

Potrzeby jako współczesny determinant treści praw człowieka

Potrzeby jako współczesny determinant treści praw człowieka

Redakcja naukowa:

Elżbieta Ura, Bronisław Sitek, Tadeusz Graca

ISBN 978-83-62753-86-4

Recenzenci:

ks. dr hab. Mirosław Sitarz, prof. KUL

dr hab. Renata Skok-Świrgoń, prof. UR

Korekta:

Izabela Jesiołowska

Skład, łamanie:

ARFA S.C.

Nakład: **70 egzemplarzy**

Objętość: **17 arkuszy wydawniczych**

Copyright by

Wydawnictwo Wyższej Szkoły Gospodarki Euroregionalnej

im. Alcide De Gasperi

Wszelkie prawa zastrzeżone

Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie

całości lub fragmentów niniejszej publikacji

bez zgody wydawcy zabronione

Wydawca:

Wydawnictwo

Wyższej Szkoły Gospodarki Euroregionalnej

im. Alcide De Gasperi w Józefowie

05-410 Józefów, ul. Sienkiewicza 4

tel./faks: 48 22 789 19 03

www.wsge.edu.pl

e-mail: wydawnictwo@wsge.edu.pl

Projekt okładki, druk i oprawa:

ARFA S.C.

WYŻSZA SZKOŁA GOSPODARKI EUROREGIONALNEJ
IM. ALCIDE DE GASPERI W JÓZEFOWIE

Potrzeby jako współczesny determinant treści praw człowieka

Redakcja naukowa:
Elżbieta Ura, Bronisław Sitek, Tadeusz Graca



Józefów 2017

Spis treści

Głos w dyskusji: Tadeusz Jasudowicz Potrzeby jako współczesny determinant treści praw człowieka.	5
Anna Doliwa-Klepcka Poprawa jakości prawa UE – wybrane zagadnienia.	15
Elżbieta Feret Wpływ zmian przepisów Ustawy o finansach publicznych i ich wpływ na sytuację pracowników byłych jednostek sektora finansów publicznych	35
Teresa Gardocka, Paweł Kowalski Genom ludzki jako dziedzictwo ludzkości	57
Piotr Krajewski Prawo człowieka do środowiska jako potrzeba wielowymiarowych zależności i relacji człowieka z otoczeniem	71
Anna Pawlak Ochrona dzieci przed cyberprzestępczością w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych	87
Edyta Rosińska-Wielec Suwerenność konsumenta w doborze oferty w sieciach telewizji kablowych jako szczególna troska praw obywatelskich	107
Bronisław Sitek Nowa jakość prawa do obywatelstwa z perspektywy globalnej	131
Jacek Sobczak, Maria Gołda-Sobczak Prawo do kultury	147
Justyna Stadniczeńko Komunikacja w rodzinie jako potrzeba w rozwoju dziecka	173
Stanisław Leszek Stadniczeńko, Dawid Stadniczeńko Troska rodziców o dziecko w aspekcie jego zgody na przetwarzanie danych osobowych	187
Aleksandra Szejniuk Praca determinantem zaspokajania potrzeb człowieka w świetle nowej rzeczywistości	203
Małgorzata Szwejkowska Wymogi związane z zapewnieniem bezpieczeństwa osadzonych umieszczonych w zamkniętych zakładach karnych – wybrane zagadnienia	219
Elżbieta Zębek Bezpieczeństwo ekologiczne jako podstawowa potrzeba społeczeństwa wobec współczesnych zagrożeń środowiska.	241
Rosa Indellicate Diritto romano e formazione alla convivenza civile	263
Amparo Salom Lucas Modern institutions of effective judicial protection. special reference to mediation	275
Jaime Bonet Navarro Cambiamienti nel processo canonico.	309

prof. Tadeusz Jasudowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Refleksje z dystansu człowieka starszego
w związku z zaproszeniem go na konferencję naukową
„Potrzeby jako współczesny determinant
treści praw człowieka”**

Uwagi wstępne

Serdecznie dziękując za pamięć o mnie i uwzględnienie mnie w kręgu osób zapraszanych na znamienitą konferencję naukową w Józefowie, żałując wielce, że nie będzie mi dane przybyć do Józefowa i wziąć bezpośredniego udziału w konferencji, korzystam z okazji, by podzielić się z jej uczestnikami refleksjami, jakie naszły mnie podczas lektury zaproszenia. Podkreśla się w nim znaczenie „interdyscyplinarnej refleksji nad wpływem potrzeb jednostki i społeczeństwa na zrozumienie treści praw człowieka”, a to w związku z tym, że: po pierwsze, „Coraz większa część ponowoczesnego społeczeństwa zaczyna myśleć kategoriami potrzeb”, a po drugie „Liczne partie polityczne budują swoją ofertę właśnie na definiowaniu i zaspakajaniu potrzeb społecznych”.

Wydaje mi się, że chodzi nie tylko o wpływ owych potrzeb na „zrozumienie treści praw człowieka”, ale też na kreowanie owej „treści”, kształtowanie takich a nie innych standardów praw człowieka, jak również ich urzeczywistnianie w praktyce.

Nie zgadzam się z koncepcją „ponowoczesnego społeczeństwa”, które nie było, nie jest i nigdy nie będzie „ponowoczesne”, bo co najwyżej, coraz bardziej odrywające się od niego elity świadomie lokują siebie w „ponowoczesności”, chcąc się zapewne pochwalić, jak to one przodują i „szary motłoch”, „ciemnogród” czy różne „mohery” wyprzedzają, równocześnie pogardzając nimi.

Przed wszystkim jednak pragnę zaakcentować, że kryje się wielkie zafałszowanie w tezie, jakoby dopiero „część ponowoczesnego społeczeństwa” zaczynała „myśleć kategoriami potrzeb”. Moim zdaniem – o czym poniżej szerzej – prawa człowieka w całych swoich dziejach wyrastały z uświadomienia i wyartykułowania potrzeb, potem ich normatywizacji, a więc prawnego zabezpieczenia, a następnie prób ich możliwie najbardziej skutecznego zaspokajania. Przez całe te dzieje „myślano kategoriami potrzeb”, a one w owej dziejowej dynamice rozwijały się i wzbogacały, wykazując się ewolucją i na ogół postępowością.

Mądre partie polityczne, nie tylko te nowoczesne czy „ponowoczesne”, również od zawsze wsłuchiwały się w głos potrzeb społecznych, aczkolwiek – jak wskazuje najnowsza historia polityczna Polski – są też takie, którym

wystarczy definiowanie „antykatolicyzmu” czy „antypisizmu”, przyprawionych silną porcją wrogości, nienawiści i pogardy, bez wsłuchiwania się w potrzeby społeczne. To one – te partie czy ruchy – dobiegają kresu swojej historii, nie odczytują nowoczesnego „ducha czasu” i – w tym sensie – są „ponowoczesne”.

Potrzeby i ich uwzględnianie w dziejach praw człowieka

Z głębokiego dołka dziejowo startowały prawa człowieka. Najpierw była epoka niewolnicza Starożytności, z którą zderzyło się rozwijające się chrześcijaństwo, a dla niego u Boga wszyscy byli równi. Nie stanowiło ono rewolucji, ale niewątpliwie stwarzało asumpt do ukształtowania się wielkiej potrzeby równości, bardzo stopniowo i bardzo powoli urzeczywistnianej. Wyzwolonych z niewolnictwa było coraz więcej.

Potem były wielkie nierówności Średniowiecza, w ramach których zwierzchnik i władca był panem życia i śmierci, co najbardziej doskwierało tym wybranym, tym *nobiles*, tej szlachcie w średniowiecznym urządzeniu stanowym. Kilkuwiekowa walka o przywileje i immunitety szlacheckie była w istocie ówczesną walką o prawa człowieka dla wybranych, dla wyższych stanem. Jej sukcesy wyznaczały wspaniałe pomniki prawa, takie jak brytyjska *Magna Charta Libertatum* czy polskie *Neminem captivabimus*. Gwarancje fizycznej wolności i poszanowania własności szlachty stanowiły podówczas najpierwszą potrzebę owych wybranych, zauważmy – stopniowo też wcielanych w funkcjonowanie różnorako kielkujących parlamentów krajowych. Samostanowiło się już nie tylko o samym sobie, ale też o państwie, stopniowo bądź rewolucyjnie wyzwalanym z uwięzi absolutyzmu.

Oświecenie temu wszystkiemu towarzyszyło, przynosząc jednak nie tylko wynalazki Monteskiusza i wielki wybuch postulatu równości obywateli, ale też tendencje ku przemocy i wyrównywaniu politycznego... gilotyną. Coraz bardziej sprawne i coraz dalej sięgające w prywatność molochy państwowe coraz to silniej uwierały swoich – rzekomo równych – obywateli, którzy w obliczu wszechmocnego państwa stawali się coraz bardziej bezradni i bezsilni. Wzmagająca się potrzeba zagwarantowania ich praw w obronie przed wszechmocą państwa, stopniowo zaspokajana upowszechniającymi się poprzez wiek XIX i początek XX gwarancjami konstytucyjnymi.

Różnej maści totalitaryzmy I połowy XX wieku sięgnęły dna, kreując najwyższą – globalnie rozumianą, bo globalne były ich zapędy – potrzebę zabezpieczenia praw człowieka, już nie tylko w skali krajowej, ale też europejskiej i światowej. Z przepaści II wojny światowej wyrastał hymn Karty Narodów Zjednoczonych, głoszącej „poszanowanie i przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich, bez względu na rasę, płeć, język i religię” (art. 1 ust. 3 Karty), dając wyraz – po okrucieństwach dwóch wojen światowych (por. ust. 1 preambuły Karty oraz ust. 2 preambuły Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka) – nabrzmiałej potrzebie „przywrócenia wiary w podstawowe prawa człowieka, w godność i wartość osoby ludzkiej” (ust. 2 preambuły Karty).

Z czasów pogardy i wojny wyrastała najwyższa potrzeba pokoju, a w rodzącym się prawie międzynarodowym praw człowieka przypomniano, że „zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków rodziny ludzkiej stanowi podstawę wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie” (ust.1 preambuły Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka; por. ust.1 preambuły Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka). Tak – prawa człowieka w służbie zaspokojenia najwyższych potrzeb wolności/demokracji, sprawiedliwości i pokoju! Przesłanka i warunek *sine qua non* ich zaspokojenia! Nie inaczej!

Gwarancje zaspokojenia potrzeb w treści międzynarodowo chronionych praw człowieka

To uniwersalna prawda o potrzebie zewnętrznej aktualizująca się nie tylko w perspektywie uniwersalnej, ale też w perspektywie regionalnej i krajowej. W pewnym sensie – potrzeba zaspokajana przez prawa człowieka pośrednio, wymagająca do swego zaspokojenia uprzedniego zagwarantowania i urzeczywistnienia praw człowieka.

Istnieje też potrzeba, rzec można, wewnętrzna związana z rozumieniem i zabezpieczeniem samego człowieka, samej osoby ludzkiej, podmiotu uprawnionego. Moim zdaniem, prawom człowieka nie chodzi po prostu o człowieka, każdego, w tym byle jakiego człowieka. Ow-

szem, są one podmiotowo uniwersalne, służą wszystkim ludziom, dobrym i złym. Nie zajmują jednak pozycji neutralnej, obojętnej wobec dobra i zła. Są aksjologicznie zaangażowane.

Przypomnijmy, że w art. 1. Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka pięknie się uzmysławia, że „wszystkie istoty ludzkie rodzą się wolne i równe w swej godności i swych prawach, są one obdarzone rozumem i sumieniem, i powinny postępować w stosunku do siebie wzajemnie w duchu braterstwa”. To jakby istotne przypomnienie przyrodzonej wartości osoby ludzkiej i jej wielkiej powinności: wzajemnego braterstwa, będącej jakby echem owego ważnego składnika najwyższego przykazania Bożego – miłowania bliźniego jak siebie samego! (por. założenie i obowiązek miłości pokoju w odniesieniu do państw-członków w art. 4 Karty NZ). Do tego ideału osoby ludzkiej – podmiotu uprawnionego z tytułu praw człowieka, jeszcze powrócę.

Istnieje potrzeba ochrony człowieka i należnych mu praw: po pierwsze, obrony przed państwem, czemu służy sama bogata treść zobowiązań międzynarodowych państw w dziedzinie praw człowieka. W kontekście szeregu praw potrzeba ta może być postrzegana jako absolutna, jako że nie dopuszcza się żadnych ograniczeń w korzystaniu z nich, nawet w krańcowych sytuacjach wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża życiu narodu (tzw. prawa niederogowalne – por. art. 4. ust. 2 MPPOiP; art. 15. ust. 2 EKPCl; art. 27. ust. 2 AKPC). I tu znajduje wyraz najwyższa potrzeba państwa – potrzeba przetrwania narodu wywierająca poważny wpływ na miarę wypełniania przez państwo jego zobowiązań w dziedzinie praw człowieka.

W korzystaniu z praw człowieka w sytuacjach codziennych, zwyczajnych większość praw nie dopuszcza w ogóle ingerencji władzy publicznej, a tylko niektóre z nich w swoich klauzulach limitacyjnych (por. ust. 2. w art. 8–11 EKPC oraz art. 2. ust. 3 Protokołu IV do niej) ją dopuszczają, precyzyjnie regulując warunki jej dokonywania, m.in. wymagając, by była ona „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”, czego dowodem w pierwszym rządzie ma być zaspokojenie „naglącej potrzeby społecznej” („pressing social need”). W tym więc kontekście „potrzeba” służy jakby dookreśleniu stanu napięcia w urzeczywistnianiu jednego lub więcej z celów prawowitych, stanowiących istotne potrzeby państwa (w tym m.in.

bezpieczeństwo narodowe, bezpieczeństwo publiczne, porządek publiczny i zapobieganie przestępczości oraz zdrowie i moralność).

Co szczególnie warte w związku z tym podkreślenia zawsze, w każdej klauzuli limitacyjnej ważnym celem prawowym, a więc i potrzebą, którą państwo ma zaspokajać, jest „ochrona praw i wolności innych osób”. To istotne zadanie państwa służące horyzontalnemu działaniu praw człowieka: państwo nie tylko samo ma wprowadzać i urzeczywistniać gwarancje praw człowieka, ale ma też zapobiegać i zaradzać naruszeniom praw człowieka przez inne podmioty, w tym przez osoby trzecie. W tym więc zakresie także kategoria „potrzeby” może i powinna spełniać pozytywne funkcje.

W kręgu praw socjalnych można z perspektywy człowieka/podmiotu uprawnionego rozważać potrzebę przetrwania, której zaspokojeniu służy przede wszystkim prawo do pomocy medycznej i socjalnej (por. art. 13. Europejskiej Karty Socjalnej oraz art. 30. Zrewidowanej EKS). Na wyższy pułap wznosi się prawo do zabezpieczenia społecznego, w tym prawo do renty czy emerytury (por. art. 12, EKS/ZEKS), a tym bardziej prawo do słusznego wynagrodzenia (por. art.4 EKS), a więc do płacy gwarantującej „godny poziom życia pracownikowi i jego rodzinie”. Ten standard godności rodzinnej ogarnia nie tylko gwarancje przetrwania, a więc jedzenie, mieszkanie i inne podstawowe warunki bytu, ale też zaspokojenie koszyka potrzeb edukacyjnych, kulturalnych, wypoczynkowych itd. To wszystko są „potrzeby” objęte zadaniami ochrony praw człowieka.

Podobne refleksje można snuć na tle prawa rodziny do ochrony prawnej, socjalnej i gospodarczej niezbędnej do jej pełnego rozwoju (por. art. 16. EKS/ZEKS). To nie zawodny standard przetrwania zawierający się w art. 71. ust.1 Konstytucji RP, ale wszechstronny i bogaty standard obejmujący zaspokajanie szeroko rozumianych, różnorodnych potrzeb rodziny, znacznie przewyższających poziom przetrwania. Równie ambitne cele w kontekście zaspokajania potrzeb mieszkaniowych stawia art. 31. ZEKS, w interpretacji Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych przy okazji rozstrzygania kierowanych doń skarg zbiorowych, postrzegany zresztą i badany w ścisłym związku z owym zasadniczym artykułem rodzinnym EKS/ZEKS, czyli z art.16.

Można generalnie stwierdzić, że nie w jakiejś poszukiwanej przyszłości, nie w jakiejś „ponowocześnie” pożądanej reinterpretacji praw człowieka, ale w ich aktualnym stanie – nie zawsze przez państwa przyjmowanym

bądź nie zawsze w dobrej wierze przez nie urzeczywistnianym – wymagalności praw człowieka w Europie, obowiązującym też dla Polski, mimo dalece niepełnego zakresu ratyfikacji przez Polskę zobowiązań z EKS w rozumieniu cz. II Karty (jest to efektem pełnego zakresu ratyfikacji praw w rozumieniu cz. I Karty – por. jej art. 20. ust. 1).

Osoba ludzka jako „potrzeba najpierwsza”

Powyżej zapowiedziałem powrót w moich rozważaniach do „ideału osoby ludzkiej”. Chodzi o spojrzenie na kategorię „potrzeby” z perspektywy samego podmiotu uprawnionego jako takiego. Czy jakiegokolwiek potrzeby jakiegokolwiek człowieka mają być owym „determinantem” praw człowieka bądź ich treści, czy też prawu międzynarodowemu praw człowieka – obok gwarancji fundamentalnych na rzecz wszystkich i jakichkolwiek ludzi – chodzi o pewną jakość tego człowieka, o kształtowanie go ku owej godności i wartości, o której mowa już w preambule do Karty NZ.

Przypomnijmy, że chodzi o człowieka jako „istotę społeczną”, która – zgodnie z art. 29 ust.1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – „ma obowiązki wobec społeczeństwa” jako swojego naturalnego środowiska, bo „tylko w nim jest możliwy swobodny i pełny rozwój jego osobowości”. Każdy z Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka ten obowiązek jednostki wobec innych jednostek i wobec swojego społeczeństwa potwierdza; co więcej, postrzega jednostkę jako „odpowiedzialną za dążenie do promowania i przestrzegania praw uznanych w niniejszym Pakcie” (por. ust. 5. preambuły).

Koresponduje to pięknie: od strony pozytywnej – z owym obowiązkiem z Deklaracji co. do „postępowania w duchu braterstwa”, zaś od strony negatywnej – z owym prawem państwa do urzeczywistniania w kontekście limitacji praw człowieka celu prawowitego w postaci „ochrony praw i wolności innych osób”, a bardziej konkretnie i silniej – w postaci usunięcia poza dopuszczalny zakres korzystania z wolności ekspresji, tzw. mowy nienawiści, koncepcji dziś tak modnej i nadużywanej, a w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych tak wyraziście unormowanej w jego art. 20. Kojarzy się też z prawem człowieka do poznania swoich

praw i do działania na ich podstawie (por. treść Zasady VII Deklaracji zasad rządzących stosunkami między państwami uczestnikami w Akcie Końcowym KBWE).

By móc tym zadaniom sprostać, zachodzi fundamentalna potrzeba przygotowania człowieka-podmiotu uprawnionego do zdolności realizacji tych zadań. Nie wystarcza samo istnienie społeczeństwa jako środowiska do „pełnego i swobodnego rozwoju osobowości”. Ponadto w ideał edukacyjny kreślący pożądany sposób urzeczywistniania prawa do nauki wpisuje się postulat: „nauczanie powinno zmierzać do pełnego rozwoju osobowości i poczucia godności ludzkiej oraz umacniać poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności” (art. 13. ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych; por. też: art. 26. ust. 2 PDPC; art. 29. ust. 1 Konwencji Praw Dziecka).

Poniekąd pierwszą potrzebą w dziedzinie krzewienia i uprawiania praw człowieka jest sam człowiek-podmiot. Od tego, jaki on będzie, zależy również jakie będą rodziny, społeczeństwa i państwa. Jak mi się zdaje, ta „najpierwsza” potrzeba, jeśli nie zupełnie rozpoznana, jest co najmniej w jej realizacji lekceważona i odsuwana na plan dalszy, nie tylko w szkole. Także instytucje międzynarodowe, w tym trybunały praw człowieka, nie potrafią bądź nie chcą należycie tej potrzeby docenić. W miejsce wartościowego człowieka, w bogactwie jego natury, w pięknym i koniecznym dwupodziale płciowym na kobietę i mężczyznę w ich wspaniałej komplementarności, ich zainteresowaniem i gwarancjami obejmowane są osoby, grupy czy ruchy hołdujące odstępstwu od tego, co powszechne i normalne.

Odstępstwa są promowane i nagradzane; norma jest wyszydzana i deprecjonowana. Opanowanie „szałem seksu”, i tak groźne dla praw małżeństwa i rodziny, a końcu też dla praw człowieka, coraz bardziej przechodzi w „wyższą fazę” bezpodstawnego zauroczenia kategoriami najpierw „orientacji seksualnych”, a później gender, wraz z wymuszaniem ich promocji także w postaci dewiacyjnego „wychowania seksualnego” w szkołach. Jeszcze krok, a zacnie się to narzucać rodzinom! – przecież to takie nowoczesne. Wszystko to zarazem łączy się z nadużywaniem koncepcji globalizmu i kosmopolityzmu, wizją światowca i Europejczyka, z wykorzenianiem człowieka z naturalnego środowiska jego Ojczyzny, z brakiem zrozumienia, a zgoła z wyszydzaniem koncepcji narodu i patriotyzmu, z wykorzenianiem

osoby ludzkiej. To także wykorzenianie z tak istotnego dla Europy w jej dziejach chrześcijaństwa. A wykorzenioną „wiatr (zmanipulowanej) historii” popędzi tam, gdzie tylko zechce, już bez zbytniego oporu.

Stąd ta najwyższa potrzeba – ratowania i pielęgnowania Człowieka, osoby ludzkiej. Stąd też postulaty: powrotu do korzeni i wypłynięcia na głębię człowieczeństwa, by zgubne pozory używek i przyjemności nie doprowadziły do ostatecznej zguby! Larum gram!

dr hab. Anna Doliwa-Klepacka
Uniwersytet w Białymstoku

Poprawa jakości prawa UE – wybrane zagadnienia

Improving the quality of EU law – selected issues

Streszczenie

Ocenia się, że w sferze gospodarczej ok. 80% przepisów obowiązujących w państwach członkowskich wynika z regulacji unijnych. Temu trendowi do rozszerzania zakresu regulacji unijnych towarzyszyły dyskusje na temat możliwości poprawy ich jakości oraz ich uproszczenia. W początkach XXI w. zostały poddane pewnej instytucjonalizacji. Analiza ewolucji tego zagadnienia jest przedmiotem niniejszego artykułu.

Ocena jakości prawa unijnego opiera się na trzech głównych przesłankach. Po pierwsze – skuteczności, określanej poprzez rzeczywiste efekty regulacji prawnych. Po drugie – sprawności, mierzonej stosunkiem kosztów danej regulacji do jej efektów. I po trzecie – użyteczności, ocenianej skalą korzyści określonej regulacji prawnej. W odniesieniu do działań na rzecz poprawy jakości prawa Unii Europejskiej istotny jest jeszcze aspekt „propagandowy”. Z uwagi na mnogość unijnych aktów prawnych eliminacja aktów nieaktualnych, niejasnych, bądź ze sobą sprzecznych, nadmiernie skomplikowanych, nakładających się na siebie w obszarze regulacji, nadmiernie obciążających podmioty, do których się odnoszą, lub nadmiernie drobiazgowych przynosi niewątpliwie pozytywny efekt „wizerunkowy” w postrzeganiu skutków działalności w ramach tej organizacji.

W kontekście powyższych uwag analiza dokumentów oraz literatury odnośnie do zagadnienia poprawy jakości regulacji prawnych Unii Europejskiej staje się kluczowym obszarem badawczym niniejszego opracowania. Prowadzi ona do wniosku, że podejmowane w tym zakresie działania należy rozpatrywać w dwóch względnie niezależnych aspektach: materialnym (odnoszącym się do treści aktu prawnego) i formalnym (odnoszącym się do odpowiedniego przygotowania projektu aktu i publicznej aprobaty jego obowiązywania).

Abstract

It is estimated that in the economic sphere about 80% of the regulations in the Member States are derived from EU regulations. This trend towards extending the scope of EU regulation has been accompanied by discussions on how to improve their quality and simplify them. At the

beginning of the 21st century they were subjected to a certain institutionalization. An analysis of the evolution of this issue is the subject of this article.

The assessment of the quality of EU law is based on three main assumptions. Firstly, effectiveness, defined by the real effects of regulation. Second, efficiency measured by the cost ratio of a regulation to its effects. And third, utility, assessed by the scale of the benefits of a particular legal regulation. With regard to measures to improve the quality of European Union law, the „propaganda” aspect is still important. Due to the multitude of EU acts, the elimination of obsolete, unclear or contradictory acts, overly complicated, overlapping in the regulatory area, overburdening the actors to whom they are referring, or excessively meticulous, undoubtedly poses a positive „image” effect in perceiving the impact of activities within the organization.

In the context of the above, the analysis of documents and literature on the issue of improving the quality of EU legal acts is becoming a key research area of this study. It concludes that the activities undertaken in this regard should be considered in two relatively independent aspects: material (referring to the content of the legislative act) and formal (referring to the appropriate preparation of the draft act and public approval for its validity).

Słowa kluczowe: *poprawa jakości prawa UE, lepsze stanowienie prawa, uproszczenie prawa UE*

Keywords: *improving the quality of EU Law, better lawmaking, simplification of the EU law*

Uwagi wprowadzające

Postulat zapewnienia odpowiedniej jakości stanowionego prawa jest właściwy w stosunku do każdego porządku prawnego. W odniesieniu do Unii Europejskiej jego znaczenie potęguje fakt, że od lat 90. XX w. następuje stały, istotny rozwój ustawodawstwa na poziomie wspólnotowym, a obecnie – unijnym. Przykładowo, w sferze gospodarczej ok. 80% przepisów, obowiązujących w państwach członkowskich wynika z regulacji unijnych. Trwają dyskusje na temat możliwości uproszczenia, jak też

poprawy jakości tych regulacji. Nasiliły się one w latach 90. XX w., a w początkach XXI w. zostały poddane pewnej instytucjonalizacji¹.

W literaturze podkreśla się, że ocena jakości prawa (w tym przypadku unijnego) opiera się na trzech zasadniczych przesłankach:

- skuteczności, określanej poprzez rzeczywiste efekty regulacji prawnych;
- sprawności, mierzonej stosunkiem kosztów danej regulacji do jej efektów;
- użyteczności, ocenianej skalą korzyści określonej regulacji prawnej².

W Unii Europejskiej obok tych przesłanek istotny jest także aspekt „propagandowy”. Eliminacja aktów nieaktualnych, niejasnych, bądź ze sobą sprzecznych, nadmiernie skomplikowanych, czy drobiazgowych, nakładających się na siebie w obszarze regulacji, nadmiernie obciążających podmioty, do których się odnoszą, przynosi niewątpliwie pozytywny efekt „wizerunkowy”³.

Dotychczasowe działania (głównie ze strony Komisji) w analizowanym zakresie podejmowane były w dwóch aspektach: materialnym (odnoszącym się do treści aktu prawnego) i formalnym (odnoszącym się do odpowiedniego przygotowania projektu aktu i publicznej aprobaty jego obowiązywania)⁴. Wdrażany unijny program lepszego stanowienia prawa ma zagwarantować m.in. otwartość i przejrzystość procesu decyzyjnego w UE oraz dostęp zarówno obywateli, jak i innych zainteresowanych stron (przedsiębiorstw, organów administracji publicznej, naukowców i interesariuszy) do udziału w procesie kształtowania polityki, jak też aktów prawnych UE. Cele regulacji prawnych mogą być osiągnięte przy minimalizacji obciążeń regulacyjnych dla przedsiębiorstw, obywateli i organów administracji publicznej.

1 Zob. S. Douglas-Scott, *Law-making and democracy in the EU*, [w:] idem, *Constitutional Law of the European Union*, London 2002, s. 142–146.

2 *Źródła prawa Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2010, s. IV–88–IV–89.

3 Zob. np.: określenie minimalnej liczby szczebli w drabinach kominiarskich, określenie dopuszczalnych parametrów krzywizny bananów czy ogórków, nakaz niszczenia niewykorzystanej żywności z restauracji, stołówek i sklepów, określenie instrukcji korzystania z drabiny czy kaloszy, zakaz jazdy na nartach, gdy na stoku jest mniej niż 20 cm śniegu, wprowadzenie wymogu produkcji samogasnących papierosów, zaliczenie ślimaka do ryb łądowych, a pomidorów, marchewki czy słodkich ziemniaków do grupy owoców.

4 Tak również np. J.-C. Pîris, *The quality of Community legislation: the viewpoint of the Council Legal Service*, [w:] *Improving the quality of legislation in Europe*, ed. A.E. Kellermann et al., Hague 1998, s. 28.

Podstawy prawne działań na rzecz poprawy jakości prawa Unii Europejskiej

Postulaty podjęcia inicjatyw w zakresie poprawy jakości prawa wspólnotowego wielokrotnie podnoszone były na forum Rady Europejskiej, m.in. już na szczycie w Edynburgu 11–12 grudnia 1992 r.⁵ W odpowiedzi na postulaty Rady Europejskiej podjęto szereg działań – głównie w ramach Komisji Europejskiej. Jednym z pierwszych było przygotowanie 25 lipca 2001 r. Białej Księgi „European Governance”⁶. Realizacja tej inicjatywy miała opierać się głównie na porozumieniach międzyinstytucjonalnych⁷.

Komisja odwoływała się w tej Białej Księdze do pojęcia „dobrego rządzenia”, jednak, co szczególnie podkreślano w literaturze, określenie to nie zostało precyzyjnie zdefiniowane⁸. Najczęściej wśród elementów „dobrego rządzenia” wymieniano efektywność rządów, demokratyzację i rozwój gospodarczy⁹.

- 5 Zob. konkluzje Rady Europejskiej w Edynburgu: http://www.european-council.europa.eu/media/854346/1992_december_-_edinburgh__eng_.pdf [dostęp: 23.05.2017].
- 6 COM(2001) 428 final, 25.07.2001, Dz. U. C 278 z 12.10.2001 r., s. 1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1406653037527&uri=CELEX:52001DC0428> [dostęp: 23.05.2017]. Zob. też Report from the Commission on European governance, Luksemburg 2003, http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_en.pdf [dostęp: 23.05.2017]. Zob. też uwagi na ten temat: C. Scott, *The Governance of the European Union: The Potential for Multi-Level Control*, „European Law Journal”, Vol. 8 (2002), No. 1, s. 61 i n.; A. Sloat, *Governance in the Making: The Future of the EU's (Thought) Experiment*, [w:] *Governance in Europe. The Role of Interest Groups*, ed. by A. Warntjen, A. Wonka, Baden-Baden 2004, s. 66–74; Ch. Möllers, *European Governance: Meaning And Value Of A Concept*, „Common Market Law Review” Vol. 43 (2006), No. 2, s. 313–336.
- 7 Zob. też J. Dołęga, *White Paper on European Governance w sytuacji kryzysu TUK*, „Biuletyn PISM” Nr 50 (295), 2005, s. 1469–1471.
- 8 Zob. G. de Búrca, *The constitutional challenge of new governance in the European Union*, „European Law Review” Vol. 28 (2003), No 6, s. 814 i n.; J. Scott, D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and new approaches to Governance in the European Union*, „European Law Journal” Vol. 8 (2002), No 1, s. 1 i n.; A. Cygan, *The White Paper on European Governance – Have Glasnost and Pierestroika Finally Arrived to the European Union?*, „The Modern Law Review” Vol. 65 (2002), No 2, s. 229–240; W. Voermans, *Concern about the quality of EU Legislation: what kind of problem, by what kind of standard?*, „Erasmus Law Review” Vol. 2 (2009), No 1, s. 60.
- 9 R.M. Solow, *The last 50 years in growth theory and the next 10*, „Oxford Review of Economic Policy” Vol. 23 (2007), No 1, s. 5 i n. (doi:10.1093/oxrep/grm004); B. Kohler-Koch, *Interdependent European Governance*, [w:] *Linking EU and National Governance*, ed. B. Kohler-Koch, Oxford 2004, s. 10–11.

Kolejne regulacje działań w zakresie podnoszenia jakości prawa Unii Europejskiej były podejmowane na różnych płaszczyznach. W grupie najważniejszych porozumień międzyinstytucjonalnych dotyczących podniesienia jakości prawa Unii Europejskiej należy wymienić:

- porozumienie międzyinstytucjonalne z 20 grudnia 1994 r. „Szybsza metoda pracy nad urzędową kodyfikacją tekstów prawnych”¹⁰,
- porozumienie międzyinstytucjonalne z 22 grudnia 1998 r. w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego¹¹,
- porozumienie międzyinstytucjonalne z 28 listopada 2001 r. w sprawie bardziej uporządkowanego wykorzystania techniki przekształcania aktów prawnych¹²,
- porozumienie międzyinstytucjonalne z 16 grudnia 2003 r. w sprawie lepszego stanowienia prawa¹³ (zastąpione obecnie porozumieniem z 2016 r.),
- porozumienie ramowe w sprawie stosunków między Parlamentem Europejskim i Komisją Europejską z 20 listopada 2010 r. (uzupełniające porozumienie międzyinstytucjonalne w sprawie lepszego stanowienia prawa)¹⁴,

10 DzU C 102 z 4.4.1996 r., zob. tekst porozumienia: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0404%2802%29:PL:NOT> [dostęp: 23.05.2017].

11 DzU C 73 z 17.3.1999 r., zob. tekst porozumienia: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0317%2801%29:PL:NOT> [dostęp: 23.05.2017].

12 DzU C 77 z 28.3.2002 r., zob. tekst porozumienia: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002Q0328:PL:NOT> [dostęp: 23.05.2017].

13 Interinstitutional Agreement on better law-making, OJ 2003/C 321/01, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF> [dostęp: 23.05.2017]. Zob. również tzw. Raport Grupy Mandelkerna w sprawie lepszego stanowienia prawa – założenia polityki lepszego stanowienia prawa w UE (The Mandelkern Group on Better Regulation, Final Report), 13.11.2001, http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf [dostęp: 23.05.2017].

14 Porozumienie ramowe w sprawie stosunków między Parlamentem Europejskim i Komisją Europejską z listopada 2010 r. – przyjęte jako Załącznik XIV do regulaminu Parlamentu Europejskiego, DzU L 304 z 20.11.2010 r., s. 47. Porozumienie to zastąpiło porozumienie ramowe z maja 2005 r. Zob. tekst Porozumienia <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20120703+ANN-14+DOC+XML+V0//PL&language=PL&navigationBar=YES> [dostęp: 23.05.2017].

- porozumienie międzyinstytucjonalne pomiędzy Parlamentem Europejskim, Radą Unii Europejskiej a Komisją Europejską w sprawie lepszego stanowienia prawa z 13 kwietnia 2016 r.¹⁵

W grupie programów działania inicjowanych przez Komisję należy przede wszystkim wymienić pakiet propozycji, mających stanowić realizację Białej Księgi „European Governance” z 2001 r., tj.

- Komunikat w sprawie Europejskiego Zarządzania¹⁶,
- Komunikat w sprawie oceny wpływu¹⁷,
- Komunikat w sprawie ogólnych zasad i minimalnych standardów dla konsultacji z zainteresowanymi stronami¹⁸,
- Plan działania w sprawie lepszego stanowienia prawa – „Uproszczenie i poprawa środowiska regulacyjnego”¹⁹.

Kolejnymi dokumentami Komisji dotyczącymi poprawy jakości prawa Unii Europejskiej były w szczególności:

- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z 8 października 2010 r. na temat „inteligentnych regulacji” w Unii Europejskiej²⁰,

15 OJ L 123, 12.5.2016, p. 1–14, zob. tekst porozumienia: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32016Q0512(01)) [dostęp: 23.05.2017].

16 European Governance: Better lawmaking, COM(2002) 275, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1406654233840&uri=CELEX:52002DC0275> [dostęp: 23.05.2017].

17 COM(2002) 276, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:-0276:FIN:EN:PDF> [dostęp: 23.05.2017].

18 COM(2002) 277, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:-0277:FIN:EN:PDF> [dostęp: 23.05.2017].

19 Communication From The Commission. Action Plan „Simplifying and improving the regulatory environment”, COM(2002) 278 final, Brussels, 5.06.2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0278:FIN:EN:PDF> [dostęp: 23.05.2017].

20 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, „Inteligentne regulacje w Unii Europejskiej”, KOM(2010) 543 wersja ostateczna, Bruksela, 8.10.2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/%20LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:PL:PDF> [dostęp: 23.05.2017].

- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z 12 grudnia 2012 r. pt. „Sprawność regulacyjna UE”²¹.

Koncepcja działań na rzecz poprawy jakości prawa Unii Europejskiej

Strategia „lepszego stanowienia prawa” miała służyć poprawie środowiska legislacyjnego w Unii Europejskiej poprzez konsolidację, kodyfikację i uproszczenie istniejących aktów prawnych oraz podniesienie jakości nowej legislacji²². Miała również odnosić się do udoskonalenia działań prawotwórczych na obu poziomach – narodowym i unijnym. W tym kontekście kluczowe znaczenie nadano m.in. właściwemu stosowaniu zasad pomocniczości i proporcjonalności. Działania podejmowane na rzecz uproszczenia istniejącego ustawodawstwa miały uwzględniać też generalne zasady dobrych praktyk legislacyjnych, jak: transparentność podejmowanych działań, odpowiedzialność za podejmowane działania, przyjmowanie zasad docelowych, logika i konsekwencja w przyjmowanych rozwiązaniach, przestrzeganie zasady proporcjonalności.

Z drugiej strony, w działaniach na rzecz uproszczenia i poprawy środowiska regulacyjnego Unii Europejskiej zakładano stopniowe wprowadzanie systemu, w którym każda inicjatywa legislacyjna powinna obejmować: przeprowadzenie konsultacji z głównymi zainteresowanymi podmiotami, analizę rezultatów tych konsultacji, analizę skutków planowanej regulacji oraz uzasadnienie konieczności wprowadzenia jej na poziomie Unii. Elementem inicjatywy *better regulation* były też propozycje stosowania rozwiązań alternatywnych wobec tradycyjnej legislacji bez ingerencji w postanowienia traktatów założycielskich.

21 Komunikat Komisji Do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Sprawność regulacyjna UE”, COM(2012) 746 final, Strasburg, 12.12.2012, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0746:FIN:PL:PDF> [dostęp: 23.05.2017].

22 J. Welch, *Better Law-making*, [w:] *Better Regulation*, ed. by S. Weatherill, Oxford-Portland, OR 2007, s. 311–320.

W celu wdrożenia założeń strategii *better regulation* w instytucjach odpowiedzialnych za reformę systemu prawnego Unii Europejskiej przeprowadzono pewne zmiany organizacyjne. W Komisji nieformalnie funkcje koordynacyjne w tym zakresie powierzono Sekretariatowi Generalnemu, natomiast właściwe dyrekcje generalne zobowiązano do wdrażania działań w poszczególnych obszarach prawa. Szczególne znaczenie ma tutaj działalność w ramach DG ds. Przedsiębiorczości, DG ds. Rynku Wewnętrznego, DG ds. Gospodarczych i Finansowych oraz DG ds. Handlu. W ramach Rady problematyką *better regulation* zajmuje się przede wszystkim Rada do spraw Konkurencyjności, Rada ECOFIN oraz Rada do spraw Ogólnych. Na szczeblu grup roboczych Rady należy wskazać przede wszystkim Grupę Wysokiego Szczebla ds. Konkurencyjności oraz utworzoną nieformalną grupę dyrektorów i ekspertów (administracji rządowych państw członkowskich) do spraw *better regulation*. W Parlamencie Europejskim zadań dotyczących *better regulation* nie przypisano żadnej konkretnej komisji parlamentarnej. W szczególności problematyka ta pojawia się jednak w pracach Komisji ds. Konstytucyjnych, Komisji ds. Prawnych, Komisji ds. Rynku Wewnętrznego oraz Komisji ds. Przemysłu, Handlu, Badań i Energii²³.

Inicjatywy na rzecz poprawy jakości projektowanych aktów prawnych Unii Europejskiej

Jednym z pierwszych aktów, który odnosił się do kwestii podniesienia jakości prawodawstwa w Unii Europejskiej, było porozumienie międzyinstytucjonalne z 22 grudnia 1998 r. w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego²⁴. Rada, Parlament Europejski i Komisja wspólnie podkreślały w nim, że jasne, proste i precyzyjne przepisy są szczególnie istotne dla ich przejrzystości i zrozumienia przez obywateli i podmioty gospodarcze oraz dla prawidłowego i jednolitego ich wykonywania

23 M. Kałużyńska, „*Better regulation*” – inicjatywy w zakresie uproszczenia legislacji wspólnotowej i poprawy jakości prawa Unii Europejskiej, „Biuletyn Analiz UKIE” 2004, nr 14, s. 152.

24 Porozumienie międzyinstytucjonalne z 22 grudnia 1998 r. w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego, DzU C 73 z 17.3.1999 r.

przez państwa członkowskie Unii Europejskiej. W porozumieniu tym ustanowiono wytyczne dotyczące jakości redakcyjnej prawodawstwa wspólnotowego. Podkreślono w nim, że przygotowując projekty aktów prawnych, w których używa się określonych pojęć i struktur zdaniowych, należy brać pod uwagę fakt, że prawodawstwo wspólnotowe jest tworzone w wielu językach. Trzeba zatem zachować ostrożność w stosowaniu pojęć lub terminologii właściwej dla poszczególnych krajowych systemów prawnych. Akty prawne powinny być zredagowane w sposób zwięzły i jednolity, bez formułowania bardzo długich zdań i artykułów oraz używania dużej liczby skrótów²⁵. Porozumienie z 1998 r. wprowadziło także wspólne wytyczne dotyczące standardowej struktury aktów prawnych obejmującej: tytuł, preambułę, część normatywną, ewentualne załączniki, określające zawartość tych części.

Inne dotychczasowe działania instytucji unijnych, a szczególnie Komisji, na rzecz poprawy jakości projektowanych regulacji skupiły się na dwóch elementach stosowanych na wstępnym etapie projektowania regulacji: konsultacjach z możliwie najszerszym kręgiem podmiotów zainteresowanych obszarem danej regulacji oraz ocenie potencjalnych skutków ekonomicznych, społecznych i ekologicznych danej regulacji, w tym także w kontekście międzynarodowym.

Obowiązek organizowania powszechnych konsultacji przed złożeniem wniosku legislacyjnego ma na celu uwzględnienie interesów wszystkich zainteresowanych podmiotów, co niewątpliwie przyczynia się do poprawy jakości prawa. Analiza opinii szerokiego grona przedstawicieli społeczeństwa i innych zainteresowanych grup stwarza możliwość oceny prawidłowości funkcjonowania reguł polityki w danym obszarze. Komisja przyjęła zasady określające normy minimalne w odniesieniu do przeprowadzonych konsultacji w 2002 r.²⁶ Do przeprowadzenia powszechnych konsultacji

25 *Ibidem*, pkt 4–5.

26 „Zmierzając ku pogłębionej kulturze konsultacji i dialogu – Zasady ogólne i minimalne standardy stosowane przez Komisję w trakcie konsultacji z zainteresowanymi stronami” – zob. Communication from the Commission – Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission, COM(2002) 704 final, Brussels, 11.12.2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0704:FIN:EN:PDF> [dostęp: 23.05.2017].

Komisja wykorzystuje różne dostępne możliwości: zielone i białe księgi, komunikaty, specjalne fora (np. Europejskie Forum ds. Energetyki i Transportu lub Europejskie Forum Zdrowotne), warsztaty, stałe grupy konsultacyjne oraz konsultacje internetowe²⁷.

Kolejnym ważnym elementem procesu lepszego stanowienia prawa w Unii Europejskiej jest uzyskanie na jak najwcześniejszym etapie pełnego obrazu potencjalnych skutków projektowanej regulacji²⁸. Dzięki temu minimalizowane są skutki uboczne. Należy zauważyć, że w ramach Komisji udało się stworzyć spójny system oceny skutków, dzięki któremu proces podejmowania decyzji politycznych jest oparty na konkretnej wiedzy, czy i jak wdrażać daną inicjatywę i zapewnić przejrzystość korzyści i kosztów tych decyzji. Podstawowym dokumentem, dotyczącym przeprowadzenia oceny wpływu, są wytyczne opracowane przez Komisję. Przygotowane w 2002 r. wytyczne kilkakrotnie zmieniano – w 2005, 2006 oraz w 2009 r., uzupełniając zasady ogólne o wytyczne operacyjne, dotyczące niektórych sektorów – analizowania wpływu na prawa podstawowe, konkurencyjność i mikroprzedsiębiorstwa.

W świetle przyjętych wytycznych jedną z podstawowych kwestii jest podjęcie decyzji dotyczącej właściwego poziomu analizy, z uwzględnieniem skutków jej wprowadzenia oraz poziomu „wrażliwości politycznej” danej inicjatywy. Nieodłącznym elementem oceny skutków jest również analiza projektu pod kątem stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności – szczególną uwagę zwraca się obecnie na skutki inicjatyw na poziomie regionalnym i krajowym. W procesie analizy skutków projektowanej regulacji niektórym kwestiom poświęca się więcej uwagi. Do takich szczególnych zagadnień należą skutki społeczne, w zakresie redystrybucji dochodu narodowego, dotyczące rynku wewnętrznego, konsumentów oraz sektora małych i średnich przedsiębiorstw, dla regionów i władz lokalnych oraz w sferze międzynarodowej. Ocena skutków odnosi się przy tym nie tylko *stricte* do projektowanych aktów unijnych, ale także do wykonawczych w stosunku do nich aktów prawa krajowego.

27 *Lepsze stanowienie prawa...*, *op. cit.*, s. 9.

28 F. Chittenden, T. Ambler, D. Xiao, *Impact Assessment in the EU*, [w:] *Better Regulation*, *op. cit.*, s. 271–286.

Alternatywne metody regulacji

W kontekście działań na rzecz poprawy jakości regulacji unijnych Komisja została zobowiązana do przedstawiania Parlamentowi Europejskiemu i Radzie wraz z uzasadnieniem propozycji formy aktu prawnego i podstawy prawnej każdego wniosku. Obowiązkiem Komisji jest zapewnienie, aby każdy zaproponowany środek legislacyjny był możliwie najprostszy, a przy tym niezbędny do osiągnięcia zamierzonego celu i odpowiedni do efektywnej implementacji przyjętego aktu. Analiza sytuacji w tym kontekście może prowadzić do konkluzji, że wydanie aktu prawnego nie jest konieczne, a lepszym rozwiązaniem będzie sięgnięcie do alternatywnych metod regulacji, takich jak współregulacja, samoregulacja²⁹ czy otwarta metoda koordynacji³⁰, bez ingerencji w postanowienia traktatów założycielskich.

Współregulacja jest mechanizmem, w którym podstawowy akt ustawodawczy ogranicza się do określenia ram i zakresu wskazanej regulacji, a osiągnięcie założonego celu aktu ustawodawczego powierza się zainteresowanym stronom w danej dziedzinie (np. podmiotom gospodarczym, organizacjom pozarządowym, stowarzyszeniom), które są uprawnione do zawierania między sobą w tym celu dobrowolnych porozumień.

Samoregulacja natomiast jest metodą, w której podmioty gospodarcze, partnerzy społeczni, organizacje pozarządowe czy też stowarzyszenia

29 Zob. *Alternative regulatory models. Towards better regulation?*, Brussels 2002, s. 1–3.

30 Zob. na ten temat np. S. Regent, *The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?*, „European Law Journal” Vol. 9 (April 2003), No. 2, s. 190–214; A. Schäfer, *Beyond the Community Method: Why the Open Method of Coordination Was Introduced to EU Policy-making*, „European Integration online Papers” Vol. 8 (2004), No 13, s. 1–19; D.M. Trubek, L.G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, „European Law Journal” Vol. 11 (May 2005), No 3, s. 343–364; P. Ahonen, *Soft Governance, Agile Union? Analysis of the Extensions of Open Coordination in 2000*, Maastricht 2001, <http://aei.pitt.edu/544/1/01PAH.pdf> [dostęp: 10.05.2017]. Zob. również: D. Ashiagbor, *Soft Harmonization: The ‘Open Method of Coordination’ in the European Employment Strategy*, „European Public Law” Vol. 10 (2004), No. 2, s. 305–332; D. Hodson, I. Maher, *The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Co-ordination*, „Journal of Common Market Studies” Vol. 39 (2001), No. 4, s. 719–746; C. de la Porte, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organizing Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, „European Law Journal” Vol. 8 (2002), No. 1, s. 38–58.

zawierają na szczeblu europejskim między sobą (i na swoją rzecz) porozumienia, zawierające wspólne wytyczne. Mogą one przyjmować w szczególności formę kodeksów postępowania lub porozumień branżowych. Co do zasady nie wymagają zajęcia stanowiska przez instytucje europejskie (w szczególności wtedy, gdy zawierane są w obszarach nieobjętych traktatami bądź takich, w których dotychczas nie przyjęto regulacji unijnych). Instytucje unijne zachowują jednak możliwość przyjęcia aktu ustawodawczego, jeśli chodzi o dziedzinę, która należy do kompetencji UE. Co do zasady uznaje się także kompetencję Komisji do badania porozumień, zawieranych w ramach samoregulacji pod kątem sprawdzenia ich zgodności z postanowieniami traktatów.

Wybrane inicjatywy na rzecz poprawy jakości obowiązujących aktów prawnych

Już we wspomnianym porozumieniu międzyinstytucjonalnym z 22 grudnia 1998 r. w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego ustalono zasady zmiany aktu normatywnego. Przyjęto, że w celu dokonania zmiany należy przygotować tekst, który ma być dodany w zmienianym akcie, dążąc do zastępowania całych przepisów (artykułów lub jednostek podziału wewnątrz artykułów) zamiast dodawania lub usuwania poszczególnych zdań, zwrotów lub wyrazów. Akt zmieniający nie może zawierać autonomicznych przepisów prawa materialnego, których nie wprowadza się w akcie, który ma być zmieniony. Akt prawny, którego zasadniczym celem nie jest zmiana innego aktu, może określać na końcu zmiany innych aktów, będące następstwem wprowadzanych przez niego uregulowań. W przypadku, gdy zmiany, będące jego następstwem, są istotne, powinien być przyjęty odrębny akt zmieniający³¹.

Zaprezentowane wspólne podejście trzech głównych instytucji zaangażowanych w procedurach prawotwórczych Unii Europejskiej jest kluczowe do osiągnięcia zakładanych celów. Wskazania odnośnie do właściwej

31 *Op.cit.*, pkt 18–19.

struktury tekstu aktu prawnego nie mają specyficznie unijnego charakteru, analogiczne formułowane są również w porządkach krajowych. Warto podkreślić jest natomiast zwrócenie uwagi na stronę językową projektowanych aktów prawnych. Jest to szczególnie istotne w kontekście przyjętej wielojęzyczności UE i konieczności tłumaczenia tekstu aktu prawnego na wszystkie języki urzędowe. Zwięzły i prosty język, bez zbędnych zapożyczeń sformułowań specyficznych tylko dla niektórych krajowych systemów prawnych niewątpliwie służyć będzie większej jasności i jednoznaczności poszczególnych wersji językowych, a w konsekwencji – większej prawidłowości i jednolitości stosowania prawa UE.

W porozumieniu międzyinstytucjonalnym w sprawie lepszego stanowienia prawa z 16 grudnia 2003 r.³² Parlament Europejski, Rada oraz Komisja zobowiązały się m.in. do podejmowania działań na rzecz uproszczenia i zmniejszenia objętości dotychczasowego ustawodawstwa³³. Ten cel może być osiągniany poprzez unieważnienie aktów, których już się nie stosuje, kodyfikację i preredagowanie aktów. Kodyfikacja polega na uchynieniu aktów będących przedmiotem kodyfikacji (tj. pierwotnego i aktów nowelizujących) i zastąpieniu ich jednym aktem bez merytorycznej zmiany treści. Przekształcenie (preredagowanie) polega natomiast na przyjęciu nowego aktu prawnego, który jednocześnie uchyla dotychczas obowiązujące akty i wprowadza zmiany merytoryczne w regulowanym obszarze (nowy preredagowany akt zawiera zarówno zmiany merytoryczne do wcześniejszego aktu, jak i niezmienione postanowienia wcześniejszego aktu).

Zasady kodyfikacji tekstów prawnych jako metody upraszczania prawa Unii Europejskiej zostały zestawione już kilka lat wcześniej – w drodze zawarcia porozumienia międzyinstytucjonalnego z 20 grudnia 1994 r. w sprawie szybszej metody pracy nad urzędową kodyfikacją tekstów prawnych³⁴. W tej sprawie 21 listopada 2001 r. wydany został też

32 Interinstitutional Agreement on better law-making, *op.cit.*

33 Zob. E. Olivi, *The EU Better Regulation Agenda*, [w:] *Better Regulation*, *op. cit.*, s. 193–194.

34 Porozumienie międzyinstytucjonalne z 20 grudnia 1994 r. Szybsza metoda pracy nad urzędową kodyfikacją tekstów prawnych, (DzU C 102 z 4.4.1996, zob. tekst porozumienia: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:31996Y0404%2802%29> [dostęp: 27.05.2017].

Komunikat Komisji dotyczący kodyfikacji *acquis communautaire*³⁵. Przyjęto, że sektory podlegające kodyfikacji zostaną uzgodnione na wniosek Komisji przez Radę, Parlament Europejski i Komisję, a propozycje kodyfikacji będą uwzględniane w odpowiednich programach prac Komisji.

Projekty kodyfikacyjne przyjmowane są w normalnych procedurach prawotwórczych z zastrzeżeniem, że Parlament Europejski i Rada nie mogą dokonywać jakichkolwiek zmian merytorycznych w przedstawionych przez Komisję projektach kodyfikacyjnych. Zarówno w Parlamencie Europejskim, jak i w Radzie są stosowane procedury przyspieszone – w Parlamencie jedna komisja analizuje propozycję i procedurę uproszczoną w celu jej zatwierdzenia, w Radzie zaś – jedna grupa robocza z zastosowaniem procedury „punktów I/A” dla COREPER-u i Rady. Instytucje przyjęły, że jeśli w trakcie procesu legislacyjnego niezbędne okaże się dokonanie zmian merytorycznych w kodyfikowanym tekście, Komisja będzie zobowiązana do złożenia wszelkich koniecznych wniosków³⁶.

Kolejny ważny instrument służący uproszczeniu i poprawie jakości prawa Unii Europejskiej w postaci przeredagowania aktów prawnych został doprecyzowany w porozumieniu międzyinstytucjonalnym z 28 listopada 2001 r. w sprawie bardziej uporządkowanego wykorzystania techniki przekształcania aktów prawnych³⁷. W porozumieniu tym ustanowiono reguły proceduralne umożliwiające bardziej uporządkowane wykorzystanie techniki przekształcania (przeredagowywania) aktów prawa Unii Europejskiej.

Wniosek legislacyjny Komisji, który dotyczy przekształcania wcześniej obowiązującego aktu prawnego, powinien zawierać zmiany merytoryczne, które wprowadzać ma projektowany akt, oraz kodyfikację (usystematyzowanie) niezmienionych postanowień wcześniejszego aktu

35 COM(2001) 645 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Codification of the *Acquis communautaire*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1406657520757&uri=CELEX:52001DC0645> [dostęp: 27.05.2017].

36 *Ibidem*.

37 Porozumienie międzyinstytucjonalne z 28 listopada 2001 r. w sprawie bardziej uporządkowanego wykorzystania techniki przekształcania aktów prawnych, DzU C 77 z 28.3.2002 r., zob. tekst porozumienia: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:32002Q0328> [dostęp: 27.05.2017].

i projektowanych zmian merytorycznych³⁸. W uzasadnieniu wniosku legislacyjnego o przekształcenie aktu prawnego Komisja powinna wyraźnie zaznaczyć, że dany wniosek dotyczy przekształcenia wcześniejszego aktu, wskazując przyczyny przyjęcia takiego podejścia. Uzasadnienie powinno odnosić się do każdej proponowanej zmiany merytorycznej, precyzyjnie określając również, które postanowienia aktu wcześniejszego pozostają niezmienione. Tekst wniosku legislacyjnego w przypadku przekształcenia wcześniejszego aktu powinien być przedstawiony w taki sposób, aby umożliwiał wyraźne odróżnienie zmian merytorycznych (i nowych motywów preambuły) od postanowień (i motywów), które pozostają niezmienione. Niezmienione postanowienia wcześniejszego aktu powinny być ujęte w taki sam sposób, jaki stosowany jest przy urzędowej kodyfikacji aktów prawodawczych³⁹. Nie stanowi przekształconego aktu prawnego taki nowy akt, który wprowadza zmiany merytoryczne do wszystkich postanowień wcześniejszego aktu, z wyjątkiem postanowień lub sformułowań, które zastępuje lub uchyla.

Wnioski legislacyjne dotyczące przekształcenia aktów prawnych co do zasady są rozpatrywane zgodnie z obowiązującymi procedurami prawotwórczymi. Pewnym dodatkowym elementem proceduralnym jest badanie wniosku o przekształcenie przez konsultacyjną grupę roboczą, złożoną z odpowiednich służb prawnych Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji. Wspomniana grupa robocza jak najszybciej wydaje i przedkłada wszystkim trzem instytucjom opinię stwierdzającą, że wniosek nie zawiera żadnych zmian merytorycznych poza tymi, które wyraźnie zostały jako takie wskazane przez Komisję przedkładającą stosowny wniosek. W przypadku, gdy w toku procedury prawodawczej niezbędna okaże się zmiana merytoryczna innych niż wskazane we wniosku postanowień, dokonuje się jej zgodnie z odpowiednimi postanowieniami traktatów (stosownie do przyjętej podstawy prawnej wniosku legislacyjnego)⁴⁰.

W przypadku częstych nowelizacji bardzo pozytywne skutki rodzi kodyfikacja (w jednym akcie prawnym zostają zebrane dotychczasowe

38 *Ibidem*, pkt 2–3.

39 *Ibidem*, pkt 6.

40 *Ibidem*, pkt 8–9.

przepisy w danej dziedzinie wraz ze wszystkimi kolejnymi zmianami). W konsekwencji zmniejsza się objętość prawa unijnego, teksty aktów prawnych są bardziej przejrzyste, a zarazem łatwiejsze do egzekwowania.

Podsumowanie

Dotychczasowe programy poprawy jakości prawa Unii Europejskiej prowadzone były wielopłaszczyznowo. Z jednej strony ukierunkowane były na poprawę skuteczności prawa UE, z drugiej – na poprawę jego sprawności i użyteczności. Materialny aspekt działań na rzecz poprawy jakości projektowanych aktów prawnych związany jest przede wszystkim z odpowiednim przygotowaniem wniosku legislacyjnego. Odpowiedzialność za prawidłowość podejmowanych działań spoczywa tu głównie na Komisji, przy czym trzeba pamiętać, że punktem wyjścia powinna być odpowiedź na pytanie, czy nowa regulacja jest konieczna oraz – jak powinna wyglądać.

Poszczególne aspekty działań na rzecz podniesienia jakości prawodawstwa UE są ze sobą dość mocno powiązane i współzależne. Biorąc pod uwagę zakres regulacji, akty prawne UE powinny być niezbędne i efektywne w realizacji założonego celu regulacji (stosownie do zasady pomocniczości i proporcjonalności). W konsekwencji – wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, należy przestrzegać zasady pozostawiania uregulowania danych kwestii państwowemu członkowskim na poziomie krajowym. Z drugiej strony – w sytuacjach, gdzie będzie to wystarczające – należy poprzestać na alternatywnych metodach regulacji (jak np. samoregulacja danego obszaru działalności). Podobnie – w razie podjęcia decyzji o konieczności wydania aktu – istotny jest wybór jego formy prawnej (i związany z tym zakres ingerencji w swobodę jednostek – który powinien być niezbędny i adekwatny do celu regulacji). Ważne jest także, aby projektowany akt nie był sprzeczny z innymi regulacjami (chyba że przyjmowany jest celem ich nowelizacji).

Do właściwego wyboru w zakresie treści projektowanego aktu zasadnicze znaczenie ma szereg wprowadzonych w Unii Europejskiej działań, w szczególności ocena potencjalnych skutków danej regulacji. Jakości i późniejszej akceptacji publicznej sprzyjają również maksymalnie szerokie konsultacje z interesariuszami oraz przedstawicielami społeczeństwa

obywatelskiego. Proces przygotowywania wniosku legislacyjnego powinien być transparentny, z zapewnieniem dostępu do informacji wszystkim zainteresowanym podmiotom. Niewątpliwie wskazany katalog należy również uzupełnić o postulat dotyczący używanych w tekście sformułowań. Język aktu powinien być zwięzły i zrozumiały, aby nie rodzić zbędnych wątpliwości interpretacyjnych oraz by minimalizować różnice w tłumaczeniach na poszczególne języki urzędowe Unii Europejskiej.

Trzeba pamiętać, że działania konieczne do podniesienia jakości ustawodawstwa Unii Europejskiej nie ograniczają się do etapu projektowania aktu prawnego. W szczególności Komisja zobowiązana jest do dokonywania okresowego przeglądu obowiązujących aktów prawnych i podejmowania szeregu działań na rzecz spójności, efektywności i jakości prawodawstwa UE. Nie bez znaczenia jest tutaj ocena i akceptacja publiczna. W tym kontekście konieczne jest usuwanie aktów, które w szczególności okazały się nieaktualne, nadmiernie regulujące, niejasne lub ze sobą sprzeczne, dublujące się, nadmiernie obciążające, zarówno administracyjnie, jak i finansowo (w szczególności podmioty gospodarcze). Istotne znaczenie ma także przekształcanie i kodyfikacja obowiązujących – a wielokrotnie nowelizowanych. W konsekwencji uporządkowana regulacja jest bardziej czytelna, co skutkuje osiągnięciem celu jej prawidłowego i efektywnego stosowania.

Zważywszy na fakt, iż w niektórych dziedzinach (zwłaszcza gospodarczych) dominująca liczba regulacji prawnych obowiązujących w państwach członkowskich na swoje źródła na poziomie Unii Europejskiej – wszelkie działania na rzecz uproszczenia i poprawy jakości tych regulacji mają ogromne znaczenie praktyczne.

Elżbieta Feret

Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Prawa i Administracji

Wpływ zmian przepisów Ustawy o finansach publicznych i ich wpływ na sytuację pracowników byłych jednostek sektora finansów publicznych

Effect of changes of provisions of the public finance law
and their influence on the situation of employees of
former individuals of the sector of the public finance

Streszczenie

Potrzeby ludzkie związane są przede wszystkim z zagwarantowanymi przez Konstytucję każdego państwa prawami do wolności, zachowania zdrowia, wypoczynku, korzystania z kultury, ale przede wszystkim z pracą. Dzięki niej bowiem każdy człowiek nie tylko uzyskuje konieczne środki do życia, lecz także ma poczucie własnej wartości i potrzeby istnienia, funkcjonowania w społeczeństwie, integrowania się z nim, wreszcie tworzenia pewnej całości. Stąd tak istotne jest zapewnienie bezpieczeństwa wszystkim obywatelom w dostępie do pracy, a przede wszystkim ustanowienie pewnej gwarancji nietykalności ich miejsc pracy. W pierwszej kolejności gwarancje te winny dotyczyć pracowników sektora finansów publicznych, którzy realizują zadania publiczne.

Obowiązujące od 1 stycznia 2010 r. przepisy Ustawy o finansach publicznych naruszyły jednak te gwarancje, wprowadzając nowe, likwidując, ograniczając lub dopuszczając do przekształcenia już istniejące formy organizacyjno-prawne sektora finansów publicznych, co w konsekwencji doprowadziło w pewnym stopniu do niepewności w kwestii zaspokojenia ludzkich potrzeb.

W celu przybliżenia tej problematyki opracowanie znajdzie swoje odzwierciedlenie w obowiązujących regulacjach prawnych, a także orzecznictwie sądowym oraz literaturze przedmiotu. Nie będzie ono pozbawione przemyśleń autorki. Powinno stanowić podstawę do prowadzenia dalszych rozważań na ten temat, zarówno pozytywnych – zgodnych z subiektywnymi wnioskami, jak negatywnych – krytycznych uwag na ten temat.

Abstract:

Human needs are connected above all with liberties of the subject guaranteed by the Constitution of every state, of preservation of health, rest, using from the culture but above all with work. Thanks to her because every man is obtaining not only a necessary livelihood, but also a self-esteem and needs of existing, but also functioning in the society, integrating with it, finally creating the certain integrity have. From here so tremendously it is essential safety assurance for all citizens in the access to work

but above all establishing the sure guarantee of the inviolability of their places of employment. First these guarantees should concern employees of the sector of the public finance which are performing public tasks.

From 1 January 2010 public finance laws violated the provisions however enforcing these warranties new, eliminating, limiting or allowing for transforming already organizational-legal existing forms of the sector of the public finance what in consequence took people to the certain degree of uncertainty of satisfying the needs.

In the destination of moving these issues closer, the study will find its reflection in regulations being in force, as well as the judicature and the literature on the subject. It won't be deprived of own reflections of the Author. It should constitute the base for keeping further dissertations to this subject both positive – in accordance with subjective conclusions, like negative – with criticisms to this subject.

Słowa kluczowe: *sektor finansów publicznych, formy organizacyjno-prawne sektora finansów publicznych, jednostka budżetowa, samorządowy zakład budżetowy, agencja wykonawcza, instytucja gospodarki budżetowej.*

Keywords: *sector of the public finance, organizational-legal forms of the sector of the public finance, budgetary authority, self-government budget unit, executive agency, institution of the budget economy.*

Zgodnie z przyjętym tematem przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu będzie określenie zmian wymuszonych nowymi unormowaniami wynikającymi z obowiązującej Ustawy o finansach publicznych, a dotyczącymi bezpośrednio osób pracujących w sektorze finansów publicznych. Przyjęty temat jak najbardziej wpisuje się w problematykę konferencji poświęconej potrzebom (w domyśle ludzkim) jako współczesnemu determinantowi treści praw człowieka.

Potrzeby ludzkie są związane przede wszystkim z zagwarantowanymi przez Konstytucję każdego państwa prawami do wolności, zachowania zdrowia, wypoczynku, korzystania z kultury, ale przede wszystkim z pracą. Dzięki niej bowiem każdy człowiek nie tylko uzyskuje konieczne środki do życia, lecz także ma poczucie własnej wartości i potrzeby istnienia oraz funkcjonowania w społeczeństwie, integrowania się z nim, wreszcie

tworzenia pewnej całości. Stąd tak istotne jest zapewnienie bezpieczeństwa wszystkim obywatelom w dostępie do pracy, a przede wszystkim ustanowienie pewnej gwarancji nietykalności ich miejsc pracy.

W pierwszej kolejności gwarancje te winny dotyczyć pracowników sektora finansów publicznych, którzy realizują zadania publiczne. Obowiązujące od 1 stycznia 2010 r. przepisy Ustawy o finansach publicznych naruszyły jednak te gwarancje, wprowadzając nowe, likwidując, ograniczając lub dopuszczając do przekształcenia już istniejące formy organizacyjno-prawne sektora finansów publicznych, co w konsekwencji doprowadziło w pewnym stopniu do niepewności w kwestii zaspokojenia ludzkich potrzeb.

W celu przybliżenia tej problematyki opracowanie znajdzie odzwierciedlenie w obowiązujących regulacjach prawnych, a także orzecznictwie sądowym oraz literaturze przedmiotu. Nie będzie ono pozbawione przemyśleń autorki. Powinno stanowić podstawę do prowadzenia dalszych rozważań na ten temat zarówno pozytywnych – zgodnych z subiektywnymi wnioskami, jak i negatywnych – krytycznych uwag na ten temat.

Formy działania jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych

W celu realizacji zadań publicznych zarówno państwowych, jak i samorządowych ustawodawca zarówno w regulacjach poprzednich ustaw o finansach publicznych¹, jak i poprzednich z zakresu prawa budżetowego² przewidywał pewne formy zatrudniania pracowników, w postaci których miały być wykonywane te zadania.

Przepisy obowiązującej Ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³ zerwały zarówno z dychotomicznym, jak i trójpodziałem sektora

1 Mowa o Ustawie z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, tekst jedn. DzU z 2003 r. nr 15, poz. 148 ze zm. oraz z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, DzU nr 249, poz. 2104 ze zm.

2 Mowa o ustawach: z 1 lipca 1958 r. o prawie budżetowym, DzU nr 45, poz. 221 ze zm.; z 27 listopada 1970 r. Prawo budżetowe, DzU nr 29, poz. 244; z 3 grudnia 1984 r. *Prawo budżetowe*, DzU nr 56, poz. 284; z 5 stycznia 1991 r. Prawo budżetowe, DzU nr 4, poz. 18 ze zm.

3 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 1870 ze zm.

finansów publicznych, które funkcjonowały pod rządami poprzednich ustaw⁴, wprowadzając art. 9. jednolitą definicję finansów publicznych.

4 Wprowadzały go odpowiednio poprzednio obowiązujące regulacje prawne. Normodawca w art. 5. pierwszej ww. Ustawy z 1998 r. o finansach publicznych wskazał, że do sektora finansów publicznych zalicza się: organy władzy publicznej i podległe im jednostki organizacyjne, państwowe osoby prawne oraz państwowe jednostki organizacyjne nieobjęte Krajowym Rejestrem Sądowym, których działalność jest finansowana ze środków publicznych w całości lub części, z wyjątkiem przedsiębiorstw państwowych, banków państwowych, spółek prawa handlowego. Mocą art. 4. wyróżnił przy tym dwie grupy podmiotów. W pierwszej kolejności, co oczywiste, jednostki sektora finansów publicznych; w drugiej zaś inne podmioty, dysponujące środkami publicznymi lub je wykorzystujące. Wymienione jednostki sektora finansów publicznych ustawodawca podzielił, na dwa sektory: rządowy i samorządowy; uznając za zbędne doprecyzowanie pojęcia sektora rządowego ze względu na ww. definicję sektora finansów publicznych, która przybliżała ten sektor, a definiując jedynie sektor samorządowy obejmujący jednostki samorządu terytorialnego i ich organy oraz podległe tym organom jednostki organizacyjne. Analogicznie w stosunku do przedstawionych regulacji ustawy z 1998 roku kolejna wyżej powołana ustawa z 2005 r. o finansach publicznych regulowała się określeniem sektora finansów publicznych. Zgodnie jednak z treścią art. 4. powołanej ustawy sektor ten tworzyły: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały; gminy, powiaty i samorząd województwa, zwane dalej „jednostkami samorządu terytorialnego” oraz ich związki; jednostki budżetowe; zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych; państwowe i samorządowe fundusze celowe; państwowe szkoły wyższe; jednostki badawczo-rozwojowe; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; państwowe i samorządowe instytucje kultury; Zakład Ubezpieczeń Społecznych oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i zarządzane przez nie fundusze; Narodowy Fundusz Zdrowia; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego. Tak rozumiany sektor finansów publicznych został podzielony na trzy podsektory: rządowy, samorządowy i ubezpieczeń społecznych. Sektor rządowy obejmował: organy władzy publicznej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, organy administracji rządowej; Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; jednostki budżetowe; zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych; państwowe fundusze celowe; państwowe szkoły wyższe; jednostki badawczo-rozwojowe; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; państwowe instytucje kultury; Narodowy Fundusz Zdrowia; inne państwowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw, dla których organem założycielskim lub nadzorującym był organ administracji rządowej i inne jednostki zaliczane do podsektora rządowego. Z kolei podsektor samorządowy został zdefiniowany jako ten obejmujący jednostki samorządu terytorialnego, ich organy oraz związki; jednostki budżetowe; zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych; samorządowe fundusze celowe; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; samorządowe instytucje kultury, dla których organem założycielskim lub nadzorującym była jednostka samorządu terytorialnego; podczas gdy podsektor ubezpieczeń społecznych, za art. 4. ust.2 pkt 3 ustawy, tworzył Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i zarządzane przez nie fundusze.

Zgodnie z przyjętymi unormowaniami tworzą go obecnie: 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; 2a) związki metropolitalne⁵; 3) jednostki budżetowe; 4) samorządowe zakłady budżetowe; 5) agencje wykonawcze; 6) instytucje gospodarki budżetowej; 7) państwowe fundusze celowe; 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze utworzone mocą regulacji wynikających z Ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego tworzone przez przepisy Ustawy z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników⁶; 9) Narodowy Fundusz Zdrowia utworzony mocą Ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁷; 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, których funkcjonowanie przewiduje Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁸; 11) uczelnie publiczne tworzone na podstawie regulacji ustawy z 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym⁹; 12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne działające na podstawie regulacji wynikających z Ustawy z 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk¹⁰; 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury, działające na podstawie Ustawy z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej¹¹; 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

5 Wprowadzone mocą Ustawy z 9 października 2015 r. o związkach metropolitalnych, DzU poz. 1890, obecnie zastąpiona Ustawą z 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim, DzU poz. 730. Por. szerzej na ten temat m.in.: M. Lackowska, *Dlaczego w Polsce potrzebna jest ustawa metropolitalna? Ograniczenia dobrowolnej współpracy samorządów w obszarach metropolitalnych*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 3, s. 5. i n.

6 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 277. ze zm.

7 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 1793. ze zm.

8 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 1638. ze zm.

9 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 1842. ze zm.

10 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 572. ze zm.

11 Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 1020. ze zm.

Wyliczone organy i jednostki należą do szczególnej grupy podmiotów – tych realizujących zadania publiczne, co należy wywodzić z pkt 14. powołanego wyżej art. 9. Ustawy o finansach publicznych. Z jego treści wynika bowiem możliwość działania w ramach sektora finansów publicznych także innych państwowych lub samorządowych osób prawnych, które mogą być tworzone na podstawie odrębnych ustaw, ale co warte podkreślenia, w celu wykonywania zadań publicznych, nazwanych przez Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej¹² (dalej nazywanej także Konstytucją RP) też celami publicznymi¹³.

Podmioty stanowiące sektor finansów publicznych, w tym pracownicy w nich zatrudnieni, powinni mieć zapewniony stały dostęp do środków finansowych, umożliwiający realizację zadań publicznych. Permanentny dopływ środków pieniężnych koniecznych do ich realizacji ma zapewnić corocznie uchwalany budżet państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Te roczne, państwowe plany finansowe pozwalają gromadzić (na zasadach określonych przepisami odpowiednio Ustawy o finansach publicznych), za art. 111., podatkowe i niepodatkowe dochody pochodzące m.in. z: podatków i opłat, ceł; wpłat z zysku przedsiębiorstw państwowych oraz jednoosobowych spółek Skarbu Państwa; wpłat z tytułu dywidendy; wpłat z zysku Narodowego Banku Polskiego; wpłat nadwyżek środków finansowych agencji wykonawczych. Podobnie jak w przypadku budżetów samorządowych, które na mocy Konstytucji RP i Ustawy z 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego¹⁴ przewidują pozyskiwanie obligatoryjnych środków finansowych w ramach dochodów własnych, subwencji ogólnych i dotacji celowych oraz fakultatywnych pochodzących ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi; z budżetu Unii Europejskiej; innych środków określonych w odrębnych przepisach.

Finansowanie działalności omawianych podmiotów sektora finansów publicznych w celu realizacji zadań publicznych odbywa się, co do zasady, przy wykorzystaniu środków pochodzących w całości z budżetu państwa

12 Ustawa z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

13 Zgodnie z treścią art. 216. ust.1 Konstytucji RP „Środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie”.

14 Tekst jedn. Dz.U z 2016 r., poz. 198. ze zm.

lub budżetu jednostki samorządu terytorialnego w postaci finansowania (budżetowania) – brutto, nazywanego także bezpośrednim. Jednakże z uwagi na niewystarczającą ilość środków finansowych ustawodawca, wzorem poprzednio obowiązujących ustaw, także z zakresu prawa, dopuścił możliwość realizowania zadań publicznych jedynie poprzez dofinansowywanie działalności podmiotów sektora finansów publicznych, w ramach metody budżetowania netto, nazywanej także pośrednią.

W zależności od tego, która z metod, brutto czy netto, jest wykorzystywana do finansowania/dofinansowywania działalności jednostki sektora finansów publicznych, przybierają jedną z następujących form organizacyjno-prawnych: jednostki budżetowej (państwowej lub samorządowej); samorządowego zakładu budżetowego; agencji wykonawczej; instytucji gospodarki budżetowej; państwowego funduszu celowego; państwowej lub samorządowej osoby prawnej.

Metoda budżetowania brutto i netto a działalność pracowników zatrudnionych w jednostkach budżetowych i samorządowych zakładach budżetowych

Za najbardziej komfortowe z punktu widzenia pracowników sektora finansów publicznych należy uznać świadczenie pracy w ramach państwowych lub samorządowych jednostek budżetowych. Na gruncie poprzednich i obowiązujących unormowań za zasadniczą należy uznać metodę budżetowania brutto, która pozwala finansować działalność organów władzy publicznej, w tym organów administracji rządowej, organów kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądów i trybunałów, a także jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków. Na gruncie obowiązujących przepisów prawa funkcjonowanie gminnych jednostek budżetowych zostało przesądzone tymi regulacjami Ustawy o samorządzie gminnym, które przewidują, że „w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, ...”¹⁵. Wśród tych jednostek organizacyjnych należy przede

15 Za art. 9. ust.1 Ustawy z 8 marca 1990 r., tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 446. ze zm.

wszystkim wskazać, za ustawodawcą działanie urzędu gminy, za pośrednictwem którego działa, wójt (burmistrz, prezydent miasta)¹⁶. Inne jednostki organizacyjne mogą przyjmować zróżnicowane nazwy w zależności od realizowanych przez nie zadań. Takimi jednostkami organizacyjnymi są m.in. straże gminne. Ich działanie jest bowiem związane ze środkami finansowymi zawartymi w budżecie podstawowej jednostki samorządu terytorialnego¹⁷. Działają one jako jedna z jednostek organizacyjnych gminy¹⁸, co potwierdza także treść art. 9. ust.1 Ustawy o samorządzie gminnym, przewidującej możliwość tworzenia przez gminy jednostek organizacyjnych. Przy tym, co warte zaznaczenia, jedynie Ustawa o samorządzie powiatowym przewiduje ich działanie, nazywając je wprost powiatowymi jednostkami budżetowymi¹⁹.

Działanie w formie jednostki budżetowej oznacza, że jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych nie posiada osobowości prawnej, zaś swoje wydatki pokrywa bezpośrednio z budżetu państwa lub budżetu jednostki samorządu terytorialnego, a pobrane dochody odprowadza odpowiednio na rachunek budżetu państwa lub budżetu jednostki

16 Za art. 33. ust. 1 Ustawy o samorządzie gminnym.

17 Zgodnie z art. 5. Ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych, tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 706. Jak oceniają autorzy literatury przedmiotu przepis ten ma charakter formalno-informacyjny, wprowadzając go bowiem, ustawodawca zobowiązał rady gmin do pokrywania kosztów związanych z funkcjonowaniem straży gminnej (miejskiej), eliminując możliwość finansowania tej jednostki z innych źródeł. Szerzej zob. W. Kotowski, *Komentarz do art. 5 ustawy o strażach gminnych, Straże gminne. Komentarz*, Wyd. 2., Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

18 Za art. 6. ust.1 ww. ustawy.

19 Zob. treść art. 33. ust. 3 Ustawy z 5 czerwca 1998 r., tekst jedn. DzU z 2016, poz. 814. ze zm. Przyjmują one postać starostwa powiatowego oraz jednostek organizacyjnych powiatu, w tym powiatowego urzędu pracy. Ponadto na mocy art. 33a tej ustawy „Kierownicy powiatowych służb, inspekcji i straży wykonują określone w ustawach zadania i kompetencje przy pomocy jednostek organizacyjnych – komend i inspektoratów”. Jednak w stosunku do tych jednostek ustawodawca nie pozostawia wątpliwości, przyjmując, że z wyjątkiem jednostek organizacyjnych Policji są powiatowymi jednostkami budżetowymi. W przypadku jednostek organizacyjnych województwa art. 8. ust.1 Ustawy o samorządzie województwa przesądził o tym, że „W celu wykonywania zadań województwo tworzy wojewódzkie samorządowe jednostki organizacyjne”. Za art. 3. w zw. z art. 45. tej ustawy „Administracja samorządowa w województwie jest zespolona w jednym urzędzie i pod jednym zwierzchnikiem”, na mocy regulacji Ustawy z 5 czerwca 1998 r., tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 486.

samorządu terytorialnego²⁰. Działa zatem, w imieniu i na rzecz odpowiednio Skarbu Państwa lub jednostki samorządowej, które ponoszą odpowiedzialność za realizację państwowych lub samorządowych zadań publicznych²¹. W wyniku takiej działalności pracownicy tzw. budżetówki mają, dzięki uchwalonemu budżetowi państwa czy jednostki samorządu terytorialnego stały dostęp do informacji odnośnie do środków finansowych, które pozyskają z tytułu wykonywanej pracy²².

Nową formę działania gminy na podstawie metody budżetowania brutto stanowią jednostki obsługujące. Takie jednostki mogą tworzyć również powiat oraz samorząd województwa w celu zapewnienia wspólnej obsługi, w szczególności administracyjnej, finansowej i organizacyjnej: jednostkom organizacyjnym jednostek samorządu terytorialnego zaliczanym do sektora finansów publicznych, samorządowym instytucjom kultury, innym zaliczanym do sektora finansów publicznych samorządowym osobom prawnym utworzonym na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego – zwanych „jednostkami obsługiwanymi”.

