukowej prowadzącej studia doktoranckie – do ukończenia 26 lat, natomiast jeżeli posiada orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności lub inne traktowane na równi – bez ograniczenia wieku,
b) małżonka,
c) wstępnych pozostających z ubezpieczonym we wspólnym gospodarstwie domowym".

sady przeznaczania do służby zastępczej, kierowania do jej odbycia oraz odbywania określa ustawa o służbie zastępczej[71]. Obywatel, podlegający kwalifikacji wojskowej, który ze względu na przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie chce odbyć zasadniczej służby wojskowej albo przeszkolenia wojskowego dla absolwentów szkół wyższych, może więc złożyć stosowny wniosek pisemny o przeznaczenie do służby zastępczej. Zgodnie z art. 2 ust. 2 u.s.z. „służba zastępcza polega na wykonywaniu prac na rzecz ochrony środowiska, ochrony przeciwpożarowej, ochrony zdrowia, pomocy społecznej, opieki nad osobami niepełnosprawnymi albo bezdomnymi oraz na rzecz administracji publicznej i wymiaru sprawiedliwości". W myśl art. 2 ust. 1 u.s.z. odbywanie służby zastępczej uznaje się za spełnianie powszechnego obowiązku obrony w zakresie służby wojskowej.

Na możliwość zwolnienia z obowiązku odbycia służby wojskowej w rzeczywistości nie mogą jednak liczyć wyznawcy wszystkich wierzeń i przekonań moralnych. Jak zastrzega ustawa konieczne jest albo wykazanie, iż w danej religii istnieją podstawy wyłączające możliwość odbywania takowej służby oraz wykazanie rzeczywistych związków z tą religią, albo wskazanie wyznawanych zasad moralnych, które pozostawałyby w sprzeczności z obowiązkami żołnierza odbywającego służbę wojskową[72]. Zdaniem Naczelnego Sąd Administracyjnego „powołanie się […] na przesłankę «przekonań religijnych» będzie skuteczne tylko w razie wykazania przez wnioskodawcę trwałej przynależności do takiego wyznania, którego reguły nie pozwalają – bez istotnego konfliktu sumienia – na odbywanie służby wojskowej", w związku z czym „wyznawcy różnych kościołów znajdują się w odmiennej sytuacji ze względu na spełnianie przesłanek skierowania do służby zastępczej wynikających z rygorów doktrynalnych; to zróżnicowanie jednak nie zostało im przyznane, lecz jest rezultatem wyboru (aktu woli)"[73]. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym odniesiono się także do rozumienia drugiej z alternatywnych przesłanek ubiegania się o zwolnienie od obowiązku odbywania służby wojskowej. Jak ocenił Naczelny Sąd Administracyjny nie jest wystarczające samo zadeklarowanie, „że przestrzega się wyznawanych zasad moralnych: trzeba je także nazwać i zdefiniować, wskazując te ich nakazy, które pozostają w oczywistej sprzeczności z obowiązkami żołnierza odbywającego służbę wojskową z poboru", a ponadto „nie mogą to być zasady mieszczące się w powszechnie akceptowanych standardach etycznych, lecz zasady o za-

[71] Aktualnie zagadnienia te reguluje ustawa z 28 listopada 2003 r. o służbie zastępczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 1027 z późn. zm.), dalej jako u.s.z. Przed wejściem w życie powyższej ustawy przepisy dotyczące służby zastępczej znajdowały się w Dziale VI ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 827 z późn. zm.).

[72] Wymóg taki wprowadza art. 11 ust. 2 pkt 2 u.s.z.

[73] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu z 11 maja 1993 r., SA/Wr 202/93, ONSA 1994, nr 3, poz. 95.

ostrzonym rygoryzmie moralnym, będące elementem światopoglądu dającego się zdefiniować i zaświadczonego postawą życiową wnioskodawcy”[74].

W związku z tym, że 1 stycznia 2010 r. zawieszono obowiązek odbywania zasadniczej służby wojskowej i przeszkolenia wojskowego, a tym samym zawieszono obowiązek odbywania służby zastępczej, omawiana regulacja konstytucyjna i ustawowa straciła na praktycznym znaczeniu. Osoba, której wniosek zostanie rozpatrzony pozytywnie i tak nie będzie skierowana do odbycia służby zastępczej, ze względu na wspominane powyżej zawieszenie. Obecnie termin rozpoczęcia i okres trwania obowiązku odbywania zasadniczej służby wojskowej oraz przeszkolenia wojskowego (i tym samym także służby zastępczej), w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa państwa, określa Prezydent RP w drodze rozporządzenia, na wniosek Rady Ministrów[75].

Aktem prawnym przewidującym możliwość odmowy stosowania się do przepisów powszechnie obowiązujących, a zachowującym w pełni swe znaczenie w praktyce jest ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty[76]. Art. 39 u.z.l. stanowi:

„Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego”.

Przepis ten zawiera klauzulę sumienia dla lekarzy. Analogiczne uregulowanie dla pielęgniarek i położnych wprowadza art. 12 ust. 2 i 3 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej[77]. Trybunał Konstytucyjny w wyroku wydanym w następstwie rozpoznania w pełnym składzie wniosku Naczelnej Rady Lekarskiej orzekł, że art. 39 zd. 1 u.z.l. w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[78]. Powyższe orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego odnosi się jedynie do tak zwanej lekarskiej klauzuli sumienia, a zatem na pielęgniarkach i położnych nadal spoczywa wymóg wskazania realnych możliwości uzyskania świad-

[74] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu z 11 lutego 1991 r., SA/Wr 14/91, niepubl. Tezy orzeczenia dostępne na http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0A5C9DDDE0 (dostęp 15.04.2016). Zob. także K. Działocha, komentarz do art. 85 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 6-7 i podane tam orzecznictwo dotyczące wykładni przesłanek skierowania do odbycia służby zastępczej.

[75] Zgodnie z art. 55 ust. 3 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej.

[76] Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 464 z późn. zm.), dalej jako u.z.l.

[77] Ustawa z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 1435 z późn. zm.).

[78] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., K 12/14, OTK ZU 2015, nr 9A, poz. 143.

czenia, który to – zdaniem trybunału – narusza konstytucyjną gwarancję wolności sumienia i religii.

W sytuacji, w której lekarz ze względów światopoglądowych czy też religijnych nie aprobuje pewnych czynności, do których niemniej jest obowiązany, może odmówić ich wykonania, z wyjątkami określonymi w art. 30 u.z.l.[79], a jeszcze do niedawna miał przy tym obowiązek jednoczesnego wskazania alternatywnego źródła uzyskania takiego świadczenia. Zastanawiające jest, co w przypadku, gdy lekarz powołujący się na klauzulę sumienia nie znał i nie był w stanie wskazać innego lekarza, który byłby skłonny wykonać kontrowersyjne świadczenie. W pierwotnej wersji niniejszego opracowania, powstałej przed zapadnięciem wyroku Trybunał Konstytucyjny, miał zostać wyrażony pogląd, iż wspomniany wymóg jest bez wątpienia problematyczny i można by rozważyć całkowite jego wyeliminowanie z ustawy. Wydaje się, że o wiele praktyczniejszym rozwiązaniem, i to zarówno z perspektywy samego lekarza, jak i pacjenta zainteresowanego uzyskaniem świadczenia, jest po prostu bądź stworzenie jednego centralnego rejestru lekarzy i placówek wykonujących dane typy świadczeń zdrowotnych, bądź prowadzenie takich spisów przez oddziały wojewódzkie Narodowego Funduszu Zdrowia. Wyrok zakresowy Trybunału Konstytucyjnego najpewniej zmusi prawodawcę do wprowadzenia nowego unormowania, które stworzy pacjentom efektywny sposób uzyskiwania informacji o realnej możliwości dostępu do świadczeń, niemniej na obecną chwilę brak jest procedowanych projektów[80].

Konsekwencją uprawnienia przyznanego przez przywołany artykuł u.z.l. jest to, że nawet w pełni zasadne z punktu widzenia *lege artis* świadczenie może być jednakowoż nie udzielone przez lekarza, jeżeli tylko uzna on je za niezgodne z własnym sumieniem[81]. W praktyce przepis ten ma najczęstsze zastosowanie w przypadku lekarzy niechcących wykonywać prawnie dopuszczalnych zabiegów aborcji ze względu na wyznawane przez siebie wartości. Wątpliwości może jednak wzbudzać zakres czynności, od których wykonania lekarz może się powstrzymać przy powołaniu na klauzulę sumienia. W literaturze wskazuje się, iż lekarz nie może odmówić wystawienia recepty, na przykład na środki antykoncepcyjne, czy też wydania skierowania na badania prenatalne, ponieważ takie czynności nie stanowią „wykonania świadczenia zdrowot-

[79] Art. 30 u.z.l. nakazuje lekarzowi udzielać pomocy „w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki". W omawianym powyżej wyroku, Trybunał Konstytucyjny uznał nadto, że art. 39 zd. 1 w związku z art. 30 u.z.l. w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki", jest niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji (to jest z art. 2 Konstytucji RP) i art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

[80] Ministerstwo Zdrowia w piśmie z 6 kwietnia 2016 r., udzielając odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, poinformowało, iż obecnie nie są prowadzone prace nad nowelizacją u.z.l.

[81] L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, „Prawo i Medycyna" 1999, nr 4, s. 7.

nego" w rozumieniu art. 39 u.z.l.[82] Co ciekawe, Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie uznał jednak, że lekarz z „jakichkolwiek przyczyn, także światopoglądowych", powołując się na klauzulę sumienia ma prawo nie wydać pacjentce skierowania na prenatalne badania genetyczne[83]. Sąd Najwyższy dokonał zatem interpretacji art. 39 u.z.l. w sposób, który zdaje się znacząco rozszerzać zakres zastosowania przepisu, skoro przyjął, że lekarz może powołać się na klauzulę nie tylko z powodu niezgodności z sumieniem, lecz z „jakichkolwiek przyczyn", a także przy czynnościach, które nie są *stricte* świadczeniami zdrowotnymi.

Odnotować ponadto należy, iż w 2010 r. powstała oddolna inicjatywa aptekarzy domagających się zmian w ustawie – Prawo farmaceutyczne[84], polegających na wprowadzeniu doń stosownej klauzuli sumienia[85]. Art. 96 ust. 5 Prawa farmaceutycznego, w obecnym brzmieniu, wymienia enumeratywnie przypadki, w jakich farmaceuta i technik farmaceutyczny mogą odmówić wydania medykamentu, a katalog ten nie obejmuje sytuacji, gdy stosowanie danego środka wzbudza sprzeciw sumienia. W założeniu autorów koncepcji, farmaceuta i technik farmaceutyczny powinni mieć zapewnioną możliwość odmowy sprzedaży danego środka farmakologicznego, jeżeli jego zastosowanie nie jest przez nich akceptowane ze względu na wyznawane wartości. Jednak do dnia dzisiejszego ów postulat *de lege ferenda* zgłoszony przez środowisko aptekarskie nie doczekał się realizacji.

4. Podsumowanie

Przyjęte i aktualnie obowiązujące w Polsce rozwiązanie dotyczące sprzeciwu sumienia nie wydaje się w pełni satysfakcjonujące. W szczególności ze względu na fakt, że w obecnym stanie prawnym z dobrodziejstwa odmowy stosowania się do obowiązków wywołujących kontrowersje, skorzystać mogą jedynie nieliczne jednostki, którym takie uprawnienie jest bezpośrednio przyznane. Nawet najlepszy prawodawca nie jest jednak w stanie przewidzieć i enumeratywnie wymienić wszelakie możliwe przypadki, w których winno przysługiwać takie prawo odmowy. Przykład Stanów Zjednoczonych pokazuje, iż lepszym rozwiązaniem jest przyjęcie ogólnej klauzuli sumienia o dość szerokim zakresie zastosowania. I tak w momencie, gdy Sąd Najwyższy USA wyrokiem

[82] Zob. szerzej: E. Zielińska, komentarz do art. 39, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa, 2014, s. 695-696. Zob. także ustawową definicję terminu „świadczenie zdrowotne" przedstawioną w przypisie 68.

[83] Wyrok Sądu Najwyższego z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC 2009, nr 3, poz. 48. Zob. także wyrok Sądu Najwyższego z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006, nr 6, poz. 71, w którego uzasadnieniu posłużono się zwrotem „z jakichkolwiek […] względów, w tym etycznych".

[84] Ustawa z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), dalej jako Prawo farmaceutyczne.

[85] Zob. szerzej: http://www.sumienie-farm.pl (dostęp 15.04.2016).

z 26 czerwca 2015 r. w sprawie *Obergefell v. Hodges*[86] dopuścił na terenie całego kraju możliwość zawierania małżeństw przez osoby homoseksualne, ujawniło się kolejne możliwe zastosowanie *RFRA*. Prokurator Generalny Teksasu (*Attorney General of Texas*) republikanin Ken Paxton w liście wystosowanym do Zastępcy Gubernatora Teksasu (*Lieutenant Governor of Texas*), powołując się między innymi na *RFRA,* wyraził pogląd, iż sędziowie i sędziowie pokoju, jeśli tylko posiadają zastrzeżenia natury religijnej, mogą twierdzić, że rząd zmusza ich do udzielania małżeństw homoseksualistom[87]. Zdaniem prokuratora zmuszanie teksańskich sędziów do prowadzenia uroczystości ślubnych nie jest najmniej restrykcyjnym sposobem zagwarantowania możliwości zawarcia związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci, przy założeniu że w ogóle rząd ma w tym istotny interes[88].

Na wzór zaczerpnięty ze Stanów Zjednoczonych, także i w Polsce należałoby rozważyć możliwość dopuszczenia pozyskiwania zwolnień od obowiązków przewidzianych przez powszechnie obowiązujące prawo, ilekroć jednostka wykazałaby uzasadniony powód, by takiego zwolnienia domagać się ze względów religijnych. W kontekście ubezpieczeń zdrowotnych takie wyłączenia mogłyby przysługiwać od finansowania z miesięcznych składek płaconych przez ubezpieczonego wywołujących obiekcje zabiegów, takich jak aborcja, czy też refundacji pewnych środków, na przykład antykoncepcyjnych. Co oczywiste osoba, która uzyskałaby zwolnienie, a ponadto członkowie jej rodziny nieposiadający innego tytułu do ubezpieczenia, tym samym nie mogliby także sami liczyć na uzyskanie w ramach ubezpieczenia zdrowotnego zakwestionowanych bezpłatnych świadczeń i refundowanych środków. Zauważyć przy tym należy, że rozwiązanie przyjęte w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej, sytuujące pracodawców jedynie jako płatników, przekazujących w imieniu ubezpieczonego składki ubezpieczenia zdrowotnego, zdaje się wykluczać możliwość wystąpienia z takim żądaniem bezpośrednio przez samego pracodawcę. W polskim porządku prawnym nie byłoby zatem możliwe, by spółka (rozumiana jako pracodawca) mogła wystąpić z podobnym żądaniem jak amerykańskie korporacje, będące stroną w sprawie *Burwell v. Hobby Lobby*, nawet jeśli w ślad za Sądem Najwyższym USA przyjąć, iż podmiotom tym także przysługuje wolność sumienia i religii.

Nierozstrzygniętą kwestią pozostaje pytanie o zakres podmiotowy i przedmiotowy wyłączeń od obowiązków nakładanych przez prawo powszechnie obowiązujące. Mianowicie, czy klauzula sumienia powinna być dostępna tylko dla pewnej kategorii osób i umieszczana każdorazowo w poszczególnych aktach prawnych, czy też na wzór

[86] *James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*

[87] Zob. szerzej: *Opinion No. KP-0025*, https://www.texasattorneygeneral.gov/opinions/opinions/51paxton/op/2015/kp0025.pdf (dostęp 15.04.2016).

[88] *Ibidem.*

USA winna znajdować zastosowanie do wszystkich sfer aktywności państwa i zostać umiejscowiona w konstytucji lub odrębnej ustawie? Opowiedzenie się za drugim wariantem oznaczałoby, iż każdy mógłby powołać się nań, gdyby tylko działania państwa nadmiernie i niezasadnie ingerowały (najczęściej w postaci nakładanych prawem obowiązków), w mniejszym bądź większym stopniu, w jego wolność sumienia lub religii. Co warte podkreślenia, klauzula sumienia jest prawem subsydiarnym, a jeżeli tylko występują inne możliwości ochrony wolności sumienia i religii, to należy z nich bezwzględnie korzystać, tak by realizacja sprzeciwu sumienia była ostatecznością[89]. Zważywszy na ten charakter prawny klauzuli, nie należy więc obawiać się wystąpienia zjawiska zgłaszania przez różne grupy zawodowe i społeczne fali żądań, celem pozyskania przez nie wyłączeń od wykonywania przewidzianych prawem pozytywnym obowiązków.

Porównanie dwóch tak różnych od siebie systemów – prawa kontynentalnego i *common law* – może doprowadzić, z korzyścią dla obu, do wzajemnego przenikania się pewnych unikatowych, a zarazem wartościowych rozwiązań. Powszechne ubezpieczenia zdrowotne uważane na Starym Kontynencie za oczywistą, niekwestionowaną korzyść, przez długi okres czasu były traktowane w Stanach Zjednoczonych z nieufnością i ostatecznie zostały wprowadzone po zaciekłych politycznych bojach. Można jednak zaryzykować twierdzenie, iż spełniły także i tam pokładane w nich nadzieje. Mając na względzie powyższe, nie należy z góry odrzucać, jako niebezpiecznego *novum*, dopuszczenia w Polsce szerszej możliwości uzyskiwania zwolnień z powodów obiekcji religijnych od obowiązków nakładanych przez powszechnie obowiązujące prawo. Przykład Stanów Zjednoczonych dobitnie pokazuje, że można pomiędzy światopoglądem religijnym i laickim zachować pożądaną i konieczną równowagę. Ten sam Sąd Najwyższy USA, w tym samy składzie, potrafił zarówno rozszerzyć swobodę praktykowania religii na korporacje *for-profit*, jak i uznać, iż poszczególne stany nie mogą zakazywać zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. Niemniej kwestia ewentualnych przeobrażeń uregulowania prawa sprzeciwu motywowanego religijnie pozostaje wciąż nierozstrzygnięta i otwarta na nowe propozycje, a niniejsze opracowanie uznać należy jedynie za przyczynek traktujący o możliwych zmianach w polskim porządku prawnym.

[89] M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy" 2013, nr 6, s. 24.

Can corporations exercise religion? *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* case

Abstract: The article is focused on the differences and similarities between the legal system in the United States of America and the legal system in Poland. The background to these considerations is the United States Supreme Court judgment in Burwell v. Hobby Lobby case. The Court held at the time that closely held for-profit corporations may be exempt from a generally applicable law if their owners have religious objections. This article describes also the free exercise of religion and kinds of free-exercise claims in the applicable legal regulation in Poland.

Keywords: Patient Protection and Affordable Care Act, Religious Freedom Restoration Act, First Amendment to the United States Constitution, Free Exercise Clause, for-profit corporations, conscience clause, conscientious objection

Bartosz Wiśniewski
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Dostęp do broni, prawo czy przywilej?

1. Wstęp

Broń towarzyszy ludzkości od zarania dziejów. Dawniej kwestia posiadania i noszenia broni przesądzała o możliwości przeżycia oraz ułatwiała odpowiednią jakość ludzkiej egzystencji. Najbardziej podstawowe kwestie, takie jak zdobycie pokarmu czy możliwość skuteczniejszej ochrony przed niebezpieczeństwem, wykształciły poczucie potrzeby, a wręcz niezbędności posiadania broni. Stan ten z biegiem lat w sposób powolny ulegał przeobrażeniom. Po hekatombie doświadczeń związanych z pierwszą i drugą wojną światową coraz bardziej widoczne okazały się poglądy pacyfistyczne. Mocno rysują się one zarówno w kręgach obywateli, jak i elitach rządzących, zwłaszcza w Europie Zachodniej. Zmniejszenie natężenia zagrożeń doprowadziło do rozluźnienia społecznego i szybkiego tworzenia nieformalnych grup, a następnie organizacji przeciwnych posiadaniu broni przez obywateli. Zaowocowało to w XX w. rozpoczęciem szerokiej debaty w społeczeństwie o kwestiach związanych z dostępem do broni palnej dla osób prywatnych, zatem niezwiązanych ze służbami zapewniającymi ochronę i bezpieczeństwo, takimi jak np. policja. Dyskusja ta nie została zakończona do dnia dzisiejszego. Niezależnie od szerokości geograficznej wyraźnie widać, jak duże emocje wzbudza ten problem i nic nie zapowiada, by sytuacja ta uległa zmianie. Ciężko wskazać, która ze stron dysponuje trafniejszymi argumentami, gdyż żadna z nich nie jest w stanie przekonać drugiej do swoich racji. Z jednej strony często podnosi się przykłady, kiedy to do władania bronią dochodzą nieobliczalne jednostki, które otwierają ogień do przypadkowych osób. Każdy taki przypadek jest natychmiast szeroko komentowany w mediach na całym świecie. Praktycznie zawsze prasa, radio, telewizja i Internet w kontekście dostępu do broni dla obywateli ukazują wyłącznie jego negatywne skutki. Z drugiej strony kwestia nabiera nowego znaczenia, kiedy patrzymy na nią przez pryzmat np. wydarzeń

takich jak konflikt na Ukrainie[1] oraz działania ISIS[2], które stanowią koronny argument zwolenników powszechnego dostępu do broni. Opierają oni swoje racje na chęci skutecznej osobistej obrony przed zagrożeniem ze strony napastników, niezależnie od pomocy służb bezpieczeństwa, takich jak np. policja państwowa. Wytykają również, częstokroć ponad rzeczywistą miarę, przypadki spóźnionej czy też niewłaściwej pomocy oraz działań wspomnianych służb, w wyniku których cywile odnoszą obrażenia i ponoszą znaczne szkody. Podnoszą oni także kwestie związane z aksjologią, odwołując się do powszechnie przyjmowanych wartości. Tworzą własne definicje intuicyjnie pojmowanych terminów. Akcentują, iż ograniczenie prawa do posiadania i noszenia broni uderza w fundament ludzkiej działalności, jakim jest przyrodzona wolność, która niejednokrotnie jest ujęta w aktach rangi konstytucyjnej większości państw. Utarło się, że dla zwolenników wolnościowego ujęcia dostępu do broni wzorem powinny być Stany Zjednoczone Ameryki oraz regulacje prawne, które występują przynajmniej w niektórych Stanach. W powszechnym przekonaniu USA uchodzi za kraj mnogości praw i wolności obywatelskich, szczycący się umiejętną, praktyczną ich ochroną. W historii tego państwa prawo do posiadania broni przejawia się w wielu aspektach i jest uznawane, przynajmniej przez niektórych, jako jeden z fundamentów, na których państwo to powstało w kształcie, jaki znamy dziś. Chlubna historia walki o niepodległość w XVIII w. oraz mechanizmy kształtowania się suwerennego państwa zdawałyby potwierdzać zaprezentowaną wyżej opinię oraz rodzić przekonanie, iż podobne dyskusje nad potrzebą istnienia szerokiego dostępu do broni dla obywateli są bezcelowe, a ich ewentualny wynik z góry przesądzony. Pogląd ten zyskuje na znaczeniu, gdy uwzględnimy podnoszone przez ówczesne elity zagrożenia stojące na drodze do rozwoju USA, takie jak przede wszystkim obawa przed możliwymi złożonymi konsekwencjami rozwoju federalizmu przejawiającymi się w ewentualnych, rządowych planach wykorzystania regularnej armii przeciwko swobodom obywatelskim.

Rodzi się więc pytanie, czy w USA kwestia powszechnego i ułatwionego posiadania broni przez obywateli jest oczywista i nie budzi kontrowersji?

Nic bardziej mylnego, społeczeństwo amerykańskie jest bardzo złożone, a różne poglądy przenikają się i nierzadko tworzą punkty zapalne. Od dłuższego czasu w Stanach Zjednoczonych Ameryki toczy się debata o prawie do posiadania i noszenia broni palnej.

[1] W 2014 r. na Ukrainie doszło do zamieszek, a w konsekwencji do zmian na najwyższych szczeblach władzy, co doprowadziło do wywołania konfliktu wewnątrz kraju, którego rezultatem stała się aneksja półwyspu Krymskiego przez Federację Rosyjską oraz wojna domowa na wschodnich terenach Ukrainy między siłami rządowymi, a prorosyjskimi separatystami.

[2] W 2010 r. na Bliskim Wschodzie za sprawą radykalnych wyznawców islamu doszło do wybuchu szeroko zakrojonego konfliktu zbrojnego, wskutek którego powstało tzw. Państwo Islamskie charakteryzujące się rządami terroru, łamaniem praw człowieka, stosowaniem prawa szariatu, a także agresywną polityką skierowaną przeciwko zachodniej cywilizacji.

Wraz ze wspomnianymi zmianami geopolitycznymi po drugiej wojnie światowej oraz wprowadzeniem mechanizmów kontrolujących władzę przed jej zbyt dalekimi zakusami ograniczania autonomii poszczególnych Stanów, coraz silniej wśród elit oraz członków społeczeństwa do głosu zaczęli dochodzić przedstawiciele nurtu prezentującego poglądy pacyfistyczne. Postulują oni zmianę w podejściu do posiadania broni palnej, uznając, iż w dzisiejszych czasach względnej stabilizacji i wysokiego poziomu wyszkolenia i skuteczności służb publicznych nie istnieje duża potrzeba posiadania przez społeczeństwo znacznej ilości broni wykorzystywanej do celów samoobrony. Co więcej, fakt istnienia takiego uprawnienia może prowadzić do negatywnych konsekwencji, ze wzrostem przestępczości włącznie. W opozycji do nich stanęli tradycjonaliści w postaci między innymi National Rifle Association[3] (w skrócie NRA), prezentując odmienny pogląd, w myśl którego prawo do posiadania i noszenia broni w dalszym ciągu jest niezbędnym elementem determinującym pozycję względem władzy. Swe poglądy opierają między innymi na chęci obrony przed zagrożeniem terrorystycznym, które nasiliło się po atakach na WTC 11 września 2001 r. Tak szerokie zainteresowanie społeczne musiało przenieść się na występowanie głośnych procesów sądowych oraz wydania wyroków Sądu Najwyższego USA odnoszących się do tej materii. Warto w tym miejscu przytoczyć federalne orzecznictwo, w którym podnosi się kwestię dostępu do oręża. Najważniejsze rozstrzygnięcia zawarte są w sprawach *United States v. Emersona*[4], który prawo powszechnego dostępu do broni potwierdza, *Silveira v. Lockyer*[5], który temu uprawnieniu się sprzeciwił oraz orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. Miller* [6], który możemy uznać za częściowe pogodzenie obu stron sporu.

2. *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*[7]

2.1. Stan faktyczny

We wspomnianą dyskusję wpisuje się Disctrict of Columbia, gdzie wprowadzono w latach 70. XX w. „The Firearms Control Regulations Act". Pojawiły się w nim liczne ograniczenia związane z posiadaniem i przechowywaniem broni palnej na terenie okręgu. Były one wynikiem obawy przed wzrostem przestępczości. W zamyśle pomysłodawców wspomniane restrykcje miały ograniczyć zagrożenia i doprowadzić do spadku przestępczości związanej z użyciem niebezpiecznego narzędzia.

[3] http://home.nra.org/history (dostęp 6.05.2015).

[4] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 16 października 2001 r. w sprawie *United States v. Emerson*, No. 99-10331.

[5] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 5 grudnia 2002 r. w sprawie *Silveira v. Lockyer*, No. 01-15098.

[6] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 15 maja 1939 r., w sprawie *United States v. Miller*, No. 696.

[7] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 26 czerwca 2008 r. w sprawie *of Columbia v. Heller*, No. 07-290.

Ograniczenia, o których mowa, odnosiły się między innymi do braku możliwości legalnego posiadania niezarejestrowanej broni palnej oraz zakazie rejestrowania na terenie dystryktu nowej broni krótkiej. Sama rejestracja legalnie dopuszczonych jednostek była bardzo utrudniona i opierała się na jednorocznym, w znacznej mierze uznaniowym, zezwoleniu szefa policji. Zgodnie z literą prawa posiadać można było jedynie broń krótką, uprzednio zarejestrowaną przed 1975 r. oraz tę, która znajdowała się w posiadaniu aktywnych i emerytowanych funkcjonariuszy organów ścigania. Co więcej, wprowadzono surowe przepisy określające sposób przechowywania legalnie posiadanej broni w domach na terenie dystryktu. W myśl nowej regulacji, niezależnie od tego kim był posiadacz broni, miała ona być rozładowana i zabezpieczona w sposób uniemożliwiający jej praktyczne, zgodne z przeznaczeniem, wykorzystanie rozumiane jako oddanie strzału. Wpisywało się to w nurt pacyfistyczny, który wówczas zyskiwał zwolenników wśród szerokiej rzeszy Amerykanów, a co za tym idzie również wśród przedstawicieli władzy. Nałożone ograniczenia nie przyniosły jednak powszechnej akceptacji mieszkańców, co z biegiem lat spowodowało wzrost niezadowolenia w licznych kręgach społeczeństwa związanych z organizacjami miłośników broni. Temat zaciekawił Roberta L. Levy'ego, który jest konstytucjonalistą. Choć sam nigdy nie posiadał broni, postanowił, z pobudek naukowych, wesprzeć finansowo i merytorycznie grupę sześciu niezadowolonych z opisywanych regulacji obywateli dystryktu w wystosowaniu przez nich powództwa przeciwko Dystrict of Columbia o stwierdzenie niekonstytucyjności omawianych regulacji związanych z kwestią posiadania, noszenia oraz przechowywania broni i udzielenie im stosownego zezwolenia.

Powodami w sporze byli:

Shelly Parker − była pielęgniarka, stale narażona na groźby pozbawienia życia przez handlarzy narkotyków i leków, którzy wielokrotnie próbowali włamać się do jej domu.

Tom G. Palmer − homoseksualista, który z powodu swojej orientacji seksualnej był wielokrotnie szykanowany, był również ofiarą ataku w trakcie spaceru w San Jose w Kalifornii. Został osaczony przez liczną grupę napastników i jedynie fakt posiadania pistoletu uratował mu życie, gdyż dopiero sięgnięcie po broń odstraszyło napastników.

Gillian St. Lawrence − broker kredytów hipotecznych, legalny posiadacz kilku sztuk długiej broni palnej, który miał problemy z jej rejestracją, gdyż procedura ta przeciągała się przez ponad dwa lata. Gillian w razie nadejścia takiej konieczności, chciał legalnie użyć broni, którą zgodnie z prawem posiadał do samoobrony. Planował również nabyć broń krótką.

Tracey Ambeau − pracowniczka Departamentu Rolnictwa USA, która z uwagi na fakt zamieszkiwania w niebezpiecznej dzielnicy chciała nabyć broń krótką do celów samoobrony.

George Lyon – prawnik, który chciał zgodnie z prawem posiadać broń we własnym domu. Już wcześniej kontaktował się z National Rifle Association w celu złożenia pozwu przeciwko District of Colubmia.

Dick A. Heller – miejscowy funkcjonariusz policji, który w związku z wykonywaną służbą posiadał broń, natomiast nie miał prawa przechowywać jej we własnym domu, gdyż przepisy nakazywały mu jej deponowanie w pracy. Policjant mieszkał w niebezpiecznej dzielnicy zwanej narkotykowym rajem dla dzieci. Zagrożenie to było tym większe, że prowadził aktywną działalność wymierzoną przeciwko przestępcom narkotykowym.

Dalszą część rozważań poświęcę ostatniej z przedstawionych osób, gdyż jej przypadek stał się najbardziej sztandarowy, wzbudził największe zainteresowanie i pozwolił obnażyć sposób dystrybuowania pozwoleń na terenie dystryktu. Zaowocowało to skontrolowaniem zagadnienia przez Sąd Najwyższy USA. Rozstrzygnięcia powzięte dzięki skrupulatnej analizie stanu faktycznego i prawnego pozwoliły na wydanie wyroku. Orzeczenie to stało się podstawą, czy wręcz fundamentem, wielokrotnie później przywoływanym w licznych opracowaniach związanych z posiadaniem oraz przenoszeniem broni przez obywateli USA.

2.2. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji

W lutym 2003 r. został wystosowany pozew przez District Court of the District of Columbia przeciwko District of Columbia, w którym kwestionowano konstytucyjność przepisów ustawy z 1975 r. o kontroli broni palnej na terenie Dystryktu Columbia[8]. Powoływano się na Drugą Poprawkę do Konstytucji Stanów Zjednoczonych[9], która w tłumaczeniu na język polski brzmi następująco: „Dobrze zorganizowana milicja jest niezbędną dla bezpieczeństwa wolnego państwa, prawo ludzi do posiadania i noszenia broni nie może być ograniczone”[10].

Na podstawie wspomnianej poprawki domagano się potwierdzenia konstytucyjnego prawa do posiadania i noszenia broni w stanie pozwalającym na jej użycie, a także na jej przechowywanie we własnym domu.

[8] *Supreme Court of the United States, Syllabus District of Columbia v. Heller*, Washington 2008 s.1.

[9] Oryginalny tekst − „Amendment II − A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed” − źródło http://constitutionus.com, (dostęp 21.05.2015).

[10] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. i wstęp A. Pułło, Warszawa 2002, s. 55.

Sąd pierwszej instancji[11], którym był Sąd Rejonowy dla Okręgu Columbia, w osobie przewodniczącego składu orzekającego Ricardo M. Urbiny, oddalił powództwo, uznając je za bezzasadne. Sędzia skłonił się do poglądów tej grupy teoretyków, która w założeniach Drugiej Poprawki widzi wolę wyposażenia w uprawnienie do posiadania i dysponowania bronią palną jedynie dla milicji rozumianej jako współczesny odpowiednik Gwardii Narodowej. Tym samym, według sędziego z Drugiej Poprawki do Konstytucji USA nie wynika prawo podmiotowe pozwalające na posiadanie oraz noszenie broni palnej przez każdego obywatela USA, na które można się powołać między innymi przed sądem.

2.3. Postępowanie przed sądem drugiej instancji

W sposób oczywisty wyrok sądu pierwszej instancji nie mógł zadowolić strony powodowej, dlatego skierowano apelację od wyroku sądu pierwszej instancji do U.S. Court of Appeals for the District of Columbia (Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Okręgu Columbia), w którym domagano się uznania wspomnianej regulacji jako niekonstytucyjnej. Sąd Apelacyjny, w składzie: sędziowie Karen L. Henderson, Thomas B. Griffith i Laurence H. Silberman mieli przystąpić do ponownego zbadania sprawy[12].

Drogą do rozstrzygnięcia problemu stało się udzielenie właściwej odpowiedzi na podstawowe pytania:

Czy Druga Poprawka gwarantuje indywidualne prawo każdemu obywatelowi do posiadania, noszenia i przechowywania broni palnej, w tym broni krótkiej, czy odnosi się ono jedynie do formacji milicji, rozumianej jako straż obywatelska zapewniająca obronę społeczności przed zagrożeniem, zarówno w postaci możliwości obcej agresji, jak i samowoli władz.

A w związku z tym:

Czy w rozpatrywanej sytuacji pana Hellera należy udzielić mu pozwolenia na posiadanie i przechowywanie broni palnej w jego własnym domu oraz, jeśli odpowiedź byłaby pozytywna, to na jakich warunkach przechowywanie tej broni miałoby się odbywać.

Proces naturalnie cieszył się szerokim zainteresowaniem obywateli, wśród których dało się wyraźnie wyodrębnić sprzeczne opinie odnośnie do rozpatrywanej kwestii. Po rozpatrzeniu zgromadzonych materiałów oraz analizie głosu dotychczasowego orzecznictwa, stosunkiem głosów dwa „za" do jednego „przeciw" Sąd Apelacyjny orzekł, iż Druga Poprawka chroni indywidualne prawo do posiadania i noszenia broni palnej niezwiązane z działalnością czy członkostwem w milicji, a także do korzystania z broni do celów tradycyjnie zgodnych z prawem. Wspomniane, legalne możliwości wykorzystania uzbrojenia, to np. myślistwo oraz samoobrona, rozumiana również jako obrona miru

[11] Angielskojęzyczna nazwa sądu − Federal District Court for the District of Columbia

[12] http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-290.pdf (dostęp 10.05.2015).

domowego. Zauważono również, że choć prawo do noszenia broni literalnie przysługuje „milicji", to należy przez to rozumieć nie tylko służby milicji jako wydzielonej formacji, a działalność obywateli mającą na celu zagwarantowanie i zabezpieczenie ich wolności. Zatem indywidualne korzystanie z prawa do posiadania broni nie jest uzależnione od statusu członka określonej służby. Sąd Apelacyjny oparł się w swym uzasadnieniu w znacznej mierze na argumentacji historycznej, odnosząc się do tradycji, biorąc pod rozwagę dorobek orzeczniczy wywodzący się jeszcze z XIX w., wskazał, iż indywidualne prawo do posiadania broni chroni obywateli przed bezprawiem zarówno przestępców, jak i zapędami klasy rządzącej rozumianymi jako tyrania rządu.

Reasumując, Sąd Apelacyjny stwierdził niekonstytucyjność przepisów dystryktu zakazujących posiadania broni krótkiej oraz restrykcyjnie ujęte regulacje dotyczące jej przechowywania. Co więcej, stwierdził, iż pistolety znajdują się w powszechnym użyciu na terenie USA i stanowią zarazem najpopularniejszą formę arsenału używanego w celach samoobrony. Utrzymanie dotychczasowej regulacji istniejącej od 1975 r. w okręgu godzi w podstawowe wartości leżące u podstaw społeczeństwa prawa i odbiera w znacznej mierze obywatelom przyrodzone uprawnienie do obrony siebie, swojej rodziny oraz własności. Idąc dalej, na podstawie praktyki władz dystryktu, uznano, iż dotychczasowe działania odnoszące się do wydawania przez szefa policji rocznych licencji na posiadanie i przechowywanie broni, były wykonywane w sposób nieprofesjonalny i przy dużej dozie dowolności wyrażającej się w uznaniu administracyjnym. Sąd zatem nakazał dystryktowi wydać pozwolenie na przetrzymywanie broni krótkiej przez Hellera w jego domu[13].

W kwietniu 2007 r. władze okręgu zwróciły się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy do Sądu Apelacyjnego, jednak ósmego maja sąd odrzucił wniosek stosunkiem głosów cztery do dwóch za odrzuceniem.

2.4. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych

Wskutek braku pozytywnego rozstrzygnięcia żądania władz miasta o ponowne rozpatrzenie sprawy, zostało złożone pytanie prawne do Supreme Court of The United States (Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych). Pytanie to odnosiło się do kwestii zakresu orzeczenia Sądu Apelacyjnego, a ściślej, czy dotyczy ono jedynie indywidualnie wskazanych w sentencji wyroku przypadków, nakazujących udzielenie pozwolenia na posiadanie i przetrzymywanie w domu broni, czy też do każdej osoby występującej w przyszłości z wnioskiem o udzielenie opisywanego uprawnienia, a niebędącej związaną z żadną organizacją, którą można scharakteryzować jako „milicję". Zatem z sytuacją, w której konkretny obywatel chce zachować pistolet bądź inną broń palną do użytku prywatnego w swoim domu.

[13] *Ibidem.*

Po rozpatrzeniu zebranych dowodów Sąd Najwyższy w składzie: J. Scalia , C. J. Roberts, T. Kennedy, J.J. Alito, J. Stevens, J. Breyer, J.J. Ginsburg, przyznał rację Sądowi Apelacyjnemu, podtrzymując, iż Druga Poprawka chroni indywidualne prawo do posiadania broni palnej niezwiązane z przynależnością w milicji, rozumianej jako wydzielona organizacja, a do tego pozwala na korzystanie z broni do celów tradycyjnie zgodnych z prawem, takich jak samoobrona w domu[14].

Przyjęto też definicję terminu „milicja", w myśl której milicja składa się ze wszystkich mężczyzn fizycznie zdolnych do działania w porozumieniu, we wspólnej obronie i należy ją odróżnić od Gwardii Narodowej. Definicja ta odwoływała się do historycznych poglądów antyfederalistów, którzy obawiali się działania rządu federalnego mogącego dążyć poprzez rozbrojenie obywateli do rządów sprawowanych poprzez poparcie i wykorzystanie przeciwko Amerykanom upolitycznionej armii[15].

Sąd Najwyższy, korzystając z wykładni historycznej, wskazał, iż interpretacja Drugiej Poprawki od XIX w, pozwala rozumieć ją jako prawo podmiotowe przysługujące wszystkim obywatelom i żadne dotychczasowe orzeczenie nie pozwala podawać tej opinii w wątpliwość[16].

Sąd Najwyższy wyraźnie zwrócił uwagę również na fakt, iż zasięg uprawnień wynikających z Drugiej Poprawki nie jest nieograniczony. Nie jest i nie może być to prawo, do posiadania i przenoszenia każdego istniejącego rodzaju broni w dowolnym celu oraz w dowolny sposób. Niedopuszczalne jest np. posiadanie i przenoszenie broni palnej, która nie ma wyglądu broni, przez co rozumie się chociażby pistolet ukryty w lasce czy parasolce. Nie bez znaczenia powinny być również kwestie związane z dotychczasowym doświadczeniem życiowym konkretnej osoby, przede wszystkim ze skazaniem jej za przestępstwo umyślne przeciwko zdrowiu bądź życiu, by nie dopuścić przestępców do możliwości władania bronią palną. Nie wolno też bagatelizować stanu zdrowia psychicznego osoby wnioskującej o udzielenie jej pozwolenia na broń, a co za tym idzie jej zdolności do właściwego rozeznania funkcji pistoletu, jego przeznaczenia oraz skutków, jakie może wywołać nieumiejętne użycie broni. Z tych powodów dopuszczalne są orzeczenia, w myśl których na konkretne indywidualne osoby nakłada się wieloletnie, czy też dożywotnie zakazy posiadania broni[17].

Kolejną kwestią, jaką należy podnieść przy omawianiu zakresu zezwolenia do noszenia broni, są przepisy ograniczające tę możliwość, które wystąpić mogą np. na terenie pewnych zakładów pracy, budynków rządowych czy kampusów uniwersyteckich[18]. Ustawodawca po-

[14] Wyrok Sądu Najwyższego USA z 26 czerwca 2008 r. w sprawie *District of Columbia v. Heller*, No. 07-290.

[15] *Ibidem*.

[16] *Ibidem*.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*.

wszechnie przyjął, iż dostęp i przechowywanie uzbrojenia w wyżej wskazanych miejscach publicznych powinien być znacznie bardziej ograniczony. Wiąże się to z kwestiami bezpieczeństwa oraz specyfiką tego typu miejsc, w tym znacznym zagęszczeniem ludzi na stosunkowo niewielkim terenie, co może potęgować zagrożenie terrorystyczne.

Ważną i niezwykle ciekawą kwestią, jaką sąd podjął, jest rozważenie rodzaju broni, którą można nosić oraz posiadać zgodnie z literą prawa. Oparł się on na wykładni dynamicznej, wskazując na wcześniejsze orzecznictwo, np. odnośnie do, sygnalizowanej już, sprawy Millera, stwierdzając, iż dozwolona jest broń będąca w powszechnym użyciu w danym czasie na terenie USA. Jest to bardzo interesujący wniosek, ponieważ ten rodzaj interpretacji przepisów pozwala na łatwiejsze i trafniejsze dostosowanie regulacji do stale zmieniających się okoliczności. Postęp technologiczny w ciągu zaledwie kilku lat potrafi zrewolucjonizować przemysł, a za tym rodzaj, jakość i właściwości wytwarzanych towarów. W przypadku broni widać to bardzo wyraźnie. Starając się zobrazować tę kwestię, można posłużyć się przykładem ewolucji broni od momentu uchwalenia Drugiej Poprawki aż po dzień dzisiejszy. Początkowo w powszechnym użyciu była broń czarnoprochowa, ładowana odprzodowo, działająca dzięki konstrukcji zamka skałkowego. Później, w XIX w. mieliśmy do czynienia ze słynnymi rewolwerami Colta, a dziś powszechnie w użyciu znajdują się dziesiątki typów nowoczesnych pistoletów oraz broń automatyczna, której istnienia twórcy Drugiej Poprawki nie mogli się wszak spodziewać. Wykładnia dynamiczna klaruje się tutaj jako spoiwo między myślą racjonalnego, acz historycznego prawodawcy, a współczesnymi czasami charakteryzującymi się gwałtownym postępem oraz przeobrażeniami w większości dziedzin nauki oraz w kwestii obyczajowości i wrażliwości społecznej. Z ujęcia „broń występująca w powszechnym użytku" możemy wywnioskować *a contrario*, iż niedozwolone jest noszenie i posiadanie, a więc tym bardziej użycie oręża nie będącego w zwykłym wykorzystywaniu w danym czasie, przez co możemy rozumieć np. broń szczególnie niebezpieczną, chemiczną, biologiczną, rakietową, etc.[19]

Sąd Najwyższy sprzeciwia się również regulacji restrykcyjnie określającej sposób przechowywania broni przez osoby, którym zezwolono na osobiste posiadanie oręża na terenie ich własnych domostw. Określony w przepisach standard wyklucza możliwość posłużenia się np. pistoletem w sposób, do którego został on przeznaczony. Skomplikowany mechanizm blokujący czyni daną broń bezużyteczną, co kłóci się z powodem jej posiadnia. Co więcej, Sąd Najwyższy podkreśla, iż pistolety są najbardziej powszechną z dostępnych formą uzbrojenia wykorzystywaną przez Amerykanów i poddawane rozwadze przepisy ograniczają prawa części społeczeństwa USA w stosunku do większości[20].

