

PLURALIZM PRAWNY

tradycja, transformacje, wyzwania

Pod redakcją
Dawida Bunikowskiego i Karola Dobrzeńckiego



PLURALIZM PRAWNY
tradycja, transformacje, wyzwania

ISBN 978-83-922006-8-0

Toruń 2009

PLURALIZM PRAWNY

tradycja, transformacje, wyzwania

Toruń 2009

*Realna wolność jest tam, gdzie mnogość panów
pozwała przenosić się z łatwością od jednego do drugiego.*

*Tam, gdzie uważa się, że ustawodawca nie jest wszechmocny,
utrzymuje się dziedzictwo średniowiecza.*

N. G. Dávila

PLURALIZM PRAWNY

tradycja, transformacje, wyzwania

Pod redakcją

Dawida Bunikowskiego
Karola Dobrzeńskiego

Toruń 2009

Redakcja i korekta

Dawid Bunikowski

Karol Dobrzeniecki

Skład i przygotowanie do druku

Tycjan Szczęsny

Projekt okładki:

Katarzyna Tretyn-Zečević

wykorzystano obraz Pietera Bruegela
„Wieża Babel” (1563)

ISBN

978-83-922006-8-0

Nakład

300 egz.

Wydawca

Interdyscyplinarne Koło Naukowe Doktorantów UMK

Ul. Gagarina 33, DS 11, pok. 814,

87-100 Toruń

www.doktoranci.umk.pl

Druk

Zakład Usług Poligraficznych DRUK-TOR

Ul. Nieszawska 33, 87-100 Toruń

www.druktor.pl

druktor@druktor.pl

Spis treści

Słowo wstępne	7
---------------------	---

POJĘCIE

Jan Winczorek Pluralizm prawny oczyma socjologii prawa	13
Dawid Bunikowski Prawo nieoficjalne	37
Michał Balcerzak Międzynarodowa ochrona praw człowieka a pluralizm prawny – wybrane aspekty	77

TRADYCJA

Andrzej Madeja Pluralizm średniowiecznego feudalizmu. Wielość wspólnot wielość praw	99
Ewa Gajda Prawo rzymskie i prawo kościelne – kształtowanie się i współ- istnienie	127
Wiesław Mossakowski Prawo kościołów i związków wyznaniowych a prawo krajowe	173
Sebastian Sykuna Filozofia prawa a multikulturalizm – studium pewnego przypadku	189

TRANSFORMACJE

Nick Barber Suwerenność państw a relacje: prawo europejskie - narodowe konstytucje	207
---	-----

Alicja Ornowska
Europeizacja prawa karnego a pluralizm prawny 245

Aleksandra Kustra
Pluralistyczne postrzeganie europejskiego porządku prawnego
w orzecznictwie krajowych sądów konstytucyjnych – ewolucja
poglądów 277

Marcin Kałduński
Prawo międzynarodowe – fragmentacja systemu 303

WYZWANIA

Prawo sportowe

Hubert Radke
Prawo międzynarodowych federacji sportowych a prawo krajowe
..... 331

Rafał Piechota
Pluralizm reguł antydingowych 371

Prawo korporacji

Konrad Zacharzewski
Etyki deontologiczne. Prawo korporacji zawodowych 389

Joanna Jemieliak
Nowa lex mercatoria w orzecznictwie międzynarodowego arbitrażu
handlowego 413

Prawo / prawa globalne

Joanna Szalacha
Rola poza-państwowych aktorów w formowaniu struktur globalnego
systemu finansowego 435

Karol Dobrzeński
Czy w Internecie panuje pluralizm prawny? 451

Podsumowanie 467

Nota o autorach..... 479

Bibliografia przedmiotowa 491

Słowo wstępne

Do rąk Czytelnika oddajemy dzieło poświęcone tradycji, współczesności i prognozowanej przyszłości zjawiska pluralizmu prawnego. Fenomen ten został w książce ukazany z różnych punktów widzenia - towarzyszących mu prądów ideowych, uwarunkowań politycznych, ekonomicznych, a także zmieniającego się technicznego otoczenia życia społeczeństw, szczególnie nowych systemów masowej, horyzontalnej i wertykalnej komunikacji.

Coraz większe uznanie, tak w nauce prawa, jak i w potocznym jego postrzeganiu zyskuje teza, że w istocie żyjemy obecnie w świecie wielości praw. W wielu dziedzinach praktyki społecznej powstają konflikty na tle posłuszeństwa względem nakazów płynących z odmiennych porządków prawnych. Wobec transformacji pojęcia suwerenności państwowej oraz funkcji państw, wybór w zakresie lojalności i wierności danemu porządkowi prawnemu przestaje być w sposób oczywisty zdeterminowany groźbą użycia przymusu.

Jednostka – tak w życiu prywatnym jak i w publicznym – staje wobec dylematów. Za jaką wartością podążać? Komu być wiernym? Czy lekarz ma polegać na normatywnym porządku etyki lekarskiej, czy na ustawie państwa? Czy ksiądz lub wierny danej religii ma być lojalny bardziej wobec porządku kościelnego czy świeckiego? Czy człowiek ma być wierny prawu ustanowionemu przez państwo drogą oficjalną czy też temu, które obowiązuje *de facto* we wspólnocie, do której przynależy? Spór o pierwszeństwo prawa wspólnotowego przed konstytucjami narodowymi toczą sądy konstytucyjne różnych państw z Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Czy transnarodowe organizacje pozarządowe muszą respektować prawo państwa, czy też mogą tworzyć swój autonomiczny porządek prawny i własne metody rozwiązywania konfliktów poza państwem? Te i inne dylematy wiążą się z pojęciem pluralizmu prawnego.

Pierwsza z czterech części książki, zatytułowana „Pojęcie” zawiera artykuły, których celem jest próba zdefiniowania tego, czym w istocie pluralizm prawny jest. Tytułowe pojęcie miewa bowiem we współczesnym języku różne konotacje w obrębie socjologii i antropologii prawa, filozofii, etyki prawniczej czy nauk dogmatycznych. W pierwszym artykule tej części przedstawiona została ewolucja

refleksji naukowej nad fenomenem pluralizmu prawnego oraz formowanie się różnorodnych „teorii pluralizmu” na gruncie socjologii prawa (Jan Winczorek). Kolejny tekst dotyczy koncepcji „prawa nieoficjalnego”, tzn. takiego, które nie pochodzi od państwa, a występuje niejako obok niego, czy razem z nim, w tej samej przestrzeni (Dawid Bunikowski). Tezy stawiane w ramach nauk ogólnych o prawie są następnie skonfrontowane z głosem przedstawiciela nauk szczegółowych. Ukazuje on, jak pluralizm prawny jest rozumiany oraz z jakimi jego przejawami mamy do czynienia w dynamicznie rozwijającej się dyscyplinie międzynarodowego prawa praw człowieka (Michał Balcerzak).

W części drugiej – „Tradycja” – pluralizm prawny przedstawiony jest jako fenomen historyczny na przykładzie wzajemnych wpływów prawa rzymskiego i prawa kanonicznego (Ewa Gajda). Jest to również zjawisko, które, obok autonomii korporacyjnej i zasady prymatu obiektywnego prawa, powinno być uznawane za fundament średniowiecznego konstytucjonalizmu, a jednocześnie istotny składnik europejskiej kultury prawnej i tradycji (Andrzej Madeja). Kolejne artykuły traktują o relacji przy zachodzących pomiędzy prawem państwowym a prawem kanonicznym w epoce nowoczesnej (Wiesław Mossakowski), a także o utrzymywaniu się szczątkowych uregulowań tradycyjnego prawa rzymskiego oraz ich konfrontacji z systemami prawnymi państw nowoczesnych (Sebastian Sykuna).

Część trzecia, pt. „Transformacje”, poświęcona jest współczesnym przemianom w postrzeganiu systemów prawa – przechodzeniu od teorii monistycznych do pluralistycznych – uwzględniających współistnienie skonfliktowanych ze sobą, często odmiennych pod względem pojęciowym i kulturowym porządków i podsystemów. Odczucie od paradygmatycznej wizji wewnętrznie niesprzecznego systemu prawnego, pozwala np. na poprowadzenie analogii pomiędzy dualizmem prawnym występującym w państwach w trakcie dekolonizacji a aktualnym stanem rzeczy w obrębie prawa europejskiego (Nick Barber). Opis ten uzupełnia artykuł poświęcony roli krajowych sądów konstytucyjnych w kształtowaniu pluralistycznej wizji europejskiego porządku prawnego (Aleksandra Kustra) oraz kolejny, dotyczący powstawania europejskiego prawa karnego (Alicja Ornowska). Obok obszaru prawa europejskiego, teorie pluralistyczne coraz wyraźniej infiltrują dziedzinę prawa międzynarodowego publicznego. W ostatnim artykule części trzeciej Czytelnik dowiadyuje się o zaniku homogenicznego systemu prawa międzynarodowego i o jego stopniowej fragmentacji (Marcin Kałduński).

Część czwarta, „Wyzwania”, zamykająca treść książki, dotyczy najbardziej awangardowych i trudnych do zaakceptowania, z punktu widzenia założeń pozytywistycznego paradygmatu, manifestacji pluralizmu prawnego. Rzec można, że obejmuje ona zjawiska znajdujące się na granicy akceptowalnej powszechnie definicji prawa. Artykuły tej części dotyczą przede wszystkim rozwijających się w zawrotnym tempie kompleksów transnarodowych regulacji, o skomplikowanej strukturze podmiotowej, obejmującej często podmioty prywatne, czy quasipubliczne. Pluralizm w obrębie prawa sportowego przedstawiany jest w dwóch odsłonach: prawa międzynarodowych federacji sportowych (Hubert Radke) oraz reguł antydopingowych (Rafał Piechota). Z kolei tzw. prawo korporacyjne pojawia się w ramach zrzeszeń zawodowych (Konrad Zacharzewski) oraz przybiera postać tzw. nowego *lex mercatoria* (Joanna Jemieliński). Prawo globalne kształtuje się w ramach światowego systemu finansowego (Joanna Szalacha), oraz w związku z funkcjonowaniem sieci Internet. Pluralistyczna teoria regulacji i kontroli Internetu, w której możliwa jest na niespotykaną wcześniej skalę tzw. regulacja infrastrukturalna, natrafia na trudności w spełnieniu brzegowych warunków jej akceptacji w ramach juriesprudencji (Karol Dobrzyński).

* * *

Książka jest adresowana do wszystkich osób zainteresowanych problematyką pluralizmu prawnego. Mamy nadzieję, że dobór autorów i odpowiednie usystematyzowanie treści uczyni zadość oczekiwaniom wymagającego Czytelnika, który otrzymuje także, zawartą w końcowej części pracy, wyselekcjonowaną bibliografię najważniejszych dzieł poświęconych różnym aspektom zagadnienia pluralizmu prawnego.

Redaktorzy
Toruń, grudzień 2009 r.

POJĘCIE

* * *

Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia

W mainstreamowym piśmarstwie prawniczym poczyniono ostatnio istotne odkrycie. Odkryto mianowicie pluralizm prawny, teorię, zgodnie z którą prawo nie jest jednolitym system norm a przeciwnie, składa się ze współistniejących, niekiedy konfliktujących ze sobą, a zwykle odmiennych pod względem pojęciowym i kulturowym, porządków i podsystemów. W poważnych publikacjach prawniczych pisze się na przykład (i to nie tylko w polskim, a nawet zwłaszcza w niepolskim, kontekście) o multicentryzmie, policentryzmie, europejskim i globalnym pluralizmie prawnym, *soft law* przeciwstawionym *hard law*, wielości źródeł prawa, prawie internetowym, różnych porządkach prawa prywatnego, *forum shopping*, międzynarodowym dialogu między sądami¹. Wiąże się z tym dość powszechne przekonanie o osłabieniu, czy może nawet dysfunkcjonalności dawniejszych doktryn prawnych, szczególnie tych wersji pozytywizmu prawnego, które opierają się na wizji wewnętrznie niesprzecznego systemu prawnego. Także prawnicy dążą dziś, jak się wyraził Neil MacCormick, pisząc o suwerenności w kontekście prawa europejskiego, do „zaakceptowania pluralizmu”², to znaczy do takiego zweryfikowania swoich poglądów, teorii i doktryn, aby uwzględniły fakt zróżnicowania prawa. Podobnych argumentów używa się także, gdy chodzi o konflikty występujące między niektórymi organami orzecznictwymi

¹ Tylko w sprawie prawniczego wykorzystania pojęcia „pluralizm prawny” zob. W. W. Burke-White, *International legal pluralism*, „Michigan Journal of International Law” 2003-2004, vol. 25, no 3, s. 963-979.; J. B. Cruz, *The legacy of the maastricht-urteil and the pluralist movement*, „European Law Journal” 2008, vol. 14, no. 4, s. 389-422; M. P. Maduro, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, „European Journal of Legal Studies” 2007, vol. 1, no 2; M. La Torre, *Legal pluralism as evolutionary achievement of community law*, „Ratio Juris” 1999, vol. 12, no 2, s. 182-195.; F. Snyder, *Global economic networks and global legal pluralism*, „EUI Working Papers in Law” 1999, vol. 99/6; F. Snyder, *Governing economic globalisation: global legal pluralism and European law* [w:] F. Snyder (red.), *Regional and Global Regulation of International Trade*, Oxford 2002, s. 1-48; R. Stith, *Securing the rule of law through interpretive pluralism: An argument from comparative law*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2008, vol. 35, no 3, s. 401.