Wspólną obsługę mogą prowadzić zatem urząd gminy, starostwo powiatowe, urząd marszałkowski, inna jednostka organizacyjna gminy, powiatu i samorządu województwa, jednostka organizacyjna związków gmin i powiatów, zwane jednostkami obsługującymi. Organ stanowiący

20 Oznacza to, że dochody i wydatki tej jednostki mieszczą się w całości w budżecie (por. wyrok WSA z 13 listopada 1997 r., sygn. akt I SA/Po 889/97, „Wspólnota” 1998, nr 23, s. 26.

21 E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Wydawnictwo Lexis-Nexis, Warszawa 2004, s. 109; Z. Ofiarski, *Prawo finansowe*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 44–45.

22 Ponadto warto wspomnieć, że w przypadku jednostek oświatowych ustawodawca przewidział dodatkowy sposób finansowania w ramach państwowych oraz samorządowych jednostek budżetowych, dla których organem prowadzącym są organy administracji państwowej lub organy stanowiące, prowadzące działalność określoną w ustawie z 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (DzU z 2017 r., poz. 59.), choć nie mają one znaczenia dla prowadzonych rozważań, gdyż środki finansowe gromadzone na tych rachunkach nie mogą być wydatkowane na finansowanie wynagrodzeń osobowych Szerzej zob. treść art. 11. ust. 4 oraz art. 223. ust.1 pkt 3 Ustawy o finansach publicznych.

w odniesieniu do jednostek obsługiwanych określa uchwały, w szczególności: jednostki obsługujące; jednostki obsługiwane; zakres obowiązków powierzonych jednostkom obsługującym w ramach wspólnej obsługi²³, przy czym zakres wspólnej obsługi nie może obejmować kompetencji kierowników jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych do dysponowania środkami publicznymi oraz zaciągania zobowiązań, a także sporządzania i zatwierdzania planu finansowego oraz przeniesień wydatków w tym planie.

W tym zakresie od 1 stycznia 2016 r. jednostki samorządu terytorialnego, w tym gminy, mogą tworzyć centra usług wspólnych (CUW). Wcześniej podobne centra – nazywane Zespołami Ekonomiczno-Administracyjnymi Szkół (ZEAS) – samorządy mogły prowadzić jedynie w celu wspólnej obsługi jednostek edukacyjnych, placówek wsparcia dziennego i oświatowo-wychowawczych. Co istotne, ZEAS przestaną funkcjonować po 31 grudnia 2016 r. – po tej dacie konieczne jest zatem ich przekształcenie w CUW.

W tym miejscu warto wspomnieć o jeszcze jednej możliwości podejmowania działań przez gminę na podstawie metody budżetowania brutto. Za art. 5b ust. 1 Ustawy o samorządzie gminnym gmina podejmuje działania na rzecz wspierania i upowszechniania idei samorządowej wśród mieszkańców gminy, zwłaszcza wśród młodzieży. Stąd też rada gminy na wniosek zainteresowanych środowisk może wyrazić zgodę na utworzenie młodzieżowej rady gminy mającej charakter konsultacyjny. Przy tym powołując tego typu młodzieżową radę gminy, nadaje jej statut określający tryb wyboru jej członków i zasady działania.

Ponadto gmina ma ustawowy obowiązek sprzyjać solidarności międzypokoleniowej oraz tworzyć warunki do pobudzania aktywności obywatelskiej osób starszych w społeczności lokalnej. Rada gminy, z własnej inicjatywy lub na wniosek zainteresowanych środowisk, może utworzyć gminną radę seniorów. Gminna rada seniorów ma charakter konsultacyjny, doradczy i inicjatywny. Gminna rada seniorów składa się z przedstawicieli osób starszych oraz przedstawicieli podmiotów działających na rzecz osób starszych, w szczególności przedstawicieli organizacji pozarządowych oraz podmiotów prowadzących uniwersytety trzeciego wieku. Rada

23 Odpowiednio za art. 10a–10d Ustawy o samorządzie gminnym, art. 6a–6d Ustawy o samorządzie powiatowym, art. 8c–8f Ustawy o samorządzie województwa.

gminy, powołując gminną radę seniorów, nadaje jej statut określający tryb wyboru jej członków i zasady działania, dążąc do wykorzystania potencjału działających organizacji osób starszych oraz podmiotów działających na rzecz osób starszych, a także zapewnienia sprawnego sposobu wyboru członków gminnej rady seniorów. Rada gminy może w statucie jednostki pomocniczej upoważnić ją do utworzenia rady seniorów jednostki pomocniczej²⁴.

Alternatywną formą organizacyjno-prawną, pod postacią której podmioty mogą być zatrudnianie w ramach sektora finansów publicznych, są, zgodnie z art. 14–17 Ustawy o finansach publicznych, samorządowe zakłady budżetowe. Należą one do tych form organizacyjno-prawnych sektora finansów publicznych, których związek finansowy z budżetem jest odmienny²⁵ w stosunku do samorządowych jednostek budżetowych. W miejsce bezpośredniego powiązania wydatków budżetowych z realizacją określonych zadań publicznych następuje przesunięcie zadań i środków na rzecz samorządowych zakładów budżetowych, co w literaturze przedmiotu określa się mianem debudżetyzacji²⁶.

Forma samorządowego zakładu budżetowego, choć funkcjonuje na podwalinach ustrojowo-organizacyjnych wprowadzonych poprzednimi unormowaniami budżetowymi, w nowym kształcie działa od 1 stycznia 2011 r. na podstawie art. 97a ustawy z 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych²⁷. Nowymi regulacjami przewidziane zostały przede wszystkim dwie kluczowe zmiany w stosunku do poprzednich zasad funkcjonowania tych form organizacyjno-prawnych. Pierwszą należy wiązać z możliwością jej wykorzystywania do realizacji zadań publicznych wyłącznie przez jednostki samorządu terytorialnego²⁸, drugą – z ograniczonym zakresem przedmiotowym wykorzystywania tej formy.

24 Za art. 5c Ustawy o samorządzie gminnym.

25 Mowa o gospodarce pozabudżetowej (parabudżetowej, okołobudżetowej). Tak P. Panfil, *Prawo budżetowe* [w:] *Podstawy finansów i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 337.

26 J. Stankiewicz, *Debudżetyzacja finansów państwa*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2007, s. 26.

27 DzU nr 157, poz. 1241.

28 R. Drozdowski, M. Józwiak, U. Wiktorowska, P. Walczak, *Nowa ustawa o finansach publicznych. Poradnik dla samorządów*, Wydawnictwo Municipium, Warszawa 2009, s. 46.

Jako uzasadnienie wprowadzonych zmian wskazywano na to, że w 2007 r. funkcjonowało 67 państwowych zakładów budżetowych oraz ok. 2 tys. samorządowych zakładów budżetowych, przy czym zatrudniały one 85 tys. osób w państwowych i ok. 82 tys. w samorządowych zakładach budżetowych²⁹. Wskazanie tych wartości miało przekonać o efektywniejszym działaniu na szczeblu samorządowym niż państwowym.

Zgodnie z art. 16. ust.1 Ustawy o finansach publicznych organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego ma prawo podjąć decyzję w sprawie utworzenia samorządowego zakładu budżetowego tylko wówczas, gdy chodzi o realizację jednego z dziesięciu ustawowo określonych zadań związanych, w szczególności z: prowadzeniem gospodarki mieszkaniowej, zaopatrzeniem w wodę, utrzymaniem czystości, zaopatrzeniem w energię elektryczną, lokalnym transportem (pełny katalog zadań zawiera art. 14. ww. ustawy). Zadania te należy traktować, według autorów literatury przedmiotu, jako ściśle określone zadania własne jednostek samorządu terytorialnego³⁰.

Samorządowy zakład budżetowy niewyposażony w osobowość prawną, ale działający jako wyodrębniony rachunek bankowy³¹ odpłatnie wykonuje ustawowo określone zadania własne, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych³². Takie działanie sprzyja podejmowaniu przez jednostki samorządu terytorialnego decyzji o realizacji zadań w formie samorządowych zakładów budżetowych zwłaszcza w tych dziedzinach, w których przychody z prowadzonej działalności pokrywają w dużym stopniu koszty tej działalności. Równocześnie nie mogą być one maksymalizowane, lecz uzupełniane dotacjami z budżetu samorządowego, ze względów społecznej przydatności, tak jak ma to miejsce np. w przypadku lokalnego transportu zbiorowego³³.

29 Z uzasadnienia do Ustawy o finansach publicznych, http://www.nettax.pl/serwis/nowosci/Projekty/080929_01uz.pdf

30 P. Panfil, *op. cit.*, s. 338.

31 Na co wskazuje § 35 ust.1 rozporządzenia Ministra Finansów z 7 grudnia 2010 roku w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych, tekst jedn. Dz. U. z 2015r., poz. 1542.

32 C. Grzybowski, *Jednostki sektora finansów publicznych*, „Rzeczpospolita” 1999, Nr 18, s. 19.

33 Wyrok NSA z 22 grudnia 2010 r., sygn. akt II GSK 1091/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7B3D8901FB> z głosem P. Zaborniaka, „Samorząd Terytorialny” 2012, nr 4, s. 83–87.

Metoda budżetowania netto a realizacja potrzeb w zakresie zatrudnienia

Obok wskazanych wyżej form organizacyjno-prawnych sektora finansów publicznych należy wymienić także te wyposażone w osobowość prawną, których cechą charakterystyczną jest, jak w przypadku samorządowych zakładów budżetowych, odpłatne wykonywanie zadań i pokrywanie kosztów swojej działalności uzyskanymi przychodami z możliwością pozyskania środków finansowych z budżetu państwa w ramach dofinansowania oraz koniecznością wpłaty do niego ewentualnie „wypracowanej nadwyżki”.

Z definicji sektora finansów publicznych wynika, że mowa tu o podmiotach sektora finansów publicznych działających na podstawie art. 18–22 Ustawy o finansach publicznych, w formie agencji wykonawczej, takich jak m.in.: Agencja Nieruchomości Rolnych (dalej nazywana ANR); Agencja Rynku Rolnego (dalej nazywana ARR); Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej nazywana ARiMR); Agencja Mienia Wojskowego (dalej nazywana AMW). Agencja wykonawcza, w odróżnieniu od samorządowego zakładu budżetowego, to państwowa osoba prawna tworzona na podstawie odrębnych ustaw w celu realizacji zadań państwa. Ich liczba corocznie określana jest w ustawie budżetowej³⁴.

Zasady działania agencji wykonawczej określają ustawa powołująca ją do życia oraz statut. Agencja wykonawcza prowadzi gospodarkę finansową na zasadach określonych w ustawie tworzącej i w Ustawie o finansach publicznych. Podstawą prowadzenia przez nią gospodarki finansowej jest roczny plan finansowy, obejmujący: 1) przychody z prowadzonej działalności; 2) dotacje z budżetu państwa; 3) zestawienie kosztów, 4) wynik finansowy; 5) środki na wydatki majątkowe; 6) środki przyznane innym podmiotom; 7) stan należności i zobowiązań na początek i koniec roku, 8) stan środków pieniężnych na początek i koniec roku. Podstawą prowadzonej przez nią gospodarki jest roczny plan finansowy, obejmujący: 1) przychody z prowadzonej działalności; 2) dotacje z budżetu państwa; 3) zestawienie kosztów; 4) środki na wydatki majątkowe; 5) wynik finansowy; 6) stan należności

34 Na podstawie art. 30 ustawy budżetowej z 16 grudnia 2016 r. (DzU z 2017 r., poz. 108.) działu 10 Agencji.

i zobowiązań na początek i koniec roku; 7) stan środków pieniężnych na początek i koniec roku³⁵.

Nowym tworem łączącym działania, czyli pracowników Agencji Nieruchomości Rolnych oraz Agencji Rynku Rolnego,³⁶ będzie Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa. Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa przejmie zadania do tej pory realizowane przez ANR i ARR, z wyłączeniem zadań płatniczych, które otrzyma ARiMR, stając się jedyną rolniczą agencją płatniczą. W założeniu Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa będzie: powiernikiem Skarbu Państwa względem Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa w miejsce ANR i będzie realizował zadania dotyczące tego zasobu na dotychczasowych zasadach określonych w przepisach o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, realizował zadania dotyczące kształtowania ustroju rolnego, realizował część zadań ARR oraz nowe zadania powierzone ustawą, prowadzić politykę rolną, w szczególności politykę rozwoju na obszarach wiejskich z elementami programowania i zadaniami wynikającymi z paktu dla obszarów wiejskich, koordynował zadania w zakresie marketingu rolniczego, budowy systemu wsparcia dla odnawialnych źródeł energii (OZE), integrowania i wzmocnienia systemu nadzoru właścicielskiego nad spółkami o szczególnym znaczeniu dla gospodarki Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa będzie państwową osobą prawną i będzie mieć status agencji wykonawczej. *„Do 1 września br. musimy uporządkować najważniejsze sprawy. Pierwszą z nich jest zasób ludzki. Dzisiaj w dwóch agencjach: Agencji Rynku Rolnego i Agencji Nieruchomości Rolnej pracuje 3 tys. ludzi. W Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, która będzie pełniła tylko funkcję płatniczą, będzie 11 302*

35 Połączenie dwóch rolniczych agencji Krzysztof Jurgiel zapowiadał od początku, kiedy został ministrem rolnictwa. Wcześniej twór, który ma zastąpić Agencję Rynku Rolnego oraz Agencję Nieruchomości Rolnych, miał nosić nazwę Agencji Rozwoju Obszarów Wiejskich. Projekt prezentowany dziś na Radzie Ministrów zmienia wcześniejszy pomysł na Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa.

36 Zdaniem ministerstwa obecna struktura instytucjonalnego wsparcia rolnictwa i obszarów wiejskich, oparta w szczególności na działalności ARiMR, ARR i ANR, „nie zapewnia efektywnej realizacji koncepcji wielofunkcyjnego rozwoju obszarów wiejskich w Polsce”. <https://www.agrofakt.pl/krajowy-osrodek-wsparcia-rolnictwa-od-wrzesnia/> Dostęp 3 listopada 2017 r.

*pracowników. Ta instytucja dostanie od ARR 322 etaty, za którymi pójdą ludzie, którzy przejdą do ARiMR i dalej będą wykonywać zadania związane z płatnościami*³⁷. Ustawa ma wejść w życie 1 lipca 2017 r., z wyjątkiem części przepisów, które mają obowiązywać z dniem następującym po dacie ogłoszenia w Dzienniku Ustaw, podaje Kancelaria Premiera³⁸.

W celu zdefiniowania i wyjaśnienia kolejnej istniejącej obecnie formy organizacyjno-prawnej – instytucji gospodarki budżetowej, warto nawiązać do istniejących poprzednio gospodarstw pomocniczych jednostek budżetowych. Gospodarstwo pomocnicze było to wyodrębnione z jednostki budżetowej, pod względem organizacyjnym i finansowym, część jej działalności podstawowej lub działalność uboczna. Tworzone było przez kierowników jednostek budżetowych po otrzymaniu zgody od organu, który utworzył daną jednostkę budżetową. Prowadziło działalność na podstawie rocznego planu finansowego obejmującego: przychody własne, dotacje z budżetu jednostki budżetowej, wydatki będące kosztami, rozliczenie z budżetem (stan należności i zobowiązań na początek i na koniec okresu rozliczeniowego). Koszty działalności pokrywało z uzyskanych przychodów własnych (założenie). W 2007 r. funkcjonowało 407 gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych oraz 637 gospodarstw pomocniczych samorządowych jednostek budżetowych. Zatrudniały one łącznie ok. 17,5 tys. osób (ok. 11,5 tys. w jednostkach państwowych i ok. 6 tys. w jednostkach samorządowych)³⁹. Gospodarstwa pomocnicze zostały zlikwidowane do 31 grudnia 2010.

Należy przyjąć, biorąc pod uwagę sposób powoływania, że w ich miejsce zostały powołane instytucje gospodarki budżetowej. Instytucja gospodarki budżetowej działa na podstawie statutu nadanego przez organ wykonujący funkcje organu założycielskiego, zaś organizację wewnętrzną instytucji gospodarki budżetowej określa regulamin organizacyjny

37 **Zapowiada minister Zbigniew Babalski**, <https://www.agrofakt.pl/krajowy-osrodek-wsparcia-rolnictwa-od-wrzesnia/> Dostęp 3 listopada 2017 r.

38 Obowiązują już przepisy Ustawy z 10 lutego 2017 r. Przepisy wprowadzające Ustawę o Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa, DzU poz. 624.; Prezydent podpisał Ustawę z 10 lutego 2017 r. o Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa, DzU poz. 623.

39 Z uzasadnienia do Ustawy o finansach publicznych, http://www.nettax.pl/serwis/nowo-sci/Projekty/080929_01uz.pdf Dostęp 3 listopada 2017 r.

nadawany przez dyrektora instytucji gospodarki budżetowej, powoływane go i odwoływane przez organ pełniący funkcje organu założycielskiego.

Ustawodawca dopuszcza bowiem trzy rodzaje tworzenia ww. instytucji. Pierwszy powołujący ją wolą organu założycielskiego, co ma miejsce przykładowo w przypadku powołania Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP⁴⁰. Drugi dotyczy likwidacji państwowego zakładu budżetowego i utworzenia instytucji gospodarki budżetowej, jak w przypadku Centralnego Ośrodka Sportu (COS), który stał się instytucją gospodarki budżetowej na podstawie zarządzenia Ministra Sportu i Turystyki z 2010 r.⁴¹. Powstał na bazie zlikwidowanego w tym samym roku, istniejącego od 1969 r. państwowego zakładu budżetowego o tej samej nazwie. COS realizuje zadania publiczne z zakresu kultury fizycznej, tworząc warunki organizacyjne, ekonomiczne i techniczne do szkolenia sportowego prowadzonego przez polskie związki.

Z kolei trzeci sposób należy wiązać z przekształceniem nieistniejących już gospodarstw pomocniczych, z tym że nawet kilka gospodarstw pomocniczych mogło się stać jedną instytucją budżetową⁴². W ten sposób powołano zarządzeniami Ministra Sprawiedliwości do życia m.in.: następujące instytucje gospodarki budżetowej: **Zachodnią Instytucję Gospodarki Budżetowej „Piaś”** w Wołowie, przy Zakładach Karnych w Wołowie, Kłodzku, Rawiczu i Areszcie Śledczym w Poznaniu. Planowane przychody to 39,5 mln zł. Na wynagrodzenia zaplanowano 10,74 mln zł przy 416 zatrudnionych (średniorocznie w przeliczeniu na pełne etaty); **Podlaską**

40 Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP realizuje zadania publiczne na rzecz Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej i Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie obsługi gospodarczej, techniczno-remontowej, usług wydawniczych i poligraficznych oraz obsługi recepcyjnej, transportowej, hotelarskiej, gastronomicznej, rekreacyjnej, gospodarki materiałowej i zaopatrzenia. Przychody i koszty Centrum w 2012 r. zaplanowano na 36,4 mln zł. Na wynagrodzenia: 19,8 mln zł. Przy średniej liczbie zatrudnionych: 280 osób.

41 Zarządzenie nr 32 Ministra Sportu i Turystyki z 13 grudnia 2010 r. w sprawie utworzenia instytucji gospodarki budżetowej pod nazwą „Centralny Ośrodek Sportu”, zmienione zarządzeniem nr 22 Ministra Sportu i Turystyki z 17 października 2011 r., zmienione zarządzeniem nr 1 Ministra Sportu i Turystyki z 8 stycznia 2014 r. zmieniające zarządzenie w sprawie utworzenia instytucji gospodarki budżetowej pod nazwą „Centralny Ośrodek Sportu”.

42 *Kilka gospodarstw pomocniczych będzie mogło być jedną instytucją budżetową*, „Gazeta Prawna” 16 listopada 2009.

Instytucję Gospodarki Budżetowej „Bielik” w Czerwonym Borze utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 2010 r. poprzez przekształcenie gospodarstw pomocniczych przy Zakładach Karnych w Czerwonym Borze, Białymstoku, Kamińsku oraz Areszcie Śledczym w Olsztynie. Planowane przychody to 31,22 mln zł. Na wynagrodzenia zaplanowano 9,8 mln zł przy 438 zatrudnionych; **Bałtycką Instytucję Gospodarki Budżetowej „Baltica”** w Gdańsku utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 2010 r. poprzez przekształcenie gospodarstw pomocniczych przy Zakładach Karnych w Potulicach i Włocławku oraz Aresztach Śledczych w Gdańsku i Bydgoszczy. Planowane przychody to 50 mln zł. Na wynagrodzenia zaplanowano 5,8 mln zł przy 277 zatrudnionych; **Pomorską Instytucję Gospodarki Budżetowej „Pomerania”** w Czarnem utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 2010 r. poprzez przekształcenie gospodarstw pomocniczych przy Zakładach Karnych w Czarnem i Goleniowie oraz Areszcie Śledczym w Koszalinie. Planowane przychody to 39,1 mln zł. Na wynagrodzenia zaplanowano 7,95 mln zł przy 288 zatrudnionych⁴³.

Podsumowanie

Jak wynika z przeprowadzonych rozważań, w których ze względu na ograniczenia techniczne pominięto możliwość zatrudniania się osób też w we wskazanych przez ustawodawcę innych państwowych i samorządowych osobach prawnych, a także państwowe fundusze celowe, gdyż te działają obecnie jako wyodrębnione rachunki bankowe, jako wnioski *de lege lata* należy przyjąć, że obowiązujące przepisy prawa nie tworzą specjalnej ochrony dla osób pracujących w jednostkach sektora finansów publicznych. Taką sytuację należy uznać za negatywną, bowiem osoby te mają prawo liczyć na szczególną ochronę z uwagi na wykonywaną przez nich pracę polegającą na realizacji zadań publicznych.

Zatrudnienie w jednostkach sektora finansów publicznych, całkowicie albo w znacznej mierze uzależnionych od środków budżetowych, powinno

43 Ich nazwy i liczbę określa wyżej powołana ustawa budżetowa na rok 2017.

tworzyć podstawę do stabilnego wykonywania przez nich powierzonych zadań. Tymczasem ciągłe zmiany form organizacyjno-prawnych wpływają niekorzystnie na ciągłość zatrudnienia pracujących tam osób. Stąd jako wniosek *de lege ferenda*, oczywiście należy postulować usystematyzowanie i ustabilizowanie działania tych form bez ich likwidacji, przekształcania czy ograniczania możliwości działania.

Bibliografia

- Chojna-Duch E., *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Wydawnictwo Lexis-Nexis, Warszawa 2004, s. 109;
- Drozdowski R., Józwiak M., Wiktorowska U., Walczak P., *Nowa ustawa o finansach publicznych. Poradnik dla samorządów*, Wydawnictwo Municipium, Warszawa 2009.
- Głosa P. Zaborniaka, „Samorząd Terytorialny” 2012, nr 4.
- Grzybowski C., *Jednostki sektora finansów publicznych*, „Rzeczpospolita” 1999, Nr 18, s. 19.
- Kotowski W., *Komentarz do art. 5 ustawy o strażach gminnych, Straże gminne. Komentarz*, Wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Lackowska M., *Dlaczego w Polsce potrzebna jest ustawa metropolitalna? Ograniczenia dobrowolnej współpracy samorządów w obszarach metropolitalnych*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 3.
- Ofiarski Z., *Prawo finansowe*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Panfil P., *Prawo budżetowe [w:] Podstawy finansów i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Stankiewicz J., *Debudżetyzacja finansów państwa*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2007.

dr hab. Teresa Gardocka

profesor SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie,
Wydział Prawa

dr Paweł Kowalski

adiunkt na Wydziale Prawa,
SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie

Genom ludzki jako dziedzictwo ludzkości

The human genome as the inheritance of humanity

Streszczenie

Zasadniczym przedmiotem rozważań jest ochrona genomu ludzkiego jako cechy właściwej całej ludzkości. Prawo – w szczególności konwencja biomedyczna – dopuszcza interwencje w genom (ograniczoną), mimo że może przenosić się ona na kolejne pokolenia. Istotą ochrony powinno być niedopuszczenie do tworzenia człowieka doskonałego. Prawo chroni różnorodność świata zwierzęcego i roślinnego – nie chroni obowiązku zachowania różnorodności homo sapiens. Zaniedbanie tworzenia mechanizmów ochronnych na wczesnym etapie interwencji w genom może stworzyć człowieka doskonałego. W dalszym etapie może to doprowadzić do tworzenia się w obrębie gatunku homo sapiens części doskonałej i niedoskonałej. Wydaje się, że nadszedł moment do tworzenia koncepcji prawnej ochrony różnorodności gatunku ludzkiego – analogia do ochrony dziedzictwa ludzkości w innych aspektach wydaje się dobrym punktem wyjścia tych rozważań.

Abstract

The essential consideration of this article is the protection of the human genome as a characteristic of all mankind. The law - in particular the biomedical convention - allows for interventions in the genome (limited), although it can transmit to the next generations. The essence of protection should be to prevent the creation of a perfect man. The law protects the diversity of the animal and plant world – it does not protect the homo sapiens diversity. Neglecting the creation of protective mechanisms at an early stage of interventions in the genome. Neglecting this can create a perfect man. At a later stage this can lead to the formation of a perfect and imperfect part within the homo sapiens species. It seems that the moment has come to create a legal concept for the protection of the diversity of the human species – analogy to the protection of human heritage in other aspects seems to be a good starting point for these considerations.

Słowa kluczowe: *genom, medycyna, dziedzictwo ludzkości, dziedzictwo kulturowe, inżynieria genetyczna*

Keywords: *genome, medicine, human heritage, cultural heritage, genetic engineering*

„Dziedzictwo ludzkości” jest pojęciem bardzo szerokim, do którego wciąż dopisywane są nowe elementy. Ze wzrostem liczby elementów, które mogą zostać do tej kategorii zaliczone, pojawia się trudność co do prawidłowej budowy definicji tego pojęcia, tak aby zawrzeć w nim wszystkie pożądane kategorie.

Najczęściej pojęcie „dziedzictwo ludzkości” jest kojarzone z „dziedzictwem kulturowym”, które zaczęło funkcjonować na międzynarodową skalę zaraz po II Wojnie Światowej, dzięki zabiegom UNESCO, ale szybko przeniknęło do świata publicystyki, a nawet polityki. Dziedzictwo kulturowe jest dorobkiem człowieka, które ze względu na swoją ponadczasową wartość powinno podlegać ochronie prawnej. Co prawda już od czasów starożytnych podnoszona była kwestia ochrony dzieł sztuki, a wielu uczonych lub filozofów podkreślało wagę ich zachowania dla przyszłych pokoleń, przypisując ich wartość nie dla jednego narodu, a dla całego cywilizowanego świata. Problematyka ta stawała się wielokrotnie elementem umów czy porozumień zawieranych pomiędzy mocarstwami, powoli wyodrębniając się w dyskursie międzynarodowym. W 1813 r. prawdopodobnie po raz pierwszy w historii zapadł wyrok sądowy, zgodnie z którym dobra kultury zostały wyłączone oficjalnie ze zwykłych zasad prowadzenia działań wojennych. Podczas wojny amerykańsko-brytyjskiej, amerykański statek *The Marquis de Somerueles*, przewożący obrazy z Włoch do Akademii Sztuk Pięknych w Filadelfii, został zatrzymany przez fregatę brytyjską i odesłany do Halifax wraz z całym ładunkiem jako łup wojenny. W wyroku sędzia orzekł, iż „samo prawo narodów, które określa, że całe mienie należące do wroga podlega przypadkowi, ma również modyfikacje i złagodzenie tej zasady. Sztuka i odkrycia nauki są uznawane wśród wszystkich narodów cywilizowanych, i jako takie stanowią wyjątek od praw wojennych, podlegając całkowitej ochronie. Nie są one uważane za własność tego czy innego narodu, ale jako własność ludzkości w ogóle”¹.

Powszechna ochrona międzynarodowa rozwinęła się, gdy w 1907 r. zebrała się II konferencja haska. Przyjęto na niej dwie konwencje, które w pewnej części odnosiły się do ochrony dziedzictwa. Były to IV Konwencja Haska dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej

1 James Stewart, *Reports and Cases argued and determined in the Court of Vice-Admiralty at Halifax, in Nova-Scotia*, London, 1814, s. 482–486, ebook: <https://play.google.com/store/books/details?id=5M0vAAAAIAAJ&crdid=book-5M0vAAAAIAAJ&crdot=1> dostep 01.06.2017

z 1907 r.² wraz z Regulaminem dotyczącym praw i zwyczajów wojny lądowej oraz IX Konwencja Haska z 1907 r. dotycząca bombardowania przez siły morskie w czasie wojny³.

Rozwiązania IV Konwencji Haskiej rozwinęły ochronę dóbr kultury, stanowiąc, że „zabronione jest atakowanie lub bombardowanie w jakikolwiek sposób bezbronných wsi, domów mieszkalnych i budowli”.⁴ W przypadku gdy do bombardowania lub oblężenia dochodziło, należało zastosować wszelkie niezbędne środki, aby w miarę możliwości oszczędzone zostały świątynie, gmachy służące celom nauki, sztuki i dobroczynności, pomniki historyczne, pod warunkiem że nie były jednocześnie wykorzystywane do celów wojennych. Natomiast obowiązkiem oblężonych było odpowiednie oznaczenie miejsc⁵, które miały być nieatakowane. Były to budowle powiązane z religią, sztuką, kulturą, przeznaczone na cele charytatywne, pomniki historyczne, szpitale oraz miejsca zgromadzenia rannych i chorych, z zastrzeżeniem iż nie mogły być one wykorzystywane do celów wojskowych. Ponadto przepisy IV Konwencji Haskiej zabraniały wydawania na łup miejsc zdobytych przez wojska, a także przewidywały obowiązek ścigania i karania osób, które dopuścili się zniszczeń lub uszkodzeń pomników historycznych, instytucji sztuk pięknych oraz zabytków sakralnych.

Jednak pierwszym powszechnym międzynarodowym aktem prawnym poświęconym wyłącznie ochronie takiego dziedzictwa była „Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego” z 1954 r. Została ona przyjęta po olbrzymich zniszczeniach, do jakich doszło na całym świecie podczas działań II Wojny Światowej, i była następstwem naturalnym innych, których celem było zapewnienie ochrony praw człowieka – Karty Narodów Zjednoczonych w 1945 r., Powszechnej deklaracji praw człowieka w 1948 r., Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r. oraz czterech konwencji genewskich

2 Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska), Haga, 18 października 1907 r. (DzU z 1927 r., nr 21, poz. 161)

3 Konwencja o bombardowaniu przez morskie siły zbrojne w czasie wojny, Haga, 18 października 1907 r. (DzU z 1936 r., nr 6, poz. 66)

4 Art. 25 IV Konwencji Haskiej z 1907 r.

5 Znakiem rozpoznawczym miał być duży czworokąt, podzielony przekątną na dwa trójkąty, z których górny był czarny, zaś dolny biały.

z 1949 r. Twórcy Konwencji o ochronie dóbr kultury podjęli próbę zdefiniowania pojęcia „dobro kultury”. Tu warto wspomnieć, że podczas dyskusji nad jej treścią pojawił się postulat, aby przyjąć definicję tzw. „ludobójstwa kulturowego” (*cultural genocide*), jednak propozycja ta ostatecznie przepadła w toku dalszych dyskusji. Przyjęte w konwencji rozwiązania dotyczą nie tylko bezpośredniej ochrony dóbr, ale też włączania odpowiedzialności za ich niszczenie do krajowych systemów prawa karnego. Przepisy te zostały przyjęte i zastosowane przez państwa – strony konwencji. Należy jednak zwrócić uwagę, że o ile przepisy o karnej odpowiedzialności zostały faktycznie transponowane do prawa krajowego, o tyle ich egzekucja stoi na bardzo niskim poziomie, a prokuratorzy praktycznie się do nich nie odwołują⁶.

Konwencja ta, wraz z dodatkowymi protokołami, zdobyła szeroką międzynarodową akceptację⁷, co pozwoliło działaczom UNESCO na zgłaszanie nowych propozycji, które rozszerzałyby definicję dziedzictwa kulturowego i jego ochronę.

W 1972 r. została przyjęta na Konferencji Generalnej UNESCO Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego⁸. Jej podstawowym zadaniem ma być zapewnienie międzynarodowych narzędzi i procedur w ochronie dziedzictwa, które ma szczególne znaczenie dla całej ludzkości. Należy odnotować, że zakres ochrony po raz pierwszy wykroczył poza dzieła stworzone przez ludzi i objął wytwory natury, nadając im taką samą wartość, jak dziełom rąk ludzkich. Ideą konwencji jest założenie, że dziedzictwo ludzkości jest ważne dla całej społeczności międzynarodowej i na tej podstawie zobowiązuje się państwo, na terenie którego znajduje się określone dobro o szczególnym znaczeniu, do jego ochrony i opieki nad nim. Zobowiązanie to jest także rozciągnięte w czasie, gdyż jego istotą jest zachowanie dziedzictwa nie tylko dla obecnych, ale także przyszłych pokoleń. Konwencja ta okazała się sukcesem.

6 Jedynym pozytywnym wyjątkiem są tutaj sprawy przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym dla byłej Jugosławii.

7 Obecnie 128 państw jest stroną konwencji. Polska ratyfikowała konwencję w roku 1957 (DzU 1957 nr 46 poz. 212).

8 Tekst konwencji – DzU 1976 nr 32 poz. 190.

Do 31 stycznia 2017 r. ratyfikowały ją 193 państwa. Dziedzictwo kulturowe ludzkości zostało zdefiniowane w art. 1. konwencji jako:

- zabytki: dzieła architektury, dzieła monumentalnej rzeźby i malarstwa, elementy i budowle o charakterze archeologicznym, napisy, grotty i zgrupowania tych elementów, mające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia historii, sztuki lub nauki,
- zespoły: budowli oddzielnych lub łącznych, które ze względu na swą architekturę, jednolitość lub zespolenie z krajobrazem mają wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia historii, sztuki lub nauki,
- – miejsca zabytkowe: dzieła człowieka lub wspólne dzieła człowieka i przyrody, jak również strefy, a także stanowiska archeologiczne, mające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia historycznego, estetycznego, etnologicznego lub antropologicznego.

Dziedzictwo naturalne natomiast zdefiniowano w art. 2 konwencji jako:

- pomniki przyrody utworzone przez formacje fizyczne i biologiczne albo zgrupowania takich formacji, przedstawiające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia estetycznego lub naukowego,
- formacje geologiczne i fizjograficzne oraz strefy o ściśle oznaczonych granicach, stanowiące siedlisko zagrożonych zagładą gatunków zwierząt i roślin, mające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia nauki lub ich zachowania,
- miejsca lub strefy naturalne o ściśle oznaczonych granicach, mające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia nauki, zachowania lub naturalnego piękna.

Aby ta ochrona mogła być efektywna i wprowadzona w życie, Komitet UNESCO nie poprzestał tylko i wyłącznie na deklaracjach propagujących ochronę i zachęcanie państw do zmiany prawa wewnętrznego, ale także wyposażył je w narzędzia umożliwiające taką ochronę. Jest nim „Lista dziedzictwa światowego”, czyli wykaz dóbr dziedzictwa kulturowego i dziedzictwa naturalnego, które uznane zostają za mające wyjątkową powszechną wartość. Warunkiem wpisu miejsca na Listę jest spełnienie

jednego lub kilku kryteriów stanowiących o wyjątkowości obiektu w skali światowej. Takie dobro powinno:

- I stanowić wybitne dzieło twórczego geniuszu człowieka; lub
- II ukazywać znaczącą wymianę wartości, zachodzącą w danym okresie lub na danym obszarze kulturowym świata w dziedzinie rozwoju architektury lub techniki, sztuk monumentalnych, urbanistyki lub projektowania krajobrazu; lub
- III nieść unikalne lub co najmniej wyjątkowe świadectwo tradycji kulturowej lub cywilizacji wciąż żywej bądź już nieistniejącej; lub
- IV być wybitnym przykładem typu budowli, zespołu architektonicznego, zespołu obiektów techniki lub krajobrazu, który ilustruje znaczący(e) etap(y) w historii ludzkości; lub
- V być wybitnym przykładem tradycyjnego osadnictwa, tradycyjnego sposobu użytkowania lądu lub morza, reprezentatywnego dla danej kultury (kultur); lub obrazującym interakcję człowieka ze środowiskiem, szczególnie jeżeli /dane dobro/ stało się podatne na zagrożenia wskutek nieodwracalnych zmian; lub
- VI być powiązane w sposób bezpośredni lub materialny z wydarzeniami lub żywymi tradycjami, ideami, wierzeniami, dziełami artystycznymi lub literackimi o wyjątkowym uniwersalnym znaczeniu (Komitet jest zdania, że kryterium to powinno być stosowane na ogół łącznie z innymi kryteriami); lub
- VII obejmować najbardziej niezwykle zjawiska przyrodnicze lub obszary o wyjątkowym naturalnym pięknie i znaczeniu estetycznym; lub
- VIII stanowić wyjątkowe przykłady reprezentatywne dla głównych etapów historii Ziemi, włączając świadectwa rozwijającego się na niej życia; trwających procesów geologicznych istotnych w tworzeniu rzeźby terenu, bądź form geomorfologicznych lub fizjograficznych o dużym znaczeniu; lub
- IX stanowić wyjątkowe przykłady reprezentatywne dla trwających procesów ekologicznych i biologicznych istotnych w ewolucji i rozwoju ekosystemów oraz zespołów zwierzęcych i roślinnych lądowych, słodkowodnych, nadbrzeżnych i morskich; lub
- X obejmować siedliska naturalne najbardziej reprezentatywne i najważniejsze dla ochrony *in situ* różnorodności biologicznej, włącza-

jąc te, w których występują zagrożone gatunki o wyjątkowej uniwersalnej wartości z punktu widzenia nauki lub ochrony przyrody.

Na 1 czerwca 2017 r. lista obejmuje 1052 obiekty, z czego 814 kulturowych, 203 naturalne i 35 mieszanych⁹.

Pozytywne przyjęcie rozwiązań konwencji wraz z bardzo szybko powiększającą się listą chronionych dóbr zaowocowało pracami nad rozszerzeniem ochrony, podejmowanymi przez UNESCO. W 2001 r. na 31. Konferencji Generalnej UNESCO w Paryżu przyjęta została Konwencja o ochronie podwodnego dziedzictwa kulturowego.¹⁰ Konwencja ta przewiduje ochronę wszelkich śladów egzystencji ludzkiej mającej charakter kulturowy, historyczny lub archeologiczny, które pozostawały lub pozostają pod wodą (...) przez co najmniej 100 lat. Jednak założenie cezury 100-letniej spowodowało, że wiele państw poddało ten przepis krytyce, argumentując, że jest on zbyt ogólny i jego ściśle przestrzeganie mogłoby w krótkim czasie doprowadzić do paraliżu prac na dnie mórz i oceanów. W związku z tymi zarzutami konwencja spotkała się z umiarkowanym sukcesem. Na 31 marca 2017 jej stroną pozostaje 55 państw.¹¹

Ostatnią z konwencji odnoszących się do ochrony dziedzictwa ludzkości, jest Konwencja UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego z 2003 r.¹² W jej założeniu jest wpisanie i ochrona w ramach dziedzictwa ludzkości takich elementów jak tradycja i przekazy ustne, sztuki widowiskowe; zwyczaje, rytuały i obrzędy świąteczne; wiedza i praktyki dotyczące przyrody i wszechświata czy też umiejętności związane z rzemiosłem tradycyjnym. Dziedzictwo to jest rozumiane też jako praktyki, wyobrażenia, przekazy, wiedza i umiejętności, które wspólnoty oraz grupy uznają za część własnego dziedzictwa kulturowego.

Aby umożliwić taką ochronę, państwa – strony konwencji zostały zobowiązane do przyjęcia stosownych rozwiązań w swoich systemach prawnych. Dodatkowo, wzorując się na „Liście dziedzictwa światowego”, UNESCO

9 Światowa Lista UNESCO - <http://whc.unesco.org/en/list/> – dostęp 7 czerwca 2017 r.

10 Pełen tekst konwencji w języku angielskim: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/2001-convention/official-text/> (dostęp 19.07.2017)

11 Polska dotychczas nie ratyfikowała tej konwencji.

12 Konwencja UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego, sporządzona w Paryżu 17 października 2003 r. (DzU 2011 nr 172 poz. 1018)

utworzyło „Listę niematerialnego dziedzictwa kulturowego”. Obecnie na liście znajduje się 429 pozycji¹³, natomiast samą konwencję przyjęły 174 państwa.

Także tematyka ochrony genomu ludzkiego była już podnoszona przez UNESCO, jednakże do tej pory nie zostały te działania zwieńczone przyjęciem międzynarodowej konwencji. W 1997 r. przyjęta została Powszechna deklaracja o genomie ludzkim i prawach człowieka¹⁴.

Ludzie dostrzegli zagrożenie biologicznej różnorodności życia na Ziemi wcześniej, niż pojawiła się kwestia ludzkiego genomu. Konwencja o różnorodności biologicznej z 5 czerwca 1992 r.¹⁵ była pierwszym aktem prawa międzynarodowego poświęconym zachowaniu różnorodności biologicznej życia na Ziemi. W preambule tej konwencji deklaruje się, że ochrona różnorodności biologicznej jest wspólną sprawą ludzkości, oraz podkreśla zaniepokojenie faktem, że niektóre działania ludzkie w istotny sposób zmniejszają różnorodność biologiczną.

Stawia się też przed państwami sygnatariuszami zadania zmierzające do stworzenia prawnych ram zapewnienia ochrony gatunków *in situ*. Założenie homocentrycznej filozofii, stojące u podstaw takiej ochrony gatunków, to równe prawo ludzkości do korzystania z zasobów genetycznych. Podkreśla się to również w preambule konwencji, m.in. odwołując się do tradycyjnej zależności od zasobów biologicznych wielu tubylczych i lokalnych społeczności prowadzących tradycyjny tryb życia oraz do tego, że ochrona i zrównoważone użytkowanie różnorodności biologicznej mają kluczowe znaczenie dla wyżywienia i zaspokojenia zdrowotnych oraz innych potrzeb wzrastającej populacji ludzkiej na świecie i że w tym celu niezbędny jest dostęp i podział zasobów genetycznych i technologicznych. To podstawa oparta ma prostym uzasadnieniu: państwa sygnatariusze mają prawo do korzystania z zasobów biologicznych i w tym, równym dla wszystkich, interesie powinny je chronić. Interes równy dla wszystkich nie oznacza oczywiście faktycznie równych obowiązków. Są one rozłożone między państwa zależnie

13 Lista niematerialnego dziedzictwa: <https://ich.unesco.org/en/lists?multinational=3&display1=inscriptionID#tabs> (dostęp: 07.06.2017)

14 Tekst deklaracji: http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_o_Genomie_Ludzkiem_i_Prawach_Czlowiek__8230_.pdf (dostęp 7.06.2017)

15 Polska ratyfikowała tę konwencję w 2002 r. (DzU 2002, nr 184, poz. 1552.).

od istniejących na ich terenie zasobów biologicznych i wymagają odpowiednich nakładów finansowych, a także zaangażowania sił porządkowych, by przeciwdziałać niszczeniu gatunków i zachować różnorodność. Z drugiej strony, nie istnieją prawne zakazy tworzenia nowych gatunków roślin lub zwierząt, odmiennych pod różnymi, z reguły pożytecznymi dla człowieka, względami. Różne ośrodki naukowe eksperymentują tu dość swobodnie (wystarczy przywołać prowadzone w Polsce prace nad wykreowaniem drogą krzyżówek żubra i krowy żubronia, nadającego się do hodowania na mięso).

Różnorodność biologiczna jest niewątpliwie przez społeczność międzynarodową uznana za wartość, której należy zapewnić ochronę.

Uczyniono to jeszcze przed osiągnięciem poważnych rezultatów w badaniu nad genomem człowieka.

Projekt poznania ludzkiego genomu został sfinansowany przez rząd Stanów Zjednoczonych i przeprowadzony przez amerykańskich naukowców przy udziale naukowców z pięciu innych państw: Chin, Francji, Niemiec, Wielkiej Brytanii i Japonii. Prace rozpoczęto w 1990 r. i planowano na piętnaście lat. Już w 2000 r. opublikowano wstępne wyniki w postaci opisu ludzkiego genomu. Po upływie trzech lat, 14 czerwca 2003 r. opublikowany został raport przedstawiający sekwencję ludzkiego genomu w 99% (trafność sekwencjonowania oceniono na 99,99%).

Z przedstawionej sekwencji wynika, że różnice między genomem człowieka a genomem wszystkich innych zwierząt mieszczą się w 1/10 procenta genów, zaś jakiegokolwiek różnice między ludzkimi rasami mieszczą się w 1/100 procenta. Genom wszystkich ludzi w 99,9% jest identyczny, niezależnie od rasy, płci, cech indywidualnych, podatności na choroby itp.

Dokonanie sekwencji ludzkiego genomu otworzyło nowe perspektywy przed medycyną. Po pierwsze, nie tylko można realnie bardzo wcześnie, bo już na etapie zarodka, usuwać z genomu źródło choroby uwarunkowanej genetycznie (także wady chromosomalne), ale można też rozpoznać takie zarodki i eliminować je z procesu rozwoju.¹⁶ Po drugie, medycyna może dostosowywać interwencje lecznicze (np. stosowane leki) do genotypu konkretnej osoby. Wreszcie, można dokonywać takiej interwencji w genom, która

16 Art. 83. Ustawy o leczeniu niepłodności z 25 czerwca 2015 przewiduje odpowiedzialność karną za niszczenie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju.

zmieni również następne pokolenia. Wszystko to daje ludzkości nieprawdopodobne możliwości, ale i stwarza trudne do wyobrażenia zagrożenia.¹⁷

Już w początkowym okresie prac nad zidentyfikowaniem sekwencji ludzkiego genomu z inspiracji UNESCO przyjęto Powszechną deklarację o genomie ludzkim i prawach człowieka.¹⁸ Deklaracja w preambule odwołuje się m.in. do Konwencji NZ o różnorodności biologicznej, stwierdzając, że „uznanie różnorodności genetycznej nie powinno być źródłem żadnych interpretacji natury społecznej czy politycznej, które mogłyby kwestionować wrodzoną godność wszystkich członków rodziny ludzkiej oraz (...) ich równe i niezbywalne prawa”.

W preambule podkreślono również znaczenie badań nad genomem dla polepszenia stanu zdrowia jednostek i ludzkości jako takiej.

Ten właśnie dylemat – możliwości, jakie powstały w związku z odszyfrowaniem genomu dla człowieka i ludzkości – otwiera nową płaszczyznę rozważań.

Współczesne międzynarodowe regulacje dotyczące medycyny mają przede wszystkim charakter ograniczający. Medycyna może dziś bardzo dużo, zbyt dużo, by prawo pozostawało wobec tego obojętne. Ograniczenie w dużej mierze dotyczy kwestii związanych z ludzkim genomem. Na poziomie regulacji międzynarodowej ograniczenia wprowadza Konwencja bioetyczna¹⁹. Poświęcony jest temu rozdział IV, zatytułowany Ludzki genom. W art. 13. wprowadza się podstawowe ograniczenie interwencji w genom ludzki, która ma na celu dokonanie w nim zmiany.

Interwencja taka może być przeprowadzona wyłącznie w celach profilaktycznych, terapeutycznych lub diagnostycznych tylko wtedy, gdy jej

17 Szeroko na ten temat pisze O. Nawrot w pracy *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.

18 Powszechna deklaracja (UNESCO) w sprawie genomu ludzkiego i praw człowieka z 11 listopada 1997 r. tekst konwencji <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1997.html> (dostęp 19.07.2017)

19 Konwencja Rady Europy przyjęta przez Komitet Ministrów 19 listopada 1996 r. o ochronie praw człowieka i godności osoby ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny. Konwencja została przez Polskę podpisana, ale nieratyfikowana. Na temat różnic między wymaganiami konwencji a polskim prawem zobacz: M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska konwencja bioetyczna*, Prawo i Medycyna 2000, nr 5.

celem nie jest wywołanie dziedzicznych zmian genetycznych u potomstwa.

Zmiany dokonane w ludzkim genomie na etapie zarodka mogą przynieść istocie ludzkiej wiele korzyści. Po pierwsze, mogą uwolnić ją od chorób genetycznie uwarunkowanych, co już wystarczy, by takie działania uznać za pożyteczne i legalne. Po drugie, mogą zapewnić osobie cechy pożądane ze względu na indywidualny przyszły status w społeczeństwie. Nie ulega wątpliwości, że osoby o pewnych cechach fizycznych (wzrost, kolor włosów i oczu, proporcje) tylko z tego powodu uzyskują wyjściowy lepszy status społeczny. Te właśnie cechy są pożądane u potomstwa obok wysokiego poziomu inteligencji czy innych predyspozycji psychicznych. Wiele tych cech już można zapewnić poprzez interwencję w ludzki genom na etapie zarodka. Rozwój medycyny z pewnością zagwarantuje w niedalekiej przyszłości pełnię podobnych możliwości, uzyskania „pożądanego” człowieka. Oczywiście, pożądanego przede wszystkim indywidualnie, przez rodziców, w dobrej wierze, że posiadanie takich cech umożliwi dziecku lepszą pozycję w społeczeństwie.

Zarazem podstawowym założeniem konwencji bioetycznej jest prymat osoby ludzkiej, wyrażony w art. 2.: interes i dobro osoby ludzkiej przeważa nad wyłącznym interesem społeczeństwa lub nauki. Pozostawiam na boku rozważania dotyczące pojęć jednostka i osoba ludzka, bo nie mają one znaczenia dla tego problemu. Poza tym, że prawem człowieka jest niewątpliwie życie wolne od chorób, także tych uwarunkowanych genetycznie, jeżeli rozwój nauki potrafi je wyeliminować, pytamy, czy prawem jest też dążenie do zapewnienia cech, które poprawią pozycję jednostki w społeczeństwie. A, jeżeli uznamy takie prawo, to jak ono ma się do prawa ludzkości do zachowania różnorodności biologicznej.

W interesie człowieka jest bycie doskonałym pod względem fizycznym i psychicznym. W interesie społeczeństwa również jest, by ludzie byli doskonali pod względem fizycznym i psychicznym, a z pewnością, by byli wolni od chorób, w tym chorób uwarunkowanych genetycznie. Jeżeli zatem dopuszczamy testy genetyczne z jednej strony, zaś z drugiej inżynieria genetyczna jest już dziś tak rozwinięta, że umożliwi dokonanie pożądanej zmiany w obrębie genomu, dlaczego już dziś, na początku tej drogi rozwoju medycyny pojawiają się ograniczenia a postuluje się, by było ich jeszcze więcej? Jaka racja przemawia za zakazem interwencji w genom,

która to interwencja dokonywałaby zmian przenoszących się na kolejne pokolenia? Nie ma w tym przypadku konfliktu między interesem osoby ludzkiej a interesem społeczeństwa. Wszyscy chcą doskonałości. Jakie zatem niebezpieczeństwa czyhają na ludzkość, gdyby poszła tą drogą? Co uzasadnia zakaz dążenia do doskonałości indywidualnej i coraz doskonalszego społeczeństwa?

Można przy pomocy inżynierii genetycznej wykreować człowieka o pożądanym cechach, nawet wielu takich ludzi. Można stworzyć rasę idealną, człowieka przyszłości, który zdominuje wszystko, co dziś cechuje ludzkość i może to się stać w ciągu kilku zaledwie pokoleń. Jeżeli nie stworzymy zakazu dziś i dziś nie wyegzekwujemy jego przestrzegania, jutro może być za późno. Dlatego coraz wyraźniej widać wysiłki, by zakazy prawne powstały.

Stąd pomysł by, wzorem tego, co chronimy w świecie natury, objąć też wyraźnie określoną ochroną ludzki genom w całej jego różnorodności. Człowiek jest częściążywioną przyrody i nie powinniśmy lekceważyć ochrony jego cech biologicznych. Należy to zrobić dla przyszłych pokoleń, przewidując co może się zdarzyć, jeżeli poszczególne państwa dopuszczają inżynierię genetyczną bez ograniczeń. I już dziś wiadomo, że nie chodzi tylko o to, że w Chinach rodzi się dużo więcej chłopców niż dziewczynek. Chodzi o wizję, z punktu widzenia medycyny możliwą do zrealizowania już dziś, że powstanie społeczeństwo ludzi doskonałych i ludzi zwykłych.²⁰ I resztę możemy sobie wyobrazić...

20 O.Nawrot, Quo vadis homine? Ludzka natura w dobie eugeniki liberalnej (w: S. Sykuna, J. Zajadło (red.) Bezpieczeństwo międzynarodowe. Szanse i zagrożenia, Gdańsk 2009, s. 100-101.

Piotr Krajewski

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej w Józefowie

**Prawo człowieka do środowiska
jako potrzeba wielowymiarowych zależności
i relacji człowieka z otoczeniem**

Human rights to the environment
as a need for multidimensional dependencies
and relationships of man with the environment

Streszczenie

Człowiek, jako jednostka biologiczna i społeczna, dla swej egzystencji nieustannie utrzymuje kontakt ze środowiskiem. Nie chodzi tu wyłącznie o wymiar duchowy i estetyczny (który swoją drogą jest również bardzo ważny), ale przede wszystkim czysto biologiczny, egzystencjalny. Środowisko jest stałym „producentem” i „dostarczycielem” niezbędnych do życia każdej istoty szeregu tzw. dóbr i usług ekologicznych, których sztuczne systemy nie są w stanie zabezpieczyć. Bezpieczeństwo w tym względzie mają zapewniać wypracowane przez lata m.in. prawa człowieka, które z reguły zaliczane są do trzeciej kategorii, tzw. praw zbiorowych. Dziś warto byłoby spojrzeć na te zagadnienia przez pryzmat potrzeb, które – w odróżnieniu od przepisów prawa – bezwzględnie muszą być realizowane, jeżeli podmiotowi tych praw zależy na własnym istnieniu.

Abstract

Man as a biological and social unit, constantly maintains contact with the environment to exist. It concerns the spiritual and aesthetic dimension (which by the way is also very important), but above all, it refers to essentially biological and existential dimension. The environment is a “manufacturer” and “provider” for environmental goods and services of every being, which are indispensable for life and which cannot be protected by artificial systems. Safety in this regard shall guarantee the developed over the years, among others, human rights, which are usually included in the third category, the so-called collective rights. Today it would be worthwhile to look at these issues through the prism of needs, which in contrast to provisions of law, absolutely must be implemented if the entity of these rights cares about its own existence.

Słowa kluczowe: *prawa człowieka, ochrona środowiska, zależność człowieka od środowiska*

Keywords: *human rights, environmental protection, human dependence on the environment*

Wstęp

Dziś nikt nie kwestionuje zasadności funkcjonowania praw człowieka w systemach prawa krajowego i międzynarodowego. Mają swoje miejsce w konstytucjach i aktach niższego rzędu. Nad ich przestrzeganiem czuwają instytucje państwowe i organizacje międzynarodowe. Mimo to można spotkać się z opiniami, że świadomość rozległości obszaru ich obowiązywania jest równie wysoka co trudności z ich respektowaniem. Dowodzi to potrzeby stałego czuwania, a nade wszystko szukania lepszych sposobów ich egzekwowania z jednoczesnym badaniem przyczyn ich naruszania. Przepisy określające zakres i sposoby ochrony żywotnych interesów każdego człowieka nie są doskonałe. Ważne, aby szły z duchem czasu i nie wystawiały na ryzyko ograniczenia, a tym bardziej pozbawienia tych praw, które wypływają z przyrodzonej godności osoby ludzkiej i osiągnięć cywilizacyjnych. Niemniej jednak fakt częstego ich łamania świadczy chyba o kryzysie przyjętego w przeszłości systemu lub o konieczności dokonania teraz lub w przyszłości pewnego wzmocnienia, przeformatowania wcześniejszego uzasadnienia dla tych praw. A ponieważ czasami najlepszymi rozwiązaniami są te najprostsze, może właśnie dodatkowego usprawiedliwienia dla ich istnienia i obowiązywania trzeba upatrywać w zwykłych, codziennych – obok niezmiennie i bezsprzecznie najistotniejszych wartości ontologicznych – potrzebach każdego człowieka.

Jednej z takich (nie)zwykłych potrzeb można (chyba słusznie) dopatrywać się w bardzo „pojemnym” treściowo prawie do środowiska.

Próba odmiennego spojrzenia na prawa człowieka

Rozwój cywilizacyjny wymaga od człowieka nieustannego doskonalenia umiejętności, pogłębiania wiedzy, ulepszania procesów i systemów technologicznych, zwiększających jego potencjał wytwórczy, który staje się podstawą, punktem wyjścia i inspiracją do kolejnych kroków w budowaniu poczucia bezpieczeństwa i potrzeby samodoskonalenia. W przybliżeniu jest to proces cykliczny, a w każdym razie pozwalający wspinać się na coraz wyższe poziomy cywilizacji. Punkt docelowy oczywiście nie jest

znany. Rozwój ten nosi więc znamiona spontaniczności. W rzeczywistości chyba nie do końca, gdyż człowiek, kierując się rozumem, stara się swoim poczynaniom nadać cechy logicznych konsekwencji przemyślanych decyzji, kierując się zasadami podporządkowanymi (pod groźbą poważnych konsekwencji środowiskowych i społecznych) zasadom zgodnego i zrównoważonego rozwoju społeczno-gospodarczego, które w możliwie optymalny sposób zabezpieczają jego podstawowe potrzeby. Zatem w zależności od stopnia tego rozwoju różne potrzeby w rozmaitym zestawieniu i ze zróżnicowaną presją dają o sobie znać; w różny sposób się przejawiają, różnie też są „tłumaczone” na język prawa i urzeczywistniające go konkretne przepisy. Zatem (trzeba wierzyć, że tylko realne) potrzeby zbiorowe i indywidualne (jeśli znajdują usprawiedliwienie w zbiorowych) narzucają rygor prawny. W ten sposób chce się dążyć do możliwie pełnego zaspokojenia ich, bo tylko wówczas człowiek bez zbędnego obciążenia jest w stanie realizować samego siebie. To „urealnione” podejście do zadań prawa mającego chronić podstawowe potrzeby w sumie niewiele lub nic nie zmienia w klasycznym już ujęciu praw i rozumieniu praw człowieka. Patrzenie na nie przez pryzmat potrzeb chyba jedynie ubogaca, wzmacnia uzasadnienie przepisów chroniących dobra podstawowe, indywidualne i kolektywne, obywatelskie, polityczne, gospodarcze, socjalne i kulturowe. Wymaga tego potrzeba/konieczność „odideologizowania”, albo pozostawienia historii hasła odwołujących się do wolności, równości i braterstwa wszystkich ludzi. Współczesne pokolenia, wyrosłe w otoczeniu względnego dobrobytu, inaczej wartościują życie i wszystko to, co się z nim wiąże – bardziej niż to pierwsze cenią sobie to drugie (Sitek, 2016, XII). Współcześni mają więc przede wszystkim swoje potrzeby, głośno je wyrażają i konsekwentnie dążą do ich zaspokojenia. To, co się dokonuje, nie jest więc rewolucją; trudno to nazwać nawet zmianą. Jest to chyba tylko inny sposób rozumienia/odczytywania praw wynikający z odmiennego kontekstu społeczno-historycznego. Nie chodzi w tym przecież o zwykle zastąpienie słowa „prawo” słowem „potrzeby”, ani nadanie tym ostatnim rangi praw. Chodzi raczej o to, że potrzeby, w pozornie prosty sposób, chyba najlepiej oddają ich treści i wartości, przynajmniej w powszechnym rozumieniu odbiorców.

Czy nie grozi to wprowadzeniem zamętu pojęciowego i organizacyjnego? Przecież każdy człowiek ma wiele potrzeb i dąży do ich zaspokojenia.

Rzadko zdarza się, że po osiągnięciu celu osiąga pełną satysfakcję; cząstkowy sukces rodzi nowe potrzeby. Zatem utożsamienie potrzeby z prawem uruchamiałoby zawsze lawinę nowych żądań, a ich realizacja spoczywałaby na adresacie, tj. na państwie, które chyba nie byłoby w stanie udźwignąć ciężaru takiej odpowiedzialności.

Bezrefleksyjne wprowadzenie takich zmian z pewnością okazałoby się trudne do przewidzenia w skutkach. Warto zatem poświęcić temu zagadnieniu trochę miejsca, tym bardziej że dostrzega się pewien kryzys systemu w respektowaniu i egzekwowaniu praw człowieka. To znamienne, że prawa, które powszechnie nazywane są podstawowymi, a więc stanowią punkt wyjścia i nadają sens wszystkim innym, należą jednocześnie do najczęściej łamanych. Fakt ten każe się zastanawiać dlaczego. Przyczyn z pewnością może być, i jest, wiele. Bardzo prawdopodobne, iż wynika to m.in. ze zmiany podejścia współczesnego człowieka do otaczającej go (jakże szybko zmieniającej się) rzeczywistości. Można ich też upatrywać w gwałtownym postępie. Człowiek mimo nadzwyczajnych zdolności adaptacyjnych nie jest w stanie dotrzymać mu kroku. Ludzie starają się dopasowywać do wybranego wycinka rzeczywistości z pominięciem całej reszty, która okazuje się poza zasięgiem możliwości poznania i opanowania. Świadomość nieustannych zmian budzi w człowieku potrzeby uczestniczenia w nich, partycypowania, wpływania na ich kształt i bieg. Prawo (przynajmniej teoretycznie) taką możliwość zapewnia. Wychodzi zatem naprzeciw potrzebom, a realizacja tego prawa zaspokaja je. Widać w tym ciekawą zależność. Czy zatem konkretny, obowiązujący porządek praw człowieka, który – jak stwierdziliśmy – w nowej rzeczywistości z trudem znajduje dla siebie uzasadnienie, można by zastąpić swego rodzaju porządkiem dyktowanym potrzebami? Czy skutecznie zapewniłby realizację potrzeb indywidualnych i zbiorowych, a jednocześnie chronił przed tymi nieuprawnionymi? Czy potrzeby podporządkowałyby się ogólnym zasadom zgodnego i sprawiedliwego współżycia społecznego?

Należy spodziewać się, że zainicjowana dyskusja naukowa na ten temat przyniesie konkretne rezultaty; albo potwierdzona zostanie konieczność pozostania przy dotychczasowych rozwiązaniach, jako już znanych i o przewidywalnych skutkach, albo otworzy ścieżkę nowym, stosownym dla epoki ponowoczesnej pomysłem. To efekt rozwoju

społeczno-ekonomicznego idącego w parze z postępowaniem naukowym. Szczególnie to, co nowe i wartościowe, spotyka się z naturalną chęcią/koniecznością uporządkowania i roztoczenia nad nim skutecznej ochrony. Przykładem tego są propozycje powołania – obok wcześniej sformułowanych praw pierwszej, drugiej i trzeciej – czwartej generacji praw człowieka. Brak jednak zgody na to, co miałyby one zawierać. W tej kategorii proponuje się zawrzeć np. katalog praw związanych z ochroną „życia istot ludzkich na etapie ich rozwoju prenatalnego, po to, aby w przyszłości miały w ogóle możliwość korzystania z jakichkolwiek praw” (Ciszek, 2010, 105–116), albo rozwiązać problem zabezpieczania informacji ludzkiego genomu. Są też propozycje umieszczenia praw mniejszości religijnych do swobodnego realizowania praktyk i kultu oraz praw mniejszości seksualnych (np. do adopcji dzieci czy do zawierania związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci). Oczekiwania są zatem różne. Z perspektywy konieczności utrzymania pewnego porządku w systematyce praw człowieka umiejscowienie/przypisanie konkretnych oczekiwań do określonej kategorii w systemie opierającym się na potrzebach byłoby chyba dużo łatwiejsze. Podział według praw-potrzeb byłby też bardziej „pojemny”, tj. zdolny przyjąć każdą nową pretendującą do miana prawa i spełniającą takie wymogi potrzebę. Niewykluczone, że przy nowej, bardziej elastycznej impo-stacji łatwiej byłoby uzasadnić (właśnie potrzebami) konieczność ochrony praw, które niejako „na sztywno” przypisywane są do określonej kategorii, nawet jeżeli czasami wymagają szerszego na nie spojrzenia i potraktowania (Sitek, 2016, XI–XIV).

Potrzeba-prawo do środowiska naturalnego

Tak właśnie jest np. z prawem do środowiska naturalnego, które stanowi jedną ze składowych praw tzw. trzeciej generacji. To szczególna kategoria; jest przedmiotem wielu dyskusji. Jej szczególność wynika głównie z jej dwojakiego charakteru; tworzące ją prawa w zasadzie mają charakter zbiorowy, choć jednocześnie odnoszą się do jednostek. Poza tym ich urzeczywistnianie może się odbywać stopniowo i jedynie wspólnym wysiłkiem społeczności międzynarodowej (przy czym zaangażowanie jednostek jest

tu niezbędne). Z jednej strony, wydaje się to całkiem oczywiste, niemal trywialne. Z drugiej, chyba tak nie jest, bo okazuje się, że Narody Zjednoczone mają trudności z przyjęciem dokumentu, który: a) wskazywałby wprost na prawo człowieka do czystego, zdrowego i bezpiecznego środowiska; b) zobowiązywałby państwa do dbałości o nie i zapewnienia go każdemu człowiekowi. Chwila zastanowienia wystarczy, aby zrozumieć, że skala przyjmowanych takim dokumentem zobowiązań przerasta możliwości jakiegokolwiek rządu. Dobrze jednak, że próby idące w tym kierunku mimo wszystko są podejmowane. I tak, zagadnienia ochrony dóbr przyrodniczych były przedmiotem obrad pierwszej światowej konferencji poświęconej środowisku człowieka w Sztokholmie (1972). W przyjętej Deklaracji¹ wyróżniono dwie „formy” środowiska życia: środowisko naturalne i środowisko stworzone/przekształcone przez człowieka. Wskazano na przysługujące człowiekowi prawo do dostępu, do korzystania i do takiego środowiska, którego jakość pozwala na życie z godnością i w dobrobycie². Za prawem tym idzie obowiązek podejmowania działań ochronnych z myślą o przyszłych pokoleniach i dla nich³. Bez trudu daje się zauważyć, że z tym prawem jednostki, niejako w jednej linii, stoi zbiorowe prawo całej społeczności, i to nie tylko danego państwa, ale i społeczności międzynarodowej. Wynika to ze specyfiki tego szczególnego dobra, jakim jest środowisko naturalne. Z egzystencjalnego punktu widzenia korzystanie z jego zasobów i z usług ekosystemowych warunkujących życie w ogóle, w tym życie człowieka, jest oczywiście bardziej konieczną potrzebą niż prawem; pierwsza warunkuje w ogóle życie, drugie tylko jego jakość. Przy czym niedostatek lub ograniczenia nie mają znaczenia wobec braku dobra podstawowego, jakim jest życie. Stąd swoiste znaczenie tego prawa czwartej generacji, które tak wiele ma wspólnego z pierwszymi trzema.

1 Deklaracja Sztokholmska, dostęp: <http://www.stosunki.pl/sites/default/files/images/Deklaracja%20Sztokholmska.pdf> (9.04.2017).

2 Zasada nr 1 Deklaracji Sztokholmskiej.

3 Zasada nr 1 Deklaracji Sztokholmskiej. Por. Konwencja UNESCO w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturowego i naturalnego (Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage) dotycząca obowiązku zapewnienia ochrony i konserwacji dziedzictwa kulturowego i naturalnego państw sygnatariuszy z myślą o obecnych i przyszłych pokoleniach.

Stan bezpieczeństwa to z reguły subiektywna ocena będąca wypadkową poczucia pewności istnienia i gwarancji zachowania (Domański, 2015, p. 7); z reguły odnosi się do stanu emocjonalnego osoby, który jest sumą dynamicznie zmieniających się czynników zewnętrznych i wewnętrznych. Zatem poczucie dobrostanu i komfortu psychicznego towarzyszy człowiekowi, gdy przebywa w środowisku postrzeganym przez siebie jako bezpieczne. Bezpieczeństwo, które należy rozumieć jako brak poczucia zagrożenia ze strony otoczenia, jest zaliczane do podstawowych potrzeb człowieka. Bardziej pierwotna od niego może być chyba tylko potrzeba zabezpieczenia się przed głodem i pragnieniem – niebezpieczeństwami, których zażegnanie również uzależnione jest od stanu i zasobności środowiska życia obranego i/lub przekształconego do zaspokajania bieżących (własnych i grupowych) potrzeb egzystencjalnych. Konieczność zabezpieczenia potrzeb stanowiących o bezpieczeństwie wiąże się, po pierwsze, z chęcią oddalenia ryzyka, po drugie, z przesunięciem odpowiedzialności minimalizowania zagrożeń na inne podmioty, a zatem z odstąpieniem/ utratą części własnej autonomii i wolności na rzecz innych. W ten sposób bezpieczeństwo jednostki składa się na bezpieczeństwo grupy i społeczności, której jednostka jest członkiem.

Człowiek z natury dąży do życia we wspólnocie, w niej też się realizuje; ona to zapewnia mu skuteczną ochronę, ona jest też gwarantem jego bezpieczeństwa. To szczególna interakcja, wzajemna zależność, ponieważ skuteczność społecznego obowiązku zapewnienia jednostce bezpieczeństwa zależy od zaangażowania jednostki w budowanie bezpieczeństwa dla tegoż właśnie społeczeństwa. Innymi słowy: bezpieczeństwo jednostek składa się na bezpieczeństwo wspólne, które jest wypadkową bezpieczeństwa indywidualnego.

Prawa kolektywne, stające na straży bezpieczeństwa grupowego, to uprawnienia przysługujące zbiorowości, narodom, a nawet mniejszościom. Są tak zwanymi prawami solidarnościowymi. Odnoszą się do zasad i praw przysługujących jednocześnie zbiorowości (Mik, 1992) i jednostkom. Wszystkie są wyrazem potrzeb bezpieczeństwa grupowego, jedne z drugich wynikają, jedne od drugich zależą i się dopełniają. W szczególności służą konsolidacji społecznej. Nie miałyby jednak racji bytu, gdyby nie warunkowały czynnik zewnętrzny, jakim jest środowisko życia.

Potrzeba/Prawo do zdrowego i bezpiecznego środowiska

Prawo do zdrowego, a więc i bezpiecznego środowiska, które ma zabezpieczać najważniejsze potrzeby egzystencjalne człowieka (indywidualnego i zbiorowego), ma więc charakter perspektywiczny, gdyż mówiąc o wszystkich, ma się na myśli zarówno pokolenie obecne, jak i przyszłe. Jest to jak najbardziej zrozumiałe, ponieważ środowisko naturalne warunkuje istnienie każdego człowieka, który – z punktu widzenia biologii – jest tylko jedną z wielu i wcale nie najważniejszych jego składowych. Świadomość tego pozwala zrozumieć, że środowisko istniało i może istnieć bez człowieka, człowiek natomiast nie jest w stanie przetrwać bez środowiska, a przynajmniej bez niektórych z jego składników. To uświadamia konieczność podejmowania intensywnych starań zmierzających do ochrony (czy to naturalnych czy przekształconych, ważne by prawidłowo funkcjonujących) ekosystemów zaspakajających rozliczne potrzeby. To w zasadzie główny powód, dla którego środowisko jest dziedzictwem wymagającym przekazywania go z pokolenia na pokolenie (i to w możliwie nienaruszonym stanie). Te przyszłe, aby istnieć, również muszą dysponować pewną ilością zasobów zapewniających minimum egzystencji. Z tego choćby powodu potrzebę dostępności i korzystania z zasobów natury należy traktować jako prawo.

Zniszczenia spowodowane działalnością gospodarczą człowieka doprowadziły do sytuacji, że gdy mówimy o środowisku, niemal równocześnie odczuwamy pewien dyskomfort wywołany świadomością stanu, do jakiego zostało ono doprowadzone. Nie możemy już powiedzieć, że jest całkiem czyste, zdrowe i bezpieczne. Takie pragnienie jest przejawem naturalnej potrzeby zapewnienia sobie dostępu do środowiska i swobodnego z niego korzystania; to zwykła potrzeba, która powinna być (i jest) gwarantowana prawem.

W niepokoju o środowisko oczywiście nie chodzi wyłącznie o ryzyko utraty walorów estetycznych (które swoją drogą również są ważne), lecz też o stan będący wskaźnikiem bezpieczeństwa. Ewidentnie, ta troska o otoczenie bezpośrednio wiąże się z prawem do życia i zdrowia. To implikuje kolejną zależność: tym razem związek z prawem do informacji o stanie

środowiska przyrodniczego⁴, czy prawem do konsultacji społecznych na etapie planowania i przygotowywania decyzji mogących powodować istotne zmiany w zasobności i efektywności funkcjonowania poszczególnych ekosystemów. Z kolei w przypadku stwierdzenia naruszenia tej funkcjonalności i/lub zasobności należy pamiętać chociażby o prawie do wniesienia skargi na decyzje władzy administracyjnej. Te przykłady uprawnień można by wykorzystywać zarówno w systemie krajowym, jak i międzynarodowym.

Prawo człowieka do środowiska ma zatem nie tylko wymiar przedmiotowy, ale też ilościowy i jakościowy. Przedmiotowy, gdyż od istnienia i dostępu do środowiska – o czym już wspomniano – zależy istnienie człowieka; wymiar ilościowy, to głównie dostęp do minimum dóbr niezbędnych do życia obecnych, a także zrównoważonego rozwoju przyszłych pokoleń; wymiar jakościowy, warunkuje możliwości korzystania z tzw. produktów i usług ekologicznych. W potrzebie-prawie do środowiska nie chodzi zatem wyłącznie o zachowanie tego, co jeszcze istnieje i czym wciąż dysponujemy (lasów, zbiorników, różniejszych form życia i składników przyrody nieożywionej) ze względów estetycznych, duchowych czy zdrowotnych, ale o realne możliwości roztropnego eksploatowania i wykorzystywania tego wszystkiego, co człowiekowi niezbędne do życia i rozwoju. Kwestie te tylko teoretycznie można traktować oddzielnie, niezależnie jedne od drugich. W rzeczywistości wiadomo, że są one ze sobą nierozzerwalnie powiązane i razem składają się na ważne dla nas pojęcie „zdrowego środowiska”. Składają się nań takie czynniki jak: czystość powietrza, wody, jakość produkowanej żywności, obecność zanieczyszczeń chemicznych i kontakt z nimi, sprawność naturalnych systemów samonaprawczych i oczyszczających, stopień degradacji gleb, różnorodność biologiczna łądów i wód otwartych. Zaczęto na nie zwracać uwagę dopiero w XIX w., kiedy to postępowi naukowemu towarzyszyły równoległe zmiany w systemach produkcji rolnej i przemysłowej. To oznaczało zintensyfikowanie eksploatacji bogactw mineralnych i wykorzystywanie zasobów odnawialnych (wówczas jeszcze bez

4 Zasady i tryb udostępniania informacji o środowisku i jego ochronie regulują przepisy art. 4. i art. 8–28 Ustawy z 3.10.2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (DzU nr 199, poz. 1227., z późn. zm.).

głębszej świadomości następstw ekologicznych i konsekwencji dla ludzi, zwierząt i roślin). Dopiero bolesna w skutkach (w postaci zauważalnej i odczuwanej degradacji wielu środowisk i pogorszenia warunków życia) nieuporządkowana polityka ekologiczna zrodziła potrzebę ich ochrony, głównie w trosce o rozwój i zabezpieczenie przed niekontrolowanymi działaniami człowieka. Zaczęto zdawać sobie sprawę z tego, że państwo nie może ignorować czynnika przyrodniczego, on bowiem warunkuje funkcjonowanie i postęp najważniejszych sektorów gospodarki, tj. rolnictwa i przemysłu. Zrewidowanie stosunku (poczuwającego się do odpowiedzialności) państwa do środowiska stało się więc koniecznością. Obok mniej lub bardziej znaczących inicjatyw krajowych, najwięcej zasług w tworzenie systemu prawnej ochrony środowiska należy przypisać ONZ⁵ i Unii Europejskiej (a wcześniej Wspólnocie Europejskiej)⁶.

Współczesne problemy związane z koniecznością zaspokojenia prawa/ potrzeby kontaktu i korzystania ze środowiska w zasadzie nie zmieniły się; wciąż – tak jak w niedawnej przeszłości – wynikają z nadmiernej jego eksploatacji. Niezawinione przez człowieka niszczące katastrofy potęgują poczucie ryzyka. Nie stanowią jednak istotnego zagrożenia, tym bardziej że człowiek, ani na ich występowanie, ani na ich intensywność nie ma wpływu. Oceniane przez pryzmat interesów człowieka mają one zdecydowanie negatywny charakter, natomiast z punktu widzenia ekologii mają charakter twórczy i ubogacający.

Człowiek, pozostając w kręgu własnych interesów, powinien zatem skupić się na tych zjawiskach, których – w jakiejś mierze – on sam jest i sprawcą i ofiarą. Z pewnością można to odnieść do emisji gazów cieplarnianych, produkcji ogromnej ilości odpadów (Zębek, 2009, 425–432), zanieczyszczania i marnotrawstwa wody, stosowania środków ochrony

5 Zagrożenia środowiskowe z natury mają charakter globalny. Stąd sens mają jedynie inicjatywy międzynarodowe. Takimi jest m.in. Program Narodów Zjednoczonych do spraw Ochrony Środowiska (United Nations Environmental Programme (UNEP, 1972). Efektem współpracy międzynarodowej jest też: Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (Helsinki 1975), Konferencja Genewska (1979, 1984), Konferencja Monachijska (1984), Szczyt Ziemi w Rio de Janeiro (1992) z Agendą 21.

6 Standardy wyznaczane przepisami UE uznawane są za wyjątkowo wysokie.

roślin⁷, przemysłowej hodowli zwierząt rzeźnych, degradacji gleb itd. To tylko niektóre ze znaczących problemów, z którymi usiłuje sobie radzić prawo ochrony środowiska. Problemy te, same w sobie i ich skala, wcale nie są banalne. Emitowanie gazów cieplarnianych zmienia klimat, prowadząc do odczuwalnych (głównie w sferze materialnej) anomalii pogodowych; ich następstwem są zniszczenia w infrastrukturze, straty w gospodarce i produkcji żywności, a nawet ofiary w ludziach. Stopniowe ocieplanie klimatu skutkuje m.in. redukcją opadów, a więc znacznymi niedoborami wody, co z kolei w rejonach dotkniętych klęskami suszy ogranicza lub wręcz uniemożliwia użytkowanie własnej ziemi i produkcję żywności. Tym samym mamy do czynienia z niezaspokojeniem potrzeb/praw ludzi tam mieszkających. Prawo/potrzeba życia zmusza ich do szukania dogodniejszych miejsc, które niekoniecznie będą im bardziej przyjazne niż te opuszczone. W ten sposób odbierane są im prawa do (i jednocześnie negowane potrzeby) domu, do wcześniej posiadanej własności, do pracy, do bezpieczeństwa, a nawet do wolności, gdyż często stają się zakładnikami własnej biedy albo (jeszcze gorzej) nieuczciwości innych. Szyderstwem wówczas może być dla nich mówienie o prawie do wolności czy do poszanowania godności, jeśli podstawowe potrzeby dające minimum egzystencji albo potrzeba wolności czy godności, które już zdążyli (z nie swojej winy) utracić na skutek ignorancji jednostek i wadliwej polityki, nie mogą być zaspokojone.

Podobny schemat logiczny można zastosować przy rozpatrywaniu kwestii odpadów (komunalnych, poprodukcyjnych, radioaktywnych itp.). Dla odmiany częściej daje się tu zauważyć wątek kryminologiczny i prawno-karny wynikający z bardziej zaakcentowanej aktywności przestępczości zorganizowanej, dostrzegającej w handlu odpadami intratny interes. Podważa to zaufanie do struktur państwowych i godzi w prawa człowieka, zanika poczucie bezpieczeństwa biologicznego, ekologicznego i epidemiologicznego. Wadliwa gospodarka odpadami i/lub niewłaściwa ich utylizacja zwiększa ryzyko wystąpienia chorób, zatruc, skutkuje zanieczyszczaniem wód gruntowych i powierzchniowych oraz gleby.

7 W państwach Unii Europejskiej stosuje się co roku ok. 145 tysięcy ton pestycydów.

Paradoksalnie, do poważnych zmian w środowisku dochodzi również na skutek pozornie proekologicznych zachowań człowieka. Chodzi mianowicie o, wydawać by się mogło, mało znaczące ingerencje w przyrodę, jak np. poprzez różne formy wypoczynku. Często, niestety, łączy się to ze stopniowym dewastowaniem miejsc szczególnie uczęszczanych, obiektów ciekawych, rzadko występujących i wartościowych z przyrodniczego punktu widzenia. Szczególnie uciążliwe są te masowe formy turystyki zmierzające do zaspokajania potrzeb rekreacyjnych czy poprawy zdrowia, które tymczasem stały się ważną gałęzią gospodarki. W celu utrzymania funkcjonalności tych walorów musiano roztoczyć możliwie skuteczną ochronę prawną i instytucjonalną. Nie jest to wcale takie łatwe, gdyż rozliczne potrzeby człowieka zmuszają do nieustannego korzystania z nich, a w konsekwencji i wyniszczania ich.

Jednym z bardziej odczuwalnych tego efektów jest erozja bioróżnorodności rolniczej. Jest to tym bardziej niepokojące, że od niej to w dużej mierze zależy produkcja żywności na świecie, jej zróżnicowanie smakowe i odżywcze, przewidywalność zbiorów; krótko mówiąc bezpieczeństwo żywnościowe. Od zaspokojeniu głodu i niedożywienia w wielu regionach świata zależy realizacja prawa do życia i praw z niego wynikających. Niełatwo jest wobec tego jednoznacznie ocenić nowoczesne biotechnologie, które z jednej strony mają być skutecznym sposobem zażegnania widma głodu, z drugiej źródłem problemów zdrowotnych. Środowisko tymczasem doznaje gwałtownego spadku zróżnicowania gatunkowego (Krajewski, 2009, 192). Można w tym miejscu postawić pytanie o zasadność obieranych kierunków badań czy rozwijania technologii, skoro dążenia do zaspokojenia niektórych potrzeb/praw wystawia ich adresata na (należy mieć nadzieję, że tylko hipotetyczne) ryzyko.