[19] *Ibidem*.
[20] *Ibidem*.

Pod uwagę wzięto również dotychczasową formę wydawania licencji oraz jakość jej wykonywania, stwierdzając jednoznacznie, iż pozostawia ona wiele do życzenia i w sposób znaczny odbiega od ogólnie przyjmowanych i akceptowanych standardów. Dlatego też władze Dystryktu Columbia mają obowiązek wydać panu Hellerowi stosowne pozwolenie[21].

Opinię sądu przedstawiła sędzia sprawozdawca Justice Scalia.

2.5. Zdania odrębne

Wśród sędziów Sądu Najwyższego nie panowała powszechna zgoda co do wyroku oraz jego uzasadnienia, dlatego zostały złożone zdania odrębne.

Pierwszym ze składu orzekającego, który złożył zdanie odrębne był sędzia John Paul Stevens. Wśród podnoszonych przezeń argumentów szczególną uwagę zwrócić można na brak zgody odnośnie do definicji terminu „milicja", pojawiającej się w treści Drugiej Poprawki do Konstytucji USA. Uważa on, iż ustawodawca miał na myśli uzbrojoną formację i tylko jej przyznał prawo do posiadania i noszenia broni. Pogląd ten stoi w ewidentnej sprzeczności z sentencją i uzasadnieniem wyroku. Stevens podnosi również, że nierealny wydaje się pomysł, iż dwieście lat przed wprowadzeniem w dystrykcie Columbia spornego prawa ustawodawca chciał zawęzić możliwość działania władz ukierunkowanych na ograniczenie i regulację kwestii posiadania broni palnej przez obywateli[22].

Sędzia Breyer z kolei w swoim zdaniu odrębnym bronił tezy, iż sporny akt prawny wydany przez dystrykt był jednak zgodny z konstytucją, podając przykłady regulacji reglamentujących dostęp do broni palnej oraz materiałów wybuchowych, które z powodzeniem przyjęły się i są stosowane w innych stanach, a które nie budziły aż tak dużych kontrowersji. Podniósł też argument, iż wspomniany rodzaj uzbrojenia jest bardzo często używany do popełnienia przestępstw i niesie ze sobą wiele ofiar śmiertelnych. Wedle sędziego działania zmierzające do ograniczeń na wzór tych opisywanych stanowią pożądany kierunek zmian prawnych[23].

3. Podsumowanie

Opisywany proces nie zakończył dyskusji nad powszechnym dostępem do broni palnej na terenie USA i jego podstawach prawnych. W dalszym ciągu rozwikłanie tej kwestii stanowi poważne wyzwanie zarówno dla społeczeństwa, jak i dla władz. Z wyroku cieszyły się środowiska proobronne, strzeleckie, związane z tradycyjnym ujęciem

[21] *Ibidem.*
[22] https://www.law.cornell.edu/supct/html/07-290.ZD1.html (dostęp 19.05.2015).
[23] *Ibidem.*

wolności, które Drugą Poprawkę traktują jako źródło swego prawa podmiotowego, a wszelkie ingerowanie w nią jako atak na swoje wolności i swobody. Przeciwnicy tej koncepcji nie dają za wygraną i w dalszym ciągu pozyskują szerokie rzesze zwolenników. Problem jest o tyle aktualny, o ile często odbija się na ludzkim cierpieniu, a wszelkie niewłaściwe użycie broni jest wykorzystywane do napiętnowania wszystkich jej posiadaczy. Stanowi to znaczne nadużycie, ponieważ mimo dużej liczby nagannych przypadków, w zestawieniu z rzeczywistą liczbą posiadaczy broni palnej, stanowią oni nieznaczny margines. Trudno jednak patrzeć na to zagadnienie w oderwaniu od kontekstu historyczno-kulturowego.

Orzeczenie *District of Columbia v. Heller* jest często podnoszone w opisywanych wyżej sporach i śmiało można stwierdzić, iż stanowi precedens, a co za tym idzie − punkt wyjścia dla podobnych zagadnień. Znaczna ilość publikacji i komentarzy poświęconych tematowi zdaje się tylko tę opinię potwierdzać. Sam Sąd Najwyższy USA w swoich dalszych orzeczeniach np. w sprawie *McDonald v. Chicago*[24] częstokroć sięgał do uzasadnień zaczerpniętych z opisywanego wyroku *District of Columbia v. Heller*.

Jak widać, mimo wyraźnie zasygnalizowanego stanowiska, w dalszym ciągu będziemy mieli do czynienia z różnicą zdań, a Sąd Najwyższy USA zapewne jeszcze nieraz będzie zmuszony zabrać głos. Tak długo jednak, jak będzie utrzymywała się dotychczasowa linia orzecznicza, nie dojdzie do rewolucyjnych zmian w zakresie dostępu do broni palnej wśród obywateli Stanów Zjednoczonych Ameryki, natomiast temperatura oraz natężenie dyskusji, jej niejednowymiarowy charakter i uniwersalność argumentów obu stron, czyni to zagadnienie bardzo ciekawym i pozwala z zainteresowaniem śledzić dalszy rozwój wypadków.

4. Regulacja prawna posiadania broni palnej w Rzeczypospolitej Polskiej

4.1. Tło dyskusji o prawie do posiadania broni w RP

Zarówno w Polsce, jak i całej Unii Europejskiej, podobnie jak w USA toczy się dyskusja, czy posiadanie broni palnej przez obywateli jest faktem aprobowanym powszechnie. W historii Polski istnieje wiele przypadków bohaterstwa, wspaniałych bitewnych zwycięstw oraz znaczna liczba klęsk spowodowanych nieprzyjacielskimi najazdami, z których najstraszniejsze doświadczenia pozostawiła po sobie druga wojna światowa. Przez wieki broń, zwłaszcza biała, zakorzeniła się w polskiej kulturze. Gwałtowne zmiany w tym zakresie pojawiły się dopiero po zajęciu Rzeczypospolitej oraz

[24] Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 28 czerwca 2009 r. w sprawie *McDonald v. Chicago*, No. 08-1521.

innych państw Europy Środkowo-Wschodniej przez ZSRR oraz po wprowadzeniu komunizmu. Było to wynikiem wspomnianego wyżej globalnego konfliktu. Przez ponad czterdzieści lat wychowywano nowe pokolenia Polaków w oderwaniu od tradycji posiadania broni. Z biegiem czasu zaszły daleko idące zmiany w społeczeństwie, a kultura używania tego typu uzbrojenia znacząco podupadła. Wynikiem tego było utrzymanie surowego prawodawstwa regulującego problem broni w Polsce, mimo zmiany ustroju państwa, który dokonał się na przełomie lat 80. i 90. XX w. W wyniku przeobrażeń systemu politycznego na nowo odżyły, dławione dotychczas, dawne tradycje oraz zwyczaje nawiązujące do chlubnej historii, a łączące się również z tematyką broni. Prawodawca jednak ostrożnie przyglądał się wspomnianemu wzrostowi zainteresowania tym tematem. Sytuacja ulega zmianie w kierunku większej liberalizacji dopiero od 2011 r., kiedy to doszło do znaczącej nowelizacji ustawy o broni i amunicji[25].

Przy tak skomplikowanym tle rozważań temat broni palnej, a także dostęp do niej dla obywateli jest niezwykle nacechowany politycznie i często spogląda się na niego przez pryzmat wzajemnych animozji. Wychodząc temu naprzeciw, warto w ślad za M. Filarem wysnuć tezę, iż istota problemu posiadania broni palnej sprowadza się do odpowiedzi na pytanie: „czy we współczesnym, demokratycznym, pluralistycznym, traktującym swych obywateli podmiotowo państwie prawa legalny dostęp do broni palnej powinni mieć jedynie funkcjonariusze lub pracownicy organów państwa, zajmujący się zapewnieniem porządku i bezpieczeństwa, oraz pozapaństwowych podmiotów spełniających takie funkcje, zaś inni obywatele tylko w wyjątkowych sytuacjach na mocy opartej w istocie na swobodnym uznaniu administracyjnym decyzji określonego organu administracyjnego, czy też każdy obywatel, po spełnieniu określonych kryteriów formalnych, powinien mieć prawo do posiadania takiej broni”[26]? Podobnie jak w Stanach Zjednoczonych Ameryki możemy wyróżnić dwa odmienne poglądy na tę kwestię. Zwolennicy pierwszego z nich, reprezentowani między innymi przez Ruch Obywatelski Miłośników Broni (dalej ROMB)[27], uważają, iż w Polsce dostęp do broni palnej powinien być łatwiejszy, a przepisy bardziej liberalne. Adwersarze, wywodzący się między innymi ze środowisk pacyfistycznych, twierdzą, iż posiadanie tak śmiercionośnego uzbrojenia musi być ściśle reglamentowane, a kontrolę nad nim powinny sprawować odpowiednie służby państwowe.

[25] Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 38, poz. 195).

[26] M. Filar, *Prawo posiadania broni palnej jako obywatelskie prawo podmiotowe*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 5, s. 41-53.

[27] http://www.romb.org.pl/?id=70 (dostęp 10.07.2015).

4.2. Podstawowe akty prawne

Rzeczpospolita Polska jest państwem unitarnym z systemem prawa stanowionego, zatem większość regulacji prawnej związanej z prawami politycznymi oraz obywatelskimi jest ustanawiana na szczeblu ogólnokrajowym. Jednym z obszarów zainteresowania władzy centralnej jest kwestia posiadania, przechowywania oraz przenoszenia broni palnej[28]. Odmienne od amerykańskich uwarunkowania kulturalne oraz wydarzenia historyczne w dobitny sposób odcisnęły swoje piętno na polskim prawie. Zaowocowało to zupełnie innym podejściem prawodawcy do omawianej kwestii.

W przeciwieństwie do USA, w Polsce na gruncie Konstytucji RP[29] próżno szukać bezpośrednich norm czy nawiązań do tematu broni oraz dostępu obywateli do niej. Możemy jedynie podjąć starania zmierzające do wyinterpretowania prawa podmiotowego do posiadania broni przez obywateli z innych norm konstytucyjnych. Konstytucja RP w art. 31 ust. 1 zapewnia obywatelom prawo do życia, bezpieczeństwa, a także wolności. Dalej, w art. 38 ustrojodawca stanowi, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia prawną ochronę życia. Z art. 42 ust. 1 dekodować możemy ochronę nietykalności osobistej i wolności osobistej człowieka. Idąc tym tropem, można zaryzykować twierdzenie, iż jeśli obywatel ma niezbywalne prawo do obrony swojego życia i bezpieczeństwa, to w konsekwencji dysponuje on uprawnieniem do posiadania broni palnej[30]. Nie jest to jednak powszechnie przyjęte stanowisko i posiada ono duże grono przeciwników. Sam ustawodawca prezentuje pogląd, iż prawo posiadania broni nie stanowi prawa podmiotowego, a co więcej musi podlegać ograniczeniom i reglamentacji administracyjnoprawnej[31]. Najważniejszym[32] podkonstytucyjnym aktem prawnym, który reguluje podstawowe aspekty związane z bronią palną oraz dostępem do niej, jest wielokrotnie zmieniana ustawa o broni i amunicji[33]. Została ona uchwalona w 1999 r. i na tle prawodawstwa europejskiego uznać ją było można wówczas za bardzo restrykcyjną, gdyż w znacznym stopniu uzależniała decyzję o udzieleniu pozwolenia na broń od uznania właściwego komendanta wojewódzkiego policji. Od tego czasu nastąpił szereg nowelizacji, a w wyniku przeprowadzenia największej z dotychczasowych, w 2011 r., dostęp obywateli do broni palnej został ułatwiony między innymi dzięki ograniczeniu swobody w uznaniu organów policji. Polska regulacja znacznie zbliżyła się tym samym do europejskich standardów.

[28] P. Podsiedlik, *Zagadnienia administracyjno-prawne posiadania broni palnej w Polsce. Charakterystyka prawa posiadania broni palnej,* Katowice 2010, s. 7-9.

[29] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. Nr 78 poz. 483 ze zm.).

[30] P. Podsiedlik, *Zagadnienia administracyjno-prawne posiadania* …, s. 9-10.

[31] *Ibidem*, s. 12.

[32] Zob. K. Chałupka, *Pozwolenie na posiadanie broni palnej – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Wrocław 2014, s. 1.

[33] Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r. poz. 576 ze zm.).

Drugim niezmiernie ważnym w omawianej materii aktem prawnym jest rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 26 sierpnia 2014 r. w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji[34], które w szczegółowy sposób reguluje ten temat. Wspomniany akt normatywny spotkał się jednak z negatywnym odbiorem ze strony części posiadaczy broni palnej oraz osób zainteresowanych uzyskaniem pozwolenia z powodu obciążenia ich dodatkowymi wymaganiami, które generują, w ich rozumieniu zbędne i niepotrzebne, koszty, a także prowadzą do utrudnienia i wydłużenia postępowania[35]. Uważają, iż obecny stan rzeczy prowadzi do znacznego ograniczenia ilości tego rodzaju uzbrojenia znajdującego się w dyspozycji obywateli. Na potwierdzenie swoich racji przytaczają oni statystyki[36], z których wynika, że w Rzeczypospolitej Polskiej na 100 mieszkańców przypada zaledwie 1,3 jednostki broni, podczas gdy w innych państwach europejskich, jak np. Szwajcaria jest to aż 45,7. W Finlandii wskaźnik ten wynosi 45,3, we Francji 31,2; a w Niemczech – 30,3. Mniej broni niż w Polsce przypada w Europie jedynie w Rumunii i na Litwie, gdzie znajduje się jej zaledwie 0,7 jednostki na 100 mieszkańców. Według ROMB sytuacja ta jest wynikiem restrykcyjnej regulacji prawnej obowiązującej we wcześniejszych latach na terenie RP. Nie bez znaczenia są według nich wysokie koszty uzyskania uprawnienia i wiele wymogów, które trzeba w tym celu spełnić. Niejednokrotnie przytaczają oni złą wolę niektórych komendantów wojewódzkich policji mających uprawnienia do wydawania pozwoleń[37].

Dwa wymienione wyżej akty prawne nie wyczerpują w całości tematu posiadania, noszenia oraz przechowywania broni palnej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast stanowią fundament wystarczający do dalszych rozważań tematu. Warto jednak wspomnieć w tym miejscu również np. o ustawie z 6 kwietnia 1990 r. o policji[38], rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 3 kwietnia 2000 r. w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji[39] czy też rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 20 marca 2000 r. w sprawie egzaminu ze znajomości przepisów dotyczących posiadania broni oraz umiejętności posługiwania się bronią[40], w których znajdują się dalsze, szczegółowe regulacje.

[34] Dz. U. z 2014 r., poz. 1224.

[35] Zob. http://www.shootingforfun.pl/bron-palna/zmiany-zasad-przechowywania-i-noszenia-broni/ (dostęp 15.07.2015), a także http://gunblog.eu/2014/09/nowe-rozporzadzenie-dot-broni-i-amunicji/ (dostęp 16.07.2015).

[36] Zob. http://www.theguardian.com/news/datablog/2012/jul/22/gun-homicides-ownership-world-list (dostęp 10.07.2015).

[37] http://trybun.org.pl/2015/07/03/bron-do-ochrony-osobistej-ideologiczna-deklaracja/ (dostęp 9.07.2015).

[38] Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.

[39] Dz. U. Nr 27, poz. 343.

[40] Dz. U. Nr 19, poz. 241 ze zm.

4.3. Udzielenie pozwolenia na broń palną w RP

Jak zostało wskazane powyżej, podstawowym aktem prawnym szeroko regulującym kwestię broni palnej oraz jej posiadania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej jest ustawa o broni i amunicji (zwana dalej: ustawą). Zawiera ona pięćdziesiąt sześć artykułów, ujętych w sześć rozdziałów, z których najistotniejsze, w zakresie dalszych rozważań, będą pierwsze dwa.

W pierwszym rozdziale podano definicję broni palnej[41] oraz wskazano na jej ustawowy podział na poszczególne rodzaje, wyróżniane ze względu na jej przeznaczenie. Według polskiej regulacji możemy ją zakwalifikować jako broń bojową, myśliwską, sportową, gazową, alarmową i sygnałową. Podział ten ma istotne znaczenie, ponieważ na każdy ze wspomnianych rodzajów omawianego oręża trzeba uzyskać odmienne od innych pozwolenie. Regulacji poddano również wszelkie kwestie związane z amunicją. Podano jej definicję[42], legalną formę i dopuszczalny zakres posiadania. Zezwolono na możliwość dokonywania przez posiadaczy stosownego uzbrojenia elaboracji[43] oraz jasno scharakteryzowano jej istotne elementy. Określono również warunki przechowywania broni palnej wraz z amunicją potrzebną do jej użycia. Ścisłe ich doprecyzowanie powierzono wspomnianemu wcześniej rozporządzeniu ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Zwłaszcza ten akt wykonawczy spotkał się ze znaczną krytyką części posiadaczy broni, ponieważ dostosowanie się do nowych obowiązków ponieść musi za sobą znaczne koszty, ograniczając możliwość uzyskania pozwolenia przez osoby mniej zamożne. Z drugiej strony omawiane normy narzucają obowiązek lepszej ochrony przechowywanej broni, co znacząco utrudnia dostęp do uzbrojenia dla osób niepożądanych[44]. Ten wątek zostanie przybliżony w dalszej części opracowania.

W drugim rozdziale uregulowano zasady i warunki wydawania, cofania pozwoleń na broń, jej rejestracji oraz dysponowania bronią i amunicją. Pozwolenie na broń wydawane jest w drodze decyzji administracyjnej[45] wojewódzkiego komendanta policji (zwanego dalej: KWP) właściwego ze względu na miejsce stałego pobytu osoby chcącej je uzyskać. Podmiot zainteresowany zdobyciem stosownego uprawnienia musi spełnić wymagania określone w art. 10 ust. 1 ustawy, czyli w szczególności: mieć ukończone 21 lat[46], być

[41] Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy bronią palną jest „każda przenośna broń lufowa, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być miotana, jest przeznaczona do miotania większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego".

[42] Zgodnie z art. 4 ust. 3 ustawy „amunicją są naboje przeznaczone do strzelania z broni palnej".

[43] Tj. samodzielnej produkcji.

[44] http://gunblog.eu/2014/10/szafa-s1-atakuje-co-mowia-normy/ (dostęp 19.07.2015).

[45] Art. 12 ust.1 ustawy.

[46] Jednakże na wniosek szkoły, organizacji sportowej, Polskiego Związku Łowieckiego oraz stowarzyszenia obronnego pozwolenie może być wydane osobie mającej ukończone 18 lat.

zdrowy psychicznie[47], potrafić umiejętnie posłużyć się bronią[48] oraz wskazać ważną przyczynę uzasadniającą konieczność jej posiadania. Zwłaszcza ta ostatnia przesłanka jest istotna, gdyż na jej podstawie KWP, wydając pozwolenie, określa cel posiadania broni, co przekłada się na rodzaj wydawanego zezwolenia. Możemy wskazać aż siedem rodzajów pozwoleń[49]. W ich skład wchodzą następujące kategorie uzbrojenia: do ochrony osobistej, ochrony osób i mienia, do celów łowieckich, szkoleniowych, kolekcjonerskich lub pamiątkowych, sportowych, a także do rekonstrukcji historycznych. Ustawa posługuje się również terminem tzw. broni szczególnie niebezpiecznej, za którą uznaje m.in. broń automatyczną wyposażoną np. w tłumik hałasu czy laserowe przyrządy celownicze. Tak zakwalifikowanej broni obywatele nie mogą posiadać[50]. Podnosi się przy tym ograniczeniu przede wszystkim względy bezpieczeństwa nieuzbrojonych obywateli, a także samych posiadaczy tego typu uzbrojenia. Co więcej, ułatwiony dostęp do dodatkowego wyposażenia broni palnej pozwoliłby grupom przestępczym na łatwiejsze, szybsze, a także tańsze jego pozyskanie. Scharakteryzowano również termin „noszenie broni", w myśl którego oznacza ono każdy sposób przemieszczania załadowanej broni przez osobę ją posiadającą.

W sposób wyczerpujący określono katalog osób, które nie mogą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej posiadać broni palnej w sposób legalny. W skład wspomnianego kręgu wchodzą m.in. osoby chore psychicznie, uzależnione od alkoholu, nieposiadające stałego miejsca zamieszkania na terenie RP, a także ludzie stanowiący zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego.

Samo pozwolenie, zgodnie z art. 12 ustawy, jest wydawane na podstawie wniosku skierowanego do właściwego KWP, który wszczyna postępowanie administracyjne[51]. W jego toku osoba chcąca uzyskać uprawnienie do posiadania broni powinna stosować się do poleceń policji oraz na czas uzupełniać wszelkie braki, gdyż w sytuacji zaniedbań po stronie zainteresowanego, KWP może odmówić wydania pozwolenia. Należy więc raz jeszcze podkreślić, iż omawiane uprawnienie przyjmuje formę decyzji administracyjnej[52], zatem, by odnieść prawny skutek, musi spełniać wszelkie warunki narzucone przez ustawodawcę w art. 107 Kodeksu postępowania administracyjnego[53]. Jest to między innymi oznaczenie organu administracji publicznej, data wydania, oznaczenie stro-

[47] Fakt braku zaburzeń oraz chorób psychicznych musi być stwierdzony przez wykwalifikowanego lekarza, który musi wydać stosowne zaświadczenie − art. 15 ust. 3−4 ustawy.

[48] Fakt ten stwierdza komisja powołana przez właściwy organ policji, przed którą osoba zainteresowana pozwoleniem musi zdać egzamin z praktycznej umiejętności posługiwania się bronią.

[49] Zob. więcej – W. Nienałtowski, R. Nienałtowski, *Administracyjnoprawne aspekty wydawania pozwoleń na broń palną,* Legionowo 2013, s. 8-10.

[50] P. Podsiedlik, *Zagadnienia administracyjno-prawne posiadania.…*, s. 23-25.

[51] *Ibidem*, s. 33.

[52] Zob. D. Kijowski, *Pozwolenie w administracji publicznej*, Białystok 2000.

[53] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.).

ny lub stron, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygniecie, uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie, a także podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji.

W myśl normy opisanej w art. 18 ustawy KWP cofa pozwolenie na broń. Może to nastąpić w przypadku osoby, która wykazuje zaburzenia psychiczne lub psychologiczne, nie dopełniła obowiązku powiadomienia policji o fakcie utraty broni oraz gdy nosi broń, znajdując się w stanie po spożyciu alkoholu lub innych substancji psychotropowych albo środków podobnie działających. Właściwy organ policji może cofnąć pozwolenie na broń, jeżeli osoba nie dopełni obowiązku rejestracji broni oraz poddania się badaniom lekarskim i psychologicznym oraz przedstawienia odpowiedniego orzeczenia lekarskiego i psychologicznego.

Kolejną kwestią różniącą przepisy występujące w Polsce od ich odpowiedników z niektórych stanów USA jest wymóg rejestracji w wojewódzkiej komendzie policji każdej jednostki broni w ciągu pięciu dni od chwili wejścia w jej posiadanie. Jest to konieczne, ponieważ niedochowanie tego obowiązku może skutkować cofnięciem pozwolenia, a także karą grzywny lub aresztu.

4.4. Przechowywanie broni

Kwestię przechowywania broni w Polsce reguluje rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 26 sierpnia 2014 r. w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji (zwane dalej: rozporządzeniem). Broń na czas przechowywania powinna być rozładowana oraz mieć odłączony magazynek. Szczegółowo zostało określone, w jakich warunkach broń oraz amunicja może być zdeponowana w domu. Zgodnie z § 2 rozporządzenia broń i amunicję przechowuje się w odpowiednio przystosowanym do tego celu pomieszczeniu lub w urządzeniach spełniających wymagania co najmniej klasy S1 według normy PN-EN 14450. Podobnie jak w skarżonej przez Hellera normie Dystryktu Columbia, władze w daleko idący sposób, nie pozostawiając dowolności, określiły wymogi, które musi spełniać każdy z posiadaczy broni, by móc ją legalnie posiadać, nie narażając się na przykre konsekwencje prawne. Mamy tutaj daleko idące podobieństwo regulacji występującej w Polsce oraz omawianego wcześniej aktu Dystryktu Columbia, którego konstytucyjność podważał Heller. Oba akty nakładają daleko idące ograniczenia na obywateli. Co więcej, polskie regulacje wyczerpująco opisują sposób przenoszenia broni służącej do celów ochrony osobistej. Uzbrojenie takie nosi się w sposób jak najmniej widoczny, w kaburze przylegającej do ciała. Ma to uniemożliwić osobom postronnym możliwość zauważenia np. pistoletu noszonego przez uprawnioną osobę, a tym samym ograniczyć przypadki utraty takiej jednostki. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, iż w świetle omawianych

regulacji występujących w Rzeczypospolitej Polskiej nie każdy posiadacz ma prawo nosić broń. Norma ta została ustanowiona, by ograniczyć przypadki jej utraty bądź zgubienia, a także nieprawidłowego użycia. Takie ograniczenia spotykają między innymi posiadaczy broni do celów kolekcjonerskich lub pamiątkowych.

5. Sprawa Hellera w polskich realiach prawnych

Ustawa o broni i amunicji nigdy nie została w całości uznana za akt niezgodny z Konstytucją RP. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny stwierdził zgodność z ustawą zasadniczą niektórych artykułów ustawy, jak choćby art. 19 ust. 1a, w wyroku z 18 grudnia 2013 r.[54], a doktryna stoi na stanowisku, iż cała ustawa nie stoi w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym. Dlatego w realiach polskich, Heller, którego przypadek opisywany był we wcześniejszej części opracowania, niewiele zyskałby, starając się zakwestionować konstytucyjność całego aktu. Wynika to, jak już zostało to wyżej wspomniane, z odmienności systemu prawnego występującego w Polsce, będącego wynikiem innej kultury prawnej oraz związane jest z wydarzeniami historycznymi. Z charakteru prawa stanowionego wynika wymóg szczegółowego regulowania tematu posiadania broni palnej w akcie powszechnie obowiązującym rangi ustawowej. Z uwagi na fakt, że w Konstytucji nie przewidziano wprost prawa podmiotowego do posiadania broni palnej, to władza centralna może pozwolić sobie na istotne ograniczenia w tym zakresie. Nie jest to dopuszczalne na tak dużą skalę w USA z uwagi na konstytucyjną ochronę prawa do posiadania broni, która została ugruntowana poprzez orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Heller na gruncie prawodawstwa polskiego mógłby z pomocą adwokata bądź radcy prawnego wystosować skargę konstytucyjną zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji RP, w której domagałby się należytej realizacji swoich praw. Z uwagi jednak na wspomnianą charakterystykę zarówno systemu, jak i omawianej regulacji droga ta mogłaby nie zaowocować pożądanymi przez niego efektami.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę na drugą ważną kwestię, którą podniósł Heller, a którą była zbyt duża uznaniowość przy wydawaniu stosownych uprawnień leżąca po stronie miejscowego szefa policji. Jest to problem stosowania prawa. O ile w omawianym przypadku w USA wszyscy obywatele w tym zakresie traktowani byli równo, o tyle na gruncie polskich norm mamy do czynienia ze zróżnicowaniem wynikającym z przysługującego organom policji swobodnego uznania w wydawaniu pozwolenia na broń. W większości rodzajów pozwoleń decyzja KWP może być uznawana za akt związany, tzn., że jeśli obywatel spełnia wszystkie omawiane wyżej kryteria

[54] Wyrok TK z 18 grudnia 2013 r., P 43/12, OTK ZU z 2013 r., seria A, nr 9, poz. 139.

określone w ustawie, powinien otrzymać uprawnienie zezwalające mu na posiadanie broni palnej. Tak dzieje się np. w sytuacji udzielania pozwoleń na broń palną wykorzystywaną w celach łowieckich czy kolekcjonerskich, gdzie polska regulacja uznana być może za całkowicie prawidłową. Odmiennie sprawa kształtuje się w przypadku pozwolenia wydawanego w celu obrony osobistej, które jest szczególnie istotne w omawianej przez nas sytuacji, gdyż Heller chciał posiadać pistolet z uwagi na chęć ochrony swojego życia oraz zdrowia. Warunkiem koniecznym jest tutaj wykazanie ważnej przyczyny posiadania broni, za którą policja uznaje stałe, realne i ponadprzeciętne zagrożenie życia, zdrowia lub mienia[55]. Tak nieostro określone kryteria pozwalają KWP na stosowanie szerokiego uznania przy wydawaniu pozwoleń na broń w celu ochrony osobistej, gdyż to oni definiują wskazane wyżej zwroty[56]. Może zaowocować to sytuacją, w której osoby rozpoznawalne powszechnie, jak chociażby aktorzy, celebryci czy politycy mieliby łatwiejszy dostęp do uzyskania stosownego uprawnienia z uwagi na swoją popularność. Z badań przeprowadzonych przez organy policji wynika, iż te osoby najczęściej zwracają się z wnioskiem o udzielenie pozwolenia na broń[57]. Z drugiej strony osoby, których życie i zdrowie znajduje się w faktycznym stanie zagrożenia, mogą mieć utrudniony dostęp do legalnej broni z uwagi na fakt, iż określone indywidualne okoliczności mogą spotkać się z niezrozumieniem ze strony właściwych organów policji[58]. Z podobną sytuacją spotkał się Heller. Wykazał stan realnego zagrożenia, natomiast między innymi z powodu istnienia po stronie organu policji szerokiego uznania administracyjnego, nie uzyskał stosownego pozwolenia. W polskich realiach od odmownej decyzji KWP przysługuje odwołanie do Komendanta Głównego Policji, a jeśli to nie odniesie pozytywnego skutku, zainteresowany ma prawo do złożenia skargi do sądu administracyjnego. Obywatel ma więc prawo do ponownego rozpoznania jego sprawy przez organ wyższego rzędu. Nie minimalizuje to jednak uznaniowości występującej po stronie organów policji występującej w omawianym zakresie. Sytuacja ta otwiera przed osobą zainteresowaną uzyskaniem pozwolenia na broń skomplikowaną drogę prawną, która niekoniecznie musi zakończyć się sukcesem. Dzięki tak sformułowanym wymogom organy policji mają znaczący wpływ na ilość oraz strukturę wydawanych pozwoleń. Z jednej strony jest to sytuacja pożądana, ponieważ broń do celów ochrony osobistej wydawana jest jedynie z ważnych przyczyn, przez co zmniejsza się prawdopodobieństwo jej bezprawnego użycia. Taki stan

[55] Zob. http://warminsko-mazurska.policja.gov.pl/ol/o-nas/struktura/wydzial-postepowan-adm/pozwolenia-na-bron-1/zasady-wydawania-pozwol/119,Zasady-wydawania-pozwolen-na-bron.pdf (dostęp 11.07.2015).

[56] P. Podsiedlik, *Zagadnienia administracyjno-prawne posiadania…*, s. 34.

[57] *Ibidem*, s. 11.

[58] Zob. http://www.polska-zbrojna.pl/home/articleshow/15700?t=Prawo-do-obrony-na-misjach (dostęp 12.07.2015).

rzeczy cieszy zwolenników poglądu, iż racją interesu społecznego jest, by w rękach osób prywatnych nie było więcej broni, niż to wynika z ich faktycznych potrzeb[59]. Z drugiej strony jednak regulacja ta otwiera szerokie pole do nadużyć.

W polskich realiach Heller przy spełnieniu wymaganych warunków, jednak bez akceptacji ze strony KWP argumentów przemawiających za ważną przyczyną posiadania broni, za którą policja uznaje stałe, realne i ponadprzeciętne zagrożenie życia, zdrowia lub mienia, nie otrzymałby pozwolenia na broń. Ewentualne próby stwierdzenia niekonstytucyjności ustawy musiałyby odbywać się nie przed Sądem Najwyższym, a przed TK, gdyż to w jego kompetencji leży orzekanie w tego typu sprawach. Wątpliwe jest, by wspomniana regulacja została uznana za sprzeczną z ustawą zasadniczą. Na drodze administracyjnej pozostawałoby Hellerowi odwołanie do KGP. Działanie to mogłoby przynieść pozytywny skutek, jednak nie ograniczałoby w żaden sposób zakresu uznawalności decyzji o przyznaniu prawa do posiadania broni palnej. Instancyjność jest tutaj jednak ważnym aspektem stabilizującym fundament państwa prawa.

Gdyby wspomniana droga zaskarżenia okazała się niewystarczająca, zainteresowanemu pozostawałaby skomplikowana droga sądowa, w której bardzo trudny do udowodnienia byłby fakt spełnienia kryteriów, zważywszy na specyfikę kompetencji sądów administracyjnych[60]. Mogłoby się więc okazać, iż mimo zagrożenia życia i braku przeciwwskazań natury psychofizycznej oraz prawnej, osoba zainteresowana nie mogłaby skorzystać z prawa do ochrony siebie przed zamachem ze strony osób trzecich. W naturalny sposób kłóci się to z powszechnie przyjmowaną definicją sprawiedliwości oraz może rodzić poczucie krzywdy i nieść zgubne skutki. W tym zakresie regulacja występująca w Polsce niedostatecznie chroni prawa obywateli, w tym prawo do skutecznej samoobrony.

6. Podsumowanie

Porównywanie systemów prawnych USA i Polski jest bardzo przydatną i rozwijającą pracą, ponieważ pozwala na skonfrontowanie częstokroć różnych opinii na temat funkcjonowania społeczeństwa, zwłaszcza w zakresie praw oraz obowiązków. Na przykładzie regulacji dotyczącej kwestii posiadania oraz noszenia broni wyraźnie widoczne są różnice w podejściu do tego tematu. Mimo podobnego zakresu uprawnień w obu krajach, ich rozumowanie potrafi się znacząco różnić. W Polsce mamy do czynienia z prawem stanowionym, w USA występuje system *common law*. Rzeczpospolita Polska jest

[59] http://trybun.org.pl/2015/07/03/bron-do-ochrony-osobistej-ideologiczna-deklaracja/ (dostęp 13.07.2015).

[60] Sądy administracyjne w Rzeczypospolitej Polskiej mają za zadanie stwierdzić legalność danego aktu bądź zachowania organu. Same jednak wadliwego aktu zmienić nie mogą.

państwem unitarnym, gdzie tematyka dostępu do broni palnej rozwiązywana jest na szczeblu wyłącznie centralnym, w Stanach Zjednoczonych, będących federacją, znacząca część norm stanowiona jest przez prawodawstwo lokalne. Nie bez znaczenia pozostaje też konstytucyjne umocowanie prawa do posiadania broni, które wyraża się w Drugiej Poprawce do Konstytucji USA, a nie przejawia się *explicite* w polskiej ustawie zasadniczej. Do tego nie sposób przecenić tradycji państwowej oraz historii i związanych z tym ludzkich wyobrażeń na dany temat. Wszystko to prowadzi do powstania wielu różnic w akceptacji społecznej omawianego tematu. W Stanach Zjednoczonych mamy do czynienia z wolnościowym ujęciem problemu dostępu do broni palnej dla obywateli, zapewnianym ponadto przez ustawę zasadniczą. Fakt ten został potwierdzony między innymi omówionym wyżej wyrokiem w sprawie *Columbia v. Heller*. Obywatel ma prawo, opierając się na Konstytucji, domagać się wydania mu stosownego zezwolenia. Jest to definicja prawa podmiotowego, które kreowane przez prawodawcę konstytucyjnego przyczynia się do dobra każdego z obywateli. Jedynym istniejącym kryterium jest spełnienie warunków, które często regulowane są na szczeblu lokalnym. Właśnie dlatego spotykamy się w USA z odmiennymi wymaganiami stawianymi osobom zainteresowanym posiadaniem broni. Możemy wymienić w tym zakresie stany, takie jak Teksas czy Alabama, w których dostęp do broni jest bardzo ułatwiony, oraz takie jak Michigan i Nowy Jork, gdzie uzyskanie pozwolenia bywa skomplikowane i dalece utrudnione. W Rzeczypospolitej Polskiej, jak już zostało wspomniane, brak bezpośredniego konstytucyjnego uprawnienia do posiadania broni palnej rodzi potrzebę wyprowadzenia go z innych uprawnień w niej zawartych. Regulacja odnosząca się do tego prawa znajduje się na szczeblu ustawowym i w sposób bardzo szczegółowy normuje tę kwestię, stawiając wiele wymogów osobom zainteresowanym.

Trzeba odnotować i jasno podkreślić pewną zmianę, która przybliża polskie regulacje do standardów powszechnie przyjmowanych w Europie. Wypada też pochwalić działania polskiej policji, w której praktyce na przestrzeni lat zachodzą bardzo pozytywne zmiany, a która z roku na rok coraz bardziej przychylnym wzrokiem patrzy zarówno na posiadaczy broni, jak i na jej pasjonatów. Wciąż wytknąć można jednak pewne błędy skutkujące luzem decyzyjnym występującym po stronie organów policji.

Jestem daleki od całkowitego uwolnienia od reglamentacji broni oraz ustanowienia powszechnego dostępu do niej. Rozwiązanie takie niosłoby ze sobą problemy, które mogłyby przerosnąć nie tylko wymiar sprawiedliwości, ale i społeczeństwo jako całość. Warto natomiast wyciągnąć wniosek z globalnych doświadczeń i opierając się na zaletach prawa stanowionego oraz wynikającej stąd możliwości określenia precyzyjnych kryteriów uzyskania pozwolenia, umożliwić dostęp do broni osobom spełniającym niezbędne warunki. Powinny być one równe dla wszyst-

kich, a zatem pozbawione elementu szerokiej uznaniowości preferującej np. osoby powszechnie rozpoznawalne, a częstokroć ograniczającej dostęp do niej ludziom znajdującym się w faktycznym stanie zagrożenia życia. Rozwiązanie takie przyniosłoby wiele zalet. Obywatele czuliby się odpowiedzialni za swoje bezpieczeństwo poprzez zapewnienie wystarczającego dostępu do możliwości korzystania z szerszej gamy środków ochrony. Policja natomiast nadal sprawowałaby pieczę nad posiadaczami broni oraz pilnowałaby, by każdy z nich spełniał jasno określone wymagania, co poprawiłoby poczucie bezpieczeństwa oraz podniosło jakość obchodzenia się z bronią. Co więcej, pozwoliłoby to na zmniejszenie do minimum przypadków utraty broni oraz jej niewłaściwego wykorzystania.

Trudno wskazać, które z prawodawstw, polskie czy amerykańskie, w tej dziedzinie jest lepsze, ponieważ oba posiadają wady i zalety. O ile panuje powszechna zgoda, iż katalog praw obywatelskich powinien być szeroki i należycie zabezpieczony, o tyle obawa o własne bezpieczeństwo, które może być zagrożone zbyt dużą ilością broni w powszechnym użyciu, jest całkowicie uzasadniona. Każde skrajne rozwiązanie, czy to całkowicie powszechny dostęp społeczeństwa do broni, czy daleko idące ograniczenie jej liczby, skutkujące rozbrojeniem obywateli, jest złe i nie ma racji bytu. Warto tu odnieść się do arystotelesowskiej zasady złotego środka. Rodzi się tu jednak pytanie, gdzie ów punkt dokładnie się znajduje. Najprawdopodobniej nigdy nie uzyskamy jasnej odpowiedzi, ponieważ spór toczący się w społeczeństwach dzisiejszego świata wydaje się nieść coraz więcej pytań, a coraz mniej odpowiedzi.

Access to the arms – a right or a privilege?

Abstract: The elaboration talks about the differences between regulation of firearms in Poland and in the USA. The first part of the essay is leant on the US Supreme Court verdict regarding District of Columbia v. Heller. The verdict is a fundamental sentence in the US law system which regulates access to firearms for Americans. It is set on the „second amendment" and confirms the fact that every citizen of the USA has the right to keep and wear firearms when he or she meets a few conditions like sanity maturity and has not firearms ban. The authority has to be tolerant when their people can keep and wear arms. Some restrictions are possible but not every kind of them and they always have to be reasonable and appropriate. That is the reason why in the USA there are more than 80 firearms for 100 people.

The second part of the elaboration talks about firearms regulations in Poland. Poland is a state law country so in Polish regulations we can find a lot of acts which are connected with firearms possession and wearing. The most important statute is "ustawa o borni i amunicji" - the firearms and ammunition statute. There are also a few ordinances which talk for example about firearms storage or wearing. There are seven kinds of firearms permissions in Poland which are different from each other, and require separate procedures. It means that if you are a hunter and you want to have a gun for self-defence, you have to apply for another permission. A person who wants to be a legal arms owner has to take part in a long complicated and expensive process to get the permission. These are

other dichotomies between firearms permissions. If you want to have a firearms for hunting, historical re-enactment, for sport's shooting or if you are a firearms collector and you meet a big number of conditions, the Police has to give you a permission. But if you want to have a gun for self-defence the police has a flexibility in getting a permission because you have to prove that you are really in danger and the Police decides whether it is sufficient. That is the reason why there are only 1,3 firearms for 100 people in Poland and this flexibility is harmful and has to be changed. On the other hand, restricted conditions could be appropriate, especially when irresponsible or immature person wants to use the firearm in the wrong way so that hurt another human being.

Keywords: acces, arms, right, Heller, Columbia, second amendment, bear arms, keep arms

Daniel Dyjak
Katedra Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Uprowadzenie jako forma realizacji polityki ekstradycyjnej na przykładzie sprawy *United States v. Alvarez-Machain*

Ekstradycja (łac. *ex* – z, poza, *traditio* – wręczenie, wydanie) jest najstarszą, a zarazem najważniejszą formą współpracy międzynarodowej w sprawach karnych. Mimo wielości definicji tego pojęcia, ich zasadniczy trzon koncentruje się wokół porozumienia państw co do wydania osoby znajdującej się na terytorium jednego z nich i przekazania jej władzom państwa wzywającego, uprawnionego do ścigania lub ukarania tej osoby w związku z popełnieniem przez nią określonego przestępstwa[1]. Z definicji tej wynika, iż rola osoby ekstradowanej jest w całym procesie bierna, natomiast podmiotami aktywnymi są państwo wzywające oraz państwo wezwane do wydania osoby. Co się zaś tyczy celu ekstradycji, to procedura ta ma za zadanie rozstrzygnąć tzw. zbieg jurysdykcji, czyli rozwiązać problem powstający, gdy ścigany znajduje się w granicach zwierzchnictwa terytorialnego państwa wzywającego, a jest poszukiwany przez państwo wzywające, nie mające w danym momencie nad nim władztwa terytorialnego[2].

Mechanizmy ekstradycyjne, mające ułatwiać ściganie osób, w rzeczywistości są procesem skomplikowanym, czasochłonnym i wymagającym zgodnego współdziałania wielu jednostek i organów. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym procedurę jest szereg zasad wykluczających dopuszczalność ekstradycji, zwanych przeszkodami ekstradycyjnymi. Należą do nich m.in. zasada podwójnej karalności czynu, zakaz wydawania własnych obywateli, zasada *ne bis idem*, przeszkoda przestępstwa politycznego, zasada specjalności czy zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania. Dokładny katalog przeszkód

[1] K. Malinowska-Krutul, *Ekstradycja a przekazanie w ramach europejskiego nakazu aresztowania*, „Prokuratura i Prawo" 2007, nr 6, s. 101, [za:] B. Wierzbicki, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Białystok 2000, s. 100.

[2] B. Ziembicki, *Wprowadzenie do problematyki ekstradycji*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie", 2010, cz. 2, s. 135.

uzależniony jest od regulacji karno-prawnych poszczególnych państw, jak i ratyfikowanych przez nie umów bilateralnych i multilateralnych. W przypadku istnienia traktatu ekstradycyjnego między państwem wzywającym, a wezwanym, postanowienia tego traktatu mają pierwszeństwo przed regulacjami ratyfikowanych przez nie umów wielostronnych. W przypadku braku traktatu dwustronnego, procedura ekstradycyjna może zostać przeprowadzona na podstawie umowy wielostronnej bądź też na zasadzie wzajemności. Oznacza ona sytuację, w której żądane osoby są wydawane władzom tych państw wzywających, które w zamian same praktykują wydawanie osób danemu państwu.

Utrudnienia w przeprowadzeniu ekstradycji, chłodne stosunki między krajami czy konieczność szybkiego i zdecydowanego reagowania w celu ujęcia osoby ściganej, są czynnikami, przez które państwa skłaniają się czasem ku nieoficjalnym formom zastępującym ekstradycję. W literaturze nazywa się je substytutami ekstradycji. Ich zgodność z prawem także zależy zarówno od prawodawstw krajowych, jak i umów międzynarodowych. Pewne pole manewru pozostawione jest także zwyczajowi międzynarodowemu, który określa, czy dany sposób działania stanowiący obejście tradycyjnej ekstradycji należy traktować za legalny, czy też nie.