² N. MacCormick, *Questioning sovereignty: Law, state, and nation in the european commonwealth*, Oxford, New York 1999, s. 103.

na poziomie europejskim³. Idea pluralizmu w prawie robi więc dziś niewątpliwie istotną karierę.

Widząc to, socjologicznie prawo może się zżymać czy nawet irytować, bo owo wiekopomne odkrycie jest w istocie odkryciem zjawiska dawno odkrytego i odbywa się najczęściej bez powołania na źródła, w których zostało po raz pierwszy przedstawione, a niekiedy wynika z interesującej ewolucji doktryn prawnych, które sprzeciwiały się idei pluralizmu u jej zarania⁴, albo odbywa się wyłącznie w celu odróżnienia własnego stanowiska⁵. W przypadku cytowanego wyżej MacCormicka można przywołać obserwację M. La Torre, który zauważył, że odwołanie do „instytucji prawnych”, za pomocą którego często dokonuje się dziś przejście od monistycznych do pluralistycznych koncepcji prawa, odbywa się kosztem istotnych zniekształceń znaczeniowych w podstawowych terminach. Instytucje są tu definiowane jako fakty i pojęcia prawne, i w tym sensie zbliżają się do pozytywizmu prawnego, a nie są, jak to miało miejsce w oryginalnych teoriach instytucjonalnych (zwłaszcza w pracach Santi Romano we Włoszech, czy Maurice'a Hariou we Francji), rozumiane jako siły społeczne⁶. W jakimś sensie, uwagi te dotyczą także innych teorii reprezentowanych współcześnie w prawoznawstwie, starających się analizować w prawo kategoriach pluralistycznych, zwłaszcza jeśli opierają się one na tezie o rzekomej ewolucji prawa i teorii prawa w stronę pluralizmu⁷ albo próbach dopasowywania teorii pomyślanych jako monistyczne do nowych potrzeb⁸.

³ M. Kumm, *The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional treaty*, „European Law Journal” 2005, vol. 11, no 3, s. 262; M. P. Maduro, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action* [w:] N. Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003; J. Komarek, *European constitutional pluralism and the European arrest warrant: Contrapunctual principles in disharmony*, „Jean Monnet Working Paper” 2005, vol. 10 2005.

⁴ Jak zauważa M. Chiba, jeśli w filozofii prawa rozważano problem pluralizmu prawnego, to bez powoływania się na to pojęcie. Niekiedy, co interesujące, nawet przywołanie obfitej literatury na temat pluralizmu nie skłania autora do odniesienia się do niej w jakiś bardziej zasadniczy sposób. Por. N. W. Barber, *Legal pluralism and the European Union*, „European Law Journal” 2006, vol. 12, no 3, s. 306-329.

⁵ Por. M. La Torre, *Legal pluralism as evolutionary achievement of community law*, „Ratio Juris” 1999, vol. 12, no 2, s. 182-195 lub N. Walker, *The idea of constitutional pluralism*, „Modern Law Review” 2002, vol. 65, no 3, s. 336 i n.

⁶ M. La Torre, *Institutionalism old and new*, „Ratio Juris” 1993, vol. 6, no 2, s. 190-201. Por. też N. Walker, *The idea of constitutional pluralism*, „Modern Law Review” 2002, vol. 65, no 3, s. 338 przypis 83

⁷ Por. np. pracę S. Haack, *The pluralistic universe of law: Towards a neo-classical legal pragmatism*, „Ratio Juris” 2008, vol. 21, no 4, s. 453-480.

⁸ Por. próby tego samego M. La Torre wykorzystania w tym celu koncepcji reguły uznania – M. La Torre, *Legal pluralism as evolutionary achievement of community law*, „Ratio Juris”

Należy zatem podkreślić, że teksty definiujące pojęcie pluralizmu prawnego – w jego współczesnej wersji – pojawiały się w socjologii prawa i zwłaszcza w antropologii prawa co najmniej od ostatnich trzydziestu lat. Sama problematyka opisywana tym pojęciem jest natomiast znana od lat z górą stu. Faktem jest też, że, jak w wielu podobnych przypadkach, źródła pojęcia „pluralizm prawny” są dość podejrzane. Historyk zajmujący się problematyką kolonializmu⁹ twierdzi, że określenie to pojawiło się na oznaczenie praktyki polegającej na hierarchizowaniu porządków prawnych i wykorzystywaniu przez kolonizatorów prawa zwyczajowego kolonizowanych ludów jako narzędzia władzy, niekiedy prowadzącej do wytwarzania „prawa tradycyjnego” zgodnie z ich wyobrażeniami¹⁰. Bez jasnego wskazania co właściwie ma się na myśli mówiąc o pluralizmie prawnym, łatwo zatem popaść w takie użycie tego pojęcia, które będzie przydawało wypowiedziom na ten temat nieoczekiwanego sensu. Wreszcie, należy zauważyć, co często bywa niezauważane, nawet jeśli dojdzie już do powołania na odpowiednią literaturę¹¹, że socjologia prawa i antropologia prawa posługują się pojęciem pluralizmu prawnego w innym znaczeniu niż upowszechniające się w literaturze prawniczej.

Konieczność dokonywania manewrów semantycznych i groźbę nieostrości pojęciowych warto więc sobie uświadamiać. Dla uprzedzenia możliwych nieporozumień związanych z wykorzystywaniem pojęcia pluralizmu prawnego w nowych kontekstach warto też zastanowić się nad jego genealogią, jego zmieniającymi się sensami i nad wariantami, w jakich współcześnie teorie pluralizmu bywają rozwijane. Można też zadać sobie pytanie, czy istnienie pluralistycznego dyskursu w prawoznawstwie – w wersji, do jakiej odnoszą się przywołane wyżej prace, ma w ogóle rację bytu z przyczyn czysto logiczno-pojęciowych. Niniejszy rozdział, choć nie ma ambicji wyczerpania tego szerokiego zagadnienia, ma służyć właśnie temu celowi.

Dla pełnej jasności wypada dodać, że niniejsze rozważania dotyczą pluralizmu prawnego jako zjawiska jedynie w minimalnym zakresie. W szczególności nie zmierzają one do udzielenia bezpośredniej odpowiedzi na pytanie, czy określona teorie lub określone teorie pluralizmu prawnego można uznać za trafną (trafne), czy nie. Referując rozmaite prace teoretyczne odwołujące się *explicite* i *implicite* do figury pluralizmu prawnego autor ma nadzieję, że będą one same

1999, vol. 12, no 2, s. 182-195.

⁹ L. A. Benton, *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*, Cambridge 2002.

¹⁰ Por też np. K. von Benda-Beckmann, *Globalization and legal pluralism*, „International Law Forum”, t. 4, 2002, s. 19-27.

¹¹ F. von Benda-Beckmann, *Who's afraid of legal pluralism*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2002, vol. 47, s. 41.

świadczyć o swojej empirycznej trafności lub przeciwko niej. W niniejszym tekście chodzi natomiast o wyjaśnienia natury pojęciowej.

Antropologia prawa

Jak to zostało powiedziane, pojęcie pluralizmu prawnego wywodzi się z czasów kolonialnych. Było ono związane z techniką władzy wykorzystywaną przez administrację kolonialną, polegającą na rozdzieleniu istniejących lokalnych porządków prawnych (lub takich, których istnienie tylko sobie wyobrażano) od prawa europejskiego, w tym także na wydzieleniu osobnych sądów właściwych dla prawa „tubylczego” i europejskiego. Dzięki temu zabiegowi możliwe było zachowanie wygodnego dla administracji systemu, w którym skodyfikowane prawo europejskie odnosiło się wyłącznie do Europejczyków, a tubylcy podlegali lokalnemu prawu zwyczajowemu, jedynie w ograniczonych sytuacjach dostosowywanemu przez sąd do prawa państwa-kolonizatora. Jak sądzono¹², był to system bardziej efektywny niż forsowanie ujednoczenia, bardzo trudne do realizacji w praktyce. W tym znaczeniu, na obszarze podlegającym panowaniu władz kolonialnych istniał więcej niż jeden porządek prawny, a kryterium podziału miało charakter personalny.

Oczywiście, ten sposób myślenia miał także swoją negatywną stronę, przede wszystkim dla grup ludności poddanych kolonialnemu panowaniu. W literaturze antropologicznej podejmującej to zagadnienie zwraca się uwagę, że w praktyce pluralizm prawny najczęściej wiązał się z przekształceniem prawa lokalnego w taki sposób, aby nadawało się do zastosowania w sądach zorganizowanych na wzór europejski, a więc poprzez jego formalizację i dekontekstualizację. Często miało miejsce także manipulowanie relacją między obydwoimi porządkami, tak aby uzyskiwać pożądane efekty, gdy chodzi o strukturę społeczną lub produkcję gospodarczą¹³. Można więc sądzić, że w kontekście kolonialnym określenie „pluralizm prawny” było w jakimś stopniu oksymoronem, bo nawet jeśli nie zakładało wprost dopasowywania prawa tubylczego do kolonialnego, to takie dostosowanie odbywało się poprzez kontekst instytucjonalny stosowania prawa.

Pojęcie pluralizmu prawnego miało zatem początkowo sens bardziej polityczno – praktyczny niż naukowy a określenie „pluralizm” przyjmowało w nim sens nieco metaforyczny i raczej niezbyt ścisły. Deskryptywne, mało teoretyczne użycie tego terminu dominowało

¹² L. A. Benton, *op.cit.*, s. 127 i n.

¹³ S. E. Merry, *Law and colonialism*, „Law and Society Review”, 1991, s. 889-922; L. A. Benton, *op.cit.*, s. 22.

także w pracach naukowych rozważających interakcje między prawem zwyczajowym i kolonialnym, i to przynajmniej do lat sześćdziesiątych¹⁴. Należy jednak odróżnić opis zjawiska pluralizmu, zwłaszcza w bardziej abstrakcyjnych kategoriach teoretycznych, i samo to pojęcie. Choć więc to ostatnie nie pojawiało się w dawniejszej literaturze naukowej zajmującej się prawem, to myśl, że prawo nie jest zjawiskiem jednolitym była obecna zarówno w klasycznej „socjologicznej socjologii prawa”, w pracach prawników zainteresowanych „uspoleczeniem” teorii prawa, jak i w antropologii prawa. Leopold Pospisil, klasyk tej ostatniej dyscypliny i autor zasłużony dla konceptualizacji prawa jako zjawiska pluralistycznego twierdził w drugiej połowie lat sześćdziesiątych XX wieku, że ideę pluralizmu można wywodzić już od Otto von Gierke z jego zainteresowaniem stowarzyszeniami i tworzonym przez nie prawem obejmującym ich członków¹⁵. Inni z kolei autorzy przedstawili pogląd, że wizja prawa zbliżona do idei pluralizmu prawnego pojawiała się nawet u Monteskiusza, wraz z przekonaniem, że prawo jest zjawiskiem ściśle związanym z społeczno – geograficznym podłożem, na którym się pojawia i jest zróżnicowane wraz z nim¹⁶.

Nawet jeśli takie poszukiwanie prekursorów może wydawać się przesadne, faktem pozostaje, że w antropologii prawa problematyka pluralizmu prawnego (choć nie określana tym mianem) pojawiała się niemal od początku jej istnienia jako dyscypliny. Bronisław Malinowski, powszechnie wskazywany jako jeden z twórców idei pluralizmu prawnego, poświęcił dużą część *Zwyczaju i zbrodni...* polemice z istniejącymi wówczas przekonaniem na temat prawa pierwotnego, twierdząc, że nieuprawniony jest zarówno pogląd, że społeczeństwa takie są w ogóle pozbawione prawa, jak i ten, że można ich prawo opisywać za pomocą pojęć i koncepcji pochodzących z tradycji zachodniej¹⁷. Przychylał się raczej do poglądu, że możliwe jest działanie odwrotne: dzięki ogólniejszemu zdefiniowaniu tego pojęcia, takiemu, aby obejmowało zjawiska prawne należące do obydwu kategorii, możliwe jest postawienie zachodniej jurysprudencej w nowym świetle. Był więc przekonany, że za prawo można uznać wszelkie dwustronne więzi między jednostkami, opierające się na współistniejących zobowiązaniach i uprawnieniach (dających się wyrazić za pomocą zasady *do ut des*), i że nie ma żadnych kon-

¹⁴ Por np. L. Fallers, *Customary law in the new African states*, „Law and Contemporary Problems” 1962, vol. 27, s. 605, D. V. Cowen, *African legal studies. a survey of the field and the role of the United States*, „Law and Contemporary Problems” 1962, vol. 27, no 4, s. 545-575.