Podsumowanie

Tych kilka uwag na temat wielowymiarowych, a zarazem szczególnych zależności i relacji człowieka od otoczenia przyrodniczego (które wcale niełatwo jest – jeżeli w ogóle możliwe – ująć w rygor przepisów prawa) każe dziś zastanawiać się nad aktualnością uprzedniej impostacji. Z uwagi na

nieustanne naruszanie praw człowieka powodowane zmianami w środowisku wyłania się pokusa (a przynajmniej chęć podjęcia teoretycznej próby) dokonania zmian w hierarchicznym podziale, już nie według klucza generacyjnego, lecz ze względu na kryjące się za tym ludzkie potrzeby. Czy jednak jest to zasadne? Bardziej nagląca jest konieczność zmian w impostacji praw czy upowszechnienie świadomości potrzeb? Najważniejsze chyba, aby jak na razie pamiętać, że naruszanie prawa do środowiska, i to w jakiegokolwiek formie, polegające na ograniczeniu dostępu i korzystania z dóbr i usług ekologicznych, okazuje się szczególnie dolegliwe, gdyż godzi bezpośrednio w bezpieczeństwo i samo istnienie podmiotów tego prawa. Problem jest równie istotny co skomplikowany. Być może spojrzenie nań nie jak na przepis prawny, ale jak na zbiór żywotnych (w równej mierze dla jednostki, jak i zbiorowości) potrzeb pozwoliłoby na jego lepsze zrozumienie, a w konsekwencji i realizowanie. Jedno nie ulega wątpliwości: dyskusja na te tematy jest niezbędna, gdyż zawsze ubogaca i utrzymuje w stałym napięciu, czujności, gotowości do zmian, gdy tylko wystąpi tego potrzeba.

Bibliografia

- Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (Helsinki 1975).
- Deklaracja Sztokholmska: [http://www.stosunki.pl/sites/default/files/images/Deklaracja%20Sztokho lmska. pdf](http://www.stosunki.pl/sites/default/files/images/Deklaracja%20Sztokho%20lmska.pdf).
- Deklaracja z Rio de Janeiro w sprawie środowiska i rozwoju : <http://libr.sejm.gov.pl/tek01 /txt/inne/ 1992.html>.
- Konferencja Genewska (1979, 1984).
- Konferencja Monachijska (1984).
- Konferencja ONZ, Szczyt Ziemi w Rio de Janeiro (1992) z Agendą 21.
- Konwencja UNESCO w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturowego i naturalnego (Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage).
- Konwencja o zakazie użycia, składowania, produkcji i przekazywania min przeciwpiechotnych oraz ich zniszczeniu, (DzU 2013.323).
- Program Narodów Zjednoczonych do spraw Ochrony Środowiska (United Nations Environmental Programme (UNEP, 1972).
- Ciszek M. (2010), Postulat czwartej generacji praw człowieka w politycznym systemie międzynarodowej ochrony. Próba filozoficznego uzasadnienia z perspektywy personalizmu etycznego, w: *Studia Ecologiae et Bioethicae*, 8/1, s. 105–116.
- Krajewski P. (2009), *Prawo do zdrowego i bezpiecznego środowiska w kontekście rozwoju nowoczesnych biotechnologii*, w: J. Ciechanowicz-Mclean, T. Bojar-Fijałkowski (red.), *Prawo ochrony środowiska jako warunek prowadzenia działalności gospodarczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk.
- Mik C. (1992), *Zbiorowe prawa człowieka: analiza krytyczna koncepcji*, Wydawnictwo UMK, Toruń.
- Sitek B. (1998), *Antropologiczne podstawy ochrony środowiska w prawie wspólnotowym*, w: R. Sobański (red.), *Prawa człowieka w państwie ekologicznym*, Wydawnictwo ATK, Warszawa.
- Sitek M. (2016), *Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa.
- Zębek E. (2009), *The right man to information on environmental hazardous waste protection*, w: B. Sitek (i in.)(red.), *Proceedings of the 8th International Conference on Human Rights: The Rights to Knowledge and Information in a Heterogenic Society*, Cambridge.

Anna Pawlak

Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Warszawie

Ochrona dzieci przed cyberprzestępczością w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych

Protecting Children from Cybercrime
in The United Nations System

Streszczenie

W związku ze stałym postępem technologicznym i coraz większymi możliwościami funkcjonowania w cyberprzestrzeni jedną z ważniejszych potrzeb współczesnego świata, jest zapewnienie cyberbezpieczeństwa użytkownikom mediów elektronicznych, a w szczególności ochrona dzieci przed cyberpatologiami. W tym zakresie niezwykle istotna jest współpraca międzynarodowa i harmonizacja przepisów dotyczących cyberprzestępczości w poszczególnych krajach.

Artykuł ten ma na celu ukazanie prawnych środków ochrony dzieci przed cyberprzestępczością na szczeblu uniwersalnym. W artykule przedstawiono także wybrane działania faktyczne Organizacji Narodów Zjednoczonych, które uzupełniają ochronę dziecka przed cyberprzestępczością w ogólnosiwiatowym systemie. W tym zakresie konieczne stało się sięgnięcie do licznych materiałów źródłowych, opublikowanych na oficjalnej stronie internetowej ONZ, tak by korzystać z aktualnych danych. Ponadto artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie odnośnie do wystarczalności i skuteczności środków prawnych podejmowanych przez ONZ.

Abstract

Due to the steady technological progress, one of the most important needs of the modern world is to provide cyber-security to users of electronic media. What is more – it is necessary to protect children from cybercrime. In this respect, international cooperation and harmonization of cybercrime regulations in particular countries are extremely important.

This article aims to show the legal measures to protect children from cybercrime at the universal level. The article also presents some of the activities of the United Nations in this regard. Furthermore, the study is an attempt to answer the question of the sufficiency and effectiveness of the UN legal measures. In addition, the study is an attempt to answer the question of sufficiency and effectiveness of the UN legal measures to protect children from cybercrime.

Słowa kluczowe: cyberprzestępczość, prawa dziecka, Organizacja Narodów Zjednoczonych

Keywords: cybercrime, children's rights, United Nations

Wstęp

Stały rozwój technologii powoduje nasilenie się istniejących oraz pojawianie nowych zagrożeń z wykorzystaniem komputerów i sieci teleinformatycznych. Katalog przestępstw, które dokonywane są za pomocą Internetu, jest bardzo szeroki i wraz z postępem technologicznym stale się poszerza. Wymienić tu można zarówno przestępstwa związane z wykradaniem danych, nielegalnym dostępem do nich, „kradzieżą” tożsamości, jak i wyłudzenie pieniędzy przez Internet, cyberterroryzm, cyberprzemoc, mnóstwo przestępstw o podłożu seksualnym (jak np. cyberpornografia, pedofilia sieciowa, cyberseks, cyberprostyucja, *child grooming*¹, seksting²) internetowy hazard, a nawet internetowa działalność sekt.

Internet stał się powszechnym źródłem czerpania informacji o świecie, a dostęp do zasobów sieci informatycznych ma coraz więcej ludzi³, w tym dzieci⁴. Możliwość pozyskiwania informacji, wymiany kontaktów z osobami z całego świata, uczenia się języków, poznawania nowych technologii – to wszystko sprawia, że rodzice bez wahania umożliwiają dzieciom dostęp do Internetu, niestety bardzo często – bez nadzoru ze strony dorosłych. Według amerykańskich badaczy brak nadzoru ze strony rodziców najczęściej wynika z założenia: „znam zagrożenia płynące z Internetu, ale mojego dziecka to nie spotka” (Rosen, Cheever, Carrier, 2008, s. 469). Ofiarami wielu z cyberprzestępstw są wrażliwe i ufne dzieci, dla których świat wirtualny coraz częściej staje się drugą rzeczywistością. Dzieci wychowywane w dobie technologii informatycznej, konsumpcjonizmu, erotyzacji codziennego życia narażone są na negatywne wzorce, które nie uczą prawidłowych relacji międzyludzkich. Wszystko to sprawia, że najmłodszy stają się bardzo „łatwymi” ofiarami wielu przestępstw z użyciem Internetu. Dlatego też bardzo ważne jest podejmowanie działań zmierzających do skutecznego zapobiegania przestępstwom popełnianym przy wykorzystaniu technologii informatycznych, a gdy do przestępstwa już doszło – ścigania i karania ich sprawców.

Cyberprzestrzeń nie zna granic terytorialnych, dlatego istotna w walce z cyberprzestępcstwami jest współpraca międzynarodowa i harmonizacja przepisów w poszczególnych krajach. Jak się szacuje, globalnie aż ok. 80% wszystkich cyberprzestępstw związanych jest z jakąś formą zorganizowanej działalności i popełnianych przez specjalnie utworzone do tego grupy cyberprzestępców. Co więcej – w krajach rozwijających się pojawiły się subkultury młodych mężczyzn zajmujące się oszustwami związanymi z komputerami. Wielu z tych mężczyzn zaangażowało się w cyberprzestępczość już w latach nastoletnich. Wskaźniki cyberprzestępczości są wyższe w krajach o niższym poziomie rozwoju, co wskazuje na potrzebę wzmocnienia wysiłków w zakresie zapobiegania jej właśnie w tych krajach (*Comprehensive Study on Cybercrime...*, 2013, s. 43 i n.).

W związku z eksplozją globalnej łączności w XXI w. konieczne są interkontynentalne działania prawne mające na celu walkę z cyberprzestępczością. W skali ogólnosiwiatowej możliwości takie posiada Organizacja Narodów Zjednoczonych – uniwersalna organizacja międzynarodowa, powstała 24 października 1945 r. (*History of the United Nations...*), kiedy to – w wyniku złożenia wymaganych dokumentów ratyfikacyjnych, weszła w życie Karta Narodów Zjednoczonych podpisana w San Francisco 26 czerwca 1945 r. (DzU 1947 r., nr 23, poz. 90.). Obecnie członkami ONZ są 193 państwa (*Growth in United Nations...*), co czyni z organizacji największy i jedyny podmiot międzynarodowy zrzeszający cały świat.

W artykule przyjęto szeroką definicję cyberprzestępstwa. Podczas X Kongresu ONZ w sprawie Zapobiegania Przestępczości i Traktowania Przestępców zdefiniowano cyberprzestępstwa w wąskim i szerokim sensie. Cyberprzestępstwo w wąskim sensie to „wszelkie nielegalne działanie, wykonywane w postaci operacji elektronicznych, wymierzone przeciw bezpieczeństwu systemów komputerowych lub poddawanych procesom przez te systemy danych”, podczas gdy w szerokim to „wszelkie nielegalne działanie, popełnione za pomocą lub dotyczące systemów lub sieci komputerowych, włączając w to m.in. nielegalne posiadanie i udostępnianie lub rozpowszechnianie informacji przy użyciu systemów lub sieci komputerowych” (Suchorzewska, 2010). Różne definicje cyberprzestępczości w większości zależą od celu używania tego terminu. Jednak jak wskazuje Biuro ONZ ds. Narkotyków i Przestępczości (*Comprehensive Study on*

Cybercrime..., 2013, s. 44), definiowanie cyberprzestępczości nie jest tak istotne jak określenie zakresu specjalistycznych uprawnień do prowadzenia dochodzeń i współpracy międzynarodowej, która winna koncentrować się na elektronicznych dowodach na jakąkolwiek przestępczość, a nie na sztucznie budowanych definicjach.

Regulacje prawne

Głównym aktem prawnym systemu uniwersalnego, regulującym sytuację prawną dzieci jest Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 20 listopada 1989 r. (DzU z 1991 r. r 120, poz. 526. ze zm.). Jest to multilateralna umowa międzynarodowa, zawarta pod auspicjami ONZ, której stroną jest 196 państw całego świata (*Status of treaties...*). Z uwagi na fakt, iż konwencja ta uchwalona została w 1989 r., nie zawiera regulacji bezpośrednio odnoszących się do zagrożeń płynących z cyberprzestrzeni, zawiera jednak regulacje nakazujące chronić dzieci przez wszelkimi formami patologii, bez znaczenia jest zatem środek, za pomocą którego dziecko może być skrzywdzone.

W artykule 19. Konwencji nałożono na Państwa-Strony zobowiązanie do ochrony dziecka przed wszelkimi formami przemocy fizycznej bądź psychicznej, krzywdy lub zaniedbania bądź złego traktowania lub wyzysku, w tym wykorzystywania w celach seksualnych dzieci pozostających pod opieką określonych osób. Jak wskazuje ustęp 2. artykułu 19.: „Tęgodzaju środki ochronne powinny obejmować, tam gdzie jest to właściwe, skuteczne przedsięwzięcia w celu stworzenia programów socjalnych dla realizacji pomocy dziecku oraz osobom sprawującym opiekę nad dzieckiem, jak również innych form działań prewencyjnych dla ustalania, informowania, wszczynania i prowadzenia śledztwa, postępowania, notowania wymienionych wyżej przypadków niewłaściwego traktowania dzieci oraz tam, gdzie jest to właściwe – ingerencję sądu”. To zatem od działalności państw zależeć będzie w dużej mierze bezpieczeństwo, w tym cyberbezpieczeństwo dzieci. Jednym z ważniejszych działań, podejmowanych przez kraje – strony Konwencji winno być edukowanie nieletnich na temat potencjalnych zagrożeń. Odpowiednie sformułowane kampanie

informacyjne, ale także szeroka pomoc dziecku, które stało się ofiarą cyberprzestępczości, to główne środki ochronne, które powinno być zapewnione przez dane państwo.

Jedną z podstawowych form krzywdzenia dzieci jest przemoc seksualna, oznaczająca wykorzystywanie dziecka dla uzyskania przyjemności seksualnej przez osoby dorosłe⁵. Ochronę dzieci przed wyzyskiem seksualnym reguluje art. 34. Konwencji o prawach dziecka, który stanowi, iż: „Państwa-Strony zobowiązują się do ochrony dzieci przed wszelkimi formami wyzysku seksualnego i nadużyć seksualnych. Dla osiągnięcia tych celów Państwa-Strony podejmą w szczególności wszelkie właściwe kroki o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania:

- a. nakłanianiu lub zmuszaniu dziecka do jakichkolwiek nielegalnych działań seksualnych;
- b. wykorzystywaniu dzieci do prostytucji lub innych nielegalnych praktyk seksualnych;
- c. wykorzystywaniu dzieci w pornograficznych przedstawieniach i materiałach”.

Przepisem subsydiarnym wobec wymienionych wyżej postanowień jest art. 36. Konwencji o prawach dziecka, w którym nakazuje się państwu bronienie dziecka przed wszelkimi innymi formami wyzysku, w jakimkolwiek aspekcie naruszającymi dobro dziecka. Jak wskazuje się w doktrynie (Kociucki, 1999, s. 377) – art. 36. ma umożliwić uzupełnienie ewentualnych luk w regulacjach Konwencji, wynikających z nieprzewidzianych wcześniej zagrożeń dobra dziecka w skutek m.in. rozwoju techniki. Dzięki takiemu elastycznemu sformułowaniu Konwencja nakazuje chronić dzieci również przed wszelkimi cyberprzestępstwami. Głównym wyznacznikiem ochrony będzie zagrożenie „dobru dziecka”, bez względu na użyte w tym celu środki. Dzięki tej klauzuli generalnej Konwencja otwiera się na pozanormatywne systemy. Najczęściej bowiem przyjmuje się, iż „dobro dziecka to zespół wartości duchowych i materialnych, które mają wpływ na prawidłowy rozwój fizyczny i psychiczny dziecka” (S. L. Stadniczenko, 2015, s. 95).

Do kwestii cyberprzemocy można odnieść także inne regulacje Konwencji o prawach dziecka. Art. 8 Konwencji odnosi się do konieczności podjęcia działań przez Państwa-Strony, mających na celu poszanowanie

prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych. W przypadku gdy dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości, Państwa-Strony są obowiązane do pomocy i ochrony dziecka w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości. Regulacja art. 8. swoim zakresem obejmuje ochronę dziecka przed takimi czynami jak zniesławianie, znieważanie, czy naruszenie wizerunku dziecka w cyberprzestrzeni. Ponadto do kwestii włamań na profile dziecka czy też jego konta zastosowanie może znaleźć art. 16. Konwencji, którego treść wskazuje, iż „żadne dziecko nie będzie podlegało arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w korespondencję ani bezprawnym zamachom na jego honor i reputację”. Dziecko ma prawo do ochrony prawnej przeciwko tego rodzaju naruszeniom.

Dużym wyzwaniem dla poszczególnych państw jest walka z przestępstwami na tle seksualnym, których ofiarami są dzieci. Rozwinięciem art. 34. Konwencji o prawach dziecka, stanowiącego ogólną zasadę ochrony dziecka przed nadużyciami seksualnymi, jest Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii przyjęty w Nowym Jorku 25 maja 2000 r. (DzU z 2007 r., nr 76, poz. 494). Akt ten został do tej pory (stan na 29 czerwca 2017 r.) podpisany i przyjęty przez 173 państwa świata (*Status of Treaties...*). Protokół fakultatywny stanowił odpowiedź ONZ na wnioski „Międzynarodowej konferencji w sprawie zwalczania dziecięcej pornografii w Internecie”, która odbyła się we Wiedniu w 1999 r. i podczas której m.in. wezwano do bliższej współpracy między rządami a przemysłem internetowym.

Ważnym krokiem w walce z dziecięcą prostytucją i pornografią było zdefiniowanie tych procederów. W art. 2. wskazano, iż dziecięca prostytucja to wykorzystywanie dzieci do czynności seksualnych za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek rekompensatą w dowolnej, innej formie; natomiast dziecięca pornografia obejmuje jakiegokolwiek pokazywanie, za pomocą dowolnych środków (a więc także przy wykorzystywaniu mediów elektronicznych) dziecka uczestniczącego w rzeczywistych lub symulowanych czynnościach seksualnych lub też jakiegokolwiek pokazywanie organów płciowych w celach przede wszystkim seksualnych. Państwa – Strony Protokołu fakultatywnego z 2000 r. zostały zobowiązane do penalizacji dziecięcej prostytucji oraz

pornografii, w tym do objęcia karalnością oferowania, uzyskiwania, nabywania czy dostarczania dziecka do celów prostytucji oraz produkcji, dystrybucji, rozpowszechniania, importu, eksportu, oferowania, handlu lub posiadania dziecięcej pornografii. Przy czym penalizacja tych czynów ma być zapewniona bez względu na to, czy przestępstwo zostało popełnione w kraju, czy za granicą, przez jednostkę, czy też przez zorganizowaną grupę, i ma obejmować zarówno próby popełnienia przestępstwa, jak i w nim współudział (art. 3. Protokołu). Ponadto państwa-strony Protokołu zostały zobowiązane do uregulowania zagadnień jurysdykcji oraz możliwości ekstradycji sprawców tych przestępstw (art. 4. i 5.).

Ochrona dzieci przed nadużyciami seksualnymi przez Internet wymaga ścisłej współpracy międzynarodowej. Stąd też Protokół fakultatywny obliguje do jej wzmocnienia (w art. 6. oraz 10.). Państwa – strony mają bowiem podejmować wszelkie niezbędne kroki polegające na zawieraniu umów międzynarodowych (wielostronnych, regionalnych, ale także dwustronnych), mające na celu zapobieganie tego rodzaju przestępstwom, wykrywanie, dochodzenie, ściganie i karanie przestępców seksualnych na dzieciach; mają także promować i koordynować współpracę międzynarodową, w tym mającą na celu pomoc dzieciom w fizycznej i psychicznej rekonwalescencji oraz reintegracji społecznej. Współpraca ta ma polegać także na walce z podstawowymi przyczynami dziecięcej prostytucji, pornografii i handlu dziećmi, takimi jak: ubóstwo i niedorozwój. Ponadto, państwa mające taką możliwość winny udzielać sobie pomocy zarówno finansowej, jak i technicznej w ramach różnych programów wielo- i dwustronnych.

Protokół fakultatywny podkreśla konieczność zapobiegania przestępstwom i ścigania ich sprawców, ale także kładzie silny nacisk na osobę skrzywdzonego dziecka. W art. 8. zobowiązuje państwa – strony do podjęcia odpowiednich kroków w celu ochrony ofiar (głównie do dostosowania procedur do szczególnej wrażliwości małoletnich ofiar, dodatkowej ich ochrony). Ponadto Protokół obliguje do podjęcia odpowiednich środków zapobiegawczych poprzez uświadamianie społeczeństwa oraz samych dzieci, programy edukacyjno-szkoleniowe i działania informacyjne (art. 9. ust. 1. i 2.).

Skutki uchwalenia Protokołu fakultatywnego w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii należy ocenić bardzo pozytywnie. W wielu krajach (w tym w Polsce) przyczynił się on do

wyodrębnienia struktur policyjnych wyspecjalizowanych w zwalczaniu zjawiska handlu ludźmi i dziecięcej pornografii, wprowadzenia wielu zmian legislacyjnych wzmacniających ochronę ofiar (w Polsce np. powstała Sieć Pomocy Ofiarom Przystępstw), uruchomieniu wielu programów i strategii rządowych aktywizujących różne służby państwowe, wzmocnienia współpracy z organizacjami pozarządowymi, a także zacieśniania współpracy międzynarodowej mającej na celu walkę ze zjawiskiem np. w ramach Państw Morza Bałtyckiego (*Sprawozdanie z realizacji Protokołu fakultatywnego*, 2007, s. 11 i n.).

W systemie ONZ niewiele jest wiążących regulacji dotyczących ochrony dziecka przed cyberprzestępczością. System ten uzupełniają umowy międzynarodowe o charakterze regionalnym. Podkreślenia wymaga rola Rady Europy w tym zakresie. Wśród regulacji Rady Europy odnoszących się do problematyki cyberprzestępczości wobec dzieci wyróżnić należy dwa akty: Konwencję Rady Europy o cyberprzestępczości sporządzoną w Budapeszcie 23 listopada 2001 r. (DzU z 2015 r., poz. 728.), a także Konwencję Rady Europy z 25 października 2007 r. o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (DzU z 2015 r., poz. 608.), zwaną również Konwencją z Lanzarote – od miejsca jej podpisania.

Konwencja z Lanzarote bardziej szczegółowo niż omówiony Protokół fakultatywny ONZ reguluje kwestie ochrony przed cyberprzestępczością. Już w samej preambule państwa-akcjonariusze Konwencji zauważają, że seksualne wykorzystywanie dzieci i niegodziwe ich traktowanie w celach seksualnych przybrało niepokojące rozmiary, w szczególności jeśli chodzi o wzrost korzystania z technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych zarówno przez dzieci, jak i sprawców przestępstw. W związku z tym należy podjąć odpowiednie działania, z uwzględnieniem specyfiki cyberprzestrzeni. Konwencja Rada Europy z 2007 r. skupia się na kilku aspektach – nakazuje stopniową zmianę prawa wewnętrznego do osiągnięcia określonych standardów ochrony dziecka, ściśle współpracę międzynarodową, przy jednoczesnej intensywnej edukacji oraz podnoszeniu powszechnej świadomości na temat seksualnego wykorzystywania dzieci. Konwencja z Lanzarote została ratyfikowana przez 42 państwa, będące członkami Rady Europy. Pozostałe pięć państw Rady Europy (Armenia, Azerbejdżan, Irlandia,

Norwegia i Wielka Brytania) podpisały Konwencję, lecz jeszcze jej nie ratyfikowały (*Chart of signature and ratifications of Treaty 201...*).

Szczególną uwagę należy poświęcić jednak Konwencji o cyberprzestępczości Rady Europy, gdyż akt ten zyskał uznanie nie tylko wśród krajów członkowskich organizacji, lecz został także ratyfikowany przez kraje z odległych zakątków świata. Konwencja o cyberprzestępczości została otwarta do podpisu zarówno dla państw członkowskich Rady Europy, jak i państw z poza organizacji. Aktualnie ratyfikowało ją 55 państw świata. Wśród krajów nieczłonkowskich Rady Europy Konwencja obowiązuje w 12 krajach: Australii, Kanadzie, Chile, na Dominikanie, Mauritiusie, w Izraelu, Japonii, Panamie, na Sri Lance, w Senegal, Tonga oraz w Stanach Zjednoczonych (*Chart of signature and ratifications of Treaty 185...*). Fakt, iż również kraje spoza Rady Europy chętnie przystępują do Konwencji o cyberprzestępczości, świadczy o szczególnym uznaniu dla tego aktu na arenie międzynarodowej. Pomimo regionalnego charakteru organizacji, jaką jest Rada Europy, Konwencja zyskała charakter ogólnosiwiatowy, jest ona bowiem jedynym aktem międzynarodowego prawa karnego ery społeczeństwa informacyjnego, który wywiera istotny wpływ na ustawodawstwa karne państw-stron Konwencji.

Działania faktyczne

W systemie ONZ niewiele jest wiążących regulacji dotyczących ochrony dziecka przed cyberprzestępczością, wyróżnić za to można szereg działań faktycznych, które przyczyniają się do poprawy sytuacji. W ramach organizacji szeroko dyskutuje się na temat cyberbezpieczeństwa i zwraca uwagę świata na różnorodność zagrożeń i konieczność międzynarodowej współpracy. Przykładowo: zagadnienie ochrony dzieci w Internecie podejmowane jest systematycznie przez Radę Praw Człowieka, która jest głównym organem systemu politycznego ONZ. Rada odbywa coroczne, całodzienne spotkania dotyczące różnych aspektów praw dziecka. Na przedostatnim z tych spotkań, które miało miejsce 7 marca 2016 r., podczas 31 sesji Rady Praw Człowieka, dyskutowano na temat „Technologie informatyczne a wykorzystywanie seksualne dzieci”. Celami spotkania

były m.in. pogłębienie wiedzy na temat relacji między nowoczesną technologią a prawami człowieka, wymiana dobrych praktyk i doświadczeń w tej sprawie, opracowanie odpowiednich strategii mających na celu ochronę dzieci online, wypracowanie zaleceń, by zapewnić bezpieczny i równy dostęp dzieci do nowych technologii oraz kryminalizację wykorzystywania dzieci w Internecie (*Information and Communications Technology...*). Sesje Rady Praw Człowieka stanowią doskonałą okazję do przeglądu sytuacji w zakresie realizacji poszczególnych praw człowieka na świecie.

Ponadto przy Radzie Praw Człowieka od 1990 r. funkcjonuje urząd Specjalnego Sprawozdawcy ds. Sprzedaży Dzieci, Dziecięcej Prostytycji i Pornografii, powołany Rezolucją Komisji Praw Człowieka z 7 marca 1990 r. (E/CN.4/RES/1990/68). Sprawozdawcy powoływani są w ramach tzw. procedur specjalnych, a ich głównymi zadaniami są podejmowanie wizyt w państwach ONZ, rozpatrywanie skarg indywidualnych, wysyłanie pilnych apeli oraz zarzutów do państw z prośbami o wyjaśnienie danej sytuacji, współpraca z przedstawicielami poszczególnych państw na rzecz poprawy sytuacji, a także sporządzanie raportów i wytycznych dotyczących zagadnień związanych z ochroną praw człowieka. Specjalny Sprawozdawca ds. Sprzedaży Dzieci, Dziecięcej Prostytycji i Pornografii składa Radzie Praw Człowieka oraz Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ roczne sprawozdania z podjętych działań. Sprawozdania te w wielu miejscach podnoszą kwestie bezpieczeństwa dzieci, w tym ich ochrony w Internecie. Jednym z pierwszych sprawozdań odnoszących się do problematyki wykorzystywania dzieci przez Internet był raport „Rola mediów i edukacji w zapobieganiu komercyjnemu wykorzystywaniu seksualnemu dzieci” z 16 października 1997 r., który powstał m.in. po pobycie Sprawozdawcy w Stanach Zjednoczonych, gdzie badano problem komercyjnego wykorzystywania seksualnego dzieci przez Internet. W sprawozdaniu tym podkreślano konieczność aktywnej i skutecznej współpracy między rządami a organizacjami pozarządowymi, otwartości wymiany informacji między tymi podmiotami, a także efektywnego systemu wsparcia finansowego działań mających na celu bezpieczeństwo dziecka (*The role of the media...*).

Kolejnymi raportami Specjalnych Sprawozdawców ds. Sprzedaży Dzieci, Dziecięcej Prostytycji i Pornografii, odnoszącymi się m.in. do cyberprzestępczości były: Sprawozdanie z 13 stycznia 1998 r. „Media a edukacja”

(*The media and education...*), Sprawozdanie z 23 grudnia 2004 r. „Porno-
grafia dziecięca w Internecie” (*Child pornography on the Internet*, 2005...),
a także z 13 lipca 2009 o tym samym tytule (*Child pornography on the In-
ternet*, 2012...), czy Sprawozdanie z 26 grudnia 2014 r. „Technologie in-
formatyczne a seksualne wykorzystywanie dzieci” (*Information and Com-
munication Technologies and the sale and sexual exploitation of children...*).
Najnowsze ze sprawozdań – z 30 grudnia 2015 r. dotyczyło „Reakcji na
popyt na seksualne wykorzystywanie dzieci”. Ujęto w nim inny aspekt
seksualnego wykorzystywania dzieci – a mianowicie przypomniano pań-
stwom członkowskim o obowiązku eliminowania potencjalnych zagrożeń
oraz zapobiegania przestępstwom na tle seksualnym wobec dzieci (*Tackling
the demand...*). Działania sprawozdawcze, informacyjne, uświadamiają-
ce wagę problemu cyberprzestępczości, której ofiarami są dzieci, to ważna
część starań ONZ o poprawę sytuacji na świecie.

Działania na rzecz cyberbezpieczeństwa podejmuje także Biuro Na-
rodów Zjednoczonych ds. Narkotyków i Przestępczości. Biuro, powstałe
w 1997 r. ma na celu m.in. promowanie długoterminowej i trwałej zdolności
do budowania potencjału w walce z cyberprzestępczością poprzez wspieranie
krajowych struktur i działań. W szczególności biuro wykorzystuje specja-
listyczną wiedzę na temat systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach
karnych, udzielając pomocy technicznej w budowaniu potencjału, zapobie-
ganiu i zwiększaniu świadomości, współpracy międzynarodowej oraz groma-
dzeniu, badaniu i analizie cyberprzestępczości (*About UNODC...*).

Biuro Narodów Zjednoczonych ds. Narkotyków i Przestępczości
obecnie realizuje Globalny program o cyberprzestępczości, w ramach
którego podejmowane są konkretne działania w terenie, mające na celu
zwiększenie bezpieczeństwa w sieci. W szczególności wiele działań kie-
rowanych jest do państw walczących z ubóstwem, w których cyberprze-
stępczość jest wysoka, a jej wykrywalność niska. Przykładowo, w 2016 r.
w ramach programu przeprowadzono szereg szkoleń kierowanych do
sędziów oraz prokuratorów z terenu Tanzanii oraz Etiopii. Poprzez Glo-
balny program Biuro ds. Narkotyków i Przestępczości angażuje się w do-
skonalenie wiedzy fachowej oraz w poprawę krajowej i regionalnej współ-
pracy w kwestiach związanych z cyberprzestępczością. Szkolenia są jednym
z ważniejszych elementów programu. Ponadto istotnym działaniem jest

zapewnienie edukacji w szkołach, a także informowanie o potencjalnych zagrożeniach rodziców, nauczycieli i opiekunów dzieci (*Global Programme on Cybercrime...*).

W ramach biura funkcjonuje Komisja ds. zapobiegania przestępczości i sprawiedliwości w sprawach karnych, która także podejmuje działania związane z cyberbezpieczeństwem. Zgromadzenie Ogólne ONZ Rezolucją nr 65/230 zwróciło się do Komisji o utworzenie otwartej międzyrządowej grupy ekspertów, w celu przeprowadzenia wszechstronnego badania problemu cyberprzestępczości i reagowania na niego przez państwa członkowskie, społeczność międzynarodową i sektor prywatny, w tym wymianę informacji dotyczących ustawodawstwa krajowego. Utworzona grupa odbyła do tej pory trzy sesje (w styczniu 2011, lutym 2013 oraz kwietniu 2017 r.), a najważniejszym efektem jej działań jest opublikowanie porównawczego opracowania na temat cyberprzestępczości (*Comprehensive Study on Cybercrime*, 2013). Przeprowadzono w nim m.in. szczegółową analizę stanu regulacji prawnych dotyczących cyberprzestępczości na świecie. Opracowanie to jest dostępne w sześciu językach (arabski, chiński, angielski, francuski, rosyjski i włoski).

Biuro Narodów Zjednoczonych ds. Narkotyków i Przestępczości opublikowało także szerokie opracowanie dotyczące wpływu nowych technologii informatycznych na nadużycia wobec najmłodszych i wykorzystywanie dzieci (*Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children...*). Ciekawym środkiem mierzącym do harmonizacji przepisów krajowych jest prowadzona przez biuro strona internetowa, zwana Repozytorium cyberprzestępczości. Jest to centralny zbiór danych dotyczących przepisów wewnętrznych o cyberprzestępczości, ale także orzeczeń sądów krajowych. Ponadto zawiera zbiór dobrych praktyk i strategii zapobiegania cyberprzestępczości w poszczególnych krajach. Repozytorium ułatwia wymianę informacji między państwami, pozwala ocenić zdolności wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, a także dostarcza informacji odnośnie do stanu legislacji w poszczególnych krajach. Niestety nie zawiera ono zbyt wielu orzeczeń sądowych oraz przykładów dobrych praktyk.

Na uwagę zasługuje także utworzone w ramach ONZ Forum Zarządzania Internetem (*Internet Governance Forum*), złożone z grupy ekspertów z całego świata, reprezentujących różne grupy i sektory, którzy

na dorocznych spotkaniach dyskutują, wymieniają się informacjami i dzielą dobrymi praktykami związanymi z maksymalizowaniem możliwości Internetu i stawianiem czoła zagrożeniom i wyzwaniom. W ramach forum utworzono Dynamiczną Koalicję na rzecz Bezpieczeństwa Dzieci w Internecie, która skupia głównie przedstawicieli organizacji pozarządowych zajmujących się ochroną praw dzieci. W ramach koalicji prowadzona jest międzysektorowa dyskusja, a także wymiana doświadczeń i dobrych praktyk w zakresie bezpiecznego użytkowania Internetu przez dzieci (*Dynamic Coalition on Child Online Safety...*).

Nie sposób wymienić wszystkich działań szerokich struktur Organizacji Narodów Zjednoczonych, promujących cyberbezpieczeństwo wśród dzieci. Większość z nich ma charakter informacyjny i ma na celu zwrócenie uwagi świata na problem cyberprzestępczości.

Wnioski

Organizacja Narodów Zjednoczonych, jako organizacja uniwersalna o globalnym zasięgu działania, posiada znakomity potencjał koordynacji ogólnoświatowej współpracy w walce z cyberprzestępczością, a także wyznaczania standardów, do których dążyć winny państwa członkowskie. W rzeczywistości ONZ podejmuje liczne działania promujące bezpieczeństwo w sieci, bez konkretnych regulacji prawnych w tym zakresie. Widoczną luką jest brak ogólnoświatowej regulacji dotyczącej standardów ochrony przed cyberprzestępczością. Uwidacznia to fakt, iż niektóre kraje świata, nie należące w regionie europejskim, poszukując pewnych standardów ochrony, przystąpiły do Konwencji o cyberprzestępczości uchwalonej w ramach struktur Rady Europy. Konwencja ta zyskuje charakter ogólnoświatowy, jako jedyny akt międzynarodowego prawa karnego, który ujmuje problemy cyberprzestępczości. Wydaje się, iż uchwalenie podobnej regulacji w ramach systemu uniwersalnego przyspieszyłoby harmonizację prawa wewnętrznego w różnych zakątkach świata. Skoro bowiem konwencja uchwalona przez regionalną organizację zyskuje coraz szerszy – globalny zasięg, to znak, iż świat (a przynajmniej pewna jego część) jest gotowy na uniwersalne standardy ochrony.

Główne działania ONZ w zakresie ochrony dzieci przed cyberprzestępczością polegają aktualnie na informowaniu świata o zagrożeniach, wymianie dobrych praktyk i informacji. Działania te są niezwykle istotne, niemniej jednak promowanie cyberbezpieczeństwa winno odbywać się częściej wśród różnych społeczności lokalnych (jak ma to miejsce w ramach Globalnego programu o cyberprzestępczości) niż w ramach grup eksperckich struktur ONZ. Z jednej strony – ważne jest bowiem budowanie standardów poprzez odpowiednie regulacje prawne; z drugiej natomiast strony dla dziecka skrzywdzonego lub dla potencjalnej nieletniej cyberofiary istotny jest sposób realizacji wytyczonych standardów przez odpowiednie służby. Docenić należałoby więc pracę „u podstaw” i edukację poszczególnych grup społecznych – zarówno dzieci, ich rodziców, jak i sędziów orzekających w sprawach cyberprzestępstw, funkcjonariuszy policji, nauczycieli itd. Oprócz wszelkich działań penalizujących, ścigających i sankcjonujących konieczne są intensywne kampanie edukacyjne. Odpowiednia kampania może przyczynić się do większego bezpieczeństwa naszych dzieci. Tylko dziecko, które jest świadome zagrożenia, będzie w stanie się przed nim obronić, a odpowiedzialny rodzic wesprze swoje dziecko i uda się do odpowiednich służb, które będą reagować szybko i skutecznie na zaistniałe zagrożenie.

Podsumowując – choć ONZ podejmuje działania informacyjne i promujące cyberbezpieczeństwo oraz dokonuje analiz eksperckich w tym zakresie, to daje się zauważyć brak konkretnych regulacji prawnych o zasięgu międzynarodowym, które winny przybliżyć do siebie prawodawstwo poszczególnych państw oraz skłaniać je do współpracy. Przy nieograniczonych możliwościach komunikowania się przez Internet jedynie ścisła współpraca międzynarodowa może bowiem przynieść oczekiwane efekty walki z cyberpatologiami.

Literatura:

- American Academy of Pediatrics, *Media and Young Minds. Council on Communications and Media*, [w:] „Pediatrics” 2016, vol. 138, no 5.
- Andrzejewska A., *Dzieci i młodzież w sieci zagrożenia realnych i wirtualnych. Aspekty teoretyczne i empiryczne*, Difin, Warszawa 2014.
- Comprehensive Study on Cybercrime. Draft – February 2013*, United Nations Office on Drugs and Crime, New York 2013.
- Kluczyńska S., *Przemoc seksualna wobec dzieci*, „Niebieska Linia” 2002, nr 3.
- Kociucki L., *Ochrona dziecka przed złym traktowaniem*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Ars boni et aequi, Poznań 1999.
- Kudlak G., *Sexting – od zabawy do przestępstwa*, [w:] *Oblicza patologii społecznych*, red. S. Bębas, WSH – Radom 2011.
- Lew-Starowicz Z., *Przemoc seksualna*, Jacek Santorski & CO, Warszawa 1992.
- Quayle E., Vaughan M., Taylor M., *Sex offenders, Internet child abuse images and emotional avoidance: The importance of values*, „Aggression and Violent Behavior” 2006, Volume 11, Issue 1, s. 1–11.
- Rosen L. D., Cheever N. A., Carrier L. M., *The association of parenting style and child age with parental limit setting and adolescent My Space behavior*, „Journal of Applied Developmental Psychology” 2008, Volume 29, Issue 6.
- Suchorzewska A., *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożeń cyberterroryzmem*, Warszawa 2010.
- Stadniczeńko S. L., *Urzeczywistnianie dobra dziecka*, [w:] *Rzecznictwo praw dziecka w Polsce*, red. S. L. Stadniczeńko, Wydaw. PWSZ, Konin – Opole 2002.
- Stadniczeńko S. L., *Prawo dziecka do wychowania w rodzinie*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, red. S. L. Stadniczeńko, Wyd. RPDz., Warszawa 2015.
- Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children*, United Nations Office on Drugs and Crime, New York 2015.

Źródła internetowe:

- About UNODC*, tekst dostępny pod adresem: <http://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html?ref=menutop>, [dostęp: 30.06.2017 r.].
- Chart of signatures and ratifications of Treaty 185. Convention on Cybercrime. Status as of 30/06/2017*, dostępny na stronie: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=2bTssvsW, [dostęp: 30.06.2016].
- Chart of signatures and ratifications of Treaty 201. Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse. Status as of 30/06/2017*, dostępny pod adresem: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/signatures?p_auth=fWJndK2L, [dostęp: 30.06.2017 r.].
- Child pornography on the Internet*, E/CN.4/2005/78, tekst dostępny pod adresem: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/100/19/PDF/G0510019.pdf?OpenElement>, [dostęp: 25.06.2017 r.].
- Child pornography on the Internet*, A/HRC/12/23, tekst dostępny pod adresem: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/146/27/PDF/G0914627.pdf?OpenElement>, [dostęp: 25.06.2017 r.].
- Dane statystyczne dotyczące społeczeństwa informacyjnego. – gospodarstwa domowe i osoby indywidualne*, tekst dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Information_society_statistics_-_households_and_individuals/pl#Dost.C4.99p_do_internetu [dostęp: 27.01.2017 r.].
- Dynamic Coalition on Child Online Safety*, strona dostępna pod adresem: <http://www.intgovforum.org/cms/dynamiccoalitions/79-child-online-safety#introduction>, [dostęp: 30.06.2017 r.].
- Global Programme on Cybercrime Kicks-Off Training for Tanzanian and Ethiopian Officials*, artykuł dostępny pod adresem: <http://www.unodc.org/easternafrika/en/Stories/cybercrime.html>, [dostęp: 30.06.2017 r.].
- Growth in United Nations membership, 1945-present*, dostępny pod adresem: <http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html#2000-Present>, [dostęp: 28 czerwca 2017 r.].
- History of the United Nations*, dostępny pod adresem: <http://www.un.org/en/sections/history/history-united-nations/index.html>, [dostęp: 20.05.2017].
- Information and communications technology and child sexual exploitation*, sprawozdanie dostępne pod adresem: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Pages/31RegularSession.aspx>, [dostęp: 30.06.2017].

- Information and Communication Technologies and the sale and sexual exploitation of children*, A/HRC/28/56, tekst dostępny pod adresem: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/28/56, [dostęp: 25.06.2017 r.].
- Repository Cybercrime*, dostępne pod adresem: <https://www.unodc.org/cld/v3/cybrepol/>, [dostęp: 30.06.2017 r.].
- Sprawozdanie z realizacji Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o Prawach Dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii. Zgodnie z art. 12(1) Protokołu*, dostępne pod adresem: https://www.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles_public/1_NOWA%20STRONA/Spoleczne%20prawa%20czlowieka/spoleczne%20prawa%20czlowieka%20-%20nowa/Sprawozdanie%20prot%20HD%201%202007.pdf, [dostęp: 30.06.2017 r.].
- Status of treaties*, dostępny pod adresem: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en, [dostęp 25.10.2016].
- Tackling the demand for the sexual exploitation of children*, A/HRC/31/58, tekst dostępny pod adresem: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/294/64/PDF/G1529464.pdf?OpenElement>, [dostęp: 27.12.2016 r.].
- The media and education*, E/CN.4/1998/101, tekst dostępny pod adresem: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/101/06/PDF/G9810106.pdf?OpenElement>, [dostęp: 25.06.2017 r.].
- The role of the media and education in preventing and contributing to the commercial sexual exploitation of children*, A/52/482, tekst dostępny pod adresem: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/277/36/PDF/N9727736.pdf?OpenElement>, [dostęp: 25.10.2016 r.].
- United Nation Office on Drugs and Crime, *Comprehensive Study on Cybercrime. Draft – February 2013*, New York 2013, opracowanie dostępne pod adresem: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf, [dostęp: 28.06.2017 r.].

Akty prawne:

- Karta Narodów Zjednoczonych podpisana w San Francisco 26 czerwca 1945 r. (DzU 1947 r., nr 23, poz. 90.).
- Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 20 listopada 1989 r. (DzU z 1991 r. nr 120, poz. 526. ze zm.).
- Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii przyjęty w Nowym Jorku 25 maja 2000 r. (DzU z 2007 r., nr 76, poz. 494.).
- Rezolucja Komisji Praw Człowieka z 7 marca 1990 r., E/CN.4/RES/1990/68.
- Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości sporządzona w Budapeszcie 23 listopada 2001 r. (DzU z 2015 r., poz. 728.).
- Konwencja Rady Europy z 25 października 2007 r. o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (DzU z 2015 r., poz. 608.).

(Endnotes)

- 1 Z.j. ang. „uwodzenie dziecka”, polegające na stopniowym nawiązywaniu więzi emocjonalnej z dzieckiem, zaprzyjaźnianiu się z nim, w celu późniejszego wykorzystania seksualnego (Andrzejewska, 2014, s. 149 i n.).
- 2 Rozumiany jako wysyłanie, szczególnie przez młodzież, wiadomości multimedialnych o zabarwieniu erotycznym, np. nagich zdjęć (Kudlak, 2011, s. 425 i n.).
- 3 Według danych Eurostatu na początku 2014 r. nieco ponad trzy czwarte (78 %) wszystkich mieszkańców Unii Europejskiej w wieku od 16 do 74 lat korzystało z Internetu, a 81 % gospodarstw domowych deklarowała, że ma dostęp do Internetu (*Dane statystyczne...*).
- 4 To, jak zmienia się postrzeganie konsekwencji korzystania przez dzieci z mediów elektronicznych, pokazuje liberalizacja zaleceń co do wieku, w którym dzieci mogą być poddawane ekspozycji na media cyfrowe i nowoczesne technologie. W najnowszych zaleceniach Amerykańskiej Akademii Pediatrycznej wprowadzanie mediów może rozpocząć się już między 18. a 24. miesiącem życia dziecka, z tym że do 5. roku życia dziecko nie powinno korzystać z nich dłużej niż godzinę dziennie (*Media and Young Minds...*, s. 1–2).
- 5 Więcej na temat przemocy seksualnej wobec dzieci w jej aspektach psychologicznych, jak i prawnych zob.: Lew-Starowicz, 1992; Kluczyńska, 2002; Quayle, Vaughan, Taylor, 2006.

mgr Edyta Rosińska-Wielec

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi w Józefowie

**Suwerenność konsumenta w doborze oferty w sieciach
telewizji kablowych jako szczególna troska praw
obywatelskich**

Consumer sovereignty in choices of cable television offers
as a special concern of human rights.

Streszczenie

Tematem badawczym pracy jest suwerenność konsumenta w sieciach telewizji kablowych. Głównym celem jest jej ocena przy wyborze oferty telewizji kablowych w Polsce i na świecie. W artykule podjęto próbę ustalenia stanu faktycznego i wskazania rozwiązań sprzyjających wsparciu rozwoju społeczeństwa obywatelskiego i praw człowieka w zakresie dostępu do informacji. Zrozumienie przyczyn i uwarunkowań tej sytuacji było kolejnym wyzwaniem opisywanego badania. W pracy wykorzystano szeroki przegląd literatury przedmiotu, analizę danych zastanych w zakresie modeli biznesu i rozwoju rynku telewizji kablowych oraz badań dotyczących suwerenności konsumentów i wyboru treści audiowizualnych. W ramach badań przeprowadzono również analizę ekspercką dostępnych ofert telewizji kablowych.

Rezultat analizy na podstawie zebranych powyższych danych wskazuje na ograniczoną swobodę wyboru konsumenta przy zakupie treści audiowizualnych nadawanych linearnie, jak programy telewizyjne w sieciach telewizji kablowych. Taki stan rzeczy wypracowywany przez dekady ma charakter globalnego rozwiązania i nie zmienia się pomimo dostępnych możliwości technicznych, jakie przyniosła cyfryzacja sygnału. Brak woli głównych interesariuszy rynku telewizyjnego wdrożenia rozwiązań eliminujących te ograniczenia konsumenckie stanowi przeszkodę w osiągnięciu pełni praw obywatelskich wyrażanych także poprzez możliwość swobodnego wyboru konsumowanych treści medialnych.

Abstract

The subject of research is a consumer sovereignty in cable television networks. The main purpose of the research is assessment of this phenomenon in choices of cable television offers in Poland and the world. The article attempts to identify material facts about the access to information and at the same time to propose solutions strengthening development of civic society and human rights in this respect. Understanding of reasons & conditions for current market status was also an important research goal.

The article is based on widespread management & economics literature overview, desk research analyses in respect of business models and developments of cable television market as well as market research concerning customer sovereignty and consumer's audiovisual content choices. In the framework of research was made also an expert analyses of cable television offers currently available on the market.

The results of the analyses confirms, based on evidence gathered, that consumers are limited in their choices in case of purchasing audiovisual content in linear television services provided by cable tv operators. This set up has been built by years and has historical & global characteristics. The situation has not been changed in spite of technical capabilities provided by digitalization of tv signal. The main players of market are unwilling to change anything and in result customers are limited in their choices and cannot fully exercise their rights to free access to media content.

Słowa kluczowe: *suwerenność konsumenta, sieć telewizji kablowej, oferta telewizyjna, innowacja, model biznesu*

Keywords: *consumer sovereignty, cable television networks, television offer, innovation, business model*

Wstęp

W neoklasycznej teorii popytu traktuje się konsumenta jako podmiot, który dokonuje decyzji o zakupie towarów i usług w odpowiedzi na osobiste potrzeby lub pragnienia, tym samym dyktując optymalną produkcję i alokację zasobów. Innymi słowy, w gospodarce rynkowej postanowienia przedsiębiorców dotyczących produkcji są kształtowane przez swobodnie wyrażane decyzje konsumentów.

Jednakże część ekonomistów wyraża przekonanie, że rzadko spotykamy takie warunki, w których to popyt miałby kształtować podaż. Konsument otrzymują zazwyczaj to, co jest im oferowane przez producentów. Często towar czy usługa zaspakaja potrzeby nabywców, które w procesie reklamy zostały wykreowane przez samych producentów.

Kwestią sporną pozostaje sposób uwolnienia suwerenności konsumenta. Pytaniem ciągle otwartym pozostaje dylemat, czy mechanizmy wolnorynkowe są w stanie przełamać te ograniczenia, a przez to ingerencja władz publicznych w formie regulacji może stanowić zbędny, a nawet szkodliwy zabieg.

Rewolucyjne zmiany w zakresie transmisji sygnałów telekomunikacyjnych od lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku nieustannie zmieniają naszą rzeczywistość, i to w skali globalnej. Ten potężny skok cywilizacyjny dokonuje się nie tylko w sferze technologicznej, ale silnie oddziałuje na społeczne i kulturowe aspekty naszego życia, jak również wymusza zmiany modeli ekonomicznych, w tym konsumpcji.

Z dobrodziejstw rewolucji ICT, w postaci cyfrowej transmisji sygnałów audiowizualnych, korzystają także operatorzy sieci telewizji kablowych, niemniej jednak model biznesu opierający się na sprzedaży wybranych programów telewizyjnych w pakietach, wypracowany przeszło pięć dekad wcześniej, jest ciągle powszechnie praktykowany. Nie zmienia się także rola telewizji w obliczu niemalże powszechnie dostępnych nowych mediów. Jej konsumpcja nieodmiennie pozostaje ważna, szczególnie w zakresie dostępu do informacji. Oglądalność tego rodzaju medium wbrew zapowiedziom nie spada dynamicznie.

W niniejszym artykule zaprezentowano problematykę suwerenności konsumenta przy wyborze oferty telewizji kablowych w Polsce, chociaż analizowane modele mają charakter globalnego rozwiązania. Operatorzy tej infrastruktury są kluczowymi podmiotami w procesie realizacji założeń i celów agendy cyfrowej i Strategii Europa 2020. Tym bardziej analiza praktykowanych przez nich rozwiązań rynkowych w zakresie akwizycji sygnałów audiowizualnych w świetle zmian konsumpcji mediów i swobód użytkowników, jakich dostarczają obecnie nowe rozwiązania cyfrowe, wydaje się zasadnym przedsięwzięciem badawczym. Kluczowa zatem będzie odpowiedź na pytanie, czy obecna organizacja rynku telewizyjnego i oferta daje szansę wyboru konsumentowi.

Na potrzeby niniejszej analizy posłużono się definicją zgodnie z art. 22. Kodeksu cywilnego: „Za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.”

W artykule podjęto próbę ustalenia stanu faktycznego i wskazania rozwiązań sprzyjających wsparciu rozwoju społeczeństwa informacyjnego poprzez zagwarantowanie praw człowieka w zakresie dostępu do telewizji, a tym samym informacji.

Pojęcie suwerenności konsumenta

Za autora terminu „suwerenność konsumenta” uważa się Williama H. Hutta, przedstawiciela ekonomicznej szkoły austriackiej, który w latach trzydziestych ubiegłego wieku zwrócił uwagę na rolę konsumenta jako ostatecznego decydenta transakcji handlowych, jakich dokonuje w celu zaspokojenia potrzeb. Władza konsumenta, jaką posiada nad rynkiem w momencie osądzenia, czy dane dobro zaspakaja jego potrzeby, ma przełożenie na kształt i wielkość produkcji towarów i usług. Spopularyzowany przez siebie termin definiował następująco:

„Konsument jest suwerenny, kiedy, w swej obywatelskiej roli, nie delegował swych uprawnień do wyrażania lub powstrzymania się od wyrażania popytu na rzecz instytucji autorytarnych.” (Hutt, 1936, p. 257)

Hutt ukazywał tę władzę jako wyrażenie demokratycznych wartości w osiąganiu „społecznej kontroli, która maksymalizuje wolność i sprawiedliwość”. (Hutt, 1940, p. 257)

Jednak jak sam ekonomista pisał: „Nie jestem pewien, czy aby sam wymyśliłem ten termin.” (Hutt, 1940, p. 66)

Za wcześniejsze podawał przykłady podobnych fraz ukazujące się w pracach innych ekonomistów, m.in. Ludwiga von Misesa, wskazujące na specjalną rolę konsumenta, jak „the customers is always right”, czy „the customer is king”.

Podejście podażowe, jak i sam termin „suwerenność konsumenta” były kluczowymi elementami teorii ekonomii szkoły austriackiej. Dbałość o nie wynikała z przekonania, że o nastawieniu co do zakupu towarów i usług decydują przedsiębiorcy, a nie sam nabywający.

W tym też duchu wypowiadał się znakomity przedstawiciel szkoły austriackiej Josef A. Schumpeter. Utrzymywał, że siłą sprawczą rozwoju gospodarczego są procesy technologiczne, a nie realne potrzeby konsumentów.

(Schumpeter, 1960) Podkreślał, że to podaż przesądza o tym, jakie produkty są na rynku, to bowiem właśnie twórczy przedsiębiorca wpływa na kształtowanie gustów konsumenta. „Creative disruption” dokonuje się w wyniku wprowadzenia na rynek udoskonalonych produktów lub usług, jednocześnie kreując zapotrzebowanie na nie.

W innej pracy pisał: „Można pominąć inicjatywę konsumentów w zmienianiu swych gustów,

czyli w zmienianiu tego szeregu danych, które ogólna teoria zawiera w pojęciach „funkcji użyteczności” lub „odmian obojętności”, i uważać, że wszelkie zmiany w gustach konsumentów są podporządkowane działalności producentów i przez nią wywołane.” (Schumpeter, 1939, s. 73)

Te rozważania znalazły zwolenników także wśród naukowców tworzących w duchu keynesizmu. John Kenneth Galbraith także zwrócił uwagę na ograniczenia w swobodzie podejmowania decyzji przez klientów poprzez aktywność promocyjno-reklamową wielkich firm narzucających nabywcom pewne wzorce konsumpcji. Mechanizm rynkowy został zdominowany przez „system korporacyjny” kreujący i utrzymujący centralną władzę. Uczulał, iż współczesny kapitalizm jest zdominowany przez ogromne przedsiębiorstwa kreujące pragnienia społeczne, które są produktem planowania korporacyjnego. (Galbraith, *Affluent Society*, s. 158)

Pisał także o efekcie uzależnienia od konsumpcji w wyniku reakcji na sztucznie wykreowany proces uzyskiwania satysfakcji, poprzez kształtowanie gustów konsumentów. Jako winnych tego stanu rzeczy wskazywał producentów. „Nie można bronić produkcji jako zaspakajającej potrzeby, jeśli ta produkcja tworzy chęć.” (Galbraith, *Affluent Society*)

Model sprzedaży programów telewizyjnych w sieciach telewizji kablowych jest przykładem podażowego mechanizmu kształtowania konsumpcji. Wypracowana przeszło pół wieku temu konstrukcja oferty produktowej jest nadal praktykowana i ma charakter globalnego zasięgu. Funkcjonuje ona także w Polsce, gdzie została przyjęta bez zastrzeżeń wraz z implementacją pochodzących z Zachodu rozwiązań technologicznych.

Rozwój sieci telewizji kablowych

W 1949 roku w USA powstał pierwszy na świecie system anteny lokalnej CATV – Community Antenna Television. Właściciel sklepu z odbiornikami telewizyjnymi, chcąc polepszyć swoje wyniki finansowe, zadbał o podniesienie jakości sygnałów telewizyjnych nadawanych z Filadelfii dla mieszkańców małej amerykańskiej miejscowości Landsdorf w stanie Pensylwania. Zastój w interesach był spowodowany zakłóceniami lub brakiem sygnału w tym miasteczku. Pomysł umieszczenia na najwyższym lokalnym wzniesieniu masztu antenowego przechwytyjącego sygnały telewizyjne, a następnie po wzmocnieniu ich rozprowadzania do odbiorników domowych za pomocą sieci kablowej, stał się pierwowzorem sieci telewizji kablowych niezmiernie popularnych do dzisiaj.

Dość szybko okazało się, że rozwiązanie takie umożliwiło pozyskanie szerszej oferty kanałów telewizyjnych, niż można było uzyskać w wyniku posiadania tylko jednej anteny wylapującej programy telewizji publicznej o najlepszym zasięgu.

W ten sposób telewizja kablowa pobierająca od osób korzystających ze wzmocnionego sygnału opłatę instalacyjną oraz niewielki miesięczny abonament zaczęła pełnić funkcję technicznego wsparcia w procesie rozprowadzania sygnałów kanałów telewizyjnych, czyniąc z telewidzów swoich klientów.

Z czasem operatorzy tych systemów, chcąc maksymalnie wykorzystać liczbę kanałów, dołączali do nich sygnały radiostacji, a nawet rozpoczęli produkcję telewizyjną. Najbardziej spektakularnym przykładem tej aktywności jest znany obecnie na całym świecie kanał CNN (Cable News Network). Program pierwotnie nadawał informacje lokalne 24 godziny tylko dla abonentów jednej telewizji kablowej.

Ta niezależna produkcja dawała także możliwość dystrybucji treści przygotowywanych przez samych klientów sieci, choć pod okiem fachowców.

Tak przygotowywana telewizja była alternatywą wobec rozrywkowych propozycji naziemnych kanałów ogólnokrajowych. Ich rola jest do dziś doceniania przez lokalne społeczeństwa.

Lata siedemdziesiąte ubiegłego wieku i wprowadzenie na rynek USA rozwiązań telewizji satelitarnej wbrew wczesnym obawom wcale nie

spowodowały załamania pozycji telewizji sieci kablowych. Dość szybko, bo w 1975 roku, sieć HBO (Home Box Office) wykorzystwała nadawanie satelitarne w celu dystrybucji sygnału z meczu hokejowego rozgrywanego w Nowym Jorku do kilku stacji tamtejszych sieci kablowych. Podjęcie takiej decyzji pokazało, że współpraca operatorów tych dwóch systemów dystrybucji jest możliwa pomimo wyraźnych obszarów konkurencyjnych.

Oba te rozwiązania techniczne rozprowadzania sygnałów audiowizualnych, czyli kablowe i satelitarne, zostały wprowadzone do Polski dopiero w latach dziewięćdziesiątych. Po okresie wieloletniej propagandy publicznej telewizji naziemnej i przynależności do wschodniego bloku państw socjalistycznych wypełniały one głęboką potrzebę konsumpcji telewizji zachodniej.

Chociaż pierwsza eksperymentalna sieć „zbiorowego odbioru” była wdrożona w Polsce na początku lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, to z racji jej i znikomego zasięgu w gdyńskiej dzielnicy Chylonia, jak i braku większej oferty niż rozprowadzane naziemnie dwa kanały Telewizji Polskiej, dla badaczy nie jest to moment „narodzin” polskich sieci telewizji kablowych. Za cezurę w historii rozwoju tej branży w Polsce zwykło się uznawać 5 marca 1988, kiedy to w małej sieci ursynowskiej kablówki popłynął sygnał lokalnego programu.

Kolejne lata to okres dynamicznej budowy tej infrastruktury w całej Polsce. Ogromny popyt na treści telewizyjne pokazujące świat zachodni popychał operatorów sieci telewizji kablowych do nielegalnego, czyli bez posiadania umowy licencyjnej z nadawcą, rozprowadzania programów głównie niemieckich. Brak polskich wersji językowych nie stanowił przeszkody, były atrakcyjne dla klientów naszych kablówek.

W ten sposób operatorzy telewizji kablowych uwolnili rynek od reżimu telewizji naziemnej, stając się organizatorami nowej usługi audiowizualnej. Decyzyjność co do kształtu oferty i jej ceny została po stronie operatora, czyniąc z niego tym samym suwerena rynku telewizyjnego. Do tej pory to on decyduje o składzie oferowanych przez siebie pakietów, a co za tym idzie o ich cenie. Ogromna konkurencja na globalnym rynku telewizyjnym, szacowana na około 15 tysięcy programów, a w samej Polsce przeszło 200 w wersji polskojęzycznej, tylko umacnia pozycję operatora. Dość swobodnie może on kształtować popyt na określone programy

poprzez ich lokowanie w mniej lub bardziej popularnych pakietach. W ten sposób od jego decyzji zależy nie tylko satysfakcja telewidza i użyteczność pakietu dla każdego klienta, ale także czasem być albo nie być nowych programów telewizyjnych.

Suwerenność konsumentów sieci telewizji kablowych

W literaturze przedmiotu „program”, powszechnie nazywany kanałem, definiuje się zgodnie z Ustawą o radiofonii i telewizji, art. 4. pkt. 6. tj.: „programem jest uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniony w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie.”

Model sprzedaży programów telewizyjnych za pośrednictwem sieci telewizji kablowej od dekad praktycznie nie zmienił się i ma charakter globalnego rozwiązania. Programy przekazane do sprzedaży przez operatorów są oferowane w pakiecie z innymi, często zarówno konkurencyjnymi, jak i odmiennymi tematycznie. W ten sposób pojedynczy program staje się elementem większego produktu medialnego zarządzanego i sprzedawanego klientom przez operatora sieci. Pakiety obecnie obejmują od kilkudziesięciu do nawet kilkuset programów telewizyjnych. Szeroka ich oferta to efekt cyfryzacji i niższych kosztów produkcji telewizyjnej.

Na kształt pakietu podstawowego wpływa m.in. regulacja ustawowa. Ustawa o radiofonii i telewizji w art. 43. ust. 1 nakazuje rozprowadzanie w sieciach telewizji kablowej programów 1. i 2. Telewizji Polskiej oraz jej jednego programu regionalnego, właściwego ze względu na lokalizację sieci, a także programów, które posiadały koncesje na rozpowszechnianie sygnałów w sposób analogowy drogą rozsiewczą naziemną przed wejścia w życie Ustawy o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej, czyli przed 10 sierpnia 2011 roku.

Tak zwane „must carry” nieodpłatnego rozprowadzenia w sieciach telewizji kablowych (tvk) obejmuje dzisiaj TVP 1, TVP 2, TVP 3, TVN, Polsat, TV Puls, TV 4 i TV 6 i z racji swojej bezpłatnej natury są udostępniane w najbardziej rozpowszechnionych pakietach, czyli tzw. podstawowych.

Nie oznacza to jednak, że za możliwość konsumpcji tych pakietów nie pobierana jest opłata. Jeszcze do niedawna wiązana ona była z utrzymaniem anteny zbiorczej, stąd też nazwa systemu dystrybucji sygnału radia i telewizji: AZART. Jego rolą był odbiór kanałów naziemnych koncesjonowanych. Obecna praktyka pokazuje bardziej rozbudowane pakiety podstawowe, poszerzone o oferty multipleksów cyfrowych, a także innych kodowanych, bądź nie, programów rozprowadzanych też drogą satelitarną.

Ogromna większość z przeszło 200 polskojęzycznych kanałów telewizyjnych działających na polskim rynku jest pozbawiona podobnego wsparcia ustawowego i wydawać by się mogło, że działa, wykorzystując mechanizmy rynkowe jasno określonej przez popyt podaży. Relacja ta zaburzona jest jednak poprzez pośrednictwo operatora, który występuje tu w roli producenta oferty audiowizualnej.

Rozprowadzanie w sieciach tvk programów jakichkolwiek innych ponad te wskazane w ustawie zależy już tylko i wyłącznie od decyzji samego operatora, która zostaje podjęta z uwzględnieniem kryteriów zyskowości transakcji. Te z kolei są wypadkową ofert handlowych złożonych przez różnych nadawców telewizyjnych, możliwości technicznych odbioru, relacji personalnych z nadawcami, jak również atrakcyjności treści dla widzów.

Modele biznesowe opisujące relacje nadawca – operator wypracowane przez lata ograniczają się głównie do dwóch, czasem trzech rozwiązań. Pierwsze polega na bezpłatnym przekazaniu sygnału do rozprowadzania. Wynika ono dla części programów tworzących „must carry” z regulacji ustawowej, o której mowa powyżej, a dla pozostałych z nadziei na szybsze zbudowanie zasięgu technicznego i oglądalności, a tym samym na większe zyski z reklamy.

Kolejny model buduje swoje przychody na dwóch źródłach: z reklamy i pobierania miesięcznej opłaty od operatora kalkulowanej na podstawie ustalonej stawki, tzw. license fee, pomnożonej przez liczbę abonentów pakietu, w którym udostępniany jest program.

Trzeci, stosowany głównie dla tzw. programów premium, które pozabawione są reklam i oferowane jako samodzielne oferty, zakłada rozwiązanie revenue share, czyli przychody z bezpośredniej sprzedaży produktu widzowi dzielone są pomiędzy nadawcę a operatora.

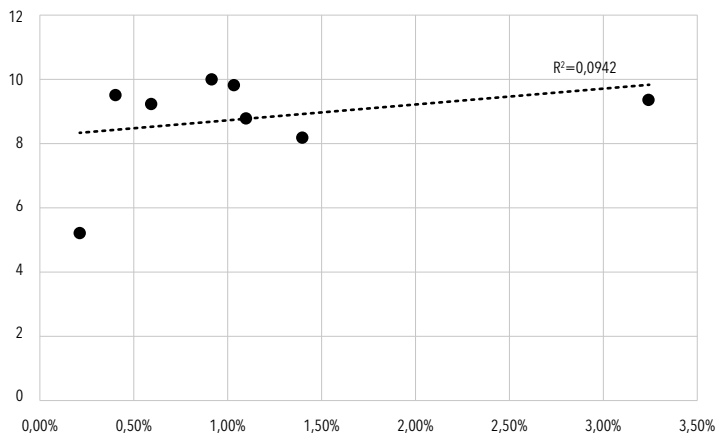
Pierwsze dwa rozwiązania mogą być stosowane łącznie przy sprzedaży większej niż jeden program liczby produktów audiowizualnych. Obecnie bardzo rzadko zdarza się, aby nadawca pozostał przy rozpowszechnianiu tylko jednego produktu. Stara się on mieć jak największy udział w rynku poprzez powoływanie do życia kolejnych produktów. W ten sposób tworzą się wielkie korporacje medialne proponujące przynajmniej w założeniu wypełnianie luk niszowych. Część z produktów może być przekazywana bezpłatnie, ale warunkowo. Konieczna staje się np. płatność za kanał flagowy nadawcy.

Umowy tu dobrowolnie zawierane – oprócz przypadku „must carry” i oferty premium – wprawdzie odzwierciedlają mechanizmy wolnego rynku, na którym strony konstatują najlepsze dla siebie rozwiązania, ale pozbawiają suwerenności finalnego nabywcę treści, czyli telewidza.

Usługi telewizyjne to konsumpcja w czasie wolnym, a ten ma spore ograniczenia. Wyniki badań oglądalności programów telewizyjnych, obecnie powszechnie udostępniane przez instytuty je przeprowadzające, zdają się mało znaczącą podpowiedzią. Mając na uwadze satysfakcję telewidza i klienta sieci tvk, oczekiwać można byłoby, że do pakietów, szczególnie tych najbardziej rozpowszechnionych, będą dokładane programy o największej oglądalności. Tymczasem w każdym z pakietów znajdują się produkty medialne o różnym wskaźniku SHR, czyli tzw. popularności.

Analiza oglądalności programów tematycznych należących do publicznego nadawcy TVP i ich zasięgów technicznych wskazuje na bardzo słabą korelację tych dwóch czynników. Na poniższym grafie zaprezentowano te zależności. Na osi x przedstawiono procentowy wskaźnik SHR dla reprezentatywnej grupy ludności Polski powyżej 4. roku życia, a na osi y zaznaczono liczbę gospodarstw domowych, do których rozprowadzany jest sygnał telewizyjny wybranych programów, ale z wyłączeniem rozsięwu naziemnego. Konieczne jest zauważenie, że zasięg ten budowany jest nie tylko poprzez sieci telewizji kablowej lecz także platformy satelitarne. Model tworzenia pakietów jest tu jednak identyczny.

Wykres 1. Rozkład zależności pomiędzy zasięgiem technicznym (mln) a oglądalnością (SHR%) dla tematycznych programów TVP



Źródło: na podstawie raportu KRRiT Widownia i udziały programów tematycznych telewizji publicznej w IV kw. 2016 r. oraz Raportu kanałów tematycznych – zasięgi na I kw. 2017 – Telekabel, kwiecień 2017

Tabela 1. Oglądalność (SHR%) i zasięg techniczny (mln) tematycznych programów TVP

	SHR%	Zasięg techniczny (bez gospodarstw domowych odbierających program za pośrednictwem naziemnej telewizji cyfrowej) (mln)
TVP INFO	3,24%	9,4
TVP SERIALE	1,39%	8,2
TVP ABC	1,09%	8,8
TVP ROZRYWKA	1,02%	9,9
TVP 3	0,91%	10
TVP HISTORIA	0,59%	9,3
TVP KULTURA	0,40%	9,6
TVP SPORT	0,21%	5,2

Źródło: na podstawie raportu KRRiT – Widownia i udziały programów tematycznych telewizji publicznej w IV kw. 2016 r. oraz Raportu kanałów tematycznych – zasięgi na I kw. 2017 – Telekabel, kwiecień 2017

Poziom korelacji mierzony współczynnikiem R-Pearsona wynosi 0,307, a więc potwierdza bardzo słabą zależność pomiędzy oglądalnością a zasięgiem. Liczba osób, do których jest rozprowadzany sygnał, w bardzo małym stopniu zależy od oglądalności i odwrotnie. Wyniki te potwierdza też analiza statystyki R^2 . Wpływ oglądalności danego programu na jego zasięg techniczny za pomocą tej statystyki można oszacować na 9%. Oznacza to, iż techniczna dostępność programów w polskich gospodarstwach domowych jedynie w 9% zależy od ich oglądalności, a w 91% od innych czynników.

Taki model umacnia na rynku kanały, których dystrybutorzy są w większym stopniu skłonni pójść na odstępstwa na rzecz operatora, i eliminuje takie, nawet atrakcyjne z uwagi na content, których dystrybutorzy nie są w stanie dojść z operatorem do porozumienia w kwestiach finansowych.

Innym przykładem charakteryzującym pomijanie preferencji telewizji przy budowaniu pakietów są bardzo podobne zasięgi techniczne programów należących do jednego nadawcy, czyli Kino Polska i Kino Polska Muzyka, które odpowiednio wynoszą 8,42 mln i 8,38 mln gospodarstw domowych przy jednoczesnym 0,32% i 0,05% wskaźnika SHR.

Tabela 2: Oglądalność (SHR%) i zasięg techniczny (mln) Kino Polska i Kino Polska Muzyka

	SHR%	Zasięg techniczny
Kino Polska	0,32%	8,42
Kino Polska Muzyka	0,05%	8,38

Źródło: raport oglądalności w miesiącach I–V 2017 r. z www.kinopolska.pl oraz zasięgi techniczne na I kw. 2017 z Raportu kanałów tematycznych, Telekabel, kwiecień 2017

Znalezienie się zatem programu Kino Polska Muzyka o oglądalności na poziomie błędu statystycznego w pakietach o potencjalnie dużej grupie odbiorców jest dla nadawcy ogromnym wsparciem. Daje mu bowiem od razu większy zasięg techniczny, tak potrzebny przy lokowaniu reklamy przez domy mediowe.

Tak przygotowane oferty pakietów telewizyjnych nie tylko decydują znacząco o pozycji rynkowej poszczególnych nadawców, lecz także

wprowadzają i utrwalają na rynku wzorce nadmiernie obciążające klientów sieci telewizji kablowych. Zmuszają one bowiem do zapłaty nawet tylko za możliwość konsumpcji tych programów, co do których telewidz nie ma takich planów.

Wprowadzone w Polsce przeszło dekadę temu możliwości cyfryzacji rozpowszechniania sygnału nie wpłynęły na zmianę modelu sprzedaży. Szansa na wdrożenie innowacyjnych form akwizycji sygnałów audiowizualnych poprzez operatorów sieci tvk w postaci przyjęcia modelu a la carte zostaje pominięta. Główną obawą przed „disruptive innovation” jest możliwość przetasowania pozycji rynkowej dotychczasowych podmiotów gospodarczych. Zainicjowanie takich zmian wymagałoby wspólnej decyzji wielu podmiotów kształtujących branżę, a dotyczącej nie tylko jednego obszaru, lecz także zasięgu globalnego. Wybór a la carte to nie tylko uwolnienie rynku konsumenta, ale też rewolucja w aspekcie ekonomicznym dla nadawców, którzy godząc się na takie rozwiązanie, zmuszeni byłiby bardziej niż kiedykolwiek wcześniej do rywalizacji pod względem atrakcyjności contentu, jak również do zwiększenia wydatków na marketing.

Podwójny koszt konsumenta sieci telewizji kablowej

Publiczność, którą zrzeszają za pośrednictwem swych sieci operatorzy, nie tylko nabywa produkty medialne, lecz także sama staje się produktem. Jej wielkość, a nie preferencje, stanowi kluczowy element siły przetargowej podczas negocjacji z nadawcami. Ci drudzy z kolei używają jej jako atutu przy budowaniu cenników sprzedaży czasu antenowego przez domy mediowe. Reklama bowiem jest istotnym źródłem dochodu dla ogromnej liczby nadawców.

Telewidzowie płacący za dostęp do pakietów programów telewizyjnych zmuszani są tym samym do ponoszenia dodatkowych kosztów, tym razem w postaci utraty czasu przeznaczonego na konieczność oglądania przekazów handlowych. Kalkulując maksymalne wykorzystanie ustawowo przyznanego czasu na nadawanie treści o charakterze przekazów handlowych, tj. 12 minut w ciągu godziny i kolejnych 2 minut dla ogłoszeń nadawcy, uzyskujemy łącznie 23% czasu, jaki telewidz musi poświęcić, aby

obejrzeć pożądaną treść telewizyjną. O ile jasne jest dla telewidza, że koszt ten jest nakładany bezpośrednio przez nadawcę, o tyle zagadką pozostaje, kto i na jakiej podstawie określa wielkość opłaty telewizyjnej za pakiet, w którym znajduje się dany program.

Ta niejasność multiplikowana jest przez dokładanie kolejnych produktów do i tak nadmiernie rozbudowanych w odniesieniu do oczekiwań i możliwości konsumpcji pakietów telewizyjnych. Wzmaganie bezużytecznej konsumpcji nie poprawia standardów życia klientów, jak pisał John Kenneth Galbraith, sceptycznie podchodzący do niezależności konsumentów w procesie podejmowania decyzji. Utrzymywanie mechanizmu płatności tylko za gotowość do oglądania nawet kilkuset programów, a nie realną konsumpcję kilkunastu, nie zmienia sytuacji klienta.

Czas oglądalności telewizji w Polsce od lat pozostaje na niezmiennym, choć mającym tendencję wzrostową, poziomie około czterech i pół godziny dziennie. Tempo wzrostu konsumpcji tego medium wobec poszerzającej się oferty programów telewizyjnych w sieciach telewizji kablowych oraz alternatywnych form konsumpcji treści audiowizualnych nie pozwala zakładać, że wskaźniki oglądalności będą satysfakcjonowały nadawców. Już dzisiaj wiele z programów odnotowuje wyniki oglądalności poniżej błędu statystycznego. Ich istnienie wynika tylko ze sprzedaży ich w pakiecie z innymi produktami, a tym samym zasada się na wątpliwie zasadnym abonencie płaconym przez operatora.

Skutkiem dalszego, sztucznie utrzymywanego przez podmioty gospodarcze, kształtującego ten rynek popytu na programy będzie coraz słabsza jakość nadawanych treści. Coraz częściej konsumenci szukają ciekawych dla siebie treści audiowizualnych za pośrednictwem internetowych platform VoD. Im bardziej rozproszone zainteresowania treściami audiowizualnymi, tym trudniej będzie o utrzymanie satysfakcji klienta w tradycyjnym modelu sprzedaży. Należy zaakceptować fakt, na który zwraca uwagę Wiesław Godzic: „Nie ma już dłużej masowej publiczności – jest natomiast wielość nisz. W nich siedzą grupki odbiorców wprawdzie tych samych mediów, ale o zupełnie odmiennej ich zawartości treściowej.” (Godzic, 2016) Oznacza to, że coraz trudniej jest zbudować pakiet, który odpowiadałby dużej liczbie odbiorców. W związku z tym rośnie liczba osób niezadowolonych ze standardowej oferty.

Nowe rozwiązania oczekiwaniem klientów

Z badania przeprowadzonego w 2016 roku przez agencję mediową MEC pod nazwą „Projekt Cyfrowizja II” wynikało, że z 250 programów dostępnych w abonamentach płatnej TV oglądanych jest zaledwie 32, a dodatkowo co drugi widz chciałby sam ułożyć swój pakiet – głównie z kanałów filmowych i sportowych.

Z kolei z publikacji innego raportu, przygotowanego przez Price-WaterhouseCoopers w Polsce, wynika, że sześciu na dziesięciu badanych chciałoby, aby pakiet telewizyjny umożliwiał im dostęp do konkretnych programów zamiast całych kanałów. Jeszcze więcej, bo aż 75%, chciałoby mieć możliwość tworzenia własnego pakietu kanałów. Dodatkowo 43% respondentów jest zdania, że istnieje za dużo kanałów telewizyjnych, w wyniku czego konsumenci gubią się przy wyborze finalnego produktu.

Z wyników innego badania przeprowadzonego przez agencję mediową MEC wiemy, że 23% klientów płatnej telewizji (sieci telewizji kablowych i platform satelitarnych) rozważa cord-cutting, czyli odłączenie usług dostarczanych przez dotychczasowych operatorów. Usługa Interetu, oferowana przez operatora sieci tvk, zatrzymuje tych klientów. I chociaż autorzy raportu piszą, że „odsetki nie pokazują liczby widzów faktycznie zdeterminowanych do działania – są raczej sygnałem nastrojów konsumenckich wobec usług telewizyjnych”, to wyraźnie pokazują świadomość alternatyw konsumpcji treści audiowizualnych.

Naprzeciw takim oczekiwaniom powoli wychodzą nadawcy, którzy w wyniku tradycyjnych form dystrybucji sygnału nie byli w stanie odnieść sukcesu. Nowa propozycja na rynku polskim programu sportowego Eleven Sports zmienia rynek w kierunku usług internetowych. Propozycja tego nadawcy wychodzi poza standardowe umieszczenie sygnału w pakiecie programów tvk. Nie trzeba posiadać abonamentu telewizyjnego, by móc korzystać z ich oferty. Treści sportowe są udostępniane w formule streamingowej online za opłatą, ale bez konieczności podpisywania długoterminowych umów. Nadawca przygotował rozwiązanie trydniowe za 9,90 zł lub miesięczne za 13,90 zł, a dodatkowo materiał można oglądać także na smartfonach.

Przy zastosowaniu takiego modelu technologiczno-finansowego telewidz wie i rozumie, za co i ile płaci, co pozwala mu na suwerenne podjęcie

decyzji o zakupie dostępu do treści telewizyjnej, a tym samym, jak podaje Joel Waldfogel, na wzrost satysfakcji. W wyniku przeprowadzonych badań ten amerykański ekonomista potwierdził, że istnieje zależność pomiędzy satysfakcją konsumentów a ich możliwością podejmowania samodzielnych wyborów. „Użyteczność indywidualna i dobro społeczeństwa są maksymalizowane, kiedy konsumenci mogą dokonywać samodzielnych wyborów.” (Waldfogel, 2004) W tym obszarze suwerenność konsumenta jest gwarancją funkcjonowania rynku i satysfakcji.

Konieczność regulacji

Z końcem grudnia 2014 roku w Polsce zamknęliśmy analogowe nadawanie, a cyfrowe stało się jedynym dostępnym sposobem transmisji i dystrybucji sygnału. Niestety, ciągle nadwyrażamy prawa społeczeństwa zmierzającego w kierunku społeczeństwa informacyjnego, potrafiącego wykorzystać możliwości, jakie przyniósł nam proces cyfryzacji. Ani działania edukacji medialnej, ani groźba przejęcia rynku przez nowych innowacyjnych graczy nie są w stanie odmienić losu klientów sieci telewizji kablowej.