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych substytutów ekstradycji jest uprowadzenie, czyli akt tzw. kidnapingu międzynarodowego. Oznacza ono zatrzymanie i wywiezienie osoby z terytorium danego państwa bez zgody tego państwa. Panuje ogólne przekonanie, iż ocena dopuszczalności uprowadzenia osoby z terytorium innego państwa, jako sposobu doprowadzenia ściganego przed sąd, stanowi przedmiot uznania sądów krajowych poszczególnych państw. Część sądów odmawia rozpatrzenia sprawy w przypadku osób uprowadzonych. Inne natomiast stoją na stanowisku, iż nie ma znaczenia, w jaki sposób oskarżony znalazł się przed sądem, w myśl zasady *male captus, bene detentus* (nieprawidłowo zatrzymany, prawidłowo więziony).

Istotą sporu *United States v. Alvarez-Machain* rozstrzygniętego w 1992 r. przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych była kwestia, czy osoba ścigana w sprawie karnej, uprowadzona przez funkcjonariuszy amerykańskich z terytorium Meksyku, które to oba kraje łączy umowa ekstradycyjna, może być sądzona przed sądem amerykańskim za przestępstwo przewidziane w prawie karnym Stanów Zjednoczonych.

1. Sprawa *United States v. Alvarez-Machain*

W kwietniu 1990 r. Humberto Alvarez-Machain, doktor nauk medycznych i obywatel meksykański, został uprowadzony z miasta Guadalajara przez kilku uzbrojonych mężczyzn, a następnie przewieziony prywatnym samolotem na teren Stanów Zjednoczonych, gdzie został aresztowany przez Amerykańską Agencję Antynarkotykową (Drug Enforcement Ad-

ministration – DEA). Alvarez został oskarżony o porwanie i zabójstwo Enrique Camareny-Salazara, funkcjonariusza DEA oraz Alfredo Zavala-Avelara, meksykańskiego pilota współpracującego z Salazarem. Rząd Stanów Zjednoczonych postawił Alvarezowi zarzut udziału w zabójstwie ze szczególnym okrucieństwem. W akcie oskarżenia wskazano, iż Humberto Alvarez miał podać amerykańskiemu agentowi środek farmakologiczny w celu podtrzymania jego życia, tak aby porywacze mogli kontynuować tortury i wymusić informacje na temat wiedzy DEA o operacjach meksykańskiej siatki handlarzy narkotykami[3].

Rząd Meksyku wystosował szereg not dyplomatycznych do amerykańskiego Departamentu Stanu, w których stanowczo zażądał zwrotu swojego obywatela, a także oskarżył władze Stanów Zjednoczonych o to, że uprowadzenie nie tylko odbyło się za ich wiedzą[4], ale przede wszystkim naruszyło procedurę ustanowioną w umowie ekstradycyjnej łączącej oba państwa[5].

Stany Zjednoczone odmówiły zwolnienia Alvareza, w wyniku czego stanął on przed Sądem Dystryktowym USA dla Centralnego Dystryktu Kalifornii. W trakcie procesu obrona podniosła argument, iż amerykański sąd dystryktowy nie jest właściwy do rozpatrywania sprawy, gdyż doprowadzenie Alvareza przed sąd zostało przeprowadzone przez agencję DEA bez zgody rządu Meksyku, co stanowiło złamanie postanowień umowy ekstradycyjnej łączącej oba państwa.

Po drugie, jako że uprowadzenie Alvareza pogwałciło traktat, jego sytuacja kwalifikuje się do rozstrzygnięcia analogicznego, jak w przypadku uznanych wyjątków od tzw. przypadku *Ker-Frisbie*. Koncepcja ta, nazwana od procesu *Ker v. Illinois* (1886 r.) i *Frisbie v. Collins* (1952 r.) stoi na stanowisku, iż na właściwość sądu w sprawie karnej nie ma wpływu sposób, w jaki oskarżony został doprowadzony przed sąd – co w praktyce usprawiedliwia także uprowadzenie przez funkcjonariuszy służb rządowych. W przywołanych przez obronę wyjątkach od *Ker-Frisbie*, zarówno w sprawie *Ford v. United States* (1927 r.) oraz *Cook* przeciwko *Stanom Zjednoczonym* (1933 r.), Sąd Najwyższy stwierdził, iż zasada *Ker-Frisbie* nie może mieć zastosowania do przypadków, w których oskarżony został zatrzymany w sposób naruszający umowę ekstradycyjną, przewidującą sama w sobie przepisy wykonawcze.

Po trzecie, zdaniem obrony wymowa traktatu implikuje, iż zakazane jest uprowadzenie osoby z jednego kraju w celu osądzenia go przez wymiar sprawiedliwości innego

[3] M. Cherif Bassiouni, *International Extradition. United States Law and Practice*, Oxford University Press, New York 2014, s. 309.

[4] Później podczas procesu przed sądem dystryktowym jeden z członków agencji rzeczywiście potwierdził, iż ostateczne uzgodnienia dotyczące operacji zatrzymania Alvareza zostały zaaprobowane przez główne władze DEA w Waszyngtonie, o czym wiedziała także Prokuratura Generalna USA. Patrz: wyrok Sądu Dystryktowego USA dla Centralnego Dystryktu Kalifornii z dnia 14 sierpnia 1990 r. (745 F. Supp. 603 CD Cal. 1990).

[5] M. Cherif Bassiouni, *International Extradition. United States Law...*, s. 310.

państwa. Tym samym nie jest dozwolone omijanie celów traktatu i uprowadzanie obywatela z suwerennego terytorium sygnatariusza umowy bez zgody tego państwa.

Po czwarte, traktat należy interpretować zgodnie z zasadami międzynarodowego prawa zwyczajowego, które zakazuje naruszania suwerennych praw innych państw[6].

Sąd dystryktowy uznał argument Alvareza, iż jego uprowadzenie na mocy decyzji agencji rządowej stanowiło złamanie umowy i kwalifikowało się jako wyjątek od reguły *Ker-Frisbie*. Sąd ponadto zauważył, iż w związku z tym, że rząd Meksyku wystosował oficjalny protest przeciwko zatrzymaniu swojego obywatela, Alvarez był uprawniony do żądania przed sądem zastosowania się strony amerykańskiej do postanowień umowy ekstradycyjnej.

W toku postępowania sąd ustalił, iż w celu zatrzymania i przewiezienia Alvareza na terytorium Stanów Zjednoczonych, agencja DEA specjalnie zatrudniła funkcjonariuszy mających meksykańskie obywatelstwo[7]. Zdaniem obrony zachowanie agencji naruszyło zasady uczciwego procesu. Sąd nie przychylił się do tego twierdzenia, ale zauważył, że meksykańska nota dyplomatyczna skierowana do strony amerykańskiej stanowiła formalny protest, otwierając oskarżonemu drogę do powołania się na pogwałcenie umowy i tym samym sąd oddalił oskarżenie i zarządził powrót Alvareza do Meksyku[8]. W uzasadnieniu wyroku stwierdzono, iż działania agencji rządowej stanowiły świadome obejście celów umowy ekstradycyjnej, jakimi są ochrona integralności terytorialnej i suwerenności umawiających się stron[9].

Strona rządowa odwołała się od tej decyzji, przez co sprawa trafiła przed sąd apelacyjny, który podtrzymał rozstrzygnięcie sądu dystryktowego. Sąd apelacyjny oparł się o wydany trzy miesiące wcześniej wyrok w sprawie *United States v. Verdugo-Urquidez*, w której osądzono meksykańskiego handlarza narkotykami, Rene Martina Verdugo-Urquideza, oskarżonego podobnie jak Alvarez o udział w zabójstwie Camareny-Salazara. Orzekając na korzyść Humberto Alvareza-Machaina, sąd apelacyjny podtrzymał tezę o naruszeniu traktatu i stwierdził, iż doktryna *Ker-Frisbie* nie może mieć w rozpatrywanym przypadku zastosowania. Sąd apelacyjny podzielił zdanie sądu dystryktowego, że nota dyplomatyczna strony meksykańskiej stanowiła formalny protest przeciwko naruszeniu traktatu, w związku z czym sądownictwo amerykańskie nie jest właściwe do rozpatrywania sprawy Alvareza.

[6] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 6 grudnia 1886 r., 119 U.S. 436.

[7] Meksykańscy współpracownicy DEA mieli otrzymać od agencji kwotę 50 000 dolarów za zatrzymanie Alvareza i przekazanie go funkcjonariuszom agencji. Agencja przeniosła ich wraz z rodzinami do USA i opłacała ich koszty utrzymania aż do dnia procesu. Patrz: wyrok Sądu Apelacyjnego USA dla Dziewiątego Okręgu z dnia 18 października 1991 r. (946 F.2d 1466 / 9th Cir. 1991).

[8] K. Highet, G. Kahale III, *United States v. Alvarez-Machain,* „The American Journal of International Law" 1992, No 86/ 4, s. 813.

[9] Wyrok Sądu Dystryktowego USA dla Centralnego Dystryktu Kalifornii z 14 sierpnia 1990 r. (745 F. Supp. 603 CD Cal. 1990).

Strona amerykańska wniosła wniosek o rewizję, przez co sprawa trafiła przed Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. W efekcie decyzja sądu apelacyjnego została podważona, a Sąd Najwyższy większością głosów 6 : 3 orzekł o zastosowaniu reguły *Ker-Frisbie*. W uzasadnieniu sąd wskazał, iż pierwsze przesłuchanie oskarżonego przed sądem musiało się odbyć niezależnie od tego, czy zatrzymanie obywatela meksykańskiego złamało postanowienia traktatu łączącego USA i Meksyk, czy też nie. Zakładając, że traktat nie zakazuje uprowadzenia, reguła *Ker-Frisbie* znajduje zastosowanie i sąd musi przesłuchać oskarżonego, który został przed niego doprowadzony.

Należy jednakże zauważyć, iż nawet jeśli umowa nie zakazuje uprowadzenia, norma zwyczajowa prawa międzynarodowego, jako wiążąca Stany Zjednoczone, może wciąż podtrzymać zakaz sądzenia Alvareza przez amerykański wymiar sprawiedliwości i nakazać jego powrót do kraju, niezależnie od postanowień traktatu.

Jakkolwiek decyzja sądu dystryktowego zwalniająca Alvareza nie była oparta na tej argumentacji, to sąd apelacyjny również nie odniósł się do tej kwestii. Wątek ten został podniesiony dopiero przez nowego pełnomocnika oskarżonego, jednakże Sąd Najwyższy nie odwołał się do korzystnej dla Alvareza normy prawa międzynarodowego[10].

Uzasadniając swoje stanowisko, Sąd Najwyższy zbadał wymowę traktatu ekstradycyjnego w świetle negocjacji obu państw przed zawarciem umowy, jak również w kontekście reguł wynikających z międzynarodowego prawa zwyczajowego. Sąd podkreślił, że umowa nie zakazuje wprost zatrzymywania i przewożenia podejrzanych z terytorium jednego z sygnatariuszy na teren drugiego z nich.

Sąd poddał analizie również historię negocjacji i praktyk związanych z traktatem. Jak wskazano w uzasadnieniu, mimo iż od czasu sprawy *Kera* rząd meksykański był świadomy, że uprowadzenie dokonane poza umową ekstradycyjną nie jest zakazane, to jednak w 1978 r. podczas negocjacji traktatu Meksyk nie podjął inicjatywy w celu uregulowania tej kwestii. Ponadto już w 1935 r. pojawiły się sugestie w środowisku międzynarodowym o konieczności umieszczania zakazu uprowadzeń w umowach ekstradycyjnych, jednak jak podkreślił sąd, żadna tego typu klauzula nie znalazła się w traktacie łączącym Meksyk ze Stanami Zjednoczonymi[11].

Sąd Najwyższy nie zgodził się z argumentacją obrony, że umowa powinna być interpretowana w świetle zasad prawa międzynarodowego, które zakazują naruszania terytorium suwerennego państwa. Sąd orzekł, iż przytoczona zasada stanowi jedną z najbardziej szerokich i ogólnych reguł prawa międzynarodowego. Zdaniem sądu wywiedzenie z niej

[10] J. E. Katz, *Should Government Sponsored Forcible Abduction Render Jurisdiction Invalid? United States v. Alvarez-Machain,* [w:] „California Western International Law Journal" 1993, No 23/2, s. 407-408.

[11] Por. *Harvard Research in International Law, Draft Convention on Jurisdiction With Respect to Crime*, „American Journal of International Law" 1935, No 29/435, s. 632.

wniosku, iż umowa ekstradycyjna jest jedyną podstawą do przejmowania jurysdykcji nad obywatelem innego państwa, wykraczałoby poza uznane precedensy[12].

Sąd Najwyższy przyznał jednakże, że uprowadzenie może w pewnych okolicznościach naruszać międzynarodowe prawo zwyczajowe, jednakże jak podkreślił sąd, obrona nie podniosła takiej argumentacji, swoje racje opierając prawie wyłącznie na traktacie. Obrońcy oskarżonego nie zarzucili sądowi amerykańskiemu braku właściwości ze względu na pogwałcenie prawa międzynarodowego. Zamiast tego twierdzili, że z uwagi na zakaz uprowadzeń wyrażony w prawie międzynarodowym, istnienie tej klauzuli w umowie ekstradycyjnej jest dorozumiane.

Umowa ekstradycyjna nie wyraża wprost zakazu uprowadzenia, jednakże w argumentacji oskarżonego zakaz ten ujęty jest domyślnie. Po pierwsze, umowa wprowadza szereg szczegółowych procedur określających sposób zatrzymania, zawierając także pewne ściśle określone odstępstwa od obowiązku poddania się przez podejrzanego. Przepisy te byłyby pozbawione znaczenia, gdyby jedno państwo mogło po prostu zignorować procedurę i odstępując od ograniczeń wyznaczonych przez postanowienia umowy, mogło uciec się do uprowadzenia osoby z terytorium kraju, którego ten jest obywatelem. Zdaniem obrony, przepisy traktatu nie mogą być interpretowane niezgodnie z kontekstem wyznaczonym przez normę zwyczajową prawa międzynarodowego. Jako że prawo międzynarodowe zakazuje uprowadzeń, nie ma zatem potrzeby powielać tego zakazu w treści umowy. Zakaz wyrażony w prawie międzynarodowym zawiera się więc w umowie w sposób dorozumiany.

Sąd odrzucił taką interpretację umowy i stwierdził, że skoro nie doszło do naruszenia traktatu, należy wówczas oprzeć orzeczenie o doktrynę *Ker-Frisbie*, bez konieczności zbadania, w jaki sposób oskarżony znalazł się przed sądem amerykańskim.

Twierdzenia obrony zostały odrzucone jako nieprzystające do celów, jakie ma realizować umowa ekstradycyjna. Istnieje generalna zasada, że w przypadku braku umowy ekstradycyjnej, państwa nie są zobowiązane do wydania swoich obywateli obcym władzom w celu ich osądzenia[13]. Istnienie traktatu nakłada natomiast obopólne obowiązki w zakresie przestrzegania przyjętej procedury, którą można uruchomić po spełnieniu się konkretnych przesłanek. Umowa przewiduje zatem mechanizm, który w innym przypadku by nie istniał, a który zezwala Stanom Zjednoczonym i Meksykowi ekstradować w ściśle określonych okolicznościach swojego obywatela do drugiego kraju, z zachowaniem procedur, na który oba państwa wyraziły zgodę. Istnienie traktatu w zasadzie ogranicza zatem prawo państwa do udzielenia schronienia ściganym osobom. Sąd Najwyż-

[12] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 15 czerwca 1992 r., 504 U.S. 655.

[13] B. Zagaris, *International White Collar Crime. Cases and Materials*, Cambridge University Press, New York 2010, s. 354.

szy podzielił ten pogląd już przy sprawie *Ker*, twierdząc, że umowa ekstradycyjna „w stopniu, w jakim reguluje prawo do azylu, ma na celu ograniczenie tego prawa w przypadku, gdy chodzi o osobę oskarżoną uchylającą się od odpowiedzialności. I tylko w tym zakresie umowa przewiduje restrykcje odnośnie do prawa rządu danego państwa do ochrony przestępcy przed wydaniem[14]". Mimo to oskarżony utrzymywał, iż na mocy traktatu miał chronione prawo do pozostania na terytorium Meksyku. Nie jest to trafny argument, gdyż umowa ogranicza prawo Meksyku do udzielenia mu schronienia, a co za tym idzie, przy obecnej umowie Alvarez nie może mieć większego prawa do pozostania w Meksyku, niż gdyby umowa taka nie została zawarta.

Co więcej, umowy ekstradycyjne nie są zawierane w celu ochrony integralności terytorialnej danego państwa, choć może to być konsekwencją uboczną praktyki państw w zakresie ekstradycji. Państwa zawierają umowy ekstradycyjne w jednym zasadniczym celu – aby zabezpieczyć powrót swojego obywatela do kraju[15]. Celem Meksyku przy podpisywaniu umowy ekstradycyjnej było zabezpieczenie realizacji zobowiązania Stanów Zjednoczonych do wydawania przestępców władzom meksykańskim, a nie zaś do powstrzymywania się od dokonywania zatrzymań na terenie Meksyku. Sąd Najwyższy stwierdził, że traktat nie zakazuje wobec tego zastosowania uprowadzenia ani literalnie, ani w sposób domyślny.

Obrońcy Alvareza na poparcie swoich tez przytoczyli natomiast precedensowy wyrok w sprawie *United States v. Rauscher.* Zgodnie z tym orzeczeniem sądy amerykańskie nie mają kompetencji do prowadzenia postępowania w przypadku naruszenia postanowień umowy międzynarodowej. Sąd Najwyższy nie podzielił wówczas zdania sądu dystryktowego, który na tej podstawie zwolnił oskarżonego. Orzekający w tamtej sprawie sąd uznał, że chociaż pakt Webster-Ashburton z 1842 r. pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Wielką Brytanią nie zakazuje uprowadzeń wprost, to jednak „intencyjny zakres i przedmiot traktatu"[16] zabrania sądom amerykańskim rozpatrywania sprawy za inne przestępstwo, niż to, w związku z którym doszło do ekstradycji oskarżonego (tzw. zasada ograniczenia ścigania)[17]. W 1886 r. Sąd uznał, że rozpatrywanie sprawy *Rauschera* przed amerykańskim wymiarem sprawiedliwości stanowi naruszenie traktatu, co samo w sobie wyklucza właściwość sądu amerykańskiego.

Zdaniem Sądu Najwyższego sprawa *Rauschera* nie powinna mieć jednak zastosowania do przypadku Alvareza, gdyż nie ma tutaj mowy o złamaniu postanowień traktatu.

[14] E. M. Wise, *Some Problems of Extradition*, „Wayne Law Review" 1969, No 709, s. 15. Tłumaczenia z języka angielskiego pochodzą od autora niniejszego tekstu.

[15] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 6 grudnia 1886 r., 119 U.S. 436.

[16] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 6 grudnia 1886 r., 119 U.S. 407.

[17] R. Iraola, *The Doctrine of Specialty and Federal Criminal Prosecutions*, „Valparaiso University Law Review" 2008, No 43/1 s. 89.

Jako właściwy precedens, w oparciu o który należy wydać orzeczenie, większość sędziów Sądu Najwyższego wskazała sprawę *Ker v. Illinois*. Frederick Ker stanął przed sądem w Illinois oskarżony o kradzież, po tym jak został uprowadzony z Peru, z którym Stany Zjednoczone miały podpisaną umowę o ekstradycji. Ker został uprowadzony przez amerykańskiego agenta, który działał na własną rękę, nie będąc na służbie. Sąd orzekł wówczas, że skoro uprowadzenie nie jest wyraźnie zakazane przez traktat, to oznacza, że nie ma przeszkód, aby oskarżony stanął przed sądem amerykańskim, a sposób, w jaki się przed nim znalazł, nie ma w sprawie żadnego znaczenia[18].

W sprawie Alvareza trzech sędziów zgłosiło jednak zdanie odrębne. W przedstawionej przez siebie opinii, sędzia John P. Stevens podzielił pogląd sędziów Harry'ego Blackmuna i Sandry Day O'Connor, że zatrzymanie Humberto Alvareza, zaaprobowane przez rząd Stanów Zjednoczonych, różni się od okoliczności, w których doszło do aresztowania Kera. Porwanie Fredericka Kera zostało zorganizowane przez osoby prywatne, bez udziału agencji rządowych. Sędzia Stevens stwierdził, że w sprawie Alvareza mamy do czynienia z uprowadzeniem cudzoziemca przez państwo. Doszło także do naruszenia integralności terytorialnej kraju, z którym Stany Zjednoczone mają podpisaną umowę o ekstradycji.

Umowa ta, biorąc pod uwagę wszystkie jej przepisy, stanowi całościowe i wyłączne uregulowanie spraw związanych z ekstradycją. Badając intencje stron, sędzia Stevens zauważył, iż twórcy tekstu umowy nie mogli zakładać, że będzie ona zezwalała na dokonywanie uprowadzeń, jeżeli deklarowanym celem traktatu jest przyczynianie się do współpracy i wzajemnej pomocy. Drobiazgowo uregulowane wyjątki, w których traktat zakazuje ekstradycji, „byłyby mało użyteczne, jeżeli państwo żądające wydania danej osoby może ją po prostu porwać"[19]. Radykalizując opinię zgłoszoną przez większość sędziów, sędzia Stevens stwierdził, że w takim stanie rzeczy dozwolone byłyby tortury i egzekucje podejrzanych na terenie innego kraju w imię tezy, że nie jest to zakazane przez traktat. Nie można zatem zapominać, że głównym celem i przedmiotem traktatu jest „wyraźne okazywanie wzajemnego zrozumienia co do konieczności szanowania integralności terytorialnej drugiej umawiającej się strony"[20].

Konkludując, trzej sędziowie stwierdzili, iż zaangażowanie Stanów Zjednoczonych w porwanie stanowi rażące pogwałcenie prawa międzynarodowego i zobowiązań wynikających z traktatu.

Większość sędziów przyznała jednak, że uprowadzenie może być w odczuciu opinii publicznej „szokujące" i może w pewnym stopniu łamać ogólne zasady prawa mię-

[18] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 6 grudnia 1886 r. , 119 U.S at 437-439.

[19] Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 15 czerwca 1992 r., 112 S. Ct. at 2201 (zdanie odrębne sędziego J. Stevensa).

[20] *Ibidem*, 112 S. Ct. at 2202.

dzynarodowego. Jednakże zdaniem sądu decyzja, czy zwrócić oskarżonego stronie meksykańskiej, wykracza poza umowę ekstradycyjną i powinna leżeć w gestii organu wykonawczego. Jako że umowa nie została zatem naruszona, sądownictwo amerykańskie ma pełną kompetencję do osądzenia oskarżonego[21].

Wyrok Sądu Najwyższego sprowadził na amerykański wymiar sprawiedliwości lawinę krytyki ze strony środowisk związanych z prawem międzynarodowym i ochroną praw człowieka. Pod adresem Sądu Najwyższego padły zarzuty sprzyjania bezprecedensowemu rozszerzaniu uprawnień policyjnych rządu amerykańskiego wykonywanych poza granicami kraju i całkowitemu lekceważeniu zasad prawa międzynarodowego[22]. Pojawiły się także głosy, że Amerykanie nie wykorzystali szansy odejścia od obowiązującej od 100 lat doktryny *Ker-Frisbie*. Aktualna w realiach XIX-wiecznych, przestała odpowiadać współczesnym realiom prawnym, zwłaszcza w dziedzinie ochrony praw człowieka[23].

2. Uprowadzenie a umowa ekstradycyjna między Polską i Stanami Zjednoczonymi

Treść umowy ekstradycyjnej stanowiła główną oś uzasadnienia wyroku sądu w sprawie Alvareza-Machaina. Kontrowersyjne stwierdzenie, że uprowadzenie, które nie jest zakazane przez umowę z Meksykiem, jest w istocie dozwolone, nasuwa pytanie, jak mogłaby wyglądać realizacja podobnych praktyk na gruncie umów ekstradycyjnych Stanów Zjednoczonych z innymi państwami, np. z Polską. Umowa z 10 lipca 1996 r. uzgodniona z Porozumieniem o ekstradycji między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi z dnia 25 czerwca 2003 r. również nie zawiera *expressis verbis* zakazu stosowania uprowadzeń osób z terytorium drugiego sygnatariusza. Nie oznacza to jednak, że interpretacja innych postanowień skądinąd niedługiej – bo liczącej zaledwie 25 artykułów – umowy, nie mogłaby stać się podstawą do uznania uprowadzenia za niedopuszczalne na gruncie tego aktu.

Uprowadzenie, nazywane także kidnapingiem międzynarodowym, w literaturze polskiej oceniane jest jednoznacznie negatywnie. Patrycja Kozłowska-Kalisz i Marek Mozgawa nazywają to zjawisko „zdecydowanie nielegalnym substytutem ekstradycji, niezależnie od tego, czy porwania osoby z terytorium innego państwa dokonują osoby prywatne, czy też funkcjonariusze państwa zainteresowanego ukaraniem sprawcy" i wynika z „nie-

[21] J. A. Lonner, *Official Government Abductions in the Presence of Extradition Treaties*, „Journal of Criminal Law and Criminology" 1993, No 83/4, s. 1003.

[22] A. Ghafur Hamid, *Jurisdiction over a Person Abducted from a Foreign Country: Alvarez Machain case Revisited*, „Journal of Malaysian and Comparative Law" 2004, No 4, pkt II. <http://www.commonlii.org/my/journals/JMCL/2004/4.html#fna1> (dostęp: 10.07.2015).

[23] M. Płachta, *Kidnaping międzynarodowy w służbie prawa. Studium prawnomiędzynarodowe i porównawcze*, Warszawa 2000, s. 292.

wydolności istniejącego systemu ekstradycyjnego”[24]. Z kolei Michał Płachta dokonuje klasyfikacji metod i form wydawania osób ściganych, zaliczając uprowadzenie do metod alternatywnych (w odróżnieniu od metod właściwych, jak np. ekstradycja), zaś w dalszym podziale do metod bezprawnych, obok podstępu i innych form bezprawnego wydania, jak szantaż, groźba czy przymus[25]. Jak wskazuje autor, spośród metod alternatywnych, „uprowadzenie osoby z terytorium obcego państwa stanowi środek najbardziej drastyczny”[26]. W podobnym tonie wypowiadają się Marta Mozgawa-Saj[27], a także Lech Gardocki[28].

Czyn, o który strona amerykańska oskarżyła Alvareza, tj. pomocnictwo w przestępstwie zabójstwa, mógłby stanowić podstawę wniosku Stanów Zjednoczonych o jego wydanie na mocy umowy łączącej Polskę i USA. Zgodnie z art. 2 ust. 2 umowy, podstawą wydania może być nie tylko dokonanie czy usiłowanie dokonania przestępstwa, lecz także uczestnictwo w popełnieniu przestępstwa, a także „wszelki rodzaj związku mającego na celu popełnienie przestępstwa”. Umowa wskazuje ponadto, że osoba może być wydana w związku z przestępstwem zagrożonym w porządku karnoprawnym obu krajów karą pozbawienia wolności o maksymalnym wymiarze co najmniej 1 roku (art. 2. ust 1). Wynika stąd, że czyn musi zostać uznany za karalny na gruncie prawa karnego zarówno państwa wzywającego, jak i wezwanego. Zasadę tę w doktrynie określa się mianem doktryny podwójnej przestępczości lub doktryną podwójnej karalności. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 16 października 2014 r. w przedmiocie stwierdzenia prawnej dopuszczalności ekstradycji, wniosek o wydanie osoby jest dopuszczalny wówczas, gdy czyn wypełnia znamiona przestępstwa przewidziane w prawie karnym materialnym obu krajów i nie zachodzą okoliczności wyłączające ukaranie. Nie jest konieczne, aby czyn wypełnił wszystkie znamiona wskazane w ustawach karnych obu krajów, jak również nie ma wymogu, aby czyn w obu porządkach wypełniał znamiona identycznego typu przestępstwa[29].

Na marginesie warto odnotować, iż zasada podwójnej karalności nie wiąże już Polski w relacjach z państwami Unii Europejskiej. Regulacja ta wynika z Decyzji ramowej z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie Europejskiego Nakazu Aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi. Na mocy art. 2 ust. 2 decyzji, czyn stanowiący podstawę wydania musi zawierać się w zamkniętym katalogu 32 przestępstw wskazanych w decyzji i powinien być zagrożony w prawie państwa wzywającego karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym w wymiarze co najmniej 3 lat. Jak zauważył Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzeczeniu z 2007 r.

[24] M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 141.
[25] M. Płachta, *Kidnaping międzynarodowy w służbie prawa …*, s. 78.
[26] *Ibidem*, s. 14.
[27] M. Mozgawa-Saj, *Ekstradycja w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2015, s. 65.
[28] L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 162.
[29] Wyrok Sądu Najwyższego z 16 października 2014 r., II KK 264/14.

w sprawie *Adcocaten voor de Wereld v. Leden van de Ministerraad*, wskazane 32 przestępstwa stanowią potencjalnie na tyle poważne znaczne zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego, że weryfikacja wymogu podwójnej karalności staje się zbędna[30].

Doktryna podwójnej karalności nie zakłada wymogu, aby wymiar kary przewidziany w obu porządkach był w jakimkolwiek stopniu ze sobą zbieżny. Wskazany w polsko-amerykańskiej umowie ekstradycyjnej zapis, iż podstawą wydania może być przestępstwo zagrożone maksymalnie karą do 1 roku pozbawienia wolności bądź surowszą, poczytać można za obostrzenie zasady podwójnej karalności[31]. Według prawa polskiego pomocnictwo w zabójstwie zagrożone jest tak samo jak za sprawstwo, tj. w maksymalnym wymiarze karą dożywotniego pozbawienia wolności (art. 148 § 1 w zw. z art. 19 § 1 k.k.). Prawo karne stanu Kalifornia również przewiduje taki sam wymiar kary za sprawstwo i pomocnictwo, wyróżniając dodatkowo kategorię tzw. pomocnictwa przed dokonaniem (*accessory before the fact*) i po dokonaniu (*accesory after the fact*). Czyn, o jaki oskarżono Alvareza, wypełnia znamiona pomocnictwa w zabójstwie pierwszego stopnia, tj. zabójstwa agenta federalnego w trakcie pełnienia przez niego czynności służbowych (section 190.2, subd. (8), *California Penal Code*). Maksymalną karą za ten czyn, jaką przewiduje prawo kalifornijskie, jest natomiast kara śmierci (section 190, subd. (a), *California Penal Code*).

Choć Alvarez-Machain został w 1992 r. uniewinniony, to jednak potencjalna dopuszczalność orzeczenia kary śmierci mogłaby stać się dla strony wezwanej podstawą do żądania zwrotu oskarżonej osoby. Na gruncie polskim, możliwość ta wynika z art. 6. umowy ekstradycyjnej, według którego strona wydająca może wyrazić zgodę na wydanie osoby, jeżeli wobec oskarżonego nie zostanie orzeczona kara śmierci albo jeżeli zostanie orzeczona, to nie zostanie wykonana. Literalna wykładnia tego przepisu pozwala sądzić, że państwo wzywające musi wyrazić zgodę na związanie się tymi warunkami. Świadczy o tym zdanie drugie i trzecie wspomnianego artykułu: „Jeżeli Państwo wzywające akceptuje wydanie z zastrzeżeniem warunków niniejszego artykułu, spełnia te warunki. Jeżeli Państwo wzywające nie akceptuje warunków, wniosek o wydanie może zostać nieuwzględniony". Zgoda państwa wydającego na przekazanie osoby, której może grozić w państwie wzywającym kara śmierci, uzależniona jest zatem od otrzymania od drugiej strony wyraźnego oświadczenia, czy akceptuje ono wskazane w umowie warunki. Strona amerykańska nie przedstawiła ani akceptacji, ani braku akceptacji, zatem hipotetycznie od strony polskiej zależałoby, czy poczytać to milczenie za brak akceptacji, czy za brak przeciwwskazań do braku akceptacji. Treść artykułu tego nie roz-

[30] A. Grzelak, *Orzeczenie ETS w sprawie C-303/05 Advocaten voor de Wereld*, http://www.natolin.edu.pl/wsisw/wsisw.nsf/viewDOC/AGRK-72VTDQ (dostęp: 14.07.2015).

[31] W przypadku Europejskiego Nakazu Aresztowania, zasada podwójnej karalności została zastąpiona zasadą wzajemnego uznawania. Zob. P. Ryczkowska, *Pojęcie i zasady wykonywania ENA*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie", 2010, cz. 2, s. 218 i n.

strzyga, jednakże funkcja przepisu, tj. danie państwu wydającemu możliwości samodzielnej oceny akceptacji drugiej strony („Państwo wezwane może wyrazić zgodę na wydanie") lub braku akceptacji („wniosek o wydanie może zostać nieuwzględniony"), w drodze analogii pozwala sądzić, że możliwość taka istnieje także w odniesieniu do oceny znaczenia braku oświadczenia ze strony wzywającej.

Kwestia kary śmierci, jako względnej przeszkody ekstradycyjnej, jest także przedmiotem regulacji umów ekstradycyjnych podpisanych 25 czerwca 2003 r. między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi. Tutaj zagwarantowanie braku orzeczenia lub wykonania kary śmierci przez państwo wzywające jest podstawą dla państwa wezwanego do wydania ewentualnej zgody do przekazania osoby, której dotyczy wniosek. Umowa nie wskazuje, w jakiej formie ma nastąpić udzielenie takowej gwarancji, ani według jakich kryteriów czy też przesłanek powinna być ona oceniana. Jest więc zatem zupełnie dopuszczalne, aby mimo silnie zakorzenionej w Europie idei praw człowieka, państwo europejskie wydało Stanom Zjednoczonym osobę, co do której istnieje w jakimś stopniu obawa, że zostanie ona skazana na karę śmierci[32].

Decyzja ramowa w sprawie ENA również wskazuje karę śmierci jako podstawę do fakultatywnej odmowy ekstradycji. Punkt 13 części wprowadzającej do decyzji stanowi jednak, że musi zaistnieć „poważne ryzyko", iż osoba, której dotyczy wniosek, zostanie skazana na karę śmierci, poddana torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu. Sporne jest, według jakich kryteriów należy oceniać, czy ryzyko rzeczywiście jest „poważne" i co w istocie należy rozumieć pod tym pojęciem. Decyzja nie zawiera bowiem definicji legalnej „poważnego ryzyka", otwierając sądom pole do szerokiej interpretacji. Wspomnieć w tym miejscu należy głośną sprawę *Soering v. United Kingdom*, w której koncepcja praw człowieka wzięła górę nad koncepcjami bezpieczeństwa państwa. Prawo amerykańskie nie przewiduje, jaki jest maksymalny czas oczekiwania osoby skazanej na karę śmierci na wykonanie wyroku, co prowadzi do sytuacji, że w obliczu długotrwałych procesów rozpatrywania kolejnych odwołań, osoby skazane spędzają długie lata w celi śmierci. W sprawie *Soeringa* Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, iż istnieje ryzyko, że stałby się on ofiarą tzw. syndromu korytarza śmierci, oznaczającego traumę spowodowaną wieloletnim przebywaniem w celi śmierci i przeciągającym się stanem niepewności co do chwili wykonania egzekucji[33]. Trybunał zakwalifikował ten przypadek jako „nieludzkie lub poniżające traktowanie lub karanie" i że dopuszczalna jest na tej podstawie odmowa ekstradycji[34].

[32] K. Buczak, *Proces negocjacji umowy o ekstradycji pomiędzy Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi w świetle teorii realizmu*, „FEPS Working Press" 2008, No 5, s. 16-17.

[33] M. Płachta, *Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych*, „Palestra" 2003, nr 5/6, s. 2.

[34] M. Płachta, *Zagadnienia ekstradycyjne w prawie polskim*, „Studia Europejskie" 1999, nr 2, s. 75-76.

Strona amerykańska nie przedstawiła jednoznacznych wyjaśnień, dlaczego uznała uprowadzenie Alvareza za sposób bardziej odpowiedni do postawienia go przed sądem, niż skorzystanie z drogi, jaką daje umowa ekstradycyjna i złożenie wniosku o wydanie.

Amerykanie musieli liczyć się z tym, że Meksyk odrzuciłby formalny wniosek ekstradycyjny, jako niespełniający podstawowych przesłanek przewidzianych w umowie. Zgodnie z art. 1 umowy ekstradycyjnej, w przypadku przestępstwa popełnionego poza terytorium państwa wzywającego, państwo wezwane wydaje ściganego, jeśli w swoim własnym prawie przewiduje karę za przestępstwo popełnione w podobnych okolicznościach lub osoba ścigana jest obywatelem państwa wzywającego i prawo tego państwa uznaje swoją właściwość do osądzenia go. Nie ulega wątpliwości, że Meksyk powołałby się na fakt, że Alvarez nie jest obywatelem państwa wzywającego i na tej podstawie odmówiłby jego wydania.

Obawa przed nieuwzględnieniem wniosku spowodowała, iż porywając Alvareza, Stany Zjednoczone pozbawiły Meksyk suwerennego wyboru, czy przekazać go stronie amerykańskiej, czy sądzić przed swoim wymiarem sprawiedliwości. Zarówno umowa amerykańsko-meksykańska, jak i amerykańsko-polska wyraźnie wskazuje, że żadne z umawiających się państw nie jest zobowiązane do wydania swojego obywatela. Decyzja ta zależy od swobodnego uznania danego państwa. Jeżeli państwo nie zdecyduje się na wydanie osoby, wówczas „przekazuje sprawę właściwemu organowi w celu ścigania" (section 9, subd. 2, *Treaty Between the United States of America and Mexico*). Podobną konstrukcję przewiduje umowa ekstradycyjna między Polską a Stanami Zjednoczonymi, przewidując w art. 4, ust. 2, że jeśli państwo wezwane odmówi wydania osoby wyłącznie z uwagi na jej obywatelstwo, to wówczas „Państwo wezwane, działając na wniosek Państwa wzywającego, przekaże sprawę swym właściwym organom w celu podjęcia decyzji co do przeprowadzenia postępowania karnego". Jeżeli obywatelstwo stanowi jedyną podstawę niewydania osoby, do wszczęcia postępowania przed sądem polskim konieczny jest więc wniosek strony amerykańskiej. Umowa Meksyku ze Stanami Zjednoczonymi nie zawiera natomiast takiego zastrzeżenia.

Zakaz uprowadzenia może wynikać także z art. 20 umowy polsko-amerykańskiej. Przewiduje on przesłanki tzw. ekstradycji uproszczonej, co do której nie jest wymagane przeprowadzenie formalnego postępowania ekstradycyjnego. Uruchomienie uproszczonej procedury dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy nie zachodzą przeszkody ekstradycyjne przewidziane w prawie państwa wezwanego, a osoba, której dotyczy wniosek, wyrazi zgodę na przekazanie jej władzom państwa wzywającego, zrzekając się tym samym ochrony, jaką przewiduje formalne postępowanie ekstradycyjne. Tak określone przesłanki pozwalają *a contrario* sądzić, że ich niespełnienie nie uprawnia państwa wzywającego do przeprowadzenia ekstradycji z pominięciem formalnej procedury. W omawianym przy-

padku nie tylko poza wszelką wątpliwością pozostaje fakt braku zgody osoby, której dotyczy postępowanie, ale zaszłaby też jedna z przeszkód ekstradycyjnych przewidziana w polskim prawie. Art. 55 Konstytucji szczegółowo wskazuje, kiedy ekstradycja obywatela polskiego jest dozwolona. Poza wymogiem zakwalifikowania czynu jako przestępstwo według prawa polskiego i istnieniem ratyfikowanej umowy międzynarodowej wiążącej zainteresowane strony w przedmiocie ekstradycji, obywatela polskiego można ekstradować jedynie za przestępstwo popełnione poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej[35]. Fakt, że w sprawie Alvareza miejsce przestępstwa znajdowało się na terytorium państwa wzywanego, według polskiego porządku prawnego stanowi zatem podstawę odmowy wydania osoby, której dotyczy wniosek. Norma ta wynika z ogólnie przyjętej reguły, że nikt nie może przeszkodzić suwerennemu państwu w tym, aby osądziło przestępcę przed swoim sądem krajowym za czyn popełniony na własnym terytorium.

Inną kwestią wymagającą poruszenia jest fakt, że obrońcy oskarżonego niemal wcale nie zaakcentowali naruszenia prawa międzynarodowego, jakim było uprowadzenie Alvareza. W żadnej z obecnie obowiązujących konwencji czy innych aktów międzynarodowych nie istnieje wprost wyrażony zakaz stosowania porwań ani też stwierdzenie, że uprowadzenie stanowi złamanie objętych ochroną międzynarodową praw człowieka, jednakże wskazuje się, że Karta Narodów Zjednoczonych czy Powszechna Deklaracja Praw Człowieka nie pozwalają na ten proceder[36]. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., w art. 9 stwierdza, iż „nikogo nie wolno samowolnie aresztować, zatrzymać lub wygnać z kraju". Analogiczną normę przewiduje Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., który w art. 9 ust. 1 zd. 2 przewiduje, że „nikt nie może być samowolnie aresztowany lub zatrzymany". Kolejne zdanie tego ustępu uściśla, że „nikt nie może być pozbawiony wolności inaczej, jak tylko na zasadach i w trybie ustalonym przez ustawę"[37]. Oznacza to, że każdy inny sposób pozbawienia człowieka wolności należy uznać za samowolny, a tym samym sprzeczny z postanowieniami Paktu.

Warto odnotować, że sprawa Alvareza, w kontekście złamania prawa międzynarodowego przez Stany Zjednoczone, była przedmiotem opinii wydanej przez Międzyamerykański Komitet Prawny (IAJC) na wezwanie wyrażone w rezolucji przyjętej 15 lipca 1992 r. przez Organizację Państw Amerykańskich. Zadaniem Komitetu była ocena zgodności orzeczenia amerykańskiego Sądu Najwyższego z obowiązującym prawem międzynarodowym. W opinii wydanej 15 sierpnia 1992 r. Komitet stwierdził, że wyrok

[35] Wyjątkiem jest ekstradycja dokonana na wniosek międzynarodowego organu sądowego działającego na podstawie ratyfikowanej przez Polskę umowy międzynarodowej. Katalog czynów będących podstawą wniosku jest zamknięty – jest to zbrodnia ludobójstwa, zbrodnia przeciwko ludzkości, zbrodnia wojenna lub zbrodnia agresji. W omawianym przypadku z oczywistych względów wyjątek ten nie ma zastosowania.

[36] S. S. Evans, *International Kidnapping in a Violent World: Where the United States Should Draw the Line*, „Military Law Review" 1992, No 137, s. 198-199.

[37] A. Ghafur Hamid, *Jurisdiction over a Person Abducted from a Foreign Country...*, pkt III. A.

Sądu Najwyższego stoi w sprzeczności z normami prawnomiędzynarodowymi, a także „ignoruje zobowiązanie Stanów Zjednoczonych do odesłania Alvareza do kraju, spod którego jurysdykcji został on uprowadzony”[38]. Jakkolwiek stanowisko Komitetu nie ma mocy wiążącej, nie ulega wątpliwości, że jej opiniotwórczy charakter nie może pozostać bez wpływu na dalsze orzecznictwo. W istocie część sądów amerykańskich w podobnych sprawach zarysowała niewielki wyłom w monolitycznej linii orzeczniczej afirmującej starą regułę Ker-Frisbie (np. sprawa *United States v. Matta-Ballesteros* (1995 r.), *United States v. Matos* (1996 r.) czy *Sneed v. State* (1993r.)[39].

Gdyby podążyć tokiem myślenia Sądu Najwyższego w sprawie Alvareza, można dojść do wniosku, iż reguła Ker-Frisbie miałaby znaleźć zastosowanie poza terytorium Stanów Zjednoczonych. W prawie meksykańskim, tak jak i polskim czy wielu innych państw bezapelacyjnie dominuje zasada terytorialności obowiązywania prawa. Jak wskazuje polski kodeks karny w art. 5., polską ustawę karną stosuje się do osoby, która popełniła czyn zabroniony na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa mówi inaczej. Nie ma więc żadnej akceptacji dla jednostronnych czynności obcego państwa na terytorium, nad którym nie rozciąga się jego zwierzchnictwo terytorialne.

Praktyka amerykańska stawia jednak prawo do karania wyżej, niż prawo do całowładności, czyli wyłącznej kompetencji do regulowania wszystkich stosunków przez władzę państwową na swoim terytorium. Stanowisko to uzasadniane jest słuszną skądinąd tezą, że miejsce przebywania przestępcy nie powinno w efekcie powodować sytuacji, w której nie ponosi on zasłużonej odpowiedzialności karnej. Doktryna ta, w amerykańskiej praktyce ignorująca jednak zupełnie adekwatność środków podejmowanych w drodze do osiągnięcia zamierzonego celu, w amerykańskim orzecznictwie co rusz wygrywa z silnie zakorzenioną w Europie, szeroko pojętą koncepcją ochrony praw człowieka. Traktaty ekstradycyjne oraz umowy międzynarodowe w rzeczywistości często nie stanowią realnej gwarancji obrony tych praw przed amerykańskim wymiarem sprawiedliwości. Za powód uciekania się do nielegalnych substytutów ekstradycji, podawana jest konieczność zdecydowanej reakcji na nasilające się przypadki handlu ludźmi i nielegalnymi substancjami. Zagrożenia te USA widzi głównie na swojej południowej granicy, co tłumaczy także napiętymi stosunkami z Meksykiem i nagminnym łapownictwem paraliżującym znaczną część oficjalnych prób przeprowadzenia tradycyjnej procedury ekstradycyjnej. Zdecydowany protest Meksyku i społeczności międzynarodowej na uprowadzenie Alvareza, a także żądanie renegocjowania traktatu ekstradycyjnego pod kątem uregulowania pro-

[38] S. Wilske, T. Schiller, *Jurisdiction over Persons Abducted in Violation of International Law in the Aftermath of United States v. Alvarez-Machain*, „The University of Chicago Law School Roundtable” 1998, No 5/1, s. 214.