¹⁵ L. Pospisil, *Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies*, „Journal of Conflict Resolution” 1967, vol. 11, no 2.

¹⁶ R. A. Macdonald, M.-M. Kleinhans, *What is a “critical” legal pluralism?*, „Canadian Journal of Law and Society” 1997, vol. 12, no 2, s. 25-46.

¹⁷ B. Malinowski, *Crime and custom in savage society*, Patterson, N.J. 1959, s. 10 i n.

ceptualnych barier, które by uniemożliwiały opisywanie za pomocą tych środków konfliktujących ze sobą porządków prawnych¹⁸. Tak rozumiany pluralizm był jednak dlań, w tym sensie, rzeczą jedynie kontyngentną, a nie normalnym stanem rzeczy każdego porządku normatywnego, wynikał ze zróżnicowania samego życia społecznego¹⁹. Z drugiej strony, w odróżnieniu jednak od myślenia prawniczego pluralizm nie był też wykluczany na poziomie pojęciowym: Malinowski dał tego przykład, rozważając w przedostatnim rozdziale *Zwyczaju i zbrodni... konflikty „systemów prawnych”*.

Za pluralistyczną można również uznać koncepcję przedstawioną nieco później przez Llewellyna i Hoebela, którzy, badając prawo Czeczenów, doszli do wniosku, że niemożliwe jest empiryczne postrzeganie prawa bez odwołania się do jego wymiaru grupowego, co z kolei doprowadziło ich do wniosku, że niemożliwe jest również jego postrzeganie jako zjawiska w jakimś sensie jednolitego. W zależności od zainteresowań badacza, jego obiektem mogą stać się różne grupy w tym samym szerszym społeczeństwie, a każda z nich dysponuje swojego rodzaju prawem²⁰. W ich wizji, tak jak w wizji Malinowskiego, zachwianiu ulega prawniczy podział na prawo „w ścisłym sensie” a innymi zjawiskami normatywnymi. Na jego miejsce pojawia się zaś przekonanie, że także przynajmniej część tego, co w naukach prawnych uznawane jest za „zwyczaj” jest właśnie prawem. Ten sposób myślenia prowadzi niechybnie do wniosku, że za pluralistyczne można uznać także prawo zachodnie, bowiem obok prawa stanowionego istnieje w nim wielka różnorodność innych zjawisk prawnych.

Idąc tym tropem, wspomniany wyżej Leopold Pospisil dokonał, od połowy lat pięćdziesiątych, swoistej rekapitulacji i uzupełnienia wątków pluralistycznych pojawiających się we wcześniejszych pracach. Na podstawie prowadzonych przez siebie badań nad ludem Kapauku dowodził, że także w społeczeństwach przedpaństwowych istnieją względnie jednolite pojęciowo, choć powiązane z poszczególnymi grupami, systemy normatywne, które jednak są elastycznie dostosowywane do zmiennego kontekstu społecznego, w którym są stosowane. Ten proces dostosowywania ma, jego zdaniem, charakter polityczny i może być metaforycznie opisywany jako przecinanie się pól zwyczaju (rozumianego jako wyrażający ogólne normy) i politycznej kontroli społecznej (sprawowanej bez odwołania do takich ogólnych reguł)²¹. Szczególną rolę Pospisil przypisywał tu zjawisku

¹⁸ B. Tamanaha, *The folly of the “social scientific” concept of legal pluralism*, „Journal of Law and Society” 1993, vol. 20, no 2, s. 203.

¹⁹ B. Dupret, *Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, critiques, and praxiological re-specification*, „European Journal of Legal Studies” 2007, vol. 1, no 1.

²⁰ K. N. Llewellyn, A. E. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman: University of Oklahoma Press, 1941, s. 27-28.

²¹ L. Pospisil, *Kapauku Papuans and their law*, New Haven 1958, s. 254.

przywództwa, twierdząc, że liderzy opinii i inne osoby dysponujące władzą i prestiżem w poszczególnych grupach mogą uchylać lub modyfikować normy, które teoretycznie powinny mieć zastosowanie w danym przypadku²². W ten sposób dochodził do wniosku, że w zależności od rodzaju grupy i istniejących w niej form przywództwa można mówić o wielopoziomowych, przecinających się i zmieniających w czasie porządkach prawnych, pozostających ze sobą w ciągłym napięciu, rozstrzyganym *casu ad casum*. Jego teoria prowadziła zatem do wniosku, że pluralizm prawny stanowi konieczną cechę prawa jako takiego, bo nie istnieje ono poza takimi interakcjami.

Socjologia prawa i socjologizująca jurysprudencja

Tradycja antropologiczna w rozważaniach nad pluralizmem prawnym, choć niewątpliwie najważniejsza, nie jest jednak jedyna. Gdy chodzi o idee teoretyczne, nie pojawiła się też jako pierwsza. Postrzeganie prawa w kategoriach pluralistycznych, należy mianowicie wiązać, obok zainteresowania prawem pierwotnym, z pojawieniem się krytycznego nurtu w jurysprudencji, wskazującego, że nieuprawnione jest zawężanie pojęcia prawa do prawa stanowionego przez państwo i poprzedzającego prace Malinowskiego i Hoebbla oraz Llewellyna o przynajmniej kilkanaście lat. Taki pogląd głosił, jak wiadomo, Leon Petrażycki, wyróżniając cztery kategorie składające się na razem na pojęcie prawa, a wynikające z przecięcia dwóch różnic: dychotomii prawa oficjalnego i nieoficjalnego oraz opozycji prawa stanowionego i intuicyjnego²³. Punktem wyjścia dla tej dysfunkcji była idea prawa jako dwustronnej relacji uprawnienia i obowiązku, umożliwiająca jednocześnie odróżnienie prawa od moralności i na tyle ogólna, by dopuszczała wprowadzenie zróżnicowania różnych typów prawa²⁴. Pogląd o wielości form prawa był tu konsekwencją zainteresowania psychicznymi motywacjami działania i ich historyczną ewolucją: idea typów prawa odnosi się do klas zjawisk w ramach szerszej klasy psychicznych motywacji, jaką jest prawo²⁵.

²² Idem, *Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies*, „Journal of Conflict Resolution” 1967, vol. 11, no. 2.

²³ L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Warszawa 2002, s. 44 i n.

²⁴ Warto zauważyć, że idea ta została upowszechniona w anglojęzycznej literaturze przedmiotu przez Malinowskiego bez przywołania jej głównego autora i jest najczęściej w tej literaturze do dziś utożsamiana właśnie z nim. Por. A. Podgórecki, *Socjologiczna teoria prawa*, Warszawa 1998, s. 220.

²⁵ Jest więc nieporozumieniem wprowadzanie opozycji koncepcji pluralistycznych i idei Petrażyckiego, pojawiające się niekiedy w polskiej literaturze J. Kowalski, *O więzi prawo-*

Do pewnego stopnia podobny pogląd wyrażał drugi z klasycznych autorów, uznanych później za prekursorów socjologii prawa²⁶, Eugen Ehrlich. Wprowadził on rozróżnienie trzech współistniejących typów prawa: prawa żywego, prawa prawniczego i prawa stanowionego²⁷. Prawo stanowione i prawo prawnicze (wytwarzane przez wyspecjalizowaną grupę zawodową, ale nie opierające się na legislacji) są tutaj formami historycznie i genetycznie wtórnymi²⁸. Podstawową postacią prawa jest natomiast prawo żywe, które Ehrlich utożsamiał z empirycznie identyfikowalną więzią grupową²⁹, i którego przestrzeganie było, jego zdaniem, sankcjonowane i gwarantowane za pomocą rozmaitych sankcji rozproszonych. Jest to też zjawisko powszechne i niemożliwe do wyeliminowania: wszelkie „odgórne” regulacje, jeśli mają być efektywne, musiały, jego zdaniem, pozostawać w zgodzie z prawem żywym. Jeśli chce się pozostawać w kręgu pojęć określonych przez autora *Grundlegung der Soziologie des Rechts* nie można też, inaczej niż u Petrażyckiego, sensownie posługiwać się rozróżnieniem prawa i innych form zjawisk normatywnych, a jedynie rozróżniać różne typy tych pierwszych³⁰.

Socjologia prawa była w posługiwaniu się pojęciem pluralizmu prawnego mniej konsekwentna niż antropologia³¹. Niemniej, także w niej uznawano od początku, że prawo nie ma charakteru jednolitego. Jak twierdzi Pospisil, podobny pogląd można znaleźć nawet u Webera, który definiował prawo jako pochodną przymusu, nie wiążąc go jednak z państwem a z grupami społecznymi i organizacjami jako takimi. Z tego względu także jego teorię można uznać za plu-

znawstwa z innymi, a zwłaszcza społecznymi naukami, „*Studia Iuridica*” 2003, t. XLII, s. 107

²⁶ Por. A. Kojder, *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa*, [w:] A. Flis (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40-lecia pracy naukowej*, Kraków 2006, s. 125-146.

²⁷ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1913.

²⁸ K. A. Ziegert, *The sociology behind Eugen Ehrlich's sociology of law*, „*International Journal of the Sociology of Law*” 1979, t. 7, s. 252.

²⁹ E. Ehrlich, *op.cit.*, s. 31 i n.

³⁰ Rozróżnienie to jest uznawane za inspirowane wspomnianymi pracami Gierkego. Można jednak zauważyć, że podobne poglądy pojawiały się częściej w tym czasie i podobnie jak w przypadku Ehrlicha odwoływały się do (rozmaicie pojmowanej) więzi grupowej. W tym sensie za prekursora pluralizmu prawnego można uznać, obok wspomnianych już klasycznych instytucjonalistów i Ehrlicha także Leona Duguit.

³¹ N. Rouland sądzi, że socjologia prawa, jako dziedzina z zasady bardziej teoretyczna niż antropologia prawa, bardziej przyczyniła się do rozwoju teorii pluralizmu prawnego, które dopiero w drugiej kolejności zostały rozwinięte w antropologii. Pogląd ten można przyjąć jedynie zastrzegając, że Rouland ma na myśli jedynie bardzo wczesne prace socjologiczne, wśród których zresztą nie rozróżnia dzieł prawników-prekursorów socjologii prawa i reprezentantów socjologii prawa w ścisłym sensie. Zob. N. Rouland, P. Planel, *Legal anthropology*. 1994, s. 49 i n.

ralistyczną, bowiem prawo-wytwór grup społecznych nie może, ze swojej natury, podlegać koordynacji. Za klasycznego autora w tym obszarze jednogłośnie uznaje się natomiast Georgesa Gurvitcha³², który, w ruchu dość podobnym do zastosowanego przez Ehrlicha, uznawał prawo za przejaw grupowych definicji tego-co-właściwe (*jural postulates*), wytwarzanych w ramach szerzej definicji więzi grupowej („relacja my”). Obserwację tę uzupełniał wprowadzeniem bardzo szerokiej, wielostopniowej klasyfikacji grup społecznych, co doprowadziło go do wniosku, że możliwe jest wyróżnienie ponad stu rozmaitych typów grup społecznych i odpowiedniej liczby typów prawa. Kategorie te mogły pozostawać ze sobą w interakcjach, a jednostki należące do wielu grup jednocześnie mogły podlegać rozmaitym typom prawa w tym samym czasie³³, stąd też u Gurvicha idea „pluralizmu jurydycznego” (*jural pluralism*). Odmienne jednak niż Ehrlich, Gurvitch zmierzał do wypracowania jakościowej, fenomenologicznej koncepcji prawa, nie ograniczając się do jedynie zewnętrzznego jego rozumienia, związanego z kontrolą społeczną³⁴.

Zainteresowanie problematyką wielości prawa utrzymywało się także w powojennej socjologii prawa. Przyjmowało jednak formę charakterystyczną dla orientacji teoretycznych i metodologicznych akceptowanych wówczas w tej dziedzinie, zorientowanej w owym okresie przede wszystkim empirycznie, a w mniejszym stopniu zainteresowanej budowaniem systemów pojęciowych, w szczególności abstrakcyjnym definiowaniem pojęć tak trudnych do zdefiniowania jak prawo. Także dominujące do lat siedemdziesiątych orientacje teoretyczne w socjologii w ogóle, zwłaszcza strukturalny funkcjonalizm, nie były całkiem kompatybilne z ideą pluralizmu prawnego. Nawet jednak na tym etapie rozwoju niezbędne było poszukiwanie narzędzi teoretycznych pozwalających na uporanie się z wielością empirycznych manifestacji prawa i zależności między funkcjonowaniem prawa a jego społecznym kontekstem³⁵.