Rola dużych operatorów sieci kablowych jako schumpeterowskich innowatorów nie sprawdza się. Jedyne nowoczesne rozwiązania zarówno zagranicznych, jak i rodzimych internetowych platform contentu będą w stanie odmienić ten rynek. Do tego czasu konsumentów powinny chronić zapisy konstytucyjne i Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

Warto jednak rozważyć regulację sektorową jako pomoc w realizacji interesu społecznego polegającego na przywróceniu suwerenności konsumenta w sieciach telewizji kablowej. „Interwencje są źródłem bodźców i ograniczeń sterujących zachowaniami uczestników rynku, a szczególnie przedsiębiorstw.” (Piątek, 2011, s. 20)

Regulacja powinna być traktowana jako „działania władz publicznych skierowane do przedsiębiorców mające charakter sektorowy, wykonawczy i wyprzedzający, nastawione głównie na osiągnięcie celów prokonkurencyjnych”. (Piątek, 2011, s. 20)

Z takiej możliwości jako pierwszy skorzystał kanadyjski regulator rynku radiofonii i telewizji the Canadian Radio-television and Telecommunications

Commission. W wyniku wdrożonych przez niego zmian regulacyjnych z początkiem roku 2017 klienci tamtejszych sieci telewizji kablowych mogą wybierać programy telewizyjne spośród szerokiej oferty dotychczas udostępnionej do zakupu w formie pakietu. Jest to możliwe po nabyciu podstawowego pakietu, którego koszt nie jest wyższy niż 25 dolarów kanadyjskich. Podobne rozwiązania acz bardzo nieśmiało są wprowadzane na rynku amerykańskim. Pozostawione tradycyjnie już sztucznie kreowanym mechanizmom rynkowym przegrywają jednak z o wiele tańszą ofertą modelu pakietowego. Warto zatem przyglądać się rozwojowi rozwiązania kanadyjskiego, aby nie zatracić niewątpliwej zalety dla widzów, jaką jest model wyboru a la carte.

Tymczasem polskie praktyki gospodarcze powinny uwzględnić zalecenia Neven Mimica – Europejskiego Komisarza do Ochrony Konkurencji w Komisji Europejskiej, zwracającego uwagę na wyzwania wynikające z rewolucyjnych zmian technologiczno-społecznych kształtujących społeczeństwo informacyjne.

„Consumer „protection” is only one side of the coin. Of course we must ensure that the products that are placed on the market are safe and that consumers – as well as companies – are protected against unfair and misleading practices. (...) well-informed and confident consumers reward the most efficient and innovative companies; they stimulate competition and, ultimately, facilitate growth. Consumers therefore must be aware of their rights and actively exercise them. Equally, enterprises – big and small – should know and respect consumer rights, and understand that being consumer-friendly can be a major competitive advantage.” (Sitek, 2014)

Także w literaturze naukowej odnajdujemy wezwania do odgrywania przez producentów roli informacyjnej. „Nasi przedsiębiorcy (...) muszą ponosić odpowiedzialność nie tylko za zauważenie, jak udostępnić możliwość konsumentowi (za którą ten byłby skłonny płacić więcej niż wysokość kosztów, jakie ponosi przedsiębiorca za udostępnienie tych możliwości), ale i za to, żeby konsument wiedział, że faktycznie jest ona dostępna.” (Krinzer, 1973, s. 142)

Israel Krinzer – amerykański ekonomista krytykujący teorie ekonomiczne oparte o model konkurencji doskonałej, wskazywał także, że przedsiębiorcy muszą sprawić, aby uczestnicy rynku zauważyli dostępność tych nowych możliwości. „Producent-przedsiębiorca nie tylko angażuje się

w produkowanie dóbr dla konsumentów, ale musi również sprawić, by konsumenci wiedzieli o istnieniu perspektyw kupna.” Jedną z ról przedsiębiorcy zatem jest uświadamianie konsumentów o dostępnych możliwościach. (Kirzner, 1973, s. 143–145)

Takie podejście jest szczególnie ważne w dobie galopujących zmian technologicznych, a więc też w związku z koniecznością walki z wykluczeniem społecznym osób, które nie są w stanie korzystać z nowoczesnych rozwiązań komunikacyjnych.

Podsumowanie

Trudniej odnaleźć branżę inną niż ICT, w której w ostatnich latach zmiana technologiczna dawałaby tak duże możliwości jak właśnie w systemach transmisji sygnału. Nowe technologie ICT odmieniły nie tylko sposób nawiązywania i utrzymywania relacji międzyludzkich lecz także konsumpcję mediów w czasie wolnym. W dobie kultury push, charakterystycznej dla nowych mediów, ich użytkownicy odgrywają rolę nadawcy i odbiorcy jednocześnie, wyrażając w bardzo klarowny sposób, co jest dla nich satysfakcjonującą treścią, za którą płacą, bądź byliby skłonni zapłacić. Technologia jak nigdy wcześniej stoi obecnie po stronie suwerenności konsumenta rozumianego jako ostatecznego decydenta transakcji handlowej. Te nowatorskie rozwiązania wpływają na ekonomikę mediów, wymuszając nowe modele biznesu.

Niestety na rynku telewizji kablowych schumpeterowska innowacyjność nie przełożyła się na wdrożenie rozwiązań pozwalających na uwolnienie gry rynkowej pośród programów telewizji kablowych. Nie wpłynęła ona również zbawiennie na wzmocnienie suwerenności konsumenta w procesie zakupu treści audiowizualnych. Istniejące tu od dekad modele biznesu w zderzeniu z możliwościami technologii cyfrowych jawią się jako mechanizmy piętrzące obciążenia spadające na telewidza. Koszty ponoszone przez klientów sieci telewizji kablowych za dostęp do sygnałów telewizyjnych są nadmierne, niepotrzebne, a biorąc pod uwagę opory środowiska przed wprowadzeniem rozwiązań zdejmujących te ograniczenia, także nieuczciwe.

Nie ma wątpliwości, iż wdrożenie modelu a la carte w odniesieniu do zakupu programów przez telewidzów byłoby swego rodzaju sitem pozwalającym na usunięcie niechcianych produktów lub usług, a tym samym nierentownych przedsięwzięć. Ta przewidywalna reakcja konsumentka stałaby się zagrożeniem dla utartych reguł funkcjonowania rynku. Utrzymanie zatem status quo dla całego rynku telewizyjnego przez oligopol operatorów sieci tvk w Polsce i nie tylko nie pozwala telewidzom na niczym nieskrępowaną możliwość wyboru.

Pierwsza idea telewizji kablowej była odpowiedzią na indywidualne zapotrzebowanie odbiorcy. Dość szybko jednak wyszła poza rolę technicznego wsparcia i przyjęła pozycję cichego kreatora rynku audiowizualnego, pozbawiając jej klientów suwerenności wyboru. Sytuacja ta nie zmieniła się nawet w obliczu technologicznych zmian spowodowanych cyfryzacją sygnałów audiowizualnych.

Obecnie operatorzy tvk pełnią m.in. funkcję zarówno wsparcia technicznego dla nadawców telewizyjnych, jak również odgrywają rolę organizatora usługi radiowo-telewizyjnej przeznaczonej do konsumpcji w czasie wolnym przez indywidualnych odbiorców. W tak zaplanowanym biznesie przychody pochodzą głównie od konsumentów tych treści, i tylko nieznacznie od nadawców wspierających się infrastrukturą techniczną operatorów. Całe zatem przedsięwzięcie rozpowszechniania sygnału przez nadawcę i rozprowadzania sygnału przez operatora sieci finansowane jest tylko przez telewidzów.

W dalszym ciągu jedyną strategią operatorów na utrzymanie klientów zdaje się rozszerzanie pakietów o kolejne programy i powiązanie ich z ofertą usługi internetowej. I chociaż rola operatorów w realizacji celów i założeń europejskiej agendy cyfrowej jest wyraźna, to chęć utrwalania przyjętych dekady temu analogowych rozwiązań akwizycyjnych treści medialnych negatywnie wpływa na prawa konsumentów i nie koresponduje ze Strategią Europa 2020 w ramach tworzenia społeczeństwa informacyjnego.

Zmiana modelu na a la carte zdaje się zbyt niebezpieczna, mając na względzie interesy programów telewizyjnych, jak również gdy chodzi o utrzymanie dotychczasowych możliwości decyzyjnych operatora, a poprzez to także utrzymanie pozytywnych wyników finansowych. Schumpeterowskie „disruptive innovation” być może zmniejszyłoby wyniki

finansowe dotychczasowych podmiotów gospodarczych, ale przyczyniłoby się do powstania nowych. Zmiany systemowe wygenerowałyby impuls do tworzenia i wdrażania nowych innowacyjnych, wysoce wyspecjalizowanych, produktów i usług, jak programy dla sekretarek, widzów starszej generacji, czy uczących się obsługi komputera, które w obecnej organizacji rynku nie mają jak zaistnieć.

Systemowa zmiana wspierająca suwerenność konsumenta na rynku tkw byłaby korzystna z punktu widzenia praw obywatela i społeczeństwa informacyjnego, innowacyjności i rozwoju gospodarczego, dlatego powinna być obiektem szczególnej troski regulatora rynku. Tym bardziej, że creative disruption jest nieunikniony, a wraz z nim społeczna transformacja.

Bibliografia

- Galbraith J. K., *The Affluent Society*, Fortieth Anniversary Edition, A Mariner Book, Houghton Mifflin Company, Boston, New York, 1998.
- Galbraith J. K., *The Economics of Innocent Fraud: Truth For Our Time*, Nowy York, Houghton Mifflin 2004.
- Galbraith J. K., *The New Industrial State*, 1967.
- Goban-Klas T., *Zarys historii i rozwoju mediów. Od malowideł naskalnych do multimediów*, Wydawnictwo Naukowe WB, Kraków 2001.
- Godzic W., Widz telewizji – menadżer mimo woli, (w:) *Komunikacja społeczna w zarządzaniu humanistycznym*, pod red. Moniki Kostery, Bogusława Nierenberga, Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2016.
- Hutt W., *Economist and the Public: A Study of Competition and Opinion*, 1936.
- Hutt W., *The Concept of Consumers' Sovereignty*, (w:) *The Economic Journal*, March 1940.
- Kantowicz M., *20 lat telewizji kablowej w Polsce*, Biblioteka Infotela, MSG Media, 2009.
- Kirzner I., *Konkurencja i przedsiębiorczość*, Fijorr Publishing Company, 2010.
- Kodeks cywilny*, Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 9 lutego 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy, DzU 1964 nr 16 poz. 93., tj. DzU 2017 poz. 459.
- Persky J., *Retrospectives: Consumer Sovereignty*, (w:) *Journal of Economic Perspectives* 7, 1993.
- Piątek S., *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Wyd. WWZ, Warszawa 2011.
- Raport PWC, Video: więcej, szybciej, lepiej. Jak cyfrowa rewolucja zmienia rynek treści wideo*, marzec 2017, www.pwc.pl/pl/pdf/pwc-raport-wideo-2017.pdf
- Schumpeter A. J., *Bussines Cycles*, NY, 1939.
- Schumpeter A. J., *Teoria rozwoju gospodarczego*, PWN, Warszawa 1960.
- Sitek M., Niedziółka I., Ukleja A., *Consumer Protection – Selected Issues on the Information Saffety*, Józefów 2014.
- Ustawa o radiofonii i telewizji z 29 grudnia 1992 r., DzU 1993 nr 7 poz. 34.
- Waldfogel J., *Does Consumer Irrationality Trump Consumer Sovereignty?*, JSTOR, April 28, 2004
- www.globalnews.ca/news/1892474/canada-to-require-a-la-carte-television-service-by-december-2016/
- www.mecglobal.pl/news/Naziemna-TV-zmienia-si-na-plus-ale-to-nie-pow-d-do-rezygnacji-z-p-atnej-Discovery-NatGeo-i-TVN-24-warte-inwestycji/

prof. Bronisław Sitek

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny

**Nowa jakość prawa do obywatelstwa
z perspektywy globalnej**

New quality of the right to citizenship
from a global perspective

Streszczenie

W czasach antycznego Rzymu obywatelstwo było definiowane intuicyjnie, dawało określone przywileje, ale nie było obowiązkowe dla mieszkańców imperium. Taki stan rzeczy przetrwał aż do późnego średniowiecza. Nowe nurty myślowe dotyczące koncepcji państwa, a powstałe pod koniec średniowiecza, przyczyniły się do powstania koncepcji tzw. państwa współczesnego, dla którego największe znaczenie miały granice i obywatelstwo polityczne. Człowiek był jedynie biernym przedmiotem obywatelstwa czy organów władzy. Już pod koniec XIX w. zaczęto podkreślać stronę przedmiotową, a nie przedmiotową obywatelstwa. Doświadczenia dwóch systemów totalitarnych XX w. spowodowały, że zmianie zaczęła ulegać również koncepcja obywatelstwa. Niewątpliwie znaczny wpływ na to miały procesy globalizacyjne. W efekcie powstało pierwsze globalne obywatelstwo, obywatelstwo Unii Europejskiej. Na arenie międzynarodowej czy europejskiej daje się zauważyć przesilenie pomiędzy uniwersalizmem a regionalizmem. W tej perspektywie coraz mniejsze znaczenie będzie miał związek z daną kulturą czy krajem pochodzenia, czego przykładem może być migracja 2,4 mln Polaków w latach 2004–2015.

Abstract

In ancient Roman times, citizenship was intuitively defined, it was giving privileges but it was not compulsory for the people of the empire. Such a state lasted until the late Middle Ages. New thinking trends concerning the state concept created at the end of the Middle Ages, contributed to the concept of the contemporary state, for which borders and political citizenship was of the most important matter. A human being was only a passive object of citizenship or authority. Already at the end of the 19th century, the subject matter of citizenship was emphasized rather than the object matter. The experience of two totalitarian systems of the twentieth century has led to a change in the concept of citizenship. Undoubtedly, the globalization processes have had a significant impact on this. As a result, the first global citizenship, the citizenship of the European Union,

was created. On the international or European scene, one can notice a solstice between universalism and regionalism. In this perspective, the relation with culture or country of origin will be less and less important as an example of the migration of 2.4 million Poles in the period 2004-2015.

Słowa kluczowe: *obywatelstwo, obywatelstwo polityczne, obywatelstwo globalne, Unia Europejska, prawo rzymskie*

Keywords: *citizenship, political citizenship, global citizenship, European Union, Roman law*

Wprowadzenie

Obywatelstwo jest jednym z wyznaczników formalnej przynależności człowieka do określonej grupy społecznej, tak w perspektywie lokalnej, w tym do konkretnego państwa, jak i globalnej, np. do Unii Europejskiej. Od strony normatywnej jest ono podstawą do pewnych praw (zwłaszcza praw obywatelskich) i przywilejów (np. socjalnych). Samo obywatelstwo jest instytucją prawną, regulowaną w aktach prawa międzynarodowego, konstytucjach i innych aktach prawnych rangi ustawowej. Obywatelstwo nie jest jednak pojęciem normatywnie zdefiniowanym w prawie międzynarodowym czy krajowym. Chociaż definicje obywatelstwa można znaleźć w niektórych konwencjach regionalnych, m.in. w art. 2. Europejskiej Konwencji o Obywatelstwie z 6 listopada 1997 r. [ETS nr 166]. (Połatyńska 2010, s. 2). Z kolei w orzecznictwie w sprawie Nottebohma, rozstrzygniętej przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w 1955 r., Trybunał orzekł, że: *Zgodnie z przyjętą praktyką Państw, z orzeczeniami arbitrów i sądów oraz opinią ekspertów obywatelstwo to więź prawna, u podstaw której leży społeczny fakt przywiązania, rzeczywistego związku egzystencjalnego, wspólnoty interesów i sentymentów, któremu towarzyszy istnienie wzajemnych praw i obowiązków* (Sitek 2016, s. 220).

Obywatelstwo jest nie tylko instytucją prawa, lecz jest również instytucją społeczną, będąc dość często przedmiotem badań socjologicznych (Raciborski 2011) czy nawet psychologicznych lub politologicznych. Socjologiczne aspekty obywatelstwa ujawniają się poprzez potrzebę

określenia minimalnego poziomu tożsamości jednostki z daną grupą społeczną i jej kulturą.

Obywatelstwo w znaczeniu prawnym i społecznym nie jest jednak konieczne do zamieszkiwania na terytorium danego państwa. Przykładem są państwa wielonarodowe, jak Stany Zjednoczone czy I i II Rzeczpospolita Polska. W starożytności takim państwem było Imperium Rzymskie. Od XVII w. dominującym jednak modelem państwa jest państwo narodowe, którego mieszkańcy mają tylko jedno obywatelstwo, określane w doktrynie jako obywatelstwo polityczne (Ura 2014, s. 183).

Mimo że od strony prawnej prawie każdy model obywatelstwa jest podobnie ukształtowany, z punktu widzenia społecznego może mieć różną wagę. Wpływ na znaczenie obywatelstwa najczęściej mają czynniki ekonomiczne czy polityczne, np. brak prześladowań. Do topowych należy obywatelstwo Stanów Zjednoczonych, Niemiec czy Wielkiej Brytanii. Na to przekłada się natężenie fali migrantów zmierzających właśnie do tych krajów w poszukiwaniu lepszego bytu materialnego, bezpieczniejszych warunków życia czy też lepszych warunków do rozwoju osobowościowego (kariera zawodowa, np. aktorska).

Polityczny wymiar obywatelstwa ujawnia się m.in. w tym, że ustawodawca, będący jednocześnie konkretnym politykiem, może wprowadzać różnego rodzaju przepisy instrumentalizujące instytucję obywatelstwa. Przykładem jest obywatelstwo Stanów Zjednoczonych, które jest dość istotnym elementem amerykańskiej polityki w relacjach z poszczególnymi państwami. Polska jest „ofiarą” tej polityki. Pomimo nalegań kolejnych prezydentów RP i prowadzenia przez Polskę polityki niezwykle przyjaznej Stanom Zjednoczonym obywatele naszego kraju muszą ubiegać się o wizy, a w procedurze przyznawania obywatelstwa amerykańskiego Polacy są pozbawieni przywilejów.

Wieloaspektowe traktowanie obywatelstwa sprawia, że niebezpiecznie mówi się o potrzebie studiów interdyscyplinarnych nad obywatelstwem (Raciborski 2011, s. 10). Mało tego, relacje pomiędzy państwem rozumianym jako grupa społeczna a obywatelstwem, rozumianym jako formalne kryterium przynależności do tej grupy, są zjawiskiem dynamicznym, zmieniającym się na przestrzeni wieków. Słusznie zauważa J. Połatyńska, że Obywatelstwo jest instytucją, która wymyka się tradycyjnym klasyfikacjom. Nie

ulega wątpliwości, że obywatelstwo – będąc instytucją prawną – jest również instytucją społeczną i jako taka odwołuje się przede wszystkim do poczucia tożsamości i wspólnoty wśród członków grupy (Połatyńska 2010, s. 2).

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie zatem wskazanie na proces relatywizacji obywatelstwa i stopniowej utraty znaczenia prawa człowieka do obywatelstwa w świetle postępującej globalizacji. Wpływ na tak postawioną hipotezę badawczą mają takie determinanty jak: zmieniająca się koncepcja państwa, globalizacja i związane z nią ruchy migracyjne, coraz silniejsze akcentowanie koncepcji obywatelstwa głównie jako prawa podmiotowego.

Od obywatelstwa intuicyjnego do obywatelstwa państwowego

Koncepcja więzów prawnych, które łączą człowieka ze wspólnotą, były znane od czasów antycznych, w tym starożytnego Rzymu. *Civitas Romana*, czyli obywatelstwo rzymskie, nie było przez samych Rzymian normatywnie definiowane. Jego treść pojmowano raczej intuicyjnie. Było ono natomiast wyznacznikiem określonych praw i obowiązków na polu prawa publicznego i prywatnego (Eder 1990, s. 12–34).

W okresie republikańskim tylko obywatel rzymski miał prawo ubiegania się o urzędy publiczne. Posiadał on m.in. czynne i bierne prawo wyborcze (*ius suffragii*) (Liv. 1.42), prawo do piastowania urzędów publicznych (*ius honorum*) (Liv. 4.25) czy prawo do odwoływania się do zgromadzeń ludowych (*provocatio ad populum*) [Liv. 4.13; D. 1.2.2.16 (Pomp. sing. enchir.)]. Nie jest to jednak kanon uprawnień wyczerpujący, ale pokazujący, jak szerokie były uprawnienia obywateli rzymskich w okresie republiki (Wyrwińska 2015, s. 12–78).

W okresie pryncypatu i później koncepcja i praktyka obywatelstwa rzymskiego podlegały ewolucji. W tym okresie nierzadko niektóre urzędy publiczne pełnili nawet niewolnicy, ale nie mogli oni podejmować decyzji wiążących innych, zwłaszcza obywateli Rzymu. Najczęściej byli to biegli w jakiejś dziedzinie. Przejście od republiki do pryncypatu zrelatywizowało znaczenie obywatelstwa rzymskiego na polu prawa publicznego, jednak to państwo nadal było dysponentem tego dobra, jakim było obywatelstwo.

Wielkie znaczenie miało obywatelstwo rzymskie w zakresie prawa prywatnego. Jego posiadanie pozwalało m.in. na zawarcie małżeństwa uznanego przez prawo rzymskie (*iustum matrimonium*), dokonanie niektórych czynności prawnych zarezerwowanych tylko dla obywateli rzymskich (*ius commercii*) (Ulp. Reg. 19.5.), np. *mancipatio* czy czynności dokonywanych za pomocą *per aes et libram* (Ulp. Reg. 19.4.), bycia stroną w procesie legislacyjnym (Schiller 1978, s. 218), zdolność testowania i uzyskania przysporzeń z testamentu (*testamenti factio*) (D. 28.1.4. (G. 2 inst.) (Kursa 2017, s. 15), czy też wykonywania władzy ojcowskiej (*patria potestas*) (G. 1. 55.).

Koncepcja obywatelstwa w antycznym Rzymie podlegała zmianom w poszczególnych systemach politycznych. Inaczej rozumiano obywatelstwo rzymskie w okresie królestwa, inaczej w republice, a jeszcze inaczej w okresie cesarstwa. *Civitas Romana* była wartością samą w sobie, przynajmniej do 212 r., kiedy to cesarz Karakalla przyznał wszystkim wolnym mieszkańcom Imperium Rzymskiego, z wyjątkiem peregrini dedicti, prawa obywateli rzymskich. Przykładem tego jest dialog św. Pawła z namiestnikiem rzymskim Festusem. Dla namiestnika było wielkim zaskoczeniem, że na rubieżach imperium znajduje się obywatel rzymski, który posiada obywatelstwo rzymskie z urodzenia (Dz. Ap. 24,1-12. Sitek 2003, s. 163–177). Dopiero powszechna dostępność obywatelstwa rzymskiego, poczynając od 212 r., sprawiła, że jego wartość uległa dewaluacji, a nawet przyczyniła się do narodzin partykularyzmów, które były pewnym wyrazem protestu przeciwko narzuceniu tego obywatelstwa wszystkim mieszkańcom państwa.

W początkach średniowiecza obywatelstwo związane było z miastami, stąd miało ono charakter lokalny (Trzciniński 2002, s. 50). Dopiero w miarę osłabiania ustroju feudalnego zaczęła rodzić się konsolidacja miast, dając podwaliny pod stworzenie większej struktury politycznej. Ochrona prawna dla rodzącego się mieszczaństwa znalazła się m.in. w Wielkiej Karcie Wolności z 1215 r., gdzie pojawiło się określenie „naród” (Trzciniński 2002, s. 52). W tym okresie zaczęto pisać dzieła dotyczące już państwa w znaczeniu współczesnym, np. Marsyliusz z Padwy pisał o suwerenności narodu (Trzciniński 2002, s. 50). Z kolei Jan z Paradyża pojmował państwo jako zbiór obywateli, niezależnie od miejsca ich zamieszkiwania w tym czy innym mieście (Wójtowicz 1977, s. 46–53).

Ostatecznie model obywatelstwa państwowego ukształtował się w dobie absolutyzmu. Wzrost władzy absolutnej monarchy prowadził do ograniczenia prawa jednostki przy jednoczesnej gwarancji pewnych praw podstawowych. Gwarancja ta była pewnym darem monarchy przekazanym społeczeństwu. Do tych praw zaliczono: prawo do życia, prawo do wolności, ale tylko osobistej czy prawo do własności (Trzeciński 2002, s. 54). Obywatel ten jednak pozbawiony był praw politycznych. Dominującym wówczas modelem państwa było państwo policyjne.

Od obywatelstwa państwowego do prawa człowieka do obywatelstwa

Początków procesu odchodzenia od obywatelstwa państwowego można doszukiwać się w archetypach współczesnych konwencji praw człowieka, m.in. w Deklaracji praw Wirginii (1776), Deklaracji niepodległości Stanów Zjednoczonych (1776) oraz Deklaracji praw człowieka i obywatela (1789). Były to akty normatywne powiązane z rodzącym się nowym państwem. To, co można było dać wówczas ludziom zamieszkającym obecnie terytorium Stanów Zjednoczonych, to właśnie prawa wolnościowe. Z kolei Deklaracja francuska powiązana była z próbą przejęcia władzy przez mieszczanństwo i budową nowego ładu opartego na wolności jednostki.

Mimo utworzenia podłoża doktrynalnego i podstawy normatywnej pozwalającej na odejście od koncepcji obywatelstwa państwowego aż do powstania systemów totalitarnych XX w. obywatelstwo było istotną prerogatywą polityki państwa. Dopiero dramatyczne wydarzenia II wojny światowej, wywołane tak przez faszyzm, jak i komunizm sprawiły zmianę najpierw na poziomie deklaracji międzynarodowych, a później krajowych zmierzającą do odejścia od koncepcji obywatelstwa państwowego na rzecz obywatelstwa rozumianego jako prawo podmiotowe z funkcją jedynie administracyjną państwa w tym obszarze.

W literaturze przyjmuje się, że prawo do obywatelstwa zostało pierwszy raz normatywnie dookreślone w art. 15. ust. 1 Powszechnej deklaracji praw człowieka, z 1948 r., gdzie w ust. 1 stwierdzono, że *Każdy człowiek ma prawo do posiadania obywatelstwa*. To sformułowanie jest

niezwykle ważne ze względu na to, że obywatelstwo zostało tym samym uznane za prawo podmiotowe człowieka. Uznano, że dzierżenie obywatelstwa przez człowieka nie jest przywilejem, lecz jego naturalnym prawem. *A contrario*, państwo nie jest dysponentem tego prawa, a jedynie posiada uprawnienie do kształtowania jego treści. Stąd też w art. 15. ust. 2 Powszechnej deklaracji praw człowieka postanowiono, że *Nie wolno nikogo pozbawiać samowolnie obywatelstwa ani nikomu odmawiać prawa do zmiany obywatelstwa.*

W ślad za tymi rozwiązaniami prawnymi art. 3. ust. 1 Protokołu nr 4 z 16 września 1963 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności gwarantujących niektóre prawa i wolności, inne niż już zawarte w Konwencji i w Pierwszym protokole dodatkowym do Konwencji Strasburg, 16 września 1963 roku postanowiono, że *nikt nie może być wydalony z terytorium Państwa, którego jest obywatelem, ani indywidualnie, ani w ramach wydalenia zbiorowego. Zaś w art. 3. ust. 2 tego samego dokumentu stwierdzono, że nikt nie może być pozbawiony prawa wstępu na terytorium Państwa, którego jest obywatelem.*

Co do zasady zatem władza państwowa nie może człowieka pozbawić obywatelstwa. Tym samym stworzone zostały podstawy prawne w prawie międzynarodowym do likwidacji instytucji bezpaństwowca, czyli apatrydy, znanej i stosowanej od najdawniejszych czasów. W prawie rzymskim jedną z kar stosownych w prawie karnym była *aquae et ignis interdictio*, czyli wygnanie (Jońca 2008, s. 284–285). Analogiczna instytucja była stosowana jeszcze w drugiej połowie XX w., np. w ZSRR wobec dysydentów.

Dość ważne stwierdzenie normatywne znajduje się w art. 3. Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.), gdzie postanowiono, że *Państwa-Strony niniejszego Paktu zobowiązują się zapewnić mężczyznom i kobietom równe prawo do korzystania ze wszystkich praw obywatelskich i politycznych wymienionych w niniejszym Pakcie. Uzupełnieniem jest art. 24. Paktu, w którym stwierdzono, że Każde dziecko ma prawo do nabycia obywatelstwa.*

Koncepcja, według której obywatelstwa jest prawem podmiotowym każdego człowieka, nie zaś prerogatywą państwa, została przyjęta w późniejszych aktach prawa międzynarodowego, np. w Europejskiej konwencji praw człowieka z 1950 r., Międzynarodowym pakcie praw człowieka

i obywatela oraz w aktach prawa europejskiego, zwłaszcza w Pakcie praw podstawowych z 2000 r.

W podobnym duchu rozwiązano kwestię obywatelstwa we współczesnych konstytucjach, czego przykładem jest Konstytucja RP z 1997 r. W art. 52. Konstytucji RP polski ustawodawca wprowadził nie zdefiniował *expressis verbis* obywatelstwa prawa podmiotowego, jednak przyjął międzynarodowe i europejskie standardy, deklarując m.in. zasadę swobodnego poruszania się po terytorium kraju oraz wolność w wyborze miejsca zamieszkania (ust. 1). Wolność określona w art. 52. Konstytucji RP obejmuje również prawo do opuszczenia kraju (ust. 2). Swoboda przemieszczenia się może być ograniczona tylko ustawowo (ust. 3). Organy państwa nie mogą obywatela polskiego pozbawić obywatelstwa ani zakazać mu powrotu do kraju.

Treść art. 52. Konstytucji polskiej niewątpliwie wzorowana była na art. 16. Konstytucji włoskiej. Należy jednak zauważyć, że w konstytucjach starszych, nawet tych bezpośrednio wydanych po II wojnie światowej, prawo do obywatelstwa nie znajduje dostatecznego ugruntowania konstytucyjnego. Przykładem jest konstytucja Danii z 1953 r., gdzie w art. 44. przyjęto konstrukcję obywatelstwa jako prawa będącego wyłącz- nie w gestii państwa, nie zaś obywatela (Plicci, Suni Prat, Comba, Cassella 1993, s. 86).

Obywatelstwo światowe jako konsekwencja prawa do obywatelstwa

Obywatelstwo państwowe było i nadal jest spostrzegane nie tylko jako prerogatywa państwa, ale również element tożsamości kulturowej, w tym religijnej. Stąd w powszechnym obiegu funkcjonują takie stereotypy jak: Polska to kraj katolicki, a prawie każdy Polak to katolik, Niemcy to protestanci z katolickim południem, Francja to kraj świecki, Holandia to kraj wielokulturowy, w którym panuje dość dobry i stateczny ład społeczny. Te obrazy wybranych państw europejskich podlegają daleko idącym przeobrażeniom, których początków należy szukać w kolonializmie, a obecnie w integracji europejskiej.

Dość niedawna, a zapominana nieco historia wielu państw europejskich, związana jest z kolonializmem zapoczątkowanym tak naprawdę odkryciem Ameryki przez Hiszpanów. Początkowo rabunkowa polityka, polegająca na kradzieży kosztowności i niszczeniu kultury lokalnej w Ameryce Południowej przez Hiszpanów i Portugalczyków, zamieniła się już w XVIII w. (i była kontynuowana w XIX i XX w.) w uzależnienie administracyjne podbitych terenów, najczęściej z zastosowaniem militarnej siły. Wprowadzając administrację na podbitych terenach, *de facto* przeprowadzano również proces europeizacji (Albertini 1982). Jednocześnie kraje europejskie, zwłaszcza Wielka Brytania, Niemcy, Holandia, Francja, Hiszpania czy Portugalia, podbite tereny eksploatowały ekonomicznie, m.in. poprzez sprowadzanie taniej siły roboczej do Europy. I chociaż w latach od 1956 do 1975 zlikwidowano kolonializm, to jednak jego skutki pozostały do dzisiaj (Kosiłło 2012, s. 177). Do nich należy zaliczyć liczne konflikty zbrojne. Z kolei w Europie wiele krajów europejskich stało się krajami wielokulturowymi. Zmiany te spowodowane były napływem ludności pochodzącej z Afryki lub Azji. Znaczna część Europy przestała być chrześcijańska. Stąd też św. Jan Paweł II rozpoczął misję rechrystianizacji Europy. W falcie kolonializmu należy też doszukiwać się współczesnych ruchów migracyjnych (Loomba 2005, s. 20). Do Europy napływa obecnie ludność głównie z terenów dawnych kolonii, chociaż na migrację niewątpliwie wpływ ma również rosnący konsumpcjonizm (Łażewska 2016, s. 13).

Kolonializm był też jedną z przyczyn rodzącego się globalizmu. Z politycznego punktu widzenia znaczenie miała relatywizacja granic politycznych wytyczanych przez państwa kolonialne, często bez uwzględnienia uwarunkowań historycznych czy kulturowych. Nieprzypadkowo granice wielu państw afrykańskich to proste linie przecinające wcześniejsze podziały kulturowe (Graca 2016, s. 15). Takie wytyczanie granic, a właściwe rozdzielanie stref interesów państw europejskich, stało się zarzewiem współczesnych wojen i konfliktów lokalnych, których najtragiczniejszą emanacją był m.in. konflikt między Hutu i Tutsi w Ruandzie.

Relatywizacja, czy stopniowa utrata znaczenia instytucji granic politycznych czy przynależności człowieka do określonej kultury, uwidacznia się również w obszarze koncepcji i pojmowania przez przeciętnego człowieka obywatelstwa.

Przedstawione powyżej zjawiska wpłynęły zdecydowanie na zmianę normatywnego pojmowania obywatelstwa. Podmiotem obywatelstwa stał się człowiek (obywatelstwo jako prawo podmiotowe), nie zaś władza polityczna. Państwo, czy inaczej organy państwa, coraz bardziej pełnią jedynie funkcję administracyjną. Znoszenie granic politycznych czy też ich kontrola głównie pod kątem bezpieczeństwa sprawia, że rozluźnieniu podlega również związek między obywatelem a państwem, między człowiekiem a kulturą. Ludzie się przemieszczają z państwa do państwa i osiedlają w nowych miejscach, najczęściej asymilując się z kulturą lokalną, która i tak jest poddana zmianom, jakie wywołuje kultura globalna. Często też przebywając w nowym miejscu, nie zabiegają o nabycie nowego obywatelstwa, regulują jedynie kwestie związane z legalizacją pobytu.

Naprzeciw temu zjawisku wychodzi koncepcja obywatelstwa globalnego. Zresztą taka koncepcja nie jest czymś nowym. Już grecki filozof Diogenes z Synopy (ok. 413–323 p.n.e.), przedstawiciel filozofii cynickiej, twierdził, że jest obywatelem świata. Do tej myśli nawiązywał również Seneka (*Ad Gall. De vita beata* 20, 3 i 5) i Cyceron (*De nat. deor.* II 62, 154). Od stoików koncepcję tę przejął niderlandzki filozof Justus Lipsiusz (1547–1606) (Dąbkowska 2003, s. 219–225).

W tych właśnie poglądach związanych z koncepcją światowego obywatelstwa należy dopatrywać się początku kosmopolityzmu, dla którego bez znaczenia są wszelkie podziały kulturowo-polityczne czy terytorialne. Ten nurt filozoficzny nie jest jednak wpierany przez żadną władzę państwową. Z ideami kosmopolityzmu utożsamiają się w dużej mierze globaliści i anarchiści (Hoff 2002–2003, s. 1047–1048).

Analogicznie dla globalizmu, znacznie wcześniej rozwija się idea Kościoła powszechnego. Zgodnie ze wskazaniem Pana Jezusa ewangelia ma być głoszona wszystkim narodom, a więc niezależnie od kultury czy podziałów politycznych. Przez 2 tys. lat tak też się stało i dzisiaj chrześcijaństwo, w tym katolicyzm, jest obecne prawie we wszystkich zakątkach świata. Ludzie wierzący są nie tylko obywatelami określonego kraju, ale wiernymi, czyli członkami globalnej organizacji, jaką jest Kościół katolicki (Papciak 2008, s. 2–6).

Można jednak wskazać na konkretne rozwiązania prawne i instytucjonalne obywatelstwa globalnego. Takim przykładem jest choćby obywatel-

stwo europejskie ustanowione w 1992 r. na mocy Traktatu z Maastricht, które niekiedy określane jest też jako obywatelstwo wielopoziomowe (Bodnar 2008, s. 25). Obecnie szczegółowe uregulowanie tej instytucji znajduje się w art. 20. TFUE (dawniej art. 17. TWE), w którym ustawodawca unijny postanowił: *Ustanawia się obywatelstwo Unii. Obywatel Unii jest każda osoba mająca obywatelstwo Państwa Członkowskiego. Obywatelstwo Unii ma charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego, nie zastępując go jednak.* Chociaż obywatelstwo UE ma charakter subsydiarny, to jednak wprowadziło możliwość swobodnego przemieszczenia się mieszkańców poszczególnych państw, bez obowiązku zmiany obywatelstwa państwa członkowskiego. Według danych GUS w latach 2004–2015 z Polski wyemigrowało na stałe lub czasowo 2,397 mln polskich obywateli (Dane zaczerpnięte ze stron GUS), najwięcej do Wielkiej Brytanii, Niemiec i Holandii. Większość z tych osób już nie powróci do Polski, a w drugim pokoleniu najczęściej tracą tożsamość polską, a nawet związki z Polską (Krajewski 2015, s. 105).

Podsumowanie

Historia ludzkości jest przede wszystkim historią wielkich migracji, które spotyka się właściwie od pojawienia się człowieka na ziemi. W czasach antycznego Rzymu obywatelstwo było definiowane intuicyjnie, dawało określone przywileje, ale nie było obowiązkowe dla mieszkańców imperium. Przeciwnie, aż do 212 r. tylko nieliczni mieszkańcy Imperium Rzymskiego posiadali obywatelstwo rzymskie. Od związków z państwem ważniejszy był związek jednostki z miastem, w którym mieszkała, i kulturą, z którą się identyfikowała. Istotnym elementem tej kultury najczęściej była religia, ale nie tylko. Taki stan rzeczy przetrwał aż do późnego średniowiecza.

Nowe nurty myślowe dotyczące koncepcji państwa, a powstałe pod koniec średniowiecza, przyczyniły się do powstania koncepcji tzw. państwa współczesnego, dla którego największe znaczenie miały granice i obywatelstwo polityczne. Człowiek był jedynie biernym przedmiotem obywatelstwa czy organów władzy. Granice polityczne zamknęły ludzi na określonym terytorium, niezależnie od kultury czy pochodzenia.

Już pod koniec XIX w. w centrum rozważań filozoficznych znalazł się na nowo człowiek i jego prawa, zwłaszcza wolnościowe. Wielu myślicieli podkreślało stronę podmiotową, a nie przedmiotową obywatelstwa, jednak dopiero doświadczenia dwóch systemów totalitarnych XX w. spowodowały, że zmianie zaczęła ulegać również koncepcja obywatelstwa. Niewątpliwie znaczny wpływ na to miały procesy globalizacyjne. W efekcie powstało pierwsze globalne obywatelstwo, obywatelstwo Unii Europejskiej. Na arenie międzynarodowej, czy europejskiej daje się zauważyć przesilenie pomiędzy uniwersalizmem a regionalizmem. Moim zdaniem nie można już powstrzymać globalnych zmian, w tym migracji ludzi. Obywatelstwo polityczne tym samym będzie traciło coraz bardziej na znaczeniu.

Literatura:

- Albertini R. von (1982). *European Colonial Rule, 1880–1940. The Impact of the West on India, Southeast Asia and Africa*, Oxford.
- Bodnar A. (2008). *Obywatelstwo wielopoziomowe. Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Wyd. Sejmowe, Warszawa.
- Dąbkowska J. (2003). *Motywy „obywatela świata” w dialogu Justusa Lipsjusza „O stałości”*. s. 219–225 http://rcin.org.pl/Content/53752/WA248_70127_P-1-2524_dabkow-motywy.pdf
- Eder W. (1990). *Der Bürger und sein Staat – Der Staat und seiner Bürger. Ein Einführung zum Thema*, Stuttgart.
- Hoff W. (2014). *Unia Europejska wobec kosmopolityzmu prawnego*, Studia Europejskie, nr 3, s. 73–91.
- Jońca M. (2008). *Parricidium w prawie rzymskim*, Wyd. KUL, Lublin, s. 284–285.
- Kosidło A. (2012). *Kolonializm – konsekwencje dla Afryki. Dzieje najnowsze*, Roczniki Biblioteki Narodowej XLIV, nr 1, s. 177.
- Loomba A. (2005). *Colonialism/poscolonialism. The New Critical Idiom*, New York, s. 20.
- Plicci E., Suni Prat D., Comba M., Cassella F. (1993). *Le costituzioni dei paesi della Comiunita' Europea*, wyd. Gianni Iuculano Editore, Pavia.
- Papciak, K.F. (2008). *Konstrukttywne obywatelstwo świata - uczestnictwo przez dialog*, Wrocławski Przegląd Teologiczny, nr 2 s. 2–6.
- Połątyńska J. (2010). *Prawo do obywatelstwa jako prawo człowieka*, [w:] „Folia Iuridica. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, Łódź.
- Raciborski J. (2011). *Obywatelstwo w perspektywie socjologicznej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
- Schiller A.A., Roman law. Mechanisms of Development, The Hugue-New York 1978, s. 218.
- Sitek B. (2003). *Proces świętego Pawła. Przyczynek do studiów nad rzymskim procesem karnym na pograniczu* [w:] *Wielokulturowość poleskiego pogranicza. Ludzie – idee – prawo*, pod red. A. Lityńskiego i P. Fiedorczyka, Materiały ze Zjazdu Katedr Historycznoprawnych, Augustów 15–18 września 2002 roku, Wydaw. UwB, Białystok, s. 163–177.
- Sitek M. (2016). *Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności*, wyd. C.H.Beck, Warszawa.
- Slaughter A.-M. (2002-2003). *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, “Michigan Journal of International Law” 2002–2003, No. 24, s. 1047–1048.
- Trzciniński K. (2002). *Obywatelstwo w Europie. Idea i jej wyraz formalny w perspektywie historycznej*, Studia Europejskie, nr 2, s. 45–67.

- Ura P. (2014). *Obywatelstwo w świetle prawa administracyjnego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Seria Prawnicza, Zeszyt 84/2014, s. 181–201.
- Wójtowicz A. (1977). *Model władzy państwowej Marsyliusza z Padwy*, Wyd. Uniwersytetu Śląskiego, Katowice.
- Wyrwińska K. (2015). *Civis romanus sum. Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, wyd. Księgarnia Akademicka, Kraków.
- Graca T. (2016). *Społeczne funkcjonowanie człowieka w złożonej współczesnej rzeczywistości*, JoMS 2/29, s. 11–26.
- Łażewska D. (2016). *Postmetafizyczny klimat ponowoczesnej konsumpcji. Rzecz o (nie)zrównoważonym rozwoju człowieka*, JoMS 2/29, s. 11–26.
- Krajewski P. (2015). *Dylemat zrównoważonej konsumpcji i zrównoważonego rozwoju w prawie międzynarodowym i UE*, JoMS 3/26, s. 101–113.
- Kursa S. (2017). *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, wyd. Wolters Kluwer Polska, Warszawa.

Jacek Sobczak

prof. zw. dr hab. prawa, kierownik Katedry Prawa Ochrony Własności Intelektualnej
oraz prodziekan, Wydział Prawa, Uniwersytet Humanistycznospołeczny SWPS w Warszawie

Maria Gołda-Sobczak

dr hab. nauk społecznych w zakresie nauki o polityce, politolog i prawnik,
Instytut Kultury Europejskiej, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Prawo do kultury

The right to culture

Streszczenie

Termin *kultura* jest wieloznaczny i nie posiada definicji legalnej. Wiąże się z nim określenia *korzystanie z dóbr kultury*, *dostęp do dóbr kultury* oraz pojęcie *dóbr kultury* jako źródła tożsamości narodu. Problem prawa do kultury określa preambuła Konstytucji oraz jej artykuły 5., 6., i 35. Wspólnoty Europejskie, a później Unia przez długi czas nie poświęcały uwagi zarówno ochronie europejskiego dziedzictwa kultury, jak i problematyce polityki kulturalnej, pozostawiając ten obszar mniej lub bardziej świadomie systemowi Rady Europy. Polityka kulturalna Unii traktuje wieloznaczny termin *kultura* jako obszar należący do sfery narodowej suwerenności. W dokumentach unijnych pojawiają się niedefiniowane w praktyce terminy dotyczące obszaru kultury, np. *europejska przestrzeń kulturowa*, *wspólne dziedzictwo kulturowe* itd. Zagadnieniu kultury, a ściślej dziedzictwa kulturowego, poświęcił uwagę dopiero art. 151. TWE, obecnie art. 167. TFUE.

Abstract

The term culture is ambiguous and doesn't have a legal definition. It refers to the use of cultural goods, access to cultural goods and the notion of cultural goods as the source of the identity of the people. The issue of the right to culture is defined by the preamble to the Constitution and its Articles 5, 6, and 35. The European Communities, later the European Union, for a long time did not pay attention to the protection of European cultural heritage, as well as to issues of cultural policy, leaving the area more or less consciously the Council of Europe. The cultural policy of the European Union treats the ambiguous term "culture" as an area that belongs to the sphere of national sovereignty. Undefined terms from the area of culture, such as the European cultural space, a common cultural heritage, etc. appear in the documents of the European Union. Only paragraph 151 of the Treaty establishing the European Community the Treaty, currently paragraph 167 of the Treaty on the functioning of the European Union is more specifically devoted to the issue of culture and more closely to the issue of heritage.

Słowa kluczowe: *Kultura, Konstytucja, prawo do kultury, dziedzictwo narodowe, prawo Unii Europejskiej, Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.*

Keywords: *Culture, Constitution, right to culture, national heritage, European Union law, the Treaty on the functioning of the European Union.*

Funkcjonujące w języku potocznym, w oderwaniu od tekstów normatywnych prawo do kultury wydaje się w odbiorze dość wieloznaczne. Dla przeciętnego użytkownika języka polskiego pod terminem tym można rozumieć bowiem zarówno prawo człowieka do tego, aby inni wokół niego zachowywali się kulturalnie, a więc nie używali słów wulgarnych i powszechnie uznanych za obelżywe, przestrzegali podstawowych zasad dobrego wychowania, aby był on traktowany z poszanowaniem godności przez funkcjonariuszy publicznych, w urzędzie, w szkole bądź przez personel służby zdrowia. Stykający się z tym terminem mogą go także rozumieć jako nakaz, aby byli kulturalni. Przyznać jednak należy, że takie jego odczytywanie jest w gruncie rzeczy rzadkością. Można jednak, a nawet należy, rozumieć prawo do kultury inaczej, jako prawo do ochrony kultury, a więc jako prawo do tego, aby odpowiednie organy państwa chroniły kulturę. Możliwe jest także pojmowanie *prawa do kultury* jako wolności korzystania z dóbr kultury¹, z czym wiązać się może kwestia bezpieczeństwa w obszarze

1 W doktrynie istnieje silna, aczkolwiek wcale nie powszechna, tendencja odróżniania *wolności* od *praw*. Niektórzy jednak traktują wolności jako specyficzny rodzaj praw obywatelskich, częstokroć dzieląc prawa jednostki na *uprawnienia* (prawa *sensu stricto*) i wolności. Generalnie jednak prawa i wolności przysługują określonemu podmiotowi. Jak stwierdza L. Wiśniewski, znamieniem *wolności* jest to, że nie wynika ona, jako wolność człowieka i jako wolność obywatela, z prawa w znaczeniu przedmiotowym, a prawo ustanawia jedynie granice wolności. Poprzez normy prawne państwo ma także obowiązek chronić wolności w zakresie, w którym nie są one ograniczane. (L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna*, w: L. Wiśniewski (red.), „Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona”, Warszawa 1997, s. 58). Konstatacja ta legła u podstaw konstrukcji *praw negatywnych*, czyli takich, które są zakazami ingerowania przez państwo w określone obszary życia jednostki. (zob. M. Nowicki, *Co to są prawa człowieka*, [w:] „Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów”, Warszawa 1998, nr 1, s. 9) Trzeba jednak zauważyć, uznając finezję prawniczą tego sformułowania, iż ruchy społeczne i poszczególne osoby nie walczyły, jak dotąd nigdy, o *prawa negatywne*, natomiast domagały się poszanowania wolności człowieka i wolności obywatela, ewentualnie przyznania bądź respektowania określonych praw. Niekiedy, widząc różnicę między *prawami a wolnościami*, dzieli się te ostatnie na wolności osobiste i polityczne. Te pierwsze mają, według tej

kultury zarówno w aspekcie międzynarodowym, w tym także unijnym, jak i krajowym².

Termin *kultura* w polskim systemie prawnym jest nader wieloznaczny. Termin ten nie posiada definicji legalnej, chociaż posługują się nim liczne akty normatywne, poczynając od Konstytucji³. W literaturze zwraca się uwagę na to, iż definicje kultury zazwyczaj są oparte na wyliczeniu składników kultury, podkreśleniu konieczności uczenia się kultury jako mechanizmu jej nabywania i wpływu na osobowość, wskazaniu społecznego rodowodu (faktu, iż jest ona efektem społecznego współżycia ludzi), podniesieniu społecznego dziedziczenia i tradycji jako mechanizmu tworzenia i trwania kultury, wreszcie – na stwierdzeniu, iż dana kultura jest „czymś obowiązującym w danej społeczności”⁴. W doktrynie pojawia się wiele koncepcji pojmowania kultury i pojmowania jej związków z życiem społecznym. W większości zostały one gruntownie opisane w podręcznikach antropologii kultury i pracach poświęconych myśli społecznej⁵.

koncepcji, przysługiwać wszystkim osobom bez względu na ich obywatelstwo, tymi drugimi, politycznymi, kontentować się mają tylko obywatele konkretnego państwa (zob. S. Gebethner, *Ustrój polityczny Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1976, s. 152–153).

- 2 G. Michałowska, *Bezpieczeństwo kulturowe w warunkach globalizacji procesów społecznych*, [w:] D. B. Bobrow, E. Halizak, R. Zięba (red.), „Bezpieczeństwo narodowe i międzynarodowe u schyłku XX wieku”, Warszawa 1997; P. Mazurkiewicz, *Europeizacja Europy. Tożsamość kulturowa Europy w kontekście procesów integracji*, Warszawa 2001, passim; A. Przyborowska-Klimczak, *Prawne aspekty bezpieczeństwa kulturowego* w: L. Antonowicz, T. Guz, M. R. Pałubska (red.), „Bezpieczeństwo Polski. Historia i współczesność”, Lublin 2010, s. 227–249.
- 3 Zob. w tym przedmiocie A. Klośkowska, *Kultura masowa*, Warszawa 1980, s. 9–93. Zob. także A. Kroeber, C. Kluckhohn, *Culture. A Critical Review on Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archeology and Ethnology” 1952, nr 47 (1); G. Banaszak, J. Kmita, *Spoleczno-regulacyjna koncepcja kultury*, Warszawa 1994; S. Bednarek, *Pojmowanie kultury i jej historii we współczesnych syntezach dziejów kultury polskiej*, Wrocław 1995; S. Czarnowski, *Kultura*, [w:] „Dziela”, t. 1, Warszawa 1968; A. Klośkowska, *Socjologia kultury*, Warszawa 1981; A. Kroeber, *Istota kultury*, Warszawa 1973; B. Malinowski, *Naukowa teoria kultury* w: tegoż *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958; F. Znaniecki, *Nauki o kulturze*, Warszawa 1971; G. Simmel, *O istocie kultury* w: „Filozofia kultury. Wybór esejów”, Kraków 2007, s. 15–22.
- 4 A. Kroeber, C. Kluckhohn, *Culture. A Critical Review on Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archeology and Ethnology” 1952, nr 47 (1).
- 5 Najbardziej powszechne koncepcje to: ewolucjonizm i neorewolucjonizm, marksizm, ujęcie szkoły frankfurckiej, koncepcja szkoły durkheimowskiej, historyzm, dyfuzjonizm,

Z kulturą w języku prawniczym, ale także prawnym, łączą się kwestie korzystania z dóbr kultury i dostępu do dóbr kultury. Pierwszy z tych terminów niesie z sobą zakaz tworzenia przez władze publiczne ograniczeń dostępu do dóbr kultury. Wolność ta ma charakter szeroki, na skutek czego może wchodzić w konflikt z innymi, potwierdzonymi w aktach prawa międzynarodowego i zagwarantowanymi w konstytucjach wolnościami i prawami, w tym także z prawem własności. Dostęp do dóbr kultury traktowany jest zwykle jako wolność, co przemawiałoby za zakazem reglamentacji dostępu do dóbr kultury, natomiast w praktyce akty normatywne niejednokrotnie ograniczają ten dostęp, co bywa podyktowane chęcią zachowania dóbr kultury w stanie niepogorszonym. Akty prawa międzynarodowego, w tym także unijnego, nakładają na państwa obowiązek tworzenia przepisów prawnych, uniemożliwiających ograniczenie dostępu do dóbr kultury. Skoro korzystanie z dóbr kultury jest wolnością i ma charakter prawa podmiotowego, prowadzić to powinno do możliwości formułowania skargi, także konstytucyjnej, w razie ograniczenia takiego dostępu⁶.

W doktrynie zauważa się, że wolność korzystania z dóbr kultury ma przede wszystkim charakter wertrykalny, a więc skutkuje obowiązkami nałożonymi na organy władzy publicznej. Nie wywołuje natomiast „efektu horyzontalnego”, bo odniesienie swobody dostępu do dóbr pozostających w rękach prywatnych mogłoby kolidować z prawem własności bądź z prywatnością życia domowego⁷. W obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej

funkcjonalizm i myślenie systemowe, strukturalizm, psychokulturalizm, kognitywizm i postmodernizm. Zob. M. Gołka, *Socjologia kultury*, Warszawa 2007, s. 23 i n.

- 6 Zob. M. Królikowski, K. Szczucki, [w:] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, s. 1688; J. Sobczak, *Wolność korzystania z dóbr kultury – standardy europejskie i konstytucyjna rzeczywistość polska*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), „Prawna ochrona dóbr kultury”, Toruń 2009, s. 7–26; M. Gołda-Sobczak, *Wolność korzystania z dóbr kultury i wolność badań naukowych*, „Media i Medioznawstwo” 2014, nr 1 (13/IV), s. 9–38; J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, Свобода использования культурных ценностей в европейском правовом порядке. Международные стандарты, [w:] Т. Л. Курас (ред.), „Правовая политика современной России: реалии и перспективы. Материалы международной научно-практической конференции”, Иркутск 2014, s. 122–137.
- 7 Zob. L. Garlicki, M. Derlatka w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, wyd. 2., s. 800. Zob. także M. Jabłoński, *Wolności z art. 73 Konstytucji RP* w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), „Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP”

Polskiej do pojęcia kultury ustrojodawca odniósł się w różnych miejscach. W preambule, stwierdzając: *my, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej (...) wdzięczni naszym przodkom (...) za kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach (...)*, usytuowano kulturę obok pracy, walki o niepodległość jako jedną z wartości konstytucyjnych. Zgodzić się wypada z M. Piechowiakiem, że ustrojodawcy nie chodziło o kulturę w sensie opisowym, ale o kulturę opartą na określonym fundamencie aksjologicznym zawartym w chrześcijańskim dziedzictwie narodu i w ogólnoludzkich wartościach⁸. W tej sytuacji wypada rozważyć, czy *kultura* w ujęciu preambuły jest tylko wartością, czy też także zasadą prawną⁹. Na uboczu należało przy tym pozostawić rozważanie co do

Warszawa 2002, s. 561; A. Frankiewicz, *Wolność w sferze sztuki i nauki według Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.* [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), „Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka” „Studia Erasmiiana Wratislaviensia” 2010, z. IV, s. 236; tenże, *Konstytucyjna regulacja dostępu do dóbr kultury i wolności korzystania z dóbr kultury*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2013, nr 3, s. 63.

- 8 M. Piechowiak w: M. Safjan, M. Bosak (red.), *Konstytucja RP Komentarz*, t. I, s. 140.
- 9 Można mieć wątpliwości, czy kultura w ujęciu preambuły może być traktowana jako zasada konstytucyjna, czy też pojmowana jako wartość. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego częstokroć pewne stany rzeczy, zjawiska, zdarzenia, stosunki bądź zachowania bywają określone jako wartości. W ten sposób ujęto wolność wyrażania opinii jako wolność słowa. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 7 czerwca 1994 r., sygn. akt K 17/93, OTK 1994, cz. I, poz. 11., s. 90. W treści uzasadnienia stwierdzono: „Wolność wyrażania opinii jako postać wolności słowa jest wartością konstytucyjną chronioną w art. 83 przepisów konstytucyjnych, nie ma jednakże charakteru absolutnego”. Przy okazji warto zauważyć, że w treści tego uzasadnienia stwierdzono: „Ograniczenie dopuszczone jest w sposób wyraźny w innych przepisach konstytucyjnych, bądź gdy konieczne jest wzajemne harmonizowanie wolności słowa z innymi zasadami, normami i wartościami konstytucyjnymi...”. W tej sytuacji Trybunał Konstytucyjny wyraźnie – przynajmniej w tym orzeczeniu – nie uznaje wartości konstytucyjnych za tożsame z zasadami i normami. Godzi się zauważyć, że wolność sumienia i wyznania także ujęto w uzasadnieniu jako wartość konstytucyjną. W teorii państwa i prawa opracowano koncepcję zasad prawa znajdującą zastosowanie we wszystkich gałęziach prawa. Wskazuje się przy tym, że zasady mogą być ujmowane opisowo bądź dyrektywalnie. Niekiedy stwierdza się, że wypowiedzi, którym w prawoznawstwie przypisuje się status zasad, mają charakter wypowiedzi opisowych, dyrektywalnych lub oceniających. Zob. M. Kordela, *Zasady prawa...*, s. 23–30. Zob. w kwestii stosunku zasad do wartości S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, passim. Zwraca się przy tym uwagę, że w procesie stosowania prawa nie wystarcza proste przywołanie określonej zasady,

togo, czy ewentualnie ujęta jest opisowo, czy też dyrektywalnie¹⁰. W doktrynie zauważa się, że opisowe ujęcie zasad stało się podstawą wyodrębnienia, z jednej strony, zasad abstrakcyjnych, które odnoszą się do wzorców generalnych lub ogólnych idei, a z drugiej, zasad konkretnych dotyczących zindywidualizowanych obowiązujących systemów prawnych¹¹. Koncepcja praw jako wiążących standardów znajduje swoje źródło w poglądach R. Dworkina¹².

ale niezbędne jest dokładne odtworzenie jej treści oraz podanie podstawy obowiązania. M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretyczno-prawne*, Poznań 2012, s. 23 i n., 36. W polskiej doktrynie, w ślad za rozwiązaniami przyjętymi w literaturze anglosaskiej, wskazuje się, że najbardziej charakterystyczny rodzaj zdań prawnych kreują normy formułujące obowiązki obejmujące dwie uzupełniające się klasy: reguł oraz zasad. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecas 1998, s. ix; cyt. za M. Kordela, *Zasady prawa...*, s. 36–37.

- 10 Nie wdając się szczegółowo w przedstawione w literaturze kwestie podziału tych zasad, wypada jedynie stwierdzić, że zasady opisowe to „wzorzec ukształtowania określonego przedmiotu unormowania, wskazujący sposób rozstrzygnięcia określonej kwestii wyróżnionej z określonego punktu widzenia”. Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, s. 43. Zasada opisowa to określenie funkcjonalnie powiązanych zespołów norm. M. Kordela dowodzi, że termin *zasada* może być stosowany w odniesieniu do zaobserwowanej prawidłowości w działalności prawodawczej i wówczas jest to zasada rejestrująca, która akcentuje faktyczne przejawy pewnego modelu, wzorca czy idei. To rejestrujące znaczenie zostaje uzupełnione wyraźnie wyliczonymi wyjątkami. M. Kordela, *Zasady prawa...*, s. 23. Zasady prawne ujmowane bywają także jako wiążące standardy, pojmowane jako wiążące, społecznie aprobowane źródło praw i obowiązków. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 211 i n.
- 11 Pełniąc w aspekcie opisowym funkcje argumentacyjne, bądź, jako wypowiedzi dyrektywne zasady służą do wskazania nadrzędnego charakteru jakiejś normy. P. Tuleja, *Zasady konstytucyjne* w: P. Sarnecki (red.), „Konstytucjonalizacja...”, s. 16. Wśród zasad – dyrektyw można wyróżnić zasady – normy. Tak jak wśród norm prawnych istnieją normy konstytucyjne, tak wśród zasad prawa są konstytucyjne zasady prawa. Zasadami prawa mogą być oczywiście tylko normy rzeczywiście należące do systemu prawnego, a nie jakiegokolwiek normy pomyślane czy postulowane. Wskazuje się przy tym, że tylko te normy prawne są zasadami prawa, które odróżniają się tym od pozostałych, że mają szczególną doniosłość. M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa* w: J. Trzciniński (red.), „Charakter i struktura norm konstytucji”, Warszawa 1997, s. 62–63.
- 12 Zob. R. Dworkin, *Bionąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 328, 330, 358–359; zob. także R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, zwłaszcza s. 117 i n. Koncepcję R. Dworkina omawiają m.in.: M. Pełka, *Konflikt uprawnień teorii Ronalda Dworkina*, Warszawa 2012, s. i n.; G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola wykładni w orzecznictwie konstytucyjnym*, Lublin 2009, s. 23–42; G. Maroń, *Dworkinowska wizja zasad prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2008, Seria Prawnicza, z. 48 (prawo 6), s. 103–123;

Stwierdzenie M. Piechowiaka, że preambuła ujmuje kulturę jako dobro konstytucyjne, wydaje się pewnym unikiem.

M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 61–93; M. Kordel, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 44–61; M. Dybowski, *Ronald Dworkina koncepcja zasad prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 3, s. 99–115; T. Kozłowski, *Autorytet versus przemoc. Ronald Dworkin w obronie imperium prawa*, „Studia Iuridica” 1996, nr XXXI, s. 46–67; S. Wojtczak, *O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa*, Łódź 2010, s. 371–454; M. Sala-Szczypiński, *Dworkinowski podział przepisów prawa a ochrona dóbr osobistych w prawie polskim – wybrane aspekty* w: A. Orłowska, P. Polaczuk, L. Świto (red.), „Filozofia prawa a praktyka prawnicza”, Olsztyn 2010, s. 53–59. Zob. także prace o charakterze podręcznikowym: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 4–59; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 197–214; J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 964–979. Takie ujmowanie zasad nie jest obce także H. L. A. Hartowi, aczkolwiek H.L.A. Hart wyraźnie stwierdzał, że prawo składa się wyłącznie z reguł. H. L. A. Hart, tłumacząc koncepcję R. Dworkina, wskazuje, że główny cel teorii prawa według R. Dworkina „polega na identyfikacji zasad, które zarówno najlepiej pasują do znanego systemu prawa (lub są z nim spójne) i praktyk w jego obrębie”. Podkreśla, że dla R. Dworkina „zasady tak zidentyfikowane są nie tylko częścią teorii prawa, lecz również tkwią *implicite* w samym prawie”. H. L. A. Hart dodaje, że w swoich wcześniejszych pracach R. Dworkin wskazywał na zasady po prostu jako najrozsądniejszą teorię prawa. H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 321–322. W kwestii koncepcji H. L. A. Harta zob. M. Pichlak, *Odniesienia do prawa w ramach praktyki społecznej. Koncepcje Herberta Harta a założenie świata życia* w: A. Sulikowski (red.), „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa”, Wrocław 2006, s. 101–122. H. L. A. Hart wskazywał, że według R. Dworkina zasady prawne różnią się od reguł tylko tym, że mają wymiar doniosłości, ale nie obowiązują. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że dotyczy to rozważań R. Dworkina odnoszącego się do tego, czy 1 Poprawka do Konstytucji USA jest zasadą, czy regułą. Zob. R. Dworkin, *Błądząc prawa poważnie...*, s. 56–68. Jego zdaniem 1 Poprawka do Konstytucji USA może być potraktowana jako powołana do działania w sposób niekonkluzywny, a więc w sytuacji, gdy inne reguły czy zasady przedstawiałyby mocniejsze uzasadnienie decyzji konkurencyjnych, może ulec takim racjom. Według R. Dworkina prawo to system składający się z reguł prawnych (*legal rules*) i zasad prawnych (*leal principles*), w ramach których można odróżnić zasady w ścisłym tego słowa znaczeniu oraz wymogi polityki prawnej (*policies*). Pisząc o zasadach prawa, R. Dworkin ujmował je w znaczeniu dyrektywalnym, a nie opisowym. Zasady w jego koncepcji to normy postępowania (wypowiedzi normatywne), albowiem wskazują pewien nakazany, zakazany bądź uprawniony w określonych okolicznościach sposób postępowania. Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły...*, s. 16; S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (od dogmatyki do teorii)*, Toruń 2014, s. 37. Pod wpływem koncepcji R. Dworkina H. L. A. Hart zmodyfikował swoją koncepcję, przyznając że „powierzchnowe traktowanie zasad było jego błędem”. Zob. H.L.A. Hart, *Postowie*, w: tegoż „Pojęcie prawa...”, s. 346. W kwestii tej zob. M. Korycka-Zirk, *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu L.A. Harta*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2010, t. VI, s. 92 i n.

Zasady prawa ujmowane jako postać nakazu realizacji wartości nakazują zrealizowanie pewnego stanu rzeczy w stopniu maksymalnym ze względu na istniejące możliwości faktyczne i prawne. Tak widzi wartości R. Alexy¹³. Wartości inkorporowane do zasad mają charakter wartości wewnętrznych, czyli takich, które są cenne samo przez się¹⁴. W literaturze stwierdza się, że praktycznie wszystkie, albo niemal wszystkie, bardziej

-
- 13 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, s. 47; tenże, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000, vol. 13, No.3, s. 295. Zob. M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2, s. 11–28. Zdaniem R. Alexy’ego do rozwiązywania problemów, przed którymi stoi obecnie prawoznawstwo, konieczne jest wprowadzenie rozważań w płaszczyźnie analitycznej, normatywnej i empirycznej. Prowadząc rozważania o normie na płaszczyźnie semantycznej, R. Alexy dochodzi do wniosku, że wyodrębnienie norm podstawowych wśród ogółu norm może się dokonywać na podstawie kryteriów o charakterze formalnym lub materialnym. Według kryterium formalnego prawa podstawowe to takie, które znajdują bezpośredni wyraz w konstytucji i konstytucja je za takowe uważa. Zob. P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 67. Podejmując problem zasad i reguł prawnych, R. Alexy dokonuje podziału na zasady i reguły. Wskazuje, że pojęcie zasad prawa ma charakter wieloznaczny. Odnośnie do rozróżnienia norm na zasady i reguły zob. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1992, s. 55; por. także omówienie poglądów R. Dworkina i R. Alexy’ego przez T. Gizberta-Studnickiego w: T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 3, s. 16 i n.; zob. także, T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Kilka uwag o niepozytywistycznej koncepcji prawa*, w: I. Bogucka, Z. Tobor (red.), „Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego”, Kraków 2003, s. 55–68. Zasady i reguły różnią się od siebie stopniem realizacji, który jest wymagany do ich wypełnienia. Pierwsze z nich mają charakter nakazów optymalizacyjnych o zabarwieniu idealizacyjnym. W literaturze zwraca się uwagę, że zasady zakładają powinność realizacji jakiegoś stanu rzeczy, który jednak może być zrealizowany jedynie w pewnym stopniu. Wskazuje się, że zakaz ograniczania wolności słowa nie może być realizowany w sposób absolutny, gdyż czasem konieczne jest ograniczenie tej wolności, np. w celu obrony tajemnicy państwowej. Takie ograniczenie nie sprawia jednak, że norma wyrażająca zakaz ograniczania wolności została naruszona. P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 69. Z kolei reguły prawne charakteryzują się tym, że do ich wypełnienia niedopuszczalne są jakiekolwiek odstępstwa. Regułę można zrealizować tylko w całości. Różnica między zasadami a regułami prawnymi zauważalna jest wtedy, gdy dochodzi między nimi do kolizji. W kwestii rozstrzygnięcia takowych kolizji zob. P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 72–77.
- 14 Tak widzą to M. Atienza, J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht 1999, s. 120. Jak zauważa M. Kordela, termin *wartości wewnętrzne* odpowiada, aczkolwiek nie do końca, terminowi *wartości samoistne*, którym operował Z. Ziemiński. M. Kordela, *Zasady prawa...*, s. 111; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 13.

pogłębione próby przedstawienia problematyki zasad prawa wiążą je wprost lub pośrednio z wartościami. Akcentuje się przy tym, że zasady prawa opierają się głównie na uzasadnieniu aksjologicznym związanym z wysoką oceną tych dóbr, które dana zasada nakazuje chronić¹⁵. Wspomina się, że z zasady prawa wyrażają wartości¹⁶, ewentualnie chronią wartości¹⁷ bądź wręcz je formułują¹⁸. Na gruncie prawa konstytucyjnego stwierdza się niejako dodatkowo, że „zasady konstytucyjne są podstawową wskazówką do określenia aksjologii konstytucyjnej, to znaczy wskazania systemu wartości wynikającego z całokształtu postanowień konstytucji i determinującego jej szczegółowe unormowania”¹⁹.

Powyzsze stwierdzenie jest szczególnie istotne w aspekcie art. 6. ust. 1. Konstytucji, w którym stwierdzono, że: 1. *Rzeczpospolita Polska stwarza warunki upowszechniania i równego dostępu do dóbr kultury, będącej źródłem tożsamości narodu polskiego, jego trwania i rozwoju.* 2. *Rzeczpospolita Polska udziela pomocy Polakom zamieszkałym za granicą w zachowaniu ich związków z narodowym dziedzictwem kulturalnym.* Pamiętać należy, że w rozdziale tym, zatytułowanym *Rzeczpospolita*, został, według powszechnego przekonania, ujęty katalog najważniejszych zasad politycznego i społecznego ustroju Rzeczypospolitej Polskiej²⁰. Podstawowe zasady ustroju państwa,

15 Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, s. 85.

16 M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, w: J. Trzciniński (red.), „Charakter i struktura norm konstytucji”, Warszawa 1977, s. 77.

17 K. Działocha, S. Jarosza-Żukowska, „Wartości konstytucyjne” w *orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: J. Postulski, J. Buczkowski, K. Eckhardt (red.), „Studia z prawa konstytucyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. zw. dr hab. Wiesławowi Skrzydle”, Przemysł–Rzeszów 2009, s. 81–112.

18 J. Romul, *Funkcja porządkująca „zasad prawa” w systemie prawa socjalistycznego w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1975, z. 1, s. 7; także A. Bator, *Wspólnota kulturowa jako element integracji prawa* w: A. Sulikowski (red.), „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa”, Wrocław 2006, s. 12; K. Pałeczki, *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa jako wskaźnik jego tranzycji* w: K. Pałeczki (red.), „Dynamika wartości w prawie”, Kraków 1997, s. 15–28; P. Dutkiewicz, *Problem aksjologii podstaw prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996, s. 33.

19 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 15, Warszawa 2011, s. 39–40. Zob. także M. Kruk, *Konstytucyjne zasady podstawowe* w: W. Sokolewicz, „Zasady podstawowe polskiej Konstytucji”, Warszawa 1998, s. 7.

20 W literaturze, poddając analizie rozdział I Konstytucji, przypisuje się mu szczególną rolę, wskazując, że zawiera on większość zasad naczelnych Konstytucji, formułując

sformułowane w rozdziale I Konstytucji, doktryna i judykatura zgodnie uznaje za postanowienia mające charakter normatywny²¹. Nie wdając się w interesującą problematykę rozróżnienia między zasadami konstytucyjnymi a zasadami oraz konstytucyjnymi zasadami prawa a normami

zasady ustroju państwa. Zob. A. Bisztyga, *Kilka uwag o zasadach naczelnych Konstytucji RP* [w:] A. Bałaban, P. Mijal (red.), „Zasady naczelne Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku. Materiały 52. Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Konstytucyjnego w Międzyzdrojach (27–29 maja 2010)”, Szczecin 2011, s. 319; K. Complak, *Normy pierwszego rozdziału...*, s. 20; J. Trzciniński, Uwagi do art. 79. Konstytucji RP [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 1999, s. 5 i n.

- 21 Odrzucono tym samym – jak zwraca na to uwagę L. Garlicki – koncepcję norm programowych stanowiących jedynie deklaracje intencji. Zob. L. Garlicki, Uwagi do rozdziału I Konstytucji w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, Warszawa 2007, s. 6. Przyjmuje się, że większość przepisów tego rozdziału to zasady konstytucyjne, wśród nich zaś zasady – normy prawne, zasady – idee, zasady – wartości, zasady – dyrektywy. Zob. M. Kruk, *Konstytucyjne zasady podstawowe – ich znaczenie prawne i katalog*, W. Sokolewicz (red.), „Zasady podstawowe polskiej Konstytucji”, Warszawa 1998, s. 9. Fakt, że część wspomnianych zasad ma charakter idei, wartości bądź dyrektyw, nie przekreśla ich charakteru normatywnego. Zob. K. Działocha, *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzygnięciu kolizji norm* w: J. Trzciniński (red.), „Charakter i struktura norm konstytucji”, Warszawa 1997, s. 91. Por. także P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 13. Zauważa się, że zasadom konstytucyjnym przysznaje się istotną rolę w ustalaniu znaczenia szczegółowych norm konstytucyjnych oraz przepisów zawartych w ustawach szczegółowych. Zasady te traktuje się jako „samoistne wzorce kontroli konstytucyjności”. Zob. L. Garlicki, Uwagi do rozdziału I Konstytucji..., s. 8. Do wzorca kontroli odwołuje się Trybunał Konstytucyjny w wielu swoich orzeczeniach, m.in. w wyrokach: z 10 września 2010 r. sygn. akt P 44/09, OTK A 2010, nr 7, poz. 68; z 9 czerwca 2010 r., sygn. akt K 29/07, OTK A 2010, nr 5, poz. 49; z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 38/09, OTK A 2010, nr 5, poz. 46; z 11 maja 2010 r., sygn. akt SK 50/08, OTK A 2010, nr 4, poz. 34; z 16 marca 2010 r., sygn. akt K 24/08, OTK A 2010, nr 3, poz. 22; z 23 lutego 2010 r., sygn. akt K 1/08, OTK A 2010, nr 2, poz. 14; z 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08, OTK A 2010, nr 1, poz. 2; z 21 września 2009, sygn. akt P 46/08, OTK A 2009, nr 8, poz. 124; z 7 lipca 2009 r., sygn. akt SK 49/06, OTK A 2009, nr 7, poz. 106; z 11 lipca 2012 r., sygn. akt K 8/10, OTK A 2012, nr 7, poz. 78 z 15 września 2009 r., sygn. akt P 33/07, OTK A 2009, nr 8, poz. 123; z 7 października 2008 r., sygn. akt P 30/07, OTK A 2008, nr 8, poz. 135; z 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 11/07, OTK A 2008, nr 3, poz. 47; z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06, OTK A 2006, nr 9, poz. 128 oraz w postanowieniach z: 17 grudnia 2009 r., sygn. akt Ts 145/08, OTK B 2009, nr 6, poz. 455; 5 listopada 2009 r., sygn. akt Ts 245/08, OTK B 2009, nr 6, poz. 464.

konstytucyjnymi²², wypada stwierdzić, że normy konstytucyjne, mające charakter zasad prawa, są w zasadzie wyłącznie normami merytorycznymi.

Brak legalnej definicji pojęcia *kultura* powoduje, że może być ona w praktyce rozumiana bądź jako dziedzictwo kulturowe, bądź sprowadzona do pojęcia *dóbr kultury jako źródła tożsamości narodu*, ewentualnie do narodowego dziedzictwa kulturalnego. W literaturze podnosi się, że treść art. 6. stanowi jedną z bardziej szczegółowych zasad polityki państwa. Pod pojęciem zasad należy rozumieć postanowienia nakładające określone obowiązki na władzę publiczną i jej organy, które nie łączą się jednak z konkretnymi uprawnieniami jednostek. Nie ulega wątpliwości, iż kultura, pojmowana w art. 6. Konstytucji jako „źródło tożsamości narodu polskiego”, jest niewątpliwie jedną z części składowych dziedzictwa narodowego w rozumieniu art. 5. tejże Konstytucji. Problem tożsamości pojawia się, kiedy przed jednostką staje większa możliwość wyborów. Dotyczą one wielu sfer życia, wykształcenia, zawodu, uczestnictwa w zrzeszeniach społecznych i politycznych, funkcjonowania w grupie społecznej. Szczególnie ważne wydają się pytania o tożsamość narodową i wiążącą się z nią czasem kwestią wyboru języka i religii. Problematyka tożsamości narodowej należy do tych zagadnień, które leżą w polu zainteresowania kilku dyscyplin naukowych. Z jednej strony, jest ona przedmiotem badań socjologii, z drugiej, stanowi obiekt dociekań historyków, historyków prawa i idei, politologów, kulturoznawców, psychologów, etnologów. Efektem tego stanu rzeczy było stosowanie w toku eksploracji odnoszących się do treści, perspektyw i cech tożsamości narodowej różnych metod badawczych, właściwych przedsta-

22 Zob. w tym przedmiocie m.in. M. Tuleja, *Pojęcie zasady konstytucyjnej* w: K. Wójtowicz (red.), „Zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej...”, s. 8–9; A. Pułło, *Zasada konstytucjonalizmu (prolegomena)* w: K. Działocha (red.), „Przeobrażenia w współczesnym prawie konstytucyjnym”, „Acta Universitatis Wratislaviensis No 1817 Prawo, CCXLVII”, Wrocław 1995, s. 65; K. Działocha, *Wewnętrzna hierarchia norm konstytucji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* w: L. Antonowicz, M. Granat, Z. Mańkowski, J. Szreniawski (red.), „Państwo, ustrój, konstytucja”, Lublin 1991, s. 45; A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski na tle porównawczym*, Warszawa 2001, s. 24–30; M. Granat, *Pojmowanie konstytucyjnych zasad prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* w: K. Wójtowicz (red.), „Zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej...”, s. 136; A. Chmielarz, *Funkcja prawna konstytucji na przykładzie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2011, s. 25.

wicielowi poszczególnych dyscyplin. Zjawisko to niewątpliwie poszerzyło i wzbogaciło pole badań, z drugiej jednak strony doprowadziło do nieporozumień, które utrudniają ocenę pojęcia tożsamości narodowej. Istotną sprawą okazała się kwestia siatek pojęciowych. O ile aż do schyłku lat osiemdziesiątych minionego wieku wydaje się w rozważaniach naukowych dominować pojęcie świadomości społecznej lub świadomości historycznej, o tyle od początku lat dziewięćdziesiątych, wraz z widoczną w Polsce eksplozją badań socjologicznych – w szczególności tych, których obiektem stało się pojęcie *naród* – coraz częściej pojawiał się w publikacjach termin *tożsamość narodowa*. Większość badaczy zdawała się stać na stanowisku, iż określenia: *świadomość narodowa* i *tożsamość narodowa* to synonimy²³.

23 Zob. H. Kubiak, *Świadomość i tożsamość narodowa. Swobodny wybór czy wymuszone zobowiązanie?* w: K. Doktor, W. Kwaśniewicz, A. Kwilecki (red.), „Socjologia: Teoria i działanie. Księga pamiątkowa ku czci Władysława Markiewicza”, Warszawa 1997, s. 265–284; przedr. H. Kubiak, *U progu ery postwestfalskiej*, Kraków 2007, s. 214. W literaturze istnieje wiele rozpraw poświęconych wyłącznie analizie definicji tożsamości, wśród nich m.in. prace: Z. Boksański, *Tożsamość, integracja, grupa. Tożsamość jednostki w perspektywie socjologicznej*, Łódź 1989; T. Paleczny, *Typy tożsamości kulturowej a procesy globalizacji* w: K. Gorlach, M. Niezgoda, Z. Serega (red.), „Władza, naród, tożsamość”, Kraków 2004; P. Schlesinger, *On National Identity: Some Conceptions and Misconceptions Criticized*, „Social Science Information” 1997, vol. 26). Nie wdając się w spór, czy tego typu założenie jest prawdziwe, wypada jedynie skonstatować, że zarówno jedno, jak i drugie z przytoczonych pojęć jest niezbyt ostre oraz bywało różnie rozumiane i tłumaczone. „Tożsamość” to potocznie rzecz biorąc: „bycie tym samym”, „identyczność” bądź „świadomość siebie, swoich cech i odrębności”. To wreszcie „fakty, cechy i dane personalne pozwalające wyróżnić, rozpoznać i zidentyfikować jakąś osobę”. W odniesieniu do społeczności tożsamość to „świadomość wspólnych cech i poczucie jedności” (S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Warszawa 2003, s. 96.). W tych słownikowych definicjach wyraźnie pojęcie tożsamości definiowane jest za pomocą terminu świadomość, a między tymi określeniami stawia się znak równości. „Świadomość” to, potocznie ujmując: „wiedza o czymś”, „uświadomienie sobie czegoś”, „zdawanie sobie sprawy z czegoś”. To także „wspólne dla określonej grupy ludzi idee, poglądy, przekonania i cele”. Zauważając synonimiczność obu pojęć, nie sposób jednak nie zauważyć, że pierwsze z nich (t.j. „tożsamość”) zdaje się akcentować pewien stan „bierności”, „nieuchronności”, natomiast „świadomość” charakteryzuje się pewnym ładunkiem emocjonalnym. W treści tego terminu zdaje się dochodzić do głosu przekonanie, iż świadomość jest rezultatem pewnego procesu, wynikiem dążenia do poznania przez określony podmiot swojej przynależności, jest efektem nieprzypadkowej identyfikacji. Na kwestię zauważonych różnic znaczeniowych nie zwracano jednak w literaturze szczególniejszej uwagi. Przyznać należy, iż postrzeganie ich ma charakter w dużej mierze subiektywny i intuicyjny.