[39] *Ibidem*, s. 232.

blemu porwań, doprowadził do podpisania w 1994 r. nowej umowy nakazującej zwrot osób, które znalazły się w Stanach Zjednoczonych w drodze uprowadzenia przez funkcjonariuszy państwowych. Umowa ta nie została jednak przedstawiona po stronie amerykańskiej do ratyfikacji, co uczyniło poprawę stosunków między obydwoma państwami jedynie pozorną. Można domniemywać, iż w świetle tryumfu Meksyku, Amerykanie obawiali się gwałtownej fali potencjalnych żądań rewizji dziesiątek umów ekstradycyjnych łączących USA z innymi państwami na całym świecie. Podtrzymywanie jednak archaicznej doktryny *Ker-Frisbie* pozbawia Stany Zjednoczone szansy skierowania swojej polityki współpracy ekstradycyjnej na nowe, bardziej kooperatywne tory. Stawia także pod znakiem zapytania sens prawny zawartych umów w tej dziedzinie, a także obrazuje niedomagania amerykańskiego ustawodawcy w sytuacji, gdy działania sprzeczne funkcjonalnie z prawem są potwierdzane orzeczeniami sądowymi.

An Abduction as a Form of an Extradition Policy. *United Stated vs. Alvarez-Machain* Case

Abstract: The legality of the abduction being one of most controversial substitutes for extradition is the subject of recognition of national courts of each country. The core issue of the United States vs. Alvarez-Machain case ruled in 1992 by the U.S. Supreme Court was whether the person prosecuted in a criminal case, abducted by U.S. officials of Mexico's territory, may be tried before a U.S. court for an offense under the criminal law of the United States, while there is a bilateral extradition treaty binding both of the countries. As the U.S. Supreme Court stated in its ruling that international kidnapping in US-Mexico relations is not prohibited, there is a question how acts of abduction may be assessed in U.S. relations with other countries, e.g. Poland.

Keywords: abduction, extradition, international kidnapping, Mexico, international treaty, criminal law, Alvarez-Machain

Rozdział III

Praktyczne aspekty definiowania granic wolności i praw politycznych oraz ekonomicznych

Mateusz Radajewski
Katedra Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Weryfikacja ważności wyników wyborów na przykładzie sprawy *Bush v. Gore*

1. Wprowadzenie

Sprawa *Bush v. Gore*[1] była jedną z najsłynniejszych spraw rozstrzyganych w ostatnich latach przez Federalny Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Dotyczyła ona wątpliwości, jakie pojawiły się w związku z wynikami głosowania w wyborach prezydenckich na Florydzie. Orzeczenie Sądu Najwyższego – wydane stosunkiem głosów 5:4 – ostatecznie zakończyło te spory i przesądziło o zwycięstwie w wyborach prezydenckich roku 2000 republikańskiego kandydata Georga W. Busha.

2. Okoliczności sprawy

Okoliczności tejże sprawy przedstawiały się następująco. Dzień po wyborach władze Florydy poinformowały, że George W. Bush, republikański kandydat na urząd prezydenta, otrzymał 2 909 135 głosów, podczas gdy Al Gore, kandydat partii demokratycznej, 2 907 351 głosów. Oznaczało to, że George W. Bush uzyskał w tym stanie przewagę zaledwie 1784 głosów. Ponieważ wynosiła ona mniej niż pół procenta głosów, przeprowadzone zostało – zgodnie z prawem wyborczym Florydy – ponowne maszynowe liczenie głosów, które wykazało, że co prawda George W. Bush nadal prowadzi, ale jego przewaga jest jeszcze mniejsza. Al Gore, zgodnie z florydzkimi przepisami, wniósł o ponowne przeliczenie głosów w hrabstwach: Volusia, Palm Beach, Broward oraz Miami-Dade. Powstał wówczas spór co do terminów dla lokalnych komisji do przesyłania ostatecznych wyników do Sekretarza Stanu Florydy. Sekretarz ten odmówił bowiem zrezygnowania z nałożonego przez ustawę terminu 14 listopada. Sąd go jednak zmodyfikował i określił na dzień 26 listopada.

[1] *George W. Bush, et al., Petitioners v. Albert Gore, Jr. et al*., 531 U.S. 98 (2000).

Tego dnia władze Florydy oficjalnie ogłosiły, że 25. wybory elektorskie w tym stanie wygrał George W. Bush. Zgodnie z florydzkimi przepisami dotyczącymi wyborów Al Gore w dniu 27 listopada złożył skargę do sądu okręgowego hrabstwa Leon, kwestionując wynik wyborów. Jako podstawę wskazał przepis, zgodnie z którym uwzględnienie głosów nieważnych albo odrzucenie głosów ważnych w liczbie wystarczającej do podania w wątpliwość wyników wyborów stanowi podstawę do kwestionowania ważności głosowania. Sąd okręgowy odrzucił skargę, twierdząc, że Al Gore nie przedstawił dostatecznych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Odwołał się on jednak do sądu apelacyjnego, a ten przekazał sprawę do Sądu Najwyższego Florydy. Sąd ten częściowo zmienił orzeczenie. Stwierdził, że sąd okręgowy zasadnie odrzucił podważanie wyników wyborów w hrabstwie Nassau oraz stwierdzenia komisji wyborczej w Palm Beach, że 3300 głosów oddanych w tym hrabstwie nie spełniało ustawowych wymogów głosów ważnych. Sąd Najwyższy Florydy orzekł jednak, że Al Gore udowodnił w dostateczny sposób, że w hrabstwie Miami-Dade należało ręcznie policzyć 9 tys. głosów, których urządzenia liczące nie uznały za głosy ważne. Sąd Najwyższy Florydy stwierdził, że nie ma wątpliwości, iż wśród tych 9 tys. są głosy ważne, które mogą podać w wątpliwość wynik wyborów. Ważny głos, jak stwierdził ten sąd, to ten, w którym wyraźnie zostały wskazane intencje wyborcy. Zauważając, że przepisy dotyczące kwestionowania wyborów dają sędziemu okręgowemu szeroką władzę w kwestii zapewnienia odpowiednich środków adekwatnych do okoliczności, Sąd Najwyższy Florydy stwierdził ponadto, że sąd okręgowy może zaangażować komisarza wyborczego, komisje wyborcze, jak i innych urzędników państwowych we wszystkich hrabstwach, gdzie nie doszło do ręcznego liczenia głosów, aby zrobić to niezwłocznie. Sąd Najwyższy Florydy wskazał również, iż w hrabstwach Palm Beach i Miami-Dade we wcześniejszym liczeniu głosów Al Gore uzyskał przewagę odpowiednio 215 i 168 głosów. Odrzucając stanowisko sądu okręgowego, że hrabstwo Palm Beach nie miało prawa do doliczenia tych głosów, które zostały dostarczone po 26 listopada, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie można traktować tego terminu jako wykluczającego głosy, których treść została zidentyfikowana dopiero po tej dacie. Co do hrabstwa Miami-Dade, Sąd Najwyższy Florydy uznał, że chociaż głosy te zostały odczytane dopiero na skutek ręcznego liczenia, to jednak są to głosy ważne, które mogą wpłynąć na wynik wyborów. W związku z tym Sąd Najwyższy nakazał sądowi okręgowemu, by dodał te głosy do oficjalnej sumy.

W tym kontekście George W. Bush skierował do Federalnego Sądu Najwyższego wniosek, w którym domagał się udzielenia odpowiedzi na dwa pytania:

1) Czy Sąd Najwyższy Florydy ustalił nowe standardy rozstrzygania kontrowersji związanych z wyborami prezydenckimi, naruszając tym samym Konstytucję i ustawy?

2) Czy stosowanie pozbawionego jakichkolwiek standardów ręcznego przeliczania głosów nie narusza zasad równej ochrony oraz rzetelnego procesu?

W odniesieniu do problemu klauzuli równości Federalny Sąd Najwyższy stwierdził jej naruszenie.

2.1. Uzasadnienie Federalnego Sądu Najwyższego

Sąd ten rozpoczął uzasadnienie swojego wyroku od wskazania, że ogólnokrajowe statystyki pokazują, że szacunkowo ok. 2% oddanych głosów nie jest z różnych powodów uznawanych za głosy ważne. Część z nich z powodu świadomego niewybrania żadnego z kandydatów, reszta z powodu błędów głosujących. Do oficjalnej sumy głosów wliczane mogą być tylko te głosy, które prawidłowo spełniają określone wymogi prawne. Analizowana sprawa pokazała, że dziurkujące maszyny do głosowania mogą powodować, że określona liczba kart do głosowania nie zostanie dokładnie przedziurawiona przez wyborców.

Federalny Sąd Najwyższy podkreślił następnie, że obywatele USA nie mają federalnego prawa do głosowania na elektorów w wyborach prezydenta, chyba że lokalna legislatura wybierze ogólnostanowe wybory jako sposób powoływania tychże elektorów. Federalny Sąd Najwyższy, powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo, wskazał, że prawo stanowej legislatury do wyboru sposobu powoływania członków kolegium elektorskiego jest nieograniczone. Może ona zatem sama wybierać elektorów, jeśli tylko zechce. Obecnie jednak wszystkie stany przyjęły, że elektorzy są powoływani w ogólnostanowych wyborach. Należy jednak pamiętać, że każdy stan zgodnie z art. II amerykańskiej konstytucji może w każdej chwili to prawo odebrać. Jeśli lokalna legislatura przekaże prawo wybierania elektorów obywatelom danego stanu, prawo to staje się prawem podstawowym, co wiąże się z koniecznością zapewnienia równej wagi każdemu głosowi. Do jego wykonywania niewątpliwie ma bowiem zastosowanie klauzula równości przewidziana w Czternastej Poprawce. Federalny Sąd Najwyższy przypomniał przy tym swoją tezę z orzeczenia w sprawie *Reynolds v. Sims* z 1964 r.[2], w którym stwierdził, iż prawu wyborczemu można zaprzeczyć tak samo przez zróżnicowanie wagi głosu obywateli, jak i poprzez całkowite zniesienie wolnych wyborów.

[2] Sprawa ta dotyczyła podziału stanu Alabama na okręgi wyborcze w wyborach do stanowego senatu. Mimo że z każdego z nich wybierano po jednym senatorze, ich wielkość – pod względem liczby wyborców – była skrajnie zróżnicowana (największy z nich był aż 41-krotnie liczebniejszy od najmniejszego). W swoim orzeczeniu w tej sprawie Federalny Sąd Najwyższy stwierdził, że zasada równości przewidziana w Czternastej Poprawce wymaga takiego skonstruowania okręgów wyborczych, by głos każdego wyborcy miał – na ile to tylko możliwe – taką samą wagę.

Sąd odnotował, że co do tych założeń nie było sporu między stronami. Musiał on jednak odpowiedzieć, czy procedura ponownego przeliczenia głosów, którą przyjął Sąd Najwyższy Florydy, była zgodna z obowiązkiem przestrzegania zakazu nierównego traktowania obywateli.

Najwięcej wątpliwości wydawały się budzić karty wyborcze, które zostały zaprojektowane w ten sposób, że głos oddawano poprzez przebicie jej w odpowiednim miejscu. Część z nich, na skutek błędu lub celowego działania, nie została przedziurawiona na tyle precyzyjnie, by poprawnie odczytało je urządzenie liczące głosy. W niektórych wypadkach np. fragment kartki, powstający na skutek przedziurawienia, zwisał z dwóch pól, a w innych wypadkach np. w ogóle nie było dziurki, a jedynie wgniecenie. Sąd Najwyższy Florydy stwierdził, że mimo wszystko intencja wyborcy w wielu takich wypadkach była możliwa do odczytania.

Zdaniem Federalnego Sądu Najwyższego system ponownego liczenia głosów zastosowany na skutek wyroku Sądu Najwyższego Florydy nie spełniał minimalnych wymogów niearbitralnego traktowania wyborców. Przyjętą na Florydzie zasadą było uwzględnienie intencji wyborców. Wiązał się z tym jednak brak szczegółowych norm zapewniających jednolite traktowanie poszczególnych kart wyborczych. Sformułowanie takich jednolitych reguł było – zdaniem Federalnego Sądu Najwyższego – możliwe i konieczne.

Sąd ten wskazał, że prawo amerykańskie w wielu wypadkach nakazuje uwzględnianie intencji określonego podmiotu, a w wielu sytuacjach generalny nakaz uwzględniania takiej intencji nie jest w żaden sposób uściślany. W ten jednak sprawie nie chodziło o to, czy np. można wierzyć świadkowi, ale jak interpretować znaki na martwym przedmiocie – kawałku kartonu albo kartce papieru. W tym wypadku nie analizowano zachowania osób, ale pewne cechy przedmiotów. Brak jednolitych zasad w tym wypadku, zdaniem Sądu, doprowadził do nierównego traktowania kart do głosowania nie tylko w poszczególnych hrabstwach, ale nawet w samych hrabstwach – w poszczególnych zespołach liczących. Sąd przywołał kilka przykładów takiego traktowania. Jedno hrabstwo np. zmieniło swoje standardy oceniania kart już w trakcie liczenia. Hrabstwo Palm Beach z kolei rozpoczęło liczenie od wytycznej zakazującej liczenia kompletnie przytwierdzonych wycinków, zmieniając ją potem na regułę, że głos jest ważny, jeśli przez ten wycinek przechodzi światło, a następnie wracając do pierwotnej zasady. Takie postępowanie w ocenie Federalnego Sądu Najwyższego nie dawało gwarancji równego traktowania.

Stanowy Sąd Najwyższy, zdaniem sędziów federalnych, zaakceptował sytuację nierównego traktowania. Zarządził on bowiem, by ponownie przeliczone głosy w hrabstwach Palm Beach i Miami-Dade zostały uwzględnione w oficjalnych sumach. Sąd orzekł również *sub silentio*, by sumy głosów z hrabstwa Broward, które nie zostały skompletowane do czasu ogłoszenia pierwotnych oficjalnych wyników 14 listopada, zo-

stały również dodane do oficjalnej sumy wyników stanowych, chociaż Al Gore wcale nie kwestionował wyników w tym hrabstwie. Każde z hrabstw uznawało głosy za ważne według różnych kryteriów. Hrabstwo Broward np. używało bardziej liberalnych standardów niż Palm Beach, przez co po ponownym przeliczeniu zgłosiło aż trzy razy więcej „nowych" ważnych głosów, co było wyraźnie nieproporcjonalne w stosunku do populacji obu hrabstw. Federalny Sąd Najwyższy zauważył ponadto, że ponowne liczenie głosów w tych trzech hrabstwach nie ograniczyło się tylko do głosów uznanych za nieważne, ale objęło wszystkie karty wyborcze.

Federalny Sąd Najwyższy zauważył ponadto inny problem związany z klauzulą równości. Głosy uznane przez sąd za oficjalne nie uwzględniały wszystkich głosów z hrabstwa Miami-Dade. Z tego powodu stwierdził on, że decyzja Sądu Najwyższego Florydy nie dawała pewności, że oficjalne ogłoszenie wyników musiało być poprzedzone ukończeniem ponownego liczenia. Federalny Sąd Najwyższy podsumował tę część wywodów stwierdzeniem, że konieczność przeprowadzenia szybkiego postępowania nie może być powodem ignorowania gwarancji równej ochrony.

Sędziowie federalni podkreślili następnie, że jeśli sąd zarządza ogólnostanowe działania, muszą istnieć gwarancje, że podstawowe wymogi równego traktowania i uczciwości zostaną zapewnione. Biorąc pod uwagę ocenę Sądu, że toczący się proces ponownego liczenia prawdopodobnie został przeprowadzony w niekonstytucyjny sposób, zawiesił on decyzję nakazującą ponowne przeliczenie głosów już kilka dni wcześniej. Zasady rozstrzygnięcia kontrowersji, jakie opracował stanowy Sąd Najwyższy, nie zostały, w ocenie sędziów federalnych, dobrze dobrane pod względem tego, by wszyscy obywatele mieli równy wpływ na wynik wyborów.

Po rozpatrzeniu tych wszystkich problemów Federalny Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że ponowne przeliczenie głosów, respektujące wymogi klauzuli równości oraz rzetelnego postępowania, nie było możliwe bez znacznej dodatkowej pracy. Wymagałoby to bowiem nie tylko przyjęcia (po odpowiedniej dyskusji) właściwych ogólnostanowych standardów określania, czym jest ważny głos, ale także sądowego rozstrzygnięcia wszelkich spornych kwestii, jakie w tym zakresie mogły się pojawić.

Stanowy Sąd Najwyższy stwierdził, że intencją prawodawcy było, by – zgodnie z § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych – stanowi elektorzy brali udział w procesie wyborczym bez żadnych przeszkód, co wiązało się z tym, że wszelkie kontrowersje czy spory mające doprowadzić do ich ostatecznego wyłonienia powinny były zakończyć się do 12 grudnia 2000 r. Dzień ten wypadał w dniu wydania orzeczenia przez Federalny Sąd Najwyższy, ale na skutek wyroku sądu stanowego nie odbywała się wówczas żadna procedura ponownego liczenia głosów, która w ocenie sędziów federalnych zachowywałaby minimalne gwarancje konstytucyjne.

2.2. Zdania odrębne sędziów Federalnego Sądu Najwyższego

Do orzeczenia zgłoszone zostały zdania odrębne. Pierwsze z nich sporządził Prezes Sądu William H. Renquist. Dołączyli do niego sędziowie Antonin Scalia i Clarence Thomas. Ich zdaniem wyrok Federalnego Sądu Najwyższego był właściwy, ale przemawiały za nim jeszcze dodatkowe argumenty.

W pierwszej kolejności Prezes Renquist wskazał, że wybory prezydenta USA mają charakter szczególny, gdyż dotyczą najważniejszych kwestii dla państwa. Następnie zauważyli oni, że w większości spraw szacunek dla federalizmu zmusza Federalny Sąd Najwyższy do uznawania decyzji sądów stanowych w sprawach związanych ze stosowaniem prawa stanowego. Zwykle podział kompetencji między poszczególne władze danego stanu nie budzi zainteresowania prawa federalnego, z zastrzeżeniem jednak, by ustrój stanu miał charakter republikański. Istnieje jednak kilka wyjątkowych przypadków, w których konstytucja przyznaje obowiązek albo kompetencję określonej władzy stanowej. Jej art. II jest jednym z nich. Mówi on, że każdy ze stanów wyznacza, w sposób jaki przyjmie jego legislatura, elektorów w wyborach Prezydenta i Wiceprezydenta. Tak więc w tym wypadku, w ocenie autora zdania odrębnego, sam tekst ustawy wyborczej, a nie jego interpretacja dokonana przez stanowe sądy, miał decydujące znaczenie.

Prezes Sądu wskazał następnie, że art. II amerykańskiej konstytucji pozostawia wyłącznie ustawodawcy stanowemu określenie metody powoływania elektorów. Znaczące odejście przez sąd od ustawowego schematu ich powoływania stwarza pytanie o konstytucyjność federalną. Paragraf 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych, który został wzięty pod uwagę przed Sąd Najwyższy Florydy, określa, zdaniem autora zdania odrębnego, zastosowanie art. II konstytucji USA w ustawodawstwie Florydy. Przepis ten stanowi, że stanowy wybór elektorów jest ostateczny i bezwzględnie obowiązuje przy liczeniu głosów elektorskich, jeżeli został dokonany na podstawie prawa uchwalonego przed dniem wyborów i zakończył się na 6 dni przed oddaniem głosów elektorskich.

Na Florydzie miejscowa legislatura zdecydowała, że wybór 25 stanowych elektorów dokonywany będzie w ogólnostanowych wyborach. Co ważne, legislatura ta przekazała prawo do zorganizowania i nadzorowania sporów powstałych na tym tle Sekretarzowi Stanu Florydy oraz stanowym sądom okręgowym. Autor zdania odrębnego zauważył, że pojedyncze fragmenty kodeksu mogą dopuszczać więcej niż jedną interpretację, ale ogólna spójność ustawowego trybu nie może być zmieniana w drodze wykładni sądowej. W każdych innych wyborach poza prezydenckimi Sąd Najwyższy Florydy mógłby postępować w relacjach z innymi władzami stanu, jak tylko by chciał. Ale w odniesieniu do wyborów prezydenckich – zdaniem autora zdania odrębnego – sąd stanowy musi być zarówno świadomy roli legislatury w wyborze sposobu powoływania elektorów, jak i szanować organy wprost wyposażone przez ustawodawcę do wykonywania swoich obowiązków. W celu

ustalenia, czy sąd stanowy naruszył uprawnienia legislatury, koniecznie należało sprawdzić prawo stanowe uchwalone przed wyrokowaniem przez ten sąd. Choć na ogół sądom stanowym sędziowie federalni pozostawiają interpretację prawa stanowego, są takie obszary, w których konstytucja USA wymaga od Federalnego Sądu Najwyższego dokonania niezależnej wykładni prawa stanowego. Tak, zdaniem Prezesa tego Sądu, było w tej sprawie. Federalny Sąd Najwyższy według niego powinien orzec, że wykładnia prawa wyborczego Florydy, dokonana przez Sąd Najwyższy tego stanu, niedopuszczalnie je wypaczyła, przez co doszło do naruszenia art. II konstytucji federalnej. Takie postępowanie nie oznaczałoby, zdaniem sędziego Renquista, braku szacunku dla sądów stanowych, ale raczej podkreślałoby szacunek dla konstytucyjnie wyznaczonej roli legislatur stanowych.

Działając na podstawie przyznanego jej konstytucyjnie prawa, legislatura Florydy stworzyła szczegółowy ustawowy tryb powoływania elektorów w wyborach powszechnych. Interpretacja prawa dokonana przez Sąd Najwyższy Florydy zmodyfikowała w ocenie Prezesa Sądu normy ustalone przez ustawodawcę. Przede wszystkim sądowa interpretacja tego, czym jest ważny głos, i wydane na skutek tego postanowienie nakazujące ich ponowne liczenie wyraźnie jego zdaniem odeszły od ustawowo określonej procedury. Ówczesne ustawodawstwo Florydy nie mogło być racjonalnie uważane za wymagające liczenia nieprawidłowo wypełnionych kart. Każdy obwód na Florydzie przed głosowaniem udostępnił dokładne instrukcje, jak oddać głos. W każdym lokalu wyborczym w dniu wyborów ustawiono model działającej maszyny do głosowania, a każde stanowisko do głosowania zawierało przykładową kartę do głosowania. W obwodach wykorzystujących maszyny dziurkujące wyborcy jasno zostali poinstruowani co do dziurkowania kart: „Po głosowaniu upewnij się, że Twoja karta jest w odpowiednich miejscach wyraźnie przedziurawiona, a żaden fragment nie zwisa z tyłu karty". Nikt rozsądny zdaniem Prezesa Sądu nie nazwałby „błędem w liczeniu głosów" albo „odrzuceniem ważnych głosów" (takimi określeniami posługiwała się ustawa stanowa) sytuacji, w której elektroniczne lub elektromechaniczne urządzenia działające w sposób dokładnie taki, jaki miały działać, nie policzyły tych głosów, które nie zostały oddane w wyraźnie określony w instrukcji sposób. Orzeczenie Sądu Najwyższego Florydy oznaczało, według autora zdania odrębnego, że w opinii tego sądu maszyny wyborcze, które są używane do liczenia głosów, jednocześnie prawdopodobnie nie zliczają ważnych głosów, a więc w kolejnych wyborach ręczne przeliczenie głosów będzie za każdym razem konieczne. Sekretarz, którego prawo stanowe upoważniało do wiążących interpretacji kodeksu wyborczego Florydy, odrzucił ten sposób interpretowania prawa. Sąd Najwyższy Florydy, choć zgodnie z prawem musiał uwzględniać interpretacje Sekretarza, odrzucił jego wykładnię. Prezes Sądu podkreślił, że pierwszeństwo powinna mieć jasno wyrażona wola legislatury. Nie było jego zdaniem podstaw do czytania ustawy Florydy w ten sposób, że wymagała ona liczenia niepoprawnie użytych

kart. Stanowy Prokurator Generalny, który zresztą wspierał stanowisko Ala Gore'a, potwierdził na rozprawie, że nigdy wcześniej ręczne przeliczenie głosów nie odbywało się z tego powodu, że głosy budzące wątpliwości co do ich ważności miały zostać zbadane pod kątem intencji wyborców.

Natura i zakres środka naprawczego zaaplikowanego przez Sąd Najwyższy Florydy w ocenie autora zdania odrębnego zagrażała woli ustawodawcy, chcącego skorzystać z dobrodziejstw terminu przewidzianego w § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych. 12 grudnia 2000 r. był wówczas ostatnim terminem wyłonienia elektorów Florydy, w sposób który pozwalałby na skorzystanie z tych dobrodziejstw. Jednak dopiero późnym popołudniem 8 grudnia – cztery dni przed tą datą – Sąd Najwyższy Florydy nakazał ponowne liczenie dziesiątek tysięcy kart z głosami nieważnymi na obszarze 64 z 67 hrabstw tego stanu. Pamiętać trzeba, że karty te były najpierw czytane przez maszyny do głosowania w czasie wyborów, a następnie jeszcze raz analizowane z powodu norm nakazujących ponowne maszynowe liczenie w przypadku małej różnicy głosów między dwoma kandydatami. Prezes Sądu podkreślił, że nikt nie twierdził, iż doszło do jakichkolwiek oszustw wyborczych. Sąd Najwyższy Florydy zarządził dodatkowe ponowne liczenie na podstawie przepisu kodeksu wyborczego dającego sędziemu okręgowemu władzę stosowania środków zaradczych odpowiednich do okoliczności. Jeśli legislatura stanowa wyposażyła stanowe sądy do stosowania odpowiednich środków zaradczych, należało przez to rozumieć, zdaniem Prezesa Sądu, środki, których stosowanie zakończyłoby się przed upływem ostatecznego terminu określonego w § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych. W świetle nieuniknionych skarg do sądów cały proces przeliczania nie mógłby – według autora zdania odrębnego – zakończyć się do tego dnia. Większość sędziów Sądu Najwyższego Florydy wyraziła przekonanie, że przeliczenie głosów w hrabstwach może się zakończyć w przewidzianych ramach czasowych, niemniej jednak nie stanowiło to żadnej gwarancji, że wszelkie odwołania i skargi z tym związane zostaną również rozpatrzone w tym terminie.

Kolejne zdanie odrębne zgłosił sędzia John Paul Stevens. Jego zdaniem konstytucja federalna powierzyła stanom główną odpowiedzialność za określenie sposobu wyborów elektorów. W sprawach dotyczących prawa stanowego, włączając w to prawo wyborcze, ukształtowaną praktyką Federalnego Sądu Najwyższego było akceptowanie zdania najwyższych sądów stanowych. W rzadkich tylko wypadkach zdaniem sędziego Stevensa federalne ustawy albo konstytucja federalna wymagają interwencji sądu federalnego w proces wyborów stanowych. Analizowana sprawa, według autora zdania odrębnego, nie była jednak takim wypadkiem. Art. II konstytucji USA stanowi, że każdy stan wyznacza, w sposób określony przez legislaturę, określoną liczbę elektorów. Ten przepis nie ustanawia stanowych legislatur, ale traktuje je jako te, które są tworami zrodzonymi i skonstruowanymi przez stanowe konstytucje. Władza ustawodawcza na Florydzie jest poddana

nadzorowi sądowemu zgodnie z art. V Konstytucji Florydy i nic w art. II Konstytucji USA zdaniem sędziego Stevensa nie zwalnia stanowej legislatury z ograniczeń nakładanych przez konstytucję stanową. Ponadto, własna decyzja legislatury Florydy, by stosować jeden kodeks wyborczy do wszystkich wyborów, wskazywała, że jej wolą było, by Sąd Najwyższy Florydy w wyborach prezydenckich odgrywał taką samą rolę, jaką odgrywa w rozstrzyganiu wszelkich sporów wyborczych. A zatem wykonywanie przez Sąd Najwyższy Florydy swojej jurysdykcji było zgodne z art. II konstytucji.

Zdaniem autora zdania odrębnego Kongres w drodze § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych nie nałożył na stany żadnych obowiązków, które ich poszczególne władze mogłyby naruszyć. Ów przepis zapewnia jedynie określone korzyści dla stanów, jeżeli dokonają wyboru elektorów na warunkach w nim określonych. Przepis ten, podobnie jak art. II Konstytucji, zakłada zaangażowanie stanowego sądownictwa w interpretowaniu stanowego prawa wyborczego i rozstrzyganiu sporów wyborczych powstałych na tym tle. Żaden z tych przepisów nie przewiduje szczególnej władzy sędziów federalnych do narzucania sędziom stanowym swoich poglądów w kwestii prawa stanowego. Zdaniem sędziego Stevensa nie mają racji wnioskodawcy, twierdząc, że niesprecyzowanie przez Sąd Najwyższy Florydy szczegółowego sposobu ustalania intencji wyborcy doprowadzi na pewno do kolejnych naruszeń Konstytucji. Federalny Sąd Najwyższy uznawał (np. w sprawie *Reynolds v. Sims*), że do takich naruszeń dochodzi, gdy poszczególne głosy w danym stanie nie miały równej wagi. Nigdy natomiast nie podważył on standardów, według których stan rozstrzygał, czy głos został ważnie oddany. I nie było według sędziego Stevensa powodów, by sądzić, że ustalenie kryterium „intencji wyborcy" będzie prowadzić do wyników bardziej zróżnicowanych niż np. codzienne stosowanie kryterium „ponad uzasadnioną wątpliwość".

Trzeba przyznać, że, zdaniem autora analizowanego zdania odrębnego, stosowanie różnych bardziej szczegółowych kryteriów dla ustalania intencji wyborcy w różnych hrabstwach, stosujących podobny system głosowania, może budzić poważne obawy. Są one jednak łagodzone – a nawet eliminowane – przez fakt, że każdy bezstronny sędzia ostatecznie rozstrzygałby wszelkie wątpliwości pojawiające się w toku ponownego liczenia. Jako zasadę przyjąć należało, według sędziego Stevensa, że interpretacja zasad konstytucyjnych nie może być zbyt literalna – jego zdaniem machina państwa nie będzie działać, jeśli nie da się jej trochę luzu. Inna interpretacja skutkowałaby uznaniem, że w konflikt z zasadą równości popada np. również decyzja Florydy do pozostawienia każdemu hrabstwu do samodzielnego określenia, jaki system liczenia głosów zastosuje, mimo możliwych ogromnych różnic między nimi w ich dokładności. Tak samo można by zakwalifikować wówczas podobną decyzję o przekazaniu lokalnym organom kompetencji do określania wzorów kart wyborczych. Jak orzekł Federalny Sąd Najwyższy, gdy tylko legislatura zdecyduje o wyborze elektorów

w powszechnym głosowaniu, prawo każdego do policzenia jego głosu otrzymuje konstytucyjną ochronę. Jak również stwierdziła większość składu orzekającego, prawo Florydy stanowi, że każda karta, która ujawnia intencję wyborcy, jest głosem ważnym. Dostrzegając te zasady, większość składu orzekającego jednak nakazała zakończenie postępowania nim wszystkie głosy zostały policzone. Skutecznie zatem, zdaniem sędziego Stevensa, pozbawiono prawa wyborczego nieznaną liczbę wyborców, których karty ujawniały ich intencje, a które z jakiś powodów zostały odrzucone przez maszyny liczące. Federalny Sąd Najwyższy uczynił to na podstawie terminów określonych w Tytule 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych. Ale przepisy te odnoszą się, według autora zdania odrębnego, jedynie do postępowania Kongresu w wypadku, gdy wola stanu w przedmiocie wyznaczenia elektorów nie jest jasna. Nie zakazują one natomiast liczenia ważnych głosów aż nie zostanie określony rzeczywisty zwycięzca. Jak przypomniał sędzia Stevens, Hawaje w 1960 r. wysłały dwa komplety głosów elektorskich, a Kongres zdecydował o uznaniu jednego z nich dopiero 4 stycznia 1961, znacznie po terminach określonych w Tytule 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych. Według autora zdania odrębnego, nic nie stało zatem na przeszkodzie, nawet jeśli poprawnie uznano, że doszło do naruszenia klauzuli równości, by zastosować inne środki niż pozbawienie wyborców Florydy prawa do policzenia ich głosów.

Sędzia Stevens stwierdził, że w tej sprawie Sąd Najwyższy Florydy nie dokonał żadnych istotnych zmian w stanowym prawie wyborczym. Jego decyzje zostały zakorzenione w długotrwającym precedensie i były zgodne z właściwymi przepisami prawa, traktowanymi jako całość. Sąd Najwyższy Florydy zrobił to, zdaniem autora zdania odrębnego, co robią sądy – rozstrzygnął sprawę w świetle intencji prawodawcy, aby żadnego ważnego głosu nie pozostawić niepoliczonego. Oparł on rozwiązanie problemu odmiennej oceny zakwestionowanych kart wyborczych na wystarczalności generalnego kryterium „intencji wyborcy" i połączył to z procedurą ostatecznego rozstrzygania sporów przez bezstronnych sędziów. Podstawą skargi Georga W. Busha, zdaniem sędziego Stevensa, był ukryty brak wiary w bezstronność i zdolność sędziów stanowych, którzy podejmowaliby najważniejsze decyzje, gdyby ponowne liczenie głosów było kontynuowane. Potwierdzenie tego stanowiska przez większość składu tego sądu, według autora zdania odrębnego, uwiarygodnia jedynie najbardziej cyniczne oceny pracy sędziów w USA. Jak wskazał sędzia Stevens, zaufanie do osób, które sprawują wymiar sprawiedliwości, jest prawdziwą podstawą rządów prawa. Stwierdził on ponadto, że jedynie czas zaleczy rany, które zostały zadane analizowanym orzeczeniem, a następnie dodał: „Mimo iż nigdy z całą pewnością nie będziemy wiedzieć, kto zwyciężył w tych wyborach, wiemy, kto je przegrał. Przegrała wiara Narodu w sędziów jako niezależnych strażników rządów prawa"[3].

[3] Tłumaczenie własne.

Zdanie odrębne zgłosił również sędzia David Souter. Stwierdził on, że Federalny Sąd Najwyższy nie powinien rozpatrywać tej sprawy oraz nie powinien powstrzymać próby przeliczenia wszystkich nieważnych głosów przez wydanie postanowienia wstrzymującego wykonanie wyroku Sądu Najwyższego Florydy. Jego zdaniem analizowana sprawa została rozstrzygnięta błędnie. Dotyczyła ona, wg niego, trzech problemów: czy interpretacja stanowego Sądu Najwyższego narusza § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych; czy ta interpretacja niedopuszczalnie zmieniła stanową ustawę, naruszając art. II Konstytucji USA; czy sposób interpretowania oznaczeń na kartach do głosowania naruszył klauzulę równości i zasady uczciwego procesu określone przez Czternastą Poprawkę. Żaden z tych problemów nie był zdaniem sędziego Soutera trudny do rozwiązania.

Problem § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych, według autora zdania odrębnego, nie był istotny. Przepis ten określa pewne warunki traktowania powołania elektorów jako wiążącego w przypadku, gdy spór dotyczący elektorów musi zostać rozstrzygnięty przez Kongres. Do warunków tych należą: dokonanie wyboru zgodnie z systemem prawnym obowiązującym przed dniem wyborów oraz ustalenia wyniku na co najmniej sześć dni przed datą oddawania głosów elektorskich. Ale żaden stan nie musi dochować postanowień tego przepisu, jeśli z jakichkolwiek powodów nie może tego zrobić. Niedochowanie ich skutkuje jedynie utratą korzyści, jakie daje ten przepis.

Drugim problemem, zdaniem autora zdania odrębnego, była wykładnia przepisów prawa stanowego dokonana przez Sąd Najwyższy Florydy. Dotyczył on tego, czy orzeczenie tego sądu zastąpiło zasady ustanowione przez legislaturę – czy prawo odczytane przez sąd było inne od tego ustanowionego przez legislaturę, której konstytucja USA powierzyła wybór sposobu powoływania elektorów. Wnioskodawca nie stwierdził, że jakikolwiek akt sądowej interpretacji ustawy o niejasnym brzmieniu odbiera kompetencje ustawodawcy i narusza art. II Konstytucji. Ustawy wymagają bowiem interpretacji. George W. Bush stwierdził natomiast, że interpretacja dokonana przez sąd stanowy była tak błędna, że wyszła poza akceptowalne granice wykładni ustaw do tego stopnia, że tak naprawdę doszło nie do wykładani prawa, lecz jego ustanowienia. Przepisy, na których Al Gore oparł swoje prawo do kwestionowania wyników wyborów, stanowią, że podstawą tego może być odrzucenie takiej liczby ważnych głosów, która wystarczy do zmiany lub podania w wątpliwość wyniku wyborów. Zdaniem autora zdania odrębnego, interpretacji tego przepisu dokonanej przez Sąd Najwyższy Florydy nie można było określić mianem niewłaściwej. Inna wykładania tego przepisu oczywiście była możliwa, a być może nawet właściwsza. Ale pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy Florydy mieścił się w granicach dopuszczalnej interpretacji, a tym samym był zgodny z art. II Konstytucji.

Sędzia Souter zauważył, że prawo nie definiuje „głosu ważnego", którego odrzucenie mogło wpłynąć na wynik wyborów. Dlatego to Sąd Najwyższy Florydy był zobowią-

zany do zdefiniowania tego pojęcia. Czyniąc to, sąd sięgnął do innej części ustawy, dotyczącej uszkodzonych i wadliwych kart do głosowania, która zawierała przepis, że żaden głos nie może zostać zignorowany, jeśli jasno można odczytać intencję wyborcy w sposób ustalony przez komisję wyborczą. Sąd wziął to pod uwagę i stwierdził, że „głos ważny" w znaczeniu przyjętym przez stanową legislaturę oznacza głos oddany na karcie, z której można odczytać intencję wyborcy. Oczywiście skład orzekający mógł przyjąć inną definicję. Z pewnością jednak, zdaniem autora zdania odrębnego, w tym wypadku nie doszło do naruszenia Konstytucji USA. Jej art. II nie odnosi się bowiem w ogóle do zwykłych nieporozumień dotyczących interpretowania prawa stanowego.

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy Florydy ustalił znaczenie pojęcie „odrzucenia", aby określić, jakie działania w procesie liczenia głosów mogły zostać oprotestowane w procedurze kwestionowana wyników wyborów. Także w tym zakresie ustawa nie zawierała stosownej definicji. Większość składu orzekającego uznała, że termin ten należało rozumieć jako niepoliczenie określonego głosu. Taka interpretacja, zdaniem sędziego Soutera, z pewnością mieściła się w granicach zdrowego rozsądku, biorąc pod uwagę cel, jakim było uwzględnienie intencji wyborcy, jeśli tylko można było ją ustalić. Inna wykładnia była oczywiście możliwa. Sąd np. mógł dojść do wniosku, iż „odrzucenie" powinno dotyczyć sytuacji awarii maszyny liczącej. Nie było jednak niczego niewłaściwego w interpretacji dokonanej przez Sąd Najwyższy Florydy.

Podobne refleksje sędzia Souter przedstawił w odniesieniu do interpretacji przepisu stanowiącego, że podstawą kwestionowania wyniku wyborów może być liczba głosów wystarczająca do zmiany lub podania w wątpliwość tego wyniku. Sąd Florydy uznał, że chodzi w tym wypadku o sytuację, w której niepoliczonych głosów jest tak wiele, iż jest prawdopodobne, że zawierają one odpowiednią liczbę głosów, które mogą odwrócić wynik wyborów. Sąd mógł co prawda także i w tym zakresie przyjąć inną interpretację i uznać np., że zamiast prawdopodobieństwa wystarczyła sama możliwość zmiany wyniku wyborczego. Nie było jednak i w tym wypadku podstaw do twierdzenia, że Sąd Najwyższy Florydy wyszedł poza granice dopuszczalnej wykładni ustaw czy wręcz ustanowił nowe prawo.

Podsumowując tę część swoich wywodów, sędzia Souter stwierdził, iż interpretacje Sądu Najwyższego Florydy nie budzą poważnych wątpliwości z punktu widzenia art. II Konstytucji. Z tego względu zwyczajowe poszanowanie stanowych interpretacji prawa stanowego powinno było skutkować utrzymaniem ustaleń Sądu Florydy w tej sprawie.

Zdaniem sędziego Soutera dopiero w przypadku problemu klauzuli równości były merytoryczne argumenty przemawiające za podjętym przez Federalny Sąd Najwyższy rozstrzygnięciem. Zauważył on jednak, że kwestia ta mogłaby zostać rozstrzygnięta przez sądy Florydy, gdyby postępowanie nie zostało przerwane. Jeśli natomiast nie zostałaby

rozstrzygnięta na poziomie stanowym, mógłby to uczynić Kongres. Autor zdania odrębnego wskazał, że klauzula równości nie zabrania używania różnych mechanizmów głosowania, nawet jeśli te różne mechanizmy mają zróżnicowaną efektywność w odnotowywaniu intencji wyborców. Dowody w aktach sprawy wskazywały jednak, że rozbieżności mogą powstawać nawet przy stosowaniu tych samych zasad odczytywania intencji wyborcy przy jednakowych kartach i maszynach oraz identycznych cechach fizycznych, takich jak np. wgłębienia na kartach. Sędzia Souter zaproponował, by rozwiązać to poprzez przekazanie analizowanej sprawy do sądów na Florydzie z poleceniem, by ustaliły one jednolite standardy traktowania kart wyborczych. W przeciwieństwie do większości składu orzekającego sędzia Souter nie stwierdził, by Floryda nie mogła sprostać tym wymaganiom przed dniem wyznaczonym na zebranie się elektorów, tj. 18 grudnia.

Własne zdanie odrębne sporządziła również sędzia Ruth B. Ginsburg. Wskazała ona, że Prezes Sądu zamiast uszanowania prawa stanowego sądu najwyższego do ustalenia, co mówi prawo stanowe, stwierdził, że Sąd Najwyższy Florydy tak daleko odszedł od zwykłej sądowej weryfikacji, że to, co zrobił, nie mogło być nazwane wykonywaniem władzy sądowniczej. Podkreśliła ona, że mogłaby dołączyć do wykładni Prezesa Sądu, gdyby do jej obowiązków należało interpretowanie prawa stanowego. Wskazał następnie, że Federalny Sąd Najwyższy często akceptuje interpretacje ustaw, a czasem nawet Konstytucji, z którą się nie zgadza, a stanowisko sądów stanowych co do prawa stanowego odrzuca tylko w wyjątkowych przypadkach.

Sędzia Ginsburg wskazała, że zdaniem Prezesa Sądu art. II, stanowiący, iż stanowa legislatura określa sposób powoływania elektorów, upoważnia do dokonania federalnego nadzoru nad relacjami między stanowymi sądami a stanową legislaturą i pozwala na odejście od zwyczajowego szacunku, jakim obdarzana jest interpretacja prawa stanowego dokonywana przez sądy stanowe. Zdaniem sędzi Ginsburg, twórcy amerykańskiej konstytucji rozumieli, że w ustroju republikańskim sądownictwo jest powołane do interpretowania ustaw. W świetle konstytucyjnego wymogu ustanowienia republikańskiej formy rządów w poszczególnych stanach, art. II amerykańskiej ustawy zasadniczej trudno interpretować jako pozwolenie dla Federalnego Sądu Najwyższego do zakłócania stanowego ustroju republikańskiego. Prezes Sądu jednak, zdaniem autorki zdania odrębnego, tak właśnie stwierdził. Uznając, że art. II wymaga rewizji interpretacji prawa stanowego dokonanej przez sądy stanowe w celu ochrony jednego organu stanu przed drugim, Prezes Sądu naruszył podstawową zasadę, zgodnie z którą stany mogą się zorganizować według własnego uznania.

Nadzwyczajne okoliczności tej sprawy, zdaniem sędzi Ginsburg, przysłoniły zwykłe zasady, które jasno określają, że federalne sądy pozostawiają sądom stanowym interpretację prawa stanowego. Ta reguła według niej odzwierciedla istotę federalizmu. Gdyby po-

zostali sędziowie składu orzekającego byli tego świadomi, zaakceptowaliby – zdaniem sędzi Ginsburg – orzecznictwo Sądu Najwyższego Florydy.