Do swojego rodzaju pluralizmu przychyłały się więc, choćby *no-lens volens*, te teorie, które zakładały wielość czynników oddziałujących na praktykę stosowania prawa. Można twierdzić, że nawet

³² R. Banakar, *Integrating reciprocal perspectives: on Gurvitch's theory of immediate jural experience*, „Canadian Journal of Law and Society” 2001, vol. 16, no 1, s. 67-91.

³³ G. Gurvitch, *Sociology of law*, London 1947.

³⁴ Por. *Ibidem*, s. 120-122.

³⁵ Obrazowego przykładu może tu dostarczyć praca E. Blankenburga na temat kradzieży sklepowych, pokazująca, że stosowanie sankcji wobec osób dopuszczających się takich kradzieży jest zależny od ich pozycji społeczno-demograficznej i typu sytuacji, w jakiej takie zdarzenie miało miejsce. Płyne stąd wniosek, że mimo jednolitości formalnego prawa w tej dziedzinie, w rzeczywistości taka jednolitość wcale nie ma miejsca. E. Blankenburg, *The selectivity of legal sanctions: an empirical investigation of shoplifting*, „Law & Society Review” 1976, vol. 11, no 1, s. 109-130.

w teoriach socjologicznych stojących stanowisku skrajnego empiryzmu i redukcjonizmu (jak na przykład w teorii Theodora Geigera lub później Donalda Blacka) – które zazwyczaj sprowadzają prawo do określonych, powtarzalnych, wzorów zachowania – zjawisko pluralizmu prawnego było na swój sposób odzwierciedlane przez przekonanie, że prawo (konceptualizowane jako narzędzie scentralizowanej kontroli społecznej) może obowiązywać „do jakiegoś stopnia”, w zależności od tego, w jakim stopniu jest realizowane w konkretnych typach sytuacji. Sugeruje się nawet, że teoria Blacka (a więc zapewne także i inne teorie zasadzające się na zbliżonych założeniach) może zostać utrzymana, jeżeli uda się zmodyfikować jej założenia w taki sposób, by odpowiadała założeniom pluralizmu³⁶.

Zjawisko wielości i różnorodności prawa w ramach tego samego szerszego systemu prawnego próbowano też opisywać, w sposób zresztą dość niedoskonały, za pomocą pojęcia kultury prawnej³⁷. Próbowano tu, między innymi, wyjaśnić obserwowane rozbieżności w niektórych wskaźnikach korzystania z prawa (np. *litigation rates*) przez poszukiwanie bardziej ogólnych, hipotetycznych kultur prawnych zorganizowanych wokół bardziej abstrakcyjnych zasad (np. skłonności do publicznego rozstrzygania sporów). Pojęcie kultury prawnej dawało się jednak w socjologii prawa stosować także do poszczególnych grup w ramach danego społeczeństwa, prowadząc do wniosku o możliwości konfliktów międzykulturowych na jego obszarze³⁸.

Powyższą obserwację można też rozciągnąć na znaczącą w teoretycznej panoramie w socjologii prawa koncepcję Adama Podgóreckiego. Jednym z jego podstawowych zainteresowań było pytanie o efektywność i opresywność prawa a problematyka wielości form prawa, choć stanowiąca tu podstawowe narzędzie teoretyczne, nie stanowiła celu badawczego samego w sobie, a jedynie narzędzie. I tak, wychodząc z założeń bliskich koncepcji Petrażyckiego, Podgórecki pisał o podkulturach prawnych i zróżnicowanych orientacjach prawnych, zwracając uwagę na interakcje między nimi a dominującą kulturą prawną, w późniejszej swojej pracy wskazując bardziej jednoznacznie na współbieżność tej pierwszej myśli i koncepcji pluralizmu prawnego³⁹.

³⁶ K. C. Wong, *Black's theory of the behavior of law revisited ii: a restatement of Black's concept of law*, „International Journal of the Sociology of Law” 1998, vol. 26, s. 75-119 oraz K. C. Wong, *Black's theory of the behavior of law revisited iii: law as more or less governmental social control*, „International Journal of the Sociology of Law” 1998, vol. 26, s. 365-392.

³⁷ Zob. np. L. M. Friedman, *Legal culture and social development*, „Law & Society Review” 1969, vol. 1, no 1, s. 30-44.

³⁸ L. M. Friedman, *The Legal System*, London 1975, s. 223, por. też L. M. Friedman, *Republika wyboru: prawo, autorytet, kultura*, Warszawa 1993.

³⁹ A. Podgórecki, *op.cit.*, s. 220.

Powiązanie dyskursów i radykalizacja teorii

Z wyjątkiem dzieł Georgesa Gurvitcha, w żadnym z wymienionych dotąd nurtów badawczych nie posługiwano się jednak, w szerszym zakresie, pojęciem pluralizmu prawnego. Nawet Pospisil używał raczej określenia „wielość prawa” niż „pluralizm prawny”, a wzmianki o pojęciu pluralizmu, które można odnaleźć w innej literaturze w pierwszej połowie XX wieku można uznać za epizodyczne lub (jak u Norberto Bobbio) stanowiące refleks rozważań nad problemem pluralizmu politycznego. Warto też zauważyć, że aż do lat siedemdziesiątych problematyka zróżnicowania prawa nie stanowiła bezpośredniego czy podstawowego tematu rozważań, a stanowiła raczej efekt uboczny poszukiwań alternatywnej wobec prawniczej definicji prawa względnie odzwierciedlenie potrzeb związanych z konkretnymi badaniami empirycznymi i wynikała z obserwacji, że społeczeństwa rzadko bywają zintegrowane w takim stopniu, jak by to sugerowała standardowa teoria prawa czy teoria polityczna. Bywała też wykorzystywana (jak w przypadku Podgóreckiego) jako narzędzie wyjaśniające, a nie obiekt wyjaśniany⁴⁰. Tak było w przypadku klasycznej antropologii, ale także socjologii prawa.

Jakościowa zmiana tego stanu rzeczy, polegająca jednocześnie na mocniejszym powiązaniu pojęcia „pluralizm prawny” z ideą wielości porządków prawnych czy zróżnicowania prawa w naszkicowanym wyżej sensie związanym z grupami społecznymi i na podjęciu badań nad tym zagadnieniem jako *sui generis* przedmiotem zainteresowania – albo, inaczej mówiąc, na uznaniu pluralizmu prawnego za program badawczy – nastąpiła dopiero w latach siedemdziesiątych XX wieku⁴¹. Jeszcze w połowie tej dekady M.B. Hooker, referując, w często cytowanej pracy, wyniki badań nad prawem zwyczajowym posługiwał się pojęciem pluralizmu prawnego tylko w kontekście kolonializmu i neokolonializmu⁴². Także w innych pracach z tego okresu interesowano się raczej sytuacjami wymuszonych kolizji między porządkami prawnymi, a nie pluralizmem prawnym jako naturalnym stanem rzeczy.

Jednak już w drugiej połowie lat siedemdziesiątych teorie pluralizmu prawnego uległy radykalizacji, a zakres tego pojęcia został rozszerzony w taki sposób, aby objąć nim wielość reguł prawnych odnoszących się do tej samej sytuacji, a wynikających z ukształ-

⁴⁰ B. Dupret, *Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, critiques, and praxiological re-specification*, „European Journal of Legal Studies” 2007, vol. 1, no 1.

⁴¹ Zob. szeroko na ten temat S. E. Merry, *Legal pluralism*, „Law & Society Review” 1988, vol. 22. oraz G. Woodman, *Ideological combat and social observation*, „Journal of Legal Pluralism” 1998, vol. 42, s. 21-59.

⁴² M. B. Hooker, *Legal pluralism. An introduction to colonial and neo-colonial laws*, Oxford 1975.

towania struktury społecznej. Chodziło więc o to, aby w pierwszej kolejności objąć tym określeniem prawo niepaństwowe, zwyczajowe, nie koncesjonowane w żaden sposób przez zinstytucjonalizowaną władzę polityczną, a dopiero w drugiej kolejności, niejako przy okazji, także prawo stanowione czy wytwarzane przez prawników⁴³. Ten sposób myślenia można odnaleźć, wyrażony modelowo, w koncepcji prawa jako semi-autonomicznego pola społecznego autorstwa S. F. Moore, opierającej się na wcześniejszych pracach Pospisila⁴⁴ i zakładającej nieustanne przenikanie się różnych porządków społecznych, i wraz z nimi, różnych porządków prawnych.

Jak to na początku lat 1990. określił F. von Benda-Beckmann, w tym czasie poszerzone rozumienie pojęcia „pluralizm prawny” stało się znakiem rozpoznawczym nowej odmiany antropologii prawa, która obrała sobie za obiekt zainteresowania złożone społeczeństwa nowoczesne⁴⁵. Dziś można zresztą sądzić (co Benda-Beckmann dopiero postulował) że paradygmat pluralistyczny jest uznawany za własny także w dużej części socjologii prawa. Za klasyczny dla tego nurtu uznawany jest tekst J. Griffithsa, który w połowie lat osiemdziesiątych dokonał rekapitulacji dotychczasowych badań nad pluralizmem prawnym, wyrażając często cytowany pogląd iż „pluralizm prawny jest faktem, zaś centralizm prawny mitem, postulatem i ideologią”⁴⁶. Wychodząc z takiego punktu widzenia, Griffiths starał się wypracować możliwie precyzyjną, ale i jak najszerszą definicję pluralizmu prawnego i kładł nacisk na odwrócenie relacji między prawem państwowym a zwyczajowym, twierdząc, że ograniczenie pojęcia prawa do prawa państwowego jest błędem a wypracowana w ten sposób wizja pluralizmu – fałszywa. Prawdziwy pluralizm prawny jest możliwy – a teoria pluralizmu trafna - tylko wtedy, gdy zaakceptuje się autonomię spontanicznie powstających porządków prawnych. Ostatecznie uznał, że pluralizm prawny jest zjawiskiem „współbieżnym z pluralizmem społecznym” i że pod tym pojęciem należy rozumieć każdą „różnorodność prawa, związaną z faktem, że

⁴³ S. F. Moore, *Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology: 1949-1999*, „Journal of the Royal Anthropological Institute” 2001, vol. 7, s. 95-116.

⁴⁴ S. F. Moore, *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study*, „Law & Society Review” 1973, vol. 7, no 4, s. 719-746.

⁴⁵ F. von Benda-Beckmann, *Unterwerfung oder distanz: rechtssoziologie, rechtsanthropologie und rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer sicht*, „Zeitschrift fuer Rechtssoziologie“ 1991, vol. 12, no 1, s. 99. Zjawisko miało to także częściowo wymiar instytucjonalny, i wiązało się ze zmianą nazwy głównego czasopisma zajmującego się tą problematyką (*Journal of African Law Studies* został przemianowany w 1981 r na *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*) oraz utworzeniem Komitetu Badawczego ds. Pluralizmu Prawnego.

⁴⁶ J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, vol. 24, no 1, s. 4.

działanie społeczne ma miejsce zawsze w kontekście wielości nakładających na siebie »pół-autonomicznych pół społecznych«⁴⁷.

Już ten pobieżny przegląd koncepcji pluralizmu prawnego może prowadzić do wniosku o istnieniu w tej sprawie dwóch grup poglądów. Po pierwsze, co byłoby myślą zapoczątkowaną przez Leona Petrażyckiego i kontynuowaną w pewnej mierze przez Malinowskiego oraz bez wątpienia przez Podgóreckiego (a także w jakimś stopniu znajdującą swoje odzwierciedlenie u Gurvitcha), prawo daje się zdefiniować za pomocą jednolitych kryteriów jako zjawisko istniejące intersubiektywnie, ale niekoniecznie stanowiące przejaw kontroli czy więzi grupowej, a odwrotnie, zjawisko, które tę więź wytwarza. W tym sensie, pluralizm jest immanentną cechą prawa. Po drugie, co byłoby zgodne z wizją Ehrlicha, klasycznej socjologii i antropologii, Pospisila i klasycznych zwolenników instytucjonalizmu i solidaryzmu (i co czasem, w innym kontekście, bywa nazywane *mirror theory of law*), pluralizm prawny uznaje się za wynik naturalnego powiązania prawa z grupami społecznymi, w których powstaje i obowiązuje, a więc za refleks czy produkt bardziej zasadniczych więzi społecznych i kontroli grupowej, w dodatku istniejących quasi-obiektywnie, niezależnie od jednostek wchodzących w skład tych grup.