Analizując treść art. 6. Konstytucji w zestawieniu z poprzedzającym go art. 5., nie sposób nie dostrzec, iż istnieje poważna różnica w pojmowaniu dziedzictwa narodowego. W myśl art. 5. Konstytucji dziedzictwo narodowe jawi się jako wartość konstytucyjna, mająca znaczenie dla narodu polskiego, wymagająca zachowania i przekazania następnym pokoleniom. Niewątpliwie częścią tego dziedzictwa narodowego jest dziedzictwo kulturalne, o którym mowa w art. 6. ust. 2. Konstytucji, który odnosi się do pomocy, jakiej Rzeczpospolita winna udzielać Polakom zamieszkałym za granicą, w zachowaniu ich związków z narodowym dziedzictwem kulturalnym²⁴. Podzielić należy także pogląd P. Sarneckiego co do tego, że „dziedzictwo narodowe” to nie tylko zaszłości, z których społeczeństwo polskie może być dumne, lecz również i te, które słusznie są potępiane – o ile mogą służyć jako element społecznej edukacji²⁵.

Warto przy tej okazji zauważyć, że w myśl art. 35. ust. 1. Konstytucji *Rzeczpospolita Polska zapewnia obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów oraz rozwoju własnej kultury*. Zagwarantowano także, iż mniejszości narodowe i etniczne mają prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych oraz służących tożsamości religijnej, a także do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej (art. 35. ust. 2.)²⁶. Warto zauważyć, że Konstytucja

24 M. Florczak-Wontor w: M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I..., s. 288.

25 P. Sarnecki w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I..., s. 234–235. Słusznie też się stwierdza, że twórcy Konstytucji chcą przekazać przyszłym pokoleniom „wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”. Zob. L. Garlicki, M. Derlatka, Uwagi do wstępu [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja...*, t. I, s. 35. Ten dorobek to właśnie dziedzictwo narodowe. Zob. K. Zeidler, *Pojęcie dziedzictwa narodowego w Konstytucji RP i jego prawna ochrona*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004, t. XII, s. 343–353.

26 Regulacja zawarta w art. 35. nie ma silnego oparcia w polskiej tradycji konstytucyjnej, mimo że jak stwierdza się w literaturze, „problemy ochrony praw mniejszości były przedmiotem unormowania Konstytucji marcowej, tak w wymiarze indywidualnym (art. 109. ust. 1. i art. 110.), jak i grupowym (art. 109. ust.2.)”, gdyż nie rozwinęło się na ich tle ani orzecznictwo, ani literatura. W okresie Polski Ludowej brak było (poza ogólnym zakazem dyskryminacji) szczególnych konstytucyjnych regulacji dotyczących sytuacji praw mniejszości. Starano się wówczas, głosząc tezę o polityczno-moralnej jedności narodu polskiego, zminimalizować możliwość kultywowania tradycji i uzewnętrzniania odrębności przez mniejszości narodowe. L. Garlicki, *Komentarz do art. 35 Konstytucji*, [w:] „Konstytucja

z natury rzeczy nie zdefiniowała (bo nie mogła zdefiniować) pojęć *mniejszość narodowa* i *mniejszość etniczna*. Przyjęcie wspomnianych rozróżnień zaważyło jednak w istotny sposób na kształcie późniejszych uregulowań. Warto pamiętać, że odróżnianie mniejszości narodowych od etnicznych nie ma w prawie międzynarodowym charakteru uniwersalnego, a oba pojęcia uznaje się za synonimy. Na gruncie Konstytucji nie są to jednak pojęcia równoznaczne, o czym przekonuje przebieg prac nad jej treścią oraz to, że ustawodawca w niektórych sytuacjach operuje tylko terminem *mniejszość narodowa*²⁷. Konstytucja wyraźnie wyróżnia element obiektywny – czyli faktyczne istnienie mniejszości, tak narodowej, jak etnicznej, od subiektywnego, który pozwala obywatelowi na swobodę wyboru, czy życzy sobie ujawnić swą przynależność, czy chce być traktowany jako członek mniejszości. Warto zauważyć, że zakres podmiotowy wolności, o jakiej mowa w art. 35. Konstytucji, ograniczony jest tylko do obywateli polskich, pozostawiając poza polem swojego działania cudzoziemców bezpaństwowców, nawet takich, którzy przebywają w Polsce na stałe. Zakresem swoim art. 35. obejmuje jedynie te osoby, które „należą do mniejszości narodowych

Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, T. III, Warszawa 2003, s. 4–5; zob. także *Prawne aspekty mniejszości narodowych w Polsce*, BSE „Materiały i Dokumenty” 1993, nr 52; M. Kalas, *Prace parlamentarne nad uregulowaniem statusu mniejszości w Polsce (1989–1995)*; „Przegląd Sejmowy 1995, nr 3, s. 63–78; por. także Z. Galicki, *Zapisy konstytucyjne dotyczące mniejszości narodowych i etnicznych – praktyka polska*, „Materiały i Dokumenty” nr 52, BSE, Kancelaria Sejmu, Warszawa 1993. O polityce państwa polskiego wobec mniejszości narodowych zob. S. Pawlak, *Ochrona mniejszości narodowych w Europie*, Warszawa 2001, s. 130–134. Problematyka mniejszości była szczegółowo analizowana przez powołaną w toku obrad Sejmu X kadencji stałą Komisję Mniejszości Narodowych i Etnicznych. Był to pierwsze tego typu ciało w pracach pierwszego Sejmu. Komisje takie istniały również w Sejmie późniejszych kadencji. Warto zauważyć, że żaden z projektów Konstytucji nie zawierał definicji pojęcia mniejszości narodowych, etnicznych i językowych.

27 Por. art. 134. ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu RP, DzU 2001 nr 46, poz. 499., zm. 2001 nr 74, poz. 786., w którym jedynie komitety wyborcze utworzone przez wyborców zrzeszonych w zarejestrowanych organizacjach mniejszości narodowych mogą korzystać ze zwolnienia list tych komitetów od konsekwencji pięcioprocentowego progu wyborczego, uprawniającego do podziału mandatów. Zob. S. Gebethner, *Wybory do Sejmu i do Senatu. Komentarz do ustawy z 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2001, s. 2004–2004.

i etnicznych”, a więc jedynie takie, które rzeczywiście powiązane są z określoną mniejszością. Konstytucja wyraźnie wyróżnia element obiektywny – czyli faktyczne istnienie mniejszości, tak narodowej, jak etnicznej – od subiektywnego, który pozwala obywatelowi na swobodę wyboru, czy życzy sobie ujawnić swą przynależność, czy chce być traktowany jako członek mniejszości.

Warto zauważyć, że wartości, o których mowa w art. 35. ust 1 Konstytucji, zostały ujęte w formie negatywnej, co oznacza, że władze publiczne powinny powstrzymać się od ingerencji w określone sfery. Prawa, o jakich mowa w art. 35. ust. 2. Konstytucji, zostały za to określone w formie pozytywnej, co nakłada na władze publiczne obowiązek stworzenia warunków umożliwiających realizację tych praw²⁸. Zagwarantowano także, iż mniejszości narodowe i etniczne mają prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych oraz służących tożsamości religijnej, a także do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej (art. 35. ust. 2.)²⁹. Ustrojodawca ujął w treści

28 W literaturze podnosi się, że art. 35. Konstytucji gwarantuje mniejszościom uprawnienia: instytucjonalne (prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych i służących ochronie tożsamości religijnej, a więc – prawo do własnego szkolnictwa, placówek kulturalnych i wyznaniowych, ale nie do tworzenia instytucji politycznych, administracyjnych czy gospodarczych), proceduralne (do uczestniczenia w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości). Wynika z tego nie tylko możliwość, a wręcz konieczność powoływania przez mniejszości organizacji.

29 Regulacja zawarta w art. 35. nie ma silnego oparcia w polskiej tradycji konstytucyjnej, mimo że jak stwierdza się w literaturze, „problemy ochrony praw mniejszości były przedmiotem unormowania Konstytucji marcowej, tak w wymiarze indywidualnym (art. 109. ust. 1. i art. 110.), jak i grupowym (art. 109. ust. 2.)”, gdyż nie rozwinęły się na ich tle ani orzecznictwo, ani literatura. W okresie Polski Ludowej brak było (poza ogólnym zakazem dyskryminacji) szczególnych konstytucyjnych regulacji dotyczących sytuacji praw mniejszości. Starano się wówczas, głosząc tezę o polityczno-moralnej jedności narodu polskiego, zminimalizować możliwość kultywowania tradycji i uzewnętrzniania odrębności przez mniejszości narodowe. L. Garlicki, *Komentarz do art. 35 Konstytucji*, [w:] „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, T. III, Warszawa 2003, s. 4–5; zob. także *Prawne aspekty mniejszości narodowych w Polsce*, BSE „Materiały i Dokumenty” 1993, nr 52; M. Kallas, *Prace parlamentarne nad uregulowaniem statusu mniejszości w Polsce (1989–1995)*; „Przegląd Sejmowy 1995, nr 3, s. 63–78; por. także Z. Garlicki, *Zapisy konstytucyjne dotyczące mniejszości narodowych i etnicznych – praktyka polska*, „Materiały i Dokumenty” nr 52, BSE, Kancelaria Sejmu, Warszawa 1993.

art. 35. Konstytucji kwestię kultury mniejszości narodowych i etnicznych w sposób dynamiczny, akcentując nie tylko wolność zachowania ich kultury, ale także jej rozwoju³⁰.

Wypada zauważyć, że ogólnikowość sformułowań Konstytucji, niezależnie od zobowiązań międzynarodowych, nałożyła na Polskę obowiązek stworzenia aktu prawnego precyzującego prawa mniejszości narodowych i etnicznych, definiującego te pojęcia i określającego obowiązki organów administracji wobec takowych mniejszości. Zauważyć należy, że traktaty dwustronne, podpisywane przez Polskę, a dotyczące problematyki mniejszościowej nie zawierają definicji mniejszości narodowych i etnicznych³¹.

O polityce państwa polskiego wobec mniejszości narodowych zob. S. Pawlak, *Ochrona mniejszości narodowych w Europie*, Warszawa 2001, s. 130–134. Problematyka mniejszości była szczegółowo analizowana przez powołaną w toku obrad Sejmu X kadencji stałą Komisję Mniejszości Narodowych i Etnicznych. Było to pierwsze tego typu ciało w pracach pierwszego Sejmu. Komisje takie istniały również w Sejmie późniejszych kadencji. Warto zauważyć, że żaden z projektów Konstytucji nie zawierał definicji pojęcia mniejszości narodowych, etnicznych i językowych.

30 Zob. P. Czarny w: M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I..., s. 808.

31 Polska zawarła ze wszystkimi sąsiadami, a także z innymi państwami Europy Środkowo-wschodniej traktaty, w których uregulowano też kwestię ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych, deklarując konieczność przeciwdziałania dyskryminacji etnicznej. Traktatami takimi są: Traktat polsko-niemiecki o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Bonn 17 czerwca 1989, DzU 1992 nr 14, poz. 56; Układ między Rzeczypospolitą Polską a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Krakowie 16 października 1991, DzU 1992 nr 59, poz. 296; Układ o dobrosąsiedzkiej współpracy między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Węgierską, podpisany w Krakowie 6 października 1991, DzU 1991 nr 59, poz. 298; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Federacją Rosyjską o dobrym sąsiedztwie i przyjacielskiej współpracy, podpisany w Krakowie 22 maja 1991, DzU 1993 nr 61, poz. 291; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Ukrainą o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Warszawie 18 maja 1992 r., DzU 1993 nr 125, poz. 573; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Białoruś o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Warszawie 23 czerwca 1992 r., DzU 1993 nr 118, poz. 578; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Łotewską o przyjaźni i współpracy, podpisany w Rydze 1 lipca 1992 r., DzU 1993 nr 114, poz. 502; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Estońską o współpracy i bałtyckim dobrosąsiedztwie, podpisany w Tallinie 2 lipca 1992 r., DzU 1993 nr 121, poz. 536; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Litewską o przyjaznych stosunkach i dobrosąsiedzkiej współpracy, podpisany w Wilnie 26 kwietnia

W tekstach traktatów gwarantowano prawa różniące się co do swej istoty. Między innymi do: uczenia się języka ojczystego i w języku ojczystym, używania go w życiu prywatnym i publicznym, używania imion i nazwisk w brzmieniu języka ojczystego, wyznawania i praktykowania religii oraz odbywania praktyk religijnych w języku ojczystym, zakładania i utrzymywania własnych organizacji i stowarzyszeń³².

Nie wdając się w analizę pojęcia mniejszości narodowej i skomplikowane dzieje zabiegów międzynarodowych o zagwarantowanie praw mniejszości, omówione wcześniej³³, wypada jedynie zauważyć, że

1994 r., DzU 1995 nr 15, poz. 71; Konkordat między Stolicą Apostolską a Rzeczypospolitą Polską, podpisany w Warszawie 28 lipca 1993 r., DzU. 1998 nr 51, poz. 318. Zobowiązania dotyczące ochrony mniejszości znalazły się także w traktatach: Traktat o przyjaźni i współpracy między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Uzbekistanu z 11 stycznia 1951 r., DzU 1996 nr 26, poz. 115; Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Mołdową o przyjaźni i współpracy z 15 listopada 1994 r., DzU 1996 r. nr 76, poz. 363, Traktat o przyjaźni i współpracy między Rzeczypospolitą Polską a Republiką z 12 czerwca 1996 r. Większość traktatów o przyjaźni i współpracy opublikowana została w zbiorze *Traktaty o przyjaźni i współpracy zawarte przez Polskę. Wybór dokumentów*, Wstęp i opracowanie A. Przyborowska-Klimczak, W. S. Staszewski, Lublin 2005.

- 32 O kwestiach dotyczących traktatów piszą G. Janusz, P. Bajda, *Prawa mniejszości narodowych. Standardy europejskie*, Warszawa 2000, s. 67 i n.; J. Barcz, *Klauzule dotyczące praw mniejszości narodowych w nowych dwustronnych traktatach Polski z państwami sąsiedzkimi*, „Przegląd Zachodni” 1996, nr 2; B. Mikołajczyk, *Mniejszości w prawie międzynarodowym*, Katowice 1996, s. 87–90; S. Łodziński, *Problemy dyskryminacji osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce (polityka państwa, regulacje prawne i nastawienia społeczne)*, Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz. Wydział Analiz Ekonomicznych i Społecznych. Raport nr 219, grudzień 2003, s. 8–9; tenże: *Równość i różnica. Mniejszości narodowe w porządku demokratycznym w Polsce po 1989 roku*, Warszawa 2005, s. 134–137.
- 33 J. Sobczak, *Mniejszości narodowe zagrożeniem dla bezpieczeństwa Polski?* w: S. Wojciechowski, A. Potyrała (red.), „Bezpieczeństwo Polski współczesne wyzwania”, Warszawa 2014, s. 105–122. Por. także tegoż, *Mniejszość narodowe i wyznaniowe w polskim porządku prawnym* w: J. Sobczak, A. W. Mikołajczak przy udziale B. Hordeckiego (red.), „Zderzenie czy dialog państw narodowych w Europie?”, Poznań 2008, s. 9–43; tenże, *Kryzys polskiej tożsamości narodowej, narodziny tożsamości europejskiej – antynomie, dylematy, miraż* w: M. Janowski, J. Jonczek, L. Ślepowroński (red.), „Quo vadis, Europa?”, Szczecin 2008, s. 23–51; tenże, *Mniejszości narodowe a bezpieczeństwo Polski*, „Przegląd Strategiczny” 2014, R. IV, nr 7, s. 83–108. Por. także G. Janusz, *Ochrona praw mniejszości narodowych w Europie*, Lublin 2011, passim.

kwestia ta w systemie prawnym Polski doczekała się regulacji w Ustawie z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym³⁴. Ustawa ta stawiała sobie za cel regulację spraw związanych z zachowaniem i rozwojem tożsamości narodowej mniejszości narodowych i etnicznych oraz zachowaniem i rozwojem języka regionalnego, a także określenie sposobu realizacji zasady równego traktowania osób bez względu na pochodzenie etniczne³⁵. Zamiarem ustawodawcy było także

34 Tj. DzU 2017, poz. 823. Przyjęcia ustawy o mniejszościach narodowych i etnicznych domagała się od początku swojego powstania sejmowa Komisja Mniejszości Narodowych i Etnicznych. Pierwszy projekt ustawy o mniejszościach autorstwa prof. Zdzisława Kędzi i dr Hanny Suchockiej powstał jeszcze w końcu lat osiemdziesiątych w Komitecie Obywatelskim przy Lechu Wałęsie. Nie wyszedł on jednak poza etap wstępnych prac. Następny projekt noszący nazwę „ustawa o prawach osób przynależnych do mniejszości narodowych i etnicznych” opracowany przez Helsińską Fundację Prawa Człowieka w 1993 r. był przedyskutowany na przełomie 1993 i 1994 r. przez Komisję Mniejszości Narodowych i Etnicznych i został następnie odesłany do podkomisji, która we wrześniu 1997 r. przedstawiła projekt ustawy zaakceptowany przez Komisję. Prace nad ustawą podjął Sejm III kadencji, który we wrześniu 1998 r. debatował nad przedstawionym projektem i po burzliwej dyskusji postanowił odesłać projekt do komisji. Projekt ustawy o mniejszościach narodowych i etnicznych w Rzeczypospolitej Polskiej, druk sejmowy nr 616, Warszawa 16 września 1998 r. Przeciwko projektowi głosowało 115 posłów, 49 wstrzymało się od głosu. Odrzucenia projektu pragnęli posłowie PSL, KPN, ROP oraz część klubu AWS, za skierowaniem projektu do dalszych prac opowiedzieli się posłowie UW i SLD.

35 Prace nad tekstem ustawy trwały bardzo długo, a uchwalony tekst w istotny sposób różnił się od wstępnego projektu, jak i późniejszego projektu komisji powołanej do przygotowania ustawy (ten ostatni tekst, znany jako druk sejmowy nr 223). Przygotowany projekt ustawy poparł rząd, aczkolwiek zgłosił do jego treści wiele zastrzeżeń. Sejm III kadencji nie dokończył jednak pracy nad wspomnianą ustawą, nie mogąc zdecydować się na zdefiniowanie terminu mniejszość narodowa. Sejm IV kadencji podjął na nowo prace nad ustawą o mniejszości, postanawiając skierować do pierwszego czytania projekt dyskutowany w Sejmie poprzedniej kadencji. Projekt ten poparł rząd, wyrażając sprzeciw wobec propozycji utworzenia Urzędu do spraw Mniejszości Narodowych oraz podnosząc zastrzeżenia co do rozwiązań wyodrębniających szkolnictwo dla mniejszości. Dyskusja nad projektem odbyła się 15 lutego 2002 r. Posłem sprawozdawcą był poseł Eugeniusz Czykwini. Projekt poparły kluby: SLD, UP, Samoobrony, PO, PSL, przeciwni natomiast byli posłowie PiS i LPR, bojąc się kosztów wprowadzenia ustawy, rozbudowy administracji, skłócenia narodowości oraz podnosząc niedopracowanie projektu. W głosowaniu przeprowadzonym 27 lutego 2002 r. skierowano projekt do dalszych prac w komisji. W marcu 2002 r. powołano specjalną podkomisję do przygotowania projektu ustawy, która po zebraniu opinii i ekspertyz dotyczących projektu rozpoczęła we wrześniu pracę nad jego tekstem. Podkomisja na początku grudnia przygotowała nową

określenie w ustawie zadań i kompetencji organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego wobec mniejszości narodowych i etnicznych. Jakkolwiek w ten sposób sformułowano cel ustawy, to jednak w uzasadnieniu projektu podkreślono, że ma ona odnosić się do mniejszości objętych polityką państwa polskiego, wykluczając inne zbiorowości tworzone przez cudzoziemców lub inne etnograficzne grupy „należące do narodu polskiego”.

Wspólnoty europejskie a później Unia przez długi czas nie poświęcały szczególniejszej uwagi zarówno ochronie europejskiego dziedzictwa kultury, jak i problematyce polityki kulturalnej, pozostawiając ten obszar mniej lub bardziej świadomie systemowi Rady Europy. Dopiero w art. 151. Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską³⁶ (obecny art. 167. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) stwierdzono w ust. 1., iż „Wspólnota przyczynia się do rozkwitu kultur państw członkowskich w poszanowa-

wersję ustawy jako poselską poprawkę do istniejącego już projektu sejmowego, ale dalsze prace zostały wstrzymane do połowy 2003 r., kiedy to jesienią 2003 r. opracowano projekt zatytułowany: „Ustawa o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz języku regionalnym”. Projekt ten obszerniejszy w stosunku do wcześniejszych wersji szczegółowo regulował kwestie odnoszące się do języka mniejszości oraz zasad współpracy administracji rządowej z organizacjami mniejszości. O przebiegu prac sejmowych por. S. Łodziński, opinia z 17 lutego 2004 r. o projekcie ustawy o mniejszościach narodowych (druk 223); także M. Kallas, *Prace parlamentarne nad uregulowaniem statusu mniejszości w Polsce (1989–1995)*; „Przegląd Sejmowy” 1995, nr 3, s. 63–78e. Komisja zakończyła prace nad projektem 28 kwietnia 2004 r., a sprawozdanie z jej obrad zostało przedstawione Sejmowi 25 sierpnia 2004 r. Posłem sprawozdawcą był Eugeniusz Czykwin. Zob. Sprawozdanie komisji, Druk Sejmowy nr 3206. Drugie czytanie miało miejsce na 84. posiedzeniu Sejmu 23 września 2004 r., na którym zgodnie z art. 47. ust. 1. skierowano ponownie projekt ustawy zawarty w druku nr 3206 do Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych, Komisji Edukacji, Nauki i Młodzieży oraz Komisji Mniejszości Narodowych i Etnicznych w celu rozpatrzenia wniosku o odrzucenie projektu i poprawek zgłoszonych w drugim czytaniu. Wspomniane Komisje rozpatrywały wnioski 13 i 21 października 2004 r., składając następnie dodatkowe sprawozdanie 21 października 2001 r. Druk Sejmowy nr 3206-A. Dodatkowe sprawozdanie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych, Komisji Edukacji, Nauki i Młodzieży oraz Komisji Mniejszości Narodowych i Etnicznych o komisyjnym projekcie ustawy o mniejszościach narodowych i etnicznych w Rzeczypospolitej Polskiej (Druk nr 223). W kwietniu 1999 r. powołano specjalną komisję do opracowania ustawy o mniejszościach narodowych.

36 tekst polski DzU 2004, nr 90, poz. 864/2 ze zm.

niu ich różnorodności narodowej i regionalnej, równocześnie podkreślając znaczenie wspólnego dziedzictwa kulturowego”. Polityka kulturalna Wspólnot Europejskich, a obecnie Unii, traktuje kulturę jako obszar należący do sfery narodowej suwerenności, nie dążąc do ujednoczenia kulturalnego, ani do wprowadzenia w tym zakresie wspólnego dla państw unijnych prawa. Stawia sobie jednak za zadanie podejmowanie działań zmierzających do rozkwitu kultur państw członkowskich przy jednoczesnej akceptacji ich różnorodności narodowej i regionalnej. Akcentowanie wspólnego dziedzictwa kulturowego wydaje się jednak przedsięwzięciem nieco na wyrost, zważywszy, iż różnice w tym zakresie między poszczególnymi regionami Europy są niezwykle głębokie. Jest rzeczą ciekawą i zastanawiającą, że traktat nie podejmuje próby zdefiniowania pojęcia *kultury*, pozostawiając niejako tę kwestię doktrynie. Na tym tle może jednak dojść do rozmaitych kontrowersji, zważywszy na fakt, iż pojęcie kultury nie jest wcale jednoznaczne.

Z charakterystycznym dla dokumentów unijnych brakiem dyscypliny w zakresie używanej terminologii w tekstach rozmaitych dokumentów unijnych pojawiają się niedefiniowane w praktyce terminy dotyczące obszaru kultury, takie jak: *wspólny obszar kulturowy*, *europejska przestrzeń kulturowa*, *wspólne dziedzictwo kulturowe*. Problem, czy określenia mają charakter synonimiczny, czy też nie, wydaje się otwarty, aczkolwiek wiele przemawia za tezą, że są to określenia równoznaczne. Brak definicji terminu *kultura* powoduje, że może być ona w praktyce rozumiana jedynie jako „dziedzictwo kulturowe” bądź jako zasługująca na ochronę „kultura mniejszości narodowych”, ewentualnie jako „edukacja i nauka”³⁷. Wydaje się, że najwłaściwsze jest interpretowanie tego pojęcia zgodnie z treścią aktu końcowego Konferencji Generalnej UNESCO z 26 lipca – 6 sierpnia

37 W preambule do Konstytucji RP z 1997 r. mowa o wdzięczności przodkom „za kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie narodu i ogólnoludzkich wartościach”. Z kolei w treści art. 5. Konstytucji podkreślono, że „Rzeczpospolita Polska strzeże dziedzictwa narodowego” obok niepodległości i nienaruszalności terytorium. W kwestii tej por. J. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, s. 17 i n.; por. także B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 6 z odwołaniem się do poglądów M. Komarnickiego. W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne. Geneza i system*, Warszawa 2008 reprint, s. 215–216.

1982 r., jako wspólność aspektów duchowych, materialnych, intelektualnych i emocjonalnych. W ten sposób zakresem tego pojęcia zostaje objęta nie tylko sztuka i literatura, ale także formy życia, system wartości, tradycja oraz wyznania i religie.

Wydaje się, że termin *wspólne dziedzictwo* będzie stopniowo wypierał wszelkie inne określenia³⁸. Pojęcie *dziedzictwa kulturowego*, jakim operował art. 151. ust. 1 TWE, a obecnie operuje art. 167. TFUE, zostało doprecyzowane w decyzji 2228/97, której treścią objęto ruchome i nieruchome dziedzictwo, a więc muzea, kolekcje, biblioteki, archiwa, w tym także fotograficzne, kinematograficzne i fonograficzne, jak również dziedzictwo archeologiczne, architektoniczne, a także zbiory, tereny i krajobrazy o charakterze kulturowym³⁹.

38 Zob. w tym przedmiocie C. Mik, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 1999, s. 42–59. Autor ten słusznie podkreśla, że charakterystyczne dla traktatu z Maastricht jest filozofia subsydiarna, która skłania instytucje wspólnotowe, w tym Komisję Europejską i Trybunał Sprawiedliwości, do przenoszenia zasadniczego ciężaru stosowania i kontroli nad przestrzeganiem prawa wspólnotowego na organy krajowe oraz do ograniczenia aktywności do inspirowania, koordynowania i w ostatecznym rozrachunku kontrolowania zachowań państw i jednostek. Wiąże się z tym wyraźnie problem kształtowania tożsamości europejskiej. W tradycyjnym ujęciu sednem tożsamości grupy społecznej są jednak więzy kulturowe. Kultura nie została jednak zaliczona do elementów tożsamości europejskiej. Wynika to jednoznacznie z postanowień traktatowych (art. 6. [F] § 1. Traktatu o Unii Europejskiej – dalej TUE, oraz z art. 151. TWE). W kwestii budowy społeczeństwa informacyjnego zob. K. Doktorowicz, *Europejski model społeczeństwa informacyjnego. Polityczna strategia Unii Europejskiej w kontekście globalnych problemów wieku informacji*, Katowice 2005, s. 143–179; J. Sobczak, *Problemy społeczeństwa informacyjnego w dobie globalizacji*, w: T. Wallas (red.), „Bariery rozwoju na progu XXI wieku. Wybrane problemy”, Warszawa 2007, s. 193–214.

39 Warto zauważyć, że w myśl dyrektywy Rady 93/7/EWG z 15 marca 1993 r. w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprowadzonych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego (DzU UE. L. 1993, nr 74, poz. 74. z późn. zm.), „dobro kultury” dla celów tej dyrektywy oznacza przedmiot, który jest sklasyfikowany przed lub po niezgodnym z prawem wyprowadzeniu z terytorium państwa członkowskiego między „narodowymi dobrami kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej”, zgodnie z ustawodawstwem krajowym lub procedurami administracyjnymi w rozumieniu art. 36 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą, bądź należy do jednej z kategorii wymienionych w załączniku do wspomnianej dyrektywy, względnie nie należąc do żadnej z tych kategorii, stanowi integralną część zbiorów publicznych, wymienionych w zasobach muzeów, archiwów lub zbiorach konserwacyjnych bibliotek.

Komentując pojęcie różnorodności narodowej i regionalnej, którym operuje art. 167. ust. 1. TFUE, zwraca się w literaturze prawniczej uwagę, iż na różnorodność kulturową Europy składają się: język, literatura, teatr, sztuki wizualne, architektura, rzemiosło, kino oraz audycje radiowe i telewizyjne⁴⁰. Wyliczenie to nie wydaje się jednak pełne, gdyż brak w nim odniesienia do sztuki ludowej, sakralnej, strojów, a sztuka wizualna wydaje się terminem może zbyt enigmatycznym i ogólnym, gdyż nie akcentuje dostatecznie, że w obręb jej wchodzi obrazy wykonane różną techniką, witraże, rzeźby, płaskorzeźby oraz wytwory rzemiosła artystycznego. Podkreśla się przy tym, że części i elementy składające się na różnorodność kulturową Europy, z jednej strony, związane są z odpowiednimi krajami lub regionami, z drugiej zaś stanowią część wspólnego europejskiego dziedzictwa kulturowego. Niedostatecznie jednak podkreśla się związki kultury regionalnej z poszczególnymi państwami, gdyż kultura kształtowała się mimo wszystko w obrębie państw europejskich i w granicach tych państw, przy czym na treść jej olbrzymi wpływ miał język, w szczególności w zakresie literatury, teatru, kina, audycji radiowych i telewizyjnych, oraz religia. Wpływu religii na treści kulturalne w literaturze zachodniej nie akcentowano w sposób dostatecznie silny, wychodząc, jak się wydaje, z błędnego założenia o jedności religijnej cywilizacji europejskiej, ukształtowanej wokół założeń judeochrześcijańskich lub jedynie chrześcijańskich. Tym samym nienależycie mocno podkreślano różnice między katolicyzmem a protestantyzmem we wszystkich jego odmianach, nie zauważając wpływu konstrukcji religijnych na treść przekazów kulturowych. Nie akcentowano też dostatecznie mocno faktu, iż znacząca część Europy Wschodniej i Południowej pozostaje w obrębie kultury prawosławnej, w zasadzie pomijając zupełnie wpływy islamu, tak ważnego dla społeczeństw bałkańskich, a także mającego istotne znaczenie na obszarze Półwyspu Iberyjskiego. Za takim szerszym rozumieniem pojęcia *kultura* przemawia przywołany wyżej akt końcowy Konferencji Generalnej UNESCO z 1982 r.

40 zob. A. Siwek, Komentarz do art. 151. TWE w: A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, tom. II, art. 61–188, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, Warszawa 2009, s. 11–30.

Wydaje się także, iż nie można mówić, tak jak to czyni Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w art. 167. ust. 1., „o kulturze państw członkowskich”, lecz o kulturach państw członkowskich. Mówiąc o kulturze państw członkowskich, mylnie zakłada się jednolitość kulturalną poszczególnych państw, podczas gdy w praktyce w ramach państw mamy do czynienia z wielką różnorodnością kulturową. Unia nie posiada i w najbliższym czasie nie uda jej się wypracować możliwości zharmonizowania przepisów dotyczących sfery kultury. W praktyce okazuje się jednak możliwe włączenie wymiaru kulturalnego do polityki unijnej w dziedzinie edukacji, tworzenia społeczeństwa informacyjnego, wspierania badań naukowych, zwłaszcza w dziedzinach nauk humanistycznych i społecznych⁴¹.

Mimo treści art. 151. TWE, z art. 3 ust. 1 litera q TWE wynikało, że dążąc do osiągnięcia celów sformułowanych w treści art. 2. TWE, a więc ustanowienia wspólnego rynku, unii gospodarczej i walutowej oraz urzeczywistnienia wspólnych polityk i działań, zadeklarowano przyczynianie się nie tylko do osiągnięcia wysokiej jakości edukacji i kształcenia zawodowego, lecz także do rozkwitu kultur państw członkowskich. Wspomniany przepis nie ustanawia wprawdzie żadnych bezpośrednich obowiązków ani uprawnień państw członkowskich, ale państwa te zgodnie z art. 10. TWE są zobowiązane do „ułatwiania” Wspólnocie wypełniania jej zadań oraz do „powstrzymywania się” od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów traktatu – a więc do lojalnej współpracy⁴². Z treścią wspomnianego przepisu koresponduje dyspozycja art. 87. ust. 3 litera d TWE, w myśl którego za zgodną z wspólnym rynkiem może być uznana pomoc przeznaczona na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego pod warunkiem, że nie zmienia ona zasad wymiany handlowej i konkurencji we wspólnocie w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem.

41 Zob. A. Wyrozumka, *Kultura w: J. Barcz (red.), „Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki”*, Warszawa 2004, s. 907–921. Por. także S. Watson, *Culture and Community Law, Before and after Maastricht*, Denver-Boston 1992

42 Zob. S. Biernad, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich*, w: C. Mik (red.), *„Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych”*, Toruń 1998, passim.

Po wejściu w życie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej art. 151. bez praktycznie większych zmian został zastąpiony – jak już wspomniano – przez art. 167. TFUE, natomiast treść art. 3. ust. 1. TWE została zastąpiona przez art. 3–6 TFUE. W treści art. 6. TFUE stwierdzono przy tym, że „Unia ma kompetencje do prowadzenia działań mających na celu wspieranie, koordynowanie lub uzupełnianie działań Państw Członkowskich” m.in. w wymiarze kultury, a także edukacji i kształcenia zawodowego⁴³.

Problematyka kultury należy do wyjątkowo newralgicznych dziedzin. W obszarze tym niewątpliwie przyjdzie zmagać się z licznymi tendencjami odśrodkowymi, a także zmierzyć się z podyktowanymi ksenofobią bądź nacjonalistycznymi uprzedzeniami znaczących grup w społeczeństwach państw unijnych. Wcielanie w życie zadeklarowanych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej rozwiązań wymagać będzie znaczących kosztów, cierpliwości, taktu, umiejętności negocjacji. Będzie to niewątpliwie proces długotrwały i złożony, a od jego powodzenia zależeć będzie ukształtowanie koncepcji tożsamości europejskiej. Istotną rolę w tym procesie może odegrać wyważone orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

43 Art. 6 TFUE nie stanowi jednak przepisu kompetencyjnego, to jest podstawy uprawnień Unii Europejskiej do prowadzenia jakichkolwiek działań, a jego celem jest określenie, do jakiego typu należą kompetencje Unii Europejskiej w wymienionych w treści tego artykułu płaszczyznach. W literaturze zwraca się jednak uwagę, że każde działanie Unii Europejskiej w zakresie treści art. 6., a więc także w odniesieniu do kultury, prowadzi do uszczuplenia kompetencji państw. Zob. P. Saganek, w: A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012, s. 212–213.

dr Justyna Stadniczeńko

WSFiZ w Warszawie

**Komunikacja w rodzinie
jako potrzeba w rozwoju dziecka**

Communication in family
as need in child's development

Streszczenie

W artykule autorka podnosi, iż rodzina jest najważniejszym środowiskiem w życiu każdego człowieka, dlatego bardzo ważne jest utrzymanie właściwych relacji pomiędzy poszczególnymi jej członkami. Zachowanie i pielęgnowanie ich jest możliwe dzięki prawidłowo prowadzonemu dialogowi.

Podkreśla również, że podstawową potrzebą człowieka jest dążenie do życia stadnego, gromadzenia się, łączenia, przynależności. Przynależność do danej grupy społecznej daje człowiekowi poczucie bezpieczeństwa, gwarantuje mu solidarność w chwilach potrzeby bycia pożytecznym i kompetentnym, poczucie docenienia oraz zaspokaja potrzebę komunikowania się (zrówno werbalnego, jak i niewerbalnego).

Abstract

In the article the author argues that family is the most important environment in every person's life, so it is very important to maintain proper relationships between individual members. It is possible to maintain and nurture them through proper dialogue. The author also emphasizes that the basic need of man is the striving for herd life, gathering, joining and belonging. Being a member of a given social group gives a person a sense of security, guarantees him solidarity in times of need for being useful and competent, appreciates and satisfies the need to communicate (both verbal and non-verbal).

Słowa kluczowe: komunikacja w rodzinie, rodzina, potrzeby dziecka, grupa społeczna

Keywords: communication in family, family, the child's needs, social group

Od narodzin aż do śmierci człowiek poszukuje ludzi takich samych lub podobnych do siebie. Abraham Maslow pisze, iż jedną z najgłębszych potrzeb człowieka jest dążenie do życia stadnego, gromadzenia się, łączenia, przynależności. Przynależność do danej grupy społecznej daje człowiekowi poczucie

bezpieczeństwa, wyzwala od strachu przed samotnością i zagrożeniem, gwarantuje mu solidarność w chwilach potrzeby bycia pożytecznym i kompetentnym, czucie się docenionym i kochanym. Giuseppe Colombero uważa, że wszyscy żywi komunikują się. Bez komunikacji żadne życie nie byłoby możliwe – ani roślin, ani zwierząt, ani społeczno-kulturowe. Człowiek jest jedyną istotą w przyrodzie, której do prawidłowego rozwoju psychicznego jest niezbędne wychowanie w społeczeństwie. Rodzaj relacji międzyludzkich, ich realizacji i rządzące nimi zasady oraz wynikający z tego sposób, w jaki ludzie odnoszą się do siebie, określa charakter i strukturę społeczeństwa. Rodzina zajmuje wyjątkową pozycję w strukturze społeczeństwa. Rodzina to, jak definiuje Maria Ligęza, naturalne środowisko wychowawcze dziecka.

W *Małym słowniku języka polskiego* odnajdziemy definicję rodziny, która brzmi: „składają się na nią małżonkowie i ich dzieci, a także ci wszyscy, którzy są związani pokrewieństwem i powinowactwem”.

Bogdan de Barbaro twierdzi, iż nie powinien budzić wątpliwości fakt, że komunikacja stanowi istotny wymiar życia rodzinnego. W dobrze funkcjonującej rodzinie każdy jej członek ma prawo wypowiedzieć się. Ma także prawo do wyrażania swoich uczuć, okazywania emocji i do prywatności. Zdaniem R. Martina rodzice powinni szanować dzieci i liczyć się z ich zdaniem oraz mając na celu dobro całej rodziny, podejmować omówione ze sobą decyzje. Ralph Martin twierdzi również, iż dobra komunikacja jest przyczyną pomyślnego realizowania zadań, jakie stawia sobie rodzina. Dzięki otwartemu wyrażaniu myśli każdy w rodzinie może czuć się wartościową osobą. Ma możliwość zaspokajania swoich potrzeb, ponieważ otwarcie je komunikuje.

Komunikacja międzyosobowa to dialog, rozmowa, wymiana informacji lub uczuć i poglądów. Można powiedzieć, że jest to sposób porozumiewania się między osobami za pomocą słów i gestów (mowa ciała), jakich używają do wyrażenia tego, co chcą przekazać innym.

Niepodważalnie rodzina jest najważniejszym środowiskiem w życiu każdego człowieka, dlatego bardzo ważne jest utrzymanie właściwych relacji pomiędzy poszczególnymi jej członkami. Zachowanie i pielęgnowanie ich jest możliwe dzięki prawidłowo prowadzonemu dialogowi.

Dialog to termin, z którym stykamy się niemal na każdym kroku, począwszy od relacji rodzinnych po media. Pojęcie to sugeruje wzajemną

gotowość do słuchania i rozumienia. Zapotrzebowanie na dialog dotyczy również sytuacji wychowawczych. Postawa dialogu łączy się z nieustanną obecnością wychowawczą, która towarzyszy procesowi rozwojowemu dziecka. Obecność wychowawcza nie polega na pouczaniu i nieustannym umoralnianiu, ale na dodawaniu odwagi w pracy nad sobą i udzielaniu pomocy w odkrywaniu bogactwa własnej osobowości.

Komunikacja kształtuje charakter relacji, uważa się ją za najważniejszy czynnik w interakcjach międzyosobowych w rodzinie. Sposób, w jaki członkowie rodziny porozumiewają się ze sobą, jest przedmiotem zarówno teoretycznych, jak i empirycznych studiów nad rodziną. Każda rodzina ma odrębne cechy komunikacji. Treść, częstotliwość i jakość komunikacji są ważnymi przejawami miłości i zaangażowania w życie rodzinne.

Kontakty między rodzicami, ich stosunek do siebie wywierają istotny wpływ na kształtowanie się osobowości dziecka. Zdania wypowiedziane do siebie przez rodziców w obecności dziecka, opinie wyrażane przez nich o ludziach, postawa w sytuacjach szczególnie trudnych modelują stopniowo światopogląd dziecka, kształtują jego zasady postępowania. To, jak dziecko czuje się w rodzinie, wpływa na jego więź z rodzicami, na pragnienie podtrzymania kontaktu z nimi bądź dążenie do izolacji od nich. Jeśli atmosfera panująca w domu jest dla dziecka stresująca i tworzy się napięcie między nim a rodzicami, często, aby poradzić sobie z tą sytuacją, zwiększa ono dystans i szuka autorytetu w obcych środowiskach. Należy więc stwierdzić, iż dialog jest „ideą przewodnią wychowania, jedną z metod wychowania, formą wymiany myśli pomiędzy wychowującym a wychowywanym, sprzyjającą aktywnemu uczestnictwu wychowanka w procesie kształcenia i wychowania”.

Zauważyć należy, iż już wielu myślicieli, poczynając od Arystotelesa, do dzisiejszych czasów podkreśla, że rodzina jest społecznością powołaną do kształtowania życia jednostkowego, a jednocześnie stanowi podstawę życia społecznego.

Naturalnym prawem i obowiązkiem rodziców pozostaje stwarzanie dziecku takich warunków, które sprzyjają jego psychicznemu, fizycznemu, i duchowemu moralnemu rozwojowi, m.in. poprzez prawidłowe ukierunkowanie go na wybór wartości, które w przekonaniu rodziców najlepiej służyć będą jego dobru dziecka i dobru bliskim.

Pierwszymi wychowawcami dziecka są rodzice, którzy w poczuciu odpowiedzialności mają stworzyć mu odpowiednie warunki rozwoju tak fizycznego, intelektualnego, jak i moralnego, w tym do rozwijania zainteresowań i aspiracji oraz motywacji do ustawicznego uczenia się. To zadaniem rodziców jest wprowadzanie dziecka w świat kultury, sztuki, tradycji, kształtowanie odpowiedniego stosunku do pracy, do zadań rodzicielskich i małżeńskich, rozwijanie potrzeby kontaktów międzyludzkich i wreszcie przygotowanie do samodzielnego życia i pokonywania trudności życiowych.

Rodzice powinni być dla dziecka pierwszymi dawcami wszelkich uczuć, tworząc emocjonalną atmosferę w rodzinie. To w rodzinie i z rodziny dziecko czerpie wzorce do naśladowania. Tam odbywa się formacja dziecka jako człowieka, brak tej formacji skutkuje jego deformacją. To w zdrowej rodzinie powstaje najbardziej dojrzały sposób zaspokajania potrzeby godności, którą jest autonomia polegająca na porównaniu tego, „kim i jaki jestem”, z tym, „co robię”. Taka zgodność poznawcza cenionych osobiście wartości i własnego postępowania to konsonans godnościowy, który jest oczekiwanym skutkiem prawidłowego procesu wychowawczego.

Wychowywać, to podejmować mądre decyzje dotyczące dziecka, wychowanie to również przyjmowanie przez rodziców określonych postaw wobec dziecka. Postawy te wywołują określone formy jego zachowania i prowadzą do ukształtowania takich, a nie innych cech jego osobowości w dzieciństwie, a później dorosłości.

Rodzice przejawiający właściwe postawy rodzicielskie są zdolni do obiektywnej oceny dziecka dzięki zachowaniu odpowiedniego dystansu wobec niego, a zarazem akceptacji jego osoby. Otaczają dziecko opieką, dostrzegają i zaspokajają jego potrzeby, mają duży margines cierpliwości, gotowości tłumaczenia i wyjaśniania. Łatwo nawiązują kontakt z dzieckiem. Jest on przyjemny dla obu stron, oparty na sympatii i zrozumieniu. Właściwa postawa sprzyja wszechstronnemu rozwojowi intelektu dziecka, jego aktywności, uspołecznieniu i przystosowaniu szkolnemu.

Postawy rodziców wobec dziecka w ogromnej mierze decydują o stylu wychowania, o doborze środków wychowawczych, a także ich skuteczności. Należy pamiętać, że tłem postaw rodzicielskich jest współżycie rodzinne. Nie można więc postaw rodziców traktować w oderwaniu od szerszego tła życia rodziny i stosunków między jej członkami.

Istotnym elementem wychowania, czego rodzic powinien mieć świadomość, jest komunikacja – proces polegający na wymianie informacji między ludźmi. Ludzie komunikują się na dwa sposoby: poprzez werbalną wymianę informacji oraz obserwując zachowania innych: a) komunikacja werbalna (słowna) – a więc przy wymianie komunikatów używamy słów, które za pomocą określonych reguł gramatycznych przekształcamy w zdania, b) komunikacja niewerbalna – czyli mowa ciała; służy ona głównie wyrażaniu stanów uczuciowo-emocjonalnych. Obydwa te rodzaje komunikacji się uzupełniają oraz wpływają na siebie. Ważne jest, aby to, co mówimy, pokrywało się z mową naszego ciała.

Dobra komunikacja jest podstawowym warunkiem szczęścia rodzinnego. Pozwala unikać wielu konfliktów, lecz aby nazwać ją dobrą, musi spełnić kilka warunków. Komunikacja między krewnymi powinna być czysta i życzliwa, nie powinno być w niej miejsca na zawiść, ukryte intencje, podstęp. Bezpośredniość komunikatów bowiem wynika z ich szczerych intencji. Rodzina powinna składać się z osób o podobnych wartościach, zwyczajach, co pozwala na łatwiejszą komunikację między jej członkami. Relacje w rodzinie są podstawą późniejszego życia jej członków, kształtują charakter i postawy życiowe.

Wpływ wychowania rodzinnego na rozwój dziecka jest decydujący, zależy on między innymi od warunków bytowych rodziny, jej struktury, atmosfery, która panuje w domu, kontaktów interpersonalnych wyznaczonych przez postawy rodziców i więzi emocjonalne między nimi, od metod oddziaływania na dziecko, form życia kulturalnego propagowanych przez rodziców, a także prawidłowej komunikacji interpersonalnej, wystrzegającej się barier, blokad i błędów.

Komunikacja interpersonalna w rodzinie dokonuje się na szerszym tle relacji między członkami rodziny, będąc zarówno wskaźnikiem, jak i współtwórcą tych relacji. Relacje ujmowane są w literaturze jako suma interakcji (działań, komunikacji werbalnej i niewerbalnej) bądź „jako to, co dzieje się między jednostkami w czasie”. Mają względnie trwałe charakter i implikują „na poziomie zachowań – serię interakcji osób, które nazywa się partnerami interakcji”. Komunikację w rodzinie wyróżnia to, że dokonuje się ona na tle szczególnie intensywnie zachodzących wspomnianych interakcji osobowych, ze względu na dużą częstotliwość, trwałość i swoistość kontaktów między członkami rodziny.

Opieka rodzicielska zapewnia dziecku poczucie bezpieczeństwa (stabilność uczuciową) i przynależności oraz umożliwia tworzenie więzi emocjonalnych, koniecznych do prawidłowego psychicznego i fizycznego rozwoju. Zauważa się, że prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa i rodzin są ze sobą integralnie związane. Współcześnie obserwuje się z jednej strony pozytywne zmiany funkcjonowania rodzin, a z drugiej ich coraz mniejszą liczbę i kryzys trwałych stosunków rodzinnych, a tym samym faktycznego położenia dziecka.

Rozwój prawa w ostatnich dwóch wiekach skutkuje szczegółową prywatnoprawną regulacją stosunków między rodzicami a dziećmi, w tym stwarza znacznie większą możliwość ingerencji państwa w sprawy rodzinne. Uproszczeniem byłoby jednak twierdzenie, że pozycja prawna dzieci nie była szczególnie regulowana w dawnym prawie albo że dzieci nie podlegały ochronie i traktowane były tak, jak rzeczy należące do ojca.

W codziennym życiu rodzice często nie zastanawiają się nad tak oczywistymi sprawami jak odpowiedzialność za dziecko czy sprawowanie władzy rodzicielskiej. Dopiero gdy pojawiają się problemy natury prawnej, zwracają się do adwokatów lub radców prawnych o pomoc. W myśl przepisów kodeksu rodzinnego dziecko pozostaje aż do pełnoletności pod władzą obojga rodziców.

Zauważenia wymaga, iż w preambule Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r. stwierdzono, że „rodzina, jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie, uznając, że dziecko dla pełnego i harmonijnego rozwoju swojej osobowości powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym, w atmosferze szczęścia, miłości i zrozumienia”. Prawo dziecka do rodziny to uprawnienie wynikające wprost z artykułów 5., 9., 18. Konwencji o prawach dziecka, a pozostałe artykuły uzupełniają wiele zagadnień związanych z realizacją praw dziecka, dobra dziecka przez odpowiednio do tego powołane przez państwo organy.

Zgodnie z artykułem 18. Konwencji o prawach dziecka państwa zostały zobligowane do podejmowania wszelkich możliwych starań dla pełnego uznania zasady, że oboje rodzice ponoszą wspólną odpowiedzialność za

wychowanie i rozwój dziecka. Podkreślono, że to rodzice lub – w określonych przypadkach – opiekunowie prawni ponoszą główną odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka, i jak najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka ma być przedmiotem ich największej troski. Państwa – Strony mają okazywać odpowiednią pomoc rodzicom oraz opiekunom prawnym w celu zagwarantowania i popierania praw zawartych w Konwencji w wykonywaniu przez nich obowiązków związanych z wychowywaniem dzieci oraz zapewnić rozwój instytucji, zakładów i usług w zakresie opieki nad dziećmi. Państwa są zobowiązane podejmować wszelkie właściwe kroki do zapewnienia dzieciom pracujących rodziców prawa do korzystania z usług instytucji i zakładów w zakresie opieki nad dziećmi, do których są one uprawnione.

W art. 18. Konwencja wyraźnie zobowiązuje również rodziców do wspólnej troski o wychowanie i rozwój ich dziecka. Jednocześnie postanowienia tego artykułu jednoznacznie chronią dziecko przed przedmiotowym traktowaniem go przez rodziców. Artykuł ten odnosi się przede wszystkim do rodzin dysfunkcyjnych, w których rodzice kosztem dziecka próbują realizować własne cele. Wówczas konieczne jest zastosowanie środków korygujących postawę rodziców.

Konwencja zobowiązuje wprost lub pośrednio państwa, które ją ratyfikowały, do zapewnienia dzieciom takiego standardu opieki, jakiego wymaga osoba dziecka i jego potrzeby. Zobowiązanie to ma istotne znaczenie, ponieważ postuluje tworzenie warunków na miarę egzystencjalnych i rozwojowych potrzeb dziecka, a nie przystosowanie poziomu zaspokajania tych potrzeb do istniejących warunków.

Ochrona praw dziecka stanowi istotną część dziedziny określanej jako ochrona praw człowieka. Jej podstawę prawną tworzą normy prawa międzynarodowego i krajowego. W prawie polskim zawarta jest ona w Konstytucji i szeregu aktów prawnych, regulujących różne dziedziny życia, na przykład edukację, opiekę i zdrowie, a także w ustawach kodeksowych, takich jak kodeks karny, kodeks cywilny, pracy, rodzinny i opiekuńczy.

Ustawodawca stara się opisać zachowanie rodziców i dziecka zakorzenione w naturze, które podlega istotnym zmianom wraz z dorastaniem dziecka. W doktrynie podkreśla się, że enumeratywne wyliczenie składników władzy byłoby niemożliwe, podobnie jak określenie pieczy nad

dzieckiem, która powinna m.in. chronić je przed zjawiskami niekorzystnymi i niebezpiecznymi dla jego wychowania. Karol Jagielski zauważa, że władza rodzicielska ma swe źródło w tym, że człowiek na początku życia nie może obejść się bez pomocy i ochrony osób dorosłych. Prawo sankcjonuje tę potrzebę zapewnienia dziecku pieczy i opierając się na naturalnym układzie stosunków między rodzicami a dzieckiem, tworzy instytucję prawną władzy rodzicielskiej.

Podobnie H. Dolecki zauważa, że władza rodzicielska jest w swej istocie pieczą rodziców nad dziećmi, a jej należyte sprawowanie jest podstawowym obowiązkiem wobec potomstwa.

W świetle art. 95. i art. 96. krio władza rodzicielska jest wykonywana dla dobra dziecka i w interesie społecznym. Obejmuje ona w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, wychowania dziecka i kierowania nim.

Normy zawarte w art. 95. § 2. krio (dot. obowiązku posłuszeństwa dziecka) stanowią, że dziecko, podejmując decyzje czy składając oświadczenia woli, ma obowiązek wysłuchania opinii i zaleceń rodziców formułowanych dla jego dobra. Należy zatem rozważyć, jaki charakter ma wspomniany obowiązek dziecka, wysłuchania rodziców, w szczególności należy stwierdzić, czy rodzice mogą wyegzekwować przestrzeganie tego obowiązku przez dziecko w drodze przymusu państwowego. Odnośnie do charakteru prawnego obowiązku posłuszeństwa z art. 95. § 2. krio można zaobserwować w doktrynie dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich obowiązek posłuszeństwa jest jedynie „modelowym zapisem, postulowaną przez legislatora postawą dziecka”, nie oznacza jednak podporządkowania dziecka rodzicom, które to dziecko jest uprawnione do samodzielnego podejmowania decyzji odnoszących się do jego sytuacji. Zwolennicy drugiego stanowiska twierdzą natomiast, że obowiązek posłuszeństwa ma walor normatywny. Granic wspomnianego obowiązku można poszukiwać w zakazie naruszania przez rodziców dóbr osobistych dziecka. Należy, jak się wydaje, zgodzić się z tezą o normatywnym charakterze obowiązku posłuszeństwa dziecka, chociaż wspomniany obowiązek nie nadaje się do bezpośredniego egzekwowania.

Ważny również w omawianej tematyce jest art. 95. § 4. krio dotyczący obowiązku rodziców wysłuchania małoletniego oraz uwzględnienia (w miarę możliwości) jego rozsądnych życzeń przed powzięciem decyzji

w ważniejszych sprawach dotyczących jego lub jego majątku. Regulacja ta ma na celu zapewnienie „racjonalnego partnerstwa rodziców i dzieci towarzyszącego władzy rodzicielskiej”. Obowiązek wysłuchania przed podjęciem decyzji w ważniejszych sprawach przewidują od dawna przepisy Konstytucji (art. 72.) oraz dotyczące pieczy nad osobą dziecka (art. 158. krio).

Obowiązek wysłuchania dziecka i uwzględnienia w miarę możliwości jego zdania realizowany będzie w praktyce przede wszystkim w relacji rodzic–dziecko. Uznać należy, że obowiązek ten realizowany będzie odpowiednio także w relacji opiekun prawny– dziecko. Na zakres uwzględniania zdania dziecka wpływać będzie ponadto to, że opiekun będzie zobowiązany uzyskać zezwolenie sądu opiekuńczego we wszystkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby małoletniego (zob. art. 155. § 2. oraz art. 156. KRO; zob. też wyr. TK z 11.10.2011 r., K 16/10, OTK-A 2011, nr 8, poz. 80).

Niewątpliwie niezastosowanie się rodziców, podobnie jak niezastosowanie się opiekuna do wspomnianego obowiązku, pozostanie bez wpływu na ważność i skuteczność podjętych decyzji, może jednak uzasadnić wydanie przez sąd odpowiednich zarządzeń na podstawie przepisu art. 109. KRO. Jak się wydaje, brak respektowania przez rodziców zdania dziecka, w szczególności dorastającego dziecka o wysokim stopniu rozwoju psychofizycznego, można będzie oceniać w kontekście prawidłowości wykonywania władzy rodzicielskiej, jak również przez pryzmat nadużycia prawa. Działania podejmowane przez rodziców w ramach tej władzy powinny być bowiem wykonywane z poszanowaniem godności dziecka zgodnie treścią art. 95. krio, a osobiste relacje rodziców i dzieci powinny być oparte na wzajemnym szacunku według norm z art. 87. krio.

Inna sytuacja, kiedy zdanie dziecka powinno zostać wzięte pod uwagę, to w postępowaniu sądowym sprawa dotycząca jego osoby, kiedy to sąd ma obowiązek zapoznać się z jego stanowiskiem, jeżeli stopień dojrzałości małoletniego na to pozwala i jest to celowe. W każdym takim przypadku sąd rozważa możliwość uwzględnienia rozsądnego życzenia małoletniego, jeżeli jest to zgodne z jego dobrem.

Obowiązek ten wynika przede wszystkim z art. 12. Konwencji o prawach dziecka, który to artykuł stanowi, że: „Państwa-Strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do kształtowania swych własnych

poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należytą wagą, stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka. W tym celu dziecko będzie miało w szczególności zapewnioną możliwość wypowiedzania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym, dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego”.

Również przepisy Kodeksu postępowania cywilnego zawierają regulacje w tym zakresie:

1) art. 576. kpc, który stanowi, że: Sąd w sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka wysłucha go, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala, uwzględniając w miarę możliwości jego rozsądne życzenia. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych.

Należy pamiętać, że spełnienie tych przesłanek musi być ocenione przez sąd w świetle okoliczności sprawy w odniesieniu do konkretnego małoletniego dziecka. Ze względu na to, że wysłuchanie dziecka stanowi czynność procesową, zarówno o jej przeprowadzeniu, jak i pominięciu decyduje Sąd, a więc skład orzekający sądu, a nie jego przewodniczący.

W wypadku odstąpienia od wysłuchania małoletniego Sąd powinien wyjaśnić przyczyny tej decyzji. Jest to niezbędne do oceny zasadności tej decyzji i odparcia ewentualnego zarzutu nieuzasadnionego pominięcia obowiązku wysłuchania małoletniego dziecka.

2) art. 573. Kpc stanowi, iż: osoba pozostająca pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych. Sąd może ograniczyć lub wyłączyć osobisty udział małoletniego w postępowaniu, jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze.

Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że uwzględniając treść art. 12. Konwencji o prawach dziecka, jak i treść przepisu art. 576. § 2. kpc w związku z art. 573. § 2. kpc, należy przyjąć, że obowiązkiem Sądu, w każdej sprawie dotyczącej dziecka, jest wysłuchanie dziecka, którego stan rozwoju psychofizycznego na to pozwala.

Ponadto przyjęcie takiego obowiązku odpowiada zasadzie trzeciej Rekomendacji nr R/84/4 Komitetu Ministrów Rady Europy z 28 lutego

1984 r. w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, zawierającej postulat, skierowany do organu podejmującego decyzje w sprawie obowiązków rodzicielskich, zapoznania się ze stanowiskiem dziecka: „Właściwy organ zobowiązany do podjęcia decyzji w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej lub jej wykonywania, dotyczącej podstawowych interesów dziecka, powinien zapoznać się z jego stanowiskiem, o ile stopień dojrzałości dziecka na to pozwala”.

Nałożony na rodziców obowiązek wysłuchania dziecka przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących jego osoby lub majątku został sformułowany także w Konstytucji RP – art. 72. ust. 3: W toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka. Stanowisko swoje małoletni może wyrazić bądź przed sądem (bezpośrednio – zależnie od wieku i rodzaju sprawy lub poza salą – w tzw. przyjaznym pokoju przesłuchań dzieci lub niebieskim pokoju), który go wysłuchuje, bądź przed biegłymi, którzy wydają opinię w sprawie.

Podsumowanie

Proces wychowawczy przebiega zawsze w konkretnych warunkach, okolicznościach, w określonej rzeczywistości i sytuacji wychowawczej. Władysław Cichoń określa sytuację wychowawczą jako „splot tych warunków, rzeczywistych faktów i całokształt towarzyszących im okoliczności, na których podłożu dokonuje się proces wychowawczego oddziaływania”. Dziecko, aby mogło się rozwijać, musi mieć odpowiednią sytuację wychowawczą. Prawidłowo funkcjonująca rodzina jest niezbędnym warunkiem w kształtowaniu się osobowości. Ważny jest także wychowawca, jego predyspozycje, wartości, umiejętności i zainteresowania. Powinien prowadzić i wspierać wychowanka, a nie narzucać swoje zdanie. Wychowawca powinien być autorytetem, osobą godną naśladowania i świadomą konsekwencji swoich działań. Wychowanek z kolei powinien być otwarty i gotowy na doświadczenia pojawiające się spontanicznie i te, które są celowe i zamierzone. Zmiana wychowawcy, relacji między nimi, doboru treści i metod oddziaływań, warunków społecznych może spowodować zmianę

zamierzonego efektu. Dlatego podejmując działanie wychowawcze, trzeba uwzględnić nie tylko cele i predyspozycje wychowawcy, wychowanka, lecz także sytuację wychowawczą, która może być nieodpowiednia do realizowanych zamierzeń.

Maria Ziemska twierdzi, iż „dziecko wychowywane w rodzinie, zanim pozna świat zewnętrzny, zanim zacznie rozumieć sens słów, odczuwa najpierw klimat rodzinny. Już od najwcześniejszych lat kształtują się wzory postaw wobec ludzi, rzeczy i życia w ogóle”. W dobie wysoko rozwiniętej techniki informacyjnej coraz częściej zagrożona jest naturalna komunikacja międzypersonalna, zwana fachowo komunikacją interpersonalną. Można nawet pokusić się o stwierdzenie, iż paradoksalnie, w miarę jak przybywa nam nośników do komunikowania się, coraz bardziej zaburzona staje się naturalna komunikacja interpersonalna. Aby się rozumieć, musimy ze sobą rozmawiać. Dzieci, młodzież muszą wiedzieć, jakie sprawy nurtują innych członków rodziny, i oni także muszą wiedzieć o sprawach, kłopotach, problemach dzieci.

Wychowanie dziecka w rodzinie, spełniającej jego potrzeby takie jak: potrzeba życzliwości, ciepła, miłości, kontaktu z rodzicami, współdziałania, szacunku, otwartości na innych członków rodziny oraz spoza rodziny, samodzielności. Dziecko zyskuje wzorce osób dorosłych i role, jakie odgrywają w rodzinie, czyli prawidłowy wzorzec ojca i matki, męża i żony, obywatela danego kraju. Postawy rodzicielskie wobec dzieci mogą stwarzać warunki do prawidłowego rozwoju lub wpływać ujemnie na kształtowanie się ich osobowości.

prof. zw. dr hab. Stanisław Leszek Stadniczeńko

Kierownik Katedry Teorii, Filozofii Prawa i Praw Człowieka
Wydział Prawa i Administracji Wyższej Szkoły Finansów i Zarządzania w Warszawie

mgr Dawid Stadniczeńko

Wydział Prawa i Administracji Wyższej Szkoły Finansów i Zarządzania w Warszawie

Troska rodziców o dziecko w aspekcie jego zgody na przetwarzanie danych osobowych

Parental care in aspect of consent of child
for the processing of its personal data

Streszczenie

W artykule Autorzy podnoszą, że nowe technologie są źródłem nowych wyzwań dla ochrony prywatności, której w szczególności potrzebują dzieci, niemające do końca rozwiniętej świadomości zagrożeń płynących z nowych technologii. Odpowiedzialność spoczywa na rodzicach/opiekunach prawnych, którzy powinni być świadomi czyhających zagrożeń, jak również na dostawcach usług internetowych, adminach, autorach gier, stron, czy na służbach państwowych. Z drugiej strony, wskazano na nowe rozwiązania prawne będące ujednoczeniem prawa krajów członkowskich UE, regulujące kwestię wyrażenia zgody przez dziecko w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego oraz ustalając granicę minimalnego wieku na podjęcie przez dziecko decyzji o zgodzie na przetwarzanie jego danych osobowych.

Abstract

The authors point out that new technologies are a source of new challenges for the protection of privacy, which in particular need children who do not have fully developed awareness about the dangers of new technologies. The responsibility lies with parents/legal guardians, who should be aware of the dangers, as well as ISPs, administrators, game developers, creators of websites and public services. On the other hand, indicated on the new legal solutions which are the harmonization of the EU Member States' laws governing the issue of consent by the child in the case of information society services and setting a minimum age limit for a child to agree to the processing of his/her personal data.

Słowa kluczowe: *dziecko, rodzice, przetwarzanie danych osobowych*

Keywords: *child, parents, the processing of personal data*

I

Żyjemy obecnie w tak zwanym „post”: postprawdzie, postnowoczesności, postpolityce, posthumanizmie, postmodernizmie. Zaskakiwani jesteśmy rozwojem technologii, możliwościami zastosowania różnych tricków. Dynamiczny rozwój technologii cyfrowej powoduje zacieranie się granic między tradycyjnie pojmowanym światem realnym a światem wirtualnym. Obecnie doświadczamy, iż Internet w dużej mierze przejmuje władzę nad człowiekiem, oddajemy sieci niemałą część naszej prywatności. Staliśmy się ludźmi Internetu coraz bardziej odizolowanymi od realnego świata. Wielu ludzi życie społeczne organizuje na wzór „komputera”. Istnieją zaawansowane urządzenia posiadające sztuczną inteligencję. Parlament Europejski zajął się już określaniem praw i obowiązków „osoby elektronicznej”. ONZ uznała dostęp do Internetu za prawo człowieka. Warunkiem uczestnictwa w społeczeństwie staje się zaawansowana kompetencja internetowa, w tym nie tylko umiejętności tworzenia programów, lecz także budowanie sieci i korzystanie z nich. Stajemy się coraz bardziej podatni na manipulacje. Zamiast argumentów merytorycznych, spotykamy się ze stosowanymi retorycznymi wybiegami. Wielu ulega procesowi grupowego myślenia i polaryzacji; przyczyniają się do tego m.in. strony serwisów informacyjnych, media społecznościowe, takie jak Twitter, Instagram. Facebook obecnie nie istnieje bez sztucznej inteligencji. Wielu z nas nie zdaje sprawy z tego, że są to strumienie aktualności i systemy rekomendacji. Ich zadaniem jest wyświetlanie takich treści, które najskuteczniej sprowokują nas do interakcji. Wydaje się istotne wskazanie na te czynniki emocjonalne, które szczegółowo omawia M. Lindstrom w publikacji „Dziecko reklamy”. Niezwykle istotny jest fakt, że jako ekspert marketingu dziecięcego ukazuje tym samym zagrożenia, które płyną z wykorzystania szczególnych cech młodych, niedoświadczonych, emocjonalnych ludzi. Stwierdza, że u dzieci emocje decydują o wszystkim, więc jeśli marketingowcy chcą odnieść sukces, muszą odwołać się do uczuć najbardziej podstawowych, najgłębiej zakorzenionych. Te emocje to: miłość, skojarzona z opieką, uczuciem i romansiem; strach skojarzony z przemocą, terrorem, horrorem, okrucieństwem, wojną; chęć zdobycia mistrzostwa, wynikająca z dążenia do tego, by się uniezależnić od dorosłych, a także opanować nowe umiejętności (np.

w grach). Podkreśla rolę wyobraźni. Jest ważna, gdyż dostarcza dzieciom narzędzie, które umożliwi im spełnianie marzeń w odrealnionym świecie fantazji - „i już jesteś do przodu”, humor („struny naciągane są do granic, żartuje się z dorosłych i robi szalone rzeczy”). Zwraca uwagę na wartość kolekcjonerską (zbieranie kart, odznak, znaczków i wizerunków ulubionych postaci). Wskazuje na funkcję i rolę efektu lustra, pragnienie naśladowania świata dorosłych. „Zamysł umożliwiający dzieciom odgrywanie roli dorosłych z pewnością spotka się z ich zainteresowaniem” – uważa Lindstrom. „Im się jest młodszym, tym bardziej chce się być starszym. (...) Dziewięciolatki chcą mieć 14 lat, żeby już mogły być zaliczone do grona prawdziwych nastolatek. Czternastolatki z kolei za nic mają nastolatki, bo chcą już prowadzić prawdziwie dorosłe życie”.

Wielu specjalistów podnosi, że nowa tendencja w świecie gier – ich powiązanie z serwisami społecznościowymi, pogłębia wpływ tych cynicznych metod na psychikę dzieci. Granie staje się jeszcze bardziej obsesyjne i uzależniające. Ten biznes nie oszczędza dzieci, stosuje się w nim metody manipulatorskie. Witryny internetowe często rozbudzają w dzieciach zainteresowanie, przedstawiając kuszące opcje, a grożąc zablokowaniem dostępu, kierują do „zachęcającego kliknięcia”, co prowadzi do formularza rejestracji. Małoletnim graczom naprawdę łatwo zdobyć gry przeznaczone dla dorosłych. Rodzice muszą mieć odwagę być dorośli, co oznacza przyjęcie na siebie całego ciężaru odpowiedzialności, jaką niesie za sobą dorosłość. Współczesny człowiek nie zawsze jest w stanie rozeznaczyć się w kakofonii informacyjnej, ale już samo podjęcie próby sprawdzania informacji, szukanie jej źródeł pozwala na złapanie dystansu do postpolityki, postprawdy, postnowoczesności, posthumanizmu. Harry Gordon Frankfurt w eseju „O wciskaniu kitu” zastanawia się nad zdumiewającym zjawiskiem – rosnącą ilością wciskanego kitu. Stwierdza, że kit przypomina błagę, bo ociera się o kłamstwo, ale nim nie jest. Sytuuje się gdzieś w okolicach banialuk, dub smalonych, bredzenia, pustosłowania, matactwa, szalbierstwa. Stwierdza, że „nieumiarkowane oddawanie się wciskaniu kitu, polegającego na wypowiedzaniu twierdzeń bez oglądania się na cokolwiek poza tym, co nam akurat wygodnie jest powiedzieć, prowadzi do osłabienia bądź całkowitego zarzucenia normalnego nawyku poświęcania należytej uwagi temu, jak się przedstawia faktyczny stan rzeczy. Kłamca i człowiek prawdopodobny

znajdują się po przeciwnych stronach, że tak powiem boiska, ale jednak grają w to samo. Obaj liczą się z faktami zgodnie z ich własnym postrzeganiem, chociaż jednemu przyświeca prawda, a drugi odwraca się do niej plecami. Wciskającemu kit prawda jest obojętna. Nie odwraca się od prawdy ani jej nie odrzuca, jak czyni to kłamca. W ogóle nie zwraca na nią uwagi. Z tegoż to powodu wciskanie kitu jest znacznie groźniejsze od kłamania”. Podkreśla, że problem w tym, iż wraz z zakresem kitu tracimy zdolność jego rozpoznawania lub jeszcze gorzej – przestaje nam on przeszkadzać.

II

Trudno w tym artykule zwrócić uwagę na wszystkie zagrożenia, które w granicach rozsądku budzą zaniepokojenie dorosłych o los dzieci. Wydaje się najistotniejsze, aby rodzice – dorośli uświadomili sobie swoje role wobec dzieci i z pełną odpowiedzialnością podejmowali działania.

Sekretem odpowiedzialnego rodzicielstwa jest wiedza, czego należy się obawiać, a czego nie, zdolności empatyczne, mądrość, dojrzałość emocjonalna. Dzięki nim można korygować wiele zagadnień, a to pozwoli na lepszą ochronę dzieci. Dzieci od lat są wciąż takie same, przynajmniej jeśli chodzi o ich podstawowe potrzeby i cechy. Przechodzą ten sam proces rozwoju, każde jednak napotyka przy tym właściwe sobie trudności, czerpie ze swoich zdolności i musi się mierzyć ze słabościami, zależnościami. Wymagają tego samego od dorosłych: miłości, szacunku, wolności, ochrony, wsparcia i porad, troski, opieki itd. Dziecko potrzebuje rozsądnej opieki, odpowiedzialnego rodzicielstwa. Potrzeby opiekuńcze (opieki) są pochodną potrzeb ludzkich w ogóle. Potrzeby podstawowe wiążą się z pojęciem autonomii, która jest kluczowym składnikiem godności i wolności jednostki. Teoria i praktyka opieki z konieczności musi interesować się potrzebami ludzkimi, a zwłaszcza ich istotnymi właściwościami, inwentaryzacją i klasyfikacją, hierarchią, warunkami tworzenia się, przekształcania, zanikania, warunkami i skutkami określonego zaspokojenia, blokady i udaremniania, kompensacją i patologią, wartościowaniem ze względu na interes jednostki i społeczeństwa oraz przyczynami niezdolności jednostek do ich samodzielnego zaspokajania.

Jak to określa T. Kocowski, potrzeby można definiować różnorodnie:

1. jako aktualny stan człowieka lub jego organizmu, charakteryzujący się niespełnieniem określonych warunków,
2. jako subiektywne odczucie braku, niezaspokojenia lub też pożądania określonych przedmiotów czy warunków,
3. jako trwałą właściwość (dyspozycję) człowieka, polegającą na tym, iż bez spełnienia określonych warunków człowiek nie może osiągnąć lub utrzymać pewnych ważnych stanów lub celów.

Przedstawiona przez T. Kocowskiego kategoryzacja jest bez wątpienia dyskusyjna, lecz uzmysławia złożoność problematyki potrzeb ludzkich i trudności w formułowaniu systemu ich zaspokajania.

Według D. Christiansena zaspokojenie podstawowych potrzeb wynika z godności rozumianej jako jedna z „dwóch zasad pochodnych, jakie zdają się zawierać w pojęciu minimum moralnego. [...] Godność, którą zakłada moralne minimum, wiąże się z kontrolowaniem przez jednostkę niezbędnych do życia dóbr i wymaga uszanowania przez władze tej kontroli”. Władze winny więc chronić ludzi przed działaniami, które wykorzystują „czyjeś elementarne słabości”. Jednak godność według Christiansena „nie oznacza po prostu autonomicznej władzy nad zasobami, tylko możliwość wyboru działań i czerpania satysfakcji z innych wartości”.

W przypadku potrzeb opiekuńczych możemy przyjąć, że są one wytworem (funkcją) nakładających się na siebie bezpośrednich czynników, stanowiących dwie grupy fundamentalnych, gatunkowych właściwości człowieka. Są to potrzeby ludzkie oraz określone niezdolności (nie dyspozycja) do względnie samodzielnego zaspokajania i regulowania tych potrzeb. Ścisłej, potrzeby opiekuńcze są pochodną tych właściwości, następstwem ich zderzenia się w czasie i miejscu i dotyczy to okresu dzieciństwa w sposób szczególny. Ujawniane są liczne przypadki ograniczania i udaremniania wyborów rodzicielskich.

Rodzice, opiekunowie, wychowawcy stają dzisiaj w trudnej sytuacji, dziecko bowiem podlega wpływom, nie tylko tym środowisk i osób, lecz także wszechobecnemu, ekspansywnemu marketingowi nastawionemu na dzieci, stosującemu coraz to bardziej bezwzględne, przebiegłe, a nawet wyrafinowane metody manipulacji wobec kształtujących się zainteresowań, postaw, wrażliwości emocjonalnej dzieci, sprzyjające powstawaniu

kompulsywnych zachowań, tumanieniu niedojrzałych umysłów przemocą, szokiem czy obsesyjnym konsumpcjonizmem. Wykorzystywane są bezradność dzieci, ich ufność, wrażliwość, chwiejność emocjonalna, formujący się intelekt, niedoświadczenie, brak przebiegłości; te atuty łatwo wykorzystywane są przy totalnym lekceważeniu dobrze pojętego interesu dziecka. Telefony komórkowe stały się dla wielu dzieci i młodzieży przedłużeniem ich samych. Nieodparta chęć korzystania z mediów prowadzi do uzależnienia, a często do utraty tożsamości. Skrywaną samotność dzieci często próbują zneutralizować, wykorzystując dostępną technologię informatyczną.

Skomplikowany charakter stosunków społecznych, politycznych staje się źródłem napięć psychicznych prowadzących do zaburzeń (dewiacji) mogących rozwinąć się w stany neurotyczne wymagające następnie terapii. Rodzinie przypada rola „niwelatora” tych wstrząsów i konfliktów. Obecny kryzys rodziny jako środowiska wychowawczego należy rozumieć jako stan wzmożonej aktywności motywującej do poszukiwania i wyboru określonych postaw, wartości i zachowań. Odpowiedzialni rodzice muszą umieć obronić dzieci przed stosowanymi przez media zabiegami i dotrzeć do nich. W innym przypadku, dziś, kiedy „interaktywność jest wszystkim”, marketerzy będą przede wszystkim brać pod uwagę głębokie i trwałe zainteresowanie dzieci mediami interaktywnymi, takimi jak gry, wirtualne światy i sieci społecznościowe; rodzice wówczas staną się narzędziami wykorzystywanymi przez obydwie strony, zarówno marketingowców, jak i dzieci.

Obecnie ze zdwojonym wysiłkiem odpowiedzialni rodzice winni otoczyć dzieci troską. Muszą przyjąć odpowiedni styl komunikacji umożliwiający członkom rodziny dzielenie się własnymi przekonaniem, uczuciami, poglądami i pragnieniami. Jest to niezbędne do prawidłowego funkcjonowania rodziny, zwłaszcza w aspekcie spojenia i adaptacji do warunków stale zmieniającej się rzeczywistości. Ważne są styl i treść komunikacji, które muszą być powiązane ze sobą, tworzyć spójną całość, wpływać na interakcje odbiorcy – dziecka.

Nie można jednak słownej komunikacji utożsamiać z dialogiem, jak bowiem pisze M. Śnieżyński, „często, rozmawiając ze sobą, wzajemnie się nie słyszymy, nie rozumiejąc sensu docierających do nas słów, albo ukrywamy własny pogląd. Sens dialogu polega na odkrywaniu prawdy.

W dialogu najcenniejsze jest to, co najbardziej subiektywne. Jego istotą jest wolny udział i tolerancja innego, obcego, a także konieczność uważnego słuchania nie tyle słów, co ich sensu”. Wskazując na trzy elementy definicji dialogu, J. Tarnowski podkreśla, że ważne jest dążenie do wzajemnego zrozumienia partnerów, ich wzajemne zbliżenie się oraz współdziałanie. W ten sposób ujawniają się, zgodnie z naukami psychologicznymi, zasadnicze składniki postawy: poznawczy, emocjonalny i prakseologiczny. Należy jednak, jego zdaniem, rozróżnić trzy formy dialogu: metodę, proces i postawę. Metoda „jest to sposób komunikacji, w której podmioty dążą do wzajemnego rozumienia, zbliżenia i współdziałania”. Dialog, w ścisłym znaczeniu, zawsze ma charakter interpersonalny, wykorzystujemy w nim różne formy komunikacji. Zwracając uwagę na rodzicielską troskę, należy zauważyć, że musi ona być pojmowana jako pojęcie relacyjne, tzn. opierać się na relacji nie tylko w kontekście rodzinnym, ale i społecznym. Troska ma zasadnicze znaczenie w rozwoju tożsamości jednostkowej, ze względu na to, iż odgrywa ważną rolę w relacjach społecznych – zarówno oficjalnych, zawodowych, jak i relacjach intymnych oraz przyjaźni. Może się przejawiać poprzez kontakt, działanie, uczucie lub mowę ciała. Wpływa na budowanie samoświadomości oraz na to, w jaki sposób jesteśmy postrzegani przez innych ludzi. Troska najczęściej łączy się z takimi ideami jak: przywiązanie, miłość, obowiązek, dobro, odpowiedzialność oraz wzajemność. Troska jest spoiwem, które wiąże indywidualne relacje.

W kontekście usług społeczeństwa informacyjnego (usług świadczonych na odległość drogą elektroniczną), aby przetwarzać dane osobowe dziecka, konieczne są troska, odpowiedzialne rodzicielstwo, poprawny dialog w danej społeczności rodzinnej. Należy więc pamiętać, że troska to zadania i praca, zarówno fizyczna, jak i emocjonalna. To praktyka, na którą składają się różne czynniki, takie jak czas, środki materialne, wiedza i umiejętności oraz relacje społeczne i uczucia. Troskę należy także analizować w kontekście etycznym, z podkreśleniem ważności odpowiedzialności i dialogu.

Nowe technologie mogą być wykorzystywane zarówno w sposób przynoszący korzyści edukacyjne i społeczne, jak i ze szkodą dla użytkowników. Dzieci w Polsce w zbyt małym stopniu używają Internetu do

krytycznego wyszukiwania informacji, rozwiązywania problemów czy myślenia, a szkoła tego nie koryguje. Dodatkowo – dzieci z uboższych materialnie i kulturowo środowisk więcej czasu poświęcają na gry komputerowe, bardziej narażone są na ryzyko uzależnienia od komputerów, a także gorzej chronią swą prywatność w sieci.

III

Postępujący rozwój technologiczny skłania do modyfikacji narzędzi informatycznych, następcząc licznym problemom. Dostawcy usług internetowych stają się bowiem ofiarami ataków hakerskich. Usługodawcy są odpowiedzialni za zapewnienie bezpieczeństwa swoich usług i produktów. Regulacje prawne w tym zakresie niestety ciągle pozostają w tyle. Wiele osób, udostępniając swoje dane w Internecie, traci kontrolę nad ich kolejnym udostępnianiem czy przetwarzaniem. Nie do końca są świadomi ryzyka związanego z udostępnianiem, przetwarzaniem oraz potencjalnym wpływem tego typu działań na ich życie. Dziwić nie może fakt, że właśnie dzieci coraz częściej stają się celem rynkowym innowacyjnych praktyk przetwarzania danych. Przetwarzanie danych dotyczących dzieci nie tylko zwiększa poziom ryzyka wyrządzenia im szkody, te same dzieci są także narażone na nowe jego rodzaje. Dzieci wymagają więc specjalnej ochrony. W prawie Unii Europejskiej niedawno zaczęto dostrzegać i uwzględniać taką potrzebę. Zakończona w kwietniu 2016 r. reforma ochrony praw danych osób wyraźnie uznaje konieczność zapewnienia specjalnego poziomu takiej ochrony dla grup szczególnie wrażliwych, m.in. właśnie dzieci. W preambule do ogólnego rozporządzenia o ochronie danych podkreśla się, że: „[...] szczególnej ochrony danych osobowych wymagają dzieci, gdyż mogą one być mniej świadome ryzyka, konsekwencji, zabezpieczeń i praw przysługujących im w związku z przetwarzaniem danych osobowych. Taka szczególna ochrona powinna mieć zastosowanie przede wszystkim do wykorzystywania danych osobowych dzieci do celów marketingowych lub do tworzenia profili osobowych lub profili użytkownika oraz do zbierania danych osobowych dotyczących dzieci, gdyż korzystają one z usług skierowanych bezpośrednio do nich (...)”.