Następnie sędzia Ginsburg wskazała, że w idealnym świecie dokładność działań wyborców byłaby właściwym standardem oceny przy ponownym liczeniu głosów. Nie można jednak jej zdaniem takiego kryterium stosować w realnym świecie. Nie zgodziła się z tym, że procedura ponownego liczenia przyjęta przez sąd Florydy, być może nawet wadliwa, przyniosłaby wyniki mniej uczciwe niż uznanie za ostateczne wyników sprzed ponownego liczenia. Nawet jeśli doszło do naruszenia klauzuli równości, troska Federalnego Sądu Najwyższego o zachowanie terminu 12 grudnia była jej zdaniem nie na miejscu. Data ta, określona w § 5 Tytułu 3 Kodeksów Stanu Zjednoczonych, nie miała bowiem takiego znaczenia, jakie zostało jej przypisane przez większość składu orzekającego. Jeśli termin ten by minął, Floryda nadal byłaby uprawniona do dostarczenia głosów elektorów, a Kongres musiałby je uwzględnić, chyba że obie Izby doszłyby do przekonania, że głosy te nie zostały właściwie oddane.

Na koniec sędzia Ginsburg wskazała, że twierdzenie Federalnego Sądu Najwyższego, iż zgodne z Konstytucją ponowne policzenie głosów nie jest możliwe, jest jedynie prognozą tego sądu, która z racji jego orzeczenia, nie może zostać zweryfikowana. Takie prognozy nie powinny, zdaniem sędzi Ginsburg, decydować jednak o wyborze prezydenta USA.

Własne zdanie odrębne sporządził również sędzia Stephen Breyer. Jego zdaniem Federalny Sąd Najwyższy nie powinien był w ogóle rozpatrywać tej sprawy. Nie powinien też wcześniej wstrzymywać ponownego liczenia głosów. Właściwym środkiem zaradczym byłoby według niego przekazanie analizowanej sprawy do Sądu Najwyższego Florydy, by ten wypracował jednolite standardy w tym zakresie.

Następnie sędzia Breyer podniósł, że większość składu orzekającego uzasadniła wstrzymanie ponownego liczenia tylko tym, że nie było już na to czasu. Uczyniono to bez jakiegokolwiek dowodu, że ponowne liczenie nie mogłoby się zakończyć w odpowiednim terminie. Wstrzymując ponowne liczenie, a tym samym gwarantując, że niepoliczone ważne głosy nie zostaną uwzględnione w ogóle, Federalny Sąd Najwyższy zastosował nieproporcjonalny środek. I środek ten naruszył uczciwość, którą ten sąd miał chronić. Ręczne przeliczenie, zdaniem sędziego Stevensa, samo naprawiłoby problem nierównego potraktowania kart wyborczych. Karty wyborcze w hrabstwach, które używały systemu dziurkującego, były bardziej narażone na odrzucenie niż w hrabstwach, które stosowały skanowanie optyczne. Zgodnie z doniesieniami prasowymi zmiana w skali głosów nieważnych była zauważalna (0,3% przy skanowaniu optycznym, 1,53% przy dziurkowaniu). Tak więc w systemie, który pozwalał hrabstwom na stosowanie różnych systemów głosowania, głosujący przybywający do lokalu wyborczego już mie-

li nierówne szanse na oddanie głosu, który zostanie policzony. Sędzia Breyer wskazał, że nie rozumie, czemu stosowanie różnych systemów głosowania mogło zostać uznane za bardziej uczciwe niż zakwestionowana decyzja sądu Florydy.

Następnie, autor zdania odrębnego stwierdził, że nie może się zgodzić, iż nietypowa kontrola prawa stanowego dokonana w tej sprawie jest uzasadniona treścią art. II Konstytucji lub § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych. Co więcej, nawet gdyby taka kontrola była dopuszczalna, twierdzenie, że Sąd Najwyższy Florydy naruszył prawo federalne, było jego zdaniem nie do utrzymania. Przyznając, że w większości wypadków szacunek dla federalizmu wymaga uznawania decyzji sądów stanowych dotyczących prawa stanowego, uzasadnienie Prezesa Sądu, opierające się na kombinacji art. II Konstytucji i § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych, wskazywało, że analizowana sprawa należała do wyjątków, w których zasady tej nie należało stosować. Podstawa takiego twierdzenia opierała się na odwołaniu do samej treści Konstytucji – art. II powierza władzę w kwestii powoływania elektorów stanowym legislaturom. Ale ani treść tego przepisu, ani żaden precedens nie prowadzi, zdaniem autora zdania odrębnego, do wniosku, że daje on legislaturze nieograniczoną – nawet konstytucją stanową – władzę powoływania elektorów.

Opinia Prezesa Sądu stanowiła, że wykładnia florydzkiego prawa wyborczego dokonana przez Sąd Najwyższy Florydy niedopuszczalnie je wypaczyła, łamiąc zasady uczciwego czytania tekstu prawnego, i w ten sposób naruszyła art. II Konstytucji USA. Wypaczenie to miało m.in. polegać na nakazaniu ręcznego liczenia głosów uznanych za nieważne, które nie mogło zostać zakończone do dnia określonego w § 5 Tytułu 3 Kodeksu Stanów Zjednoczonych. Należy jednak w tym wypadku pamiętać, że niezdolność sądów Florydy do przeprowadzenia ponownego liczenia na czas była w znacznej części efektem działań Federalnego Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy Florydy sądził, że jest to możliwe do wykonania. Federalny Sąd Najwyższy nieopatrznie to zatrzymał. W wyniku tego, jak stwierdził sędzia Breyer, nigdy się nie dowiemy, czy ponowne przeliczenie na czas było możliwe.

Ustawa dała sądom Florydy władzę do wydawania wszelkich poleceń, jakie uznają za niezbędne do zapewnienia, że każdy zarzut dotyczący wyniku wyborów zostanie zbadany i do zastosowania odpowiednich środków naprawczych. Sąd Najwyższy Florydy, zdaniem sędziego Breyera, właśnie to zrobił. Można się według niego nie zgadzać z interpretacją dokonaną przez sąd albo i z tekstem ustawy. Ale nie można prostej wykładni ustawy nazwać tak błędną, by odmówić jej charakteru interpretacji sądowej, albo wręcz potraktować ją jako uzurpację władzy ustawodawczej. Inne sądy stanowe, zdaniem autora zdania odrębnego, podobne ustawy interpretują w podobny sposób.

Jak wskazał dalej, żadna bardzo ważna kwestia prawna nie wymagała, by Federalny Sąd Najwyższy zajął się tą sprawą, a już na pewno nie wymagała, by przerwać proces

ponownego liczenia na Florydzie w jego trakcie. Poza jednym wyjątkiem wnioskodawca nie zwrócił się do Federalnego Sądu Najwyższego o ochronę konstytucyjnych norm gwarantujących podstawowe prawa człowieka. Wnioskodawcy przywołali fundamentalną sprawiedliwość, a dokładnie potrzebę sprawiedliwości proceduralnej. Ale poza jednym wyjątkiem dotyczącym klauzuli równości, oparli się oni na prawie dotyczącym konstytucyjnego podziału władzy, a nie prawie chroniącym prawa podstawowe. Żadna ze stron nie wskazała, że doszło do oszustw wyborczych. Nie było zatem podstaw, by analizowaną sprawę rozstrzygał Federalny Sąd Najwyższy, ponieważ problem równości mógł zostać rozstrzygnięty przez sąd stanowy. W tym celu, według autora zdania odrębnego, należało zwrócić mu tę sprawę ze wskazaniem, by opracował jednolite standardy dla procesu ponownego liczenia głosów.

Wybór Prezydenta, zdaniem sędziego Breyera, ma fundamentalne znaczenie dla kraju. Ale to znaczenie ma charakter polityczny, a nie prawny. Federalny Sąd Najwyższy powinien oprzeć się pokusie rozstrzygania konfliktów prawnych, gdy w ten sposób zagraża ustaleniu wyników wyborów. Ustawy federalne i stanowe jasno stanowią, że taka powściągliwość byłaby właściwa. Mówią one bowiem, jak rozstrzygnąć spory wyborcze. Nie przewidują one w tym zakresie zaangażowania Federalnego Sądu Najwyższego. Wręcz przeciwnie, Dwunasta Poprawka powierzyła władzę i odpowiedzialność w sprawie liczenia głosów elektorskich Kongresowi. Ustawa federalna określa, że po tym jak stany podjęły próbę rozstrzygnięcia sporów w tym zakresie, Kongres jest ciałem uprawnionym do wyjaśnienia wszystkich pozostałych kontrowersji. Geneza tej ustawy jasno wskazuje, że jej intencją było przekazanie rozstrzygania tego typu sporów do Kongresu, a nie do sądów. Jej pomysłodawca wskazał, że najwyższym trybunałem w tego typu sprawach powinien być organ kolegialny, w którym są reprezentowane stany oraz lud, czyli Kongres. Ustawa ta określa jasne zasady dla rozstrzygania tego typu sporów przez parlament. Jeśli np. stan przekaże tylko jeden komplet głosów elektorskich, Kongres musi je uwzględnić, nawet jeśli sądzi, że nie zostały one prawidłowo oddane. Natomiast jeżeli np. stan przekaże dwa komplety glosy elektorskich, wtedy każda z Izb musi osobno określić, które głosy są odzwierciedleniem decyzji podjętej przez stan zgodnie z jego prawem. Jeśli obie izby zgadzają się w tej sprawie, głosy, które one zaaprobowały, zostają policzone. Jeśli się nie zgadzają, policzone zostają te głosy, które zostały poświadczone przez egzekutywę tego stanu. Biorąc pod uwagę ten szczegółowy tryb liczenia głosów elektorskich, nie było podstaw, by przyjmować, że prawo federalne przewiduje lub wymaga, by tak polityczną kwestię rozstrzygał Federalny Sąd Najwyższy. Nie było też powodów, by sądzić, że twórcy konstytucji chcieli inaczej. James Madison np. twierdził, że umożliwienie sędziom wyboru elektorów zupełnie nie wchodzi w grę.

Decyzja twórców konstytucji, jak i ustawodawcy, by zminimalizować rolę Federalnego Sądu Najwyższego w wyborze prezydenta jest, zdaniem autora zdania odrębnego, równie jasna, co rozsądna. Niezależnie jak niewygodne lub trudne może być rozstrzyganie przez Kongres skomplikowanych sporów wyborczych, organ ten, będący ciałem politycznym, wyraża wolę ludu znacznie lepiej niż niepowoływany przez elektorat sąd. A wybory prezydenckie to jest właśnie kwestia, w której wola ludu ma decydujące znaczenie.

Na koniec swojego zdania odrębnego, sędzia Breyer wskazał, że w tak tej silnie politycznej materii niejednomyślność Federalnego Sądu Najwyższego podważa zaufanie opinii publicznej do niego.

3. Okoliczności sprawy *Bush v. Gore* w kontekście polskiego porządku prawnego

Omówiony powyżej wyrok Federalnego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bush v. Gore* skłania do refleksji nad pytaniem, czy ramach prawa obowiązującego w Polsce porównywalny problem zostałby podobnie rozstrzygnięty. Wydaje się, że udzielnie odpowiedzi na tak zadane pytanie nie będzie łatwe. Zauważyć bowiem trzeba, iż wiele istotnych okoliczności sprawy *Bush v. Gore* nie da się w prosty sposób przełożyć na polskie realia. Przede wszystkim Polska jest państwem unitarnym, a zatem nie jest możliwe przeanalizowanie z punktu widzenia polskiego prawa relacji między sądami stanowymi a federalnymi. Istotne jest również to, że w myśl Kodeksu wyborczego[4] w Polsce głos oddaje się wyłącznie przez postawienie znaku „x" na karcie wyborczej. Taki sposób głosowania – w przeciwieństwie do systemu polegającego na przedziurawianiu kart wyborczych – nie rodzi w zasadzie większych wątpliwości co do woli wyborcy, a w przypadku oddania głosu nieważnego generalnie uniemożliwia ustalenie, czy dokonało się to na skutek błędu wyborcy, czy jego świadomej decyzji. Tym samym próba określenia rzeczywistego zamiaru obywatela w takim wypadku w polskich warunkach jest w zasadzie bezcelowa.

Niewątpliwie w polskim prawie odnaleźć możemy natomiast normę, która stała się podstawą orzeczenia *Bush v. Gore*. Rolę klauzuli równości określonej w Czternastej Poprawce w Polsce pełni art. 32 Konstytucji RP. Równość w kontekście prawa wyborczego deklarują ponadto art. 96 ust. 2, art. 127 ust. 1 oraz art. 169 ust. 2 polskiej ustawy zasadniczej.

Wątpliwości budzi, czy w systemie prawnym RP odnaleźć można normę, która nakazując rozstrzygnięcie do określonego terminu wszelkich wątpliwości związanych z wyborami, pełniłaby rolę podobną do tej, jaką Federalny Sąd Najwyższy przypisał § 5 Tytułu 3

[4] Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. z 2014 r., poz. 1072, z późn. zm.

Kodeksu Stanów Zjednoczonych. Część doktryny wskazuje, że z treści art. 131 ust. 2 pkt 3 Konstytucji RP wywieść można, że Sąd Najwyższy powinien podjąć uchwałę w przedmiocie ważności wyborów prezydenckich przed dniem objęcia urzędu przez nowo wybraną głowę państwa[5]. Niejasny jest też charakter prawny art. 244 § 2 i 324 § 2 Kodeksu wyborczego, które przewidują, że Sąd Najwyższy podejmuje uchwałę w przedmiocie ważności wyborów parlamentarnych i prezydenckich odpowiednio w terminie 90 i 30 dni od podania oficjalnych ich wyników do publicznej wiadomości przez Państwową Komisję Wyborczą[6].

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności, dokonam próby odpowiedzi na pytanie, czy orzeczenie podobne do wyroku wydanego w sprawie *Bush v. Gore* mogłoby zapaść w polskim porządku prawnym, głównie odnosząc się do problemu treści konstytucyjnej zasady równości prawa wyborczego oraz kwestii, na ile w polskim porządku prawnym bierze się pod uwagę rzeczywistą wolę wyborcy.

[5] Przepis ten stanowi bowiem, że Marszałek Sejmu tymczasowo wykonuje obowiązki głowy państwa w razie „stwierdzenia nieważności wyboru Prezydenta RP lub innych przyczyn nieobjęcia urzędu po wyborze". Tym samym stwierdzenie nieważności wyborów prezydenckich zostało uznane za jedną z przyczyn nieobjęcia urzędu głowy państwa, a zatem przyjąć trzeba, że wolą ustrojodawcy jest, by Sąd Najwyższy rozstrzygał o tym, nim nowo wybrany Prezydent RP obejmie swój urząd (zob. L. Garlicki, Art. 101 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, s. 6). Uwagi te można uzupełnić jeszcze stwierdzeniem, że art. 131 ust. 2 enumeratywnie wymienia przesłanki przejęcia obowiązków głowy państwa przez Marszałka Sejmu. Podzielić je można na dwie grupy – jedna z nich (pkt 1-2 oraz 4-5) odnosi się do sytuacji opróżnienia urzędu Prezydenta RP, druga (pkt 3) do upływu kadencji poprzedniego prezydenta i nieobjęcia urzędu przez kolejnego. Stwierdzenie nieważności wyborów zaliczono wyraźnie do tej drugiej grupy, a zatem ustrojodawca nie przewidział możliwości opróżnienia urzędu Prezydenta RP na skutek stwierdzenia nieważności wyborów już po złożeniu przez niego ślubowania. Stanowi to kolejny argument za tym, że Sąd Najwyższy powinien orzekać w tej sprawie wyłącznie przed objęciem urzędu przez prezydenta.

[6] Część przedstawicieli doktryny wskazuje, że tego typu ustawowe terminy w odniesieniu do wyborów parlamentarnych nie mogą mieć charakteru zawitego, tzn. że ich upływ nie może uniemożliwiać podjęcia przez SN stosownej uchwały. Wynika to z faktu, że jest ona wymaganym przez Konstytucję koniecznym elementem procedury wyborczej (zob. L. Garlicki, Art. 101…; Ł. Buczkowski, *Stwierdzanie ważności wyborów parlamentarnych i prezydenckich w polskim prawie konstytucyjnym*, Przemyśl-Rzeszów 2010, s. 180). Przeciwny pogląd zgłosił B. Banaszak – zdaniem tego autora wskazany 90-dniowy termin musi być bezwzględnie przestrzegany. Wskazuje on jednak, że ustawodawca powinien dokładnie uregulować skutki jego niedochowania, co obecnie nie ma miejsca (zob. B. Banaszak, *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 424-425). W przedmiocie charakteru prawnego omawianych terminów – w kontekście wcześniej obowiązujących podobnych regulacji – wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny. Stwierdził on, że należy traktować je jako zawite, choć nie określił, jakie skutki powinno wywołać ich naruszenie (zob. uchwała TK z 16 czerwca 1993 r., W 4/93, OTK 1993, nr 1, poz. 45). Inaczej w doktrynie traktowany jest natomiast 30-dniowy termin na rozstrzygnięcie przez SN o ważności wyborów prezydenckich. W tym wypadku – w kontekście wyżej przywołanych argumentów o konieczności podjęcia uchwały w tym przedmiocie przed objęciem przez prezydenta urzędu – wyraźnie zaznacza się pogląd o zawitym charakterze tego terminu, którego niedochowanie skutkuje koniecznością powtórzenia wyborów (zob. Ł. Buczkowski, *Stwierdzanie ważności wyborów…*, s. 252; B. Banaszak, *Kodeks wyborczy…* , s. 509). Stanowisko takie wydaje się jednak niewłaściwe. Termin ten bowiem najczęściej upływać będzie jeszcze przed złożeniem ślubowania przez nowo wybranego Prezydenta RP. Możliwe jest zatem rozstrzyganie przez SN o ważności wyborów głowy państwa po upływie tego terminu, ale jeszcze przed objęciem przez nią urzędu. W takiej sytuacji trudno byłoby dopatrzeć się naruszenia art. 131 ust. 2 pkt 3 Konstytucji, które mogłoby uzasadniać konieczność przeprowadzenia ponownych wyborów.

Zasada równości prawa wyborczego pojmowana jest zwykle szeroko, tzn. że odnosi się ona do całości procesu wyborczego i obejmuje swoim zakresem wykonywanie nie tylko czynnego, ale i biernego prawa wyborczego[7]. W kontekście omawianego tematu kluczowe znaczenie ma jednak jedynie równość czynnego prawa wyborczego, a zatem tylko do niej zostaną ograniczone poniższe analizy. Zwykle określając treść zasady równości czynnego prawa wyborczego, wskazuje się na jej dwa aspekty: formalny i materialny. Pierwszy z nich wymaga, by wszyscy wyborcy uczestniczyli w wyborach na takich samych zasadach[8]. Jej naruszenie może się dokonać albo przez przyznanie określonym osobom większej ilości głosów niż pozostałym[9], albo przez stworzenie kurialnego systemu wyborczego[10].

Równość czynnego prawa wyborczego w znaczeniu materialnym oznacza natomiast, że głos każdego wyborcy powinien posiadać mniej więcej taką samą wagę[11]. Wymaga ona zatem odpowiedniego ukształtowania okręgów wyborczych, tak aby jeden deputowany przypadał na mniej więcej podobną liczbę wyborców.

Warto w kontekście rozważań o równości czynnego prawa wyborczego w Polsce wskazać, że ustrojodawca wprost przewidział ją jedynie w odniesieniu do wyborów prezydenckich oraz do Sejmu. Świadomie została ona natomiast pominięta w art. 97 Konstytucji RP, określającym zasady wyborów do Senatu. Wynikało to z przyjmowanej w czasie prac nad ustawą zasadniczą koncepcji Senatu, zgodnie z którą każde z ówcześnie istniejących województw powinno było posiadać w nim taką samą reprezentację[12]. Przepis ten budzić może poważne wątpliwości. Nie rozstrzyga on bowiem wprost, czy należy go rozumieć jako nakaz przeprowadzania nierównych wyborów do Senatu, oraz czy wymaga lub dopuszcza on w wyborach senatorów nierówność również w znaczeniu formalnym, czy jedynie w znaczeniu materialnym.

---

[7] Zob. L. Garlicki, Art. 96 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. *idem*, s. 9; por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 572.

[8] Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 275; *idem*, *Konstytucja.*..., s. 572; M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011, s. 45.

[9] Zob. B. Banaszak, *Prawo.*..., s. 275; *idem*, *Konstytucja.*..., s. 572; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 149-150.

[10] Polega on na podzieleniu elektoratu na grupy (tzw. kurie). Każda z nich wybiera określoną liczbę parlamentarzystów. Liczba ta nie jest jednak proporcjonalna do liczebności kurii. System taki występował w przeszłości, obecnie nie jest już stosowany (por. M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy* …, s. 46).

[11] Zob. L. Garlicki, Art. 101…, s. 8-9; *idem*, *Polskie prawo.*..., s. 150; B. Banaszak, *Prawo.*..., s. 276; *idem*, *Konstytucja.*..., s. 574; M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy* …., s. 46.

[12] W obowiązującym wówczas porządku prawnym Polska podzielona była na 49 województw. Każde z nich – poza dwoma – dysponowało dwoma senatorami. Dwa najbardziej liczne województwa – stołeczne warszawskie i katowickie – wybierało natomiast 3 senatorów (zob. L. Garlicki, *Polskie prawo.*..., s. 151). W kontekście niniejszego artykułu można stwierdzić, że koncepcja ta nawiązywała do konstrukcji amerykańskiego Senatu, w którego przypadku każdy ze stanów, niezależnie od swojej wielkości, wybiera dwóch senatorów. Zauważyć należy, że ordynacje wyborcze przyjmowane po reformie podziału administracyjnego Polski (jak i obecnie obowiązujący Kodeks wyborczy) zerwały z koncepcją równej reprezentacji województw w Senacie.

Jeżeli chodzi o pierwszą z tych kwestii, niewątpliwie przyjąć trzeba, że art. 97 ust. 2 Konstytucji RP nakłada na ustawodawcę obowiązki ściśle w nim określone. To znaczy, że wymaga od niego jedynie tego, by wybory do Senatu były powszechne, bezpośrednie i odbywały się w głosowaniu tajnym. Nie rozstrzygając o pozostałych kwestiach, pozostawia on w tym zakresie swobodę ustawodawcy zwykłemu. To zatem do niego należy określenie, czy wybory do Senatu będą równe i proporcjonalne[13]. Przyjąć trzeba, że jeżeli wolą ustrojodawcy byłoby, by wybory do Senatu były nierówne i większościowe, zostałoby to wprost określone w treści art. 97 ust. 2 ustawy zasadniczej[14].

Drugim problemem, jaki wiąże się z milczeniem ustrojodawcy w przedmiocie równości wyborów do Senatu, jest kwestia tego, w jakim stopniu wybory te mogą być nierówne. W doktrynie powszechnie podzielany jest pogląd o tym, że nierówność ta jest dopuszczalna tylko w zakresie materialnym, nie zaś formalnym[15]. Przyjmuje się, że takie rozumienie tego przepisu wynika z faktu, że milczenie ustrojodawcy w przedmiocie równości wyborów do Senatu nie uchyla generalnego zakazu dyskryminacji określonego w art. 32 Konstytucji[16]. Pogląd powyższy podziela również Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku w sprawie Kodeksu wyborczego[17] stwierdził, że „równość w aspekcie formalnym jest koniecznym warunkiem wyborów demokratycznych. Dzielenie obywateli na tych, którzy mają większą i mniejszą liczbę głosów do wykorzystania w procesie wyborczym, byłoby sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) oraz zasadą równości praw wyborczych (art. 62 ust. 1 w związku z art. 32 Konstytucji). Nie sposób byłoby wskazać kryterium takiego zróżnicowania, które znajdowałoby uzasadnienie w świetle standardów konstytucyjnych". Powyższe argumenty prowadzą zatem do wniosku, że możliwe jest takie skonstruowanie wyborów do Senatu, w których siła głosu poszczególnych wyborców będzie zróżnicowana, natomiast formalnie każdy z nich musi posiadać taką samą liczbę głosów[18].

Główną podstawą orzeczenia w sprawie *Bush v. Gore* było stwierdzenie, że określanie, który głos jest nieważny, bez przyjęcia w tym zakresie jednolitych standardów narusza zasadę równości określoną w Czternastej Poprawce. W tym kontekście należy się zastanowić, czy podobne okoliczności mogłyby zostać uznane za naruszenie zasady równości czynnego prawa wyborczego, o której mowa w Konstytucji RP. Wydaje się, że

[13] Art. 97 ust. 2 pomija bowiem również proporcjonalność, która obowiązuje – na mocy art. 96 ust. 2 Konstytucji RP – w wyborach do Sejmu.

[14] Powyższy pogląd jest powszechnie podzielany w doktrynie (zob. np. L. Garlicki, Art. 97 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz…*, s. 10; B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 585; M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy* …, s. 49).

[15] Zob. np. B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 585-586; M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy* …, s. 49.

[16] Zob. L. Garlicki, Art. 97…, s. 10.

[17] Wyrok TK z 20 lipca 2011 r., K 9/11, OTK-A 2011, nr 6, poz. 61.

[18] Nakaz uwzględniania formalnej równości w wyborach do Senatu obejmuje oczywiście swoim zakresem również zakaz organizowania wyborów kurialnych.

dotyczy ona nie tylko samych założeń systemu wyborczego, takich jak konstrukcja okręgów wyborczych czy liczba przysługujących wyborcom głosów, ale obowiązuje na każdym etapie procedur wyborczych[19], a zatem również w trakcie liczenia głosów. Oznacza to w szczególności, że karty, na których oddano głos w ten sam sposób, powinny zostać potraktowane w toku liczenia tak samo, tj. albo jako głosy ważne, albo jako głosy nieważne. Wymaga to zatem określenia precyzyjnych reguł kwalifikowania głosów jako ważne, które będą obowiązywać we wszystkich komisjach wyborczych liczących głosy. Reguły takie znajdują się w obecnie obowiązującym Kodeksie wyborczym. Zgodnie z nimi ważny głos oddaje się wyłącznie poprzez postawienie w kratce znajdującej się po lewej stronie nazwiska kandydata znaku „x", zdefiniowanego jako dwie linie przecinające się w obrębie tej kratki. Głos oddany w jakikolwiek inny sposób traktowany jest jako głos nieważny. Reguły te wydają się być łatwe do jednolitego zastosowania w całym kraju, stąd przyjąć trzeba, że gwarantują jednakowe traktowanie wszystkich kart wyborczych na etapie liczenia głosów.

W tym kontekście należy się zastanowić, czy takie jednolite traktowanie kart do głosowania jest elementem formalnego czy materialnego aspektu równości prawa wyborczego. Odpowiedź na to pytanie jest ważna z punktu widzenia poczynionych powyżej rozważań na temat dopuszczalnej materialnej nierówności w wyborach do Senatu. Jeżeli bowiem równe traktowanie kart wyborczych w toku liczenia głosów jest przejawem materialnego aspektu równości, to Konstytucja RP dopuszcza jego brak w wyborach senatorów. Wydaje się jednak, że należy zaliczyć je do elementu formalnej równości. Arbitralne nierówne traktowanie tak samo oznaczonych kart wyborczych nie znajdowałoby bowiem żadnego konstytucyjnego uzasadnienia i naruszałoby generalny zakaz dyskryminacji określony w art. 32 Konstytucji. Tym samym we wszelkiego rodzaju wyborach konieczne jest zapewnienie jednolitych standardów kwalifikowania głosów jako ważne lub nieważne.

W tym miejscu warto również rozważyć, czy takie ustalenie jednolitych standardów mogłoby się dokonać już w trakcie liczenia głosów, gdyby – z powodu jakichkolwiek wad regulacji ustawowej – pojawiły się wątpliwości co do uznawania określonych głosów za ważne. Wydaje się, że przydatnym wówczas instrumentem mogłyby się okazać przewidziane w art. 161 § 1 Kodeksu wyborczego wytyczne Państwowej Komisji Wyborczej, które są wiążące m.in. dla wszystkich komisji wyborczych niższego szczebla. Niewątpliwie w aktach tego typu mogłaby ona dookreślić ustawowe kryteria uznawania głosów za ważne, a tym samym zapewnić jednolite traktowanie wszystkich kart wyborczych na etapie ich liczenia.

Jak już zostało wskazane powyżej, jednym z kluczowych zagadnień, jakie należy rozważyć w kontekście próby przeniesienia okoliczności sprawy *Bush v. Gore* na grunt

[19] Zob. L. Garlicki, Art. 96…, s. 8; B. Banaszak, *Konstytucja.…*, s. 572.

polski, jest kwestia tego, czy w toku kwalifikowania głosu jako ważny lub nieważny jest uwzględniana rzeczywista wola wyborcy. Jak zostało wspomniane, sposób głosowania przyjęty w Polsce rodzi znacznie mniej problemów w zakresie prawidłowego wyrażania woli przez wyborców niż system polegający na dziurkowaniu kart wyborczych, który był użyty w niektórych hrabstwach na Florydzie w 2000 r. Nie oznacza to jednak, że głosowanie polegające na postawieniu znaku „x" zupełnie eliminuje ryzyko niewłaściwego wyrażenia swojej woli przez wyborcę. Jest bowiem możliwe, że głos z powodu pomyłki lub otrzymania błędnych wskazówek zostanie oddany np. poprzez postawienie w kratce przy nazwisku znaku „□" albo przez jej zamalowanie. Żadna z tych form nie może zostać uznana za znak złożony z dwóch przecinających się wewnątrz kratki linii, a tylko tego typu znak pozwala – w myśl przepisów Kodeksu wyborczego – na uznanie głosu za ważny. Podobne wątpliwości co do woli wyborcy mogą się pojawić w przypadku, gdy wyborca wstawi przez pomyłkę znak „x" w niewłaściwej kratce, a następnie poprzez zamalowanie jej lub nawet zamieszczenie obok niej słownej notatki wskaże, że jest to pomyłka i wstawi znak „x" w innej kratce. Wydaje się, że na gruncie Kodeksu wyborczego należy uznać, że także i w takiej sytuacji mamy do czynienia z głosem nieważnym. Jego art. 41 stanowi bowiem, że poczynienie dopisków na karcie wyborczej poza kratką przy nazwisku kandydata nie wpływa na nieważność głosu. Wnioskując *a contrario* z treści tego przepisu, przyjąć trzeba, że poczynienie dopisku wewnątrz kratki (a tym jest jej zamalowanie) skutkuje nieważnością głosu. Wstawienie natomiast znaku „x" w dwie kratki – w sytuacji, w której dopuszczalne jest wstawienie go tylko do jednej[20] – skutkuje również nieważnością głosu. Kodeks wyborczy nie daje przy tym wyraźnych podstaw do uznania, że poczynienie na karcie wyborczej notatki o tym, jaka była rzeczywista wola wyborcy w tym wypadku, wpływa pozytywnie na ważność głosu. Wydaje się zatem, że polskie prawo nie pozwala na uwzględnianie nieprawidłowo wyrażanej woli wyborcy w procesie liczenia głosów.

Powyższe tezy potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego. Jak podkreślił on w postanowieniu z 30 października 2001 r.[21] na tle obowiązujących wówczas podobnych regulacji, „akt głosowania ma charakter publiczny (ustrojowy). Nie jest prywatnoprawnym oświadczeniem woli poddającym się wykładni, które na dodatek, pod pewnymi warunkami, można odwołać. Intencje więc oraz wola wyborcy muszą być wyrażone jasno, w sposób niebudzący wątpliwości i to w chwili głosowania. Głosowanie poprzedza wielotygodniowa kampania wyborcza, w czasie której uprawnieni do głosowania mają czas na zapoznanie się z programami poszczególnych komitetów wyborczych i ich kandyda-

[20] Kodeks wyborczy dopuszcza bowiem w przypadku wyborów do Sejmu wstawienia znaku „x" w więcej niż jednej kratce, pod warunkiem, że wszystkie one odnoszą się do kandydatów z tej samej listy. Wówczas taki głos jest traktowany jako oddany na tę listę z przyznaniem pierwszeństwa temu kandydatowi, który znajduje się na niej wyżej.

[21] Sygn. akt III SW 79/01, OSNP 2002, nr 3, poz. 57.

tami. Samo głosowanie – czynność dobrowolna i świadoma – jest już tylko przysłowiową «kropką nad i». Brakiem zdecydowania w momencie głosowania, dekoncentracją, niedostatecznym skupieniem ryzykuje wyborca oddanie nieważnego głosu. Z drugiej strony, precyzyjne uregulowanie reguł głosowania i nawet nieco restrykcyjne kryteria ważności głosu, jeżeli nawet nie wykluczają, to na pewno utrudniają jego przerobienie (sfałszowanie). Dotyczy to zwłaszcza tak prostego sposobu jak manipulowanie znakami «x» przez ich dopisywanie i zamazywanie lub przekreślanie. Zatem za ścisłym określeniem zasad głosowania przemawia także interes ogólny (społeczny)". Oznacza to, że zdaniem Sądu Najwyższego rzeczywista wola wyborcy w procesie głosowania nie ma tak istotnego znaczenia jak np. w obrocie cywilnoprawnym. Ze względu na ściśle określone w prawie zasady oddawania głosu oraz w celu zapobiegania jakimkolwiek nadużyciom za ważny głos może zostać uznany tylko taki, który wyraża wolę wyborcy zgodnie z przepisami Kodeksu wyborczego. Głos oddany w inny sposób, nawet jeśli jasno wyraża wolę wyborcy, traktowany jest w polskim systemie prawnym jako nieważny.

W tym miejscu warto rozważyć, czy tak sztywne określenie przez Kodeks wyborczy zasad oddawania głosów, które uniemożliwia uznania za ważny głosu oddanego w inny sposób, nawet jeśli rzeczywista wola wyborcy jest łatwa do zidentyfikowania, nie narusza Konstytucji RP. W art. 62 ust. 1 przewiduje ona, że każdy obywatel polski, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat[22], ma prawo udziału w referendum oraz prawo wybierania Prezydenta RP, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego. Bez wątpienia w przepisie tym sformułowane zostało prawo podmiotowe do udziału w wyborach i referendach. Dokładne określenie jego treści może jednak nastręczać pewnych problemów. Niewątpliwie uznać należy, że obejmuje ono prawo do oddania ważnego głosu, tj. głosu, który zostanie policzony i uwzględniony w ostatecznych wynikach wyborów i referendów. Można więc stwierdzić, że do jego elementów należy prawo obywatela do policzenia i uwzględnienia w wynikach jego głosu. W tym jednak momencie należy się zastanowić, jaka jest dokładna treść tego prawa. Czy obejmuje ono prawo obywatela do policzenia głosu, który jasno wyraża jego rzeczywistą wolę, czy też wyłącznie prawo do policzenia głosu, który został oddany dokładnie według ustawowych reguł?

Niewątpliwie czynne prawo wyborcze – określone w art. 62 ustawy zasadniczej jako prawo podmiotowe – jest przejawem fundamentalnych zasad konstytucyjnych – suwerenności Narodu (art. 4), demokratycznego państwa prawnego (art. 2) oraz traktowania państwa jako dobra wspólnego (art. 1)[23]. Istotą tych zasad jest przypisywanie szczególnej roli woli obywateli. Dostrzec to można najłatwiej w kontekście pierwszej z nich. Zgodnie z art.

[22] Art. 62 ust. 2 Konstytucji stwierdza jednak, że nie dotyczy to osób ubezwłasnowolnionych lub pozbawionych praw publicznych lub wyborczych.

[23] Zob. W. Sokolewicz, Art. 62 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 9.

4 Konstytucji władza zwierzchnia w RP należy do Narodu, a sprawuje on ją przez swoich przedstawicieli albo bezpośrednio. Naród sprawuje tę władzę poprzez wyrażanie swojej woli. Jako że jest on podmiotem zbiorowym, na wolę tę składają się indywidualne wole jego członków. W tym kontekście wydaje się, że art. 62 ustawy zasadniczej, który mówi o sposobie ich wyrażania, należy rozumieć w ten sposób, że daje każdemu obywatelowi prawo do uwzględnienia jego woli w wyborach i referendach. Tym samym ustawowa regulacja, która pozwala na jej nieuwzględnienie mimo jej dostatecznie jasnego wyrażenia, wydaje się ograniczać to prawo. Taka konkluzja nie oznacza jednak, że dochodzi w ten sposób do naruszania Konstytucji. Jej art. 31 ust. 3 pozwala bowiem pod pewnymi warunkami na ograniczanie korzystania z konstytucyjnych wolności lub praw, a zatem również z prawa podmiotowego określonego w art. 62 ustawy zasadniczej. Do warunków tych zaliczono: ustawową formę ograniczenia, konieczność w demokratycznym państwie, nienaruszalność istoty danego prawa oraz ochronę co najmniej jednej z poniższych wartości: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie, moralność publiczna oraz prawa i wolności innych osób.

Niewątpliwie pierwszy z tych warunków w przypadku omawianego problemu został spełniony. Ograniczenia w uwzględnianiu rzeczywistej woli wyborcy nałożone zostały bowiem Kodeksem wyborczym, który ma formę ustawy.

Jeżeli chodzi o przesłankę konieczności w demokratycznym państwie (nazywaną również przesłanką proporcjonalności), należy najpierw wskazać, że jej dokładne rozumienie jest ugruntowane zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego[24]. Zgodnie z nim, by dane ograniczenie zostało uznane za zgodne z tą zasadą, musi spełniać trzy kryteria: przydatność (jest ono w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków), konieczność (jest ono niezbędne dla ochrony określonego interesu publicznego) oraz proporcjonalność *sensu stricto* (jego skutki pozostają w proporcji do nakładanych przez niego ciężarów). Niewątpliwie celem wprowadzonych przez Kodeks wyborczy precyzyjnych reguł uzewnętrzniania woli przez wyborcę jest wyeliminowanie jakichkolwiek wątpliwości co do treści oddanego głosu, a w konsekwencji prawidłowości wyniku wyborczego. Przyjęta regulacja pod tym względem spełnia zarówno test przydatności, jak i konieczności (celu tego nie dałoby się bowiem osiągnąć w inny sposób). Wydaje się również, że nie narusza ona przesłanki proporcjonalności *sensu stricto*. Zamierzony cel, istotny z punktu widzenia interesu publicznego, osiągany jest bowiem relatywnie małym kosztem, jakim jest pozbawienie prawa do policzenia głosu jedynie tych osób, które w zasadzie same się

[24] Zob. wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r. (K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12); L. Garlicki, Art. 31 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. *idem*, Warszawa 2003, s. 28-29; B. Banaszak, *Prawo…*, s. 373; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 83-85.

go pozbawiają ze względu na swoją niewiedzę lub nieuwagę. Należy bowiem oczekiwać, że każdy uprawniony do głosowania obywatel, który przecież posiada pełną zdolność do czynności prawnych, jest w stanie zapoznać się z prostymi instrukcjami, które podawane są w mediach i znajdują się w lokalu wyborczym, a następnie postąpić zgodnie z nimi. Naruszenie opisanych w nich reguł przez dorosłe nieubezwłasnowolnione osoby jest możliwe w zasadzie jedynie przez zawinioną nieuwagę albo ignorancję, a ochrona przed ich negatywnymi skutkami prawnymi nie jest z pewnością wymagana przez art. 62 ustawy zasadniczej. Obywatel chcący korzystać ze swoich konstytucyjnych praw musi bowiem podchodzić do nich z odpowiednią powagą, która jest niezbędnym warunkiem ich prawidłowej realizacji.

Zastanowić się jednak należy, czy cel omawianych regulacji, tj. wyeliminowanie wątpliwości co do treści głosu i zabezpieczenie przed ewentualnymi manipulacjami w tym zakresie, mieści się w zakresie jednej z wartości określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, dla ochrony których dopuszczalne jest ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. Tego typu cel służy bowiem ochronie porządku publicznego. Pojęcie to, generalnie niezwykle trudne do precyzyjnego zdefiniowania, obejmuje bowiem m.in. nakaz takiego ukształtowania stosunków społecznych i prawnych, które uwzględnia interes publiczny[25]. Niewątpliwie zapewnienie pewności co do wyniku wyborów i utrudnienie dokonywania fałszerstw czy wypaczeń w tym zakresie służy temu interesowi, a zatem analizowane regulacje należy uznać za zgodne również z omawianą przesłanką ograniczania konstytucyjnych praw i wolności.

Ostatni z przywołanych powyżej wymogów – zakaz ograniczania istoty danego prawa lub wolności – jak się wydaje, również został zachowany. Zakaz ten rozumie się jako niemożność ingerencji w tę część treści określonego prawa lub wolności, którego ograniczenie skutkować będzie faktycznym pozbawieniem takiego prawa lub takiej wolności w ogóle[26]. W przypadku omawianej regulacji taka prawidłowość nie zachodzi. Ustawodawca wskazując precyzyjnie, jak należy oddać głos, nie pozbawia bowiem nikogo prawa wyborczego, a określa jedynie pewne – w zupełności uzasadnione – ramy jego wykonywania. To, czy głos danej osoby zostanie uznany za ważny i policzony, zależy wyłącznie od tego, czy wykaże się ona dostatecznym stopniem zaangażowania w proces wyborczy. Niewątpliwie nie można zatem w kontekście analizowanych postanowień Kodeksu wyborczego mówić o naruszeniu istoty czynnego prawa wyborczego określonego w art. 62 Konstytucji.

Podsumowując tę część rozważań, wskazać należy, że określenie precyzyjnych reguł oddawania głosu w wyborach nie narusza Konstytucji RP. Tym samym uznawanie za nieważne głosów, które zostały oddane w inny sposób, choćby jasno wyrażały rzeczywi-

[25] Zob. L. Garlicki, Art. 31…, s. 24-25; por. B. Banaszak, *Konstytucja.…*, s. 220.
[26] Zob. L. Garlicki, Art. 31…, s. 33; por. B. Banaszak, *Konstytucja.…*, s. 223.

stą wolę wyborcy, jest w polskim systemie prawa w pełni uzasadnione, co znajduje swoje potwierdzenie również w przywołanym powyżej orzecznictwie sądowym.

Powyższe refleksje prowadzą do wniosku, że na gruncie polskiego prawa okoliczności, które zaistniały w przypadku sprawy *Bush v. Gore*, zostałyby ocenione w sposób podobny do tego, w jaki uczyniono to w omówionym orzeczeniu Federalnego Sądu Najwyższego USA. Obowiązujące przepisy Kodeksu wyborczego nakazywałyby bowiem uwzględnienie w oficjalnych wynikach jedynie tych głosów, które oddane zostałyby w precyzyjnie określony przez ustawodawcę sposób. Niedopuszczalne byłoby analizowanie głosów uprzednio uznanych za nieważne pod kątem rzeczywistej woli wyborcy. Nakaz kwalifikowania jako ważne tylko tych głosów, które spełniają jasne ustawowe kryteria, niewątpliwie zapewnia jednolite traktowanie kart wyborczych, a tym samym jest przejawem przestrzegania konstytucyjnej zasady równości, wyrażonej w art. 32 ustawy zasadniczej.

Tym samym uznać należy, że mimo poważnych różnic występujących między systemami prawnymi USA i RP pewne fundamentalne kwestie, takie jak zakres czynnego prawa wyborczego czy równość, są w obu państwach rozumiane podobnie, co świadczy o tym, że przynajmniej część kluczowych problemów prawnych zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Polsce może być rozstrzygana w podobny sposób.

Verification of the validity of election results on the example of the case *Bush v. Gore*

Abstract: The paper discusses the problem of verification of the validity of election results and consideration of the real will of voters in the election process. The starting point for this consideration may be the example of the *Bush v. Gore* case, in which the federal Supreme Court of the United States decided to what extent the real will of voters, expressed in a different way than the law stipulates, should be considered during the calculation of election results. The author analyses this case and discusses both its real circumstances and the legal arguments the members of the adjudicating panel referred to. To present all the controversy connected with this case, dissenting submitted for the said decision were also analysed thoroughly. After reflecting on the Bush v. Gore case, the author attempts to answer the question whether a similar case could be adjudicated in the same way under the Polish law. For this purpose the problem of equality of voting rights and consideration of the actual intention of voters during elections are discussed with reference to the Polish Constitution and the Election Code. The author refers to the decisions of the Supreme Court in these considerations and comes to the conclusion that also in light of the Polish law only these votes may be counted which were cast in accordance with the rules set by the legislators.

Keywords: Elections, equality, validity of election, ballot paper, voter's will, electors

Dominika Kuźnicka
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Wyjątki od zasady dostępu do informacji publicznej w Stanach Zjednoczonych na przykładzie sprawy *Milner v. Department of the Navy*

1. Wstęp

Freedom of Information Act[1], na mocy którego każdy ma prawo dostępu do informacji wytworzonej przez organy federalne, zostało podpisane 4 lipca 1966 r. i weszło w życie równy rok później. Prezydent Lyndon Baines Johnson podczas podpisywania ustawy podkreślił, że Stany Zjednoczone są krajem otwartego społeczeństwa, którego prawo do wiedzy jest pielęgnowane i strzeżone[2]. Uchwalenie FOIA było wynikiem dziesięcioletniej debaty publicznej różnych form i grup nacisku, znaczną rolę odegrał również ruch społeczny związany z ideą otwartego rządu, który w swoich postulatach zawiera również jawność, rzetelność i przejrzystość działań władzy publicznej[3].

Ustawa zobowiązuje agencje federalne do upubliczniania wytworzonych przez siebie wiadomości w publicznych rejestrach, ale również pozwala każdemu zainteresowanemu na wystąpienie z wnioskiem o udostępnienie danej informacji. FOIA wyróżnia 9 wyjątków od ogólnej zasady preferującej jawność działania organów administracji federalnej. Wśród nich wskazuje się m. in. na wyłączenia z względu na ochronę bezpieczeństwa narodowego i polityki zagranicznej, tajemnicę handlową i inne infor-

[1] The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 As Amended By Public Law No. 110-175, 121 Stat. 2524, http://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/amended-foia-redlined.pdf (dostęp 4.05.2015), dalej FOIA.