Można sądzić, że istotną różnicą między tymi grupami poglądów na pluralizm prawny jest stosunek do kontroli społecznej, zwłaszcza władzy i państwa. W pierwszej wymienionej grupie teorii problem ten pojawia się niejako wtórnie, przy okazji bardziej szczegółowych analiz, natomiast nie podkreśla się w nim niezbywalnego związku między prawem a władzą. W drugiej, do idei pluralizmu dociera się, zadając pytanie o granice władzy państwowej i dochodzi do wniosku, że nie jest ona jedyną formą władzy. W efekcie, twierdzi się, że tam, gdzie występuje odmienna jej postać, tam występuje również odmienna postać prawa. Jeżeli zaś o współwystępowaniu władzy i norm nie można mówić, nie da się także mówić o prawie.

W konsekwencji można byłoby twierdzić, że tradycja Petrażyckańska jest bardziej radykalna niż związana z Ehrlichem i klasyczna socjologią, bowiem definiuje prawo – a razem z nim problem wielości porządków normatywnych – w jego istocie, a nie odwołuje się do dalszych zjawisk dla uzyskania takiego opisu. Mówiąc nieco inaczej, można sądzić, że teoria Petrażyckiego nie wiąże w sposób jednoznaczny prawa z integracją społeczną i w konsekwencji nie postrzega pluralizmu prawnego jako zjawiska wynikającego z przygodnej lub fundamentalnej niemożności ostatecznego zintegrowania społeczeństwa⁴⁸.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 38.

⁴⁸ Trudno się, w związku z tym, zgodzić z B. de Sousa Santosem, który twierdzi, że pojęcie pluralizmu prawnego było od samego początku polityczne, bo wiązało się ze sprzeciwem

Z powyższym podziałem przecina się drugi, wprowadzony przez J. Griffithsa we wspomnianym wyżej tekście. Zgodnie z nim pluralizm w wąskim sensie (sytuację wielości norm na jakimś terytorium, zwłaszcza państwowym, uzgodnionych albo uzgadnianych za pomocą jakichś norm kolizyjnych – czego sztandarowym przykładem może być wspomniane wykorzystanie pluralizmu prawnego przez europejskie państwa kolonialne) należy odróżnić od pluralizmu w szerokim (niekiedy nazywanym również: głębokim) znaczeniu, to znaczy właśnie w zacytowanym przed chwilą sensie antropologicznym, opierającym się na uznaniu podstawowej roli prawa niepaństwowego i faktu wielości nakładających się porządków prawnych⁴⁹. Ten pierwszy pogląd jest najczęściej w literaturze antropologicznej i socjologicznej krytykowany jako w istocie wspierający państwową, centralistyczną wizję prawa. Zarzuca mu się, w związku z tym, że jako teoria pluralizmu jest wewnętrznie sprzeczny. W tym drugim zaś, teoria pluralizmu prawnego jest radykalizowana: pluralizm nie może być konsekwencją określonej doktryny prawa ani osobliwością praktyki prawniczej, wynikać z państwowego zadekretowania czy koncesjonowania, ale jedynie stanowić cechę prawa wytwarzanego spontanicznie, konsekwencję prostego faktu, że każdy przypadek i każda zastosowana norma podlega społecznym wpływom wynikającym z przynależności grupowej, więzi społecznych, dynamiki przekonań i jest za ich sprawą definiowana itd.

Można byłoby sądzić, że doktryna pluralizmu prawnego nazywana przez Griffithsa słabą jest w jakiejś mierze powiązana z koncepcją wiążącą prawo z kontrolą społeczną, a więc jedną ze zidentyfikowanych wyżej historycznych doktryn w antropologii prawa i socjologii prawa, choć opiera się na jej skrajnej wersji (przekonaniu, że państwo może skutecznie kontrolować prawo) i uznaniu, że możliwe jest wytworzenie zjawiska pluralizmu poprzez taką kontrolę – lub jej brak. Za prawdziwie pluralistyczne w szerokim sensie można natomiast uznać takie teorie pluralizmu, które albo w ogóle nie poszukują pojęciowego związku między prawem a kontrolą społeczną, albo takie, które uznają, *explicite* lub *implicite*, że scentralizowanie kontroli społecznej przez państwo nie jest możliwe, a pluralizm jest normalnym, naturalnym stanem rzeczy.

przeciwko idei pozytywizmu prawnego. Nie tylko pomija Sousa Santos „bezinteresowną” tradycję w ramach teorii pluralizmu prawnego, ale także idzie zbyt daleko, gdy chodzi o powiązanie polityki i kontroli społecznej. Choć prawdą jest, że większość teorii pluralistycznych zainteresowanie integracją społeczną jest dobrze widoczne, to nie można powiedzieć by było to jednoznaczne z zainteresowaniem polityką. Z tego samego powodu nie można zgodzić się z definicją pluralizmu prawnego proponowaną przez Souzę Santosa, zgodnie z którą jest to wielość porządków prawnych w ramach jednego systemu politycznego.

⁴⁹ J. Griffiths, *What is legal pluralism ?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, vol. 24, no 1, s. 2-55.

Współczesne warianty teorii

Historia teorii pluralizmu prawnego jest więc dość skomplikowana, a samo to pojęcie nie jest jednoznaczne. Z jednej strony, można sądzić, że na przestrzeni drugiej połowy XX w. miała miejsce ewolucja w stronę radykalizacji tego pojęcia i uznania prawa zwyczajowego i prawa wytwarzanego przez sądy i administrację za równoprawne elementy porządku prawnego, równorzędne prawu stanowionemu oraz, w niektórych teoriach, za pierwszorzędny obiekt zainteresowania. Z drugiej jednak, widać także dość istotne czynniki różnicujące poszczególne teorie. Powyższe, skrótowe przedstawienie tej ewolucji w żadnym razie nie wyczerpuje jednak wszystkich wariantów pojęcia pluralizmu prawnego. Już tylko gdy chodzi o pluralizm prawny w szerokim sensie można wyróżnić kilka dalszych jego wersji. Pokrywają się one do pewnego stopnia z fazami rozwoju tej problematyki przedstawionymi wyżej, bo przynajmniej niektóre z historycznych stanowisk mają dziś swoich epigonów i są reprezentowane także współcześnie. W ramach teraźniejszych teorii pluralizmu prawnego można, w związku z tym, wyróżnić przynajmniej pięć nurtów czy strategii definicyjnych.

Po pierwsze, jest to strategia zbliżona do klasycznych koncepcji prawa z początków XX wieku. Opiera się ona na przekonaniu, że prawnicza definicja prawa jest zbyt wąska i że należy ją uzupełnić o prawo tworzone spontanicznie, oddolnie. Prowadzi ona najczęściej do próby wypracowania bardziej ogólnej definicji prawa i szerszej, związanej z nią klasyfikacji typów norm prawnych, podobnej do znanych z prac Petrażyckiego, Ehrlicha czy Gurvitcha. Współczesny przykład takiego sposobu myślenia może stanowić rozwijana konsekwentnie teoria R. Cotterrella, opierająca się na bliskim klasycznym koncepcjom w socjologii prawa przekonaniu, że podstawową jednostką analizy powinna być „społeczność” (*community*).

Czerpiąc inspiracje z Webera i Durkheima, Cotterrell wyróżnia cztery typy idealne społeczności, opierające się na odmiennych typach więzi: społeczności tradycyjne, przekonań, interesów i uczuć⁵⁰. Prawo uznaje za istotny mechanizm podtrzymywania więzi, przyczyniający się do wytwarzania interpersonalnego zaufania, ale i sam od niego zależny. Jednocześnie sądzi, że prawo poszczególnych grup jest dla nich specyficzne, opiera się na ich idiosynkratycznych znaczeniach i praktykach i z tego powodu nie może być bezstratnie „przetłumaczone” na prawo pozostałych. Sprawia to, że z punktu widzenia innych grup prawo takie może być jedynie uznane za *outsidera*. Dotyczy to zwłaszcza prawa państwowego, które nie może,

⁵⁰ R. Cotterrell, *A legal concept of community*, „Canadian Journal of Law and Society” 1997, vol. 12, no 2, s. 75-93.

z racji odwoływania się do stosunkowo słabo określonej wspólnoty narodowej i państwowej adekwatnie uchwycić natury więzi międzyludzkich w poszczególnych realnych społecznościach, które się na nie składają. W konsekwencji, Cotterrell uznaje, że pluralizm prawny jest zjawiskiem naturalnym, przynajmniej w takim zakresie, w jakim chodzi o prawo przekraczające granice konkretnych społeczności. Jest to też, jak się zdaje, istotna bariera zmian społecznych i kontroli społecznej poprzez prawo.

Po drugie, co wydaje się dziś dominującą tendencją, są to analityczne koncepcje antropologiczne pojawiające się od lat 70. XX wieku w ramach wspomnianego nurtu pluralistycznego w pracach licznych autorów amerykańskich, brytyjskich, francuskich czy holenderskich. Charakterystyczne wydaje się dla nich przyjęcie sceptycznej postawy wobec prób stworzenia abstrakcyjnych, substancjalnych definicji prawa, kultury prawnej i w konsekwencji, także abstrakcyjnych i substancjalnych definicji pluralizmu prawnego. Sprawia to, że dla potrzeb opisywania konkretnych zjawisk prawnych i konkretnych relacji między konkretnymi porządkami prawnymi, przyjmowane są potoczne, społecznie podzielane definicje prawa w ich naturalnym zróżnicowaniu⁵¹. Jednocześnie, uznaje się w nich, jak zauważa von Benda-Beckmann, że ostateczny cel badań nad prawem i pluralizmem prawnym jest porównawczy. Stąd niezbędne jest wprowadzanie rozmaitych analitycznych rozróżnień, pochodzących od badacza, porządkujących otrzymany materiał⁵².

Taka ugruntowana (*grounded*) strategia teoretyczna, oprócz bardziej zasadniczych przyczyn metodologicznych i teoretycznych, wypływa z obserwacji, że interakcje między prawem pochodzącym z różnych społecznych źródeł rodzą problemy nie tylko praktyczne, ale także pojęciowe. Są one tego rodzaju, że nie daje się ich rozwiązać poprzez rozszerzenie definicji prawa, a tylko poprzez odrzucenie nadziei na sformułowanie takiej powszechnie wiążącej definicji. Nie tylko treść, ale i pojęcie prawa jest bowiem zakorzenione w praktykach konkretnych grup i konkretnych kultur, co sprawia, że próby zrekonstruowania jego bardziej abstrakcyjnej definicji mogą przynieść jedynie rezultaty sztuczne i nie odpowiadające rzeczywistości.

⁵¹ Przekonanie o potrzebie skontekstualizowanego rozważania prawa dobrze ilustruje dyskusja w sprawie możliwości posługiwania się pojęciem pluralizmu prawnego na oznaczenie sytuacji konfliktu między prawem o różnej treści w ramach domniemanego szerszego „systemu prawnego”. Według niektórych autorów, takie użycie tego terminu jest niewłaściwe, bowiem przyjmuje kontrfaktyczną wizję prawa (jego „systemowość”) Por. S. E. Merry, *Legal pluralism*, „Law & Society Review” 1988, vol. 22., G. Woodman, *Ideological combat and social observation*, „Journal of Legal Pluralism” 1998, vol. 42, s. 21-59.

⁵² F. von Benda-Beckmann, *Who's afraid of legal pluralism*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2002, vol. 47, s. 42—44.

Dla przykładu, Masaji Chiba, autor jednej z lepiej rozwiniętych koncepcji należących do tej kategorii, podkreśla, że nie istnieje jeden pluralizm prawny, ale wiele jego „struktur” czy „faz”: przejawiających się za sprawą różnych jakościowo interakcji między prawem zwyczajowym a państwowym, prawem nowoczesnym a tradycyjnym, religijnym i świeckim, subiektywnym i obiektywnym itd. W konsekwencji proponuje wprowadzenie trzech dystynkcji, które pozwolą na uporządkowanie fenomenów opisywanych za pomocą pojęcia pluralizmu prawnego. Są to opozycje prawa oficjalnego i nieoficjalnego, rodzimego i przeszczepionego oraz reguł prawnych i prawnych postulatów (tzn. roszczeń i poglądów formułowanych przez jednostki, ale nie uznawanych za powszechne i ogólne reguły)⁵³. Teorię tę Chiba wykorzystuje dla opisywania pluralizmu prawnego (i kultur prawnych jako określonej konfiguracji tych czynników) w swoich empirycznych badaniach w Japonii i Sri Lance.