Należy przypomnieć, że nacisk położony na „każde” dziecko (a nie tylko na to, które należy szczególnie chronić) kładzie Konwencja o prawach dziecka z 1989 r. Wyrażono w niej przekonanie, że „rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie”, (...) mając na uwadze, że – jak wskazano w Deklaracji praw dziecka – „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”. W art. 1. przyjęto, że „w rozumieniu niniejszej konwencji „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność”.

Niezwykle istotne dla rozpatrywanego zagadnienia są treści art. 2., 3. i 5. Konwencji. W art. 2. stanowi ona m.in.: „Państwa-Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa zawarte w niniejszej konwencji wobec każdego dziecka, bez jakiegokolwiek dyskryminacji...”. W art. 3. stwierdzono, że:

- pkt.1. We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka;
- pkt 2. Państwa-Strony działają na rzecz zapewnienia dziecku ochrony i opieki w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jego dobra, biorąc pod uwagę prawa i obowiązki jego rodziców, opiekunów prawnych lub innych osób prawnie za nie odpowiedzialnych, i w tym celu będą podejmowały wszelkie właściwe kroki ustawodawcze oraz administracyjne;

W pkt 3. podkreślono, że Państwa-Strony czuwają, aby instytucje, służby oraz inne jednostki odpowiedzialne za opiekę lub ochronę dzieci dostosowały się do norm ustanowionych przez kompetentne władze, w szczególności w dziedzinach bezpieczeństwa, zdrowia, jak również dotyczących właściwego doboru kadr tych instytucji oraz odpowiedniego nadzoru.

Z kolei art. 5. stanowi, że Państwa-Strony będą szanowały odpowiedzialność, prawo i obowiązek rodziców, lub w odpowiednich przypadkach, członków dalszej rodziny lub środowiska, zgodnie z miejscowymi obyczajami, opiekunów prawnych lub innych osób prawnie odpowiedzialnych za dziecko do zapewnienia mu, w sposób odpowiadający rozwojowi jego zdolności, możliwości ukierunkowania go i udzielenia mu rad przy korzystaniu przez nie z praw przyznanych mu w niniejszej konwencji.

Jak się więc mają do wyrażonych w Konwencji uregulowania zawarte w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (zwanym także ogólnym rozporządzeniem w sprawie ochrony danych osobowych), które 17 maja 2016 r. weszło w życie? Zacznie ono obowiązywać bezpośrednio w krajowych porządkach prawnych od 25 maja 2018 r. Rozporządzenie wiązać będzie wszystkich, którzy przetwarzają dane osobowe w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Obecna Ustawa o ochronie danych osobowych z 29 sierpnia 1997 r. nie zostanie w całości zastąpiona przepisami rozporządzenia, wiele jednak spośród przepisów ustawy będzie musiało ulec zmianie lub przestanie obowiązywać. W niektórych kwestiach polska ustawa stanowić będzie uzupełnienie lub doprecyzowanie sformułowań rozporządzenia.

Uregulowanie w rozporządzeniu kwestii ochrony danych osobowych, a nie jak do tej pory w dyrektywie (która co do zasady wymaga implementacji do krajowego porządku prawnego), ma na celu ujednoczenie przepisów na obszarze całej Unii Europejskiej. Tym samym ma ułatwić prowadzenie transgranicznej działalności gospodarczej. Przedsiębiorcy mają w mniejszym stopniu spotykać się z rozbieżnościami w prawie ochrony danych osobowych pomiędzy poszczególnymi państwami UE, w których prowadzą swoją działalność.

Art. 8. rozporządzenia stanowi warunki wyrażenia zgody przez dziecko w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego. W ust.1. stanowi: „Jeżeli zastosowanie ma art. 6. ust. 1 lit. a) w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego oferowanych bezpośrednio dziecku zgodne z prawem jest przetwarzanie danych osobowych dziecka, które skończyło 16 lat. Jeżeli dziecko nie ukończyło 16 lat, takie przetwarzanie jest zgodne

z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy zgodę wyraziła lub zaaprobowała ją osoba sprawująca władzę rodzicielską lub opiekę nad dzieckiem oraz wyłącznie w zakresie wyrażonej zgody.

Państwa członkowskie mogą przewidzieć w swoim prawie niższą granicę wiekową, która musi wynosić co najmniej 13 lat”.

W treści tego artykułu wyłączono odpowiedzialność rodziców, troskę wobec dzieci od 16 lat, sugerując, iż państwa członkowskie mogą tą granicę obniżyć do 13. roku życia.

Przesłanką dopuszczalności przetwarzania jest uzyskanie zgody osoby, której dane dotyczą. Rozporządzenie stanowi, że „zgoda osoby, której dane dotyczą, oznacza dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych. Rozporządzenie doprecyzowuje warunki, jakie powinna spełniać zgoda. Musi to być dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli. Zgoda musi ponadto mieć charakter wyraźnego działania – oświadczenia lub stwierdzenia. Formularze zgody powinny być sformułowane jasnym i czytelnym językiem, tj. w sposób zrozumiały dla osoby, której dane chce przedsiębiorca przetwarzać; tak więc zawile, nieprecyzyjne i zbyt skomplikowane formularze mogą okazać się wadliwe, a zgoda – uznana za wyrażoną w sposób nieskuteczny. Zgoda osoby to oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych. Wyrażenie zgody będzie mogło odbywać się jedynie poprzez faktyczne zaznaczenie każdego z okienek przez osobę, której dane dotyczą. Zgoda wiązać się będzie zatem z działaniem osoby fizycznej – nie będzie możliwości jej domniemywania.

Ustalono minimalny wiek podjęcia przez dziecko decyzji o zgodzie na przetwarzanie jego danych osobowych w związku z usługami społeczeństwa informacyjnego. Należy podkreślić, że w prawie krajowym pomiędzy 13. a 18. rokiem życia małoletni posiada ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Wprowadzono ograniczoną regulację na potrzeby ochrony danych osobowych, by zapewnić ochronę danych osobowych dzieci. Jest to konsekwencją uznania, że dzieci poniżej określonego roku życia nie mają, z uwagi na brak rozeznania, prawa do samodzielnego podejmowania decyzji odnośnie do swojej osoby, a w szczególności nie mogą składać oświadczeń

woli, a do takich należy zaliczyć udzielanie zgody na przetwarzanie danych osobowych. Rozporządzenie stwarza państwom członkowskim możliwość obniżenia granicy wieku dziecka, które może wyrazić zgodę na przetwarzanie danych w związku z usługami społeczeństwa informacyjnego, jednak wiek minimalny to 13 lat. Obecnie wiele międzynarodowych serwisów społecznościowych, zgodnie ze swoimi regulaminami udostępnia usługi osobom od 13. roku życia. Rozporządzenie stawia nacisk (akcent) na komunikaty i informacje kierowane do dzieci, gdy przetwarzanie dotyczy dziecka. W punkcie 58. rozporządzenia wskazano, iż wszelkie informacje i komunikaty powinny być sformułowane jasnym i prostym językiem, który jest zrozumiały dla dziecka. Przyjmuje się, że zgoda lub pozwolenie na przetwarzanie danych osobowych dziecka w związku z usługami społeczeństwa informacyjnego powinny być udzielone przez jego rodzica lub opiekuna, przy czym nie ma obowiązku współdziałania obojga rodziców lub rodzica z opiekunem. Dotyczy to środowisk, w których dziecko przebywa, z których korzysta – służba zdrowia, oświata, edukacja, kluby zainteresowań, placówki opiekuńczo-wychowawcze itd. Z kolei w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego (usługi świadczone na odległość i na indywidualne żądanie odbiorcy usług), w szczególności takich jak internetowe strony informacyjne, usługi handlu elektronicznego, usługi rozrywkowe (oferujące dostęp do gier, muzyki, filmów itd.) są jednym z czynników przemawiających za wprowadzeniem regulacji w przepisach o ochronie danych osobowych, gdyż wielu odbiorców usług świadczonych na odległość to osoby małoletnie.

Podkreślić należy, że wiele obowiązków przypisano administratorom sieci. Administrator zobowiązany jest wykazać, że podjął racjonalne starania, zgodne z aktualnym stanem techniki, zmierzające do uzyskania właściwej zgody. Wydaje się jednak, że osoba posiadająca ograniczoną zdolność do czynności prawnych (w wieku 13–18 lat) nie jest w pełni świadoma skutków związanych z przetwarzaniem danych, dlatego też przyjęto, że może w dowolnym, późniejszym czasie skorzystać z uprawnień zarówno do cofnięcia zgody, jak i sprostowania danych osobowych.

W dyrektywach wykładni oświadczenia woli uznaje się, że oświadczenie składającego uznać można za rozumienie rozsądnego człowieka (Z. Radwański); postawić należy pytanie, czy taka jest osoba trzynastoletnia, a nawet szesnastoletnia.

Oświadczenie woli jest wynikiem procesu, którego głównymi etapami są: akt woli (zgoda) i jego uzewnętrznienie w formie pisemnej lub ustnej. Występuje kilka wad oświadczenia woli: brak świadomości lub swobody, pozorność, błąd, groźba. W przypadku braku świadomości lub swobody wystąpić mogą manipulacje, podstęp, którym jest błąd szczególnie kwalifikowany, wywołany umyślnie w celu skłonienia danej osoby do złożenia oświadczenia woli określonej treści; wpływanie na nastroje czy też wykorzystanie określonego nastroju, emocji danej osoby i zwrócenie się do niej z określoną sugestią, propozycją, np. marketingową.

Różne korporacje z ekspansywnym marketingiem, sieci społecznościowe, portale społecznościowe wykorzystują i ignorują wyjątkowe potrzeby i wrażliwość dzieci, gdy jest to opłacalne. Czy jesteśmy więc w stanie zapobiegać takim sytuacjom regulacjami prawnymi? To, co robimy, zaprzecza naszym instynktownym uczuciom dotyczącym dzieciństwa i dzieci. Dzieci coraz częściej korzystają z już i tak popularnych w swojej grupie wiekowej technologii, z łatwością przyswajając nowinki technologiczne.

Większość korzysta z poczty elektronicznej, lecz niewielu wie, jak korzystać z niej bezpiecznie i zgodnie z regułami. W zasadzie nie są znane zasady korzystania z niej, metody rozpoznawania e-mailowych fałszywek, zagrożeń. Dzieci używają informacji inaczej niż ich starsi koledzy i koleżanki. Niektórzy tworzą własne treści w Internecie, przykładowo pisząc bloga. Dzieci coraz dłużej przebywają online, poznają Internet w coraz młodszym wieku i korzystają z niego w coraz bardziej różnorodny sposób. Dziwić nie może więc, że właśnie dzieci coraz częściej stają się rynkowym celem marketerów i ich innowacyjnych praktyk przetwarzania danych.

Podsumowanie

Obserwując dzisiejszy świat, wydaje się, że dzieci potrzebują poczucia bezpieczeństwa, zrozumienia i akceptacji rodziców. Nie do przyjęcia jest postawa ojca czy matki, którzy obdarowują dziecko prezentami, przekonani, że dają mu wszystko, czego potrzebuje. Rodzice winni stać się pierwszymi osobami, które z troską myślą o dzieciach i działają na ich rzecz. W poczuciu odpowiedzialności rodzicielskiej muszą stać na straży

zagrożeń, jakim poddawane mogą być ich dzieci, i to do czasu, aż owe dzieci staną się pełnoletnie. Muszą być czujni, to znaczy zdolni do szybkiego i wczesnego rozpoznania wszelkich zagrożeń dobra dziecka, w tym jego rozwoju. Owa czujność jest przede wszystkim postawą etyczną zakładającą niezgodę na taką sytuację.

Nowe technologie są źródłem wyzwań związanych z ochroną prywatności. Coraz częściej i więcej komunikujemy się, uczymy się, bawimy, pracujemy korzystając z technologii, a jednocześnie coraz bardziej są zagrożone m.in. nasze dane osobowe.

Media społecznościowe wzmacniają siłę marketingu, a ten bierze na cel jednostki, uwzględniając ich indywidualne cechy osobowościowe – stan psychiczny. Tendencje, np. w biznesie gier ich powiązania z serwisami społecznościowymi, są takie, że bez skupułów sięga się po różnorodne nieetyczne metody wywierania wpływu, byle tylko w pożądanym przez siebie sposób kształtować psychikę dzieci. Niezbędna staje się niezależna informacja w zakresie działań koniecznych do ochrony dzieci jako istot szczególnie narażonych. Społeczeństwo winno być edukowane w zakresie diagnozowania zagrożeń, podejmowania bardziej świadomych decyzji i dokonywania właściwych wyborów.

Ochrona danych osobowych w dzisiejszych czasach jest szczególnie ważna i zaniedbania w tym zakresie mają nieprzewidywalne skutki nie tylko w sferze prawnej.

Aleksandra Szejniuk

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej
im. Alice De Gasperi w Józefowie

Praca determinantem zaspokajania potrzeb człowieka w świetle nowej rzeczywistości

Work as a determining factor of the human needs
in the new social reality

**„Praca jest dobrem człowieka, dobrem jego człowieczeństwa”
Jan Paweł II**

Streszczenie

Praca to zagadnienie, które towarzyszy człowiekowi od czasów starożytnych. Jej sens i pojęcie ewaluowało na przestrzeni wieków. Zachodzące przemiany spowodowały, że jest ona dziedziną rozważań wielu nauk, takich jak np. psychologia, ekonomia, prawo, medycyna, prakseologia itp. Praca jest jedną z istotnych form zaspokajania potrzeb człowieka. Stanowi podstawę jego funkcjonowania zarówno w życiu zawodowym, jak i prywatnym. Od wielu lat toczy się dyskusja na temat struktury potrzeb człowieka. Zdaniem Abrahama Masłowa ludzie dążą do zaspokajania pięciu poziomów potrzeb występujących w układzie hierarchicznym. Są to potrzeby fizjologiczne, bezpieczeństwa, przynależności do grupy uznania oraz samorealizacji. Potrzebę samorealizacji spełnia poprzez pracę, która jest wartością sama w sobie. Jest potrzebna człowiekowi do rozwoju osobowości. Stanowi podstawowy element i bodziec do działania.

Abstract

Work is an issue that accompanies the humankind from the very beginning of the human civilisation. Its meaning and importance have been changing during the civilisation development. The recent changes made this issue central for different disciplines, for example, psychology, economy, legal or medical studies, and praxeology etc. Work represents one of the most important forms of the human needs satisfaction. It remains the basis of the human existence both in terms of private and professional life.

There has been long discussion concerning the structure of the human needs. Abraham Maslow considered that people aim to satisfy the needs that are found in the five levels hierarchy. Among those basic needs there are physiological and safety needs, need for love or belonging as well as esteem and self-actualisation. The self-actualisation need is connected with work, which has an autotelic value. It is essential for human beings to develop their personalities. Work represents the basic element and action incentive.

Słowa kluczowe: *praca, potrzeby, organizacja, motywacja, ocena pracy*
Keywords: *work, needs, organisation, motivation, work assessment*

Wstęp

Ludzie od zawsze byli świadomi potrzeby pracy. Jej charakter był odpowiedni do cywilizacji rozwoju ludzkości. Dokonujące się zmiany dotyczyły przede wszystkim roli pracy i sposobu jej wykonywania. Wraz z rozwojem cywilizacyjnym jest ona sposobem zaspokajania potrzeb wyższego rzędu. Jednocześnie praca traktowana jest jako nieunikniona konieczność, która wzbogaca osobowo człowieka. Małgorzata Gableta (M. Gableta 2003 s. 9) określa pracę jako celowo zorganizowaną działalność będącą splotem, a równocześnie osiągiem czynów ludzkich, zmierzającą do uzyskania określonych rezultatów, w taki sposób, aby uczynić zadość czymś istotnym interesem.

Postęp techniczny i organizacyjny sprzyja wymaganiom dotyczącym procesowi pracy, który jest niezbędny do prawidłowego funkcjonowania organizacji.

Istota i znaczenie pracy

Zagadnienie pracy interesowało ludzi od zawsze. Jej pojęcie formułowali na wiele sposobów różni autorzy uprawiający wiele dyscyplin naukowych, np.:

Autor	Definicje pojęcia pracy
J.T. Nowacki (2004) s. 187	Praca to działalność, która jest wykonywana dla uczynienia zadość czymś ważnym potrzebom.
J. Wilsz (2009) s. 16	To celowa czynność społecznie użyteczna zapewniająca określoną pozycję w społeczeństwie.
Słownik pedagogiki pracy, Zakład Narodowy im Ossolińskich, Wyd. PAN, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1986, s. 252	To każda działalność, której wynikiem jest wytwór kulturowy, dobro materialne lub usługa.

Na pracę składają się takie elementy, które określają jej świadomość co do zaspokajania potrzeb ludzkich. Ze względów organizacyjnych praca dotyczy indywidualnego pracownika bądź całego zespołu. Człowiek, wybierając pracę, bierze pod uwagę wiele czynników, z których należy wymienić takie jak (ks. Tischner J, Jedliński R, 2001, s. 35):

- praca powinna być sensowna, potrzebna i użyteczna,
- praca powinna być godna i wolna,
- praca powinna być dokładna,
- praca powinna być oszczędna i gospodarna,
- praca powinna być dobrze nagradzana,
- praca powinna być szanowana,
- praca powinna być wykonywana w godnych warunkach,
- praca powinna rozwijać i dowartościowywać wykonawcę.

Istotnym obszarem w odniesieniu do pojęcia pracy jest obszar psychologii i socjologii pracy. Zgodnie z poglądami zarówno psychologów społecznych, jak i socjologów praca określana jest podobnie jak w naukach o organizacji i zarządzaniu. A zatem jest celową i świadomą działalnością, której wymierne społecznie korzyści są wyceniane na rynku w postaci dochodu. W zależności od profilu działalności przedsiębiorstwa praca jest ważna i niezbędna do prawidłowego jej funkcjonowania. (Marten L., 2003, s. 25) Poza tym praktyka przedsiębiorstwa wykształciła procedury, których głównym celem było dostosowanie prac do wykonawców, jak również stworzenie podstaw do wynagradzania za pracę. Sposób zachowania członków organizacji w pewnym stopniu określają czynniki społeczno-kulturowe w danym kraju. (Szejniuk A., 2017, s. 311). Równie istotne znaczenie mają czynniki związane ze środowiskiem pracy. Dotyczy to warunków pracy, infrastruktury, a także ochrony środowiska.

Sytuacja na rynku pracy jest dobrem, które każdy chciałby zatrzymać. Jest źródłem zarobkowania, dając możliwość zaspokajania wszelkiego rodzaju potrzeb człowieka. Hierarchia potrzeb według Abrahama Maslowa (G. Morgan 2002) uwzględnia potrzeby:



Teorię Abrahama Maslowa wykorzystuje się również w organizacji pracy w celu motywowania pracowników. Zaspokajanie potrzeb przez firmę na różnych szczeblach hierarchii określają poszczególne jej elementy. Płaca i bezpieczne warunki pracy opisują potrzeby fizjologiczne człowieka.

Potrzebę bezpieczeństwa zaspokajają pewność zatrudnienia, pakiet socjalny i ubezpieczenia gwarantowane przez firmę. Z kolei możliwość pracy w przyjaznej atmosferze w ulubionym zespole dotyczy potrzeby społecznej. Praca wzmacniająca tożsamość pracowników, uznanie przez przełożonych za dobrą pracę, awanse nagrody oraz premie zaspokajają potrzebę szacunku. Realizowanie ciekawych pomysłów, możliwość uczenia się w pożądanym kierunku sprzyja zaspokajaniu potrzeby samorealizacji.

Praca jest rozumiana jako wartość uniwersalna. Zygmunt Wiatrowski (Wiatrowski Z., 2007, s. 54) stwierdza, że:

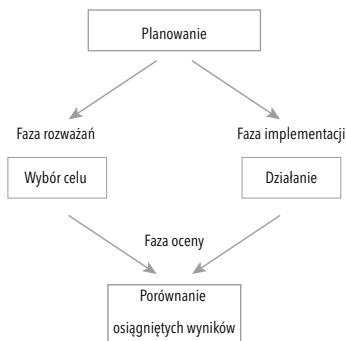
- każdy człowiek ma prawo do pracy
- każdy człowiek powinien uzyskać przygotowanie do pracy
- każdy człowiek ma prawo do pozyskania minimum środków gwarantujących stan ludzkiej egzystencji
- bezrobocie godzi w imię człowieka.

Osiąganie istotnych rezultatów pracy zależy przede wszystkim od motywacji człowieka. Pobudzanie motywacji stanowi niezwykle złożony proces. Analiza odpowiednich motywatorów pozwala wybrać konkretne bodźce. Ich zastosowanie wywołuje pożądane zachowanie pracowników, którzy zwiększa efektywność działania. Motywacja stanowi jeden z najważniejszych czynników, który przyczynia się do zwiększenia efektywności pracy. Wykorzystanie funkcji motywacyjnej pozwala na włączanie controllingu w proces zarządzania przedsiębiorstwem. Pozwala na kierowanie działaniami pracowników w celu osiągnięcia zamierzonych celów przez przedsiębiorstwa.

Znaczenie motywacji w procesie pracy

Motywacja jest procesem świadomym, którego cel to zaspokajanie potrzeb każdego człowieka. Podstawą motywacji jest umiejętność podejmowania decyzji. Według Petera Gollwitzera (20007, s. 220) motywacja przebiega fazowo. Zaczyna się od wyznaczania celu do jego osiągnięcia (faza rozważań). Kolejny etap to faza implementacji, która jest działaniem wykonawczym ustalonego planu. Ostatnim etapem jest faza oceny, kiedy porównuje się osiągnięte wyniki z zaplanowanymi zamierzeniami.

Model faz działania wg Petera Gollwitzera



Źródło: G Wiczcorkowska, Kierowanie motywacją, rola zachowań, Warszawa 2007, s. 222.

Istotne znaczenie w procesie motywacji ma ilość energii, która jest niezbędna do osiągnięcia zamierzonego celu. Aktywność człowieka warunkuje oddziaływanie na jego motywację. Jest ona uzależniona od dążenia do zaspokajania potrzeb ludzkich.

Czynnikami, które wpływają na motywację, są: (W. Łukaszewski, 2000, s. 427–445)

- osiągnięcia – pracownicy muszą mieć poczucie, że dzięki ich pracy cel został osiągnięty,
- uznanie – pracownicy muszą mieć poczucie, że kadra kierownicza zdaje sobie sprawę z ważności zadań, jakie spełniają w obrębie organizacji,
- praca sama w sobie – pracownicy powinni mieć poczucie, że praca, którą wykonują, odpowiada ich potencjałowi,
- rozwój – pracownicy mają szansę na awans i poczucie, że ich wysiłki zawodowe mogą spowodować awans,
- odpowiedzialność – pracownicy muszą mieć wystarczająco dużo swobody w podejmowaniu własnych decyzji.

Człowiek kieruje się w swoim działaniu zaspokajaniem potrzeb. Zmuszony jest do pracy w grupach lub organizacjach, w których funkcjonuje. A zatem konieczne jest motywowanie członków organizacji do zachowań pożądaných, zbieżnych z celami firmy. Przełożeni powinni oddziaływać na podwładnych za pomocą narzędzi motywacyjnych. Ich stosowanie pozwala osiągać określone postawy i zachowania pracowników. Wykorzystywane bodźce powinny być dostosowane do cech osobowościowych, hierarchii potrzeb, wykształcenia oraz sytuacji, w jakiej znajdują się ludzie.

Skuteczność motywowania wymaga dostosowania się do otoczenia zewnętrznego w którym przedsiębiorstwo funkcjonuje. Obejmuje ono przede wszystkim cele społeczne, uwarunkowania polityczne, a także system prawny. Wytyczne dotyczące praw człowieka i jego pracy podkreślają rangę realizacji interesów pracowników w organizacji. Dotyczy to przede wszystkim reguł postępowania i warunków porozumienia w układzie pracodawca – pracownik. (Szejniuk A., 2015, s. 49) Należy uwzględnić również otoczenie wewnętrzne, a zatem rozwiązania występujące wewnątrz firmy, które mają wpływ na skuteczność motywowania. Dotyczy to struktury organizacyjnej, wielkości, rodzaju produkcji, a także kwalifikacji pracowników.

W motywowaniu pracowników, a zwłaszcza w kwestii skuteczności owej motywacji, obowiązuje zasada kompleksowości. Jest ona rozumiana jako działanie związane z oddziaływaniem na ludzi w procesie pracy. Motywacja do pracy ma nakłonić pracownika do zachowań zgodnych z oczekiwaniami pracodawcy. Dobrze funkcjonujący system motywacyjny ma wpływ na efektywność i zadowolenie z pracy. Skuteczność motywowania zależy od spełnienia następujących zasad (Zajac S., 2014, s. 194):

- indywidualizacji
- konkretności
- systematyczności kompleksowości
- naukowości.

Zasada indywidualności związana jest ze sposobem traktowania każdego pracownika ze względu na jego kwalifikacje i predyspozycje.

Ocena wszystkich członków danego przedsiębiorstwa według jasno określonych kryteriów dotyczy zasady konkretności. Stałe odnoszenie się do dokonań pracowników, stosowanie odpowiednich bodźców oraz ciągłe dostarczanie metod motywowania to zasady, które powinny obowiązywać w organizacji. Prawidłowo funkcjonujące systemy motywacyjne sprzyjają pozyskiwaniu do organizacji pracowników o najwyższych kwalifikacjach.

Ocenianie w procesie pracy

Ocenianie jest procesem, który pojawia się w każdej dziedzinie życia. Jest istotnym elementem stosunków społecznych w procesie pracy. Wykorzystuje się ocenianie do określenia potencjału danej grupy pracowniczej. Pozwala ono kształtować przyszłą politykę zatrudnienia w organizacji.

Ocenianie może służyć wielu celom szczegółowym, które klasyfikuje się w zależności od przedsiębiorstwa. Należą do nich (Pocztowski A., 2008, s. 261–262):

- cele administracyjne
- cele informacyjne
- cele motywacyjne
- cele psychospołeczne
- cele organizacyjne.

Wymienione cele pozwalają na pozyskiwanie informacji do kształtowania polityki personalnej organizacji. Ocenianie to proces, który powinien być dokonywany na wszystkich etapach pracy pracowników. Jego stosowanie pozwala eliminować błędy w codziennej pracy. Częstotliwość oceniania zależy od wielu czynników (Oleksym T., 2009, s. 420), takich jak:

- praktyki organizacji w zakresie różnych aspektów zarządzania kapitałem ludzkim, związanych z procesem oceniania, np. podwyżek, wynagrodzeń itp.,
- oceny sprawozdawcze dla organizacji nadrzędnych, np. urzędów skarbowych,
- możliwość wprowadzania zmian w obszarach zweryfikowanych za pomocą systemu ocen okresowych.

Przeprowadzenie oceniania powinno być odpowiednio przygotowane. Dlatego system oceniania wymaga od kierownictwa przestrzegania ustalonych zasad. Do najważniejszych zalicza się takie zasady jak: (Pocztowski A., 2008, s. 268)

- zasada systemowości,
- zasada elastyczności,
- zasada jawności,
- zasada kompleksowości,
- zasada obiektywności.

Wymienione zasady związane są ze sposobem oceniania, który powinien być bezwzględnie przestrzegany. System oceniania musi być zrozumiały i przejrzysty. Ponadto ocenianie powinno być przeprowadzone przez osoby upoważnione, które szybko wymiernie oceniają pracę pracowników na danym stanowisku. W procesie tym powinno przestrzegać się obowiązujących norm społecznych, z uwzględnieniem poszanowania praw człowieka i jego wartości. A zatem obiektywna ocena powinna zawierać zagadnienia, które pozwalają pracownikowi na kształtowanie jego kariery zawodowej. Zatem ocenianie daje korzyści nie tylko pracodawcy, ale także ogółowi pracowników w organizacji. Efektem takiego działania jest wzrost zyskowności i efektywności przedsiębiorstwa. Służy to poprawie wydajności pracy, zwiększeniu jej jakości, a przede wszystkim kształtowaniu polityki personalnej firmy. Dzięki procesowi oceniania

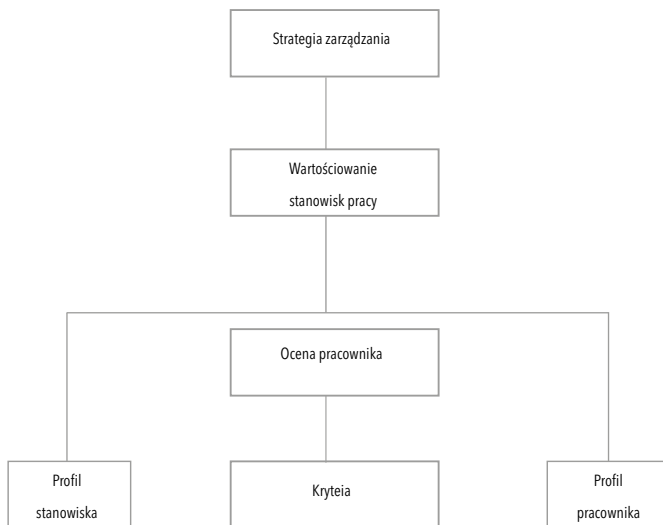
pracodawca może poznać potencjał pracowników. Dostarcza on informacji o poziomie ich efektywności. Ponadto umożliwia stworzenie profesjonalnej kadry pracowniczej. Z kolei korzyści dla pracowników, wynikające z systemu oceniania, to obiektywna ocena własnych zdolności, poprawa komunikacji z przełożonym, zrozumienie wartości wykonywanej pracy, a także świadomość swojej pozycji w przedsiębiorstwie. Ocenianie pracowników jest procesem bardzo złożonym i odpowiedzialnym, ponieważ daje świadectwo pracy, a ponadto wyznacza ścieżkę ich kariery zawodowej. Bardzo łatwo można popełnić błąd, za który najczęściej odpowiedzialny jest człowiek. Błędy dotyczą również czynników technicznych (Litwin L., 2004, s. 336), takich jak:

- niewłaściwe odczytanie intencji, jakie przyświecają procesowi oceniania,
- niezrozumienie reguł, procedury i przebiegu procesu,
- zbyt duża liczba kryteriów oceniania, co skutkuje trudnościami w formułowaniu oceny końcowej,
- źle rozłożony nacisk na poruszane zagadnienia, nieadekwatność,
- brak przejrzystości i klarowności kryteriów oceniania,
- brak kontroli systemu oceniania,
- modyfikacja procesu oceniania na podstawie potrzeby chwili.

Ryzyko popełniania błędów można zmniejszyć poprzez wzięcie pod uwagę możliwości ich wystąpienia. Ponadto warto przestrzegać przyjętych zasad i kryteriów postępowania, a przede wszystkim racjonalnie zarządzać procesem oceniania.

Należy stwierdzić, że proces oceniania pracowników jest zjawiskiem powszechnym. Stanowi podstawowy element pracy. Sam proces powinien być rzetelny i uczciwy, dokonywany regularnie i cyklicznie. Pracownicy biorący udział w procesie oceniania muszą mieć świadomość konieczności jego stosowania. Obecnie podkreśla się znaczenie kultury firmy, która sprzyja ocenie jako elementowi poważnego traktowania zasobów ludzkich. A zatem wyniki ocen powinny być brane pod uwagę podczas tworzenia systemu motywacyjnego. Skuteczność systemu ocen w praktyce biznesowej jest warunkiem kreowania celów strategicznych, a także adaptowania się firmy i jej pracowników do zmieniającego się otoczenia.

Model wykorzystania efektów oceny pracownika w zarządzaniu kadrami organizacji



Źródło: J. Łucewicz, Ocenianie pracowników [w] T. Litwin (red) Zarządzanie kadrami, C.H Beck Warszawa 2002, s. 212.

Ocenianie pracowników traktuje się jako funkcję, dzięki której realizują się podstawowe wartości, jakie wyznacza w swojej kulturze organizacja. Te wartości określają sprawiedliwość i równość w ochronie osób zatrudnionych przed niewłaściwym ich traktowaniem przez przełożonych. Prawidłowo opracowany system ocen, który uwzględni kulturę organizacji, umożliwi zwiększenie efektywności zarządzania personelem, a ponadto poprawia jakość i wydajność pracy w przedsiębiorstwie.

Zmiany w organizacji, zmiany a ludzie

Zmiany zachodzące w dzisiejszej rzeczywistości są determinowane stosowaniem nowych technik i technologii, a zatem przedsiębiorstwa funkcjonujące w zmieniającym się otoczeniu muszą umieć się do nich dostosować. Przedsiębiorstwo posiada wiele zasobów, wśród których ludzie stanowią najcenniejszą wartość. To dzięki nim organizacje mogą kreować swoją strategię. Ludzie i ich kapitał intelektualny są gwarantem sukcesu firmy na konkurencyjnym rynku. Pracownicy planują zmiany i wdrażają je. Choć nie każda zmiana zaczyna się od ludzi, i tak każda ich dotyczy, a więc ważna jest postawa ludzi w procesie zmian. Aprobata pracowników ułatwia wprowadzanie zmian, a także zmniejsza ryzyko niepowodzenia. Na zachowanie człowieka w procesie zmian mają wpływ jego indywidualne cechy i predyspozycje. Ważną rolę odgrywają sytuacja przedsiębiorstwa oraz sposób przeprowadzenia zmian. Innowacje, a zatem zmiany, zależą od ludzi i ich systemu wartości, a także od możliwości zaspokajania przez nich własnych potrzeb. Zmiany przeprowadzone w organizacji mogą powodować wzrost lub spadek efektywności pracowników. Kierownicy to osoby odpowiedzialne, których zadaniem jest kształtowanie postaw i zachowań pracowników zapewniających osiągnięcie zamierzonych celów organizacji (Szejniuk A., 2016, s. 97).

Człowiek w procesie zmian jest uzależniony od wielu czynników. Istotną rolę odgrywają predyspozycje i cechy osobiste każdego pracownika. Stosunek zmian i różnego rodzaju innowacje zależą od systemu wartości. Z aksjologicznego punktu widzenia wyróżnia się pięć następujących postaw wobec zmian (Ściborek Z., 2010, s. 323):

- ryzykanci – wysoko cenią odwagę, włączają się jako pierwsi do procesu zmian
- prestizowcy – godzą się przyswoić nową wiedzę
- przezorni – cenią sobie rozwagę, ostrożność i dystans
- sceptycy – cechuje ich brak wiary w polepszenie czegokolwiek
- tradycjoniści – ich wartością jest przywiązanie do sprawdzonych norm i wzorów.

Należy podkreślić, że ocena zmian przez pracowników jest rozpatrywana ze względu na możliwość zaspokajania przez nich własnych potrzeb.

Stopień akceptacji tych zmian jest zależny od indywidualnych predyspozycji. Wprowadzenie zmian w organizacji determinuje informacja. Jej wykorzystanie wpływa na zaangażowanie personelu w organizacji. Niezwykle istotne jest przekazywanie rzetelnej i wiarygodnej informacji, co powoduje wzrost zaufania wobec nadchodzących zmian.

W organizacji na postawy pracowników ma wpływ kadra zarządzająca. Jej zadaniem jest przyzwyczajanie ludzi do zmian, a także określenie oczekiwań związanych z kompetencjami personelu. Niezwykle istotne w organizacjach są innowacje. Przyczyniają się one do wzrostu wydajności pracy. Eliminują prace uciążliwe i niebezpieczne. Zwracają uwagę na ergonomię pracy i są wytycznymi w zakresie humanizacji pracy (Szejniuk A., 2017, s. 310).

Duże znaczenie ma poziom zaufania do zarządzających, a ponadto jaki jest cel wprowadzania tych zmian. Ludzie nie mogą utracić poczucia bezpieczeństwa, np. związanego z utratą dotychczasowego stanowiska lub utratą pracy jako źródła zarobku.

Inną przyczyną oporu wobec zmian są obawa dotycząca stosunków interpersonalnych panujących w organizacji, a także niechęć do podejmowania wysiłków związanych z nowymi warunkami pracy.

Wprowadzenie zmian może skutkować u pracowników stresem przed nowością, który wynika z braku umiejętności spokojnej adaptacji do nadchodzących innowacji.

Należy zauważyć, że każda organizacja powinna umiejętnie wprowadzić proces zmian w organizacji. Szczególną uwagę kierownictwo przedsiębiorstwa powinno skierować na zasoby ludzkie. Istotne znaczenie ma budowanie wizji i strategii firmy w porozumieniu z wszystkimi pracownikami. Gotowość do zmian to ogromne wyzwanie dla pracujących w organizacji. Muszą oni być gotowi do nieustannego poszerzania wiedzy. Jej posiadanie pozwala na przyswojenie nowych metod pracy, a ponadto daje szansę rozwoju zawodowego. Wprowadzenie zmian to przede wszystkim możliwość utrzymania się na konkurencyjnym rynku, a także dostosowania się do nowych warunków pracy. Zmiany determinują rozwój organizacji. Są nieodłącznym warunkiem kultury organizacyjnej. Jej wyznacznikiem powinna być chęć posiadania wiedzy. Dlatego zarządzanie zasobami ludzkimi powinno dotyczyć umiejętności i kwalifikacji potencjału ludzkiego.

Kapitał intelektualny powinien być postrzegany jako istotny element funkcjonowania przedsiębiorstw, który jest długotrwały zwłaszcza w procesie zmian. Zmiany te dotyczą także organizacji i warunków pracy.

Zakończenie

Istotną rolę w funkcjonowaniu człowieka odgrywa zaspokajanie potrzeb zarówno w życiu zawodowym, jak i prywatnym. Praca stanowi bazę i podstawę funkcjonowania człowieka. Daje możliwości rozwoju pod wpływem innowacji technicznych i organizacyjnych. Dostarcza informacji związanej ze stopniem złożoności danej pracy, a także stopniem samodzielności i odpowiedzialności pracowników. Zagadnienie pracy, a zwłaszcza jej treść, jest czynnikiem, który motywuje do zachowań zgodnych z kulturą danej organizacji. Realizację ekonomicznych celów przedsiębiorstwa określa struktura pracy, którą wyznaczają produkowane wyroby, wykorzystywane technologie, a przede wszystkim zatrudnieni pracownicy. Praca to nie tylko forma zaspokajania potrzeb człowieka. Co najistotniejsze, stanowi ona sens jego bytu. Daje możliwość rozwoju zawodowego i ciągłego doskonalenia umiejętności. Pozwala na budowanie nowych relacji interpersonalnych.

Bibliografia

- Gableta M. (2003) *Człowiek i praca w zmieniającym się przedsiębiorstwie*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej im. Oskara Langego, Wrocław.
- Litwin J. (2007) Okresowe oceny pracownicze [w] *Zarządzanie zasobami ludzkimi* pod red. Wiesława Gołnaua, Wydawnictwo CeDeWu, Warszawa.
- Łukaszewski W. (2000) Motywacja w najważniejszych systemach teoretycznych [w] *Psychologia*. Podręcznik akademicki, tom 2 pod red. nauk. Jana Strelaua, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk.
- Morgan G. (2002) *Obszary organizacji*, Wydawnictwo PWN, Warszawa.
- Mortan L. (2003) *Praca i wynagrodzenie w przedsiębiorstwie. Zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Zarządzania i Finansów, Wrocław.
- Nowacki T.W. (2004) *Leksykon pedagogiki pracy*, Instytut Technologii Eksploatacji, Radom.
- Tischner J., Jedliński R. (2001) *Praca jako wartość*, Fundacja Opoka, Warszawa.
- Oleksy T. (2009) *Metody ocen i rozwoju zawodowego pracowników*, PWE, Warszawa.
- Pocztowski A. (2008) *Zarządzanie zasobami ludzkimi*, PWN, Warszawa.
- Słownik pedagogiki pracy*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wyd. PAN, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź.
- Szejniuk A., *Rola zasobów ludzkich w strategicznym zarządzaniu organizacją* Journal of Modern Science TOM 1/32/2017 s. 310.
- Szejniuk A., *Etyka menedżerska w zarządzaniu zasobami ludzkimi* Journal of Modern Science TOM 1/28/2016 s. 97.
- Szejniuk A., *Kapitał ludzki jako wyznacznik sukcesu organizacji* Journal of Modern Science TOM3/26/2015 s. 49.
- Szejniuk A., *Controlling personalny w procesie zarządzania zasobami ludzkimi* Journal of Modern Science TOM 2/25/2015 s. 36.
- Ściborek Z. (2010) *Zarządzanie zasobami ludzkimi*, Wydawnictwo Difin, Warszawa.
- Wilcz J. (2009) *Teoria pracy*, Oficyna Wydawnicza Impuls, Kraków
- Wiatrowski Z. (2007) Praca jako twórczość uniwersalna i jako problem XXI wieku [w] *Praca człowieka jako kategoria współczesnej pedagogiki* pod red. Waldemara Furmanka, Wyd. Oświatowe Fosze, Rzeszów–Warszawa.
- Wieczorkowska G. (2007) *Kierowanie motywacją, rola zachowań*, Instytut Studiów Społecznych UW, Warszawa.
- Zając S. (2014) Wpływ motywowania pracowników na jakość i efektywność pracy w przedsiębiorstwie [w] P. Lenik, *Współczesne dylematy zarządzania*, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Stanisława Pigońa, Krosno.

Małgorzata Szwejkowska

Wydział Prawa i Administracji
UWM w Olsztynie

**Wymogi związane z zapewnieniem bezpieczeństwa
osadzonych umieszczonych w zamkniętych zakładach
karnych – wybrane zagadnienia**

Legal requirements associated with ensuring
the safety of inmates confined in a maximum security
prison – selected issues

Streszczenie

Kara pozbawienia wolności jest bez wątpienia najsurowszą z kar kryminalnych – orzecaną na zasadzie *ultima ratio* – z uwagi na fakt, iż najdotkliwiej i najgłębiej ingeruje w sferę praw i wolności człowieka. Ingerencja ta jednak jest uzasadniona chociażby z uwagi na względy bezpieczeństwa osadzonych i funkcjonariuszy Służby Więziennej oraz innych pracowników zakładów karnych. W artykule poddano analizie rozwiązania prawne dotyczące bezpieczeństwa skazanych umieszczonych w zamkniętych zakładach karnych, w szczególności tych izolowanych w ramach wyodrębnionych oddziałów dla tzw. skazanych niebezpiecznych („N”). Wśród analizowanych kwestii należy wymienić wewnętrzny monitoring cel oraz innych pomieszczeń jednostki penitencjarnej, system klasyfikacji skazanych, rodzaje i typu zakładów karnych w świetle uregulowań kodeksu karnego wykonawczego oraz przesłanki umieszczania osadzonych w specjalnych oddziałach typu „N”.

Abstract

The penalty of imprisonment is the most severe legal sanction, and can be imposed by the court only as a last resort measure – because this penalty includes the most severe impact on the sphere of individual rights and freedoms. This articles discusses security issues within penal institutions, especially those with high security level standards and maximum security units for so-called dangerous inmates. These problems include internal monitoring within prisons facilities, classification of inmates, types and kinds of prisons in the Polish penitentiary system and the criteria of serving the sanction within the highest security level prison or a special maximum security unit.

Słowa kluczowe: *zakład karny, kara pozbawienia wolności, zakład karny typu zamkniętego, skazani niebezpieczni, oddziały dla skazanych niebezpiecznych*
Keyword: *prison, penalty of imprisonment, high security prison regime, dangerous inmates, maximum security units*

Wprowadzenie

Kara pozbawienia wolności jako najsurowsza sankcja prawna, orzekana przez sądy na zasadzie *ultima ratio*, oznacza najgłębszą ingerencję państwa w sferę praw i wolności człowieka. Pomimo wysiłków przedstawicieli nauki prawa karnego, postulujących ograniczenie w stosowaniu tej kary i poszukujących alternatywnych wobec niej sankcji¹, a także nowelizacji kodeksu karnego, kara pozbawienia wolności dominuje w strukturze orzekanych kar w Polsce. W ciągu ostatniej dekady liczba osób skazanych umieszczonych w Polsce w warunkach izolacji penitencjarnej nigdy nie spadła poniżej 70 000 – w 2006 r. na 31 grudnia odnotowano 87 370 skazanych, ukaranych oraz tymczasowo aresztowanych, zaś na koniec 2016 – 71 456 skazanych, tymczasowo aresztowanych i ukaranych². Tak znaczne rozmiary populacji więziennej sprawiają, iż Polska plasuje się w pierwszej dwudziestce państw świata pod względem liczby skazanych umieszczonych w warunkach izolacji penitencjarnej. Na tę populację składają się zasadniczo mężczyźni. Liczba skazanych kobiet w ciągu ostatnich dziesięciu lat – jakkolwiek istotnie się zwiększyła w porównaniu do lat ubiegłych – nie przekroczyła nigdy 3% ogólnej liczby skazanych³.

Duża liczba skazanych oznacza, jeżeli nie przeludnienie – w Polsce według oficjalnych statystyk aktualnie zjawisko to nie występuje⁴ – to

-
- 1 Por. np. J. Skupiński, *Alternatywy pozbawienia wolności w polskim systemie sprawiedliwości karnej – raport z badań prowadzonych przez Zakład Prawa Karnego INP PAN* w: „Problemy aktualnej polityki karnej w Polsce na tle przeludnienia zakładów karnych”, J. Jakubowska-Hara, C. Nowak (red), Wyd. Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 11 i nast.
 - 2 *Informacja o wykonywaniu kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania za rok 2006*, Wyd. Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej Warszawa 2006, tab. 3, s. 4, *online*: http://www.sw.gov.pl/uploads/5846c017_339c_48ea_bbe4_213cc0a80015_rok_2006.pdf oraz *Roczna Informacja Statystyczna za 2016 rok*, Warszawa 2016, Wyd. Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej, Tab. 3, s. 4, *online*: <http://www.sw.gov.pl/assets/61/25/83/3a896fbdafca12f637f7326ee8f6eb49b5c3e24f.pdf> (dostęp: 01.03.2017).
 - 3 R. Sadzuga, *Macierzyństwo czynnikiem wspomagającym resocjalizację kobiet w zakładach karnych* w: „Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie”, M. Szwejkowska, K. Ryś (red.), Wyd. WPIA UWM w Olsztynie, Olsztyn 2016, s. 205.
 - 4 Ze względu na przyjęcie najniższego w Europie standardu powierzchni mieszkaniowej przypadającej na jednego skazanego – minimum to zapewnienie 3 m² powierzchni mieszkalnej na jednego osadzonego (art.110. § 2. k.k.w.).

znaczące pogorszenie standardów osadzenia w jednostkach penitencjarnych, które w założeniu nie powinny odbiegać od poziomu życia przeciętnej, ubogiej polskiej rodziny⁵. To zaś implikuje wzrost ryzyka podejmowania przez osoby skazane zachowań agresywnych skierowanych wobec otoczenia, tj. współosadzonych oraz funkcjonariuszy SW, jak też autoagresywnych, w tym suicydalnych. Poza wszystkim zakład karny to instytucja totalna, w ramach której przymus ze strony państwa przejawia się w każdym aspekcie jej funkcjonowania. Jest to odrębna struktura, rządząca się określonymi, własnymi prawami i odizolowana od reszty społeczeństwa⁶. Ponadto wykształcają się w niej nieformalne struktury władzy. Wszystko to przekłada się także na zwiększanie trudności w zapewnieniu bezpieczeństwa tak na zewnątrz, jak i wewnątrz zakładu karnego. Problem agresji w ramach jednostek penitencjarnych, mimo podejmowania licznych środków zaradczych, pozostaje aktualny⁷. I nie jest to zjawisko symptomatyczne wyłącznie dla polskiego systemu penitencjarnego, analogiczne bowiem zagrożenia dla systemu bezpieczeństwa, wynikające ze znacznej liczby osadzonych przebywających w warunkach izolacji, dopuszczających się zachowań agresywnych są dyskutowane w literaturze także innych państw⁸. Zdecydowana większość systemów więziennych przewiduje także maksymalnie rygorystyczne obustrzenie reguł odbywania kary wobec tych osadzonych, którzy stwarzają szczególne wyzwania w zakresie bezpieczeństwa dla współosadzonych, funkcjonariuszy Służby Więziennej czy społeczeństwa. Jest to bezspornie *signum temporis*, współczesne prawo karne zdominowane jest bowiem przez paradygmat identyfikowania ryzyka i zapobiegania przestępstwom.

5 Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9 listopada 2012 r., I ACa 1022/12, Lex nr 1280306.

6 E. Goffman, *Charakterystyka instytucji totalnych* [w:] *Elementy teorii socjologicznych. Materiały do dziejów współczesnej socjologii zachodniej*, W. Derczyński, A. Jasińska-Kania, J. Szacki (red.), Warszawa 1975, s. 150–177 przywołane za T. Kalisz, A. Kwieciński, Bezpieczeństwo osobiste osadzonych w okresie izolacji penitencjarnej, *Acta Erasmiiana* 2010, s. 58.

7 M. Marczak *Oddziaływania psychokorekcyjne. Programy z zakresu profilaktyki agresji* [w:] „Resocjalizacyjne programy penitencjarne realizowane przez Służbę Więzienną w Polsce”, *Idem* (red.), Oficyna Wydawnicza „Impuls”, Kraków 2009, s. 117.

8 Por. np. A. Liebling, A. Ludlow, *Suicide, distress and the quality of prison life* [w:] “Handbook on prisons” Y.Jewkes, J.Bennett, B. Crewe (red), Wyd. Routledge London – New York 2016, s. 224 i nast. wraz ze wskazaną tam literaturą.

Celem niniejszego opracowania jest zasygnalizowanie najważniejszych kwestii związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa wewnątrz jednostki penitencjarnej, zarówno w kontekście zapobiegania ucieczkom⁹, jak i przeciwdziałania przejawom agresji, innym niebezpiecznym zachowaniom wśród osadzonych. Poza zakresem rozważań przedmiotowego opracowania pozostawiono zatem zagadnienia związane z zagrożeniami wewnętrznymi, takimi jak rozprzestrzenianie się chorób zakaźnych, czy zewnętrznymi dla jednostek penitencjarnych, których źródłem mogą być np. klęski żywiołowe lub zamachy terrorystyczne.

Obowiązki administracji więziennej w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa osadzonym - wybrane problemy

Zadania Służby Więziennej w przedmiotowym zakresie zostały *expressis verbis* wskazane przez ustawodawcę chociażby w treści art. 2. ust. 2. pkt 5. i 6. Ustawy z 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej¹⁰ w katalogu najbardziej rudymenarnych zadań przedmiotowej Służby. W tym miejscu przywołać ponadto należy dyspozycję art. 108. § 1. k.k.w., zgodnie z którą administracja zakładu karnego ma obowiązek podejmować wszelkie czynności w celu zapewnienia bezpieczeństwa osobistego osadzonych w czasie odbywania kary. Według linii orzeczniczej Sądu Najwyższego całość przepisów składających się na Kodeks karny wykonawczy wskazuje na obowiązek funkcjonariuszy Służby Więziennej do sprawowania stałego nadzoru nad osadzonymi, w taki sposób aby z jednej strony przeprowadzić nakazane prawem oddziaływania resocjalizacyjne podyktowane celem wykonywania kary pozbawienia wolności (art. 67. k.k.w.), zaś z drugiej, zapewnić im należyłą ochronę. Konkretnych zachowań mieszczących się w pojęciu nadzoru nie można przy tym postrzegać kazuistycznie.¹¹

9 Bez wątpienia ta kwestia skupia na sobie największą uwagę opinii publicznej, która do innych istotnych zagadnień penitencjarnych, w szczególności resocjalizacji skazanych, zdaje się nie przywiązywać większej wagi, stąd hasła populizmu penalnego, znajdujące się w programie wielu partii politycznych.

10 DzU z 2017 r., poz. 631., t.j.

11 Wyrok SN z 22.02.2012, IV CSK 290/11, Lex.

Zakładem karnym zarządza dyrektor (jest on przełożonym wszystkich funkcjonariuszy SW oraz pracowników jednostki, art. 72. § 1. k.k.w.), który ustala wewnętrzny porządek w zakładzie, zaś wyodrębnionym oddziałem może administrować jego kierownik, podlegający dyrektorowi zakładu. Zarówno przepisy Kodeksu karnego wykonawczego, jak i Ustawy o Służbie Więziennej gwarantują dyrektorom zakładów karnych istotną autonomię i znaczny zakres uprawnień dyrektorom jednostek penitencjarnych w zakresie zarządzania nimi. Wszelkie rażące uchybienia administracji zakładu karnego (w szczególności dyrektora zakładu karnego, który odpowiada m.in. za zachowanie względów bezpieczeństwa) mogą skutkować podjęciem przez sędziego penitencjarnego w ramach sprawowanego przezeń nadzoru penitencjarnego odpowiednich działań (np. wystąpienie do organów nadrzędnych nad dyrektorem jednostki z odpowiednimi wnioskami, art. 35. k.k.w.), co może prowadzić do podjęcia przez organy nadrzędne odpowiednich działań dyscyplinujących wobec dyrektorów zakładów karnych czy aresztów śledczych¹².

Jednym ze sposobów realizacji przez Służbę Więzienną analizowanych obowiązków jest prowadzenie monitoringu w jednostkach penitencjarnych. Stało się to możliwe po nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego w 2009 r. i dodaniu doń normy art. 73 a k.k.w.¹³. Ustawodawca dopuścił wówczas możliwość, aby zakłady karne były monitorowane poprzez wewnętrzny system urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk, w szczególności przez system telewizji przemysłowej (art. 73 a k.k.w.), obejmujący takie miejsca jak cele mieszkalne włącznie z pomieszczeniami przeznaczonymi do celów higieniczno-sanitarnych, łaźnie, pomieszczenia przeznaczone do widzeń, ciągi komunikacyjne itp. Dźwięk lub obraz może podlegać utrwaleniu (chodzi o względy dowodowe). Przedmiotowa zmiana pozwoliła na stałe kontrolowanie zachowań osób osadzonych, w tym ochronę ich życia i zdrowia. W ten sposób też, przenosząc zasady prowadzenia monitoringu

12 R. Godyla, *Dyrektor zakładu karnego jako organ postępowania wykonawczego* [w:] L. Bogunia (red.) Nowa kodyfikacja prawa karnego, tom IV, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1999, s. 261. Przywołane za K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wyd. III, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 363.

13 Zob. art. 1. pkt 1. Ustawy z 18 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy, DzU nr 115, poz. 963.

z przepisów wykonawczych¹⁴ do norm rangi ustawowej (a zatem Kodeksu karnego wykonawczego), ustawodawca dopełnił zasad wynikających z art. 31. Konstytucji RP¹⁵. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, iż prowadzenie monitoringu jest obligatoryjne wobec tzw. osadzonych niebezpiecznych (skazanych na postawie art. 88 c k.k.w., zaś tymczasowo aresztowanych z mocy art. 212b § 2. k.k.w.). Zakresem monitoringu w tym ostatnim przypadku objęte są: cele mieszkalne wraz z ich częścią przeznaczoną do celów higieniczno-sanitarnych, pomieszczenia wyznaczone do pracy, nauki, spacerów, widzeń, odprawiania nabożeństw, spotkań religijnych i nauki religii, zajęć kulturalno-oświatowych, z zakresu kultury fizycznej i sportu. W sytuacji gdy monitoring jest fakultatywny, decyzję w tym przedmiocie podejmuje dyrektor zakładu karnego, wskazując jej uzasadnienie (w kontekście potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa i porządku na terenie jednostki, bezpieczeństwa osobistego osadzonego lub względami medycznymi) oraz miejsca i pomieszczenia objęte monitoringiem (art. 73a § 8. k.k.w. w zw. z art. 116. § 5a k.k.w.). Decyzja podlega zaskarżeniu w trybie skargi skazanego (art. 7. k.k.w.) oraz kontroli w trybie nadzoru penitencjarnego sprawowanego przez sędziego penitencjarnego (art. 34. k.k.w.). W celu poszanowania konstytucyjnych praw i wolności osadzonych, zwłaszcza prawa do ochrony godności i intymności, wskazuje się, że obraz z kamer telewizji przemysłowej, zainstalowanych w części celi mieszkalnej przeznaczonej do celów sanitarno-higienicznych oraz w łazniach, jest przekazywany na monitory lub do urządzeń utrwalających obraz lub dźwięk w sposób uniemożliwiający ukazywanie intymnych części ciała osadzonych podlegających monitorin- gowi oraz wykonywanych przez nich intymnych czynności fizjologicznych. Cel ten jest osiąganym przez zastosowanie do monitoringu w tych pomiesz- czeniach specjalnych kamer wyposażonych w tzw. funkcję maskowania stref prywatności. Określenie tych stref pozwala na zdefiniowanie części obrazu, która jest dokładnie zamaskowana. Tym samym strefa prywatności nie jest

14 Do czasu wejścia w życie art. 73 a k.k.w. kwestie związane z monitorowaniem zakładów karnych i aresztów śledczych normowało Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 31 października 2003 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej (DzU nr 194, poz. 1902. ze zm.).

15 Uzasadnienie do nowelizacji z 2009 r. online: file:///C:/Users/UWM/Downloads/712_fileot.pdf (dostęp: 04.04.2017).

w ogóle widoczna na monitorze i tylko w takiej niewidocznej formie może podlegać utrwaleniu. Strefy prywatności były określane podczas montażu kamer i nie mogą być zmieniane podczas monitoringu¹⁶.

Klasyfikacja skazanych

W polskim systemie penitencjarnym obowiązującą zasadą jest konieczność zapewnienia przez Służbę Więzienną dyscypliny i porządku wewnątrz jednostek penitencjarnych, co służy bezpieczeństwu w zakresie realizacji kary pozbawienia wolności, w tym ochrony społeczeństwa przed przestępczością (art. 73. k.k.w.). Konkretyzacją przywołanego wymogu są chociażby przepisy dotyczące klasyfikacji, mające sprzyjać indywidualnemu postępowaniu ze skazanymi, zapobieganiu szkodliwym wpływom skazanych zdemoralizowanych oraz zapewnieniu im *bezpieczeństwa osobistego* (art. 82. § 1. k.k.w). We współczesnych systemach penitencjarnych, uwzględniających zasadniczo resocjalizację w procesie odbywania kary izolacyjnej, klasyfikacja skazanych spełnia bardzo ważny cel, ponieważ pozwala określić stopień ryzyka podejmowania przez osadzonego zachowań ryzykownych oraz dostarcza informacji umożliwiających nakreślenie kierunku indywidualnych oddziaływań wobec sprawcy. Klasyfikacja ma tym samym m.in. umożliwiać wytworzenie sytuacji, która ma zapobiegać szkodliwym wpływom na osadzonych, zapewnić bezpieczeństwo osobiste skazanego i współosadzonych, funkcjonariuszy Służby Więziennej oraz każdej innej osoby, która może znaleźć się na terenie jednostki (osoby odwiedzające skazanych, przedstawiciele organizacji społecznych, pracownicy organów wymiaru sprawiedliwości itp.), wybór właściwego systemu wykonywania kary, rodzaju i typu zakładu (klasyfikacja zewnętrzna, prawna) oraz rozmieszczeniu skazanych wewnątrz zakładu karnego (klasyfikacja wewnętrzna, pedagogiczna)¹⁷. Skazani

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ H. Jarosz, K. Kubacka, *Rodzaje zakładów karnych i ich przeznaczenie, systemy wykonywania kary oraz klasyfikacja skazanych*, online: <http://www publikacje.edu.pl/pdf/7735.pdf> (dostęp: 09.05.2017).

podlegają rozmieszczeniu w różnych rodzajach zakładów karnych, tj. dla młodocianych, dla recydywistów penitencjarnych, dla skazanych po raz pierwszy oraz dla odbywających karę aresztu wojskowego (art. 69. k.k.w.), a ponadto każdy z wymienionych rodzajów zakładów może być zorganizowany w jednym z trzech typów, tj. zamkniętym, półotwartym lub otwartym (art. 70. § 1. k.k.w.). Zakłady karne określonego typu różnią się stopniem zabezpieczenia, izolacji skazanych oraz związanymi z tym ich obowiązkami i uprawnieniami w zakresie poruszania się wewnątrz jednostki, jak i poza nią (art. 70. § 2. k.k.w.).

Ważnym uzupełnieniem procesu klasyfikacji – oprócz oznaczenia rodzaju i typu jednostki penitencjarnej – jest skierowanie skazanego do odpowiedniego systemu odbywania kary: zwykłego, programowanego lub terapeutycznego.

Klasyfikacji skazanych – zgodnie z art. 82. § 2. k.k.w. dokonuje się, mając na względzie w szczególności:

1. płeć;
2. wiek;
3. uprzednie odbywanie kary pozbawienia wolności;
4. umyślność lub nieumyślność czynu;
5. czas pozostałej do odbycia kary pozbawienia wolności;
6. stan zdrowia fizycznego i psychicznego, w tym stopień uzależnienia od alkoholu, środków odurzających lub psychotropowych;
7. stopień demoralizacji i zagrożenia społecznego;
8. rodzaj popełnionego przestępstwa.

Podstawowe zasady prowadzenia oddziaływań penitencjarnych wobec osadzonych normuje Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobów prowadzenia oddziaływań penitencjarnych w zakładach karnych i aresztach śledczych¹⁸. Decyzję w przedmiocie klasyfikacji, tj. umieszczenia sprawcy w jednostce penitencjarnej o odpowiednim typie i rodzaju oraz we właściwym systemie odbywania kary, podejmują zgodnie z art. 76. § 1. pkt 1. k.k.w. komisje penitencjarne,

18 DzU z 2013, poz. 1067., t.j.

działające w zakładach karnych. W procesie klasyfikacji ważną rolę odgrywają badania osobopoznawcze osadzonych (art. 82. § 3. k.k.w.).

Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie może jednak zapaść wcześniej, tj. już na etapie wyroku skazującego sprawcę, stosownie bowiem do treści art. 62. k.k. sąd meriti może wskazać typ i rodzaj zakładu karnego, do którego powinna zostać skierowana osoba skazana. Zmiany w ten sposób ukształtowanej decyzji w przedmiocie klasyfikacji może dokonać wyłącznie sąd penitencjarny (art. 74. § 1. k.k.w.¹⁹). Jednakże jeżeli po wydaniu postanowienia przez sąd penitencjarny zajdą nowe okoliczności uzasadniające zmianę rodzaju i typu zakładu karnego lub systemu terapeutycznego, decyzję w tym przedmiocie może podjąć komisja penitencjarna (art. 74. § 2. k.k.w.).

Proces klasyfikacji rozpoczyna się wówczas, gdy skazany wezwany do odbycia kary pozbawienia wolności stawia się – lub zostaje doprowadzony (jeżeli się uchylił od stawienia) – w areszcie śledczym położonym jak najbliżej miejsca jego stałego pobytu. Stamtąd zaś po wydaniu decyzji przez komisję penitencjarną przenoszony jest do właściwego zakładu karnego. Przy przyjęciu skazanego do zakładu karnego informuje się go o możliwości wystąpienia w czasie odbywania kary pozbawienia wolności zagrożeń dla jego bezpieczeństwa osobistego oraz zetknięcia się z przejawami negatywnych zachowań charakterystycznych dla środowisk przestępczych, a także o potrzebie powiadamiania przełożonych o zagrożeniach bezpieczeństwa osobistego swojego i innych skazanych²⁰. Nie oznacza to jednak, że skazany do końca odbywania kary lub do czasu uzyskania warunkowego przedterminowego zwolnienia będzie przebywał w jednostce penitencjarnej wskazanej w pierwszej decyzji o jego klasyfikacji. Możliwa jest bowiem zmiana miejsca odbywania kary podyktowana np. względami związanymi z jego bezpieczeństwem lub koniecznością zapewnienia porządku i bezpieczeństwa w zakładzie (art. 100. § 1. odpowiednio pkt 6. i 7. k.k.w.).

19 Zgodnie z tym przepisem jednak, w wypadku ucieczki skazanego z zakładu karnego typu półotwartego albo otwartego lub niezgłoszenia się do takiego zakładu po jego opuszczeniu na podstawie stosownego zezwolenia, decyzję o skierowaniu skazanego do danego rodzaju i typu zakładu karnego podejmuje komisja penitencjarna.

20 § 2. Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności, DzU poz. 2231.

Zakłady karne typu zamkniętego

Najsurowszy reżim odbywania kary charakteryzują w Polsce zakłady karne typu zamkniętego. W zakładzie karnym typu zamkniętego osadza się: skazanego za przestępstwo popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnianie przestępstw, chyba że szczególne okoliczności przemawiają przeciwko takiemu osadzeniu, co nie dotyczy skazanych uznanych za stwarzających poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu; skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo na karę 25 lat pozbawienia wolności; skazanego z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, w tym skazanego za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, a popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, lub upośledzonego umysłowo; skazanego stwarzającego poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu; a ponadto skazanego objętego ochroną na mocy art. 88d k.k.w. albo Ustawy z 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (art. 88. § 3. k.k.w.). Ponadto w przedmiotowym zakładzie mogą przebywać – ze względu na zagrożenie społeczne albo zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu: skazani za przestępstwo nieumyślne, odbywający zastępczą karę pozbawienia wolności, osoby odbywające karę aresztu oraz skazane kobiety, a także inni skazani, których właściwości i warunki osobiste, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, zachowanie po dokonaniu przestępstwa, negatywna ocena postawy i zachowania w areszcie śledczym, względy bezpieczeństwa zakładu albo inne szczególne okoliczności wskazują, że należy wobec nich wykonywać karę w warunkach zwiększonej izolacji i zabezpieczenia; Ponadto w tym typie jednostki można umieścić skazanego, który podczas pobytu w areszcie śledczym lub zakładzie karnym naruszył w poważnym stopniu dyscyplinę i porządek; skazanego przebywającego dotychczas w zakładzie karnym typu otwartego lub półotwartego, jeżeli negatywna ocena jego postawy i zachowania, a także względy bezpieczeństwa zakładu wskazują, że należy wobec niego wykonywać karę w warunkach zwiększonej izolacji i zabezpieczenia; a także skazanego, który popełnił przestępstwo o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, jeżeli jego

postawa i zachowanie przemawiają za przebywaniem w zakładzie karnym typu zamkniętego (art. 88. § 6. k.k.w.).

Warunki odbywania kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym typu zamkniętego normuje zasadniczo art. 90. k.k.w. Cechą najbardziej charakterystyczną dla tego reżimu jest to, iż skazani przebywają niemalże całą dobę w zamkniętych celach mieszkalnych. Osadzeni w porze dziennej poza celą znajdują się wyłącznie wówczas gdy korzystają z prawa do spaceru, uczestniczą w zajęciach psychokorekcyjnych, kulturalnych czy sportowych, biorą udział w nauczaniu lub wykonują pracę itp. Jeśli jednak względy bezpieczeństwa nie stoją na przeszkodzie, cele mogą być otwarte przez określony czas w ciągu dnia (decyzję co do otwarcia podejmuje dyrektor, ustalając porządek wewnętrzny zakładu Skazani powinni być zatrudnieni na terenie zakładu, poza terenem mogą być zatrudnieni jedynie w pełnym systemie konwojowania (nie dotyczy to tzw. skazanych niebezpiecznych oraz odbywających karę dożywotniego pozbawienia wolności, którzy mogą wykonywać pracę wyłącznie na terenie zakładu). Zajęcie kulturalno-oświatowe, sportowe i nauczanie odbywa się na terenie zakładu. Skazani mogą korzystać z własnej bielizny i obuwia, ale korzystanie z własnej odzieży wymaga zezwolenia dyrektora. Poruszanie się skazanych po terenie zakładu odbywa się w sposób zorganizowany i pod dozorem. Skazanym osadzonym w tego typu zakładzie nie udziela się przepustek, a udzielanie nagród związanych z opuszczeniem zakładu ograniczone jest szczególnymi przepisami. Skazany może korzystać z dwóch widzeń w miesiącu (pod dozorem funkcjonariusza Służby Więziennej, który prowadzi również kontrolę rozmów). Kontrolowane są również rozmowy telefoniczne, a korespondencja skazanych podlega cenzurze (z pewnymi wyjątkami).

W świetle dostępnych danych statystycznych blisko połowa skazanych odbywa karę w zakładzie karnym typu zamkniętego (zobacz tabela poniżej)

Tabela. Liczba skazanych i ukaranych przebywających w zakładach karnych typu zamkniętego w latach 2006–2016²¹

Data	Liczba skazanych i ukaranych ogółem (w tys.)	Liczba skazanych i ukaranych osadzonych w zakładach typu zamkniętego	%
31.12.2006	73 180	37 859	51,1
31.12.2007	76 671	38 283	50
31.12.2008	76 007	37 013	48,7
30.11.2009	75 723	36 766	48,6
31.12.2010	73 830	35 655	48,3
31.12.2011	74 018	36 085	48,8
31.12.2012	76 811	36 532	47,6
31.12.2013	77 117	33 178	43
31.12.2014	72 300	32 290	44,7
31.12.2015	69,675	31,280	44,9
31.12.2016	66,539	30,450	45,8
Średnio	73,806	35,035	47,5

Na podstawie powyższego można odnotować pewne fluktuacje odnośnie do liczby skazanych i ukaranych utrzymywanych w zakładach karnych typu zamkniętego (najniższy procent odnotowano w 2013 r. – 43%, najwyższy w 2006 r. – 51,1%). Pomimo tych różnic, odzwierciedlających łagodzenie i zaostrzenie kursu polityki penitencjarnej i ogólnie karnej, charakterystyczna jest tendencja do utrzymywania mniej więcej 45–50% populacji skazanych w tym zaostrzonym rygorze odbywania kary. Pozostaje to zaś w ewidentnej sprzeczności z cytowanymi już powyżej – bardzo precyzyjnymi oprócz kategorii „skazanego stwarzającego poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu” – przesłankami kwalifikowania skazanych do zakładów karnych typu zamkniętego. Analizując tę kwestię na przykładzie danych pochodzących z Centralnego Zarządu Służby

21 Tabela opracowana na podstawie informacji udostępnianych online na portalu Służby Więziennej www.sw.gov.pl

Więziennej, to skazanych za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu przebywało na dzień 31.12.2016 w zakładach karnych ogółem 8139 (w tym skazani z art. 148. k.k. – 5131), z których jednak nie wszystkim wymierzono karę dożywotniego pozbawienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności, skazani za udział w zorganizowanej grupie i związku to 667 osób, skazani za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności – 3000, wśród których ok. 10% stanowili sprawcy z rozpoznaniem zaburzeniem preferencji seksualnych²². Już te tylko częściowe informacje pozwalają stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że głównym kryterium kierowania skazanych do zakładów karnych typu zamkniętego są właśnie te najbardziej ocenne przesłanki kwalifikacji skazanych do tego typu zakładów.

Tak zwani skazani niebezpieczni

Reżim zakładu zamkniętego może zostać jeszcze bardziej zaostrzony, w ramach zakładów zamkniętych mogą być bowiem wyodrębnione specjalne oddziały mieszkalne przeznaczone do umieszczania w nich skazanych stwarzających poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu – art. 88 a k.k.w. Jednakże zgodnie z dyspozycją art. 88a § 3. k.k.w. w zw. z § 93. Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17 października 2016 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej osadzonego niebezpiecznego, który przebywa w oddziale szpitalnym, ośrodku diagnostycznym lub odbywającego karę w systemie terapeutycznym, można umieścić w celi usytuowanej w oddziale nieprzeznaczonym dla osadzonych niebezpiecznych. Polski ustawodawca tym samym nie zdecydował się na stworzenie odrębnego typu jednostki penitencjarnej przeznaczonej wyłącznie do osadzania skazanych uznanych za szczególnie niebezpiecznych, w maksymalnym stopniu zabezpieczonych i izolowanych od zewnętrznych i wewnętrznych wpływów, lecz postanowił o rozlokowaniu tychże w ramach wybranych jednostek penitencjarnych (zakładów karnych i aresztów śledczych).

22 Zobacz tab. 14., s. 11 *Rocznej Informacji Statystycznej za 2016 rok, op.cit.*

Genezy rozwiązania o stworzeniu oddziałów dla skazanych stwarzających szczególne zagrożenia upatruje się w znaczącym wzroście w Polsce w latach 90. ub.w. tzw. przestępczości zorganizowanej, a zatem w poszukiwaniu jak najbardziej skutecznych metod jej zwalczania. W literaturze przedmiotu określa się tę kategorię osadzonych jako niebezpiecznych (tzw. więźniowie „N”), zaś miejsce ich odosobnienia (wyodrębniony oddział) uzyskał miano oddziałów N, a zatem swoistego „więzienia w więzieniu”²³. Termin „osadzony niebezpieczny” nie jest jednak wyłącznie terminem prawniczym, ale ma także charakter terminu prawnego, występuje bowiem w treści Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17 października 2016 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej²⁴. W § 2. pkt 18. osadzonego niebezpiecznego definiuje się jako osadzonego zakwalifikowanego do kategorii stwarzających poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu. W myśl przepisu art. 88 a § 1. k.k.w. za osadzonego niebezpiecznego można uznać skazanego, który popełnił przestępstwo o bardzo wysokim stopniu społecznej szkodliwości, w szczególności:

1. przestępstwo:
 - a. zamachu na: niepodległość lub integralność Rzeczypospolitej Polskiej; konstytucyjny ustrój państwa lub konstytucyjne organy Rzeczypospolitej Polskiej; życie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej; jednostkę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,
 - b. ze szczególnym okrucieństwem,
 - c. wzięcia lub przetrzymania zakładnika albo w związku z wzięciem zakładnika,
 - d. uprowadzenia statku wodnego lub powietrznego,
 - e. z użyciem broni palnej, materiałów wybuchowych albo łatwopalnych;

23 P. Grzeško, *Sprawca niebezpieczny w izolacji penitencjarnej* w: Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie, M. Szwejkowska, K. Ryś (red), wyd. WPiA UWM w Olsztynie, Olsztyn 2016, s. 179 i nast.; Z. Lasocik, *Funkcjonowanie oddziałów dla tzw. „więźniów niebezpiecznych” w Polsce*, Archiwum Kryminologii z 2009 r., t. XXXI, s. 302 i nast.

24 DzU z 2016 r., poz. 1804.

2. podczas uprzedniego lub obecnego pozbawienia wolności skazany stwarzał zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu karnego lub aresztu śledczego w ten sposób, że:
 - a. był organizatorem lub aktywnym uczestnikiem zbiorowego wystąpienia w jednostce,
 - b. dopuścił się czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego lub inną osobę zatrudnioną w jednostce,
 - c. był sprawcą zgwałcenia, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo znęcał się nad współosadzonym,
 - d. uwolnił się lub usiłował uwolnić się z zakładu karnego typu zamkniętego lub aresztu śledczego albo podczas konwojowania poza terenem takiego zakładu lub aresztu;
3. dopuścił się przestępstwa w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnianie przestępstw, zwłaszcza z uwagi na jego kierowniczą lub znaczącą rolę w grupie lub związku.

Przy podjęciu i każdorazowej weryfikacji decyzji o uznaniu skazanego za stwarzającego poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu komisja penitencjarna, na podstawie art. 88a § 2. k.k.w. uwzględnia:

1. właściwości i warunki osobiste skazanego;
2. motywację i sposób zachowania się przy popełnieniu przestępstwa oraz rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa;
3. sposób zachowania się w trakcie pobytu w zakładzie karnym;
4. stopień demoralizacji lub postępy w resocjalizacji;
5. w wypadku skazanego za przestępstwo popełnione w zorganizowanej grupie albo związku – zagrożenie dla porządku prawnego, które może wyniknąć z nawiązania przez skazanego bezprawnych kontaktów z innymi członkami grupy, w tym zwłaszcza zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego lub dla czynności mających na celu ujawnienie mienia stanowiącego korzyść z popełnienia przestępstwa, oraz fakt, że inni członkowie grupy lub związku przebywają na wolności.

Aktualnie oddziały „N” albo wydzielone cele dla tymczasowo aresztowanych lub skazanych o kategorii „N” znajdują się w zakładach karnych i aresztach śledczych dość równomiernie rozlokowanych w całym kraju (ZK Barczewo, AŚ Białystok (zawieszono funkcjonowanie oddziału N), AŚ Bydgoszcz, AŚ Bytom, ZK Czarne, AŚ Sztum, AŚ Gdańsk, ZK Goleniów, ZK Grudziądz (wyłącznie kobiety), AŚ Katowice (zawieszono funkcjonowanie oddziału N), AŚ Kielce, AŚ Kraków, AŚ Lublin, AŚ Łódź, ZK nr 2 Łódź, AŚ Piotrków Trybunalski, ZK Płock, ZK Potulice, AŚ Poznań, ZK Racibórz, AŚ Radom, ZK Rawicz, ZK Rzeszów, ZK Siedlce, ZK nr 2 Strzelce Opolskie, AŚ Szczecin (zawieszono funkcjonowanie oddziału), AŚ Warszawa-Mokotów, ZK Włocławek, ZK Wojkowiec, ZK Wołów, AŚ Wrocław, ZK nr 1 Wrocław, ZK Wronki)²⁵.

Według danych na 1 czerwca 2017 r. istniało 15 oddziałów „N” (ZK Barczewo, AŚ Białystok, AŚ Gdańsk, ZK Goleniów, AŚ Katowice, AŚ Lublin, AŚ Piotrków Trybunalski, AŚ Poznań, ZK Racibórz, AŚ Radom, ZK Rzeszów, AŚ Szczecin, ZK Włocławek, ZK Wołów), jednakże funkcjonowanie czterech zawieszono²⁶. Decyzja o zawieszeniu ich działania miała związek ze stale zmniejszającą się liczbą osadzonych niebezpiecznych. Na 30.11.2016 r. na oddziałach tych przebywało bowiem łącznie 122 osadzonych²⁷, zaś na koniec lutego 2017 r. już tylko 113 osób²⁸.

25 *Przeznaczenie zakładów karnych i aresztów śledczych. Stan na dzień 1 czerwca 2017 r.*, online: file:///C:/Users/UWM/Downloads/Przeznaczenie%20zak%C5%82ad%C3%B3w%20karnych%20i%20areszt%C3%B3w%20%C5%9Bledczych.pdf (dostęp 25.05.2017).

26 *Ibidem*

27 Statystyka opracowana przez SW na listopad 2016 r., online: <http://www.sw.gov.pl/assets/89/94/76/5596db9dda0aa5ddb87e51fe3ba67d67ae14fd70.pdf> (data dostępu: 4.05.2017).

28 Statystyka opracowana przez SW na luty 2017 r., online: <http://www.sw.gov.pl/assets/63/29/05/3846f59d6806badbc2c3ba20f4c90d62fe7bf73b.pdf> (data dostępu: 4.05.2017).

Rysunek. Lokalizacja w Polsce tzw. oddziałów „N” (stan na 01.06.2017)²⁹



Podsumowanie

Niewątpliwe połączenie z jednej strony wszystkich wymogów i regulacji związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego zakładów karnych, z drugiej zaś taka organizacja jednostek penitencjarnych i wykonywania izolacji, aby była szanowana godność ludzka osób skazanych i możliwy był ich rozwój osobisty, stanowi istotne wyzwanie dla większości współczesnych systemów więziennych. Najistotniejszym zagadnieniem jest wypracowanie jak najmniej ocennych kryteriów umieszczania i utrzymywania osadzonych w warunkach najsurowszego reżimu bezpieczeństwa i kontroli ograniczających w najbardziej drastyczny sposób prawa i wolności osób osadzonych.

²⁹ Opracowanie własne na podstawie *Przeznaczenie zakładów karnych*, *op.cit.*

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, DzU 2017, poz. 665., t.j.,
Ustawa z 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej, DzU z 2017 r., poz. 631., t.j.,
Ustawa z 18 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy, DzU nr 115,
poz. 963.,
Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności, DzU z 2016 r. poz. 2231.,
Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17 października 2016 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej, DzU z 2016 r., poz. 1804.

Bibliografia

- Godyla R., *Dyrektor zakładu karnego jako organ postępowania wykonawczego* w: L. Bogunia (red.) Nowa kodyfikacja prawa karnego, tom IV, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1999.
- Goffman E., *Charakterystyka instytucji totalnych* [w:] *Elementy teorii socjologicznych. Materiały do dziejów współczesnej socjologii zachodniej*, W. Derczyński, A. Jasińska-Kania, J. Szacki (red.), Państw. Wydaw. Naukowe, Warszawa 1975.
- Grzeško P., *Sprawca niebezpieczny w izolacji penitencjarnej* w: *Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie*, M. Szwejkowska, K. Ryś (red), wyd. WPiA UWM w Olsztynie, Olsztyn 2016,
- Informacja o wykonywaniu kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania za rok 2006*, Wyd. Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej Warszawa 2006, *online*: http://www.sw.gov.pl/uploads/5846c017_339c_48ea_bbe4_213cc0a80015_rok_2006.pdf,
- Jarosz H., Kubacka K., *Rodzaje zakładów karnych i ich przeznaczenie, systemy wykonywania kary oraz klasyfikacja skazanych*, *online*: <http://www publikacje.edu.pl/pdf/7735.pdf> (dostęp: 09.05.2017).
- Kalisz T., Kwieciński A., *Bezpieczeństwo osobiste osadzonych w okresie izolacji penitencjarnej*, *Acta Erasiana* 2010.
- Lasocik Z., *Funkcjonowanie oddziałów dla tzw. „więźniów niebezpiecznych” w Polsce*, *Archiwum Kryminologii* z 2009 r., t. XXXI.