[2] G. Kennedy, *How Americans got their right to know Getting Congress to guarantee access to federal information through FOIA 30 years ago was a press triumph,* http://www.johnemossfoundation.org/foi/kennedy.htm, (dostęp 4.05.2015). Wszystkie tłumaczenia pochodzą od autorki nieniejszego tekstu, chyba że zaznaczono inaczej.

[3] M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie*, Warszawa 2014, s. 138-140.

macje finansowe lub handlowe, nieuzasadnioną ingerencję w prywatność, dane lub informacje geologiczne i geofizyczne, informacje dotyczące instytucji finansowych. Przedmiotem tytułowej sprawy, Milner v. Dapertment of the Navy[4], była odmowa udostępnienia informacji publicznej ze względu na materiały dotyczące wewnętrznych reguł oraz postępowania personelu. Jej rozstrzygnięcie wydane przez Sąd Najwyższy 7 marca 2011 r. zatrzymało wieloletnią, błędną praktykę wykładni przesłanki ograniczającej dostęp do informacji publicznej zawartej w sekcji 552 (b) (2) 5 U.S.C. obejmującą „dokumenty dotyczące wyłącznie wewnętrznych reguł kadrowych i procedur jego postępowania".

2. Zarys sprawy

W przedmiotowej sprawie, powód, Glen Milner, mieszkaniec Pugent Sound, położonego nad Zatoką Puget zwrócił się do Marynarki Wojennej o udostępnienie informacji o szacunkowym polu rażenia w przypadku niekontrolowanej eksplozji składu amunicji. Powód był członkiem organizacji społecznej, której celem jest podnoszenie świadomości mieszkańców w zakresie niebezpieczeństw, jakie niesie za sobą ulokowanie siedziby Marynarki Wojennej bezpośrednio w sąsiedztwie ich domów. Marynarka co prawda nie kwestionowała faktu posiadania spornej informacji, jednak wskazała, że jej jawność została wyłączona na podstawie *high 2 exemption*, którą Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbia, twórczo rozwijając wcześniejsze rozważania Sądu Najwyższego, wywiódł z przesłanki ograniczającej dostęp do informacji publicznej ze względu na informacje dotyczące wewnętrznych reguł postępowania i personelu w orzeczeniu z 1981 r. w sprawie *Crooker v. Bureau of Alcohol, Tobacco & Firearms*[5]. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny stwierdził, że wielokrotnie powoływana w orzecznictwie *exemption* 2 stwarza podstawę do wyodrębnienie dwóch niezależnych od siebie grup dokumentów agencji:

- Materiały dotyczące spraw „banalnych" − niskie 2 (*low 2 exemption)*, oraz
- Informacje dotyczące ważnych spraw wewnętrznych, których ujawnienie mogłoby pociągać za sobą niebezpieczeństwo obejścia wymogów prawa − wysokie 2 (*high 2 exemption*)[6].

Powód dwukrotnie przegrał przed sądami stanowymi, które potwierdziły stanowisko Marynarki Wojennej. Sąd Apelacyjny Dziewiątego Okręgu w uzasadnieniu podkreślił, że dokumenty odnoszące się do skutków wybuchu są bezpośrednio związane z wewnętrz-

[4] Milner v. Department of the Navy, No. 09-1163, argued December 1st 2010- decided March 7th 2011, http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1163.pdf (dostęp 4.05.2015).

[5] M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej* …, s. 164.

[6] *Ibidem.*

nym funkcjonowaniem i zasadami agencji, są „głównie" związane z ich użytkiem wewnętrznym, a udostępnienie informacji mogłoby przyczynić się do obejścia prawa. Sprawa trafiła 28 czerwca 2010 r. na wokandę Sądu Najwyższego, pierwsze wysłuchanie stron miało miejsce 1 grudnia 2010 r., 4 miesiące później wydano przełomowe orzeczenie. Wyrok został przegłosowany 8 : 1, z negatywnym głosem sędziego Stephena G. Breyer'a oraz zdaniem odrębnym zgłoszonym przez sędzię Elenę Kagan.

Podczas wysłuchania stron, adwokat powoda David S. Mann podkreślał, że wykładnia *high 2 exemption* dalece odbiega od wykładni językowej przepisu, wskazując, że użycie przez prawodawcę sformułowania „related solely", czyli „wyłącznie związane", nie zostało użyte przez przypadek. Celem tak sformułowanego przepisu jest ograniczenie przesłanek uniemożliwiających odmowę udostępnienia informacji publicznej do jak najwęższego kręgu podmiotów. Podkreślał on również, że sprawa Crooker wypaczyła rozumienie tej przesłanki[7]. Mann wskazywał również na genezę powstawania tego przepisu, odwołując się do prac legislacyjnych Kongresu, przekonywał, że intencją ustawodawcy było stworzenie jedynie takiej regulacji, która wyłącza jawność określonych informacji jedynie ze względu na ich powiązanie z wewnętrznymi zasadami funkcjonowania agencji. Trzecim argumentem pełnomocnika był tzw. duch ustawy, który obliguje do rozpatrywania ograniczeń w dostępie do informacji publicznej w taki sposób, aby preferować jawność dokumentów agencji nad ich tajnością.

Pełnomocnikiem Marynarki Wojennej w przedmiotowej sprawie był Anthony A. Yang, asystent prokuratora generalnego w Departamencie Sprawiedliwości. Zarzucał on powodowi próbę obejścia 30 lat utrwalonej praktyki sądów w wyróżnianiu wysokiego 2 oraz zwracał uwagę na potencjalną utratę stabilności prawa w przypadku wydania odmiennego wyroku. Yang podkreślał również potrzebę zachowania balansu pomiędzy kulturą jawności, jaką cechują się Stany Zjednoczone, a niezbędnym, ze względu na bezpieczeństwo publiczne, zachowaniem pewnych informacji w poufności. Z tego powodu uważał, że Sąd Najwyższy nie tylko nie ustanowił w swoim orzecznictwie dodatkowych przesłanek tajności, ale jedynie dokonał wykładni *exemption 2* zgodnie z duchem ustawy, z poszanowaniem pozostałych przesłanek wyłączających jawność. Yang wskazał również, że w przedmiotowej sprawie sporne są informacje zawarte w wewnętrznych, personalnych dokumentach i zasadach określających procedury agencji, jednak nie powinny być one udostępnione właśnie ze względu na bezpieczeństwo publiczne oraz interesy rządu, które w spornym zakresie mają prymat nad ogólną zasadą jawności.

[7] *Oral argument -transcription*, http://www.oyez.org/cases/2010-2019/2010/2010_09_1163#sort=ideology (dostęp 4.05.2015).

2.1. Rozstrzygnięcie

Sąd Najwyższy uwzględnił roszczenia powoda, jednocześnie zaznaczając, że sporne informacje mogą podlegać wyłączeniu spod zasady jawności z uwagi na inne przesłanki, które ustanawia FOIA. W uzasadnieniu wskazano, że Freedom of Information Act generalnie gwarantuje dostęp do dokumentów wytworzonych przez agencje federalne, zakładając jednocześnie istnienie 9 wyjątków, które uniemożliwiają udostępnienie żądanej informacji z powodu szczególnych interesów, jakie chronią.

Podkreślono, że z uwagi na zmianę brzemienia przepisu w porównaniu z poprzednim stanem prawnym[8], nie można dokonywać wykładni rozszerzającej *exemption 2*[9]. Odwołując się do sprawy *Rose* przeciwko *Akademii Sił Powietrznych* wskazał, że Sąd co prawda odnosi się tę przesłankę jedynie do informacji dotyczących postępowań i zasad personalnych w danej agencji, jednak wyróżnił również sytuację, w której poprzez udostępnienie takiej informacji może dojść do naruszenia prawa (*high 2 exemption*). Przywołując wspomnianą już sprawę *Crooker v. Bureau of Alcohol, Tobacco Firearms*, Sąd przypomniał, że dotychczas przesłanka ta obejmowała również materiały „głównie wewnętrzne", których ujawnienie mogłoby spowodować wysokie ryzyko dla bezpieczeństwa agencji lub obejście prawa.

W uzasadnieniu Sąd przypomniał, że *exemption 2* dotyczy tylko wewnętrznych regulacji oraz personalnych zasad postępowania agencji, w związku z powyższym wnioskowane dokumenty (mapy i dane dotyczące potencjalnej eksplozji) nie mogą być kwalifikowane jako wyłączone spod zasady jawności na mocy tej przesłanki.

Sąd wskazał, że wykładnia sformułowania „personnel rules and practices" ma fundamentalne znaczenie dla rozumienia tej normy. Wskazano, że słowo „personalny, kadrowy" odnosi się jedynie do informacji związanych z zarządzaniem zasobami ludzkimi. *Exemption 6* dotyczy również innego przykładu związanego z personalnym (osobistymi) dokumentami, stwierdzając że najczęstsze rozumienie słów „personnel file" sprowadza się do dokumentów stworzonych przez działy zajmujące się zarządzaniem zasobami ludzkimi, dotyczących informacji o pracownikach, takich jak np. wyniki egzaminów i ocena pracy, wyniki badań ewaluacyjnych i im podobne. Sąd wskazał, że *exemption 2* rozumie słowo „personnel" w dokładnie taki sam sposób. Tylko sprawy dotyczące bezpośrednio pracowników, takie jak zwolnienie, zatrudnianie, zasady pracy i dyscypliny, wynagrodzenie oraz dodatki socjalne mogą być utajnione ze względu na ten wyjątek. Wszystkie te informacje kwalifikowane są jako niskie 2, w związku z tym stwierdzono, że niskie 2 jest tak naprawdę „całym 2".

[8] W Administrative Procedure Act (APA) ta przesłanka pozwalała na odmowę udostępnienia każdej informacji związanej ściśle z zarządzaniem agencją („any matter relating solely to the internal management of an agency").

[9] *Department of Air Force* v. *Rose*, 425 U. S. 352, 362-363.

Sąd podkreślił również, że wszelkie wyjątki od ogólnej zasady jawności powinny być traktowane w sposób zawężający. Wąskie rozumienie przepisu stanowi szczególnie podstawę dla rozumienia i wykładni *exemption 2*. Wynika to przede wszystkim z poprzedniej regulacji prawnej, która w stosunku do obecnej wyłączała spod jawności szeroką kategorię informacji. Nie ulega zatem wątpliwości, że celem ustawodawcy było takie sformułowanie przepisu, które pozwala na ujawnienie jak największej liczby informacji szerokiemu gronu zainteresowanych.

Sąd, podsumowując, jednoznacznie stwierdził, że dwa odmienne sposoby odczytywania *exemption 2* są niezgodne z ustawą. Marynarka Wojenna może wyłączyć żądane informacje spod zasady jawności, ale używając do tego innych narzędzi niż *exemption 2*. Wskazano między innymi na *exemption 3*, czyli informacje wyłączone na podstawie odrębnych przepisów lub *exemption 7*, które chroni dokumenty wytworzone na potrzeby porządku publicznego.

2.2. Zdanie odrębne sędzi Kagan

W zgłoszonym zdaniu odrębnym sędzia Elena Kagan podkreśliła, że literalne brzmienie przepisu wskazuje na wyłączenie jawności ze względu na informacje „związane wyłącznie z wewnętrznymi regułami kadrowymi oraz zasadami działania agencji". Dokumenty, o które wnioskował Glen Milner zawierają informacje dotyczące siły potencjalnego wybuchu któregokolwiek z magazynu Marynarki Wojennej w Zatoce Pudget, które opracowywane są przez agencję z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa pracownikom oraz zatrzymaniu potencjalnego łańcucha reakcji, który byłby niebezpieczny również dla osób zamieszkujących okoliczne terytoria. Sędzia Kagan wskazała, że informacje te mogą zostać wyłączone spod zasady jawności, jednak na podstawie innych regulacji niż wskazana przez organ *exemption 2*. Dla rozumienia powoływanej przesłanki wyłączenia, niezbędne jest zrozumienie kluczowych dla jej znaczenia określeń „personnell rules and practices", czyli informacji związanych z zasadami odnoszącymi się do stosunków pomiędzy pracownikami oraz kwestią zarządzania zasobami ludzkimi. Powołując się na konkretne sytuacje, Kagan wskazała, że dopuszcza się również w tym kontekście potoczne rozumienia słowa „personalny, kadrowy", które to mogą odnosić się np. do dokumentów zawierających historię stosunku pracy zatrudnionego, problemów jakie występują pomiędzy pracownikami, czy informacjami posiadanymi przez agencje pracy. Reguły postępowania według sędzi Kagan odnoszą się do „reguł i zasad postępowania związanych z warunkami zatrudniania w agencjach federalnych, zatrudniania i zwalniania, zasadami pracy, pracowniczej dyscypliny, wypłat oraz świadczeń socjalnych".

Sędzia stanowczo zaprzeczyła, jakoby *exemption 2* mogła być łączona z informacjami dotyczącymi efektów potencjalnych wybuchów w bazie Marynarki Wojennej. Z powodu braku związku z wewnętrznymi regułami postępowania, Marynarka Wojenna nie mogła powołać się na tę przesłankę w celu odmowy udostępnienia żądanej dokumentacji. Jeśli przyznać by rację takiemu rozumowaniu, rząd mógłby powołać się na przesłankę wewnętrznych regulacji za każdym razem, kiedy udostępnienie żądanej informacji mogłoby służyć potencjalnemu obejściu prawa. Jednak w przedmiotowej sprawie, co prawda Marynarka ma uzasadnione podstawy do odmowy udostępnienia żądanej informacji ze względu na bezpieczeństwo publiczne, lecz nie na podstawie omawianego przepisu, ale np. na podstawie *exemption 1*, która w sposób bezpośredni odnosi się do ochrony bezpieczeństwa narodowego i polityki zagranicznej. Pozwala ona na wyłączenie spod ogólnej zasady jawności takich dokumentów, których ujawnienie mogłoby skompromitować bezpieczeństwo narodowe.

2.3. Zdanie odrębne sędziego Brayera

Sędzia Brayer jako jedyny z całego składu sędziowskiego zagłosował w sposób odmienny oraz dostarczył opinię negującą powstałe orzeczenie. Powołując się na słowa sędziego Stevensa, wskazał, że kiedy dane regulacje prawne zostały chociaż raz zdekonstruowane oraz wyjaśnione przez Sąd Najwyższy lub uznane przez stałe stosowanie, inny sąd ani żadna inna agencja nie powinny próbować ich zmieniać. Sędzia Brayer, odnosząc te słowa do przedmiotowej sprawy, wskazał, że wyróżnienie *high 2 exemption* oraz *low 2 exemption* w sprawie Crooker było zgodne z Freedom of Information Act. Orzeczenie to było konsekwentnie stosowane zarówno przez organy federalne, jak i sądy przez ponad 30 lat. Co prawda, istnieją wątpliwości co do takiej interpretacji tego przepisu, jednak ze względu na długotrwałą i stałą praktykę w tym zakresie nie powinny one być brane pod uwagę. Przemawia za tym również fakt, że Kongres już po orzeczeniu w sprawie Crookera pomimo nowelizacji ustawy, pozostawił *exemption 2* w jej dotychczasowym brzmieniu, wskazując, że nie potrzebuje ona ściślejszego uregulowania prawnego, zatem jej wykładnia w orzecznictwie jest poprawna.

Odrębną kwestią jest fakt, że takie proste interpretowanie przepisu (jako wyłączenie związane jedynie z zasadami wewnętrznymi agencji) mogło również zostać dokonane przez Sąd podczas wyrokowania w sprawie Crookera. Analiza podjęta przez tamtejszy Sąd była skrupulatna i dokładna, brano pod uwagę nie tylko literalne brzmienie przepisu, ale również jego historyczne uzasadnienie oraz stosowanie. W badanym orzeczeniu Sąd wskazał również, że słowa te mogą być odczytywane szerzej, jako informacje nieprzeznaczone dla publicznej wiadomości.

Sędzia Brayer podkreślił również, że w momencie kiedy sądy w określony, sensowny sposób interpretowały dany przepis przez ponad 30 lat, kiedy Kongres takiej interpretacji się nie sprzeciwił, a ma ona swoje uzasadnienie w stanie prawnym, jest rozsądna i pozwala na osiągnięcie określonych prawem rezultatów, a nowa interpretacja może spowodować poważne problemy w stosowaniu, należy pozostawić *status quo.*

2.4. Podsumowanie orzecznictwa amerykańskiego

Orzeczenie w sprawie *Milner v. Department of the Navy* rozpoczęło nowy rozdział w stosowaniu *exemption 2* w sprawach o udostępnienie informacji publicznej. Przełomowy wyrok, reinterpretujący przepisy FOIA, położył kres wieloletniej, błędnej wykładni przepisów ustawy przez agencje federalne oraz sądy. Podkreśla się, że obecnie organy muszą dokładniej analizować, czy w żądanych informacjach znajdują się takie, które rzeczywiście odpowiadają wykładni językowej *exemption 2*[10]. O tym, jak ważne jest przedmiotowe orzeczenie świadczy fakt, że jeszcze w 2010 r. na 80 000 odrzuconych wniosków o udostępnienie informacji publicznej, aż dla 54 000 z nich podstawą była właśnie *exemption 2*[11]. Obecnie organy najczęściej szukają oparcia odmowy udostępniania informacji na podstawie *exemption 10, 7 i 3*[12]. Nie wydaje się, żeby agencje, które dotychczas skutecznie uniemożliwiały pozyskanie informacji, powołując się na przedmiotową przesłankę, zaczęły sporne informacje udostępniać. Co prawda, Departament Sprawiedliwości kilka miesięcy po przełomowym orzeczeniu wydał dokument[13], wskazując na wagę 3-stopniowego testu (informacja dotyczy wyłącznie informacji o pracownikach, wytworzona jest jedynie do wewnętrznego użytku organu), który umożliwia powołanie się na *exemption 2*, jednak pozostawia jednocześnie szeroką swobodę, jeśli chodzi o powoływanie się na inne przesłanki. Podkreśla się, że orzeczenie to wyłącza możliwość wyróżniania *high 2 exemption* i *low 2 exemption*, nakazując jednolitość, spójność i zasadę preferencji jawności w zakresie interpretowania i wykładni omawianego przepisu.

[10] *The Taming of the "2": Milner v. Department of the Navy Signals the Curtain Call on Debates Surrounding the Scope of FOIA's Exemption 2*, http://www2.law.mercer.edu/lawreview/getfile.cfm?file=63413.pdf (dostęp 29.06.2015).

[11] *Ibidem.*

[12] Testimony of Miriam Nisbet, Director of the Office of Government Information Services before the Senate Committee on the Judiciary on „The Freedom Of Information Act; safeguarding critical infrastructure and the public's right to know", March 13, 2012, http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/12-3-13NisbetTestimony.pdf (dostęp 29.06.2015).

[13] OIP Guidance, *Exemption 2* After the Supreme Court's Ruling in *Milner v. Department of the Navy*, http://www.justice.gov/oip/blog/foia-guidance-7 (dostęp 29.06.2015).

3. Dostęp do informacji publicznej w prawie polskim

Dostęp do informacji publicznej jest jednym z elementów przedmiotowych szeroko rozumianego prawa do informacji. We współczesnych konstytucjach demokratycznych państw prawa coraz częściej obok tradycyjnych praw i wolności politycznych wymienia się właśnie prawo do uzyskiwania informacji od organów władzy publicznej. W państwach, w których konstytucje tego prawa nie przewidują, uchwalane są ustawy, które regulują kwestie dostępności informacji publicznej, będące często wyrazem realizacji obowiązków zawartych w umowach i traktatach międzynarodowych. Polska jest jednym z państw, które uprawnienie podmiotowe do pozyskiwania informacji o działaniach organów władzy publicznej zawarło już w ustawie zasadniczej. Prawo obywateli do dostępu do informacji publicznej warunkuje ich czynny udział w życiu społeczno-politycznym i sprzyja budowaniu poczucia odpowiedzialności za sprawy wspólne obywatelom. Przejrzystość i jawność działania organów władzy publicznej skutkuje większym zaufaniem członków społeczeństwa do organów administracji, a co za tym idzie – wzrostem przedsiębiorczości, liczby i jakości oddolnych inicjatyw i poczucia współzarządzania.

Dostęp do informacji publicznej jest również podstawowym elementem zasady otwartego rządu, coraz bardziej docenianej zarówno przez osoby sprawujące władzę, jak i zwykłych obywateli. Koncepcja ta oprócz jawności informacji publicznej zajmuje się także partycypacją obywateli w procesach stanowienia prawa, a wśród jej zasadniczych elementów można wskazać:

1) jawność działania władzy publicznej, która umożliwia obywatelom poznanie motywacji oraz materiałów wykorzystywanych w procesie stanowienia i stosowania prawa,
2) otwartość *sensu stricto*, która sprowadza się do wysłuchania obywateli przez rząd oraz brania pod uwagę ich stanowiska w procesach legislacyjnych,
3) odpowiedzialność władzy publicznej wobec społeczeństwa za działania i zaniechania[14].

Należy zauważyć, że Polska nie jest obecnie członkiem międzynarodowej inicjatywy Partnerstwa Otwartych Rządów, która stawia sobie za cel wdrożenie tej koncepcji w państwach członkowskich, jednak polski rząd przekonuje, że pomimo tego realizuje wszystkie założenia inicjatywy[15]. Niejako na potwierdzenie tej deklaracji, w załączniku przyjętej przez Radę Ministrów uchwale „Sprawne Państwo 2020", w rozdziale poświę-

[14] Zob. B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Konsultacje społeczne i prawo do informacji o procesie prawotwórczym na tle Konstytucji RP oraz postulatu „otwartego rządu"*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2012, nr 4, s 19.

[15] Zob. *Koalicja na Rzecz Otwartego Rządu. Cele*, http://otwartyrzad.org.pl/cele/ (dostęp 12.07.2015 r.).

conym idei otwartego rządu, spośród celów, jakie stawia przed sobą rząd, wskazuje się na współpracę z obywatelami, wymienianie się z nimi informacjami i wiedzą, angażowanie ich w procesy rządzenia na poziomie rządowym i samorządowym[16].

Niemniej, zauważyć należy również, że prawo dostępu do informacji publicznej, chociaż bardzo szeroko rozumiane, posiada pewne istotne ograniczenia. Podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, na pierwszy plan wysuwają się wyjątki od zasady jawności dotyczące bezpieczeństwa powszechnego państwa, prywatności oraz praw i wolności innych osób. W tej części pracy zostaną omówione polskie uregulowania dotyczące dostępu do informacji publicznej ze szczególnym naciskiem na konstytucyjne i ustawowe ograniczenia, przede wszystkim związane z informacjami dotyczącymi bezpieczeństwa publicznego oraz wewnętrznymi uregulowaniami postępowań w organach administracji rządowej.

3.1. Dostęp do informacji publicznej w Polsce w świetle regulacji konstytucyjnych

Zgodnie z Konstytucją RP[17], każdy obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Art. 61. stanowiący konstytucyjną podstawę udostępniania informacji publicznej w ustępie 2 precyzuje, że prawo to może być realizowane zarówno poprzez dostęp do dokumentów, jak również poprzez wstęp na posiedzenia organów kolegialnych pochodzących z wyborów powszechnych z możliwością rejestrowania obrazu i dźwięku. Kolejny ustęp omawianego artykułu wskazuje jednocześnie, że ograniczenie tego prawa może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego[18], informacją publiczną jest każda wiadomość wytwarzana przez szeroko rozumiane władze publiczne oraz osoby pełniące funkcje publiczne, a także inne podmioty, które tę władzę realizują bądź gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa w zakresie swych kompetencji. Co więcej, taki charakter będzie miała również wiadomość niewytworzona przez podmioty publiczne, lecz odnosząca się do tych podmiotów. Wynika z tego, że informacją publiczną jest każda wiadomość wytworzona lub odnosząca się do

[16] Zob. *„Strategia: sprawne państwo 2020”*, https://mac.gov.pl/files/wp-content/uploads/2011/12/SSP-20-12-2012.pdf (dostęp 12.07.2015 r.).

[17] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[18] Wyrok NSA z 7 grudnia 2010 r., I OSK 1774/10.

władz publicznych, jak również wytworzona lub odnosząca się do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

Należy podkreślić, że na gruncie art. 61 Konstytucji prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje jedynie obywatelom Rzeczypospolitej Polskiej. Nie można rozszerzać tego prawa ani na inne osoby przebywające czasowo na terytorium Polski, ani na osoby prawne i inne jednostki organizacyjne[19]. Prawo dostępu do informacji publicznych nie jest ograniczone jedynie do informacji dotyczących organów przedstawicielskich, rozciąga się ono również na informacje, których źródłem jest działalność samorządu gospodarczego i zawodowego oraz innych jednostek organizacyjnych, o ile wykonują one zadania władzy publicznej lub jeśli gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa[20]. Rezygnując z określenia przedmiotowego zakresu pojęcia informacji publicznej, ustrojodawca zdecydował się jedynie na szerokie określenie podmiotów, które do udostępniania informacji publicznej są zobligowane[21].

Budowa art. 61 Konstytucji umożliwia jego bezpośrednie stosowanie. Przepis ten uznaje się za jeden z najbardziej szczegółowych w ustawie zasadniczej[22]. Podstawą korzystania z prawa dostępu do informacji publicznej w praktyce jest jednak ustawa z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej[23]. Warto zauważyć, że już po wejściu ustawy Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 30 stycznia 2002 r.[24] stwierdził, że omawiany artykuł Konstytucji mógł być stosowany bezpośrednio[25]. Niemniej, to właśnie wspomniana ustawa reguluje nie tylko podstawowe kwestie dotyczące zakresu przedmiotowego i podmiotowego prawa dostępu do informacji publicznej, ale również określa właściwą procedurę pozyskiwania informacji, ustanawia obowiązek prowadzenia Biuletynów Informacji Publicznej, a także zawiera uregulowania dotyczące ponow-

[19] Zob. B. Banaszak, *Komentarz do art. 61*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* red. B. Banaszak, Warszawa 2012, Legalis (dostęp 12.07.2015 r.), zob. W. Sokolewicz, *Uwagi do art. 61 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s.13; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2015 r. sygn. akt SK 36/14, ZU OTK nr 11A/2015, poz. 189

[20] Zob. W. Skrzydło, *Komentarz do art. 61. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2013, Lex, (dostęp: 12.07.2015 r.).

[21] Zob. M. Bidziński, *Komentarz do art. 1*, [w:] *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, Legalis, (dostęp 12.07.2015 r.), odmiennie: I. Kamińska, M. Rozbicka- Ostrowska, *Komentarz do art. 1*, [w:] *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, Warszawa 2012, s. 12, zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008.

[22] Zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008, Lex, (dostęp: 12.07.2015 r.).

[23] Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 782; dalej: DostInfPublU.

[24] II SA 717/01.

[25] M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępniania …*

nego wykorzystania tak pozyskanej informacji i odpowiedzialności organów za jej nieudostępnienie.

3.2. Dostęp do informacji publicznej na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej

Ustawa o dostępie do informacji publicznej została uchwalona w 2001 r. Reguluje ona kwestie wnioskowego i bezwnioskowego udzielania informacji o działaniach organów władzy publicznej. Zgodnie z art. 1 ustawy, każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystaniu na zasadach określonych w omawianej ustawie. Otwarty katalog informacji, które ustawodawca zaliczył do informacji publicznych, zawiera w sobie artykuł 6 DostInfPublU. Celem takiego rozwiązania jest ułatwienie obywatelom kontroli nad wykonywaniem obowiązku udostępniania informacji publicznej na stronach Biuletynów Informacji Publicznej przez organy władzy publicznej[26]. W myśl tego przepisu do informacji publicznej zalicza się następujące kategorie informacji: 1) informacje o polityce wewnętrznej i zagranicznej, w tym o zamierzonych działaniach władzy ustawodawczej oraz wykonawczej, o projektowaniu aktów normatywnych, o programach w zakresie realizacji władzy publicznej i in.; 2) informacje o organach władzy publicznej oraz podmiotach wykonujących funkcje publiczne; 3) informacje o zasadach działania podmiotów zobowiązanych; 4) informacje o danych publicznych w tym treść i postać dokumentów urzędowych.

Warto zauważyć, że w ustawie, w przeciwieństwie do Konstytucji, na pierwszy plan wysuwa się aspekt przedmiotowy prawa dostępu do informacji publicznej, co więcej sformułowany w sposób mało precyzyjny. Stwarzać to może pewne problemy interpretacyjne podczas jednoczesnej wykładni przepisów zarówno ustawy, jak i Konstytucji, które to przepisy powinny być ze sobą kompatybilne[27].

Zakres podmiotowy ustawy określa jej art. 2. Ustawodawca zdecydował się rozszerzyć krąg podmiotów uprawnionych ponad to, co gwarantuje Konstytucja, stanowiąc, że każdy ma prawo dostępu do informacji publicznej. Wynika z tego, że takie prawo posiada, co oczywiste, obywatel Polski, ale również obywatel Unii Europejskiej, obywatel państwa trzeciego (w tym również państw nieprzyjaznych), a także bezpaństwowcy[28]. Przepis art. 2 obejmuje swoim zakresem nie tylko osoby fizyczne, uprawnienie uzyskiwania informacji na temat działalności organów władzy publicznej przyznano bowiem także osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości

[26] Zob. K. Tarnacka, *Prawo do informacji w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2009, s.146.

[27] M. Bidziński, *Komentarz do art. 1*…, również I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, *Komentarz do art. 1*…

[28] Zob. M. Bidziński, *Komentarz do art. 2*, [w:] *Ustawa o dostępie do informacji publicznej...*

prawnej[29]. Co więcej, w ustępie 2 omawianego artykułu ustawodawca zawarł zakaz żądania wykazania interesu faktycznego bądź prawnego od osoby, która wnosi o udostępnienie jej informacji publicznej.

Jak już wskazano we wstępie, prawo dostępu do informacji publicznej, chociaż dotyczące szerokiego grona podmiotów uprawnionych i jeszcze szerszego zakresu przedmiotowego, charakteryzuje się pewnymi ograniczeniami. Są one omówione w kolejnych przepisach ustawy, wskazując jednocześnie na dobra, których ochronie służą.

3.3. Ograniczenia w zakresie dostępu do informacji publicznej

Zgodnie z art. 2, prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu, a od zainteresowanego nie można żądać wykazania interesu faktycznego lub prawnego. Jednocześnie w art. 5 ustawodawca wskazuje pewne wyjątki od ogólnej zasady udostępniania informacji publicznej. Prawo to podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych[30] oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Przepisy zawarte we wspomnianej ustawie mają charakter *lex specialis* w stosunku do tych zawartych w DostInfPublU, mogą być stosowane samodzielnie, a informacje niejawne nie muszą mieć zawsze charakteru publicznego[31]. Zgodnie z art. 1 wskazanej ustawy, za informacje niejawne uznaje się informacje stanowiące tajemnicę państwową lub służbową, których ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej lub byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, niezależnie od formy oraz sposobu ich wyrażenia. Są nimi również informacje będące w fazie opracowania. W art. 4 z kolei wskazano, że takie informacje mogą być udostępnione jedynie osobie, która daje rękojmię dotrzymania tajemnicy i mogą one zostać udostępnione jedynie w zakresie niezbędnym do wykonywania przez wnioskującego pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku.

Do informacji niejawnych należy przede wszystkim zaliczyć takie informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: 1) zagrozi niepodległości, suwerenności lub integralności terytorialnej Rzeczypospolitej Polskiej; 2) zagrozi bezpieczeństwu wewnętrznemu lub porządkowi konstytucyjnemu Rzeczypospolitej Polskiej; 3) zagrozi sojuszom lub pozycji międzynarodowej Rzeczypospolitej Polskiej; 4) osłabi gotowość obronną Rzeczypospolitej Polskiej; 5) doprowadzi lub może doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb odpowiedzialnych za realizację zadań wywiadu lub kontrwywiadu, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, jeżeli zagrozi to

[29] Wyrok WSA w Warszawie z 11 lutego 2004 r., II SAB 391/03, Legalis nr 66351.

[30] Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, tekst jedn. Dz. U. Nr 182, poz. 1228 ze zm., dalej: OchrInfNU.

[31] Zob. M. Bidziński, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Ustawa o dostępie do informacji publicznej…*

bezpieczeństwu wykonywanych czynności lub może doprowadzić do identyfikacji osób udzielających im pomocy w tym zakresie; 6) zagrozi lub może zagrozić życiu lub zdrowiu funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, lub osób udzielających im pomocy w tym zakresie (informacje z klauzulą „ściśle tajne"). Do katalogu informacji niejawnych, którym nadano klauzule „tajne", zalicza się takie informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: 1) uniemożliwi realizację zadań związanych z ochroną suwerenności lub porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej; 2) pogorszy stosunki Rzeczypospolitej Polskiej z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi; 3) zakłóci przygotowania obronne państwa lub funkcjonowanie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej; 4) utrudni wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione; 5) w istotny sposób zakłóci funkcjonowanie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości; 6) przyniesie stratę znacznych rozmiarów w interesach ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej. W ustawie wyróżniono również katalog informacji, które opatrzono klauzulą „poufne", są to informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: 1) utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej; 2) utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej; 3) zakłóci porządek publiczny lub zagrozi bezpieczeństwu obywateli; 4) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej; 5) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości; 6) zagrozi stabilności systemu finansowego Rzeczypospolitej Polskiej; 7) wpłynie niekorzystnie na funkcjonowanie gospodarki narodowej. Jak można zauważyć, wszystkie te informacje składają się na szeroko pojęte bezpieczeństwo publiczne państwa, obywateli lub gospodarki.

W art. 5 DostInfPublU wskazano również, że niewłaściwe jest udostępnianie informacji, która narusza prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy jednak informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa[32]. Wymaga przypomnienia, że wskazany katalog podmiotów, których

[32] O wątpliwościach związanych ze zgodnością omawianego przepisu z Konstytucją wypowiada się K. Tarnacka w K. Tarnacka, *Prawo do informacji…* s. 268.

dobra, a przede wszystkim prywatność, podlegają ochronie prawnej, stanowi częściowe odzwierciedlenie gwarancji zawartych w art. 47 Konstytucji. Celem tych regulacji jest zapewnienie ochrony sfery prywatnej jednostki przed nieuzasadnioną ingerencją działających w imieniu państwa organów[33]. Brak ochrony prawnej w tym zakresie skutkowałby nieograniczoną swobodą w zakresie pozyskiwania informacji wrażliwych na temat konkretnych obywateli. Należy zauważyć, że za rozwinięciem przepisów o niemożności udostępniania informacji, która narusza prywatność osoby fizycznej, jest ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[34]. W zakresie ochrony informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorca za rozwinięcie tych uregulowań można uznać ustawę z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[35].

Wprowadzanie ograniczeń możliwe jest jedynie w drodze aktu rangi ustawowej, wprowadzanie ograniczeń w drodze rozporządzeń, zarządzeń, aktów prawa miejscowego bądź aktów wewnętrznych należy uznać za niezgodne z prawem[36].

Należy też podkreślić, że zgodnie z orzeczeniem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 marca 2003 r.[37], prawo do informacji jest zasadą, a wyjątki od niej powinny być interpretowane ściśle[38]. Jednocześnie przedstawiciele doktryny podkreślają, że prawo do informacji nie jest prawem bezwzględnym, nie istnieje jawność wszystkiego dla wszystkich, a sama jawność również nie jest neutralna, ponieważ z jej posiadaniem wiąże się osiąganie korzyści, a jej brak może być przyczyną różnych niepowodzeń[39].

3.4. *Millner v. Department of the Navy* na gruncie polskiego prawodawstwa

a) Udostępnianie informacji na temat wewnętrznych reguł postępowania oraz dotyczących personelu na gruncie polskiego prawodawstwa

Zgodnie z DostInfPublU udostępnieniu nie podlegają informacje dotyczące prywatności osób fizycznych. Jednocześnie, ustawodawca wyraźnie wskazuje na fakt, że wyłączenie to nie dotyczy osób pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji,

[33] Z. Budziński, *Komentarz do art. 5…*, zob. więcej: M. Jabłoński, K. Wygoda*, Dostęp do informacji i jego granice*, Wrocław 2002, s. 207-306.

[34] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1182.

[35] Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503.

[36] Z. Budziński, *Komentarz do art. 5…*

[37] II SA 3572/02.

[38] W ten sam sposób ograniczenia w dostępie określa P. Sitniewski w komentarzu do art. 1, zob. P. Sitniewski*, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Wrocław 2011, s. 15.

[39] E. Koniuszewska, *Środki prawne ograniczające nadużycia władzy w jednostkach samorządu terytorialnego w ustrojowym prawie administracyjnym,* Warszawa 2009, Legalis (dostęp: 13.07.2015 r.).

oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. Na jawność informacji dotyczących personelu organów publicznych wyraźnie wskazuje również orzecznictwo sądów administracyjnych. Spośród wielu budzących kontrowersje kwestii na pierwszy plan wysuwa się między innymi jawność wysokości wynagrodzeń urzędników, a także przyznawanych im nagród. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 18 lutego 2015 r.[40] informacja o wysokości zarobków osoby zatrudnionej przez podmiot publiczny stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 1 DostInfPublU. Za informację publiczną uznaje się również m.in. wiek sędziego[41], życiorys funkcjonariusza publicznego[42], wnioski o nadanie odznaczenia[43] i inne podobne kwestie. Wydawać by się mogło, że takie informacje dotyczą właśnie wskazywanych w FOIA kwestii odnoszących się wyłącznie do pracowników administracji rządowej. Polskie sądy, konsekwentnie trzymając się literalnej wykładni przepisów DostInfPublU, wskazują, że takie informacje są informacją publiczną.

Jeśli chodzi o kwestie wewnętrznych reguł postępowania w organach administracji rządowej, to również one stanowią informację publiczną w rozumieniu ustawy. Zwraca na to uwagę między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 sierpnia 2014 r.[44], wskazując, że protokoły z kontroli operatów są dokumentami urzędowymi, zatem nie ma żadnych podstaw do wyłączenia ich jawności. Za informację publiczną uznaje się również protokoły z kontroli przeprowadzonej przez Państwową Inspekcję Pracy[45], informację o stosowanych podsłuchach[46] czy informacje w zakresie przeprowadzanej kontroli skarbowej[47].

Próbując znaleźć podstawy prawne do odmowy udostępnienia informacji publicznej na podstawie *exemption 2* FOIA, należy wskazać, że polskie ustawodawstwo nie przewiduje możliwości odmowy ze względu na wewnętrzne procedury postępowania w sprawach personalnych.

b) Ochrona informacji dotyczących bezpieczeństwa powszechnego państwa

Zarówno polskie, jak i amerykańskie ustawodawstwo przewiduje wyłączenie jawności pewnych informacji z uwagi na bezpieczeństwo państwa, gospodarki, polityki wewnętrznej i międzynarodowej. W Polsce katalog takich informacji określa ustawa

[40] I OSK 796/14, Legalis nr 1218130.
[41] Zob. wyrok WSA w Łodzi z 21 października 2014, II SAB/Łd 118/14, Lex nr 1534557.
[42] Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12 czerwca 2014 r., II SAB/Bk 23/14, Lex nr 1513557.
[43] Zob. wyrok WSA w Warszawie z 7 kwietnia 2014 r., VIII SA/Wa 1018/13, Lex nr 1468417.
[44] I OSK 2844/13, Lex nr 1549673.
[45] Zob. wyrok WSA w Szczecinie z 9 stycznia 2014 r., II SA/Sz 1416/13, Lex nr 1417683.
[46] Zob. wyrok NSA z 30 października 2013 r., I OSK 1413/13, Lex nr 1511958.
[47] Zob. wyrok WSA w Warszawie z 4 listopada 2014 r., II SA/Wa 1109/14.

o ochronie informacji niejawnych. Sądy, orzekając o udostępnianiu bądź nie informacji na podstawie DostInfPublU, wielokrotnie wskazują na wyłączenie jawności ze względu na inne dobra prawnie chronione. Podkreśla się również kazuistyczny charakter nadawania określonym informacjom klauzul „tajne", „poufne" czy „ściśle tajne". W wyroku z 9 lutego 2014 r.[48] Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi wskazał, że podmiot uprawniony do nadania klauzuli tajności powinien każdorazowo badać, czy z punktu widzenia celu ochrony informacji niejawnych nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej. Podobnie ten sam sąd stwierdził w wyroku z 3 października 2010 r., kiedy to orzekł, że „Pojęcie «ważny interes państwowy» wymaga indywidualizacji i skonkretyzowania w każdym wypadku jego zastosowania przy rozpatrywaniu uprawnienia strony do wglądu do akt sprawy. Przy jego wykładni należy uwzględnić to, że w treści przepisu występuje ono w liczbie pojedynczej, a wobec tego chodzi nie o wszystkie ważne interesy państwowe, lecz o jeden konkretnie wskazany. Organ administracji publicznej jest obowiązany wskazać, ze względu na jaki konkretnie ważny interes państwowy wyłączył akta sprawy i dlaczego tak skonkretyzowany interes przemawiał za wyłączeniem tych akt"[49].

Jak już wskazano, udostępnienie informacji niejawnych może nastąpić tylko w stosunku do określonych osób. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podkreśla, że udostępnienie takiej informacji podlega również określonemu postępowaniu, a nie tylko regulacjom dotyczącym podmiotu uprawnionego[50]. Rygorystycznie podkreśla się ograniczenia w zakresie uzasadnienia odmowy dostępu do informacji publicznej właśnie ze względu na ochronę informacji niejawnych[51].

Za zbliżony do sprawy *Millner v. Department of the Navy*, można uznać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 28 marca 2014 r.[52] W przedmiotowej sprawie wnioskodawca, fundacja zajmująca się ochroną prywatności, zwróciła się do Centralnego Biura Antykorupcyjnego z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy CBA posiada techniczne możliwości śledzenia połączeń telefonicznych oraz komunikacji w sieci Internet za pomocą słów kluczowych. W odpowiedzi organ odmówił udzielenia informacji, powołując się na przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz stwierdzając, że ujawnienie żą-

[48] Wyrok WSA w Łodzi z 9 lutego 2012 r., II SA/Wa 2451/11, Lex nr 1121569.
[49] Wyrok WSA w Łodzi z 3 października 2010 r., III SA/Łd 650/12, Lex nr 1235574.
[50] Wyrok WSA w Warszawie z 8 grudnia 2011 r., II SA/Wa 1844/11, Lex nr 1153551.
[51] Wyrok WSA w Warszawie z 30 stycznia 2013 r., IV SA/Wa 2136/12, Lex nr 1298757.
[52] II SA/Wa 141/14, Lex nr 1455421.

danych informacji może spowodować poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej poprzez utrudnienie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz utrudnienie wykonywania zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli.

Fundacja wniosła skargę od powyższej decyzji, wnosząc o jej uchylenie. Wojewódzki Sąd Administracyjny orzekł, że informacja dotycząca posiadanych przez organ technicznych możliwości działania w sposób pośredni wskazuje na metody pracy operacyjnej stosowane przez funkcjonariuszy CBA oraz na kierunki tej działalności operacyjnej. Sytuacja taka występuje niezależnie od tego, czy w danej chwili organ korzysta z danych środków technicznych, czy też nie. Osoby, które potencjalnie zainteresowane są działalnością sprzeczną z prawem, mogą być zainteresowane samą informacją o posiadanych przez organ możliwościach technicznych. Mając wiedzę w tym zakresie, mogą się one spodziewać tego, że organy ścigania skorzystają z posiadanych środków, a więc w efekcie mogą próbować zabezpieczyć się przed oddziaływaniem takich środków posiadanych przez organy państwa. W konsekwencji może dojść do utrudniania organowi wykonywania jego ustawowych działań, a więc może narazić państwo na uszczerbek.

Nie ulega wątpliwości, że wnioskowana informacja dotyczyła wewnętrznych zasad postępowania i wykorzystywanych narzędzi. Niemniej, z uwagi na dobra prawnie chronione wyższego rzędu, w tym powoływane przez sąd orzekający bezpieczeństwo obywateli, zasadne było powstrzymanie się przez organ od udostępnienia informacji publicznej. Można zatem stwierdzić, że na gruncie prawa polskiego, sprawa *Millner v. Department of the Navy*, z uwagi na fakt, że ujawnienie wnioskowanych informacji mogłoby narazić na uszczerbek bezpieczeństwo publiczne, zostałaby rozstrzygnięta w podobny sposób.