Po trzecie, w ramach teorii pluralizmu prawnego rozwijane są także koncepcje postmodernistyczne. Najbardziej znany przykład takiej koncepcji prawa zawierają prace portugalskiego autora Boaventury de Sousy Santosa, który wykładając swoją koncepcję „interlegalności” czy „porowatej legalności” wskazuje, że prawo składa się współcześnie z wielu nakładających się na siebie obszarów, które można próbować uporządkować za pomocą metafory „mapy”⁵⁴. Zjawisko to wiąże z panującą współcześnie globalną wersją kapitalizmu i związanym z nią, selektywnym wycofywaniem się państwa z poszczególnych obszarów swojej tradycyjnej działalności, w tym z ograniczaniem działalności prawotwórczej⁵⁵. Te okoliczności powodują też, zdaniem Sousy Santosa, że relacje pomiędzy państwami w ramach systemu światowego podążają za skutecznością strategii deregulacji, tzn. pozwalają na skuteczne realizowanie swoich interesów tylko tym państwom, które w lepszy sposób korzystają ze strategii deregulacji. Jednocześnie sprawia to, że opuszczoną przestrzeń zajmują spontanicznie powstające, niepaństwowe, ale – paradoksalnie – zainicjowane przez wycofujące się państwo, porządki prawne.

Wydaje się, że, z metodologicznego punktu widzenia, postępowanie tego autora zbliża się do ugruntowanych teorii w antropologii: wylicza on kilkanaście różnych typów prawa, i „stref przejściowych” między nimi, zastrzegając, że nie jest to wyliczenie wyczerpujące. Jednocześnie posługuje się niezwykle szeroką definicją prawa. Za-

⁵³ M. Chiba, *Legal pluralismus: toward a general theory through Japanese legal culture*. Tokyo 1989, s. 173 i n., idem, *Other phases of legal pluralism in the contemporary world*, „Ratio Juris” 1998, vol. 11, no 3, s. 228-245.

⁵⁴ B. de Sousa Santos, *Law: a map of misreading. toward a postmodern conception of law*, „Journal of Law and Society” 1987, vol. 14, no. 3, s. 279-302. Idem, *Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation*, London 2002.

⁵⁵ Idem, *Law: a map of misreading*....

uważa jednak przy tym, że koncepcja prawa musi opierać się na pewnych twierdzeniach o charakterze uniwersalnym, m. in. musi odpowiadać określonej koncepcji praw człowieka. Co jednak najbardziej charakterystyczne, i co przesądza o postmodernistycznym charakterze tego podejścia, Sousa Santos odrzuca potrzebę ostrego określania granic pomiędzy poszczególnymi obszarami na mapie prawa. Przeciwnie, wyróżnienie poszczególnych typów prawa nieopierające się na żadnym kryterium podziału i podkreślanie płynności granic między nimi ma służyć pokazaniu, że materia pluralizmu prawnego ucieka dziś, wraz z materia prawa w ogóle, próbom definiowania. Choć więc pluralizm prawny jest w jakiejś mierze narzędziem władzy, to zamiast przeciwstawiać się jej poprzez walkę z tym zjawiskiem, należy raczej zaakceptować fakt pluralizmu z dobrodziejstwem inwentarza. Wykorzystanie „porowatości” współczesnego prawa może mianowicie, zdaniem Sousa Santosa zostać wykorzystane dla zrealizowania projektu „oddolnej globalizacji”, wciąż jednak istniejącej bez jakiegoś, dysponującego nadmierną władzą, centrum decyzyjnego.

Twórca czwartej dającej się współcześnie rozpoznać koncepcji pluralistycznej, Brian Tamanaha, próbuje natomiast uzasadnić konwencjonalistyczno – pragmatyczną teorię prawa. Twierdzi w niej, że za prawo można uznawać tylko to, co za takie uznają poszczególne społeczeństwa i grupy i co w ten sposób wykorzystują na mocy pewnej dorozumianej konwencji, wypracowywanej w ramach „praktyk społecznych”⁵⁶. Od podejścia klasycznego w antropologii (które zresztą ostro krytykuje jako esencjalistyczne) odróżnia Tamanaha przekonanie, że możliwe jest sformułowanie takiej płaszczyzny, na której da się wyeksplikować uniwersalną koncepcję prawa. Wprawdzie koncepcja taka nie będzie określać istoty prawa (bo takie próby okazały się, jego zdaniem, historycznie rzecz biorąc niemożliwe do skutecznego zrealizowania) ale będzie eksplikować „nieesencjalne” warunki społecznego uznawania jakichś zjawisk za prawo. Tamanaha twierdzi więc, że odróżnianie prawnych od pozaprawnych porządków normatywnych jest rzeczą celową i wskazaną, jednocześnie uznaje jednak, że nawet ten zabieg nie powoduje uchylenia głównej tezy ruchu pluralistycznego, jaką jest przekonanie o wielości porządków prawnych.

Wreszcie, piąta teoria pluralizmu, teoria *autopoiesis* Gunthera Teubnera – prawdopodobnie najbardziej wpływowa poza wąskimi kręgami teoretyków zainteresowanych socjologią i antropologią prawa – opiera się na założeniu, że niemożliwe jest postrzeganie prawa jako zintegrowanego, niesprzecznego systemu pojęciowego lub normatywnego, a jedynie jako funkcjonalnie określony, ale wewnętrznie zróżnicowany podsystem komunikacji. W znanym eseju pt. *Glo-*

⁵⁶ B. Tamanaha, *A non-essentialist version of legal pluralism*, „Journal of Law and Society” 2000, vol. 27, no 2, s. 313.

bal Bukovina Teubner twierdzi, że współcześnie system prawny ma charakter globalny i że nie istnieją żadne przesłanki pozwalające twierdzić, że jest on w jakiś sposób zintegrowany⁵⁷. Można jedynie sądzić, że komunikacja w podsystemie prawnym reprodukuje kod binarny prawne/bezprawne, co jednak nie stanowi żadnej gwarancji jednolitości owego podsystemu. Przeciwnie, hierarchiczny model komunikacji prawnej, wynikający z historycznego powiązania prawa z polityką jest współcześnie zastępowany refleksyjnym modelem organizacji podsystemu, co prowadzi do pojawiania się paradoksów komunikacyjnych. Co więcej, w związku ze zjawiskiem polikonteksturalizacji (tzn. zaniku centrum) na poziomie całego społeczeństwa światowego, pojawia się tendencja do wytwarzania niejednorodnych i nieskoordynowanych sprzężeń strukturalnych między prawem a innymi podsystemami społecznymi niż polityka, co prowadzi do hybrydyzacji prawa i jego dalszego różnicowania się. Próby zuniifikowania systemu wbrew takiemu stanowi rzeczy będą, zdaniem Teubnera, szkodliwe i przeciwnie skuteczne⁵⁸.

Każda z tych strategii ma swoje ograniczenia i z każdą wiąże się pewne zagrożenia. Strategia klasyczna prowadzi do zniesienia ostrych granic między różnymi zjawiskami o charakterze normatywnym, a jednocześnie reifikuje podstawowe kategorie na których się opiera. W przypadku koncepcji R. Cotterrella, na przykład, przyjmowana jest pewna substancjalna definicja związków społecznych, w ramach których powstaje prawo. Druga z wymienionych strategii, antropologiczna, prowadzi do wątpliwości, czy w ogóle można mówić o istnieniu takiego zjawiska jak „prawo”, i w konsekwencji, „pluralizm prawny”. Skoro bowiem można mówić o prawie w dowolnym znaczeniu, to co łączy wszystkie jego definicje? Prowadzi to ostatecznie do następującego paradoksu: im więcej chce się powiedzieć na temat prawa przy założeniu koncepcji pluralistycznych, tym mniej można o nim powiedzieć.

Teorie należące do pozostałych wymienionych strategii (oprócz tego, że pozostają stosunkowo blisko granicy między socjologią prawa a teorią prawa) mają do siebie to, że opierają się, każda na swój sposób, na radykalnych założeniach teoretycznych. W przypadku teorii Sousy Santosa są to dość trudne do zaakceptowania przesłanki metodologiczne. W przypadku koncepcji Tamanahy, wątpliwości może budzić to, czy rzeczywiście udało się wyeksplikować „nieesen-cjalną” teorię prawa i pluralizmu prawnego, zwłaszcza wobec wykorzystywania dla tych celów zupełnie nieneutralnej teorii społecznej. Wreszcie, w przypadku teorii Teubnera, problematyczny wydaje się

⁵⁷ G. Teubner, *Global bukovina: legal pluralism in the world society*, [w:] G. Teubner (red.), *Global Law without a State*, Aldershot 1997, s. 3-31.

⁵⁸ Por. G. Teubner, *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, „Modern Law Review” 1998, vol. 61, no 1, s. 11-34.

sposób wykorzystania koncepcji *autopoiesis*. Odwołanie do teorii różnicowania funkcjonalnego i koncepcji polikontekstury wcale nie prowadzi bowiem w sposób konieczny do wniosku o hybrydyzacji prawa⁵⁹.

Można też zastanawiać się, czy przynajmniej dwie z wymienionych teorii, teoria postmodernistyczna i teoria *autopoiesis* w wydaniu Teubnera, osiągają poziom „szerokiego” pluralizmu prawnego. Trudno jest się mianowicie pozbyć wrażenia, że zarówno jedna, jak i druga opiera się na przekonaniu o pozaprawnych, przygodnych i historycznych źródłach współczesnego pluralizmu. Zakładają one mianowicie, że istniejący współcześnie stan pluralizmu prawnego wynika z procesów globalizacyjnych, w szczególności z osłabienia roli państwa na rzecz rynku (Sousa Santos mówi tu wprost o „trzeciej fazie pluralizmu”⁶⁰). Na tej podstawie można sądzić, że w świetle tych teorii idea centralizmu prawnego nie jest błędna co do zasady, a jedynie nietrafna, gdy odnieść ją do współczesnych realiów. W tym sensie prawo nie jest pluralistyczne *par excellence*, a jedynie takie się staje w określonych sytuacjach. Wreszcie, co jest najistotniejsze, można podejrzewać, że akceptacja teorii pluralizmu prawnego ma tu sens nie tylko naukowo-opisowy, ale także polityczny. Teorię tę należy przyjmować, jeśli jest się zdania, że pluralizacja prawa jest z jakichś powodów korzystna: w przypadku Sousy Santosa, pluralizm jest postrzegany i oceniany pozytywnie jako mechanizm „oddolnej globalizacji”, przeciwstawianej „hegemonii rynku”, w przypadku Teubnera, odpowiada on poglądom liberalnym. Na tym tle, teoria Tamanahy wydaje się w tym kontekście o tyle interesująca, że nawiązuje jednocześnie do podejścia Petrażycjańskiego i programu ruchu pluralizmu prawnego, wyrażonego przez J. Griffithsa.

Pluralizm prawny jako pojęcie prawnicze

Wszystko to może utwierdzać w przekonaniu, że pluralizm prawny jest jako figura myślowa zjawiskiem dość skomplikowanym, że nie ma łatwej odpowiedzi na pytanie o właściwą, paradygmatyczną teorię pluralizmu prawnego, a raczej należy mówić o teoriach pluralizmu. Z drugiej strony, istnieją racje, które przekonują, że dla celów opisowych rzeczą pożądaną jest zajęcie radykalnego stanowiska i zaakceptowanie raczej pluralizmu w sensie szerokim, a nie wąskim. Potrzeba ta wynika przede wszystkim z powszechności zja-

⁵⁹ Por. uwagi na ten temat w J. Winczorek, *Zniknięcie dwunastego wielbłąda. O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*. Warszawa 2009, s. 320.

⁶⁰ B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, London 2002, s. 93.

wiska pluralizmu prawnego. Daje się je bowiem zidentyfikować w dowolnych systemach, czy porządkach prawnych, nie tylko w kontekście europejskim, ale na przykład w prawie islamskim⁶¹, chińskim⁶², japońskim⁶³ czy indyjskim⁶⁴. Po drugie, współcześnie daje się wyróżnić wiele rozmaitych czynników, które wpływają na tak postrzegany pluralizm prawny, i które sprawiają, że można uznać teorię pluralizmu za przekonującą na poziomie opisowym. Jaskrawych przykładów dostarczają choćby sytuacje konfliktu kulturowego, w których próbuje się stosować reguły prawa karnego wobec imigrantów pochodzących z obcych środowisk religijnych, na przykład kultuwujących tradycje wielożeństwa albo elementy szariatu w krajach europejskich, ujawniające zresztą całkowitą nonsensowność prób przenoszenia europejskich metod kontroli prawnej na obcy grunt⁶⁵, albo problemy przeszczepów prawnych, nie tylko w kontekście kolonialnym⁶⁶, czy problemy z własnością ziemi w krajach postkolonialnych. We wszystkich takich przypadkach koncepcje etatystycznego, wąskiego, słabego, koncesjonowanego czy sztucznie wytworzonego pluralizmu okazują się bezradne albo istotnie zniekształcają rzeczywistość: pluralizm ten trudno jest bowiem uznać za zjawisko przez kogoś pożądane lub zaplanowane. W żadnym razie nie chodzi też o sytuację konfliktu różnych państwowych systemów prawnych.