- Liebling A., Ludlow A., *Suicide, distress and the quality of prison life* [w:] “Handbook on prisons” Y.Jewkes, J.Bennett, B. Crewe (red), wyd. Routledge London – New York 2016,
- Marczak M. *Oddziaływania psychokorekcyjne. Programy z zakresu profilaktyki agresji* w: „Resocjalizacyjne programy penitencjarne realizowane przez Służbę Więzienną w Polsce”, *Idem* (red.), Oficyna Wydawnicza „Impuls”, Kraków 2009.
- Postulski K, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wyd III, Wolters Kluwer, Warszawa 2015
- Roczna Informacja Statystyczna za 2016 rok*, Warszawa 2016, Wyd. Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej, *online*: <http://www.sw.gov.pl/assets/61/25/83/3a896fbdafca12f637f7326ee8f6eb49b5c3e24f.pdf>,
- Sadżuga R., *Macierzyństwo czynnikiem wspomagającym resocjalizację kobiet w zakładach karnych* w: „Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie”, M. Szwejkowska, K. Ryś (red.), Wyd. WPiA UWM w Olsztynie, Olsztyn 2016.
- Skupiński J., *Alternatywy pozbawienia wolności w polskim systemie sprawiedliwości karnej – raport z badań prowadzonych przez Zakład Prawa Karnego INP PAN w: „Problemy aktualnej polityki karnej w Polsce na tle przeludnienia zakładów karnych”*, J. Jakubowska-Hara, C. Nowak (red), Wyd. Naukowe Scholar, Warszawa 2010.

dr hab. Elżbieta Zębek prof. UWM

Department of International Public Law, The Faculty of Law and Administration, University of Warmia
and Mazury in Olsztyn, Poland

**Bezpieczeństwo ekologiczne jako podstawowa potrzeba
społeczeństwa wobec współczesnych zagrożeń
środowiska**

Ecological safety as a basic necessity of society against
present threats of environment

STRESZCZENIE

Przedmiot badań: W artykule przedstawiono aspekty bezpieczeństwa ekologicznego w odniesieniu do podstawowych zasobów środowiska, takich jak wody, powietrze i gleby. Bezpieczeństwo ekologiczne jest bardzo ważnym elementem funkcjonowania społeczeństwa i zgodnie z prawem powinno być zagwarantowane przez władze państwowe, jednakże obecnie zasoby środowiska są zagrożone w związku z działalnością człowieka. Dlatego zabezpieczenie zasobów środowiska o odpowiedniej ilości i jakości powinno być przedmiotem szczególnej ochrony prawnej zarówno na poziomie międzynarodowym, jak i krajowym.

Cel badań: wskazanie i analiza zagrożeń oraz regulacji prawnych w zakresie ochrony zasobów środowiska, takich jak wody, powietrze i gleby, jako warunek zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego.

Metody: Artykuł został opracowany na podstawie literatury przedmiotu oraz międzynarodowych i krajowych regulacji prawnych w zakresie ochrony wód, powietrza i gleb.

ABSTRACT

Subject of research: In this article is showed the ecological society aspects in regard to basic environmental resources such as waters, air and soils. The ecological safety is very important element in the functioning of society and according to the law it should be assured by authority in the country. Moreover, presently, these supplies are threatened with human activity. Therefore, in order to assure environmental supplies in suitable quantity and quality governments should subject them to special legal protection on both international and national level.

Purpose of research: The reading and analysis of threats and legal regulations of the environmental resource protection such as waters, air and soils as an ecological safety condition.

Methods: This article was prepared on the basis of subject literature and international and national legal regulations in the range of water, air and soil protection.

Słowa kluczowe: *bezpieczeństwo ekologiczne, zasoby środowiska naturalnego, międzynarodowe i krajowe regulacje prawne*

Keywords: *ecological safety, environmental resources, international and national legal regulations*

Wstęp

Bezpieczeństwo ekologiczne jest podstawową potrzebą społeczeństwa, polega bowiem na zapewnieniu mu zasobów środowiska o odpowiedniej ilości i jakości. W literaturze przedmiotu istnieje wiele definicji bezpieczeństwa ekologicznego. Według J. Ciechanowicz-McLean jest ono zabezpieczeniem przez każde państwo życia i zdrowia swoich obywateli, a także swoich zasobów naturalnych przed szkodami oraz zagrożeniami, których źródłem jest zanieczyszczenie środowiska. Bezpieczeństwo ekologiczne dotyczy zagrożeń dla zrównoważonego rozwoju, zachowania środowiska naturalnego człowieka na poziomie koniecznym do przetrwania i rozwoju ludzkości. Dlatego kluczowym zadaniem jest zapewnienie żywności, wody i energii oraz przeciwdziałanie zakłóceniom w ekosystemie (Ciechanowicz-McLean, 2009, s. 15). D. Pyć bezpieczeństwo ekologiczne określa jako zabezpieczenie odpowiednich zasobów dyspozycyjnych wody, zachowanie rolniczych terenów uprawnych, niezmnijanie się zasobów leśnych oraz zwiększanie powierzchni obszarów chronionych (Pyć, 2006, s. 63). Zdaniem Z. Hulla bezpieczeństwo ekologiczne jest stanem środowiska przyrodniczego, gdy nie istnieją zagrożenia naruszające równowagę ekosystemów i biosfery (Hull, 2008, s. 28). Kolejni autorzy szerzej definiują to pojęcie i wskazują zależność pomiędzy koncepcją bezpieczeństwa ekologicznego a stosunkami międzynarodowymi. M. Pietras bezpieczeństwo ekologiczne określa jako stan stosunków społecznych, w tym treści form i sposobów organizacji stosunków międzynarodowych, który nie tylko ogranicza i eliminuje zagrożenia ekologiczne, lecz także promuje

pozytywne działania, umożliwiające realizację wartości istotnych dla istnienia i rozwoju narodów i państw (Pietraś, 2000, s. 85). Z kolei zdaniem H. Lisickiej bezpieczeństwo ekologiczne tworzą trzy czynniki: (1) bezpośrednio, negatywne oddziaływanie zmian ekologicznych na zdrowie i życie ludzi; (2) spory, a nawet konflikty pomiędzy państwami w wyniku internacjonalizacji zagrożeń ekologicznych czy rywalizacji o dostęp do zasobów naturalnych; (3) bezpośrednia, pozytywna współpraca, tworząca nowe obszary międzyrządowych i transnarodowych interakcji, więzi pomiędzy państwami i narodami, w konsekwencji prowadząca do stabilizacji (Lisicka, 2000, s. 34). Niemniej jednak wyżej przywołane definicje związane są z zapewnieniem, zabezpieczeniem i ochroną podstawowych zasobów środowiska, tj. wody, powietrza i gleby, albo stanem, gdy te zasoby nie są zagrożone, a także nawiązują do stosunków międzynarodowych.

Bezpieczeństwo publiczne, w tym ekologiczne, jest wartością konstytucyjną i powinno być zapewnione przez władze w danym kraju. W Polsce potrzebę ochrony zasobów środowiska i zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego swoim obywatelom uwzględniono już w akcie podstawowym, jakim jest Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483, ze zm.). Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju (art. 5.). Zadanie to powierzono władzom publicznym w art. 74. o następującym brzmieniu: *władze publiczne prowadzą politykę zapewniającą bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom*. W ten sposób zobligowano władze do konkretnych działań w zakresie ochrony zasobów środowiska w celu zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego (Bar i inni, 2012, s. 213–216), czyli polityki zapewniającej bezpieczeństwo ekologiczne nie tylko współczesnemu, ale również przyszłym pokoleniom (Paczuski, 1999, s. 234–235). Przepis art. 74. ust. 1. Konstytucji nakazuje bowiem władzom publicznym prowadzić politykę zapewniającą bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom, a art. 74. ust. 2. – ochronę środowiska wprost czyni obowiązkiem tych władz (Banaszak, 2012, s. 438). Nałożenie na państwo obowiązków w zakresie ochrony środowiska wiąże się z jednym z podstawowych zadań

współczesnego państwa, jakim jest właśnie ochrona środowiska. Ochrona środowiska jest bowiem jedną z form zagwarantowania bezpieczeństwa ekologicznego. Obowiązek ochrony środowiska obejmuje wszystkie sfery działań władz publicznych (Rakoczy, 2006, s. 245). Zadania środowiskowe podejmowane przez organy administracji publicznej, zarówno rządowej, jak i samorządowej, mają zróżnicowany charakter. W celu sprawniejszego ich systematyzowania w doktrynie proponuje się ujęcie obowiązków państwa w kilku płaszczyznach. Zadania administracji publicznej w zakresie ochrony środowiska można podzielić na cztery zasadnicze grupy: (1) zadania o charakterze organizatorskim, (2) zadania o charakterze bezpośrednio-wykonawczym, (3) zadania o charakterze zobowiązująco-reglamentacyjnym oraz (4) zadania o charakterze kontrolno-nadzorczym (Górski, 1998, s. 15 i nast.). Jak wynika z powyższego, państwo jest podstawową strukturą odpowiedzialną za ochronę środowiska, będąc jednocześnie ograniczone w działaniu do obszarów swojego terytorium. Z tego względu w zakresie zagadnień środowiskowych istotne znaczenie mają rozwiązania międzynarodowe (Bukowski, 2005, s. 17–18).

Zagrożeniem bezpieczeństwa ekologicznego są współczesne zagrożenia zasobów środowiska wskutek bytowania i działalności człowieka, związanej ze wzrostem uprzemysłowienia, intensyfikacji rolnictwa itp. Dotyczy to przede wszystkim zanieczyszczenia wód, powietrza oraz gleby, a tym samym żywności. Dlatego w celu zapewnienia zasobów środowiska o odpowiedniej ilości i jakości powinny być one poddane szczególnej ochronie prawnej zarówno na poziomie międzynarodowym, unijnym, jak i krajowym. W Polsce cele bezpieczeństwa ekologicznego zostały określone w Polityce ekologicznej państwa i aktach prawnych w zakresie ochrony środowiska. Celem niniejszego artykułu jest wskazanie współczesnych zagrożeń zasobów środowiska, tj. wody, powietrza i gleby, a także międzynarodowych, unijnych i krajowych regulacji prawnych w zakresie ochrony tych zasobów jako warunku zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego. Przedmiotem analizy jest literatura, akty prawne na poziomie międzynarodowym, UE i Polski oraz Polityka ekologiczna państwa w latach 2009–2012 z perspektywą do roku 2016.

Zagrożenia zasobów środowiska

Rozwój cywilizacyjny i gospodarczy w znacznym stopniu przyczynia się do zagrożeń zasobów środowiska, tj. wody, powietrza i gleby. W wyniku bytowania i działalności człowieka do powietrza emitowane są pyły i gazy, odprowadzane są ścieki do wód lub gleby oraz wytwarzane odpady, które przyczyniają się do znacznego ich zanieczyszczenia. Głównym źródłem zanieczyszczenia wód są ścieki komunalne, opadowe, przemysłowe oraz ścieki pochodzenia rolniczego (Skrzypski, 1997, s. 32–33). Ścieki bytowe i pochodzenia rolniczego są źródłem fosforu i azotu, które przyczyniają się do zjawiska eutrofizacji wód¹, gdzie ostatecznym skutkiem jest dyskwalifikacja wód i ich całkowita nieprzydatność do celów użytkowych (zob. U. Szymańska, E. Zębek, *Ochrona środowiska naturalnego jako interdyscyplinarna dziedzina wiedzy*, Olsztyn 2014, s. 44–46). Ścieki opadowe, które powstają w wyniku spływów deszczowych i topnienia śniegu, zawierają z kolei wiele substancji szkodliwych, jak: sól stosowana do odmrażania dróg, śmieci uliczne, odpady zwierzęce, metale, np. kadm, ołów; azbest z hamulców samochodowych, guma z opon, węglowodory ze skroplin wydechowych pojazdów mechanicznych, oleje, smary i inne substancje chemiczne (Zakrzewski, 1995, s. 145). Źródłem toksycznych substancji są także wody odciekowe ze składowisk odpadów oraz ścieki przemysłowe, które mogą zawierać metale ciężkie i substancje silnie toksyczne, np. rtęć (Pyłka-Gutowska, 2004, s. 123).

Z kolei głównymi źródłami zanieczyszczeń powietrza są obiekty przemysłowe, transport i komunikacja oraz spalanie odpadów, które emitują tlenki węgla (CO, CO₂), dwutlenek siarki (SO₂), tlenki azotu (NO_x), mieszaniny węglowodorów (HC) oraz pyły. Rezultatem tego są tzw. kwaśne deszcze, które powodują szkody gospodarcze, straty w produkcji rolnej oraz degradację gleb. Zanieczyszczenia powietrza mają charakter globalny, co wynika z ciągłego ruchu jego mas, umożliwiającego rozprzestrzenianie

1 Eutrofizacja to wzbogacanie wody biogenami, w szczególności związkami azotu lub fosforu, powodującymi przyspieszony wzrost glonów oraz wyższych form życia roślinnego, w wyniku którego następują niepożądane zakłócenia biologicznych stosunków w środowisku wodnym oraz pogorszenie jakości tych wód (art. 9. pkt 4. ustawy z 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne, tj. DzU z 2015 r., poz. 469. ze zm.).

się zanieczyszczeń na duże obszary. Ponadto do atmosfery emitowane są związki silnie toksyczne, tj. beryl, rtęć, chlorek winylu, azbest, benzen, pierwiastki radioaktywne i związki arsenu, dioksyny i furany, które negatywnie oddziałują nie tylko na zasoby środowiska naturalnego, ale także na ludzi, np. są rakotwórcze (Muszyńska-Kurnik, 2003, s. 12–14).

Podstawowymi źródłami zanieczyszczenia gleby są zaś przemysł, energetyka, motoryzacja, rolnictwo, a także niewłaściwa gospodarka odpadami, zwłaszcza niebezpiecznymi. Szczególnie niebezpieczne są metale ciężkie, tj. cynk, kadm, ołów, miedź, nikiel, i substancje silnie toksyczne pochodzące ze spalania paliw kopalnych i motoryzacji i z nielegalnych składowisk odpadów komunalnych i przemysłowych (Paluch i inni, 2001, s. 157). Substancje te przyczyniają się do silnego zanieczyszczenia gleby często przekraczającego standardy jakości, co negatywnie wpływa na produkcję żywności, a tym samym na zdrowie ludzi (Ciszek, 2010, s. 15–22).

Prawna ochrona zasobów środowiska na poziomie międzynarodowym

Institucja prawna ochrony zasobów środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego funkcjonuje równolegle w ramach trzech płaszczyzn systemów prawa: międzynarodowego, unijnego i prawa polskiego. Bardzo istotną w tej materii jest Konwencja Sztokholmska, która odbyła się w dniach od 5 do 16 czerwca 1972 r. Prace konferencji obejmowały cztery zagadnienia: (1) osiedla ludzkie oraz rozwój przemysłu; (2) racjonalne wykorzystanie i ochrona zasobów naturalnych; (3) zapobieganie kłęskom żywiołowym oraz (4) zatrucie i zanieczyszczenia środowiska człowieka. Wyniki obrad tej konferencji były istotnym postępowaniem w kształtowaniu wspólnego podejścia wszystkich państw do spraw łączących się z ochroną środowiska i bezpieczeństwem ekologicznym. Od 1972 r. zagadnienia te zostały włączone do treści regulacji prawnych kształtujących zasadnicze funkcje państwa. Jako podstawową zasadę prawa międzynarodowego uznano zasadę ochrony środowiska. W Deklaracji Sztokholmskiej zawarto 26 zasad ONZ, które ustanowiły tzw. międzynarodowy kodeks ochrony środowiska. Opracowano także 109 zaleceń, wśród których były także zagadnienia

z zakresu ochrony środowiska, tj. potrzeba wprowadzenia międzynarodowych norm dotyczących ograniczenia hałasu, problem koordynacji w procesach chemizacji produkcji roślinnej, zagadnienie walki z odpadami i sprawy związane z utylizacją ścieków do celów rolniczych oraz problem tworzenia obszarów ochrony ekosystemów. Wymagania międzynarodowego prawa ochrony środowiska wyznaczają więc standardy, które muszą być spełnione przy podejmowaniu wszelkich działań ochronnych w określonym czasie w stosunku do środowiska jako całości lub w odniesieniu do jego poszczególnych elementów w warunkach określonego poziomu rozwoju gospodarczego i społecznego (Piontek, 2001, s. 22). Wraz z usytuowaniem spraw dotyczących ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego na poziomie zadań priorytetowych w prawie międzynarodowym pojawiła się konieczność opracowania polityki stanowiącej podbudowę ideologiczną wszystkich podejmowanych w tym celu działań. Została ona włączona do polityki państw członkowskich i stała się jej integralną częścią. Owoce Konferencji Sztokholmskiej było opracowanie i uchwalenie 16 czerwca 1972 r. dokumentu pt. *Deklaracja Konferencji ONZ w sprawie ochrony środowiska* oraz powołanie Programu ochrony środowiska Narodów Zjednoczonych: UNEP (*United Nations Environmental Programm*), którego najważniejszym zadaniem było upowszechnienie zagadnień związanych z ochroną środowiska oraz rozwijanie współpracy międzynarodowej w tym zakresie. Do zadań UNEP należało również inicjowanie i dalsze stymulowanie działalności naukowo-badawczej w sprawach ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego. Głównymi celami tego programu było m.in.: (a) stworzenie właściwych warunków bytowania człowieka w ramach funkcjonujących systemów ekologicznych; (b) uwzględnienie w procesach planowania i kierowania rozwojem wpływu na środowisko i jego zasoby naturalne do uzyskania lepszych rezultatów w dziedzinach: socjalnej, ekonomicznej i ochrony środowiska; (c) wspieranie pomocy dla krajów rozwijających się ukierunkowanej na rozwiązywanie problemów dotyczących ochrony środowiska oraz (d) tworzenie systemu pomocy finansowej przeznaczonej na edukację, szkolenie, wymianę informacji oraz badania nad poprawą stanu środowiska oraz bezpieczeństwa ekologicznego. Z kolei cele szczegółowe obejmowały m.in.: (a) prowadzenie działalności profilaktycznej, mającej na celu zapobieganie zagrożeniom zdrowia

ludzkiego wywołanym przez skażenie wody, powietrza i żywności oraz polepszanie warunków socjalno-bytowych ludności; (b) lokalizowanie poważnych zagrożeń czystości oceanów i zapobieganie im poprzez kontrolowanie źródeł zanieczyszczeń; (c) działanie mające na celu poprawę jakości wody przeznaczonej na potrzeby ludności i docelowe osiągnięcie takiego stanu, który będzie zgodny z wymaganiami koniecznymi do zdrowia ludzkiego. W Strategii określono także ważne dla bezpieczeństwa ekologicznego obowiązujące działania dotyczące prawodawstwa ochronnego. W odniesieniu do środowiska Deklaracja Sztokholmska sformułowała, jak już wspomniano, 26 zasad, które stanowiły podstawy do ukształtowania prawa ochrony środowiska (Uchwała Konferencji Sztokholmskiej, 1972, zob. M. Kenig-Witkowska, *Międzynarodowe prawo środowiska*, Warszawa 2009). W świetle tych zasad, ochrona środowiska obejmuje działania zmierzające do zachowania lub przywrócenia równowagi przyrodniczej poprzez: (a) racjonalne zarządzanie i planowanie wykorzystania naturalnych zasobów ziemi, obejmujących powietrze, wodę, glebę, faunę i florę; (b) utrzymanie, przywrócenie lub poprawianie zdolności Ziemi do produkowania i odnawiania zasobów potrzebnych do życia; (c) ochronę dzikich zwierząt; (d) ograniczenie wykorzystania zasobów nieodnawialnych; (e) zapobieganie zanieczyszczeniom mórz; (f) przeciwdziałanie klęskom żywiołowym i zwalczanie ich skutków; (g) edukację w zakresie problemów środowiskowych, sposobów ich rozwiązywania (zob. J. Pokruszyński, *Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka*, Józefów 2007, s. 199–203).

Kolejnym istotnym wydarzeniem w zakresie bezpieczeństwa ekologicznego była Konferencja Narodów Zjednoczonych „Środowisko i rozwój” w Rio de Janeiro w 1992 r., kiedy to głównym przedmiotem obrad była koncepcja zrównoważonego rozwoju. Stała się ona podstawą wszystkich przyjętych na konferencji aktów prawnych i dokumentów. Dokumentami rozwijającymi treść zasady zrównoważonego rozwoju²

2 W prawodawstwie polskim zasada zrównoważonego rozwoju oznacza taki rozwój społeczno-gospodarczy, w którym następuje proces integrowania działań politycznych, gospodarczych i społecznych, z zachowaniem równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych, w celu zagwarantowania możliwości zaspokajania podstawowych potrzeb poszczególnych społeczności lub obywateli zarówno współczesnego pokolenia, jak i przyszłych pokoleń (art. 3. pkt 50. poś).

i instytucji prawnej bezpieczeństwa ekologicznego są Deklaracja z Rio, Globalny program działań – Agenda 21 i Deklaracja o ochronie lasów. Preambuła deklaracji nawiązywała do Deklaracji Sztokholmskiej i wskazywała na dążenie do tego, aby za pomocą porozumień międzynarodowych zapewnić wprowadzenie *integralności światowego systemu środowiska i rozwoju*. Deklaracja z Rio stwierdza, że jedyną drogą osiągnięcia długotrwałego wzrostu gospodarczego jest łączenie go z ochroną środowiska (Keating, 1994, s. 23). Zgodnie z zasadą czwartym koniecznym warunkiem osiągnięcia zrównoważonego rozwoju jest traktowanie ochrony środowiska jako integralnej części procesów rozwojowych i nierozpatrywanie jej w oderwaniu od tych procesów. W dokumencie tym zostały wymienione także składniki zrównoważonego rozwoju decydujące o bezpieczeństwie ekologicznym. Celem tego dokumentu było powstrzymanie degradacji środowiska naturalnego. Ponadto wskazane zostały także kierunki, w których powinno się zmierzać, aby zapewnić przyszłym pokoleniom spokojne warunki życia na Ziemi, rozumiane jako stan bezpieczeństwa ekologicznego (Kozłowski, 2000, s. 66).

Prawna ochrona zasobów środowiska w Unii Europejskiej

Cele polityki ekologicznej UE zostały głównie zawarte w Traktacie o Unii Europejskiej (TUE) (Traktat z Maastricht) z 7 lutego 1992 r. (DzU z 2004 r., nr 90, poz. 864/30 ze zm.). Z postanowień TUE wynikają podstawowe zasady prowadzenia polityki ochrony środowiska. Wprawdzie nie mają one charakteru norm prawnie wiążących, tworzą jednak ważne wytyczne przy tworzeniu aktów prawnych z omawianej dziedziny. Do tych zasad zaliczamy: (1) zasadę wysokiego poziomu ochrony – dążenie do najskuteczniejszych działań odpowiadających bieżącemu poziomowi wiedzy naukowej i technicznej w celu podwyższenia uśrednionego poziomu ochrony obowiązującego w państwach członkowskich, a nie do jego obniżenia; (2) zasadę ostrożności (przezorności) – odnosi się do wszelkiej działalności, której negatywne oddziaływanie na środowisko nie jest jeszcze w pełni rozpoznane; (3) zasadę działania zapobiegawczego (prewencji) – wskazuje na konieczność zapobiegania negatywnemu oddziaływowaniu

na środowisko, a nie tylko reagowania na już powstałe szkody; (4) zasadę naprawiania szkód u źródła – wymaga, aby szkody wyrządzone w środowisku były likwidowane w pierwszej kolejności tam, gdzie dochodzi do ich powstawania, oraz (5) zasadę „zanieczyszczający płaci” (*polluter pays principle*) – zanieczyszczający ponoszą wszelkie koszty usuwania skutków owej działalności. Zgodnie z art. 2. TUE jednym z celów Unii jest osiągnięcie trwałego i zrównoważonego rozwoju – *sustainable and balanced development*. Nadzędnym celem polityki ekologicznej Unii Europejskiej jest więc, zgodne z zasadą zrównoważonego rozwoju, osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony środowiska, które jest gwarantem bezpieczeństwa publicznego (zob. H. Machińska, *Ochrona środowiska (w:) Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, J. Barcz (red.), Warszawa 2005; J. Kielin, *Bezpieczeństwo ekologiczne w ramach realizacji europejskiej i polskiej polityki ochrony środowiska*. „Krytyka Prawa” 2009, nr 9, s. 243–272). Kolejne akty prawne były uzupełnieniami TUE. Traktat amsterdamski z 1997 r. wprowadził deklarację o umacnianiu spójności i ochrony środowiska naturalnego, przy uwzględnieniu zasady stałego rozwoju. W nowym traktacie uzupełniono treść art. 2. TUE o postanowienia, które zobowiązywały Wspólnotę do popierania harmonijnego, zrównoważonego i stałego rozwoju działalności gospodarczej oraz utrzymania wysokiego poziomu ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego. Następnie w Traktacie z Nicei z 2001 r. doprecyzowano treść art. 175. TWE, a Traktat z Lizbony z 2009 r. zmienił Traktat o Unii Europejskiej oraz Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską na Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFU) (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE z 2016 r. C 202/13, s. 1). Zgodnie z art. 191. ust. 1. TFU polityka Unii w dziedzinie środowiska naturalnego przyczynia się do osiągania następujących celów: (1) zachowania, ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego, (2) ochrony zdrowia ludzkiego, (3) ostrożnego i racjonalnego wykorzystywania zasobów naturalnych oraz (4) promowania na płaszczyźnie międzynarodowej środków zmierzających do rozwiązywania regionalnych lub światowych problemów środowiska naturalnego, w szczególności zwalczania zmian klimatu. Cele te można traktować jednocześnie jako cele bezpieczeństwa ekologicznego. W obecnych warunkach funkcjonowania UE punktem wyjścia do ustalenia podmiotowego zakresu bezpieczeństwa ekologicznego może być Karta praw

podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE. C.07.303.1), która została uchwalona 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei. Zgodnie z art. 6. Karty każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, w tym ekologicznego. Według treści art. 37. zaś wysoki poziom ochrony środowiska i poprawa jego jakości muszą być zintegrowane z politykami Unii i zapewnione zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju (zob. S. Hamburga, M. Muszyński, *Karta praw podstawowych z komentarzem*, Bielsko-Biała 2001).

W UE jednym z najlepiej rozwiniętych działów unijnej polityki ochrony środowiska jest ochrona zasobów wodnych. Głównym instrumentem unijnej polityki w tej dziedzinie jest tzw. ramowa dyrektywa wodna (RDW) (Dz. Urz. WE L 327 z 12 grudnia 2000 r., s. 1), która traktuje wody nie tylko jako część systemu gospodarczego, lecz przede wszystkim jako czynnik tworzący siedliska, których stan zależy od działań podejmowanych na obszarze całej zlewni. Głównymi celami polityki wodnej w UE są: (a) ochrona i poprawa warunków, a gdy to niemożliwe, utrzymanie obecnego stanu ekosystemów wodnych, a także lądowych i podmokłych bezpośrednio uzależnionych od ekosystemów wodnych; (b) propagowanie zrównoważonego korzystania z wody opartego na długoterminowej ochronie zasobów wodnych; (c) podejmowanie przedsięwzięć mających na celu poprawę stanu czystości środowiska wodnego, które powinny prowadzić do ograniczenia emisji i zrzutów substancji szczególnie niebezpiecznych, a w dalszej perspektywie do eliminowania tego typu działalności; (d) stopniowe ograniczanie zanieczyszczenia wód podziemnych i zapobieganie ich dalszej degradacji oraz (e) dążenie do zmniejszenia skutków powodzi i suszy. Najważniejszymi natomiast elementami RDW są: (a) kompleksowe podejście do ochrony wszystkich wód powierzchniowych i podziemnych, (b) cel zakładający osiągnięcie dobrego stanu wód do 2015 r., (c) łączne podejście dotyczące regulacji emisji i standardów jakościowych wody oraz stopniowego eliminowania substancji szczególnie niebezpiecznych oraz (d) instrumenty ekonomiczne, tj. analiza ekonomiczna oraz zwrot kosztów za usługi wodne, a także zaangażowanie społeczeństwa oraz użytkowników wody (zob. J. Ciechanowicz-McLean, *Wpływ ramowej dyrektywy wodnej na bezpieczeństwo ekologiczne Morza Bałtyckiego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, nr 32, s. 85–97).

Polityka ekologiczna UE dotycząca ochrony powietrza atmosferycznego jest głównie skierowana na eliminację różnych typów zanieczyszczeń pochodzących z wielu różnych źródeł, zarówno stacjonarnych, jak i mobilnych. Unijne prawodawstwo dotyczące ochrony powietrza: (a) ustala minimalne normy jakości powietrza oraz zobowiązuje do podejmowania działań zaradczych w przypadku, gdy dochodzi do przekraczania tych norm; (b) wprowadza obowiązek monitoringu wybranych substancji zanieczyszczających u źródeł emisji; (c) wprowadza normy dopuszczalnej emisji dla źródeł mobilnych oraz standardy jakości paliw; (d) dąży do harmonizacji metod pomiaru stężenia zanieczyszczeń i strategii monitoringu jakości powietrza krajów członkowskich oraz (e) nakazuje zapewnić dostęp do informacji o jakości powietrza opinii publicznej i wszystkim zainteresowanym stronom. Obecnie obowiązującym aktem prawnym UE regulującym ochronę powietrza jest Dyrektywa 2008/50/WE w sprawie jakości powietrza i czystszy powietrza dla Europy (CAFE) (Dz. Urz. UE L 152 z 11 czerwca 2008 r., s. 1). Celem dyrektywy jest wzmocnienie przepisów dotyczących wdrażania planów i programów, mających na celu osiągnięcie założonych parametrów jakości powietrza. Państwa członkowskie zobowiązane są do kontroli jakości powietrza w strefach i aglomeracjach. W przypadku gdy w określonej strefie lub aglomeracji poziomy zawartości zanieczyszczeń w powietrzu jednej lub kilku substancji przekraczają wartości dopuszczalne, państwa członkowskie zobowiązane są do opracowania planów ochrony powietrza zapewniających dotrzymanie stężeń zanieczyszczeń w dopuszczalnych granicach (zob. Z. Bukowski, *Prawo ochrony środowiska Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, M.M. Kenig-Witkowska, *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2005).

Najważniejszym natomiast aktem prawnym UE regulującym ochronę gleb jest Dyrektywa 2010/75/UE w sprawie emisji przemysłowych (IED) (Dz. Urz. UE L 334 z 17 grudnia 2010 r.). Jej celem jest ochrona gleby oraz wód podziemnych przed zanieczyszczeniami. Nowością jest ujmowanie problematyki ochrony gleby łącznie z ochroną wód podziemnych, prawodawca unijny dostrzega bowiem ścisły związek pomiędzy tymi dwoma elementami środowiska. Instrumenty ochrony gleby traktowane są więc w dyrektywie IED jako instrumenty ochrony wód podziemnych. Istotnym instrumentem ochrony gleb jest monitoring stanu gleby i wód

podziemnych, który ma być prowadzony okresowo, co najmniej raz na pięć lat w przypadku wód podziemnych i raz na 10 lat w przypadku gleby, chyba że takie monitorowanie opiera się na systematycznej ocenie ryzyka skażenia. Kolejnym instrumentem prawnym jest sprawozdanie bazowe, które jest zgodnie z art. 3. pkt 19. dyrektywy IED, informacją dotyczącą stanu skażenia gleby i wód podziemnych substancjami stwarzającymi zagrożenie. Ma ono stanowić punkt odniesienia do oceny stanu nieruchomości po ostatecznym zakończeniu działalności przez operatora. W przypadku stwierdzenia, że działalność instalacji spowodowała znaczące zanieczyszczenie gleby lub wód podziemnych określonymi substancjami stwarzającymi zagrożenie, operator ma być zobowiązany do podjęcia działań naprawczych, mających na celu doprowadzenie gleby i wód podziemnych do stanu wynikającego ze sprawozdania. Sprawozdanie bazowe winno zawierać informacje niezbędne do ustalenia stanu zanieczyszczenia gleby i wód podziemnych, aby możliwe było wykonanie ilościowego porównania ze stanem po zakończeniu działalności (zob. D. Chojnacki, *Ochrona gleby w dyrektywie IED. Prawo. Ochrona gleby*. „Ecomanager” 2011, nr 10, J. Kostecki, R. Fruzińska, *Ochrona gleb w świetle prawa krajowego i europejskiego*. „Inżynieria Środowiska” 2012, nr 26, s. 5–14).

Prawna ochrona zasobów środowiska w Polsce

Jednym z ważnych dokumentów uwzględniających działania zwiększające bezpieczeństwo ekologiczne w Polsce jest Strategia bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, opracowywanym i zatwierdzanym na podstawie art. 6. ust. 1. i art. 4a ust. 1. Ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (DzU z 2012 r., poz. 461. ze zm.). Strategia w sposób całościowy ujmuje zagadnienia bezpieczeństwa narodowego oraz wskazuje optymalne sposoby wykorzystania na potrzeby bezpieczeństwa wszystkich zasobów pozostających w dyspozycji państwa w sferze obronnej, ochronnej, społecznej i gospodarczej. Działania zapewniające bezpieczeństwo ekologiczne będą się koncentrowały na poprawie stanu środowiska, zachowaniu różnorodności biologicznej oraz adaptacji do zmian klimatu, w szczególności

poprzez uwzględnienie konieczności zapewnienia odpowiedniego poziomu inwestycji w źródła niskoemisyjne. W ramach ochrony środowiska kontynuowane będą działania na rzecz poprawy czystości powietrza, wód, gleb oraz właściwej gospodarki odpadami (Strategia bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2014, s. 41). Istotą istnienia i działania systemu bezpieczeństwa ekologicznego jest tworzenie warunków do zapobiegania lub przeciwdziałania potencjalnym i rzeczywistym sytuacjom powodującym zagrożenia środowiska przyrodniczego (naturalnego) kraju. Jego pierwszoplanowym celem działania zarówno w wymiarze krajowym, jak i regionalnym jest obrona i ochrona ludności, dóbr materialnych oraz elementów środowiska przed zagrożeniami i ich skutkami. Innym celem jest określenie ustaleń o charakterze normatywnym, regulacyjno-prewencyjnym, a nawet represyjnym (korzystanie ze środowiska, nakazy i ograniczenia, obowiązki, zakazy), przy czym świadome jest wyróżnienie motywu zachowawczego (prawo do nieskażonego środowiska), prewencyjnego (tworzenie stref ochronnych, w których obowiązują określone normy ochronne) i kształtującego (nakazy lub zakazy określonego zachowania się podmiotu). Fundamentalną jego funkcją jest zapewnienie bezpieczeństwa ekologicznego (środowiskowego) kraju, jako że stanowi on element procesu administrowania skupiającego organy administracji w sytuacji zwalczania skutków nadzwyczajnych zagrożeń (Sabak, Królikowski, 2002, s. 61–62).

Kolejnym istotnym dokumentem w zakresie bezpieczeństwa ekologicznego jest Polityka ekologiczna państwa na lata 2009–2012 z perspektywą do roku 2016 (Polityka ekologiczna państwa, Warszawa 2009). Obszarami zainteresowania polityki ekologicznej jest poprawa jakości środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego w następujących kwestiach: środowisko a zdrowie, jakość powietrza, ochrona wód, gospodarka odpadami, oddziaływanie hałasu i pól elektromagnetycznych oraz substancje chemiczne w środowisku. Wskazano w niej problemy ekologiczne o charakterze strategicznym, do których należą m.in. poprawa jakości wszystkich elementów środowiska, w tym powietrza, wody, gleby na całym terytorium kraju. Poprawa ta ma dotyczyć dalszej redukcji emisji zanieczyszczeń i zmniejszenia innych uciążliwości (Ciechanowicz-McLean, 2016, s. 22–23). Zgodnie z Polityką ekologiczną państwa poziom bezpieczeństwa ekologicznego

łączy się także z problemem przeciwdziałania poważnym awariom przemysłowym. Do zapewnienia poprawy bezpieczeństwa ekologicznego Polityka ekologiczna wskazuje konieczność ścisłej współpracy Państwowej Inspekcji Sanitarnej z Inspekcją Ochrony Środowiska, w zakresie opracowania zasad analizy ryzyka zdrowotnego dla procedur związanych z dopuszczeniem inwestycji do realizacji czy też wspólnego prowadzenia akcji edukacyjno-szkoleniowych dla służb zakładów przemysłowych i pracowników administracji publicznej w zakresie zapobiegania awariom oraz skażeniom środowiska.

Obecnie podstawowe znaczenie do ustalenia zakresu instytucji prawnej bezpieczeństwa ekologicznego w systemie przepisów prawa ochrony środowiska ma ustawa Prawo ochrony środowiska z 27 kwietnia 2001 r. (poś) (DzU z 2016 r., poz. 672 ze zm.). Podstawowym celem uchwalenia tej ustawy było przede wszystkim określenie zadań dla organów administracji publicznej, metod ich realizacji oraz funkcji państwa w zapewnieniu bezpieczeństwa ekologicznego. Taki sposób wyznaczenia zadań dla administracji publicznej w ochronie środowiska odpowiada postanowieniom aktów prawnych i dokumentów z tego zakresu w prawie polskim, jak również w prawie unijnym oraz w prawie wewnętrznym większości państw członkowskich. Ustawa ta wprowadziła do prawa polskiego postulowaną od dawna konstrukcję kompleksowej ochrony środowiska i stanowi podstawę prawną wyznaczającą zakres instytucji prawnej bezpieczeństwa ekologicznego (Górski, 2011, s. 10–16). Omawiana ustawa zawiera bowiem katalog zasad prawnych ochrony środowiska ustalających ramy treści bezpieczeństwa ekologicznego (Korzeniowski, 2012, s. 134–162). Główne zasady ochrony zasobów środowiska zostały określone w Tytule II *Ochrona zasobów środowiska* ustawy poś. Zgodnie z art. 82. cytowanej ustawy ochrona zasobów środowiska jest realizowana w szczególności poprzez: (1) określenie standardów jakości środowiska oraz kontrolę ich osiągania, a także podejmowanie działań służących ich nieprzekraczaniu lub przywracaniu oraz (2) ograniczanie emisji, na zasadach określonych w tytule III zatytułowanym *Przeciwdziałanie zanieczyszczeniom*. Ustawodawca w ustawie poś określił szczegółowe zasady ochrony zasobów środowiska, tj. wód, powietrza i gleby. Ochrona wód została uwzględniona w Dziale III w art. 97. poś, która polega na zapewnieniu ich jak najlepszej jakości,

w tym utrzymywanie ilości wody na poziomie zapewniającym ochronę równowagi biologicznej, w szczególności przez: (1) utrzymywanie jakości wód powyżej albo co najmniej na poziomie wymaganym w przepisach; (2) doprowadzanie jakości wód co najmniej do wymaganego przepisami poziomu, gdy nie jest on osiągnięty. Prawna ochrona powietrza zaś została uregulowana w Dziale II poś, gdzie zgodnie z art. 85. ochrona powietrza polega na zapewnieniu jak najlepszej jego jakości, w szczególności przez: (1) utrzymanie poziomów substancji w powietrzu poniżej dopuszczalnych dla nich poziomów lub co najmniej na tych poziomach; (2) zmniejszanie poziomów substancji w powietrzu co najmniej do dopuszczalnych, gdy nie są one dotrzymane, oraz (3) zmniejszanie i utrzymanie poziomów substancji w powietrzu poniżej poziomów docelowych albo poziomów celów długoterminowych lub co najmniej na tych poziomach. Z kolei prawna ochrona powierzchni ziemi i gleby została uregulowana w Dziale IV poś. Zgodnie z art. 101. niniejszej ustawy polega ona na: (1) racjonalnym gospodarowaniu; (2) zachowaniu funkcji środowiskowych, gospodarczych, społecznych i kulturowych, w tym m.in.: (a) produkcji żywności oraz biomasy, (b) magazynowaniu, filtrowaniu i przekształcaniu składników odżywczych, substancji i wody, (c) podstaw rozwoju życia i różnorodności biologicznej, (d) źródła surowców, (e) rezerwuaru pierwiastka węgla, (f) zbioru dziedzictwa geologicznego, geomorfologicznego i archeologicznego; (3) zapobieganiu zanieczyszczeniu substancjami powodującymi ryzyko oraz na remediacji; (4) zachowaniu jak najlepszego stanu gleby poprzez zapobieganie: (a) erozji wodnej i wietrznej, (b) spadkowi zawartości próchnicy glebowej, (c) zagęszczaniu, przez co rozumie się wzrost gęstości objętościowej i zmniejszanie porowatości gleby, (d) zasoleniu na skutek gromadzenia się w glebie soli rozpuszczalnych, (e) działaniom powodującym zakwaszanie; (5) minimalizacji stopnia i łagodzeniu skutków zasklepienia gleby poprzez: (a) ograniczanie do niezbędnego minimum powierzchni gleby objętej zabudową, (b) zachowywanie lub tworzenie powierzchni biologicznie czynnych gleby, zdolnych do łagodzenia degradującego działania terenów zabudowanych i zanieczyszczeń środowiska; (6) zapobieganiu ruchom masywnym ziemi i ich skutkom; (7) przeciwdziałaniu niekorzystnym zmianom naturalnego ukształtowania powierzchni ziemi polegającym na: (a) ograniczaniu tworzenia, powstałych w wyniku przemieszczania lub usuwania mas

ziemnych i skalnych oraz odpadów wydobywczych, wykopów, wyrobisk, nasypów i zwałowisk, (b) zapobieganiu niszczeniu gleby, w tym mieszanii jej poziomów genetycznych, które nie wynika z uprawy gruntów ornych, (c) zapobieganiu niszczenia pokrycia terenu roślinnością i ograniczaniu go, (d) zapewnieniu racjonalnego wykorzystania przemieszczanych lub usuwanych mas ziemnych i skalnych, (e) zapewnieniu racjonalnego wykorzystania warstwy próchnicznej gleb, głównie w kierunku odtworzenia i ulepszania gleb, (f) ponownym kształtowaniu funkcji lub przygotowaniu do pełnienia nowych funkcji terenów, na których występuje niekorzystne przekształcenie naturalnego ukształtowania powierzchni ziemi.

Podsumowanie

Bezpieczeństwo ekologiczne jest bez wątpienia podstawową potrzebą każdego człowieka. Zasoby środowiska, takie jak wody, powietrze i gleby, a tym samym żywność są bowiem niezbędne do jego funkcjonowania i działalności gospodarczej. Jednocześnie jego działalność niestety przyczynia się do ich degradacji i zanieczyszczenia, przez co ich dostępność i jakość jest znacznie ograniczona. Dlatego kompleksowa ochrona zasobów środowiska na poziomie międzynarodowym, unijnym i krajowym jest podstawowym warunkiem zapewnienia bezpieczeństwa w danym państwie. Nadmienić należy, iż istnieje tutaj relacja pomiędzy tymi ustawodawstwami, według S. Kozłowskiego bowiem bezpieczeństwo ekologiczne państwa zależy od sposobu, w jakim realizacja koncepcji zrównoważonego rozwoju znajduje w nim praktyczny wymiar, czyli od polityki ekologicznej tak państwa, jak i Unii Europejskiej oraz od ich strategii zrównoważonego rozwoju na świecie. Normy te bowiem kształtują koncepcję ochrony środowiska, a tym samym powinny wpływać na zwiększenie jego bezpieczeństwa ekologicznego (Kozłowski, 2005). Zatem relacja pomiędzy ustawodawstwami krajowym i międzynarodowym a bezpieczeństwem ekologicznym państwa zależy od użytkowania i ochrony zasobów środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju zawartą w polityce ekologicznej tak państwa, jak i Unii Europejskiej oraz od strategii zrównoważonego rozwoju na poziomie międzynarodowym.

Bibliografia

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa 2012.
- Bar M., Bukowski Z., Jendroška J., Jerzmański J., Urban S., *Leksykon prawa ochrony środowiska*. Warszawa 2012.
- Bukowski Z., *Prawo międzynarodowe a ochrona środowiska*. Toruń 2005.
- Bukowski Z., *Prawo ochrony środowiska Unii Europejskiej*. Warszawa 2007.
- Chojnacki D., *Ochrona gleby w dyrektywie IED. Prawo. Ochrona gleby*. „Ecomanager 2011”, nr 10, dostęp: https://www.dzp.pl/files/Art/Ochrona_gleby_w_dyrektywie_IED.pdf
- Ciechanowicz-McLean J. (red.), *Leksykon ochrony środowiska*. Warszawa 2009.
- Ciechanowicz-McLean J., *Wpływ ramowej dyrektywy wodnej na bezpieczeństwo ekologiczne Morza Bałtyckiego*. „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, nr 32, s. 85–97.
- Ciechanowicz-McLean J., *Prawo ochrony klimatu*. Warszawa 2016.
- Ciszek M., *Bezpieczeństwo biologiczne w aspekcie zagrożeń ekologicznych oraz jako autonomiczny nurt bezpieczeństwa narodowego*. „Doctrina Studia Społeczno-Polityczne” 2010, nr 7, s. 15–22.
- Górski M., *Zadania samorządu terytorialnego w dziedzinie ochrony środowiska a nowy podział kompetencji terenowych organów administracji publicznej*. Warszawa 1998.
- Górski M., *Wprowadzenie. Ogólna charakterystyka ustawy – Prawo ochrony środowiska i jej miejsca w systemie przepisów o ochronie środowiska*, [w:] *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, M. Górski, M. Pchalek, W. Radecki, J. Jerzmański, M. Bar, S. Urban, J. Jendroška (red.). Warszawa 2011.
- Hambura S., Muszyński M., *Karta praw podstawowych z komentarzem*. Bielsko-Biała 2001.
- Hull Z., *Bezpieczeństwo ekologiczne* [w:] *Słownik bioetyki, biopolityki i ekofilozofii*. Warszawa 2008.
- Keating M., *Szczyt Ziemi. Globalny program działań*. Warszawa 1994.
- Kenig-Witkowska M.M., *Międzynarodowe prawo środowiska*. Warszawa 2009.
- Kenig-Witkowska M.M., *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*. Warszawa 2005.
- Kielin J., *Bezpieczeństwo ekologiczne w ramach realizacji europejskiej i polskiej polityki ochrony środowiska*. „Krytyka Prawa” 2009, nr 9, s. 243–272.
- Korzeniowski P., *Bezpieczeństwo ekologiczne jako instytucja prawna ochrony*. Łódź 2012.
- Kostecki J., Fruzińska R., *Ochrona gleb w świetle prawa krajowego i europejskiego*. „Inżynieria Środowiska” 2012, nr 26, s. 5–14.
- Kozłowski S., *Ekorozwój Wyzwanie XXI wieku*. Warszawa 2000.

- Lisicka H., *Polityka ochrony środowiska w polityce państwa* [w:] *Polityka ekologiczna III Rzeczypospolitej*, A. Papuziński (red.). Bydgoszcz 2000.
- Machińska H., *Ochrona Środowiska* [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, J. Barcz (red.). Warszawa 2005.
- Muszyńska-Kurnik M., *Europejska współpraca ekologiczna*. Warszawa 2003.
- Paczuski R., *Ochrona środowiska w polskiej Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 roku* [w:] *Księga pamiątkowa profesora Eugeniusza Ochendowskiego*. Toruń 1999.
- Paluch J., Pulikowski K., Trybała M., *Ochrona wód i gleb*. Wrocław 2001.
- Pietraś M., *Bezpieczeństwo ekologiczne w Europie*. Lublin 2000.
- Piontek F., *Ekonomia a rozwój zrównoważony. Teoria i kształcenie*. Białystok 2001.
- Pokruszyński J., *Bezpieczeństwo. Teoria i praktyka*. Józefów 2007.
- Pyć D., *Prawo zrównoważonego rozwoju*. Gdańsk 2006.
- Pyłka-Gutowska E., *Ekologia z ochroną środowiska*. Warszawa 2004.
- Rakoczy B., *Ograniczenie praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Toruń 2006.
- Sabak Z., Królikowski J., *Ocena zagrożeń bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej*. Warszawa 2002.
- Skrzypski J., *Hydrosfera – źródła i rodzaje zanieczyszczeń, sposoby jej ochrony* [w:] *Ekologia. Jej związki z różnymi dziedzinami wiedzy*, J. Kurnatowska (red.). Warszawa–Łódź 1997.
- Szymańska U., Zębek E., *Ochrona środowiska naturalnego jako interdyscyplinarna dziedzina wiedzy*. Olsztyn 2014.
- Zakrzewski S.F., *Podstawy toksykologii środowiska*. Warszawa 1995.
- Uchwała Konferencji Sztokholmskiej z 14.06.1972 r., dotycząca naturalnego środowiska człowieka; powoływana dalej jako deklaracja sztokholmska, dostęp z: <http://www.stosunki.pl/sites/default/files/images/Deklaracja%20Sztokholmska.pdf>.
- Traktat o Unii Europejskiej (Traktat z Maastricht) z 7 lutego 1992 r. (DzU z 2004 r., nr 90, poz. 864/30 ze zm.).
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 1).
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r (Dz. Urz. UE. C.07.303.1).
- Dyrektywa 2000/60/WE z 23 października 2000 r. ustanawiająca ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej (Dz. Urz. WE L 327 z 12 grudnia 2000 r., s. 1).
- Dyrektywa 2008/50/WE w sprawie jakości powietrza i czystszyego powietrza dla Europy (Dz. Urz. UE L 152 z 11 czerwca 2008 r., s. 1).
- Dyrektywa 2010/75/UE w sprawie emisji przemysłowych (Dz. Urz. UE L 334 z 17 grudnia 2010 r.).

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
Ustawa z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (DzU z 2012 r., poz. 461. ze zm.).
Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (DzU z 2016 r., poz. 672. ze zm.).
Ustawa z 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (DzU z 2015 r., poz. 469. ze zm.).
Strategia bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2014.
Polityka ekologiczna państwa w latach 2009–2012 z perspektywą do roku 2016, http://www.mos.gov.pl/2aktualnosci/informacje_rp/PEPmk.pdf (26.03.2009).

Dott.ssa Rosa Indelicato

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Diritto romano e formazione alla convivenza civile

Abstract

La Costituzione quiritaria e il corpo del diritto romano sono certamente un'eredità di uomini saggi, capaci di un pensiero retto e logico, di “pensare in grande” e quindi di tradurre il pensiero nell'azione. La forza razionale, la moralità e l'educazione ad una pacifica convivenza che i romani incarnano possano costituire lume per quanti oggi hanno a cuore un diritto promozionale e un'educazione permanente per una civile e pacifica convivenza.

Keywords: *diritto romano, persona e valori civici.*

1. Ripensare l'educazione

E' facile constatare che attualmente la società in cui viviamo è esattamente quella che Bauman definisce «società liquida»¹: una società priva di riferimenti solidi e solidali, in cui vengono a mancare regole forti e istituzioni precise, dove è regola il nichilismo, per cui niente è valore, sotteso peraltro da un relativismo etico imperante, che ignora la persona e i suoi valori. Una società può definirsi liquido-moderna se le situazioni in cui agiscono gli uomini si modificano prima che i loro modi di agire riescano a consolidarsi in abitudini e procedure. La società liquida si è modellata sull' “usa e getta”, sul desiderio di consumo, che è diventato il metro di ogni nostra azione con la clausola “soddisfatti o rimborsati”. Alla luce di questa emblematica situazione diventa urgente rivisitare l'attuale azione formativa e rinnovarla di modo che riesca ad accompagnare tutta la crescita, e quindi la vita, di un individuo perché tra gli imperativi della nostra società vi è proprio quella della conoscenza. Dunque le proposte di una educazione intesa in senso *life long learning* e di formazione alla pacifica e civile convivenza, sarebbero urgenti nel nostro tempo e costituirebbero le più idonee a soddisfare i tanti e nuovi bisogni emergenti della persona

1 Cfr. Z. Bauman, *Vita liquida*, Laterza, Bari 2008.

oggi. Il problematicismo pedagogico intende una Pedagogia che sia aperta, del possibile, della scelta, dell'impegno etico, sotteso da una significativa antropologia relazionale che apra a percorsi educativi validi ai fini della formazione della personalità. Sempre facendo riferimento all'antropologia relazionale non possiamo non citare alcune pensatrici come Simone Weil², Maria Zambrano, Hannah Arendt, considerate, insieme a E. Stein, le grandi madri, quali esponenti di spicco di un pensiero che si fa prassi educativa e certamente rappresentanti di un umanesimo in senso forte, capace di un'adesione profonda del pensiero alla vita. E' proprio nel portare avanti questa "pedagogia in situazione", di concretezza che pedagogisti di rilevante spessore teoretico ed etico avanzano la proposta di un Sistema Formativo Integrato: un modello formativo che agevoli e valorizzi l'interconnessione e l'integrazione dei diversi e plurimi luoghi e significati dell'educazione, oltre che dei saperi, sia sul piano istituzionale che sul piano culturale³. Nel primo caso è evidente l'urgenza, per le agenzie intenzionalmente formative, di stipulare una grande alleanza educativa per riuscire a frenare la crescente irruenza e aggressività del mercato formativo a pagamento (effimero, instabile, non intenzionalmente educativo perché soggetto alle leggi della domanda e dell'offerta); sul piano culturale necessita, in più, che le agenzie intenzionalmente formative riformulino il proprio modello pedagogico-educativo e culturale al fine di realizzare un processo di integrazione – inclusione delle diversità, degno di una civile e pacifica convivenza. In tal senso possono tornare utili le riflessioni

-
- 2 Simone Weil profuse un impegno intellettuale e pratico fino alla rinuncia di se stessa. Abbandonò la filosofia accademica per un impegno concreto e fattivo che mise in atto e come pensatrice e come educatrice, durante i suoi brevi anni di insegnamento. Operò continuamente a favore dei valori umani riprendendo da Rousseau e da Kant l'ideale etico-educativo dell'essere umano sempre come fine e mai come mezzo. Credeva nell'uomo in carne ed ossa e soleva affermare che c'è in lui qualcosa di sacro, che non è la sua persona e neppure la persona umana "è semplicemente lui quest'uomo" (Cfr. S. Weil, *La personne et le sacré*, in *Ecrit de Londres et dernières lettres*, Paris 1957). Affermava : « (...) Ho soprattutto il senso di essere sfuggita a un mondo di astrazione e di trovarmi tra uomini reali- buoni e cattivi- ma di bontà e di cattiveria autentica» (Cfr. S. Weil, *La condizione operaia*, Milano 1965, p.24).
- 3 Cfr. G. Chiosso, *I significati dell'educazione. Teorie pedagogiche e della formazione contemporanee*, Milano 2009.

pedagogiche che, attingendo dal mondo romano e in particolare dall'esperienza giuridica dei Quiriti, possano orientare le nuove generazioni verso valori che educano e formano ad una civile convivenza e al senso dell'accoglienza e della solidarietà, esempi già vissuti al tempo dei romani con i popoli vinti. Ripensare l'educazione oggi è quanto mai necessario anche alla luce dei tanti interrogativi che il nostro tempo, certamente segnato da un'emergenza educativa, pone con urgenza. Basti pensare a tal proposito ai nativi digitali, alle nuove tecniche di comunicazione, al massiccio flusso migratorio, alle generazioni di studenti che crescono tra social e wikipedia, alle numerose modalità di apprendimento, all'uso pervasivo della digitalizzazione che ripropone l'educazione a livello di "virtù" manipolatorie, seduttive e subliminali. Sorgono spontanei interrogativi: come attivare strategie didattico-formative che diano a tutti gli studenti pari opportunità educative inclusive? Come evitare la marginalizzazione e promuovere una scuola accogliente che sviluppi le *capabilities* di tutti e di ciascuno?⁴ Sulla base degli scritti giuridici del tempo dei romani, di valenti studiosi come Ulpiano e Giustiniano, è possibile individuare una pista che valorizzi la persona e i suoi diritti fondamentali⁵. Siamo nel terzo millennio e lo sviluppo materiale umano e la formazione ad una pacifica e civile convivenza dovrebbero essere finalità prioritarie da conseguire e beni consolidati e di tutti. Noi crediamo che la storia deve essere maestra di vita e deve mostrarci la stella da raggiungere. Dobbiamo impegnarci a tendere a quella stella, ricercare, aprirci, accogliere le "diversità" e arricchirci con un confronto leale e solidale, per vivere in modo civile e pacifico. È questo un percorso intellettuale, culturale e soprattutto educativo e morale per un nuovo

4 Sarebbe certamente opportuno a tal proposito confrontare un recente libro di M. Nussbaum, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna 2011. Questo interessante saggio cerca di rispondere ai suddetti interrogativi: di contro al tecnologismo imperante nelle nostre scuole, la filosofa sottolinea l'importanza della cultura classica e tale consapevolezza l'ha condotta a farsi interprete di valori civici della romanità, rinvenibili nello stoicismo greco e romano, per riprendere da quell'antica saggezza il significato positivo del cosmopolitismo e di altre virtù.

5 Lo stesso Giustiniano sottolinea che «il diritto è ben poca cosa se vengono ignorate le persone a causa delle quali è stato creato» (Cfr. Giustiniano, *Institutiones in Corpus Iuris civilis*, 1, 2, 12).

umanesimo planetario. Dobbiamo impegnarci per realizzare concretamente una convivenza democratica e pacifica, la sola che può sostenere uno sviluppo integrale e sostenibile a misura d'uomo. "Sviluppo" è vocazione dell'uomo come si legge nella *Caritas in veritate* di Benedetto XVI. Esso è progresso, è crescita complessiva, fisica, spirituale, morale, intellettuale. "Umano" vuol dire porre realmente la necessità integrale dell'essere umano al centro di tutto. "Integrale", in breve, è tutto per tutti, vale a dire non vedere l'uomo a compartimenti- stagno ma come un "intero", per dirla con Aristotele.

Secondo il principio dell'interazione e dell'intersoggettività, elaborato da Bruner, l'apprendimento e la socializzazione avvengono sia nel contesto scolastico, sia nel contesto familiare e quotidiano perché è attraverso lo scambio con gli altri che si scopre e si entra nella cultura e che si costruiscono i significati e le conoscenze. L'educazione, di conseguenza, si rivela una necessità vitale e, attraverso la nostra quotidianità e la nostra esperienza esistenziale, consolida quanto già appreso e si incarica di aumentare e aggiornare le nostre conoscenze nei vari saperi che oggi esigono di essere sempre più interconnessi⁶. Dovrebbe far parte della coscienza civile di ogni uomo e donna; ci chiede di diventare una parte costitutiva in rinnovamento delle nostre vite⁷. E' necessaria una corresponsabilità educativa che si muova nell'istanza del dialogo interculturale e interreligioso poiché la comunicazione, intesa come insieme di parole, gesti, pensieri, emozioni e affettività, arricchisce e crea cambiamenti capaci di rispondere alle emergenze educative di una società complessa e disorientata e, nella quale, alla famiglia e alla scuola spettano l'arduo compito di collaborare per la progettazione di percorsi formativi che siano personalizzati e modellati sulle caratteristiche personali e sociali dei singoli soggetti in formazione.

6 Cfr. E. Morin, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano 2002.

7 Cfr. D. Demetrio, *L'educazione non è finita. Idee per difenderla*, Milano 2009.

2. Valori civici della romanità

Come non ricordare i valori trasmessi dal diritto romano, anche in fatto di educazione, facendo riferimento proprio ad una celebre affermazione di Tito Livio, che illustra le norme introdotte dal legislatore romano per favorire l'educazione alla parsimonia e all'uso moderato delle ricchezze, garanzia di integrità sociale ed aggiunge che non si ebbe repubblica, né maggiore, né più santa, né più ricca di buoni esempi, e che la legge delle XII Tavole può costituire la fonte di ogni diritto⁸. E Livio afferma ancora che il pensiero retto dei romani sfocia in principi che tendevano a governare non il “di fuori dell'uomo ma lo stesso uomo”⁹. Si può ricordare l'amore di patria, “eccellentissima della civile virtù” e i vantaggi che derivano allo Stato dal sottomettere al patriottismo la vanità e il lusso, l'avarizia e la libidine, la gloria e perfino la vita; l'umanità verso i vinti, prospettiva essenziale per una pacifica e civile convivenza, e che costituisce un tratto originalissimo della civiltà politica romana. Roma, con la forza delle sue leggi e la virtù dei cittadini migliori, offre certamente un insegnamento di alto valore educativo, dimostrando che la lotta alla dissolutezza costituisce esempio di una vita sana e moralmente corretta, fatta di moderazione e semplicità.

Va messo in luce il legame che, coinvolgendo diritto e giustizia, compie un'opera di notevole importanza per l'edificazione del bene comune, fondamentale per la formazione alla convivenza civile.

Presso i romani è rilevante la centralità della giurisprudenza nella prassi, si può dire che la vita dell'*ars iuris* sia essenzialmente legata al possesso e all'affermazione di valori metagiuridici, in grado di animare il nudo precetto normativo. E il giurista esercita in modo degno la sua arte se non separa l'applicazione dei diritti dalla riflessione sui principi. Lo conformerebbero in modo esemplare alcuni frammenti del *Digesto*.

8 Liv. 3, 34, 6. Diciamo pure che il *Corpus Iuris* può costituire un modello prezioso ed autorevole, ai quali i costituenti moderni dovrebbero fare sempre riferimento.

9 Liv. 8, 13, 16.

3. Il pensiero retto e logico del popolo romano

Un'altra ragione che determina il prestigio della giurisprudenza romana andrebbe ricercata nell'attitudine al ragionamento dei *prudentes* che già nell'alta Repubblica, definendo e sviluppando regole di condotta desunte dai *mores* o dalla legge delle dodici Tavole, iniziano quella costruzione del pensiero giuridico in forma razionale che si realizzerà più tardi in modo compiuto anche attraverso il ricorso alla dialettica.

Rosmini dirà che il popolo romano era già dotato per natura di un pensiero retto e logico, e questa potenza di pensare era stato non ultima delle cause che avevano formato la sua grandezza¹⁰. Cicerone chiama poi massima l'arte del ragionare ed eloquentemente ne celebra la morale e civile importanza. I romani, inoltre, si sono distinti nell'arte della *logica* e della *dialettica* indispensabili per lo sviluppo della vita civile.

La logica, sorta dalla naturale tendenza di ogni creatura al vero e alla virtù, va considerata la dottrina del lume intellettuale che è principio e guida del ragionamento. Come tale, essa distoglie l'uomo dall'errore, fornendogli regole fisse e certe che gli permettono di comprendere come procedere nella vita in modo corretto.

La dialettica, poi, creando una maniera corretta di disputare, indirizza lo spirito umano lungo una linea di progresso ordinato: quasi un filo indistruttibile, che attraversa, dal quinto secolo, la civiltà occidentale e alimenta di continuo la sua fioritura anche per il contributo di Aristotele, che la consegna in libri sopravvissuti all'usura del tempo. L'*Organo* portato da Silla a Roma nell'85 a. C. si è diffuso parallelamente al Cristianesimo.

Integrità morale, amore del vero, attitudine al ragionamento, essenzialità e robustezza di pensiero, coerenza argomentativa e semplicità nel

10 Il filosofo italiano di Rovereto comprende che l'intrinseca razionalità del diritto romano non si esaurisce nelle norme dei vari sistemi positivi che regolarono per centinaia di anni la vita dei *cives*, ma consiste in un insieme di idee, certezze da cui affiora il modo di pensare retto e logico. In tema di diritto e giustizia hanno creato, nel contempo, un corpo di indubbio valore che continua a rappresentare una guida immutabile e sicura, una specie di "Codice sussidiario". (Cfr. A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, Padova 1967, I, p. 9). Ed ancora il filosofo definisce il diritto romano "pedagogo della ragione giuridica" (Ivi, p.8). Cfr. anche M. B. Fumagalli, *Rosmini e il diritto romano*, Milano 2003.

riflettere sono condizioni necessarie che orientano il giureconsulto verso la iustizia e lo rendono capace di pronunce che colgono e trasmettono valori universali. All'opera dei giuristi romani va certamente assegnato un primato nei riguardi della produzione normativa, in quanto si può ravvisare nelle loro *sententiae* quell'interesse per la realtà che permette all'*ars boni et aequi* di esprimersi, certamente frutto di un pensiero "onesto" che «si inizia nella mente e continua nell'azione»¹¹. Gli autori del diritto romano riconoscono che la fonte e la sostanza del diritto sono nella morale, e il diritto scaturisce dal dovere tanto che a fondamento delle leggi ponevano precetti morali: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*¹².

La libertà in Roma aveva un carattere di relazione, costituendo la premessa per il farsi dell'uomo come soggetto etico in rapporto alla *civitas* e ai concittadini. Solo il *civis* è davvero libero e nel godimento della sua condizione giuridica esprime una libertà che si dilata fino all'amore pratico, identificato nella necessità morale di agire per il rispetto della legge e per la difesa della patria.

Di esempio oggi la linea politica di estrema apertura che Roma assunse nei confronti delle popolazioni conquistate: gli *hostes*, i nemici e non gli stranieri, vengono immessi nella *civitas* e diventano a pieno titolo cittadini romani.

Il corpo del diritto romano, inteso nella sua globalità come un complesso di norme e di istituti che formano un sistema organico, rigoroso, coerente e ordinato, deve dunque sopravvivere – “salvaguardia e pedagogo della ragione giuridica”, come dice Rosmini, alle vicende tempestose che rischiano di travolgerla.

Le idee fondamentali degli antichi giureconsulti in tema di diritto e giustizia hanno creato, nel tempo, un corpo di indubbio valore e continuano a rappresentare, oltre il tempo, una guida immutabile e sicura, una sorta di Codice sussidiario che indirizza e sostiene l'interprete.

Anche se nell'ordinamento giuridico-romano si possono rinvenire, anche dopo la diffusione del Vangelo, errori profondi, come per esempio

11 Cfr. M. Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, p. 3ss. Confrontare dello stesso autore *Storia del diritto romano*, Bari 2006.

12 Ulpianus, I, *Regularum in Digesto*, 10, 1.

schiavitù; questi errori, però, non offuscano quei principi e quelle certezze che, elaborati da menti capaci e recepiti da uomini retti, esprimono l'universalità dei valori dai quali deriva la grandezza di Roma, quei valori che oggi possono rappresentare punti di riferimento e dai quali il mondo adulto non può prescindere per una significativa formazione alla convivenza civile.

Senza questa responsabilità educativa degli adulti ogni prospettiva sull'educazione resterà astratta e velleitaria¹³.

Agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso Hannah Arendt ha ricordato alle generazioni adulte il dovere ineludibile di preservare la novità vivente dei nuovi nati con queste significative parole: «L'educazione è il momento che decide se noi amiamo abbastanza il mondo da assumercene la responsabilità e salvarlo così dalla rovina, che è inevitabile senza il rinnovamento, senza l'arrivo di esseri nuovi, di giovani. Nell'educazione si decide anche se noi amiamo tanto i nostri figli da non estrometterli dal nostro mondo lasciandoli in balia di se stessi, tanto da non strappargli di mano la loro occasione di intraprendere qualcosa di nuovo, qualcosa di imprevedibile per noi; e prepararli invece al compito di rinnovare un mondo che sarà comune a tutti»¹⁴.

Penso che queste parole riassumano il cuore del problema dell'educare del nostro tempo e indichino il compito che dobbiamo assumere per trovare risposte valide ad una crisi che, altrimenti, si riacutizzerà rimanendo senza soluzione alcuna.

13 Cfr. P. H. Meirieu, *Pédagogie: le devoir du résister*, Paris 2007.

14 H. Arendt, *La crisi dell'istruzione*, in Ead., *Tra passato e futuro*, Milano 1991, p.255.

Bibliografia

- Arendt H. (1991), *La crisi dell'istruzione*, in Ead., *Tra passato e futuro*, Milano.
- Bauman Z. (2008), *Vita liquida*, Laterza, Bari.
- Bretone M. (2006), *Storia del diritto romano*, Bari.
- Bretone M. (1982), *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli.
- Chiosso G. (2009), *I significati dell'educazione. Teorie pedagogiche e della formazione contemporanee*, Milano.
- Demetrio D. (2009), *L'educazione non è finita. Idee per difenderla*, Milano.
- Fumagalli M. B. (2003), *Rosmini e il diritto romano*, Milano.
- Giustiniano, *Institutiones in Corpus Iuris civilis*, 1, 2, 12.
- Meirieu P. H. (2007), *Pédagogie: le devoir du résister*, Paris.
- Morin E. (2002), *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano.
- Nussbaum M. (2011), *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna.
- Rosmini (1967), *Filosofia del diritto*, Padova, I.
- Ulpianus, I, *Regularum in Digesto*, 10, 1.
- Weil S. (1965), *La condizione operaia*, Milano.

Amparo Salom Lucas

Degree in law in 1998, Judge since 2001, Senior Judge since 2009, currently serving in the Court of First Instance and Preliminary Investigation No. 5 in Vila-Real

**Modern institutions of effective judicial protection.
Special reference to mediation**

Abstract:

The main purpose of this article is to analyze the problems that European judges have to face daily in relation to effective judicial protection, as well as to highlight the instruments that we have at our disposal. In addition, this article also studies the jurisprudence of the European Court of Human Rights in relation to said right and the interaction of the same with the mediation.

As a judge, I am very familiar with the real problems that we have to continually address in order to respect human rights when we apply our national law and European law, bearing in mind that there are no concrete answers to the Conventions. This is why I have decided to write about it and give a practical overview of the subject.

The purpose of the article is to reflect, not only on the basis of the right to effective judicial protection, but also on how it materializes in the daily work of a court. Finally, I intend to show how mediation in judicial matters respects this right and can make it more effective.

Keywords: *effective judicial protection, European Court of human rights, jurisprudence, criminal mediation, procedural rights.*

I. Introduction

Prior to the analysis of the European case law in relation to effective judicial protection, it is necessary to take a moment and reflect on the concept of this right itself, even if briefly in order to establish the basis of the ideas that I will expand upon afterward.

This right originates at a moment in history in which the State eliminates private justice and assumes its role, organizing a system to make it effective (Administration of Justice). In turn, not only does it create a public system of conflict resolution, but also recognizes citizens the right to resort to it and obtain the corresponding guardianship. In the words of the Span-

ish Constitutional Court (hereinafter TC), it is the State whose role it is to “create the settings for judicial activity and, more specifically, for the process in which the fundamental right is exercised, ordained for the satisfaction of claims”¹ it is therefore a law that protects individuals against power.²

In the case of Spain, this right is recognized in the Constitution of 1978, in article 24:

All persons have the right to obtain effective protection from the judges and the courts in the exercise of their rights and legitimate interests, and in no case, may there be a lack of defence. Likewise, all have the right to the ordinary judge predetermined by law; to defense and assistance by a lawyer; to be informed of the charges brought against them; to a public trial without undue delays and with full guarantees; to the use of evidence appropriate to their defense; not to make self-incriminating statements; not to plead themselves guilty; and to be presumed innocent. The law shall specify the cases in which, for reasons of family relationship or professional secrecy, it shall not be compulsory to make statements regarding allegedly criminal offences.

In the 1997 Constitution of Poland, it is enshrined in article 45:

1. *Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court.*
2. *Exceptions to the public nature of hearings may be made for reasons of morality, State security, public order or protection of the private life of a party, or other important private interest. Judgments shall be announced publicly.*

At the European level, it is recognized in the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, enshrined in article 6.1° whose content we will discuss in the next section.

This right is also enshrined in article 47 of The European Charter of Fundamental Rights in 2000:

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

1 STC 99/30 September 1985

2 STC 64/1988 of April 12

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

It is worth remembering the difference between both European texts and their practical applicability, given that there is some degree of confusion regarding both.

On one hand, the European Convention Rights and Freedoms is an international treaty by which the State Member of the Council of Europe (therefore separate from the European Union) guarantee the rights contained in the Convention. The attacks on said rights can be reported before the European Court of Human Rights, hereinafter ECHR.

On the contrary, the European Charter of Fundamental Rights is applicable to the countries in the Union³ and is legally binding since the 2009 Treaty of Lisbon. Its scope of application reaches only in the event that the Member States are applying the Community law⁴ (article 51 of the Charter). The violation of the rights contained in the Charter is reportable to the Court of Justice of the European Union.

The Charter itself foresees the possibility of the overlap of both texts, in article 52, by establishing that where a right is recognized in both, its scope will be equal to that under the Convention without detriment so that the European Law provides a more extensive protection. It should be taken into account that the emphasis placed on Community law must be our common ground, to the extent that the right of the Union is allowed

3 Except for Poland and the United Kingdom, for different reasons. The practical consequence of this is that it is implementing the Treaty of Lisbon but does not extend them the jurisdiction of the European Court of Justice as it is the case with other countries. In this way, nothing contained in title IV of the Charter creates rights applicable to Poland and United Kingdom unless those rights are recognized in its national law.

4 C-617/10 case TJUE Hans Åkerberg Fransson: the EU law does not regulate the relationship between the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, signed in Rome on 4 November 1950, and the laws of the Member States and also consequences to be deducted a national court in the event of a conflict between the rights granted in this agreement and a rule of national law.

to provide greater protection to the rights recognized in the Convention, but not the Member States⁵.

I have chosen to analyze solely the ECHR case law since this Court has a scope of territorial jurisdiction broader than that of the ECJ.

Finally, I want to reflect a little on what it means to be a European judge today. Since it is not only necessary to be proficient in national law, but to also be knowledgeable of and have respect for European law with all it entails, especially when we talk about courts of preliminary investigation or when functioning as on-call with issues which require an immediate solution. An individual may claim a directive directly before a national judge once it has been transposed or incorporated into the domestic law, and the judge must interpret national law with the criteria of the directive itself⁶. But furthermore, in cases where a Directive is precise enough to be applied and is not subject to condition, it can be invoked by a individual before a judge without the need for it to be incorporated into national law⁷, which obviously makes our job difficult while at the same time, fulfilling.

In the Spanish case, as in the European, this right has so many nuances, is projected on so many levels when it comes to making it effective that its mere assertion will not suffice. It has to be detailed in its various aspects, as can be seen in the transcript of the three legal precepts. This causes “confusion in practice”⁸ which, in the case of the Spanish Constitutional Court, has not meant an obstacle when getting to the bottom of the issues debated, since it has considered on a case-by-case basis and invoked all the guarantees of this right, without distinction, to obtain the pertinent conclusion in each case.

However this Court has pointed out that⁹, despite the aforementioned misunderstanding, the right to effective judicial protection transcends what would be the simple sum of the guarantees contained in article 24 of the Spanish Constitution and has its own content, since otherwise, in the

5 Case c-399/11 ECJ Melloni

6 ECHR judgment of the Grand Chamber, on October 5, 2004

7 ECHR judgment of 11 July 2002 C-62/00

8 CORDÓN MORENO, FAUSTINO, The right to effective judicial protection fundamental procedural rights manuals of training of the General Council of the Judiciary 22-2004

9 STC 89/1985 of July 19th

opinion of the Court, it would be redundant. In fact, the TC itself has defined this right from its first rulings¹⁰ such as the right to “a process with full guarantees”, which further blurs the boundaries between the right itself, and the specific guarantees. According to TC, since the effective judicial protection has a nature separate and superior to the sum of the guarantees of article 24.2 CE, this causes that a breach of these guarantees may be detrimental to effective judicial protection, but not always.

One of the main features of this right is its projection during the entire procedure, from the start, with access to jurisdiction, until it complies with the Court ruling. However, the TC has pointed out, despite the fact that this right protects all the phases of a process; they are not covered with the same strength.

- a. with regard to access to the courts, it is well-known by all that this law implies that any claim deserves a response by the judicial body, which includes the different instances in the case of appeals. Despite the fact that access to second instance is part of effective judicial protection, TC has indicated that once it has obtained a response to a judicial claim, the means of appeals belongs to the scope of the legislator¹¹. In this case the constitutional aspect of this right is not the right to appeal, but if that possibility exists, the right includes the right to not be deprived of access to it.¹² Nonetheless, the TC recalls that an excess of formalities and procedural rigor when admitting the remedies can empty this right of content, reason why the guiding criterion in this matter must be antiformalism, the ECHR has ruled in the same sense, as we shall see later.
- b. in relation to the scope of this right as to the content of the claim, the constitutional case law indicates that effective judicial protection does not guarantee the success of the claim nor the wise decision of the Court. Its scope is limited to obtaining a substantiated answer in law on the deduced claims.

10 SSTC 48/1984 and 31/1989

11 ATC 100/1996 of April 24th, 115/2002 STC and STC 270/2005 of October 24th

12 STC 69/2005 of April 4th

- c. in a third procedural stage we find the sentence, which once dictated must be unmodifiable (except by legal channels) to ensure respect for effective judicial protection. The opposite, that is to say its modification outside the channel of the legally established appeals, would flagrantly infringe this right.
- d. finally, after having accessed the judicial channels, obtained a reasoned, binding resolution, we have reached the last step of the process within which the effective judicial protection applies its effect, this is, the execution or fulfillment of the judicial ruling. If the previous procedural steps have been fulfilled but in the end the sentence is not materialized, it would leave them empty of content and without practical scope.¹³

II. European application

The ambitious and praiseworthy European project of forming a single territory with minimum procedural guarantees in all Member States¹⁴ runs into practical difficulties which make it complicated to carry out the principles on which the common area of justice is based and which are, in criminal matters and criminal procedural matters, mutual trust between Member States, approximation of the essential lines of national law, mutual recognition of judicial decisions and the strengthening and simplification of forms of police and judicial cooperation.¹⁵

Let us not forget that all the Member States of the European Union have signed the ECHR and are subject to the jurisdiction of the European Court of Human Rights and it is precisely the jurisprudence of that body in relation to the “fair process with all guarantees” which is one of the main cornerstones for mutual trust, since all our processes will be reviewed by

13 STC 152/1990 of October 4th

14 Article 83.2 of the Treaty of the European Union article 3 TEU (Treaty of Lisbon)

15 HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, Approximation of criminal procedures in the European Union and mutual recognition of judgments and judicial decisions following the Treaty of Lisbon, digital notebook formation of the Council General of the Judiciary 4-2011

the same body, based on the same criteria. This common Court is especially important since there are no common legal traditions in Europe.

We will therefore analyze all the facets of Article 6.1 of the ECHR in detail through its most recent case law of the ECHR¹⁶, analyzing jointly the civil and criminal limb of this right.

- a. right of access to the jurisdiction.** In addition to the meaning of this right to which we have mentioned in the previous section, it is interesting to note how the ECHR emphasizes, both in civil and criminal cases, that such access should be effective and practical¹⁷ and not just a generic statement that ends in a meaningless piece of paper. Thus the Tribunal has considered that the prohibitive costs of a proceeding in relation to the economic capacity of the litigant impede the right of access to the jurisdiction¹⁸, in the same way as issues related to the statute of limitations when the litigant has acted in good faith¹⁹. ECHR jurisprudence does not negate the limitations of access to jurisdiction (such as procedural requirements of admissibility or fees), but only when it restricts access in such a way that the essential nature of the right is impaired²⁰. In the case of *Llopis Ruiz v. Spain*, dated 7 October 2003, the ECHR considered that there had been no infringement when an appeal for annulment and an appeal for breach of procedural rules were found inadmissible. The Tribunal considered that the error was not committed by the public authority but by the plaintiff. In *Weissman v. Romania*, dated 4 May 2006, it considered that this right had been violated

16 The main problem encountered is how to make effective a ruling of the ECHR when declares violated a right recognized in the Convention. In the Spanish case the Supreme Court understands that it should proceed by way of judicial review of the art. 954 of the Criminal Procedural Code, since it considered that ruling does not quash the domestic judgment, but is limited to declare the violation of a right, and therefore the case should be reopened. STS 330/15

17 *Bellet v. France*, 24 November 1994, series A No. 296-B

18 *Garcia Manibardo v. Spain*, case No. 38695/97

19 *Yagtzilar and others v. Greece*, no. 41727/98

20 *Labergère v. France* on September 26, 2006

when a substantial sum was demanded in order to bring an action to claim compensation for confiscation of a property, as it was considered disproportionate and prevented access to jurisdiction.

b. right to waive that disputes are resolved in the courts:

(Only in civil proceedings) This aspect in Spain is totally uncommon, although it does not appear to be the case in the rest of Europe, where clauses of this kind, which redirect disputes to arbitration rather than jurisdictional channels, are frequent. The ECHR²¹ sees advantages in this waiver, not only for the litigant but also for the administration, and considers that Article 6 of the Convention does not violate, *per se*, but that the case must be analyzed.

In the case of criminal proceedings, neither the text of the Convention nor its spirit prevents a person from freely, expressly or tacitly, giving up the guarantees of a fair trial. However, in order for such a waiver to be effective, it must be carried out unambiguously, without any error in its interpretation, and minimum and irrevocable safeguards must be maintained, proportional to the importance of the right to which it is waived. In such cases, this waiver cannot be contrary to the public interest, and it must be ensured that the litigant knows its consequences²².

c. right to legal counsel. (in civil procedures. In the criminal courts is discussed subsequently) Article 6 of the Convention does not imply that each Member State must provide free legal advice for all matters, but what this article guarantees is that the right of access to jurisdiction is, as we said before, “practical and effective”. In this way, it may be that sometimes the Court considers that the State must provide legal advice when it is absolutely indispensable for effective access to jurisdiction²³, and this will depend on each specific case²⁴.