4. Podsumowanie

Porównując uregulowania prawne dotyczące udostępniania informacji publicznej w ustawodawstwie Stanów Zjednoczonych i Rzeczypospolitej Polskiej, można zauważyć odmienne podejście obu systemów prawnych do pojęcia jawności i jego zakresu w praktyce obu państw. Pomimo że USA wydaje się być krajem, w którym prawa obywateli są wyraźnie nakreślone i przestrzegane wręcz we wzorcowy sposób, w Polsce, jak również w całej Unii Europejskiej, obywatel ma szersze prawo dostępu do informacji publicznej. Wart uwagi jest fakt, że w myśl regulacji amerykańskich prawo wnoszenia o informację publiczną przysługuje jedynie obywatelom Stanów Zjednoczonych, podczas gdy na Starym Kontynencie dostęp ten przyznaje się każdemu zainteresowanemu. Należy zastanowić się jednak, czy przyjęte w Polsce rozwiązanie gwarantuje bezpie-

czeństwo publiczne państwa, czy nie stwarza sytuacji zagrożenia w momencie, kiedy o udostępnienie informacji wnosi obywatel państwa nieprzyjaznego. Wydaje się, że wskazane byłoby ograniczenie uprawnienia podmiotowego do obywateli RP lub państw członkowskich Unii Europejskiej, zwłaszcza w obecnej, niepewnej sytuacji geopolitycznej w Europie.

Polskie ustawodawstwo gwarantuje dostęp do informacji publicznej związanej ze wszystkim aspektami działalności wewnętrznej organów administracji publicznej. Jawność dotyczy też, wydawać by się mogło, prywatnych spraw osób zatrudnionych w administracji publicznej (wiek, życiorys, informacja o wynagrodzeniu). Należy uznać, że przyjęte rozwiązania gwarantują możliwość kontroli poczynań władzy w pełnym zakresie, umożliwiają zwalczanie patologii w organach administracji, takich jak korupcja czy nepotyzm. Sprzyja to również zaangażowaniu społeczeństwa w lokalne inicjatywy realizowane przy udziale władz samorządowych. W świetle polskich tradycji nieuzasadnione wydaje się istnienie analogicznej regulacji do *exemption 2*. Tym bardziej należy podzielić opinię Sądu Najwyższego przedstawioną w tytułowej sprawie o braku uzasadnionych podstaw do wyodrębniania *high 2 exemption* i *low 2 exemption.* W obu systemach prawnych rolę *high 2 exemption* spełniają przepisy dotyczące ochrony informacji związanych z bezpieczeństwem publicznym, w Polsce zamieszczone przede wszystkim w ustawie o ochronie informacji niejawnych.

Oba ustawodawstwa w podobny sposób charakteryzują katalog informacji podlegających wyłączeniu ze względu na bezpieczeństwo publiczne, politykę wewnętrzną i międzynarodową państwa, ochronę stabilności ekonomicznej oraz porządek i zdrowie publiczne. Należy wskazać, że chronione informacje stanowią katalog zamknięty, którego rozszerzenie wymaga stosownego aktu rangi ustawowej. Takie rozwiązanie należy uznać za słuszne, gwarantujące poszanowanie praw politycznych obywateli i jednocześnie wskazujące na potrzebę ochrony nadrzędnych dóbr prawnych. Jak już wskazano, nie istnieje i nie powinno istnieć w prawie pojęcie bezwzględnej jawności.

Analizując praktykę orzeczniczą sądów polskich oraz amerykańskich, należy wskazać, że to na gruncie rodzimych regulacji w znaczny sposób preferuje się zasadę jawności. Jednocześnie można też stwierdzić, że organy administracji publicznej w USA częściej udostępniają informacje bez konieczności prowadzenia postępowania sądowego, z kolei stosunkowa krótka praktyka udostępniania informacji publicznej nie wykształciła się w pełny sposób w klasie urzędniczej.

Podsumowując rozważania dotyczące charakteru i praktyki postępowania w sprawach o udostępnienie informacji publicznej, można powiedzieć, że polskie ustawodawstwo w tym zakresie bardziej sprzyja zasadzie jawności. Pomimo problemów, jakie napotykają wnioskodawcy w organach władzy publicznej, szczególnie w organach

samorządowych, polskie sądy wskazują na szeroki zakres przedmiotowy i podmiotowy informacji publicznej, konsekwentnie orzekając o prymacie jawności nad tajnością. Ustawodawstwo Stanów Zjednoczonych w mniejszym stopniu zezwala na udostępnienie informacji. Jednocześnie należy wskazać, że uregulowania amerykańskie dotyczące wyłączania jawności określonych fragmentów dokumentów publicznych zamiast wyłączania dostępu do całości aktu powinny być stosowane również w Polsce. Takie rozwiązanie przyczyniłoby się w jeszcze większym stopniu do budowania społeczeństwa obywatelskiego, gwarantując większą pewność w stosowaniu przepisów dotyczących dostęp do informacji publicznej.

Exemptions from the right to public information in the United States as an example the case *Milner v. Department of the Navy*

Abstract: This article applies to restrictions on access to public information in Poland and in the United States. Access to public information is one of the elements of broadly defined right to information. In modern constitutions of democratic countries alongside traditional political rights and freedoms it is more frequently mentioned right to obtain information from public authorities. American bill- Freedom of Information Act- provides everyone access to the information created by federal authorities and includes 9 exemptions from general rule of transparency. Based on the breakthrough in this field Supreme Court ruling on Milner v. Deparment of the Navy case author is trying to bring the issue of bases and restrictions on access to public information in the United States. The second part of the work is dedicated to the restrictions on the right of access to public information in Poland. Relying on the professional literature and a series of court rulings author made an attempt to examine what judgment could be adopted in a similar case on the basis of Polish legal regulations. A summary of the article was devoted entirely to the comparative analysis of regulations on access to public information in Poland and the USA.

Keywords: Public information, exemptions, high 2 exemption, information

Kamil Gaweł
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
Piotr Graca
Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Zasada nietykalności majątkowej w kontekście sprawy *Weeks vs USA* (1914)

1. Wstęp

Amerykańska Karta Praw zawiera w sobie gwarancje prawne, które wyrosły już w angielskim systemie prawa (m.in. w takich aktach jak *Magna Charta Libertatum* z 1215 r., czy *Habeas Corpus Act* z 1679 r.) i zostały stamtąd przeszczepione na grunt amerykański. Zawierały one również sankcje chroniące mieszkańców przed bezprawnymi przeszukaniami i konfiskatami mienia. Zostały one stworzone niejako w opozycji do „tytułów pomocy" narzuconych angielskim kolonistom przez brytyjską władzę i zezwalających na przeszukania i konfiskaty w celach dowodowych jedynie na podstawie ogólnych nakazów wydanych z upoważnienia rządu na poparcie prawdziwych – bądź tylko urojonych – zarzutów.

Karta Praw wprowadziła zasadę: „My home – my castle", stanowiącą, iż dom człowieka jest jego zamkiem i jego prywatność nie może być naruszana, atakowana przez jakikolwiek organ, sąd lub policję. Ważną rolę tej instytucji prawnej wielokrotnie podkreślały sądy, które uważały ją za dużą wartość.

2. Analiza orzeczeń dotyczących kwestii nietykalności osobistej sprzed 1914 r.

Sprawa nietykalności osobistej i majątkowej była wielokrotnie rozpatrywana przez sądownictwo Stanów Zjednoczonych już od czasów uzyskania przez ten kraj niepodległości.

W sprawie *Ex parte Jackson* (1878)[1] sąd uznał prawo ochrony stosowane do listów szczelnie zamkniętych w schowku i stwierdził, że konsekwentnie z tą gwarancją ludzie mają prawo zabezpieczenia swoich dokumentów przeciwko nieuzasadnionym przeszukaniom i zajęciom, a otwieranie i badanie listów i innych dokumentów byłoby możliwe tylko wtedy, kiedy nakazy sądowe byłyby wydane pod przysięgą lub oświadczeniem , szczególnie opisując rzecz, która miałaby być przebadana.

W sprawie *Boyd vs USA* z 1886 r.[2] Sąd Najwyższy stwierdził iż: „zasady ustanowione w niniejszej opinii wpływają na istotę konstytucyjnych wolności i bezpieczeństwa. Zasady te docierają dalej niż konkretna istota sprawy, która rozpatrywana jest później przed sądem, z jej przypadkowymi okolicznościami; stosując się do wszystkich napaści ze strony rządu i jego pracowników na najważniejsze dla człowieka świętości miru domowego i prywatności jego życia. Nie chodzi o włamywanie się do domu i wyłamywanie drzwi oraz grzebanie w szufladach, które stanowią istotę przestępstwa, ale o napaść na jego nieodwołalne prawa do osobistego bezpieczeństwa, wolności osobistej i własności prywatnej, gdzie prawo to nigdy nie zostało utracone nawet na skutek przeświadczenia, że wypełnia to znamiona jakiegoś przestępstwa publicznego – jest to napaść na święte prawa, które leżą u podstaw i stanową istotę wyroku[3]".

W sprawie *Adams vs Nowy Jork* z 1904 r.[4] sąd stwierdził, że Czwarta Poprawka miała zabezpieczyć obywateli i ich mienie przed bezprawną napaścią świętości miru domowego przez funkcjonariuszy prawa, działających w ramach danego prawodawstwa. Ochrona ta jest jednolicie rozszerzona na działania rządu i funkcjonariuszy prawa.

2.1. Sprawa *Weeks vs USA* (1914)[5]

Uzasadnienie orzeczenia rozpoczyna stwierdzenie, że w ramach Czwartej Poprawki do Konstytucji sądy federalne i urzędnicy mają narzucone pewne ograniczenia w wykonywaniu swojej władzy, co chroni obywateli przed wszelkimi nieuzasadnionymi rewizjami i zatrzymaniami mienia[6].

Sądy, zdaniem składu orzekającego, nie mogą dla celów dowodowych przechowywać przeciwko oskarżonemu jego listów i korespondencji zajętych w jego własnym domu podczas jego nieobecności. Czwarta Poprawka zabezpiecza obywateli, ich domostwa oraz dokumenty przed wszystkimi nieuzasadnionymi przeszukaniami dokonywanymi pod pozorem prawa. Ochrona ta dotyczy również osób oskarżonych o przestępstwo.

[1] *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1878).
[2] *Bram vs United States*, 168 U.S. 532 (1897).
[3] Tłum. z jęz. ang. – jeśli nie zaznaczono inaczej – własne - K.G., P. G.
[4] *Adams vs New York*, 192 U.S. 585 (1904).
[5] Tłum. z jez. ang. Orzeczenia w sprawie Weeks vs USA - Anita Zawiślak
[6] *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

Sąd Najwyższy odniósł się następnie do stanu faktycznego sprawy, który był następujący. Oskarżony został zatrzymany przez policję w związku z podejrzeniami o udział w nielegalnych loteriach. Inni funkcjonariusze w tym czasie poszli do jego domu i dostali się do niego dzięki kluczom, które schowane były w miejscu, o którym wiedział sąsiad podejrzanego. W trakcie przeszukania, które odbyło się bez nakazu, znaleziono m.in. listy i dokumenty.

Oskarżony przed procesem wniósł o zwróceniu mu tych rzeczy, jednakże oskarżyciel stwierdził, że część z nich będzie dowodami w sprawie o przestępstwo i w tym zakresie odmówił prośbie oskarżonego.

Sąd Najwyższy stwierdził, że doszło w tym wypadku do naruszenia Czwartej Poprawki, której treść brzmi następująco: „Prawa osób do nietykalności osobistej, mieszkania, dokumentów i mienia nie wolno naruszać przez nieuzasadnione rewizje i zatrzymanie; i dlatego nakazy sądowe na to zezwalające nie będą wydawane bez uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa popartego zeznaniami złożonymi pod przysięgą lub przyrzeczeniem i bez dodatkowego określenia miejsca przeszukania oraz osób lub rzeczy podlegających zatrzymaniu.”[7] Sąd stwierdził, że skoro przeszukanie było samowolne, a policja nie uzyskała nakazu, uzyskanie dowodów w ten sposób narusza Czwartą Poprawkę do Konstytucji.

2.2. Zasada *exclusionary rule* w orzecznictwie sądów amerykańskich po 1914 r.

Na podstawie omówionej wyżej sprawy w systemie orzecznictwa USA powstała zasada *exclusionary rule*, co można przetłumaczyć jako „regułę wykluczającą”, do której później wielokrotnie nawiązywały w swoich wyrokach sądy i która z czasem została rozszerzona i dokładnie zdefiniowana z uwzględnieniem wyjątków i sytuacji szczególnych.

W 1920 r. Sąd Najwyższy USA wdrożył doktrynę „owocu z zatrutego drzewa” w sprawie *Silverthorne Lumber Co. vs United States*[8]. Sąd orzekł w niej, że zezwolenie na zebranie dowodów będących rezultatem niekonstytucyjnego przeszukania redukuje Czwartą Poprawkę jedynie do słów i jest niepraworządne.

Reguła wykluczająca przyjęła się z czasem w większości stanów USA. Na podstawie sprawy *Wolf v. Colorado*[9] ustanowiono regułę, iż stany nie mają obowiązku zaadoptować tej reguły do swojego stanowego systemu prawa. Jednakże niektóre stany i tak to uczyniły. Sąd Najwyższy Kalifornii zawyrokował w sprawie *People v. Cahan* z 1955 r.[10], że reguła wykluczająca odnosi się również do spraw sądowych w Kalifornii. Do 1960 r.

[7] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2002, s. 55-56.
[8] *Silverthorne Lumber vs United States*, 251 U.S. 385 (1920).
[9] *Wolf vs Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).
[10] *People v. Cahan*, 282 P.2d 905 (Cal. 1955).

22 stany zaadaptowały tę zasadę bez istotnych wyjątków. Były to Kalifornia, Delaware, Floryda, Idaho, Illinois, Indiana, Kentucky, Missisipi, Missouri, Montana, Karolina Północna, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Tennessee, Waszyngton, Teksas, Zachodnia Wirginia, Wisconsin, Wyoming. W Michigan reguła wykluczająca nie odnosi się do przestępstw narkotykowych oraz związanych z nielegalnym użyciem broni. W Alabamie, Maryland i Południowej Dakocie reguła wykluczająca odnosi się tylko do niektórych sytuacji. Należy jednak pamiętać, że w wyroku w sprawie *Mapp vs Ohio* z 1961 r.[11] Sąd Najwyższy stwierdził, iż reguła wykluczająca wiąże organy stanowe na podstawie Czternastej Poprawki.

Powszechnie wskazuje się na konieczność pewnych ograniczeń *exclusionary rule*, która rozumiana absolutnie mogłaby generować poważne koszty społeczne wiążące się m.in. z niekaraniem osób winnych przestępstw. W związku z tym uznaje się np., że objęte są nią tylko dowody zdobyte przez funkcjonariuszy publicznych, nie zaś przez osoby prywatne. Podobnie Sąd Najwyższy w sprawie *Nix vs Williams* z 1984 r[12]. stwierdził, że dowody są dopuszczalne, jeśli policja działała w dobrej wierze na podstawie wadliwego nakazu. W orzeczeniu *Florida vs Jimeno* z 1991 r.[13] SN stwierdził z kolei, że nie doszło do naruszenia Konstytucji poprzez wykorzystanie dowodów uzyskanych w drodze przeszukania bez nakazu, ale za zgodą osoby podejrzanej.

2.3. Konkluzje dotyczące sprawy *Weeks vs USA*

Bez wątpienia zasada „My home – my castle" jest jedną z najbardziej reprezentatywnych (oraz najciekawszych) dla czegoś, co moglibyśmy nazwać „amerykańską mentalnością". Specyficzny stosunek do własności, legalizmu oraz praworządności obserwujemy zarówno w sprawie *Weeks vs USA*, jak i innych orzeczeniach. Sąd Najwyższy w zdecydowany sposób stoi na stanowisku mocno akcentującym ochronę miru domowego. Podkreślanie jego istotnej roli częstokroć jest wyrażone przez wysoce nobilitujący przymiotnik „święte", co najlepiej charakteryzuje anglosaskie podejścia do omawianej kwestii.

[11] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).
[12] *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).
[13] *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991).

3. Nietykalność majątku w prawie polskim

3.1. Rys historyczny

Ochrona własności oraz nietykalność majątkowa mają w prawie polskim długą tradycję. Bodaj najistotniejszym pomnikiem dawnego prawa, który dotyczył tej problematyki, był przywilej czerwiński z 1422 r.[14] Szeroko tematykę własności poruszały wszystkie kodyfikacje państw zaborczych w XIX w. oraz Kodeks Napoleona z 1804 r.[15] Cechą wspólną dla wszystkich zaborów była zasada nienaruszalności własności prywatnej. Wynikała ona wprost z rosnącej roli norm uwzględniających rozwój nowych, kapitalistycznych stosunków społeczno-gospodarczych. Interesującym problemem jest, na ile ta nienaruszalność własności prywatnej miała charakter bezwzględny. Tak na przykład Kodeks Napoleona akcentował korzystanie ze swego prawa, jeśli nie było ono zabronione przez ustawę lub rozporządzenie. Dalej szedł niemiecki kodeks cywilny, który określał, że prawo własności nie jest nieograniczone, a tylko najszersze spośród wszystkich praw rzeczowych[16]. Niezwykle istotne jest, że ustawodawstwo zaborcze w znacznej mierze obowiązywało do czasu pojawienia się nowych regulacji polskich w dwudziestoleciu międzywojennym, a niekiedy nawet później.

3.2. Polskie regulacje prawne

Konstytucja RP[17] zawiera szereg regulacji istotnych z perspektywy omawianej tematyki. Ze względu na najwyższą pozycję w hierarchii źródeł prawa Polski zajmuje ona w kontekście omawianego tematu szczególne miejsce. Porusza ona, w charakterystyczny dla siebie − ogólnikowy sposób, dwie istotne z perspektywy naszych rozważań zagadnienia: własność oraz nienaruszalność majątku.

Własność w Konstytucji RP może być rozpatrywana na dwa sposoby: w ujęciu obiektywnym (oznacza zasadę ustrojową – art. 20 oraz 21), oraz w ujęciu subiektywnym (rozumiana jest wtedy jako prawo podmiotowe − art.64)[18]. Niniejsze opracowanie dotyczyć będzie tego drugiego ujęcia. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na relacje zachodzące pomiędzy własnością w ujęciu obiektywnym a jej subiektywną koncepcją. Istotne w tej dyskusji bez wątpienia będzie orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 31 października

[14] „Przywilej czerwiński z 1422 r., nadany pod naciskiem szlachty zebranej na sejmie obozowym, przyniósł zapewnienie, że król nie będzie konfiskować ani zajmować majątku szlachcica bez wyroku sądowego […]" – J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju państwa i prawa polskiego,* Warszawa 2005, s. 91-92. Obserwujemy tu więc istotne zaakcentowanie legalności postępowania.

[15] K. Sójka- Zielińska, *Historia prawa,* Warszawa 2011, s. 247-250.

[16] J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju państwa…*, s. 421-422.

[17] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.; Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[18] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 197.

2001 r.[19], w którym zwrócił on uwagę na fakt, że naruszenie bardziej szczegółowych norm zawartych w art. 64, stanowi również naruszenie ogólniejszej normy z art 21.

Art. 64 ust. 1 Konstytucji stanowi, że każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia. Ustęp 2 wskazuje, że własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. W kolejnym ustępie ustrojodawca stwierdza, że własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza to istoty prawa własności. Konstytucja RP deklaruje zatem prawo własności w ujęciu podmiotowym. W znacznej mierze ma ona na celu ochronę istniejących realiów własnościowych. Ważne jest również, że artykuł ten formułuje ochronę ograniczonych praw rzeczowych niebędących własnością[20].

W kontekście art. 64 warto również zauważyć, że zakres podmiotowy, który jest przez ten artykuł regulowany dotyczy zarówno osób fizycznych, jak i osób prawnych. Na marginesie naszych rozważań warto zasygnalizować pewne wątpliwości co do problemu własności cudzoziemców. Wynika to z faktu, że Konstytucja nie precyzuje właścicielem jakich dóbr może być cudzoziemiec, oraz jaki miałby być sposób korzystania z nich[21].

Przepisy Konstytucji RP, które odnoszą się do problematyki nienaruszalności majątku, wyrażone są w grupie przepisów kwalifikowanych jako ,,wolności i prawa osobiste". Stanowią one część rozdziału II (,,Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela"). Doktryna prawa konstytucyjnego od dawna postulowała wyróżnienie takich praw i wolności, które dotyczą sfery życia prywatnego jednostki. Na gruncie naszej Konstytucji grupę tę stanowią art. 38−56[22]. Stanowią one punkt wyjścia do rozważań nad nienaruszalnością majątku, widzianą z perspektywy konstytucyjnej.

Nienaruszalność majątku oraz jego zabezpieczenie przed nielegalnymi przeszukaniami jest wprost wyrażona w art. 50 Konstytucji RP, który brzmi: ,,Zapewnia się nienaruszalność mieszkania. Przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawach i w sposób w niej określony". Tak sformułowane zabezpieczenie przed nadużyciami władzy powinno przywodzić na myśl skojarzenia ze sprawą *Weeks v. US*. Istotne są również unormowania zawarte w art. 47 Konstytucji (,,Każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym"). Bez wątpienia daleko idący związek z tematyką wykazuje również art. 51 ust. 2 Konstytucji (,,Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym").

[19] Sygn. akt K 33/00, OTK 2001, nr 7, poz. 217.
[20] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 201.
[21] *B. BanaszakIdem*, *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2009 s. 331.
[22] *B. BanaszakIdem*, *Prawo konstytucyjne…*, Warszawa 2012, s. 360.

Istotnym elementem stanu prawnego dotyczącego omawianej sprawy jest również Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.)[23]. Ze względu na stopień szczegółowości oraz fundamentalne znaczenie dla omawianej kwestii zostanie on w kontekście tematu przeanalizowany w kolejnej części pracy.

3.3. Analiza przepisów k.p.k. w sprawie gromadzenia i pozyskiwania dowodów

W k.p.k. jednoznacznie zaznaczono, że dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego są niedopuszczalne. Jak stanowi jego art. 168a: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego".

Przedmioty, które mogą stanowić dowód w sprawie, należy wydać dobrowolnie na żądanie sądu lub prokuratora, a także policji w przypadku niecierpiącym zwłoki. W razie odmowy wydania takiej rzeczy można przeprowadzić jej odebranie. Osoba wydająca rzecz ma prawo złożyć wniosek o sporządzenie i doręczenie jej postanowienia sądu lub prokuratora o zatwierdzeniu zatrzymania. Doręczenie takie powinno nastąpić w ciągu 14 dni od zatrzymania danej rzeczy.

Instytucje i urzędy, których działalność jest związana z pocztą lub telekomunikacją, obowiązane są wydać sądowi lub prokuratorowi na żądanie w formie postanowienia, które dołącza się adresatom korespondencji oraz abonentowi telefonu lub nadawcy, korespondencję i przesyłki, które mogą mieć znaczenie dowodowe i tylko sąd lub prokurator mają prawo je otwierać bądź zarządzić ich otwarcie. Doręczenie takiego postanowienia może być odroczone na czas oznaczony ze względu na dobro sprawy, nie później jednak niż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Korespondencję i przesyłki pozbawioną znaczenia dowodowego w postępowaniu należy niezwłocznie zwrócić właściwym instytucjom. Podobnie jak w sprawie *Weeks vs USA* nie może w świetle polskiego prawa nastąpić otwarcie czyichś prywatnych listów bez zgody sądu i poinformowania o tym ich właściciela. Taka korespondencja musi mieć jednak znaczenie dowodowe, pozbawioną go należy niezwłocznie zwrócić właściwym instytucjom. Warto jednak zwrócić uwagę na klauzulę generalną, która teoretycznie pozwala na przeszukanie bez poinformowania zainteresowanego ze względu na „dobro sprawy" i doręczyć mu to postanowienie już po zakończeniu postępowania.

Przeszukania można dokonać tylko, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do tego, by twierdzić, że rzeczy, mające znaczenie dowodowe, znajdują się w danym miejscu. Podobnie jak w wymienionej wcześniej sprawie *Florida v. Jimeno*, w której narkotyki znalezione w schowku zostały dopuszczone jako dowód w sprawie, ponie-

[23] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego; Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

waż rozsądna osoba spodziewałaby się znaleźć coś w tym miejscu. W celu znalezienia takich rzeczy można też dokonać przeszukania osobistego – tj. w osobistych, podręcznych rzeczach zainteresowanego. Takiego przeszukania może dokonać prokurator albo – na polecenie sądu lub prokuratora – policja. Takie polecenie musi być zawarte w formie postanowienia, które należy okazać osobie, u której ma zostać przeprowadzone przeszukanie. Napotykamy tu kolejną klauzulę „w wypadkach niecierpiących zwłoki", która pozwala policji działać bez uzyskania postanowienia prokuratora lub sądu, jedynie na podstawie legitymacji służbowej lub nakazu kierownika swojej jednostki. Jednak potem należy zwrócić się do tych instytucji o urzędowe zatwierdzenie tego przeszukania, które w terminie 7 dni musi być doręczone osobie przeszukiwanej, jeśli tego zażąda.

W przepisach k.p.k. odnajdujemy też ograniczenia co do pory przeszukań. Mogą być one dokonane nocą jedynie w wypadkach niecierpiących zwłoki. Nie dotyczy to lokali i pomieszczeń dostępnych w tym czasie dla nieokreślonej liczby osób lub służących przechowywaniu przedmiotów.

Zainteresowanego, u którego odbywa się przeszukanie, należy o tym fakcie poinformować i wezwać do dobrowolnego wydania tych przedmiotów. Nie ma możliwości dokonania tego po kryjomu. Osoba ta ma prawo też być obecna podczas czynności przeszukania lub wskazać w swoje miejsce inną. Gdy nie ma na miejscu gospodarza lokalu, należy przywołać przynajmniej jednego dorosłego domownika lub, jeśli go nie ma, sąsiada. Podobnie w sprawie *Weeks vs USA* podczas czynności przeszukania był obecny sąsiad zainteresowanego, który pod jego nieobecność pokazał policjantom, gdzie trzyma on klucze do mieszkania.

Szczególnie chronione są podczas czynności przeszukania rzeczy o charakterze osobistym lub chronione tajemnicą prawnie chronioną. W takim wypadku organ prowadzący tę czynność przekazuje to pismo niezwłocznie bez odczytywania prokuratorowi lub sądowi w opieczętowanym opakowaniu. Wskazuje się też, że przeszukanie powinno odbywać się bez zbędnych szkód i niszczenia mienia prywatnego oraz nie sprawiać danej osobie niepotrzebnych dolegliwości. Należy zachować umiar i uszanować godność i prywatność innych osób. Właśnie zarzuty takiej natury podnosił Weeks, kiedy dokonano w jego domu ewidentnego naruszenia prywatności, przetrząsając jego bieliźniarkę czy prywatną korespondencję niezwiązaną ze sprawą. Jak widać, w polskim prawie wartości takie jak prywatność są chronione w podobnym zakresie.

Przedmioty znalezione w wyniku przeszukania muszą być odpowiednio zabezpieczone i przechowywane przez osobę godną zaufania. Kolejny raz został użyty w tym miejscu nieostry termin: „osoba godna zaufania". To samo tyczy się znalezionych przedmiotów, które mogą być dowodem innego przestępstwa lub których posiadanie jest za-

bronione. Osobie zainteresowanej powinno się niezwłocznie wręczyć pokwitowanie opisujące, jakie przedmioty zostały zatrzymane. Protokół powinien też zawierać dokładne oznaczenie sprawy, z którą przeszukanie jest związane, oraz wskazywać dokładną godzinę rozpoczęcia i zakończenia czynności, aby wyeliminować nadużycia związane np. ze zbyt długim zajmowaniem mieszkania lub dokonywaniem uciążliwego, przedłużającego się przeszukania.

Rzeczy zatrzymane w wyniku przeszukania dokonanego bez wcześniejszego upoważnienia sądu należy niezwłocznie zwrócić uprawnionej osobie, jeżeli w ciągu 7 dni nie nastąpiło jego potwierdzenie przez odpowiedni organ. Należy też niezwłocznie zwrócić rzeczy bez znaczenia w postępowaniu, a te, których posiadanie jest zabronione, przekazać odpowiednim instytucjom.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że ustawodawca, w odniesieniu do problematyki przeszukania, posługuje się wieloma klauzulami generalnymi, których zakres i interpretacja jest w pewnym stopniu dowolna. Może to prowadzić do licznych nadużyć i nadinterpretacji ze strony sądu lub prokuratury.

3.4. Poglądy doktryny

Polski k.p.k. nie rozstrzyga kwestii wykorzystywania dowodów „pośrednio skażonych", pozostawiając to doktrynie i orzecznictwu. W polskiej doktrynie od dawna trwa spór, czy i w jakim zakresie dowody takie powinny być dopuszczane w postępowaniu.

Z. Sobolewski twierdził, iż: „Doprowadzenie oskarżonego do przyznania się nawet w sposób brutalny, nie podważa wiarygodności tzw. obiektywnych dowodów, odnalezionych dzięki wskazówkom zawartych w wymuszonych wyjaśnieniach. Zatem test wiarygodności nie skłania do odrzucenia takich dowodów". Ich dyskwalifikacja mogłaby doprowadzić do rażącej niesprawiedliwości. Uważał on jednak, że wykorzystywanie takich dowodów ma pewne granice, wyznaczane przez kryteria moralne: „Pożądane jest odrzucenie dowodu stanowiącego pośredni efekt wyjaśnień w rażący sposób wymuszonych od oskarżonego"[24].

Przeciw takiemu stanowisku zdecydowanie oponował M. Czekaj, wskazując na trudny do sprecyzowania charakter powyższych sformułowań Sobolewskiego, co mogłoby prowadzić do licznych naruszeń[25]. Ponadto wskazywał on na konieczność ochrony praw człowieka, które mogłyby być naruszone poprzez wykorzystanie dowodu „pośrednio skażonego". Ważniejsza jest jego zdaniem obrona wartości i tych praw.

[24] Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" 1976, nr 23, s. 52.

[25] M. Czekaj, *Swoboda wypowiedzi oskarżonego*, „Palestra" 1988, nr 7, s. 99.

3.5. Kwestia dowodów pośrednio skażonych w orzecznictwie

Sąd Apelacyjny w Białymstoku orzekł, że „owoce z zatrutego drzewa" nie mogą zostać wykorzystane w polskim procesie karnym[26]. W wyroku tym sąd odwołał się do Konstytucji i obowiązującego w Polsce prawa międzynarodowego, które czyni niedopuszczalnym wykorzystywanie przez organy państwowe pod jakąkolwiek postacią, niezależnie od formy i celu, nielegalnie zebranych informacji o obywatelach. W omawianej sprawie lekarz został oskarżony o bezprawne doprowadzenie do przerwania ciąży poprzez przekazanie ciężarnej środków farmakologicznych powodujących poronienie w zamian za określoną kwotę pieniężną.

Innemu lekarzowi również zostały przedstawione zarzuty w tej sprawie, jakoby poprzez telefoniczne nakłanianie ciężarnej pacjentki, aby ta zażywała środki farmakologiczne w celu poronienia, doprowadził do usunięcia ciąży.

Wyrokiem sądu obaj oskarżeni zostali jednak uniewinnieni, ponieważ dowody przeciwko nim zostały zebrane w sposób nielegalny. Prokurator wniósł jednak o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ponieważ jego zdaniem nastąpiła obraza przepisów postępowania karnego i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, których ocena została dokonana dość wybiórczo, ponieważ zeznania pokrzywdzonej zostały złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi i nie powinny stanowić dowodu.

Sąd Apelacyjny nie rozpatrzył jednak pozytywnie apelacji prokuratora, uznając ją za oczywiście bezzasadną. Jego zarzuty zdaniem sądu były zbyt ogólnikowej natury, a ich autor nie dostrzegł, że sedno sporu nie leży w prawidłowej ocenie materiału dowodowego, ale kwestii tego, czy takie dowody mogą być w ogóle poddane sądowej ocenie, ponieważ zostały zakwestionowane przez sąd pierwszej instancji jako bezprawne.

Sąd Apelacyjny zajął jednoznaczne stanowisko w tej sprawie, uznając, że posługiwanie się dowodami stanowiącymi owoc zatrutego drzewa, jest niedopuszczalne i stoi w sprzeczności z wartościami konstytucyjnymi i prawem międzynarodowym, ponieważ rażąco narusza prawa i wolności obywatelskie.

Stosowanie podsłuchu operacyjnego może być dopuszczone tylko w ściśle określonych, enumeratywnie wymienionych w ustawach przypadkach. Podsłuchiwanie prywatnych rozmów lekarzy do nich nie należy. Nie było podstaw, aby w poczet dowodów zaliczyć całość materiałów pozyskanych w drodze kontroli operacyjnej. Jako materiał procesowo niedozwolony powinien zostać zniszczony w terminie dwóch miesięcy, co nie zostało zrobione. Stało to w wyraźnej sprzeczności z fundamentalną dla polskiego porządku prawnego zasadzie demokratycznego państwa

[26] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 marca 2010 r., II AKa 18/10; OSAB 2010, nr 1, s. 32 i n.

prawnego, łamało gwarancje procesowe oskarżonych, w rażący sposób naruszając ich prywatność. Gdyby uznać dowody zdobyte w taki sposób, kolejnym etapem mogłoby być uznanie także tych zdobytych w wyniku tortur bądź gróźb, ponieważ prowadzą przecież do wykrycia prawdy, a państwo mogłoby w sposób totalny inwigilować wszystkich obywateli, żeby w ten sposób doprowadzić do wykrycia prawdziwych i urojonych przestępstw.

Podobnie jak w prawie amerykańskim, w polskim systemie prawnym również dość ostrożnie podchodzi się do zasady poszanowania prywatności obywatela, a wszelkie przeszukania, które mogłyby naruszyć nietykalność majątkową, mogą być przeprowadzone tylko wówczas, gdy istnieją ku temu wystarczająco mocne przesłanki. W przedstawionym poniżej przypadku sąd wstrzymał się z przeszukaniem mieszkania podejrzanego, nie mając wystarczających dowodów jego winy[27]. Stanisława L. wniosła skargę na rzekomą bezczynność Powiatowego i Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, gdyż złożyła pismo w sprawie niezgodnego z przepisami użytkowania lokalu mieszkalnego położonego nad jej lokalem, ponieważ jego właściciel zamontował podobno w łazience silnik z kompresorem do produkcji gazów w sprayu, w wyniku czego powstawał uciążliwy hałas, a w jej kranie płynęła zanieczyszczona woda. Rozpatrując skargę, NSA stwierdził, iż: „Nie mając konkretnych dowodów czy nawet uprawdopodobnienia tego, co skarżąca twierdzi, organy nie mogą bezpodstawnie dokonywać kontroli, oględzin, wizji lokalnych w cudzym mieszkaniu".

4. Podsumowanie

Bez wątpienia polskie rozumienie prawa własności oraz zakres jego ochrony różnią się od amerykańskiego. Wynika to w znacznej mierze z faktu, iż po II wojnie światowej Polska stała się państwem należącym do socjalistycznej rodziny prawa. W państwach tego typu widoczne było dążenie do ograniczenia czy nawet zlikwidowania własności prywatnej. Wpłynęło to bez wątpienia na postrzeganie w Polsce pojęć takich jak własność czy nienaruszalność dóbr majątkowych.

[27] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 3 grudnia 2003 r., IV SAB 128/03, niepubl.

Inviolability of property according to the case: *Weeks v. USA* (1914)

Abstract: In our article we show how the matter of personal inviolability was developing by the ages basing on case Weeks vs USA from 1914 which give birth to an exclusionary rule in american law. In several cases we show in which circumstances this fundamental rule can be resricted or excluded. We are looking for a common features and differences between polish and american law system in personal innviolability matter, considering the reasons that affect it: in history of these nations, the values which the law base on and people's mentality.

Keywords: inviolability of property, fourth amendment, exclusionary rule, United States Supreme Court, Weeks

Patryk Gutierrez
Katedra Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Wolność zgromadzeń w ujęciu porównawczym na tle orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki: *United States v. Grace* z 1983 r.

1. Wprowadzenie

Wolność czy swoboda zgromadzeń były i są nierozłącznie związane z człowiekiem oraz ze społecznością, w której on egzystuje. Artur Ławniczak zwraca uwagę, że swoboda zgromadzeń istniała zanim uformowane zostały zbiorowości o charakterze państwowym. Innymi słowy, występowała ona jeszcze przed powstaniem, uformowaniem się *sensu stricto* państwa. Natomiast w Ameryce Północnej pod koniec XVIII w., poszczególne stany, jako pierwsze ukonstytuowały wolność zgromadzeń[1]. Wolność ta jest szczególnie ważna zarówno z punktu widzenia jednostki, jak i każdej zbiorowości. Pozwala ona na bieżące przedstawianie swoich poglądów w miejscach publicznych, jak również na uzewnętrznienie dezaprobaty, bądź aprobaty wobec określonych działań władz państwowych, czy samorządowych oraz administracji publicznej. Zwrócił także na to uwagę Bogusław Banaszak, pisząc, że „chroni ona leżącą w interesie publicznym możliwość kształtowania i wyrażania opinii (pozytywnych, krytycznych, protestów itp.) różnych grup społecznych na interesujące je sprawy i w ten sposób zapewnia im wpływ na demokratyczny proces podejmowania decyzji”[2]. Zgromadzenia publiczne mogą dotyczyć problemów występujących wyłącznie na określonym obszarze danego państwa i być przejawem aktywności jego lokalnych mieszkańców. Inne ze zgromadzeń to takie, w których biorą udział osoby z całego kraju, czy uczestniczą przedstawiciele różnych

[1] A. Ławniczak, *Wolność zgromadzeń*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 298.

[2] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 344.

krajowych organizacji, stowarzyszeń, *etc*. Czasami jednak, np. ta sama organizacja czy stowarzyszenie może zorganizować w tym samym dniu kilka zgromadzeń, które odbywają się w różnych miastach, a ich treść jest identyczna. Dlatego też ze względu na podmioty, które w nich uczestniczą można dojść do wniosku, że współcześnie wyróżnia się co najmniej zgromadzenia o charakterze lokalnym oraz ogólnokrajowym. Natomiast część z nich może być dodatkowo motywowana pewnymi ideami ponadnarodowymi, których treść jest aprobowana i manifestowana w innych państwach.

2. Wolność zgromadzeń – definicja

Wolność zgromadzeń należy do pierwszej generacji praw człowieka, na co zwraca uwagę Andrzej Szmyt[3]. Na gruncie prawa polskiego *expressis verbis* rozumieć ją należy, jako „wolność organizowania zgromadzeń" oraz „wolność uczestnictwa w nich", co szerzej przedstawia Bogusław Banaszak, definiując je na podstawie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Pierwsza z nich „oznacza w szczególności swobodę wyboru czasu i miejsca zgromadzenia, formy wyrażania poglądów oraz swobodne ustalenie przebiegu zgromadzenia i prowadzenia obrad", a druga wolność „dotyczy nie tylko decydowania o samym wzięciu udziału w zgromadzeniu, ale także o tym, w jakich jego częściach zainteresowany pragnie uczestniczyć, w jakiej formie wyrażać swoje poglądy oraz […] oznacza także swobodę odmowy udziału w zgromadzeniu"[4].

Należy również zwrócić uwagę na to, że aktualnie obowiązująca ustawa o zgromadzeniach publicznych z 29 września 2015 r. w sposób następujący definiuje zgromadzenia te, jako „[…] zgrupowanie osób na otwartej przestrzeni dostępnej dla nieokreślonych imiennie osób w określonym miejscu w celu odbycia wspólnych obrad lub w celu wspólnego wyrażenia stanowiska w sprawach publicznych" oraz jednocześnie i dodatkowo wyróżnia ona zgromadzenia spontaniczne, które cechuje to, że odbywają się one „[…] w związku z zaistniałym nagłym i niemożliwym do wcześniejszego przewidzenia wydarzeniem związanym ze sferą publiczną, którego odbycie w innym terminie byłoby niecelowe lub mało istotne z punktu widzenia debaty publicznej"[5]. Można zauważyć, że w odróżnieniu od poprzedniej ustawy (prawo o zgromadzeniach) z 5 lipca 1990 r. odstąpiono od kryterium ilościowego, tzn. wynoszącego co najmniej 15 osób[6]. W tym miejscu należy również nawiązać do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 18 września 2014 r. (K 44/12),

[3] A. Szmyt, *W sprawie pytania prawnego dotyczącego zgodności art. 52 § 1 pkt 2 Kodeksu wykroczeń z art. 57 Konstytucji RP (sygn. akt P 15/08)*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu" 2008, nr 2, s. 195.

[4] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 345.

[5] Ustawa o zgromadzeniach publicznych z dnia 29 września 2015 r., art. 3.

[6] Ustawa prawo o zgromadzeniach z dnia 5 lipca 1990 r., art. 1 pkt 2.

który w tym przedmiocie orzekł o sprzeczności z postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej: „1. Art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 1990 r. – Prawo o zgromadzeniach (Dz. U. z 2013 r. poz. 397), w części zawierającej wyrażenie „co najmniej 15", jest niezgodny z art. 57 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej"[7].

3. *United States v. Grace*

W sprawie rozpatrywanej w 1983 r. przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych Ameryki jedną ze stron byli Thaddeus Zywicki i Mary Grace. Twierdzili oni, że treść §13k (Tytuł 40) United States Code jest niezgodna z Pierwszą Poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych i w związku z tym narusza ona chronione w niej prawa, wolności.

Na zasadzie postanowień § 13k (Tytuł 40) United States Code na chodnikach, które bezpośrednio przylegały do budynku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki zabronione m. in. było wywieszanie jakichkolwiek flag, banerów, czy wykorzystywanie wszelkich urządzeń służących do rozpowszechniania różnego typu wypowiedzi, informacji[8]. Thaddeus Zywiecki pomimo obowiązującego zakazu trzykrotnie rozdawał broszurki oraz ulotki na chodniku przed budynkiem Sądu Najwyższego (w maju 1978 r., w styczniu 1980 r., w lutym 1980 r.). Natomiast Mary Grace w marcu 1980 r. na chodniku przylegającym do Sądu Najwyższego upubliczniła tekst Pierwszej Poprawki do konstytucji Stanów Zjednoczonych. Wymiary całkowitej powierzchni, na której został on naniesiony nie przekraczały 120 x 75 cm („a four foot by two-and-a half-foot sign"). Została ona poinformowana, że jeżeli nie opuści chodnika przed Sądem Najwyższym, to może zostać aresztowana (*arrested*). Mimo obowiązującego zakazu, zdecydowała się ona jednak na pozostanie przed budynkiem Sądu Najwyższego i dalej upubliczniała treść Pierwszej Poprawki do konstytucji. W dniu 13 maja 1980 r. Thaddeus Zywicki oraz Mary Grace przed United States District Court for the District of Columbia zaskarżyli § 13k (Tytuł 40) United States Code twierdząc, że jest on niezgodny z Pierwsza Poprawką do konstytucji. United States District Court for the District of Columbia odrzucił wniesioną skargę z powodu niewyczerpania uprzednio procedury administracyjnej („dismissed the complain for failure to exhaust administrative remedies"). Skarżący nie zgodzili się z tym i odwołali się do Court of Appeals, który przyznał im rację oraz stwierdził niezgodność § 13k (Tytuł 40) United States Code z Pierwszą Poprawką do konstytucji. Strona rządowa („the government") wyraziła swój sprzeciw i odwołała się do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki. W literaturze amery-

[7] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 września 2014 r. (K 44/12).

[8] United States Code, Tytuł 40, § 13k.

kańskiej zwrócono uwagę, że spór ten dotyczył pojedynczych jednostek wyrażających swoją opinię, poglądy na chodniku pod budynkiem Sądu Najwyższego[9]. Z drugiej jednak strony Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki stwierdził w sprawie *United States v. Grace*, że treść § 13k (Tytuł 40) United States Code związana jest *de facto* z dwoma różnymi zakazami, które można bezpośrednio wywnioskować z jego postanowień. Po pierwsze, na samym początku zabrania się jakichkolwiek zgromadzeń wewnątrz siedziby Sądu Najwyższego oraz na terenach, obszarach do niego należących („it is unlawful either «to parade, stand, or move in processions or assemblages in the Supreme Court Building or grounds»"). Oprócz tego w analogiczny sposób można stwierdzić, że dodatkowo ograniczona została wolność słowa, co się przejawiało w tym, że nie można było również w tych samych miejscach wyrażać zbiorowych poglądów, czy opinii za pomocą np. flag, banerów ani ich rozpowszechniać przy wykorzystaniu jakichkolwiek urządzeń („it is unlawful either […] to display therein any flag, banner, or device designed or adopted to bring into public notice any party, organization, or movement").

W dniu 20 kwietnia 1983 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych rozstrzygnął sprawę *United States v. Grace*. Po pierwsze, w swoich rozważaniach skupił się na tym, czy wcześniej wspomniany zakaz dotyczący wyrażania zbiorowych opinii oraz poglądów (z wykorzystaniem banerów oraz za pomocą różnego typu urządzeń: „banner or device") na chodnikach przylegających do Sądu Najwyższego w Waszyngtonie jest zgodny z treścią Pierwszej Poprawki do konstytucji i w tym kontekście będzie on rozstrzygał o konstytucyjności postanowień § 13k (Tytuł 40) United States Code. W szczególności będzie tu chodzić o to, czy jednostki mają możliwość komunikowania się oraz wyrażania poglądów na objętych przedstawionym zakazem chodnikach („[…] right to use the public sidewalks surrounding the Court building for the communicative activities they sought to carry out […]").