Z drugiej strony, przykładów nie trzeba jednak szukać daleko, wystarczy bowiem zastanowić się nad ujawnianym w polskich statystykach sądowych istotnym zróżnicowaniem częstości korzystania z niektórych instytucji prawnych. Zastosowanie teorii pluralizmu prowadzi również, oczywiście, do zbliżonych wniosków, gdy chodzi o prawo produkowane i praktykowane w kontekstach instytucjonalnych, jak prawo wytwarzane przez administrację czy prawo sędziowskie. Teoria ta daje się więc zastosować (i jest stosowana) do opisywania zjawisk opisywanych we wspomnianych prawniczych użytkach, na przykład do problematyki europejskiej, praw człowieka i praktyki międzynarodowych organizacji pozarządowych czy globalizacji, ale także prawa państwowego. O ile więc teorie antropologiczne i zbliżone do nich socjologiczne są w stanie opisywać także problemy interesujące prawników, o tyle teorie prawnicze wyjąają najczęściej problematykę plura-

⁶¹ L. al-Zwaini, M. Berger, B. Dupret, *Legal Pluralism in the Arab World*, Dordrecht 1999.

⁶² S. B. Lubman, *Bird in a cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford 1999.

⁶³ M. Chiba, *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo 1989.

⁶⁴ M. Galanter, *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*, Berkeley 1984.

⁶⁵ A. D. Renteln, *The Cultural Defense*. New York 2004.; P. Shah, *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law*, Routledge-Cavendish 2005.

⁶⁶ W. Twining, *Diffusion of law: A global perspective*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2004, vol. 49, s. 11-12.

lizmu z jego naturalnego kontekstu i wykorzystują go jedynie do rozważania problemu, który za wspomnianym M. Chibą można określić jako opozycja prawa oficjalnego i nieoficjalnego.

To wszystko nie uchyla jednak pytania, czy pluralizm prawny jest rzeczywiście potrzebny prawnikom i czy wspomniane, dokonywane z jakimś wysiłkiem próby przeszczepienia tej doktryny na grunt jurysprudencki przyniosą spodziewane efekty. Pozostają one przecież, jak pokazuje bardzo przekonująca analiza pojęcia słabego pluralizmu, dokonana przez Griffithsa, na granicy paradoksu, bo usiłują powiązać ze sobą przeciwstawne pomysły: centralizmu i pluralizmu. Nie przesadzając w tym miejscu odpowiedzi do końca, a nawet akceptując ograniczony zakres prawniczych zainteresowań pluralizmem prawnym, można w tej sprawie zgłosić pewne wątpliwości. Po pierwsze, można odwołać się do historycznego przykładu doktryny prawnej, która usiłowała wdrażać praktykę pluralizmu, szkoły wolnego orzecznictwa, inspirowanej pracami Ehrlicha, która sromotnie poległa w starciu z pozytywistycznymi doktrynami prawniczymi. Ten przykład prowadzi do wniosku, że istnieją pewne brzegowe warunki akceptacji nowych koncepcji w jurysprudenckiej. Takim warunkiem jest niewątpliwie możliwość względnie gładkiego przeformułowania istniejących teorii i praktyk. To zaś, o czym była już mowa, wcale nie wydaje się rzeczą oczywistą.

Po drugie, warto odnotować odmienną metodologiczną między opisywanym ruchem teoretycznym w antropologii prawa i socjologii prawa a praktyką prawniczą czy nawet teorią prawa (która to odmienną bywa trafnie odnotowywana w wielu wspomnianych pracach prawniczych poświęconych pluralizmowi). Różnica ta sprowadza się do tego, że w przypadku tych pierwszych dyscyplin głównym celem tworzenia teorii jest adekwatny opis rzeczywistości, a jej ewentualna zmiana odbywa się poprzez ten opis i ma charakter drugorzędny. W tym drugim zaś, chodzi głównie o realizację celu praktycznego (wypracowanie metod rozstrzygania sporów czy optymalizację istniejących sposobów orzekania lub tworzenia prawa). Nie istnieje bowiem konieczny związek między praktykowaniem czegoś a opisywaniem własnej praktyki w sposób zgodny z określoną empiryczną teorią. Nie ma potrzeby tworzenia pluralistycznej teorii prawa, jeżeli wydaje się to wątpliwe, a możliwe jest zrealizowanie celów stojących przed tą dziedziną w inny sposób.

Po trzecie, pojawia się tu zasygnalizowany wyżej problem związków między polityką a słabą wersją pluralizmu. Można mianowicie mieć obawy, czy wykorzystywane przez prawników pojęcia pluralizmu prawnego i jego mutacji nie ogranicza się, wobec trudności pojęciowych i zasadniczej sprzeczności między koncepcjami centralistycznymi a głębokim pluralizmem, do jego płytkiej, koncesjonowanej wersji. O ile oczywiście trudno jest wskazać pojęcia prawne, które nie miały-

by jakiegoś znaczenia politycznego (nawet niezależnie od woli swoich autorów), o tyle bezpośrednie odwoływanie się do określonych koncepcji z przyczyn politycznych jawi się jako kiepska jurysprudencja.

Zamiast podsumowania można zadać sobie pytanie na czym, jeśli nie na pluralizmie prawnym, mieliby polegać dziś prawnicy. Jakaś zmiana wydaje się wszak niezbędna w związku z przemianami globalizacyjnymi i zmianą roli państwa. Odpowiedź na to pytanie, oczywiście, przekracza zakres niniejszego tekstu i można ją tu tylko zasygnalizować. W tym celu można rozbić problem na dwa bardziej szczegółowe zagadnienia. Po pierwsze, wydaje się, że praktyczny kontekst odwołań do problematyki pluralizmu prawnego jest dość szczególny. Takich odwołań dokonuje się zwłaszcza w związku z konfliktami kompetencyjnymi między organami stosującymi i tworzącymi prawo: tak jest w przypadku wspomnianych na wstępie teorii „pluralizmu konstytucyjnego” czy „kontrapunktów prawnych” albo rodzimej idei „multicentryzmu”. Warto więc zauważyć, że czym innym jest pluralizm instytucjonalny, w tym nawet pluralizm formalnych źródeł prawa, a czym innym pluralizm prawny w ścisłym sensie. Dla potrzeb prawniczych możliwe jest przecież (czysto logiczno-analityczne) rozróżnienie, z jednej strony, „policentryzmu” i „monocentryzmu” tzn. takich sytuacji, w których instytucjonalny wymiar prawa jest zintegrowany lub nie (to znaczy istnieje hierarchia organów orzeczniczych i ustawodawczych), oraz, z drugiej strony, pluralizmu prawnego i monizmu (centralizmu) prawnego. Zachowanie ścisłości pojęciowej i wskazywanie, co właściwie ma się na myśli mówiąc o pluralizmie, jest nie tylko pożądane⁶⁷ i nie tylko pozwoli na uniknięcie groźby popadnięcia w słabą wersję pluralizmu, ale także na rozważanie problemu w rzeczywistej, a nie w przerysowanej skali: zagadnienia stosunków między instytucjami prawnymi, a nie pytania o relacje między porządkami prawnymi, które przynależą do bardziej fundamentalnego poziomu rozważań.

Po drugie, nawet jeśli pierwsza uwaga jest niewystarczająca, można rozróżnić pluralistycznie zorientowane teorie prawa a przychylną wobec instytucjonalnego policentryzmu praktykę prawniczą. Gdzie, wobec oczywistych problemów teoretycznych stojących współcześnie przed prawnikami, można upatrywać źródeł dla takiej praktyki? Można sądzić, że współcześnie istnieją co najmniej trzy czynniki sprzyjające istnieniu pluralizmu prawnego, a które jednocześnie mogą przeciwdziałać upowszechnieniu się teorii pluralizmu. Po pierwsze, jest to pojawienie się techniki „elastyczności” (J. Arnaud⁶⁸)

⁶⁷ B. Tamanaha, *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, „Sydney Law Review” 2008, t. 30, s. 387.

⁶⁸ A. Arnaud, *Legal interpretation and sociology of law at the beginning of the post-modern era*, A. Arnaud, (red.). *Sociology of law. Splashes and Sparks*, Onati, 1990.

czy „nieostrości” (M. Delmas-Marty⁶⁹) polegającej na posługiwaniu się takimi konstrukcjami pojęciowymi, które pozwalają na uzgodnienie praktyki stosowania i tworzenia prawa bez konfliktu – za przykład mogą służyć tu prawa człowieka, niektóre techniki interpretacji prawa czy niestandardowe metody podejmowania decyzji. Po drugie, jest to upowszechnienie elektronicznych technik przetwarzania danych, pozwalające na rozstrzyganie problemów w sposób nieodwołujący się do narzędzi pojęciowych, a zatem na kategoryzowanie rozstrzygnięć w podobnych sprawach jako rozstrzygnięć odmiennych. To zaś pozwala na unikanie bezpośrednich sporów, gdy nie są one potrzebne i jednocześnie na uruchomienie procesów wzajemnego uczenia się instytucji od siebie. Po trzecie, co jest ogólniejszym trendem cywilizacyjnym, jest to wypieranie prawa przez zautomatyzowane techniki kontroli społecznej. Można mianowicie zasadnie twierdzić, że wiele z upowszechniających się dziś takich narzędzi, nawet jeśli zawiera odwołanie do jakichś uzasadnień prawnych, ma w istocie niewiele wspólnego z prawem jako mechanizmem społecznym. W tym kontekście pisze się, na przykład, o „kryminologii aktuarialnej” i *surveillance* czy, odwołując się do prac Foucaulta czy N. Rose’a, biowładzy. W ich przypadku potrzeba uzgadniania i koordynowania swoich działań przez instytucje wydaje się mniejsza niż w przypadku prawa.

Oczywiście, te uwagi należy potraktować wyłącznie jako wstęp do dalszych badań. Trudno też wyrokować *in abstracto* o powodzeniu lub niepowodzeniu teorii pluralizmu w jurysprudencji. Może o tym przesądzić jedynie nieprzewidywalna dziś ewolucja doktryn i praktyk prawniczych. Pewne jest natomiast, że w antropologii i socjologii prawa pojęcie pluralizmu prawnego, jak i pluralistyczne teorie nieposługujące się tym pojęciem będą wciąż wykorzystywane, podobnie jak to miało miejsce w ciągu ostatnich stu lat rozwoju tych dyscyplin.

⁶⁹ M. Delmas-Marty, *Towards a truly common law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge 2002.

Prawo nieoficjalne

Rozważania wstępne. Istota i rodzaje prawa nieoficjalnego

Rozważania na temat prawa nieoficjalnego same w sobie muszą dotyczyć również prawa oficjalnego, prawa personalnego, praw zwyczajowych czy religijnych i idei pluralizmu prawnego. W tekście poruszam podstawowe kwestie z zakresu prawa nieoficjalnego i zajmuję się jego wybranymi przykładami z praktyki.

Prawo nieoficjalne to najprościej rzecz ujmując normy prawne, które nie pochodzą od państwa i jego instytucji. Prawo nieoficjalne to szeroko kategoria. Najlepiej jednak scharakteryzować prawo nieoficjalne przez odniesienie do prawa oficjalnego rozumianego jako prawo stanowione przez państwo i jego agendy w trybie określonym przez prawo⁷⁰. Prawo nieoficjalne – *a contrario* – takim prawem nie jest. Jest przeciwieństwem tak pojętego prawa oficjalnego. Prawo nieoficjalne pochodzi od organizacji i instytucji innych niż państwo. Posiada inny autorytet, uzasadnienie aksjologiczne lub tetyczne, tryb ustanowienia, moc oraz sankcje.

Prawo nieoficjalne może być często ważniejsze niż prawo państwa. Uwaga ta dotyczy zarówno poszczególnych jednostek, jak i zbiorowości jako takiej. W pewnych społeczeństwach, społecznościach, tradycjach, kulturach lub okolicznościach prawo nieoficjalne odgrywa większą bądź podobną rolę, co prawo oficjalne⁷¹. Ponadto prawo nieoficjalne może cieszyć się podobnym albo większym szacunkiem.