21 Deweer case v. Belgium, 27 February 1980, series A No. 35

22 *Hermi v. Italy* # 18114/02 and *Sejdovic v. Italy* No. 56581/00

23 *Essaadi v. France* on February 26th, 2002, 49384/99

24 *Steel and Morris v. United Kingdom* No. 68416/01, and *McVicar v. United Kingdom* no. 46311/99

However, it is necessary to establish certain requirements so that this free aid can be accessed, such as the economic situation of the litigant and the possibilities of success of his claim²⁵.

- d. right to have a case be heard by an independent and impartial judge established by law, with legal jurisdiction to hear the case and issuing a final binding resolution²⁶. Clearing the content of this right, we have on the one hand, -the right to an independent judge. Independence must exist²⁷ with respect to the other powers and parties²⁸ The fact that certain judges are appointed by the executive power is not per se a violation of Article 6 of the Convention²⁹, it requires stronger evidence to prove that there is a causal link between that discretionary appointment and the decision taken by the Court. The criteria which the ECHR assesses in each case to determine whether independence exists or not are: the way in which their members are appointed, the duration of their mandate, if there are protective measures against external pressures, and if the body in question appears to be independent³⁰ -the right to an impartial judge. Independence and impartiality, despite being concepts which may seem synonymous, are not in the eyes of the ECHR, although it has acknowledged that in some cases they have to be examined together³¹. The concept of independence has already been defined

25 Steel and Morris v. United Kingdom 68416/01

26 Obermeier v. Austria of 28 June 1990, Chevrol v. France 49636/99 and Ouzounis and others v. Greece on April 18, 2002, 49144/99

27 Beaumartin v. France on November 24, 1994, series A No. 296-B

28 Sramek v. Austria on October 22, 1984

29 Clarke v. the United Kingdom no. 23695/02

30 All these requirements are reviewed in the judgment of Findlay v. United Kingdom of 25 February 1997

31 Case No. 65411/01 Sacilor-Lormines v. France, Oleksandr Volkov v. Ukraine No. 21722/11. In the case Tahir Durán v. Turkey, of 29 January 2004, the ECHR valued both concepts, independence and impartiality jointly considering infringed this right in a case of attack on the unity of the country in which of the State Security Court, which sentenced the applicant, was composed of three judges of which one was military and depended on the military judiciary. The ECHR understood that the fears of the applicant over which the Security Court would unduly guided by considerations unrelated to the nature of the cause were objectively justified and considered therefore violated this right.

in the previous section and means disconnection with the other powers of the State and the parties. Impartiality has been defined by the ECHR as the “absence of prejudice and predisposition”³².

The double test that the Court establishes to decide whether or not there is impartiality is interesting to note. It is a subjective first step in which one must analyze whether the judge has a personal conviction or a particular behavior that suggests that he is predisposed to a decision (in which impartiality is presumed unless proven otherwise³³). Also, a second objective step in which it is necessary to take into account the composition of the court itself, the existence of hierarchical or other relationships with the parties³⁴ and the intervention of the judges in other phases of the same process³⁵ in order to be able to verify if the judge in question offers sufficient guarantees to exclude any legitimate doubts in this respect. The ECHR in any case considers that it is necessary to examine each specific case in order to decide if a particular link or relation indicates a lack of impartiality. Furthermore, it emphasizes that, even appearances are important so “justice must not only be done, it must also be seen to be done”

It is so, since what is at stake is the trust that the court inspires in democratic society³⁶. “*The 2016 EU Justice Scoreboard*” study examines the perception of judicial independence according each country. Occupying the top positions are Denmark, Finland and Sweden, and in last places Italy, Bulgaria, Slovakia. Poland occupies the nineteenth position and Spain the twenty third place on a scale of twenty-eight countries on this public independence perception scale.

32 Wettstein v. Switzerland 33958/96 and Micallef v. Malta no. 17056/06

33 Le Compte, Van Leuven and De Meyer v. Belgium on June 23, 1981 and Micallef v. Malta no. 17056/06

34 In the Spanish case, sentences as of the Superior Court of Justice in Cantabria, Social Section no. 244/04, have declared that there is violation of this right when one of the judges of the Chamber is also an associate professor at the University sued in the procedure. This decision expressly invoked the ECHR’s case Pescador Valero v. Spain on June 17, 2003 in which it happened exactly the same and the Court declared that the fears of the plaintiff that the case was not addressed with the required impartiality were legitimate

35 Morel v. France no 34130/96, Luka v. Romania No. 34197/02 of July 21, 2009 and Pescador Valero v. Spain 62435/00

36 Castillo Algar v. Spain on October 28, 1998.

In the case of *Romero Martín v. Spain* of 12 June 2006, the ECHR considered that there was no breach of the right to an independent and impartial judge because some of the members of the Tribunal who had convicted him of the attempted murder of his ex-girlfriend had been part of the Section of the Provincial Court that had resolved an appeal against the denial of probation and non-relevance of some evidence. The ECHR considered that there was nothing objectively justifiable showing that those judges had lost their impartiality.

Both demands, independence and impartiality are required not only from professional judges, but also to lay judges and jurors³⁷.

– right to a tribunal established by Law with competence to resolve the matter. This is a direct and logical consequence of the rule of law inherent in the system of protection established by the Convention. This right implies that both the judicial body, as well as the composition of the same and the assignment of matters must be previously regulated by the national legislation³⁸. The ECHR has considered that this guarantee has been breached, and therefore the judge was not preordained by the Law when a Court of Cassation has judged co-defendants together with Ministers, when the connection between them was not established by any standard³⁹, or when a court made up of lay judges continued to perform trials in accordance with tradition when the rule that allowed them to do so had been repealed and no new rule had yet been issued in this regard⁴⁰.

– Finally, regarding the right to a binding decision, we can mention the *Ryabykh* case against Russia of July 24, 2003, where it was considered that this right had been violated when a final judgment was annulled, which compensated the plaintiff for the loss of value of her savings. It was the president of a Regional Court who filed a petition for judicial review while the first sentence was being executed because it was in conflict with the substantive Laws. As a result, the Presidium of the Regional Court rendered the judgment null and void and completely dismissed the applicant's

37 *Holm v. Sweden* on November 25, 1993

38 *Fatullayev v. Azerbaijan* on April 22, 2010

39 *Coëme and others v Belgium* No. 32492/96

40 *Pandjikidze and others v. Georgia* on October 27, 2009

claims without the latter having even been informed that the request for review or the request to attend the hearing before the Presidium had been filed. After this first sentence five more happened, and the ECHR finally concluded that violation of the Convention occurred having broken the legal certainty that *res iudicata* gives, since under that principle no party has the right to request a revision of a binding sentence, simply with the object of a new examination and a new resolution on the case. The possibility of reviewing a final judgment is limited to cases in which new evidence appears, or to correct manifest judicial errors, and not to serve as a disguised appeal.

Within Europe there are judicial systems in which certain senior officials, such as the President of the Supreme Court of Arbitration, or the Attorney General, have discretionary power to challenge a judicial decision through review procedures⁴¹ which obviously breaks the entire system of guarantees from the last stage of the procedure and is contrary to the rule of law.

- e. **right to a fair trial:** This guarantee is considered as an crucial pillar for a democratic society, and when the ECHR has interpreted it, it has said that in no case can this right be interpreted restrictively⁴², and also affects the entire procedure and not just oral hearings. It has also recognized that Member States are free to regulate civil rights and obligations the same way they regulate criminal matters, since the requirements that must be met by legislation are less demanding when dealing with civil rights than when dealing with criminal charges⁴³.

The specific content of this right, among others, is the right to allege what is considered appropriate in defense of their position⁴⁴, or that the Tribunal makes available the documentation in the possession of the

41 Sovtransavto Holding v. Ukraine No. 48553/99, Tregubenko v. Ukraine on November 2, 2004 No. 61333/00 and Starominskaya v. Ukraine's October 6, 2011 No. 23465/03.

42 Airey v. Ireland on October 9, 1979, case Stanev v. Bulgaria No. 36760/06, Moreira de Azevedo v. Portugal of 23 October 1990, Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece on December 9, 1994.

43 König v. Germany, on June 28, 1978

44 Van de Hurk v. Holland, 19 April 1994

authorities to the parties, even if that means disclosure confidential documents⁴⁵. However, the ECHR has considered as valid remedies to correct a prior violation of this right, that the decision in question is reviewable by an independent judicial body fulfilling all the guarantees⁴⁶.

In the *Slimane-Kaïd* case (No 2) of 27 November 2003 against France, the ECHR stated that this right had been infringed when the reporting judge's was not disclosed for the other parties when they had been provided to the General Counsel. The ECHR understands that this report became public when it was exposed at trial, and the applicant was therefore able to replicate it. However, after having been communicated the report and the draft judgment (which was hidden because of the secrecy of the proceedings) in advance to the General Counsel, and in the light of the outcome of the procedure, the Court concluded that there was an imbalance due to a lack of communication in the same terms as with the General Counsel who had a privileged position in the proceedings. The fact that the General Counsel was present in the deliberations of the court, even if he did not participate in them, was considered incompatible with Article 6.

f. right to a adversarial proceeding: this right forms part of the most general right to a fair trial and its requirements are the same for criminal and civil proceedings. This right has been defined as the opportunity in a process that all the parties have to know and to argue with respect to all the presented evidence with the intention of influencing the decision of the judge in their favor. To this end, the ECHR considers that any attempt to expedite the procedure and save time should be discarded if this entails that this right is affected⁴⁷, in which the necessary postponements are necessarily carried out so that all the parts are equally illustrated of evidence and they can be refuted⁴⁸.

In criminal proceedings this right implies that the accusation and the defense must have the same opportunity to take cognizance of the procedure

45 *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, June 9, 1998

46 *Obermeier v. Austria* of 28 June 1990

47 *Niderost Hubert v. Switzerland* on February 18, 1997

48 *Yvon v. France* no. 44962/98

and to plead on the evidence provided by the other party. In cases where there is classified material for reasons of public interest, the ECHR will not review whether or not the disclosure order was justified in a particular case, but will examine the process to reach that decision in order to determine whether it was conducted with respect to equality of arms and protection of the interests of the accused. The right to disclosure documents or evidence is not absolute, as it may be restricted under the Convention for reasons of national security, protection of witnesses against possible reprisals, or to keep certain investigative police methods secret⁴⁹. In any case, when this happens, this limitation should be balanced, to a possible extent, by the national courts. The Inter-American Court of Human Rights rules in the same way even taking into account the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, in the Ruling of December 19, 2006, in the case of Claude Reyes and others against Chile.

In the case of *Vaturi versus France* of 13 April 2006, the ECHR found that there had been violations of the Convention by not allowing the applicant to examine witnesses in any phase of the procedures followed against him.

g. right to equality of arms: This right also forms part of the right to a fair trial and implies that each party must have a reasonable opportunity to present its case under conditions that do not place it in a situation of inequality or disadvantage with respect to the other party⁵⁰. As an example of a breach of this balance, in civil proceedings, we can cite the case when a party's appeal is not served on the other party, who therefore had no possibility to respond,⁵¹ when only one of the witnesses was allowed to testify or one of the parties had access to relevant information and the other not. However, the ECHR considers that there is no breach of that right where there is a difference of treatment in relation to the witnesses who were heard but this different treatment did not influence the outcome of the procedure.⁵²

49 *Doorson v. Holland* on March 26, 1996

50 *Dombo Beheer B.V. v. Holland* on October 27, 1993

51 *Beer v. Austria* no 30428/96 of 6 February 2001

52 *Ankerl v. Switzerland* on October 23, 1996

In criminal proceedings, it was considered that the right to equality of arms was violated when the plaintiff was prevented from answering the allegations made by the *Avocat General* before the Court of Cassation, and was not given a copy beforehand⁵³. It was also considered that this right was violated when a defense lawyer had to wait fifteen hours until he could present his case in the very early hours of the morning.⁵⁴

h. administration of evidence: In the same way as in the fourth instance, the Convention does not regulate norms related to the evidence as such, (burden of proof, admissibility and assessment), but are matters that must be regulated by national law and courts⁵⁵. The role of the ECHR in this case is to ensure that the procedure as a whole is fair, and this includes the way in which the evidence was presented. In this regard it has ruled in cases where the inadmissibility of a witness has not been reasoned, when the parties have not been able to participate actively in the questioning of a witness, or when only allowed to propose evidence to one of the two litigants⁵⁶.

There is also jurisprudence on expert evidence, in which, as in witness statements, the ECHR will only rule on whether the process for the appointment of the expert was fair, and not on whether or not the evidence was admissible. The ECHR has stated that what is essential is that all parties have access to expert evidence and can actively participate in its practice,⁵⁷ since, when the trial is about technical matters beyond the judge's knowledge, it is clear that it will be crucial.⁵⁸

In criminal jurisdiction this right implies that in order for an accused person to be convicted, all evidence must be presented in their presence,

53 *Borgers v. Belgium* on October 30, 1991

54 *Makhfi v. France* on October 19, 2004

55 *Garcia Ruiz v. Spain* no. 30544/96

56 *Wierzbicki v. Poland* on June 18, 2002, *Mantovanelli v. France* on March 18, 1997 and *Dombo Beheer v. Holland*, 27 October 1993

57 *Mantovanelli v. France* on March 18, 1997, in which the plaintiffs could not pronounce on the findings and conclusions of the expert opinion, which was the main evidence. The Court considered that there had been infringement of article 6.

58 *Storck v. Germany* 61603/00 and *Mantovanelli v. France* on March 18, 1997

in public and with in an adversarial proceeding (with safeguards in special cases in which the evidence can be presented without visual confrontation of the accused, for example in cases of sexual abuse)⁵⁹.

- i. **right to get a judicial reasoned judicial decision:** The ECHR again insists on appearances and states that this right shows the parties that their case has really been studied⁶⁰ and lays the groundwork for the parties to appeal the decision⁶¹. However, just as it happens in Spain, the right to a judicial response based on law does not mean that each and every one of the issues raised in the lawsuit should have a specific answer and in any case the requirement of this right depends on the nature of the decision and the circumstances of the case. Only when the party's request is decisive for the outcome of the proceeding is there an express duty of the judicial body to rule in a reasoned manner⁶².

This right, which is equally applicable in the civil and criminal courts, presents a specialty in the latter since the Convention does not require that the verdicts of the jurors be reasoned. And yet, the ECHR allows the accused to be tried by judges even if their decision is not motivated⁶³ since it considers the existence of procedural mechanisms that remedy this deficiency as sufficient guarantee of motivation (such as advice to the jurors or lay judges on the part of the president of the court regarding the evidence; setting unambiguous questions that must be answered in their verdict thus forming a framework in which it should be based⁶⁴; or subsequent motivation carried out by the professional judge so that the general public and the accused in particular, are aware of the reasons which have led the jury to reach such a decision).

In the Spanish case⁶⁵, the jury decides whether the accused is guilty or not guilty of the object of the verdict previously set by the Judge-President

59 F and M v. Finland on July 17, 2007

60 H. case v. Belgium on November 30, 1987

61 Hirvisaari v. Finland on September 27, 2001

62 Ruiz Torija v. Spain and Hiro Balani v. Spain, both of 9 December 1994

63 Saric v. Denmark on February 2, 1999

64 R case v. Belgium No. 15957/90, case Zarouali v. Belgium No. 20664/92, case Planka v. Austria no. 25852/94 and case Papon v. France no. 54210/00

65 Organic Law 5/1995 of 22 may

(Article 52 Organic Law 5/1995), and it will be the latter who drafts the Sentence with the same requirements of motivation that the sentences dictated by professional judges have (Article 70)

In the case of *Bellerín Lagares v. Spain* of 4 November 2003, the ECHR considered that the decision of the Spanish jury had not infringed Article 6 of the Convention because the contested decision had the record of the jury's deliberations annexed which contained a list of facts that the jury had considered proven to find the appellant guilty of the facts, as well as a legal analysis of those facts and a reference to mitigating and aggravating circumstances that could influence the degree of responsibility.

In the case of decisions taken by professional judges, the ECHR in *Sakkapoulos v. Greece* of 15 January 2004 found that this right was infringed when compensation for preventive detention was denied based on the application of the legal provision in question without any other motivation.

- j. **right to a public hearing:** Article 6 itself establishes exceptions to this right based on grounds of morality, public order, national security, protection of minors, or protection of the privacy of the parties, provided that publicity could harm the interests of justice. If none of the above circumstances exist, the trial must be public in order to avoid overshadowed justice not subject to public scrutiny and to make it transparent. It is a right that usually is linked to first instance because of the public hearing and the ECHR considers that it is not infringed when we go to higher instances, if the national laws do not contemplate the hearing and it has been held in the first instance⁶⁶.

In criminal proceedings, the ECHR finds it difficult to fulfill the rights to defend oneself, to question witnesses, to the assistance of a lawyer, or to an interpreter when the accused does not attend the trial and it is held in absence⁶⁷. However, the Court considers that such judgments are

⁶⁶ *Helmerts v. Sweden* on October 29, 1991

⁶⁷ In Spain, the code in its article 786.1 allows the holding of the trial in the absence of the accused (properly cited) if the most serious penalty requested does not exceed two years of imprisonment or, if it is of a different nature, not exceeding six years.

not inconsistent with article 6 but this may be violated when the accused's absence was not due to his resignation to appear or intention to escape, and there is no legal mechanism to obtain a new judicial decision after being heard⁶⁸.

In *De Biagi v. San Marino* (15 July 2003), the plaintiff was sentenced at first and second instance to four years and six months imprisonment for fraud and criminal association without a public hearing and without having been seen or heard by the Judge through a written process in both cases. The hearings were held only in the first instance but did not take place before the Judge but before the Law Commissioner. In this Judgment, the ECHR states and reiterates that the right of the accused to a public hearing is not only a guarantee, but also contributes to convincing the accused that the case has been heard by a court whose independence and impartiality he can control. As stated above, the public hearing in the second instance is not necessary if it was held in the first instance, but in this case, it did not happen, therefore considering that there had been breach in both.

In the *Martinie v. France* case (12 April 2006), the hearing was not public and there were not grounds of general interest to justify it. Consequently, neither Mr. Martinie nor his lawyer could be present at the hearing but the representative of the State who was informed of the view taken by the Judge before that hearing was present and was able to make arguments before the Court therefore the ECHR considered that there had been an infringement of Article 6.

k. right to a procedure to last reasonable a time: Article 6 recognizes the right to a trial within a reasonable time. The question is, what is considered a reasonable time? On the one hand the ECHR addresses the circumstances of the case, its complexity, number of parties, etc. And on the other hand, it addresses the procedural attitude of the plaintiff who, if not affected by the conduct negatively, given that he is exercising his right to appeal, does appreciate that the length of the proceedings could have been extended for reasons not

68 Case *Sejdovic v. Italy* No. 56581/00

attributable to the Administration of Justice⁶⁹. Finally, the ECHR considers the process as a whole and not the timely delay that a part of the procedure may have⁷⁰. The period of time taken into account for the purposes of the ECHR begins to run in the civil proceedings from the moment the claim has been filed before the competent judicial body⁷¹ unless there is a previous mandatory administrative phase in which case it is also included as “Duration of the procedure”⁷².

The final moment for the computation of said period of time also includes the execution of the judicial decision, so that it does not stop until it is fully effective⁷³. The ECHR in the Pollifrone case against Italy dated March 11, 2004 considered that 9 years and 3 months for an eviction process (and 5 years in the Montanari case, of the same date) violated this right.

A very curious case is *Muzenjak* against Croatia, dated 4 March 2004, in which the plaintiff had started civil proceedings in his country to be compensated for injuries caused by a traffic accident. The procedure lasted almost 9 years, of which only 4 years and 9 months fall under the Convention since it entered into force in Croatia on 5 November 1997. The process had a certain complexity because it was necessary to determine the loss of profit and the plaintiff was a temporary worker so he had no fixed income and in addition, if he had not been injured, he would have obtained permanent employment. With respect to the attitude of the plaintiff, the plaintiff did not present the documentation regarding his income and the court had to collect it from different authorities on several occasions. In addition, he changed his claim several times during the procedure. However, the ECHR considers that the subject matter of the action was very important for the applicant, since it was to determine a monthly pension for injuries resulting from a very serious permanent disability resulting

69 Case *Comingersoll SA v Portugal* no. 35382/97

70 *Demuelan v. Germany* of 29 May 1986

71 *Bock v. Germany* of 29 March 1989

72 *Case Xv v. France* on March 31, 1992

73 *Case Di Pede v. Italy* on September 26, 1996

from the accident. As for the procedure itself, it was reviewed in three instances and returned to the first to repeat the trial upon reversal of the Judgment. In spite of all these events valued by the Court, it considered that Article 6 of the Convention had been violated because the length of the proceedings had been excessive.

In the case of criminal proceedings, the purpose of this guarantee is to avoid that anyone is under an indictment for too long⁷⁴, initiating the computation of time from the moment the accusation is made, and not necessarily in court, but that the initial phase of research is taken into consideration. The period ends when the entire procedure finishes, including the appeal phase⁷⁵. Just as in the civil process, to assess the duration of the procedure in the criminal court, the circumstances of each specific case and the duration of the whole process are taken into account, not just certain phases. As examples, we can name the Milasi case against Italy in which the ECHR declared that 9 years and 7 months for a non-complex cause violated this right despite the efforts made by the Member State to solve the temporary workload that was endured by the court. Or the Clinique Mozart case against France that lasted 12 years, 7 months and 10 days and was not particularly complex. The ECHR has found that the process lasted a reasonable time at 5 years and 2 months (Ringeisen case against Austria) due to the complexity resulting from multiple related offenses relating to fraud, fraudulent bankruptcy, innumerable requests for freedom by the defense, challenge of judges and referral of the case to other jurisdictions. In the same way the Court understood that the duration was reasonable in the Neumeister case against Austria, which lasted 7 years and 4 months, because it was especially complex due to the number of crimes, persons involved, and national significance which involved the request for judicial cooperation from other countries with certain significant delays to respond.

Regarding to rights applicable only to criminal proceedings, we have to analyze:

74 Kart v. Turkey no. 8917/05

75 Case Neumeister v. Austria on June 27, 1968 and Delcourt v. Belgium of 17 January 1970, respectively

(a') The right to remain silent and not self-incriminate, which applies to all types of criminal proceedings regardless of the seriousness of the alleged offense, as well as police interrogations⁷⁶. The purpose is to avoid procedural nullities and ensure compliance with the rights of article 6. Thus, the prosecution must prove its allegations seeking the evidence without resorting to obtaining it through methods of coercion or oppression against the defendant's will. Therefore, it has been considered that there was an infringement of this right when the accused decided not to testify and the authorities used subterfuge (an informant who shared a cell with him) to obtain confessions or incriminating statements⁷⁷.

The right to not testify against oneself and to not confess guilt is not absolute and not just any coercion will violate the right of article 6. The ECHR will also assess the nature and extent of coercion, the existence of relevant protection in the procedure, as well as the employed use of the material obtained in this manner, so that, if it is not used as evidence in the trial the Court considers that there was no infringement. The right not to testify may sometimes mean that this silence, in cases where the accused clearly owes an explanation, is considered along with other evidence provided by the accusation so that it may be incriminating.

(b') right to not use evidence obtained in violation of the rights recognized in the Convention: Article 6 does not regulate any rule on the admissibility of evidence, leaving it to the legislation of each Member State. The ECHR will only examine this issue in assessing the whole process, including the manner in which the evidence was obtained, to consider whether the trial was fair or not. For example, whether the appellant had an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use will be assessed and whether the evidence, whose validity is disputed, was decisive or not for the resolution of the case.

Therefore, statements or other evidence obtained in violation of the rights of Article 3 of the Convention, such as torture or inhuman and degrading treatment, means that the procedure as a whole is automatically

76 Case John Murray v. the United Kingdom on February 8, 1996

77 Saunders case v. the United Kingdom on December 17, 1996

declared null and void for violation of article 6⁷⁸ even in the case where evidence was not decisive for the guilty verdict⁷⁹. This guarantee goes beyond and does not only cover cases where the victim of torture or degrading treatment is the accused but also when third persons to the process and their statement is used as evidence⁸⁰. In this case the ECHR states that the use of said evidence is a flagrant denial of justice.

(c') entrapment: regarding this issue, the ECHR has recognized the need for States to resort to special investigative methods, especially when it comes to organized crime and corruption cases, such as undercover officers, and considers that such methods themselves do not infringe the Convention but must be carried out within clear boundaries⁸¹. Having once again expressed its understanding of the difficulty of investigating organized crime, the Court states that the right to a fair trial applies equally to the simplest or most complex offense and that the police may act in a covert manner but not incite the commission of a crime⁸². If that were the case, the evidence obtained could not be used in the trial because it would mean definitively depriving the defendant of the right to a fair trial from the beginning, as stated in the Ramanauskas case. In such cases, the ECHR will examine whether there was incitement to commit an offense, and if so, whether the defendant was able to defend himself against it under national law. If this was the case and the evidence was used against him at the trial, the Court shall declare that there is a violation of the right of article 6.

The Court has differentiated the undercover agent from the entrapment or the incitement, considering that the latter happens when the agent is not limited to conducting a passive investigation, but exerts an influence that causes the commission of crimes that otherwise would not have been committed.

78 Gäfgen v. Germany 22978, case Jalloh v. Germany no. 54810/00

79 Jalloh v. Germany case No. 54810/00 and v. Armenia no. 36549/03 Harutyunyan

80 Case Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom 8139/09

81 Case Ramanauskas v. Lithuania No. 74420/01

82 Case Khubodin v. Russia no. 59696/00

(d') the right to the presumption of innocence: enshrined in Article 6 (2), it requires members of the court not to start the trial with the pre-conceived notion that the accused is guilty so that the burden of proof lies with the accusation and not vice versa⁸³ and any doubt should be of benefit to the offender. This right remains not only in the first instance, but also in successive instances⁸⁴. It is even applied when there has been an acquittal in criminal proceedings but the authorities make other decisions as if they were in fact guilty. For example, in cases where procedural costs have been imposed following acquittal, a minor was kept out of the custody of a parent even if the prosecution decided not to accuse him of abusing the child or the right to a social home was revoked.⁸⁵

In the Puig Panella case against Spain on 25 April 2006, the plaintiff, whose conviction the Constitutional Court annulled, was denied compensation due to the irregular functioning of the Administration of Justice, on the grounds that there was no absolute assertion of his innocence but doubts about his guilt. The ECHR itself acknowledges that, even though the conviction was annulled, there was always doubt about his innocence that prevented the sought after compensation. However, it points out that the Ministry of Justice should have redirected the claim through a different, also permitted, manner that did not require an acquittal. This right is violated when the judicial authority⁸⁶ or other public authorities⁸⁷ make statements in the press that reflect an opinion on their guilt before it is proven that the defendant is guilty. Despite the freedom of the press, which also protects severe comments in cases of general interest, the ECHR has stated that an active campaign can adversely affect the right to a fair trial by generating a public opinion against the accused and consequently influencing members of the jury.⁸⁸

(e') right to know the reasons for which a person is charged: the purpose of this right is directly connected with the right to prepare the ac-

83 Case Telfner v. Austria on March 20, 2001

84 Konstas case v. Greece on May 24, 2011

85 Allen v. the United Kingdom no. 25424, which contains many other references

86 Didu case v. Romania on April 14, 2009

87 Case Petyo Petkov v. Bulgaria on January 7, 2010

88 Kuzmin case v. Russia on March 18, 2010

cused's defense, since it is difficult to study an adequate defense when one does not know what one is defending. This occurred with some frequency in Spain until the entry into force of Directive 2012/13/ EU through Organic Law 5/2015, since when an arrest occurred, the police authorities gave the detainee and his lawyer brief information of the facts of the accusation but did not give access to the documentation of the case file. This circumstance was immediately saved in the court on duty, in which, once the report was delivered, a copy was given to the lawyer to prepare his defense.

The Convention does not establish a specific way in which this information should be facilitated⁸⁹, so in principle, any form that allows the understanding of the charges against the accused and the legal qualification of the same would be valid. Notwithstanding the jurisprudence of the ECHR, although this formal freedom states that it is not enough to have the information available to the accused⁹⁰ and that it must be actually received by him⁹¹ without the presumptions of reception.

(f') right to prepare a defence: Article 6 of the Convention specifically refers to two requirements, adequate facilities, and substantial time to prepare the defense. Evidently, this right, like many others, must be evaluated according to the circumstances of the case, the complexity of the matter and the procedural stage in which the proceedings are. In this way, the ECHR has stated that in the face of doubt, the hearing must be postponed in order to ensure the right to adequate protection. We can cite the Bonzi case against Switzerland in which the ECHR declared that, in that case, nine months to prepare the defense were sufficient. In addition, the Kröcher and Möller case also against Switzerland, in which the plaintiffs met with their lawyers twice per week for periods of one hour, for five months on a non-complex issue, and it was also found that there had been no breach of the Convention.

As to the right to adequate facilities that every accused person must have, it includes a place where there are appropriate conditions for reading

89 Case Pellisier and Sasi v. France no. 25444/94

90 Case Chichlian and Ekindjian v. France 10959/84

91 C v. Italy No. 10889/84

and writing with a certain degree of concentration, and that both the accused and his lawyer are not subjected to excessive fatigue that can prevent their active participation in the procedure.

(g') right to defend oneself or through a lawyer: the main objective of this right is for the accused to take an active part in the trial and the ECHR leaves it to the Member States to determine when a person can defend himself or by a lawyer⁹². This defense must be exercised effectively from the moment of the accusation⁹³, so that this article is violated so when an attorney is appointed and he dies, falls ill, or has to leave for an extended period from work or evades his obligations⁹⁴. This right also includes designating a lawyer of choice, although the Court has stated that this right may be restricted when the matter of the suit requires a specialized lawyer.⁹⁵

(h') right to an interpreter: the right to a free interpreter applies only when the defendant does not understand or speak the language used in court, so if he understands it he does not have the right to an interpreter to speak in a different language⁹⁶. On the one hand, this right covers the documents necessary to understand the accusation and to defend oneself adequately by giving their version of the facts. In this way, Article 6 is not infringed when all the documents of the procedure are not translated⁹⁷. In Spain, this right has been introduced through Organic Law 5/2015, which transposed Directive 2010/64/ EU, although in practice this requirement was already being fulfilled.

Finally, we will briefly refer to a couple of general matters, which help to understand the case law of the ECHR. On the one hand, the Court complains there is a widespread misconception on the part of litigants

92 Case Correia de Matos v. Portugal no. 48188/99

93 Case Barreto Leiva v. Venezuela from November 17, 2009 by the Inter-American Court of human rights concerning the case Dvorski v. Croatia in October 20, 2015

94 Arctic v. Italy on May 13, 1980

95 In the Spanish case, the organic law 13/2015 modified article 527 of the Criminal Procedure Code and introduced the possibility that the detainee or prisoner is deprived of the right to appoint a lawyer of their own choice in certain cases, as in cases of terrorism.

96 Lagerblom v. Sweden on January 14, 2003

97 Kamasinski v. Austria of 19 December 1989

that the Court's role is to replace national courts and it emphasizes that its scope is limited to verifying whether Member States have complied with human rights commitments they made when they signed the Convention. The opposite would mean that it is a third or fourth instance and would distort the limits of its own jurisdiction⁹⁸.

In the civil limb as well as in the criminal limb of law, the ECHR has given its own definitions of what it considers civil rights and obligations, litigation, procedure, crime, accusation, witness, judicial authority⁹⁹ etc, for the purposes of the application of the Convention. Therefore, what according to national laws and regulations is an administrative procedure, or a matter that has no access to the courts, it can be considered as such by the European Court. In the case of criminal law, Article 6 of the Convention covers certain disciplinary sanctions of great magnitude¹⁰⁰ even if they are not criminal offenses. Similarly, the administrative infractions related to the circulation of vehicles if they entail fines or restriction of the right to drive motor vehicles or if they are related to the promotion of hatred towards ethnic groups¹⁰¹ punishable by warning and confiscation of the material in question would also be protected by article 6 of the ECHR despite not be crimes as such in the corresponding State member.

98 *García Ruiz v. Spain* no. 30544/96

99 *Georgiadis v. Greece* on May 29, 1997, case *Le Compte, Van Leuven and De Meyer v. Belgium* on June 23, 1981, *Ringeisen v. Austria* on July 16, 1971, and case *Sramek v. Austria* on October 22, 1984 respectively.

100 *Case Engel and others v. Holland* on June 8, 1976 and *Ezeh and Connors v. United Kingdom* of 9 October 2003 in which disciplinary sanctions within the penitentiary context given its nature and gravity (40 additional days in prison, 14 days of isolation in cell, exclusion of common work days and 14 days of loss of privileges in the first case and 7 additional days of prison) (3 days of isolation in cell and a fine of eight pounds in the second case), had consideration of accusations in criminal material and therefore was entitled to the assistance of counsel, which was denied them and therefore declared that there was a violation of the Convention.

101 *Lutz v. Germany* of 25 August 1987 and *Balsyte-Lideikine v. Lithuania* on November 4, 2008

III. Mediation and effective judicial protection

The evolution of society is not usually accompanied by a simultaneous evolution of the law that regulates it, so that important situations of dysfunction occur sometimes. Let us consider for example that the Law on Criminal Procedure in Spain is dated from 1882. Despite its multiple updates, is still a law built on the basis of society two centuries ago.

It is not necessary to go back so far, just look at the emergence of the Internet and social networks; a revolution not only for the information world but also for crime. The Internet expanded in the mid-nineties, Twitter was launched in 2006, Facebook was created in a university context for which was initially developed in 2007, WhatsApp and Instagram in 2010, as well as many other applications to buy and sell, meet people and an infinite number of purposes. The appearance of all this has generated a culture of immediacy, everything is obtained quickly, information is shared immediately, news is transmitted in mere seconds, etc.

This “high-speed train” which is current society and new technologies collides head-on with a wall of legislation made for another type of society that is going at a very slow pace and has been slow to adapt to new crimes. Crimes such as *Cyber bullying* or school bullying through networks, *phishing* or identity theft, *sexting* or spreading erotic material of a person without his or her consent, or *grooming*, or posing as a child on social networks to gain their trust and sexual abuse of them. This clash between reality and law sometimes violates the right to effective judicial protection and cannot be deployed in all its branches. For example, let us think of a person who insults another through a social network, or uploads private material without consent. In this case, the victim, depending on the case, wants an immediate response and not to wait several months or even years to obtain a judicial response. Meanwhile, if social networks themselves do not remedy it according to their use policies, the material will be on the Internet, prolonging the agony of the victim.

When we speak of the right to effective judicial protection with the content that has been presented in the previous section, we consider how that right is respected if a crime committed today is tried within five years and the sentence is executed within seven, no matter how impartial

the judge is, the reasoned decision, etc. For when the victim receives the compensation, if he or she obtains it, they are not compensated for the damage suffered. The sluggishness of justice¹⁰² makes the victim feel unsatisfied in any case, conviction or acquittal.

In the same way, it is possible to consider where effective judicial protection lies when it is necessary to execute a conviction sentence and the convicted person, whether in civil or criminal proceedings, is reluctant to comply. The experience in the courts demonstrates the ability of certain people not to be notified, causing delays and paralyzing procedures because certain steps have to be carried out personally with the convicted. This attitude is usually coupled with the fact that the decision has been imposed by a third party (the judge), which generates weak commitment, unlike what happens when the decision has been constructed by the parties, since in those cases the times are significantly shortened and the sentence is executed more quickly.

The study conducted by the Directorate-General for Internal Policies of the European Parliament, *Rebooting the Mediation Directive*, shows that the average duration of litigation in the European Union is 566 days, 326 if it results in mediation and the success rate is 50%, and 212.80 days if the success rate is 70%. In economic terms, this study concludes that the average cost of litigation in the European Union is 9'179 euros, 7'690,05 euros if it results in mediation with a success rate of 50% of cases, and 6,124 euros if the success rate is 70%. In addition to the economic advantages and the

102 Due, among other factors, the overload of work, with rates of litigiousness of 124'9 issues per thousand people, according to the study by the General Council of the judiciary concerning the evolution of the year 2016. Spain had in 2014, 11 judges for every 100,000 inhabitants, occupying the last positions of comparative European, source: "The 2016 EU Justice scoreboard" of the European Commission. According to this study, Poland has 26 judges per 100,000 inhabitants and heads the ranking. In 2012 the average of new criminal cases per 100,000 inhabitants in Europe was 2.141'4. Spain entered that year 2.975 (Poland a slightly lower number). Likewise, that year a European judge of media met 158'9 issues, while the Spanish judges knew a significantly higher number, 265'5 criminal matters. Source: "Public expenditure and functioning of the administration of Justice in Spain between 2004 and 2013, Special reference to the autonomous community of Andalusia, comparison with other European countries", author FRANCISCO GUTIÉRREZ LÓPEZ.

duration of the procedures, there are issues that are difficult to assess objectively but with a strong subjective component. Think of the judgments that families face by an inheritance, by insults derived from a grudge that covers generations, by family businesses ... the judicial solution, despite being reasoned and respectful of the procedure will only lift the spirits of the “winners” and cause even more resentment for the “losers”, which is nothing more than ripe territory for future conflicts.

Let us now focus on neighborhood relationships, which often go to courts for noise pollution issues, such as playing musical instruments, playing loud music, or the noise that pets make. As light as the problem may seem, it may end, as it has happened, in serious criminal acts.¹⁰³. Obviously to reach such extremes there has been a previous history of arguments and disagreements which, had they been brought to mediation, would probably not have ended so drastically. A judicial response, such as limiting the practice hours of an instrument or forcing the removal of the pet from the residence, although possibly effective, is usually not understood by the guilty party who will also place all possible obstacles for compliance. In the process of mediation both parties will have the opportunity to reach a consensual resolution and at least speak of the problem they have had between them for so many years since at the trial we are going to focus only on the concrete facts, not their cause. In the case of criminal trials, the defendant’s short personal history, his personal misfortunes, his life trajectory and reasons for his behavior will not surface; neither will the anxiety, fear anguish, nor loss of sense of security that the crime has caused the victim¹⁰⁴, rather, we will focus, principally, on the economic damage and material damage. The Spanish General Council of the Judiciary, in its Guide to the practice of intra-judicial mediation, states: “Criminal types in which the amount of the damage is not specified should not be excluded.

103 In the year 2003, in Cordoba a neighbor killed another by family quarrels occurred for more than twenty years. In August 2014, in Benicarló, Castellon, a neighbor killed another by the barking of his dog. In 2016, in Palermo, Italy, a neighbor killed another because clothes this tending dripped. In August of 2016, in Elda, Alicante, a neighbor killed another by the noise made.

104 SAEZ VALCÁRCCEL, RAMON, Restorative mediation in the criminal process. Reflection from an experience.

Mediation repairs not only material damage, but above that, moral damage.”

Notwithstanding the necessary legislative changes, mediation is one of the most effective and fastest solutions that exist today to solve conflicts within the *Multi-door courthouse*¹⁰⁵ since it allows us to achieve mutually agreed upon solutions with the inherent advantages of the self-drafted solutions, not imposed by a third party, and the reduction of costs that they can imply. From my experience,¹⁰⁶ I have been able to conclude that even if mediation does not produce an agreement for whatever reason, it does also has a positive effect difficult to contemplate or measure, which is to appease the animosity between the parties and reduce the personal confrontation between them. Perhaps it is because they have been able to listen to each other in a confidential and more relaxed environment than the formality of a courtroom facility where their words can influence the decision of the judge. Or perhaps, because they discover the real intentions that the other party has which will never be allowed to be heard in a trial since, in this case, concrete facts which occurred at a specific time will be judged. The truth is that the tension that is normally coupled with the conclusion of a trial, and that frequently culminates with one of the parties having an anxiety attack, hypertension, fainting etc, is greatly reduced if there had previously been a mediation process.

The execution of mediation agreements is also better carried out than the execution of judicial decisions in which we normally find the guilty party is reluctant to comply and the court has to resort to enforcing compliance. The fact that the parties have settled the dispute¹⁰⁷ places them

105 Term given by Frank Sander, Professor Emeritus of the Faculty of law from Harvard, which defines a system conceived as a court with different doors to resolve conflicts. Cases are selected and are directed to the appropriate ‘door’. System aims to facilitate access to justice for citizens, approaching certain services, facilitating other than the judicial means to resolve conflicts.

106 Mainly with police mediation since 2010

107 The study of multiple authors. “The case of the criminal mediation applied to less serious offences” in 2013, central service of publications of the Basque Government, concluded that of derivatives mediation Affairs the percentage of total implementation of the agreement was 87 ‘80%, the partial fulfillment of 6’10% and breach the 6’10%

in a better position to comply. This causes the right to effective judicial protection to be more considerably respected in mediation than via court proceedings in terms of the right to execution.

The European Union itself has made the potential of mediation significant through Directive 2008/52/EC in relation to civil and commercial matters, or the Directive 2013/11/EU for consumer law, applicable even to cross-border disputes. This directive emphasizes a fundamental issue in regulating the training of mediators and the conditions for the exercise of their functions so that mediation takes place in an effective, impartial and competent manner and subject to codes of conduct.

In the Spanish case, family mediation was introduced in Law 15/2005 on July 8, and at the general level in Law 5/2012 on July 6 in relation to civil and commercial matters, without disservice to the regulation that some Autonomous Communities have developed¹⁰⁸.

Mediation thus conceived, is an auxiliary mechanism within the Administration of Justice, and complementary to it, which can give a swifter and more adequate response to a problem without loss of rights and always keeping open the possibility of judicial proceedings. It does not produce a failure of any of the guarantees that form part of effective judicial protection since the matter has already been distributed to a judge predetermined by law, since it is a voluntary and confidential process which does not imply assuming criminal culpability. It does not go against the right to presumption of innocence. The accused is still informed of the accusation assisted by his lawyer. Neither does it deprive him of the right to use evidence if a trial is to be held, nor will it adversely affect the right to a trial within a reasonable time since the judicial route is not going to be detained in general, and if it does, the deadlines do not usually exceed two months.

Therefore, having arrived at this point, one wonders if mediation is not only a way to make the right to effective judicial protection more efficient.

108 Andalusia, Aragon, Balearic Islands, Canary Islands, Castilla la Mancha, Castilla León, Galicia, Madrid, Basque country, Asturias and Valencia have laws on family mediation. Cantabria has a law on mediation, and Catalonia a law on mediation in the field of private law.

References

- Cordón Moreno F. (2004), The right to effective judicial protection, fundamental procedural rights. Manuals of training of the Spanish Council for the Judiciary, 22-2004
- Directives 2008/52/EC, 2010/64/EU, 2012/13/EU, 2013/11/EU
- European Charter of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 47
- European Convention of Human Rights, article 6
- European Court of Human Rights case law is available in the Internet, at the website hudoc.echr.coe.int
- Guide to the practice of intra-judicial Mediation. Spanish General Council of the Judiciary.
- Gutiérrez López F. (2016), Public expenditure and functioning of the administration of Justice in Spain between 2004 and 2013, Special reference to the autonomous community of Andalusia, comparison with other European countries.
- Hoyos Sancho M. (2011), Approximation of criminal procedures in the European Union and mutual recognition of judgments and judicial decisions following the Treaty of Lisbon. Digital notebooks of the Spanish Council for the Judiciary. 4-2011.
- Inter-American Court of Human Rights rulings, available at the website www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia
- Polish Constitution 1997, article 45
- Rebooting the Mediation Directive, Directorate-General for Internal Policies of the European Parliament
- Sáez Valcárcel R. (2007), Restorative Mediation in the criminal process. Reflection from an experience.
- Spanish Constitution 1978, article 24
- Spanish Constitutional Court rulings: 99/30 September 1985, 64/1988 April 12, 89/1995 July 19, 48/1984, 31/1989, auto 100/1996 April 24, 115/2002, 270/2005 October 24, 69/2005 4 April, 152/1992 October 4
- Spanish Criminal Procedure Code, article 786.1, 527
- Spanish Jury Law 5/1995, articles 52 and 70
- Spanish Law 5/2012 July 6, 15/2005 July 8
- Spanish Organic Law 13/2015, 5/2015
- Spanish Supreme Court rulings: 330/2015
- Superior Court of Justice of Cantabria, social section, ruling 244/2004
- The 2016 EU Justice Scoreboard, EUROPEAN COMMISSION
- The case of the criminal mediation applied to less serious offences. 2013. Central Service of publications of the Basque Government.
- Treaty of Lisbon, article 3

Jaime Bonet Navarro

University professor. Faculty of Law of the University of Valencia. Department of Roman Law and
Ecclesiastical Law of the State

Cambiamenti nel processo canonico

Riassunto

La spiegazione dei principali cambiamenti nel processo canonico che ha fatto il Papa Francesco nell'anno 2015, si centra nel contenuto del Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, per la riforma dei processi nella Chiesa cattolica di rito latino. Nella relazione si fa un riferimento ai motivi fondamentali di questa riforma processuale, alla volontà di fare i processi più brevi e gratuiti, e supra tutto, si approfondisce nei cambiamenti più importanti: nelle nuove norme di competenza dei tribunali ecclesiastici, nella soppressione dell'appellazione automatica della prima sentenza che dichiara la nullità, la non validità, del matrimonio canonico e, finalmente, nel nuovo processo chiamato più breve "brevior" per determinate situazioni molto chiare di nullità.

Abstract

The explanation of the main changes in the canonical process that Pope Francis made in the year 2015 is centered on the content of the Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, for the reform of the processes in the Catholic Church of the Latin Rite. The report makes a reference to the fundamental motives of this procedural reform, the willingness to make shorter and free the processes, and above everything, to the most important changes: the new rules about the jurisdiction of ecclesiastical courts, the abolition of the automated appeal of the first ruling that reveals the nullity, the invalidity of the canonical marriage and, finally, in the new process called shorter „brevior” for certain very clear situations of nullity.

Parole chiave: riforma, processo canonico, nullità matrimoniale, competenza, appello.

Keywords: *reform, canonical process, nullity of marriage, competence, appellation.*

La riforma processuale nel Motu Proprio Mitis Iudex Domini Iesus

L'8 dicembre 2015 intrarono in vigore le due Lettere Apostoliche di Papa Francesco per la riforma del processo canonico di nullità matrimoniale, che sostituiscono distinti canoni dei due codici canonici, il Codex Iuris Canonici del 1983 e il Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium del 1990. Queste Lettere Apostoliche sono il Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus (Lieve giudice Signore Gesù), per la riforma dei processi nella Chiesa cattolica di rito latino, e il Motu Proprio Mitis et Misericors Iesus (Lieve e misericordioso Gesù), per la riforma processuale nelle Chiese cattoliche di rito orientale¹.

Entrambe Lettere Apostoliche hanno la stessa struttura e un contenuto praticamente parallelo, soltanto con piccolissime differenze terminologiche e sfumature che ci permettono centrare il nostro studio soltanto nel Motu Proprio che si riferisce alla riforma processuale della Chiesa cattolica di rito latino.

Non si deve dimenticare la stretta vincolazione di questa riforma processuale con il precedente Sinodo dei Vescovi svoltosi negli anni 2014 e 2015, su “Le sfide pastorali sulla familia nel contesto dell’evangelizzazione” dove, fra altre importante questioni riferenti alla famiglia si trattò specificamente della “Semplificazione delle cause matrimoniali”. A questo scopo, nel mese d’Agosto del 2014, ancora non finito il Sinodo il Papa decise costituire una apposita Comissione per “preparare uno sbizzo di riforma del procesao matrimoniale per semplificare il procedimento, farlo più leggero e salvaguardando il principio d’indisolubilità del matrimonio”.

Papa Francesco fa riferimento a questo nello stesso testo del Motu Proprio Mitis Iudex Domini Iesus: “In questo senso sono anche andati i voti della maggioranza dei miei Fratelli nell’Episcopato, riuniti nel recente Sinodo straordinario, che ha sollecitato processi più rapidi ed accessibili. In totale sintonia con tali desideri, ho deciso di dare con questo Motu

1 Fra gli studi riferiti in genere alla riforma dei processi canonici, vid. C. Peña García, *La reforma de los procesos Canónicos de nulidad Matrimonial: El Motu Proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, “Revista de Estudios Eclesiásticos”, 2015. p. 634-637; Idem, *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid 2016, p. 83-123, e P.V. Pinto, *Reforma del Proceso Canónico de nulidad matrimonial*, “L’Osservatore Romano”, num. 37, año XLVII, 2015, p. 1-7.

proprio disposizioni con le quali si favorisca non la nullità dei matrimoni, ma la celerità dei processi, non meno che una giusta semplicità, affinché, a motivo della ritardata definizione del giudizio, il cuore dei fedeli che attendono il chiarimento del proprio stato non sia lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio”. Per tanto, lo scopo principale della riforma è fare più semplice e leggero il processo canonico di nullità matrimoniale².

Il Motu Proprio *Mitis Iudex Domini Iesus* ha una struttura tripartita: nella prima ci sono i motivi della riforma; la seconda contiene il testo dei 21 nuovi canoni 1671-1691 del Libro VII del CIC sulle specialità proprie dei processi matrimoniali per la dichiarazione di nullità del vincolo matrimoniale, che sostituiscono e derogano i canoni precedenti del Codex Iuris Canonici; e finalmente, dietro della firma del Papa c'è un'annesso con altri 21 articoli sotto il titolo “Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale”³.

Benchè questo sia un strano modo di legistare, per il fatto che è stata una decisione del più alto legislatore della Chiesa, il Romano Pontefice, distinguere fra i canoni che sono modificati e che ci siano altre 21 norme, col nome di articoli, che non si inseriscano propriamente nel Codex Iuris Canonici, ma che sono riportate in un'annesso del Motu Proprio, si deve concludere che tutto il congiunto del Motu Proprio è una Legge pontificia del massimo livello nel diritto canonico. Per questo, tanto i nuovi canoni come gli articoli dell'annesso hanno la stessa forza normativa canonica⁴.

D'altra parte, si deve ricordare, d'una parte, che i canoni che sono cambiati nella riforma soltanto regolano le specialità proprie dei processi matrimoniali di nullità. In conseguenza, si mantengono invariate le norme comuni dei processi canonici in genere; e d'altra parte, si deve riconoscere che tra i nuovi

2 Sulla celerità dei processi, vid. S. Bueno Salinas, *La reforma de los procesos canónicos de declaración de nulidad de matrimonio: la celeridad del proceso*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 2016, num. 40.

3 R. Rodríguez Chacón, *Antecedentes, estructura y valor jurídico en el sistema normativo canónico de los dos Motu Proprio de 15 de agosto de 2015 y sus normas anejas*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid 2016, p. 17-62.

4 Cf. R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades en el proceso canónico de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, <http://www.elderecho.com/>, e Idem, *Antecedentes, estructura y valor jurídico...*, op.cit.

canoni ci sono tante coincidenze con la regolazione anteriore⁵, e che tanti cambi introdotti soltanto sono cambiamenti terminologici o di piccolo dettaglio.

La riforma processuale canonica per la dichiarazione della nullità del matrimonio, si è concepita per essere articolata nell'azione pastorale familiare la Chiesa deve fare, sempre sotto la responsabilità del Vescovo diretta ai fedeli in difficoltà, separati o divorziati, anzi con la creazione di strutture stabili per poter fornirli d'attenzione⁶. Così, l'art. 1 delle Regole Procedurali dice che "Il Vescovo in forza del can. 383 § 1 è tenuto a seguire con animo apostolico i coniugi separati o divorziati, che per la loro condizione di vita abbiano eventualmente abbandonato la pratica religiosa. Egli quindi condivide con i parroci (cfr. can. 529 § 1) la sollecitudine pastorale verso questi fedeli in difficoltà". Ma, purtroppo, queste strutture non si concretano nella nuova legislazione, nè si stabilisce come si deve procedere e neanche quale sarebbe il procedimento perchè si possano aggiungere nel processo canonico i risultati della cosiddetta "indagine pregiudiziale pastorale previa al processo" dagli articoli 2 a 5 delle Regole procedurali⁷.

5 Una dozzina di coincidenze ha trovato il Prof. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...*, op. cit.

6 Vid. M.J. Arroba Conde, *La pastoral judicial y la preparación de la causa en el Motu Proprio Mitis Iudex Domini Iesus*, "Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco", Madrid 2016, p. 64-82.

7 Le Regole procedurali regolano questa indagine così: Art. 2: "L'indagine pregiudiziale o pastorale, che accoglie nelle strutture parrocchiali o diocesane i fedeli separati o divorziati che dubitano della validità del proprio matrimonio o sono convinti della nullità del medesimo, è orientata a conoscere la loro condizione e a raccogliere elementi utili per l'eventuale celebrazione del processo giudiziale, ordinario o più breve. Tale indagine si svolgerà nell'ambito della pastorale matrimoniale diocesana unitaria". Art. 3: "La stessa indagine sarà affidata a persone ritenute idonee dall'Ordinario del luogo, dotate di competenze anche se non esclusivamente giuridico-canoniche. Tra di esse vi sono in primo luogo il parroco proprio o quello che ha preparato i coniugi alla celebrazione delle nozze. Questo compito di consulenza può essere affidato anche ad altri chierici, consacrati o laici approvati dall'Ordinario del luogo. / La diocesi, o più diocesi insieme, secondo gli attuali raggruppamenti, possono costituire una struttura stabile attraverso cui fornire questo servizio e redigere, se del caso, un Vademecum che riporti gli elementi essenziali per il più adeguato svolgimento dell'indagine". Art. 4: "L'indagine pastorale raccoglie gli elementi utili per l'eventuale introduzione della causa da parte dei coniugi o del loro patrono davanti al tribunale competente. Si indagherà se le parti sono d'accordo nel chiedere la nullità. Art. 5: "Raccolti tutti gli elementi, l'indagine si chiude con il libello, da presentare, se del caso, al competente tribunale".

E d'altra parte, uno scopo importante della riforma è l'invito del testo pontificio verso la "gratuità" dei processi, diretto alle Conferenze episcopali perchè, nel rispetto della giusta retribuzione dei giuristi che intervengono nel processo, si assicuri la gratuità dei processi, benchè questa intenzione non si concreta in nessun altro canone.

Lo stesso Papa Francesco fa una lista delle riforme più note nel Motu Proprio *Mitis Iudex Domini Iesus*:

- a. Che una sola sentenza in favore della nullità sia già esecutiva, e che non sia più richiesta una doppia decisione conforme in favore della nullità del matrimonio, affinché le parti siano ammesse a nuove nozze canoniche, ma che sia sufficiente la certezza morale raggiunta dal primo giudice a norma del diritto.
- b. Che si possa costituire un giudice unico, comunque chierico, sotto la responsabilità del Vescovo, che nell'esercizio pastorale della propria potestà giudiziale dovrà assicurare che non si indulga a qualunque lassismo.
- c. Che lo stesso Vescovo è giudice tra i fedeli a lui affidati, senza lasciare completamente delegata agli uffici della curia la funzione giudiziaria in materia matrimoniale.
- d. Creare il nuovo processo più breve, per rendere più agile il processo matrimoniale, da applicarsi nei casi in cui l'accusata nullità del matrimonio è sostenuta da argomenti particolarmente evidenti. Siccome un giudizio abbreviato può mettere a rischio il principio dell'indissolubilità del matrimonio, il Papa ha voluto che in tale processo sia costituito giudice lo stesso Vescovo.
- e. Ripristinare l'appello alla Sede Metropolitana come segno distintivo della sinodalità nella Chiesa.
- f. Spingere il compito proprio delle Conferenze Episcopali in importanti questioni: In primo luogo, nell'ansia apostolica di raggiungere i fedeli dispersi; in secondo luogo, nel mettere in pratica la riforma del processo matrimoniale, rispettando assolutamente il diritto dei Vescovi di organizzare la potestà giudiziale nella propria Chiesa particolare; e in terzo luogo, nel curare per quanto possibile, salva la giusta e dignitosa

retribuzione degli operatori dei tribunali, che venga assicurata la gratuità delle procedure, perché la Chiesa manifesti l'amore gratuito di Cristo dal quale tutti siamo stati salvati.

- g. g) Mantenere l'appello alla Sede Apostolica, cioè la Rota Romana, che rafforza il vincolo fra la Sede di Pietro e le Chiese particolari, avendo tuttavia cura. Anzi, il Papa annunzia che la legge propria della Rota Romana sarà al più presto adeguata alle regole del processo riformato, nei limiti del necessario.
- h. h) Tenere conto del peculiare ordinamento ecclesiale e disciplinare delle Chiese Orientali, decise di emanare separatamente, nella stessa data, le norme per riformare la disciplina dei processi matrimoniali nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, col Motu Proprio *Mitis et Misericors Iesus*.

Di tutti quelli scopi o criteri fondamentali, i tre cambiamenti più grandi del processo canonico, per la sua importanza pratica, e sui cui parleremmo più approfonditamente, sono:

1. La creazione di un nuovo procedimento più breve, chiamato "brevior", in lingua latina, il cui finisce con una sentenza del proprio Vescovo diocesano.
2. La eliminazione della doppia sentenza quando la prima afferm la nullità del matrimonio, in cui caso se non c'è ricorso, non si vuole, come prima, andare alla seconda istanza od ottenere il decreto di confermazione della sentenza.
3. La nuova regolazione dei titoli di competenza dei tribunali ecclesiastici; questione conosciuta nel Diritto canonico come "i fori di competenza", per fare praticamente libera la possibilità di introdurre la domanda di nullità matrimonial i maniera praticamente libera.

Il nuovo processo “brevior”

Questa è, senza dubbio, la più grande novità della riforma processuale del Papa Francesco. Il nuovo proceso più breve si regola nei nuovi canoni 1683 a 1687 e negli articoli 14 a 20 delle Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale, contenute nell’annesso del Motu Proprio⁸.

Il nuovo can. 1683 dice che “allo stesso Vescovo diocesano compete giudicare la cause di nullità del matrimonio con il processo più breve ogniqualevolta: 1° la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell’altro; 2° ricorrano circostanze di fatti e di persone, sostenute da testimonianze o documenti, che non richiedano una inchiesta o una istruzione più accurata, e rendano manifesta la nullità”.

Queste due sono le condizioni processuali per andare nel nuovo processo.

Nel caso che ci sia Una domanda congiunta, presentata per entrambi i coniugi non c’è nessun problema. Ma nel caso a cui fa riferimento l’alternativa menzionata nel can. 1683: “col consenso dell’altro” si vorrà, logicamente, un consentimento espresso del convenuto. E questo consentimento non si può sostituire per una mancata risposta del convenuto, né perché quello si accolga alla giustizia del Tribunale.

Sul consentimento espresso del convenuto possono darsi delle situazioni differenti:

In primo luogo, nel caso che la domanda sia presentata originariamente per tramitare un processo ordinario di nullità matrimoniale, se il Vicario giudiziario considera che tale causa può essere condotta nel procedimento brevior dovrà, nel momento di notificare la petizione alla parte que non sia domandante, invitarla a comunicare al Tribunale se vuole associarsi alla petizione di nullità presentata, e per tanto, partecipare nel processo brevior,

⁸ Ci sono diversi studi specifici sul processo brevior: F. Heredia Esteban, *El proceso más breve ante el Obispo*, “Anuario de Derecho Canónico”, num. 5, 2016, p. 97-122; C.M. Morán Bustos, *El proceso “Brevior” ante el Obispo diocesano*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid 2016, p. 125-175, oltre a R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...*, op cit.

in cui caso, la risposta positiva sarebbe un consentimento “sopraggiunto”, accaduto in un momento posteriore alla domanda, ma esistente⁹.

In secondo luogo, se la domanda si fa congiuntamente per entrambe le parti, o d’una di loro col consentimento del convenuto, e una delle parti ritira il suo consentimento, la conseguenza logica è che non si potrà andare al processo speciale brevior, e si vorrà fare il processo ordinario di nullità matrimoniale.

D’altra parte, sebbene le nuove norme processuali non lo chiariscono abbastanza, il Prof. Rodríguez Chacón afferma che nel processo brevior “dovrà avere una minima attività d’istruzione, mas empre dovrà averla”. Nonostante, riconosce che ci sia una grande difficoltà nell’interpretazione del can. 1683.2 nell’esigere che le circostanze di persone e di fatti che devono concorrere per poter andare al processo brevior devono fare “manifesta la nullità”¹⁰.

E non è per niente un aiuto in questo la pretensione del legislatore di chiarire il senso della “manifesta nullità” la lista di esempi contenuti nell’articolo 14.1 delle Regole procedurali, che la dottrina coincide nel rifiutare che con questa sfortunata tecnica legislativa di menzionare diversi supposti di possibile applicazione del processo brevior supponga la introduzione di nuovi motivi di nullità¹¹.

L’art. 14.1 dice esattamente che “Tra le circostanze che possono consentire la trattazione della causa di nullità del matrimonio per mezzo del

9 Art. 15 delle Regole di Procedurali: “Se è stato presentato il libello per introdurre un processo ordinario, ma il Vicario giudiziale ritiene che la causa possa essere trattata con il processo più breve, egli, nel notificare il libello a norma del can. 1676 § 1, inviti la parte che non lo abbia sottoscritto a comunicare al tribunale se intenda associarsi alla domanda presentata e partecipare al processo. Egli, ogniqualvolta sia necessario, inviti la parte o le parti che hanno sottoscritto il libello ad integrarlo al più presto a norma del can. 1684”.

10 R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...* op. cit.

11 Cf. M. Alenda Salinas, ¿Nuevas causas de nulidad matrimonial canónica? el sentido del art. 14 §1 de las reglas de procedimiento contenidas en la Carta Apostólica *Mitis Iudex Dominus Iesus*, e M.D. Cebriá García, *Las circunstancias y hechos orientativos de la nulidad clara del art. 14 del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus, para abrir el proceso breve ante el Obispo*, tutti e due nella “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 2016, num. 40, ed anzi, R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...*, op. cit.

processo più breve secondo i cann. 1683-1687, si annoverano per esempio: quella mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà, la brevità della convivenza coniugale, l'aborto procurato per impedire la procreazione, l'ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo, l'occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione, la causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna, la violenza fisica inferta per estorcere il consenso, la mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici, ecc”.

L'opinione del Prof. Rodríguez Chacón su questa vicenda è che apprezzare nella pratica se concorri o meno la seconda condizione del can. 1683 -che le circostanze di persone e di fatti facciano manifesta nullità- sarà molto variabile, a seconda della disponibilità del Vescovo che dopo dovrà dittare la sentenza e del criterio e lo stato d'animo del Vicario giudiziario che dovrà decidere se si segue il tramite brevior o quello ordinario, e che ci saranno a gioco degli elementi intuitivi e di prudenza. E non basterà apprezzare l'esistenza del semplice *fumus boni iuris*, ma considerare che di quello che si abbia detto nella domanda risulta prima facie sguardo molto probabile la dichiarazione di nullità e che ci sia alquanto in più che un principio di prova. A seconda de Prof. Rodríguez Chacón, in questa materia non si può cadere negli eccessi: nè si può avere un livello tanto alto di esigenza che soltanto ci permetta andare al processo brevior se si prevede che l'istruzione sarà inutile, e neanche si potrà iniziare questo processo se non c'è, almeno, un'alta probabilità di che l'azione andrà avanti e che avrà successo¹².

La riforma processuale regola le distinte fasi del processo brevior, che riassumo brevemente.

In primo luogo, il processo brevior inizierà colla presentazione della domanda. Il nuovo can. 1684 stabilisce le norme specifiche per la domanda nel processo brevior: “Il libello con cui si introduce il processo più bre-

12 R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...*, op. cit.

ve, oltre agli elementi elencati nel can. 1504, deve: 1° esporre brevemente, integralmente e chiaramente i fatti su cui si fonda la domanda; 2° indicare le prove, che possano essere immediatamente raccolte dal giudice; 3° esibire in allegato i documenti su cui si fonda la domanda”.

I passi posteriori del processo, invece, non hanno novità; per tanto, si applicheranno gli stessi canoni del Codice di Diritto Canonico sull'ammissione della domanda del processo ordinario di nullità matrimoniale, perchè su questo non c'è una regolazione specifiche per il processo brevior. Per questo, una volta sia presentata la domanda, il Vicario Giudiziario farà il procedimento per la sua ammissione e farà le notificazioni pertinenti al caso, e sempre il Difensore del Vincolo.

Poi, a seconda del can. 1685, si formulerà il dubbio saranno nominati l'istruttore e l'assessore, e si farà la citazione per la sessione che dovrà avere luogo, nel tempo massimo di trenta giorni¹³. Nel Decreto che emette la citazione, si informerà le parti, se non fossero stati allegati al libello, che possono “almeno tre giorni prima della sessione istruttoria, presentare gli articoli degli argomentisui quali si chiede l'interrogatorio delle parti o dei testi”¹⁴.

In seguito, in secondo luogo, c'è la sessione d'istruzione, che si terrà nel tempo limite di trenta giorni, un limite temporale che non è ad validitatem, ma dovrà osservarsi se non c'è qualche motivo in contrario. Il can. 1686 dice che le prove devono raccogliersi in una sola sessione “per quanto sia possibile”.

Sulla sessione d'istruzione, l'articolo 18 delle Regole procedurali stabilisce, diversamente a quanto accade nel processo ordinario di nullità matrimoniale dove la presenza degli avvocati è vietata, che le parti e i loro avvocati possono assistere all'escussione delle altre parti e dei testi, a meno che l'istruttore ritenga che, per le circostanze di cose e di persone, si debba procederé diversamente. Anzi, a seconda del comma 2 di questo articolo 18, le risposte delle parti e dei testi devono essere redatte per iscritto dal

13 Can. 1685: “Il Vicario giudiziale, nello stesso decreto con cui determina la formula del dubbio nomini l'istruttore e l'assessore e citi per la sessione, da celebrarsi a norma del can. 1686 non oltre trenta giorni, tutti coloro che devono parteciparvi”.

14 Cf. Art. 17 delle Regole Procedurali.

notaio, ma sommariamente e soltanto in ciò che si riferisce alla sostanza del matrimonio controverso.

E, purtroppo le nuove norme non dicano niente, è lógico pensare che il Difensore del Vincolo dovrà essere citato a questa sessione d'istruzione, a seconda della norme generali del processo matrimoniale del can. 1433.

In terzo luogo, ci sarà la discussione della causa e la decisione del Vescovo diocesano. E così, la sessione d'istruzione finisce, a seconda del can. 1686, con un risoluzione dell'istruttore nella che "fissa un tempo di quindici giorni per la presentazione delle osservazioni in favor del matrimonio e le difese delle parte, se ci sono loro".

Poi, il verbale del processo dovrà ci essere nel possesso del Vescovo diocesano, chi, prima di fare la sua sentenza dovrà ottenere il consiglio dell'istruttore e del assessore, e sempre che arrivi a avere il grado di convinzione canonica della "certezza morale" sulla nullità del matrimonio, a seconda del can. 1687.1. La sentenza deve essere firmata dal Vescovo col notaio, e dovrà "esporre in maniera breve e ordinata i motivi della decisione".

Se il Vescovo non arriva a avere la certezza morale sulla nullità del matrimonio non potrà dare una sentenza negativa dichiarando che il matrimonio sia nullo; invece, dovrà dare un Decreto per rinviare la causa a un processo ordinario con un tribunale d'istanza ce si farà carico del processo dalla fase di proposizione della prova in poi. Contro il Decreto dove si rinvia la causa al processo ordinario nono si potrà fare appello, dato che questo Decreto non ha forza di sentenza definitiva, e per tanto non finisce nessun processo, d'accordo con quello previsto nel can. 1629¹⁵.

Al contrario, contro la sentenza del Vescovo che afferma la nullità del matrimonio, il can. 1687.3 ammette l'appello che si presenterà davanti il tribunale metropolitano, o la Rota Romana. Sebbene forse questa ipotesi

15 Il can. 1629 dice: "Non si dà luogo all'appello: 1) contro una sentenza emessa dallo stesso Sommo Pontefice o dalla Segnatura Apostolica; 2) contro una sentenza nulla, salvo non lo si faccia congiuntamente alla querela di nullità a norma del can. 1625; 3) contro una sentenza passata in giudicato; 4) contro il decreto del giudice o una sentenza interlocutoria, che non abbiano valore di sentenza definitiva, a meno che non lo si faccia insieme all'appello contro la sentenza definitiva; 5) contro una sentenza o un decreto in una causa nella quale il diritto stabilisce si debba definire la questione con la massima celerità".

non si terrà perchè si suppone che nessuna delle parti farà l'appello contro la sentenza che finisce il processo brevior, un processo che, lo ricordiamo, per poter iniziare ha bisogno d'una domanda congiunta o col consentimento d'entrambi i congiugi. Essendo sempre una possibilità eccezionale in pratica, altra cosa si può dire del possibile appello del Difensore del Vincolo, che potrà farlo, come si è già detto, a seconda della sua valutazione personale.

È per questo alquanto strana le menzione del can. 1687.4, a seconda del quale, se diventa evidente che il ricorso si rivela come meramente dilatorio, sarà respinto dall'inizio, sia dal Metropolitanano, dal Vescovo, o dal decano della Rota Romana, a seconda del caso concreto. E così, contro la logica, si stabilisce un regime d'appello ancora più forte di quello previsto per i ricorsi che si svolgono nel processo ordinario.

La riforma dell'appello contro la prima sentenza affermativa della nullità del matrimonio per poter contrarre nuovo matrimonio

Il nuovo can. 1679 dice: “La sentenza che per prima volta dichiarò la nullità del matrimonio, trascorsi i tempi stabiliti nei canoni 1630-1633, si fa esecutiva”.

Così si sopprime la necessità, fin'allora esistente, di che una prima sentenza affermativa della nullità del matrimonio canonico, per essere esecutiva doveva passare per una seconda istanza o decreto di conferma, o in altre parole, si voleva un'appello automatico da parte del tribunale canonico di prima istanza della propria sentenza che affermassi per prima volta la nullità d'un matrimonio¹⁶.

16 Sulla regolazione dell'appello nel novo processo canonico, vid., fra altri, P. Moneta, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, “Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale”, <http://www.statoechiese.it/>, R. Rodríguez Chacón, *La ejecutividad de las sentencias afirmativas de nulidad de matrimonio no apeladas*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 2016, num. 40, e Idem, *Principales novedades...*, op. cit.

Adesso, dopo la riforma, se la prima sentenza affermativa non è appellata, cosa che può farsi entro in un tempo di 15 giorni a seconda del can. 1630, o se si fa l'appello senza "proseguire" dopo il ricorso nel Tribunale d'appello, e questo può farsi, invece, nel tempo d'un mese dal momento dell'appello, l'unica sentenza affermativa diviene esecutiva, e, in conseguenza, le parti possono contrarre nuovo matrimonio, tranne che ci sia un veto nella stessa sentenza, una proibizione di contrarre un nuovo matrimonio per evitare che questo sia anche nullo per lo stesso motivo che il matrimonio già dichiarato nullo nella sentenza.

Questa novità processuale si applica a tutte le sentenze affermative della nullità di un matrimonio che siano notificate dopo l'8 dicembre 2015, anche nel caso che il processo abbia iniziato prima di quel giorno.

La modifica è importante perchè suppone un risparmio di sforzi, di tempo e di spese, sebbene possano avere alcune conseguenze non tanto buone. ma, veramente, come accena il Prof. Rodríguez Chacón, d'una parte, ritorna al sistema processuale del Diritto canonico classico, concretamente, alla Costituzione del Papa Benedetto XIV Dei Miseratione, di 3 novembre 1741; e d'altra parte, suppone, anzi con piccole sfumature, applicare alle cause matrimoniali di nullità di matrimonio lo stesso principio processuale che regge nel resto di processi canonici, nei quali una sentenza diviene sempre esecutiva se non è appellata¹⁷.

L'antico sistema di "doppia istanza conforme" vigente fino all'anno 2015 era un paradigma della protezione dell'istituzione matrimoniale da parte del Diritto canonico come è la sua presunzione di validità, l'intervento del difensore del vincolo, o la certezza morale del giudice canonico per decidere la nullità di un matrimonio. In quel sistema, si voleva due sentenze affermative della nullità matrimoniale, ovvero, una prima sentenza di nullità e un decreto di conferma dato nell'istanza superiore. Per tanto, perchè una sentenza canonica di nullità matrimoniale divenisse non appellabile, e per tanto, potessi essere eseguita permettendo, nel suo caso, contrarre un nuovo matrimonio, poteva occorrere l'intervento di due, tre, o anche, in alcuni casi straordinari, più di tre gradi giurisdizionali, a secon-

17 R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...*, op. cit.

da di quando si riuscivano le due sentenze e le due decisioni coincidenti nell'affermare la nullità.

Nonostante, la modifica non elimina la possibilità dell'appello: le nuove norme processuali stabiliscono in modo chiaro, concretamente nel can. 1680.1, il diritto delle parti di formulare i ricorsi procedenti, anche quello dell'appellazione, davanti il Tribunale superiore contro una sentenza con cui contenuto una delle parti si trova in disconformità¹⁸, perchè l'appello non è soltanto un diritto delle parti, perchè l'appell ha anche una funzione ad intra del sistema, per garantire che il Tribunale risolva le liti in maniera corretta.

D'altra parte, nei processi matrimoniali si mantiene il necessario intervento del Difensore del Víncolo, che ha anche il diritto di ricorrere contro la sentenza che sia contraria al diritto,

Evidentemente, il diritto d'appello ha dei limiti per essere attuato, col scopo di favorire la sicurezza giuridica. Per questo, ci sono delle condizioni e dei tempi per poterlo attuare, i quali sono comuni a tutte le cause canoniche, e si regolano nei canoni 1628 e seguenti. Infatti, l'appello deve farsi nel tempo stabilito davanti il Tribunale superiore; sebbene non c'è cambiamento nella possibilità di fare l'appello *per saltum* al Tribunale della Rota Romana.

Nel sistema processuale d'appello delle sentenze di nullità matrimoniali c'è una novità, introdotta nel can. 1680, dove si configura un tramite previo specifico per le sentenze di nullità, che non c'è nelle regole generali degli appelli in materie non matrimoniali. In questo nuovo momento processuale le parti possono presentare osservazioni. Nel caso che finisca il tempo per farle, il Tribunale potrà decidere la conferma della sentenza della prima istanza per Decreto se si considera che l'appello è, con evidenza, meramente dilatorio, o come dice il Prof. Moneta, con intenzione di procrastinare¹⁹.

18 Can. 1680.1: "Alla parte, che si ritenga onerata, e parimenti al promotore di giustizia e al difensore del vincolo rimane il diritto di interporre querela di nullità della sentenza o appello contro la medesima sentenza ai sensi dei cann. 1619-1640".

19 P. Moneta, *L'appello nel nuovo processo...*, op. cit.

Perchè il Tribunale possa confermare la sentenza per Decreto benchè si abbia fatto l'appello si vogliono due condizioni commulative: che il ricorso sia meramente dilatorio, e che tale situazione sia evidente.

Per questo, il Prof. Rodríguez Chacón raccomanda chi faccia l'appello che dica, almeno sommariamente, i motivi del ricorso, ed anche, che abbia conto del tempo che il Tribunale superiore aprirà per fare delle “osservazioni” per confermare, o completare i motivi; ed anzi, considera che se le parti appellate vogliono la non ammissione dell'appello e chiedono la conferma per Decreto della sentenza dovranno dare degli argomenti che dimostrino tutte e due condizioni già dette: il carattere dilatorio dell'appellazione e che questo carattere dilatorio è evidente²⁰.

D'altra parte, le nuove regole non fanno riferimento a la possibilità o meno ricorrere contro il Decreto che dica che una appellazione sia, con evidenza, meramente dilatoria e che, per tanto, confermi la sentenza.

Per quanto riguarda l'intervento del Difensore del Vincolo, si deve incidere nella ponderazione con cui lui deve agire nel caso d'ipotetici ricorsi contro sentenze affermative della nullità matrimoniale, dato che la riforma del 2015 mantiene il suo intervento come parte pubblica nei processi di nullità di matrimonio.

In questo senso, il Difensore del Vinolo non potrà mantenere nè una postura sistematicamente d'astensione, attuazione non possibile perchè se nessuna parte fa l'appello e neanche lo fa il Difensore del Vincolo, la sentenza affermativa unica diventerà firme senz'altro; e il possibile apello del Difensore del Vincolo potrebbe essere l'unico meccanismo di controllo d'una sentenza che forse sia ingiusta. Per il contrario, il Difensore del Vincolo neanche può appellare contro tutte le sentenze affermative della nullità matrimoniale. Dovrà, per tanto, fare un giudizio ponderato prima di presentare o meno l'appello, e farla soltanto nel caso che la sentenza di nullità abbia degli sbagli o non risolva i dubbi o per altri motivi ragionevoli²¹.

20 R. Rodríguez Chacón, *Principales novedades...*, op. cit.

21 Ibidem.

La modificazione della regolazione dei fori competenti

Il can. 1673 originale, stabiliva quattro titoli di competenza: 1) quello del luogo di celebrazione del matrimonio; 2) quello del domicilio o quasi-domicilio del convenuto; 3) quello del domicilio del demandante, se entrambe le parti residivano nel territorio della stessa Conferenza Episcopale, col consentimento del Vicario giudiziario del domicilio del convenuto, chi doveva essere ascoltato; e finalmente, 4) quello del luogo dove di fatto si devono raccogliere la maggioranza delle prove, col consentimento del Vicario giudiziario del domicilio del convenuto, e se questo non si oponessi.

Adesso, il can. 1672 stabilisce tre possibili fori, o tribunali dove si può presentare la domanda di nullità matrimoniale: il primo continua essendo quello del luogo di celebrazione del matrimonio. Come novità, in secondo luogo la domanda può presentarsi nel Tribunale del luogo dove ambedue le parti o qualsiasi delle parti abbiano il suo domicilio o quasi-domicilio, senza altre condizioni come accadeva prima. Finalmente, come terzo foro: è competente il tribunale dove di fatto hanno di praticarsi la maggior parte delle prove, ma senz'altre condizioni come prima.

In conseguenza, il nuovo sistema di competenza dei tribunali canonici stabilisce quasi la libera scelta delle parti per poter presentare la domanda di nullità: basterebbe avere un quasi-domicilio, il cui si può ottenere canonicamente con facilità, soltanto con tre mesi effettivi di residenza nel luogo, o soltanto con l'intenzione di rimanere lì al meno per un tempo di tre mesi, a seconda del can. 102.2²².

Questo cambiamento, che sicuramente è buono per chi presenta la domanda di nullità, forse non sia sempre tanto buono per il convenuto se il demandante attua in modo unilaterale o con intenzione di fare più difficile la difesa del convenuto scegliendo un tribunale competente molto lontano del luogo dove vive il convenuto, sebbene per questi casi serverà la cooperazione tra i tribunali ecclesiastici.

22 Can. 102 2. "Il quasi-domicilio si acquista con la dimora nel territorio di qualche parrocchia o almeno di una diocesi, tale che o sia congiunta con l'intenzione di rimanervi almeno per tre mesi se nulla lo allontani da quel luogo, o sia protratta effettivamente per tre mesi".

Conclusioni

Forse sia ancora presto per poter precisare l'incidenza pratica e reale della riforma processuale in materia matrimoniale svolta da Papa Francesco, e che sicuramente bisogna il trascorso di più tempo nell'applicazione del nuovo sistema, sebbene è evidente l'intenzione di farlo più breve e meno pesante e impegnativo per le parti e per chi deve svolgere il suo lavoro giuridico. In questo senso, le riforme sulla competenza dei tribunali, nell'appello delle sentenze di nullità matrimoniale e lo stesso processo brevior sono chiari esempi di questo scopo.

La buona intenzione della riforma coesiste con grossi sbagli, come la lista di motivi per poter applicare il nuovo processo brevior, e con l'esistenza di certe previsioni che poi non si concretano con le apposite strutture canoniche che permettano il suo svolgimento, come accade con la non concrezione, d'una parte, delle strutture che permettano l'attenzione pastorale dei fedeli cattolici in situazioni difficili dal punto di vista canonici per essere separati o divorziati; e d'altra parte, delle strutture che facciano possibile la gratuità dei processi canonici.

Bibliografía

- Alenda Salinas M. (2016), ¿Nuevas causas de nulidad matrimonial canónica? el sentido del art. 14 §1 de las reglas de procedimiento contenidas en la Carta Apostólica *Mitis Iudex Dominus Iesus*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, num. 40.
- Arroba Conde M.J. (2016), *La pastoral judicial y la preparación de la causa en el Motu Proprio Mitis Iudex Domini Iesus*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid, p. 64-82.
- Bueno Salinas S. (2016), *La reforma de los procesos canónicos de declaración de nulidad de matrimonio: la celeridad del proceso*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, num. 40.
- Cebriá García M.D. (2016), *Las circunstancias y hechos orientativos de la nulidad clara del art. 14 del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus, para abrir el proceso breve ante el Obispo*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, num. 40.
- Francisco, Papa, *Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco Mitis Iudex Domini Iesus sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico*, https://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html
- Heredia Esteban F. (2016), *El proceso más breve ante el Obispo*, “Anuario de Derecho Canónico”, num. 5, p. 97-122.
- Moneta P., *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, “Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale”, <http://www.statoechiese.it/>.
- Morán Bustos C.M. (2016), *El proceso “Brevior” ante el Obispo diocesano*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid, p. 125-175.
- Olmos Ortega M.E. (ed.) (2016), *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, Madrid.
- Peña García C. (2015), *La reforma de los procesos Canónicos de nulidad Matrimonial: El Motu Proprio «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, “Revista de Estudios Eclesiásticos”, p. 634-637.
- Peña García C. (2016), *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid, p. 83-123.
- Pinto P.V. (2015), *Reforma del Proceso Canónico de nulidad matrimonial*, “L'Osservatore Romano”, num. 37, año XLVII, p. 1-7.

- Rodríguez Chacón R. (2016), *Antecedentes, estructura y valor jurídico en el sistema normativo canónico de los dos Motu Proprio de 15 de agosto de 2015 y sus normas anejas*, “Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco”, Madrid, p. 17-62.
- Rodríguez Chacón R. (2016), *La ejecutividad de las sentencias afirmativas de nulidad de matrimonio no apeladas*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, num. 40.
- Rodríguez Chacón R., *Principales novedades en el proceso canónico de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, <http://www.elderecho.com/>.