Po drugie, dodatkowo zwrócił on uwagę, że Kongres Stanów Zjednoczonych Ameryki nie powinien uchwalać takich rozwiązań prawnych, które ograniczałyby wolność słowa. W tym miejscu podkreślił on również to, że pokojowa pikieta („peaceful picketing") oraz rozdawanie ulotek, czy broszurek („leafletting") jest przejawem aktywności związanym z tą właśnie konstytucyjnie chronioną wolnością (Pierwsza Poprawka do Konstytucji). W ten oto sposób Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki podszedł do przedstawionej sprawy oraz zinterpretował zachowanie Mary Grace i Thaddeusa Zywickiego.

Jednocześnie należy przedstawić przykładowo sprawy, które w tym kontekście zostały wymienione (m. in. *Gregory v. Chicago* z 1969 r., *Schneider v. State* z 1939 r.). Pierwsza z nich dotyczyła pokojowego protestu Afroamerykanów z 1966 r. w Chicago

[9] K. L. Karst, *Grace v. United States*, [w:] L.W. Levy, K. L. Karst, D. J. Mahoney (red.), *Encyclopedia of American Constitution*, t. 1, New York 1992. s. 858.

przeciwko utrzymującej się segregacji rasowej w publicznych szkołach, w trakcie którego jego uczestnicy zostali zatrzymani przez Policję („they arrested them") oraz następnie przed tamtejszym sądem podtrzymano to, że zakłócali oni porządek publiczny („The Illinois Court upheld the disorderly conduct conviction")[10]. Natomiast Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki w 1969 r. stwierdził, że doszło w tym przypadku do naruszenia Pierwszej Poprawki do Konstytucji, która zapewnia jednostkom możliwość organizowania oraz uczestniczenia w pokojowych zgromadzeniach i protestach[11] (w odniesieniu do stanu faktycznego w niniejszej sprawie posłużono się następującymi zwrotami: „Petitioners, peaceful civil rights demonstrators, were arrested and convicted for disorderly conduct when they failed to disperse on orders of the Chicago police […]", „Held: […] The convictions were for demonstrating, not for refusing to obey police orders", „Held: […] The trial judge's charge allowed the jury to convict for acts protected by the First Amendment"[12], które jednoznacznie przekonują, że *de facto* od samego początku Policja w Chicago miała do czynienia z pokojowym protestem, a nie z innym zachowaniem, które by usprawiedliwiało podjęte przez nich działania). W drugim sporze *Schneider v. State* z 1939 r. amerykański Sąd Najwyższy stwierdził, że regulacje prawne dotyczące utrzymania czystości w miejscach publicznych itp. („anty-littering law") nie powinny naruszać postanowień Pierwszej Poprawki do Konstytucji, tzn. swobodnego przepływu informacji oraz opinii. Chodzi o to, że utrzymanie, czy zapewnianie czystości oraz porządku na ulicach nie może jednocześnie stanowić uzasadnienia dla naruszania konstytucyjnych praw i wolności (w tym m. in. zawartych w Pierwszej Poprawce do Konstytucji). Sąd Najwyższy również stwierdził, że osoby, które legalnie, tzn. zgodnie z prawem przebywają na ulicy, również mają prawo do rozpowszechniania na niej literatury innym przechodniom itp. („People who are lawfully on a public street must have the right to distribute literature to others who are willing to receive it."). Warto dodać, że sprawa ta dotyczyła jednego z członków wspólnoty religijnej Watch Tower Bible and Tract Society, który w mieście Irvington bez wymaganego pozwolenia odwiedzał, wizytował jego mieszkańców („he was tasked with calling from house to house at all hours to provide testimony")[13].

Po trzecie, Sąd Najwyższy w sprawie *United States v. Grace* zwrócił uwagę, że takie miejsca jak ulice, chodniki oraz parki były historycznie związane z wyrażaniem

[10] Strona internetowa Pani Jennifer Rachner: *Gregory v. Chicago* (1969) – *Background of the case*, http://jrachner.weebly.com/index.html (dostęp: 26.12.2015).

[11] Strona internetowa Pani Jennifer Rachner: *Gregory v. Chicago* (1969) – *Constitutional issue*, http://jrachner.weebly.com/constitutional-issue.html (dostęp: 26.12.2015).

[12] Zob. *Gregory v. City of Chicago 394 U.S. 111 (1969)* https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/111/case.html (dostęp: 26.12.2015).

[13] Zob. *Schneider v. State 308 U.S. 147 (1939). Annotation*, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/147/#annotation, (dostęp: 26.12.2015).

różnego typu poglądów, czy opinii jako tzw. forum publiczne („public forum"). Dodatkowo jego zdaniem władza publiczna w umotywowanych przypadkach i pod pewnymi warunkami może wprowadzić oraz zastosować pewne ograniczenia dotyczące wyrażania poglądów, opinii w odniesieniu do: miejsca, czasu i sposobu („[...] time, place, and manner regulations […]"). Dotyczą one co do zasady uprzednio wspomnianych ulic, chodników oraz parków, a ich dopuszczalność oraz długość zastosowania powinna być uzasadniona:

– ich neutralnością („content-neutral");
– znaczącym interesem władzy publicznej („narrowly tailored to serve a significant government interest");
– możliwością wykorzystania innych miejsc, środków służących komunikacji, tzn. wyrażaniu poglądów („leave open ample alternative channels of communication").

Oprócz tego Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził w sprawie *United States v. Grace*, że dopuszczalna jest możliwość utrzymania całkowitego zakazu wyrażania w określony sposób poglądów oraz opinii, jeśli uzasadnione jest to ważnym interesem władzy publicznej („[…] only if narrowly drawn to accomplish a compelling governmental interest"). W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że własność publiczna (dotyczy to również zarządzania, czy gospodarowania mieniem) nie musi automatycznie oznaczać, że dane dobra, czy mienie natychmiast przekształcają się w tzw. forum publiczne dlatego, że można do nich swobodnie przychodzić. Ponadto, zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego sama ogólnodostępność obiektów, może mieć wpływ (jako jeden z czynników, czy jako jedna z przesłanek) na określenie ich jako miejsc, które służą komunikowaniu się z innymi osobami ([…] to the use of the people for communicative purposes […]"), ale sama w sobie ta swoboda dostępu o niczym nie przesądza. Co ciekawe, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych również uważa, że prawo do protestu nie ma charakteru nieograniczonego tzn. możliwość organizowania protestów nie oznacza, że mogą być przeprowadzane: kiedykolwiek, jakkolwiek oraz gdziekolwiek („whenever and however and wherever they please".).

Po czwarte, kolejną kwestią, na jaką Sąd Najwyższy zwraca uwagę, jest to, czy władza publiczna może ograniczyć dostęp do niektórych obiektów oraz miejsc, które jednocześnie nie są uznawane za fora publiczne. W związku tym stoi on na stanowisku, że władza ta ma nie mniejsze prawa („no less than […]") niż przyznane są prywatnym właścicielom nieruchomości i dlatego jest ona uprawniona do ograniczenia do nich dostępu (ma możliwość), w celu ochrony ich zgodnego z prawem przeznaczenia oraz wykorzystania.

Z drugiej jednak strony, zgodnie z przyjętym przez Sąd Najwyższy stanowiskiem treść § 13k (Tytuł 40) United States Code nie może mieć zastosowania do chodników

ogólnodostępnych („public sidewalks"). Uargumentowano to tym, że chodnik wokół budynku Sądu Najwyższego nie różni się niczym innym od pozostałych, które są dostępne w Waszyngtonie. Tak samo całkowity zakaz tego typu zachowań pod tym budynkiem nie ma wystarczającego uzasadnienia, aby można było chodniki bezpośrednio do niego przylegające poddać większej ochronie na tle innych pozostałych, np. znajdujących się po drugiej stronie ulicy. Sąd Najwyższy stwierdził również (w nawiązaniu do tego, co uprzednio zostało wspomniane), że jego siedziba oraz tereny do niego należące nie są forami publicznymi („[…] nonpublic forum property"). W uzasadnieniu podniesiono, że pomimo tego, iż są to miejsca publiczne, to nie są one przeznaczone do wyrażania (ogółowi społeczeństwa) przez jednostki swoich poglądów ani opinii. W nawiązaniu do sprawy *Greer v. Spock* z 1976 r., która odnosi się do charakteru prawnego pewnych miejsc (tzn. ulic, skwerów zieleni) wewnątrz obszarów oraz terenów wojskowych oraz możliwości agitowania politycznego na nich − Sąd Najwyższy stwierdził, że obowiązujące ograniczenia w tym przedmiocie nie naruszają Pierwszej Poprawki do Konstytucji, ponieważ wspomniane obszary oraz tereny ze względu na pełnioną funkcję (szkolenie żołnierzy) w perspektywie historycznej nie były przeznaczone do użytku jako tzw. fora publiczne dla obywateli. Innymi słowy, jako miejsce do gromadzenia się, czy wyrażania poglądów, opinii. Z tego też powodu Konstytucja Stanów Zjednoczonych na ich obszarze nie gwarantuje wolności wypowiedzi politycznej ani możliwości rozdawania, dystrybucji związanych z nią broszurek, czy ulotek propagandowych[14]. Dlatego też możliwość swobodnego wejścia obywateli, ludności do pewnych miejsc oraz ich opuszczenia (grunty, budynki) nie oznacza, że pełnią one funkcję forum publicznego. Ze względu na stan faktyczny przedstawiony w sprawie *United States v. Grace* Sąd Najwyższy stwierdził, że zastosowanie postanowień § 13k (Tytuł 40) United States Code w odniesieniu do siedziby tego Sądu oraz innych należących do niego miejsc, terenów jest uzasadnione z punktu widzenia ich przeznaczenia. Natomiast rozciągnięcie tego samego reżimu prawnego na publiczne chodniki, które ten budynek oraz inne jego tereny otaczają jest niezgodne z Pierwszą Poprawką do Konstytucji.

W literaturze anglojęzycznej Kenneth L. Karst twierdzi, że Sąd Najwyższy w tym sporze nie rozstrzygnął kwestii zgodności z konstytucją uregulowań prawnych, których postanowienia odnoszą się do organizowania parad, czy demonstracji na chodnikach pod jego budynkiem („the Court did not address the law's validity as applied […] to parades or demonstrations on the sidewalk")[15]. Natomiast organizacja The First Amendment Center uważa, że sprawa ta również miała znaczenie w odniesieniu do wolności

[14] Zob. *Greer v. Spock 424 U.S. 828 (1976)*, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/828/case.html (dostęp: 26.12.2015).

[15] K. L. Karst, *Grace v. United States…*, s. 858.

zgromadzeń. Ponieważ od tego momentu pozwala się na przeprowadzanie pokojowych protestów w miejscach, w których to wcześniej było zabronione. Chodzi o to, że na tle sprawy *United States v. Grace* zmieniona została kwalifikacja prawna chodników otaczających budynek Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki z „nonpublic forum" na „public forum", a na ich obszarze umożliwiono organizację protestów („protest") o charakterze pokojowym („peaceably")[16]. Sąd uzasadnił to tym, że chodniki te zwyczajowo były przeznaczone do publicznego wyrażania swoich poglądów oraz opinii. Dodatkowo zwrócono uwagę na to, że wspomniany chodnik nie był oddzielony ani odgrodzony dla pieszych od strony ulicy, jak również nie byli oni informowani, że znajdują się, czy wchodzą na „specjalny obszar" („[…] that they have entered some special type of enclave").

Na koniec w tej części dodać należy, że w odniesieniu do sprawy *United States Postal Service v. Greenburgh Civic Assns* − Sąd Najwyższy stwierdził, że Kongres Stanów Zjednoczonych Ameryki samowolnie nie może pozbawić ulic ani parków – które w perspektywie historycznej były uznawane za tzw. fora publiczne – ich pierwotnego statusu. Dlatego też jego zdaniem rozszerzenie zastosowania postanowień § 13k (Tytuł 40) United States Code na chodniki otaczające jego siedzibę powinno być niedopuszczalne. Przy tych wypowiedziach zwrócono również uwagę, że miejsca te (fora publicznie) mają szczególne znaczenie w zakresie implementacji postanowień Pierwszej Poprawki do Konstytucji oraz nie tracą one swojego historycznego charakteru tylko dlatego, że graniczą z budynkami o innym przeznaczeniu prawnym. Oznacza to, że przedstawiciele władzy w państwie nie mogą arbitralnie decydować poprzez ustawy, czy inne akty prawne o tym, które z miejsc są pozbawione swojej funkcji jako tzw. fora publiczne. W związku z tym Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki stwierdził, że chodniki otaczające jego siedzibę (czego jednocześnie dotyczy sprawa *United States v. Grace*) są częścią terenów tegoż Sądu, ale z drugiej strony należy je również uznać za fora publiczne i dlatego też na ich obszarze powinny mieć zastosowanie postanowienia Pierwszej Poprawki do Konstytucji[17]. Powyższa problematyka tzw. „tradycyjnych forów publicznych" (ulice, chodniki, parki) w Stanach Zjednoczonych oraz możliwości zgromadzania się na nich i wyrażania poglądów („[...] for public assembly and free exchange of ideas […]") została również poruszona w szerszym kontekście przez Jacqueline R. Kanovitz[18].

[16] *Do we have an unfettered right to protest on government property?* http://www.firstamendmentcenter.org/faq/frequently-asked-questions-assembly (dostęp: 06.05.2015).

[17] Por. *United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1981)*, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/171/case.html (dostęp: 27.12.2015).

[18] Zob. J. R. Kanovitz, *Constitutional law*, seria: "John C. Klotter Justice Administration Legal", wyd. 13, Waltham, MA: Anderson Publishing 2012, s. 69.

4. Uregulowania konstytucyjne oraz międzynarodowe

a) Postanowienia konstytucyjne

Zarówno Polska, jak i Stany Zjednoczone przewidziały oraz zagwarantowały w postanowieniach o randze konstytucyjnej możliwość zgromadzania się. W Polsce bezpośrednio odnosi się do tego art. 57 Konstytucji, którego treść jest następująca: „Każdemu zapewnia się wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestnictwa w ich. Ograniczenie tej wolności może określić ustawa”[19]. Do możliwości jej ograniczenia w polskim porządku prawnym nawiązuje Artur Ławniczak, który uważa, że jest ona dopuszczalna w przypadku zaistnienia stanu wojennego oraz stanu wyjątkowego. Dodatkowo odnosi się on do takich dóbr konstytucyjnie i ustawowo chronionych, które również mogą ograniczyć korzystanie z tej wolności. W pierwszym przypadku są to m. in. „bezpieczeństwo obywateli”, ochrona „porządku publicznego, środowiska, zdrowia i moralności publicznej […]”. W akcie prawnym o charakterze ustawowym takimi ogranicznikami mogą być np. Pomniki Zagłady, których umiejscowienie, lokalizacja może uniemożliwić przeprowadzenie, czy zorganizowanie publicznego zgromadzenia na określonym obszarze[20]. Bogusław Banaszak, nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zwraca uwagę, że art. 57 dotyczy „[…] zgromadzeń politycznych, innych zgromadzeń publicznych, a także zgromadzeń prywatnych, niezwiązanych ze sferą życia publicznego” oraz rozciąga konstytucyjną ochronę na pomieszczenia zamknięte, czy przestrzenie otwarte, jeśli się w nich odbywają pokojowe zgromadzenia. Organizatorem tego typu zgromadzeń może być każda osoba fizyczna i prawna. Natomiast jak podaje Bogusław Banaszak „[…] w przypadku wolności uczestniczenia w zgromadzeniu należy założyć, że chodzić tu może tylko o osobę fizyczną”[21]. Co więcej, Andrzej Szmyt w opinii prawnej z 18 czerwca 2008 r. twierdzi, że ochrona konstytucyjna z art. 57 obejmuje wszystkiego typu zgromadzenia o charakterze pokojowym[22]. Jest to trafne stwierdzenie, które również znajduje potwierdzenie wśród innych przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego. W Stanach Zjednoczonych w uregulowaniach prawnych o charakterze konstytucyjnym występuje zwrot „prawo […] do pokojowych zgromadzeń” („the right of the people peaceably to assemble”). Oprócz tego w państwie tym chroniona jest również wolność słowa („the freedom of speech”)[23]. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że zostały one wyartykułowane w Pierwszej Poprawce do Konstytucji Stanów

[19] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 57.

[20] A. Ławniczak, *Wolność zgromadzeń...*, s. 305-307.

[21] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…* , s. 345.

[22] A. Szmyt, *W sprawie pytania prawnego dotyczącego…*, s. 193.

[23] K. L. Karst *Grace v. United States*, [w:] L.W. Levy, K. L. Karst, D. J. Mahoney (red.), *Encyclopedia of American Constitution*, t. 2, New York 1992, s. 2104.

Zjednoczonych uchwalonej w 1787 r.[24] Poprawka ta w 1791 r. w ramach Bill of Rights[25] została ratyfikowana („ratified and in effect")[26].

b) Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Wolność zgromadzeń w europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności została zagwarantowana w postanowieniach art.11, który również odnosi się do „swobodnego stowarzyszania się". Co najważniejsze z punktu widzenia jednostki, jakiekolwiek ograniczenia nakładane przez państwo muszą być ustanowione w formie ustawy, a ich wprowadzenie wynikać ma z konieczności ochrony bezpieczeństwa państwowego czy publicznego. Następnie konwencja wymienia dalsze przypadki ograniczenia wolności zgromadzeń, które są dopuszczalne ze względu na „ochronę porządku i zapobieganie przestępstwu, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób". W ostatnim zdaniu art. 11, dodatkowo w tym zakresie umożliwiono państwom-stronom Konwencji wprowadzenie „zgodnych z prawem ograniczeń korzystania z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej". Takie ujęcie jest zrozumiałe ze względu na rolę, jaką one pełnią w państwie i na konieczność zapewnienia, utrzymania w nim stabilizacji. Wracając do wolności zgromadzeń, to zgodnie z treścią konwencji „każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się"[27]. Oznacza to, że państwa strony konwencji zobowiązały się do zapewnienia powyższej wolności na swoich terytoriach każdemu człowiekowi, bez względu na jego obywatelstwo, przynależność rasową, religijną, *etc*. Nie tylko wynika to *expressis verbis* ze zwrotu „każdy ma prawo do […]", ale zgodnie z dalszym art. 14 konwencji również zakazana jest jakakolwiek dyskryminacja przy korzystaniu z praw i wolności w niej zawartych[28]. Dlatego też w niektórych przypadkach może dojść jednocześnie do naruszenia art. 11 oraz art. 14 konwencji, co jest dopuszczalne przed ETPCz.

5. Co by było, gdyby w Polsce wprowadzono zakaz pokojowego gromadzenia się przed siedzibą Sądu Najwyższego?

a) Przykładowy problem w odniesieniu do Sądu Najwyższego

W naszej przykładowej hipotezie, pod groźbą odpowiedzialności karnej ustawowo zakazana byłaby możliwość gromadzenia się na chodniku, który bezpośrednio przyle-

[24] Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html (dostęp: 06.05.2015).

[25] Legal Information Institute, *Bill of Rights,* https://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights (dostęp: 06.05.2015).

[26] K. L. Karst, *Grace v. United States*, [w:] *Encyclopedia of American Constitution.*.., t.2, s. 2120.

[27] Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., art. 11.

[28] *Ibidem*, art. 14.

gałby do siedziby Sądu Najwyższego (SN) w Warszawie. Ponadto, możemy założyć, że tego typu pokojowe zgromadzenia, czy publiczne manifestowanie poglądów, które mogłoby się zdarzyć byłyby niezgodne z obowiązującym w Polsce prawem (ustawa o Sądzie Najwyższym). Co więcej osoby, które brałyby w takich zgromadzeniach udział, najpierw zostałyby ukarane mandatem karnym (po uprzednim upomnieniu ich przez funkcjonariuszy Policji), a następnie zmuszone po 15 minutach (również przez tych samych funkcjonariuszy publicznych) do przejścia na drugi chodnik, znajdujący się po przeciwnej stronie ulicy (gdzie, mogłyby już dalej kontynuować wyrażanie swoich poglądów oraz opinii). Możemy również przepuszczać, że część z nich odmówiłaby przyjęcia mandatu karnego, a w późniejszym postępowaniu sądowym podważałaby nie tylko legalność działań funkcjonariuszy Policji, ale i konstytucyjność postanowień wspomnianej ustawy o SN.

b) Regulacje krajowe

Zgodnie z obowiązującymi postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. „Każdemu zapewnia się wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich. Ograniczenie tej wolności może określać ustawa". Należy dodatkowo zwrócić uwagę, że przedstawiona ustawa zasadnicza chroni również wolność słowa, tzn. „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji"[29]. W literaturze w odniesieniu do art. 57 (wolność zgromadzeń) Konstytucji RP zwraca się uwagę, że „[…] obejmuje swobodę organizowania zgromadzeń, a także swobodę uczestniczenia w nich; warunkiem jest jednak pokojowy charakter zgromadzenia […]"[30]. Natomiast „wolność wyrażania swoich poglądów" interpretowana jest następująco: „[…] wyrażanie «pogląd» winno być rozumiane jak najszerzej, w szczególności nie tylko jako wyrażenie osobistych ocen co do faktów i zjawisk we wszystkich przejawach życia, lecz również jako prezentowanie opinii, przypuszczeń, prognoz, ferowanie ocen w sprawach kontrowersyjnych itd., a w szczególności również informowanie o faktach, tak rzeczywistych, jak i domniemanych". W tym kontekście ciekawe jest stwierdzenie Pawła Sarnackiego: „Należy przyjąć, że poglądy, zwłaszcza swoje, «wyrażać» można, w rozumieniu komentowanego artykułu, niekoniecznie poprzez wypowiedzi słowne. Określenie to obejmuje także wszelkie inne sposoby zachowania się, z których wynika uzewnętrznienie takich przeżyć jednostki, które możemy określić jako jej «poglądy», w przyjętym tu rozumieniu, np. przez noszenie pewnej odznaki o znanym powszechnie znaczeniu, czy noszenie określonego stroju, zwłaszcza w szczególnej sytuacji […]"[31].

[29] L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej i inne akty prawne*, wyd. 11, Warszawa 2012, s. 11-12.

[30] *Idem*, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 111.

[31] P. Sarnacki, *Artykuł 54*, [w:] K. Działocha [*et al.*], L. Garlicki (red. nauk.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, s. 1-3.

Jak zauważa Wojciech Sokolewicz „Wolność zgromadzeń jest także organicznie związana z wolnością wypowiedzi; gwarancje prawno-konstytucyjne obu wolności zawsze i w każdej sytuacji, bardziej lub mniej, zakresowo na siebie zachodzą, a niekiedy wręcz ich zakresy się pokrywają”[32]. Dlatego też na tle różnych możliwych do zaistnienia przypadków, czy sytuacji, które związane są z wolnością zgromadzeń powinno się również dodatkowo brać pod uwagę postanowienia art. 54 Konstytucji RP. Gdyż czasami może się zdarzyć (w zależności od okoliczności), że w rzeczywistości doszło do naruszenia obu tych wolności jednocześnie.

Kwestie dotyczące bezpośredniego stosowania przez sądy powszechne Konstytucji RP budzą spory w doktrynie prawa konstytucyjnego, o czym szerzej pisze Bogusław Banaszak, który uważa, że „[…] spór […] wydaje się przechylać na korzyść poglądów dopuszczających tę możliwość”[33]. Chodzi tutaj o możliwość bezpośredniego stosowania przez nie postanowień Konstytucji RP. Na przykładzie uprzednio przedstawionego stanu hipotetycznego można stwierdzić, że chodzić tu będzie nie tylko o sąd pierwszej instancji rozpoznający powyższą sprawę, ale również o pozostałe sądy, do których zostałaby ona skierowana. Powinny one na samym początku (również w późniejszym toku prowadzonego postępowania, ale najpóźniej przed wydaniem końcowego orzeczenia) zwrócić się ze stosownym pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego[34], który to następnie, moim zdaniem, mógłby stwierdzić niezgodność przedstawionych wcześniej hipotetycznych postanowień ustawy o SN z aktualnie obowiązującą Konstytucją RP z 1997 r. Jeśli okazałoby się, że zaproponowana treść ustawy o SN byłaby niezgodna z Konstytucją RP, to osoby w przedstawionej sprawie nie powinny ponieść jakiejkolwiek odpowiedzialności karnej.

Oprócz możliwości skorzystania przez sądy powszechne z pytania prawnego do TK, również osoba, czy osoby, przeciwko którym zapadłby skazujący wyrok (ostateczny w sprawie), mogłyby skierować skargę do TK „w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego […]”. Zgodnie z treścią artykułu 191 pkt 1 ust. 1 również Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) mógłby z własnej inicjatywy niezależnie od toczącego się postępowania sądowego wystąpić z wnioskiem do TK[35] „o wszczęcie postępowania w sprawach zgodności ustaw […] z Konstytucją […]”[36]. Na podstawie przedstawionych okoliczności oraz zgodnie z treścią obowiązującej Konstytucji RP, TK

[32] W. Sokolewicz, *Artykuł 57*, [w:] K. Działocha [et al.]; L. Garlicki (red. nauk.), *Konstytucja* …, t. 4, Warszawa 2005, s. 8.

[33] Zob. B. Banaszak, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w kontekście realizacji i ochrony praw i wolności,* [w:] *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP* , M. Jabłoński (red.), seria „Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP”, t. 1, Warszawa 2012, s. 321-327.

[34] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 6 zaktualizowane, Warszawa 2012,, s. 100-101.

[35] L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej i inne*…, s. 17-18, 44.

[36] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*…, s. 575.

(bez względu na to, kto się do niego zwraca: Sąd, RPO itd.) mógłby i w tym przypadku stwierdzić niezgodność wspomnianych postanowień ustawy o SN z ustawą zasadniczą.

Zupełnie jeszcze z innej perspektywy można spojrzeć na tego typu zgromadzenia pod kątem obecnie obowiązującej ustawy „prawo o zgromadzeniach", która dopuszcza pod pewnymi warunkami[37] organizowanie publicznych zgromadzeń, a w szczególności umożliwia ona zastosowanie postępowania uproszczonego (w odniesieniu do chodników wokół Sądu Najwyższego w Warszawie)[38]. W tym przypadku wystarczy, że organizator zgromadzenia zgłosi (telefonicznie albo poprzez pocztę elektroniczną) zamiar jego przeprowadzenia z co najmniej dwudniowym wyprzedzeniem do gminnego (miejskiego) albo wojewódzkiego centrum zarządzania kryzysowego (ale „[…] nie wcześniej niż na 30 dni […] przed planowaną datą zgromadzenia […]")[39]. Oprócz tego wydaje się, że również na tle uregulowań dotyczących „zgromadzenia spontanicznego" możliwość manifestowania różnego typu poglądów pod budynkiem SN byłaby dopuszczalna (w określonych przez ustawę okolicznościach: art. 3 pkt 2), jeśli równocześnie nie zagrażałoby to np. zdrowiu albo życiu ludzkiemu itd.[40] (tzn. przy braku zaistnienia przesłanek negatywnych).

c) Uregulowania międzynarodowe

W literaturze w odniesieniu do wolności zgromadzeń można się spotkać z następującymi przykładami takich międzynarodowych aktów prawnych, jak: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r. (art. 20 ust. 1), Międzynarodowy pakt praw osobistych i politycznych z 1966 r. (art. 21), europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (art. 11), Karta praw podstawowych UE z 2001 r. (art. 12)[41]. Wśród wyżej wymienionych aktów prawnych swoje rozważania skupię wyłącznie na przedostatnim z nich, którego postanowienia jednocześnie mają charakter wiążący w stosunku do Polski. A w przypadku ich naruszenia dopuszczalna jest (pod pewnymi warunkami) możliwość skierowania skargi do ETPCz w Strasburgu.

Z drugiej jednak strony, wracając do wspomnianego problemu, bez względu na to, czy mamy do czynienia z jedną osobą stojącą przed siedzibą SN w Warszawie, czy z grupą pewnych osób, to na podanym przeze mnie hipotetycznym przykładzie można wywnioskować, że treść ustawy o SN oraz podjęte na jej podstawie działania funkcjonariuszy publicznych byłyby prawdopodobnie również uznane przez ETPCz za sprzeczne z postanowieniami europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

[37] Zob. Ustawa o zgromadzeniach publicznych z dnia 29 września 2015, art. 4 pkt 2, art. 24-25.
[38] Zob. *ibidem*, art. 21.
[39] Zob. *ibidem*, art. 22.
[40] Zob. *ibidem*, art. 3 pkt 2, art. 27-28.
[41] W. Sokolewicz, *Artykuł 57*…, s. 1-2.

Powyżej przedstawiony wniosek został sformułowany w oparciu o postanowienia wspominanej konwencji, której stronami są określone państwa – członkowie Rady Europy[42]. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że „Polska ratyfikowała Konwencję w dniu 15 grudnia 1992 r., dokument ratyfikacyjny został złożony Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy w dniu 19 stycznia 1993 r. i w tym dniu Konwencja weszła w życie w stosunku do Polski"[43]. Dodatkowo pamiętać trzeba, że wspomniany akt prawny ma charakter wiążący (przeciwnie niż Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r.[44]) a państwa – strony Konwencji zobowiązane są do przestrzegania jego treści. Wśród przesłanek (o charakterze materialnym) warunkujących dopuszczalność zastosowania tzn. skierowania skargi przeciwko Polsce do ETPCz w Strasburgu należy zwrócić uwagę, że dotyczyć ona powinna (co do zasady, ale są dopuszczalne wyjątki): „działań, które miały miejsce po wejściu w życie Konwencji w stosunku do danego państwa (przesłanka *rationae temporis*)[45]. Dlatego też na przykładzie hipotetycznym wcześniej przez mnie przedstawionym, skarga ta mogłaby być *de facto* sformułowana przeciwko Polsce i wniesiona do ETPCz (z zachowaniem odpowiedniego terminu oraz przy jednoczesnym spełnieniu innych przesłanek o charakterze: formalnym, materialnym[46]). Zgodnie z postanowieniami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wyróżniamy dwie różne formy kontroli jej postanowień tzn.: „skargi państw" oraz „skargi indywidualne"[47]. Ta pierwsza, w odniesieniu do naszego hipotetycznego przykładu będzie polegać na tym, że inne państwo – strona Konwencji zaskarży Polskę przed ETPCz. Natomiast w tym drugim przypadku, osobom, którym by uniemożliwiono stanie, czy przebywanie na chodniku przed siedzibą SN w Warszawie, taka skarga również by przysługiwała[48].

Na przedstawionym przykładzie ważne byłoby sformułowanie stwierdzenia, czy w ogóle doszłoby do naruszenia przez Polskę postanowień (chodzi tu o chronione prawa oraz wolności) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Jeśli odpowiedź byłaby twierdząca, to jeszcze wcześniej należałoby się zastanowić nad tym, których z nich mogłoby to dotyczyć. Podobnie jak w uregulowaniach krajowych (Konstytucja RP) również powyższa Konwencja chroni w państwach – stronach, które ją ratyfikowały: wolność zgromadzania się (art. 11), wolność wyrażania opinii (art. 10). Dlatego też na przedstawionym przeze mnie hipotetycznym przykładzie osoby, którym

[42] Por. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony: zarys wykładu*, Wrocław 2010, s. 42-43.

[43] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2005, s. 270.

[44] *Ibidem*, s. 166.

[45] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony*…, s. 246-247.

[46] *Ibidem*, s. 246-248.

[47] *Ibidem*, s. 245-246.

[48] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne*..., s. 280-281.

uniemożliwiono przebywanie na chodniku przed siedzibą SN w Warszawie miałyby możliwość wniesienia skargi przeciwko Polsce do ETPCz w Strasburgu (po uprzednim oraz jednoczesnym spełnieniu pozostałych przesłanek o charakterze materialnym oraz formalnym). Zgodnie z treścią postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności „Każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzenia się […]" oraz „[…] do wolności wyrażania opinii". Drugie z tych wymienionych praw „obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe"[49]. Dlatego też w przypadku dopuszczenia oraz rozpatrzenia powyżej skargi przeciwko Polsce, ETPCz mógłby stwierdzić, że w przedstawionym przeze mnie hipotetycznym stanie faktycznym doszło w rzeczywistości do naruszenia postanowień Konwencji. Mam tu na myśli art. 11 Konwencji, a nawet być może art. 10 (w zależności od okoliczności oraz od zastosowanej interpretacji postanowień wspomnianej Konwencji). Gdybyśmy natomiast mieli do czynienia w przedstawionym przykładzie z pojedynczymi osobami (tak jak to było w Stanach Zjednoczonych Ameryki), które np. rozdają broszurki, czy wyrażają opinie, poglądy *etc*. przed siedzibą SN w Warszawie, to w ich przypadku zastosowany mógłby być prawdopodobnie sam art. 10 Konwencji (bez art. 11).

Bez względu na to czy jedna osoba stałaby przed siedzibą SN, czy byłoby ich kilka, to i tak prawdopodobnie w obydwóch przypadkach doszłoby do naruszenia przez Polskę postanowień przedstawionej Konwencji:

– w pierwszym przypadku: art. 10 (być może w sposób podobny, analogiczny jak to L. Wiśniewski przedstawił na tle postanowień MPPOiP[50]);
– w drugim przypadku: art. 11 wraz z art. 10 (w zależności od okoliczności oraz od przyjętego stanowiska w tej sprawie przez ETPCz).

6. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: sprawa *Bączkowski i inni przeciwko Polsce*

Tomasz Bączkowski wraz z Robertem Biedroniem, Krzysztofem Kliszczyńskim, Ingą Kostrzewą, Tomaszem Szypułą oraz Fundacją Równości 16 grudnia 2005 r. wnieśli skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Zarzucili oni Polsce, że w odniesieniu do nich naruszono postanowienia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Chodzi tutaj o następujące artykuły konwencji: art. 11, 13, i 14, które dotyczą wolności zgromadzeń, prawa do skutecznego środka odwoławczego i zakazu dyskryminacji.

[49] *Ibidem*, s. 275.
[50] Por. W. Sokolewicz, *Artykuł 57*…, s. 1.

Wcześniej wymienione osoby oraz Fundacja Równości, pomimo odmownej decyzji Inżyniera Ruchu m. st. Warszawy z 3 czerwca 2005 r. (działającego z upoważnienia Prezydenta Warszawy), zorganizowały 11 czerwca 2005 r. zbiorowy przemarsz osób, tzn. Paradę Równości w Warszawie. Ponadto skarżący chcieli w stolicy zorganizować osiem stacjonarnych wieców 11 czerwca 2005 r. Natomiast Prezydent m. st. Warszawy 9 czerwca 2005 r. wydał decyzję zakazującą w odniesieniu do sześciu z nich. Kolejnym faktem jest to, że w tym samym dniu władze miasta Warszawy zezwoliły na zorganizowanie 11 czerwca 2005 r. innych zgromadzeń, „których wydźwięk był przeciwny idei oraz intencjom skarżących". W wyniku pierwszego odwołania skarżących Wojewoda Mazowiecki uchylił decyzje Prezydenta Warszawy z 9 czerwca 2005 r., które zabraniały przeprowadzenia sześciu stacjonarnych wieców. W późniejszym terminie Fundacja Równości odwołała się od decyzji Inżyniera Ruchu m. st. Warszawy do Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które następnie stwierdziło, że decyzja z 3 czerwca 2005 r. „została wydana z naruszeniem prawa" i uchyliło ją 22 sierpnia 2005 r. Tak jak zostało wspomniane na samym wstępie, w grudniu 2005 r. złożono przeciwko Polsce skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Analiza wydanego orzeczenia oraz dalsze rozważania nad nim, skupiać się będą wyłącznie na wolności zgromadzeń oraz na zakazie dyskryminacji.

W wyroku z 3 maja 2007 r. ETPCz orzekł, że naruszono w Polsce postanowienia art. 11, art. 13 i art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Odnosząc się do wolności zgromadzeń, trybunał podkreślił, że „jedyną koniecznością, która może usprawiedliwiać ingerencję […] jest taka, która może być uznana za wywodzącą się z «demokratycznego społeczeństwa»". W tym kontekście trybunał przywołał treść stanowiska Wojewody Mazowieckiego oraz Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które zakwestionowały legalność podjętych decyzji w stosunku do pokrzywdzonych. Również zauważono, że w Polsce Trybunał Konstytucyjny 18 stycznia 2006 r. stwierdził niekonstytucyjność przepisów prawnych (chodzi o ustawę: prawo o ruchu drogowym), które miały zastosowanie w niniejszej sprawie. Dlatego też umocnione zostało jego przekonanie, że podjęte decyzje, tzn. ingerencja władz m. st. Warszawy w odniesieniu do planowanej parady oraz stacjonarnych wieców, stanowiły naruszenie wolności zgromadzeń. ETPCz stwierdził, że istnienie różnorodnych stowarzyszeń jest „ważne dla prawidłowego funkcjonowania demokracji" oraz „całkowicie naturalne jest, gdy społeczeństwo obywatelskie funkcjonuje w prawidłowy sposób, że udział obywateli w demokratycznych procesach w dużym sposób uzyskiwany jest przez przynależność do stowarzyszeń, w ramach których mogą oni integrować się oraz razem popierać wspólne cele". Jak słusznie zaważono, interes jednostki nie musi być zawsze podporządkowany interesowi kolektywnemu, tzn. zbiorowemu i w związku z tym w państwach demo-

kratycznych „należy osiągnąć równowagę, która zapewni sprawiedliwe i właściwe traktowanie mniejszości i pozwoli uniknąć nadużycia pozycji dominującej". Co ciekawe, „po stronie państwa" w przypadku zapewnienia czy umożliwienia korzystania z wolności zgromadzeń istnieją obowiązki o charakterze pozytywnym (podjęcie określonych działań) oraz negatywnym (nieingerowanie), do których we wcześniejszym orzecznictwie nawiązał trybunał. W przypadku zakazu dyskryminacji trybunał stwierdził, że postanowienia art. 14 konwencji nie mają charakteru autonomicznego i należy je rozpatrywać razem z innymi prawami oraz wolnościami, które wynikają z konwencji. Chodzi o to, że w tym przypadku dany stan faktyczny musi dodatkowo wyczerpywać co najmniej jedno z innych postanowień konwencji, aby jakakolwiek sprawa dotycząca dyskryminacji mogła być skierowana i rozpatrywana przed ETPCz. W omawianym przypadku kluczowe okazały się wypowiedzi Prezydenta m. st. Warszawy, który publicznie „ujawnił […] swoje poglądy dotyczące wykonywania wolności zgromadzeń i «propagandy homoseksualizmu»", przez co „można zasadnie przepuszczać, że […] mogły mieć wpływ na proces podejmowania decyzji w niniejszej sprawie i w rezultacie, negatywnie wpłynąć na korzystanie przez skarżących z prawa do zgromadzeń w sposób dyskryminujący". W tym miejscu warto przytoczyć kilka wybranych wypowiedzi Prezydenta m. st. Warszawy dla „Gazety Wyborczej" z 20 maja 2005 r.: „E. Siedlecka: Ustawa o zgromadzeniach mówi, że można zakazać zgromadzenia, jeśli jego przebieg zagrażałby zdrowiu lub życiu ludzi lub zniszczeniem mienia na dużą skalę. Czy w zawiadomieniu o Paradzie organizatorzy napisali coś, co by o tym świadczyło?

Prezydent Warszawy: Nie wiem, nie czytałem zawiadomienia. Ale zakażę Parady niezależnie od tego, co napisali. Nie jestem za dyskryminacją z powodu orientacji seksualnej, np. za łamaniem tym ludziom karier zawodowych. Ale nie będzie publicznego propagowania homoseksualizmu. […] Moim zdaniem propagowanie homoseksualizmu nie jest korzystaniem z prawa do zgromadzeń".

W końcowej części wyroku ETPCz zwrócił szczególną uwagę na to, że „[…] korzystanie z wolności słowa przez polityków pochodzących z wyborów, którzy jednocześnie sprawują urzędy rządowe w sferze władzy wykonawczej, pociąga za sobą szczególną odpowiedzialność" oraz, co najważniejsze, „[…] powinni oni wykazywać się powściągliwością, zważywszy na to, że ich poglądy mogą być odbierane przez urzędników służby cywilnej, których zatrudnienie i awanse zależą od ich zgody, jako wskazówki". Dlatego też trybunał w przedstawionej sprawie stwierdził jednogłośnie, że doszło dodatkowo do naruszenia zakazu dyskryminacji, tzn. postanowień art. 14 konwencji[51].

[51] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 3 maja 2007 r. (skarga nr 1543/06), w j. angielskim: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80464, tłumaczenie na j. polski: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124656 (dostęp: 22.04.2015).

7. Podsumowanie

Zarówno w prawie amerykańskim oraz w systemie ochrony praw i wolności jednostki Rady Europy można zauważyć, że wolność zgromadzeń może być powiązana również z manifestacją pewnych poglądów, opinii, *etc*. (tzn. wolnością słowa). W Stanach Zjednoczonych, w Waszyngtonie na chodniku wokół budynku Sądu Najwyższego były zakazane wszelkie przejawy ekspresji, czy publiczne wypowiedzi (nawet w przypadku pojedynczej osoby). Natomiast w Polsce poglądy mniejszości homoseksualnej nie uzyskały aprobaty u władz m. st. Warszawy. W obydwóch sytuacjach, właściwe im orzecznictwo (Sądu Najwyższego w Waszyngtonie, ETPCz w Strasburgu) umocniło poszanowanie oraz przestrzeganie wolności zgromadzeń zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i Polsce. Doprowadziło to do tego, że np. w Waszyngtonie zmienił się status prawny chodników pod budynkiem Sądu Najwyższego i zniesiono uprzednio obowiązujące zakazy. Inaczej mówiąc, wolność zgromadzeń oraz związana z nią wolność słowa (i na odwrót) stanowią przyczynę, z której możliwość ingerencji ze strony władz amerykańskich, a nawet władz europejskiego miasta (Warszawa), będzie ograniczona. Zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w państwach poddanych jurysdykcji ETPCz pokojowa możliwość gromadzenia się jest ważna dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa. Na koniec należy wspomnieć, że o ile od samego początku przedstawiona sprawa przed ETPCz odnosiła się *expressis verbis* do naruszenia w Polsce wolności zgromadzeń, o tyle w przypadku rozstrzygnięcia *United States v. Grace* jej następcze skutki będą mieć także zastosowanie do podmiotu zbiorowego (a nie tylko do pojedynczych jednostek). Wyciągnąć można z tego taki wniosek, że w systemie prawnym amerykańskim, Rady Europy oraz w polskich uregulowaniach krajowych (Konstytucja) wolność zgromadzeń ma istotne znaczenie. Twierdzenie to dodatkowo można uprawdopodobnić tym, że gdyby sprawa *United States v. Grace* (tzn. o podobnym stanie faktycznym) była rozpatrywana w Polsce, to również TK mógłby stwierdzić niezgodność postanowień zaskarżonego aktu prawnego z treścią Konstytucji RP (w przypadku Stanów Zjednoczonych była to niezgodność z Pierwszą Poprawką do Konstytucji). Pomimo to, w dalszej kolejności ETPCz w Stasburgu na podstawie postanowień europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności mógłby również orzec, że w Polsce doszło do naruszenia postanowień konwencji (wolności zgromadzeń – gdy sprawa dotyczy kilku osób, czy nawet wolności wyrażania opinii – jeśli odnosiłoby się to na przykład do jednej osoby).

Freedom of assembly in comparative perspective on the background of judgment of the Supreme Court of the United States of America: *United States v. Grace*, 1983

Abstract: This paper deals will the case law pending before the United States Supreme Court: United States v. Grace 461 US. 171 (1983). At that time, according with the provisions of Title 40 United States Code § 13k was prohibited the „display [of] any flag, banner, or device designed or adapted to bring into public notice any party, organization, or movement" on the sidewalks around the building of the United States Supreme Court. Therefore, I decided to describe this case law on the background of American and European legal doctrine (human right system of the Council of Europe and the Polish constitutional previsions).

Keywords: Freedom of assembly, Freedom of speech, United States Supreme Court, First Amendment to the Constitution, Congress of the United States of America, Constitution of the Republic of Poland 1997

W pracy chodzi o skonfrontowanie sposobu podejścia w amerykańskim i polskim systemie prawnym do rozwiązania określonego problemu z zakresu praw i wolności jednostki. To zarówno naturalne dążenie poznawcze, jak „u innych" definiuje się i rozwiązuje problemy prawne, jak i praktyczna potrzeba refleksji nad doskonaleniem własnego systemu prawa. Przy takim podejściu wychwycić się udaje zarówno „tożsamość" (istotę) określonego rozwiązania prawnego, jak i zewnętrzny kształt instytucji. Szansa pozytywnych rezultatów badawczych jest tym większa, im – choćby pozornie, ale nie tylko – odleglejsze od siebie są porównywane systemy. Porównanie (zestawienie, zderzenie) systemu amerykańskiego i polskiego było już w założeniu obiecujące, jako że chodzi – z jednej strony – o system tzw. prawa sądowego, z drugiej zaś strony – o system tzw. prawa ustawowego. Wyniki badawcze są też rzeczywiście satysfakcjonujące, ukazując zarówno to, co wspólne, jak i to, co różni systemy na gruncie analizowanej materii.

Z recenzji wydawniczej prof. dr. hab. Andrzeja Szmyta

ISBN 978-83-65431-10-3 (druk)
ISBN 978-83-65431-11-0 (online)