⁷⁰ Por. M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, „Journal of Legal Pluralism” 1981, vol. 19, s. 34. Galanter pisze ponadto o stosowaniu prawa przez oficjalne agendy, w tym sądy, nie tylko o jego tworzeniu. Zob. też J. Dickinson, *The Law Behind Law: II*, „Columbia Law Review” 1929, vol. 29, s. 319, gdzie sprzeciwiono się koncepcji „Higher Law”, „prawa wyższego”, prawa naturalnego (jako rodzaju prawa nieoficjalnego) w stosowaniu prawa, zaznaczając, że są to tylko sędziowskie koncepcje *salus populi*; sądy jedynie rozwijają normy prawne, ale jest to doniosła rola (J. Dickinson, *The Law Behind Law*, „Columbia Law Review” 1929, vol. 29, s. 113).

⁷¹ Jak zauważył Karl Lewellyn, są różne kultury prawne oraz różne metody prawnicze (*juristic method, law-jobs*) w tych kulturach. Także Indianie Czejeni stworzyli ogólne reguły zarządzania wspólnotą (*general rulling on the community*), które pozwoliły wspólnocie przetrwać. Zob. K. N. Lewellyn, *The Normative, The Legal, and The Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, „The Yale Law Journal” 1940, vol. 49, no. 8, s. 1400.

Prawo nieoficjalne

Rozważania wstępne. Istota i rodzaje prawa nieoficjalnego

Rozważania na temat prawa nieoficjalnego same w sobie muszą dotyczyć również prawa oficjalnego, prawa personalnego, praw zwyczajowych czy religijnych i idei pluralizmu prawnego. W tekście poruszam podstawowe kwestie z zakresu prawa nieoficjalnego i zajmuję się jego wybranymi przykładami z praktyki.

Prawo nieoficjalne to najprościej rzecz ujmując normy prawne, które nie pochodzą od państwa i jego instytucji. Prawo nieoficjalne to szeroko kategoria. Najlepiej jednak scharakteryzować prawo nieoficjalne przez odniesienie do prawa oficjalnego rozumianego jako prawo stanowione przez państwo i jego agendy w trybie określonym przez prawo¹. Prawo nieoficjalne – *a contrario* – takim prawem nie jest. Jest przeciwieństwem tak pojętego prawa oficjalnego. Prawo nieoficjalne pochodzi od organizacji i instytucji innych niż państwo. Posiada inny autorytet, uzasadnienie aksjologiczne lub tetyczne, tryb ustanowienia, moc oraz sankcje.

Prawo nieoficjalne może być często ważniejsze niż prawo państwa. Uwaga ta dotyczy zarówno poszczególnych jednostek, jak i zbiorowości jako takiej. W pewnych społeczeństwach, społecznościach, tradycjach, kulturach lub okolicznościach prawo nieoficjalne odgrywa większą bądź podobną rolę, co prawo oficjalne². Ponadto prawo nieoficjalne może cieszyć się podobnym albo większym szacunkiem.

¹ Por. M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, „Journal of Legal Pluralism” 1981, vol. 19, s. 34. Galanter pisze ponadto o stosowaniu prawa przez oficjalne agendy, w tym sądy, nie tylko o jego tworzeniu. Zob. też J. Dickinson, *The Law Behind Law: II*, „Columbia Law Review” 1929, vol. 29, s. 319, gdzie sprzeciwiono się koncepcji „Higher Law”, „prawa wyższego”, prawa naturalnego (jako rodzaju prawa nieoficjalnego) w stosowaniu prawa, zaznaczając, że są to tylko sędziowskie koncepcje *salus populi*; sądy jedynie rozwijają normy prawne, ale jest to doniosła rola (J. Dickinson, *The Law Behind Law*, „Columbia Law Review” 1929, vol. 29, s. 113).

² Jak zauważył Karl Lewellyn, są różne kultury prawne oraz różne metody prawnicze (*juristic method, law-jobs*) w tych kulturach. Także Indianie Czejeni stworzyli ogólne reguły zarządzania wspólnotą (*general rulling on the community*), które pozwoliły wspólnocie przetrwać. Zob. K. N. Lewellyn, *The Normative, The Legal, and The Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, „The Yale Law Journal” 1940, vol. 49, no. 8, s. 1400.

Bywa też przestrzegane w większym stopniu niż prawo oficjalne. Jest wówczas szanowane z tego względu, że nie pochodzi od sztucznej, narzuconej siłą struktury władzy oraz organizacji, jaką często wydaje się być państwo w oczach ludzi. Ma to miejsce zwłaszcza tam, gdzie państwo jest kulturowo/etnicznie/ideologicznie obcym albo historycznie nowym tworem. Nie wszystkie społeczeństwa albo nie w każdych okolicznościach są etycznie legalistyczne i pro-państwowe. Nie wszędzie też prawo oficjalne jest w stanie uregulować wiele zachowań z dziedzin życia społecznego lub prywatnego, które tradycyjnie są objęte regulacją nieformalną³. Istniały też i istnieją kultury, gdzie tradycja prawa nieoficjalnego jest długa oraz powszechnie uznana⁴.

³ W Hiszpanii, której złożony system prawny był znakomitym przykładem pluralizmu prawnego, od czasów średniowiecznych lokalne prawo zwyczajowe dotyczące własności wód „rywalizowało” z prawem państwowym (kastyljskim, centralnym, oficjalnym). Zob. szerzej D. Guillet, *Rethinking Legal Pluralism: Local Law and State Law in the Evolution of Water Property Rights in the Northwestern Spain*, „Comparative Studies in Society and History” 1998, vol. 40, no. 1, s. 42-70.

⁴ Np. na Jamajce (Karaiby) sprawy dotyczące plantacji i upraw reguluje *folk law*, prawo plemienne, ludowe czy też innymi słowy prawo zwyczajowe (*customary law*), które „nakłada się” na prawo państwa. *Folk law* występuje obok prawa oficjalnego, stanowią te systemy pewien „kompleks”. Przykładowo oficjalne prawo nałożyło na rodziny obowiązki dotyczące pogrzebu i podatków, a z drugiej strony mieszkańcy mogli powoływać się na prawo oficjalne, aby „wzmocnić” prawo zwyczajowe dotyczące ziemi. Tak jest z zasadą, że zrywanie owoców z drzew gospodarczych jest dowodem na posiadanie ziemi. Ta reguła prawna wzmacnia zwyczajowe prawa rodziny do ziemi i chroni ją przed przybyszami. Prawo oficjalne wówczas pośrednio wspiera system zwyczajowy. Zob. J. Besson, *Folk Law and Legal Pluralism in Jamaica. A View from the Plantation-Peasant Interface*, „Journal of Legal Pluralism” 1999, no. 43, s. 31-51, zwłaszcza s. 48-49. Z kolei w Mozambiku obok sądów państwowych orzekają sądy plemienne. Są oficjalne urzędy: sądy dystryktowe, sądy prowincjonalne i sąd najwyższy. Obok nich działają sądy wspólnotowe, plemienne (*community courts*) i tradycyjne władze plemienne. De Sousa Santos sądy wspólnotowe traktuje jako hybrydy prawne (*legal hybrids*), zawierające w sobie elementy oficjalne i nieoficjalne. By nie komplikować analizy, pomija funkcjonowanie stowarzyszeń religijnych, zwłaszcza muzułmańskich. Sądy wspólnotowe mają ogólną podstawę prawną w ustawie nr 4/92 z 6 maja 1992 r., ale ich działalność nie jest regulowana prawem oficjalnym ani sądy te nie są częścią oficjalnego systemu prawnego (nie ma apelacji od ich decyzji do sądów państwowych). Zgodnie z art. 2 ustawy, orzekają na zasadach bezstronności, słuszności i zdrowego rozsądku. Preambuła ustawy wskazuje jednak na etniczną i kulturową różnorodność społeczeństwa oraz zwyczaje wspólnot. Tym samym sądy wspólnotowe, plemienne, odwołują się przy rozwiązywaniu konfliktów we wspólnocie do lokalnych zwyczajów, według których te społeczności żyły od lat. Zob. B. de Sousa Santos, *The Heterogeneous and Legal Pluralism in Mozambique*, „Law & Society Review” 2006, vol. 40, no. 1, s. 39-71, zwłaszcza s. 54-56. Z kolei o Ghanie mówi się, że występuje tam „podzielona suwerenność” (*divided sovereignty*). Porządki prawne i porządki władzy przenikają się. Współczesne państwa afrykańskie i władze swoją legitymację czerpią z sukcesji po państwie kolonialnym. Władze tradycyjne, plemienne w Ghanie

Antropologia oraz etnologia prawa od dawna zajmują się tym tematem (zwłaszcza *folk law*)⁵. Można dodać, że pluralizm prawny często

swoją legitymację czerpią z tradycji i czasów przed-kolonialnych. W praktyce jednak o tym, kto będzie wodzem plemienia, decyduje często wsparcie państwa. Przykładowo 11 września 1993 r. ceremonia wejścia na tron nowego wodza plemienia Efutu w Winneba została zakłócona przez inną rywalizującą rodzinę królewską (występowała rotacja wodzostwa między dwiema rodzinami). Dzięki interwencji policji nowy wódz został intronizowany. Czy jednak władza wodzów plemion jest realna? Posiadają owe władze plemienne pewną suwerenność (*sovereignty*) i sporą legitymację (*legitimacy*). Nie jest to jednak suwerenność i legitymacja równa suwerenności i legitymacji państwa. W dodatku władza (*authority*) wodza i siła jej egzekucji (*power*) są jeszcze bardziej ograniczone na rzecz państwa. Zob. D. I. Ray, *Divided Sovereignty. Traditional Authorities and the State in Ghana*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1996, no. 37-38, s. 181-200, zwłaszcza s. 194 i 198-199. W Chinach ważniejsze od prawa ustawowego są normy zbiorowości np. osób należących do grupy Han. Jak pisze, Ehr Soon-Tay, „Chiny były i pozostają, podążając własną drogą i własnym rozumieniem siebie, przede wszystkim ujednoczonym *Gemeinschaft* i porządkiem administracyjnym, utrzymywanym zarazem przez wszechogarniającą władzę polityczną, jak przez podzielane lub wymuszone wartości, jednolitą kulturę oraz uznaną hierarchię obowiązków, praw i władzy”. Nawet Leninowska koncepcja prawa, używana dla wewnętrznych celów w Chinach, może uznać reguły międzynarodowego handlu i inwestycji, dodaje Soon-Tay. Trzeba pamiętać, że obok Hanów żyją też Tybetańczycy, muzułmanie, Mongołowie. Preambuła Konstytucji ChRL gwarantuje prawa także tych narodowości w Chinach. Dodam, że narody te, często oparte na wspólnocie religijnej, nie mają prawa do swojego prawa, mimo gwarancji w prawie oficjalnym (np. oficjalna autonomia kulturalno-religijna Tybetu). Soon-Tay zdaje sobie sprawę z tego: pluralizm praw w Chinach nie będzie polegał na pluralizmie kulturowym (*cultural pluralism*), ale na różnorodności praw w różnych strefach ekonomicznych. Najważniejsza jest administracja polityczna i jej reguły. Tu może występować „dyferencjacja administracyjna” (*administrative differentiation*) i różne specjalne, lokalne reguły dotyczące handlu, inwestycji, działalności gospodarczej prywatnych przedsiębiorców, stref ekonomicznych. System prawny Chin komplikuje ponadto autonomia Hong Kongu. Podkreślić też trzeba rolę prawotwórczą organów partyjnych na szczeblu centralnym i prowincjonalnym oraz ich dyrektywy polityczne, które są realnym prawem, funkcjonującym obok ustaw parlamentu. Zob. E. Soon-Tay, *China and Legal Pluralism*, „Bull. Austl. Soc. Leg. Phil.” 1984, vol. 8, no. 23, s. 23-37, zwłaszcza s. 28 i 36-37. Zresztą niezbyt wysoka pozycja prawa wynika z założeń etyki Konfucjańskiej. Zob. więcej J. J. Kupperman, *Classic Asian Philosophy: A Guide to the Essential Texts*, Oxford 2001, s. 70-72. Są to tylko przykładowe sytuacje dominacji prawa nieoficjalnego nad oficjalnym w różnych kulturach na świecie.

⁵ Zob. na temat prawa zwyczajowego, *folk law* przede wszystkim: A. Dundes Renteln, A. Dundes (red.), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta: volume I*, Wisconsin 1994, s. 1 i n. Dam w tym miejscu dwa przykłady analizowane przez antropologów i etnologów. W prawie zwyczajowym Malajów (*adat*) ukształtowała się wysoka pozycja męża w rodzinie. Mąż jest strażnikiem żony (*warder*), ale rodzina żony jest jego strażnikiem. Mąż winien szanować zwyczaje tej rodziny. Dzieci winny być posłuszne rodzicom. Zwyczaje dotyczą także innych spraw, w tym karnych (np. rekompensata za przestępstwo). Podkreśla się, że prawo to pochodzi od dwóch prawodawców: Parapatiha i Tamanggungana. Początkowo władcy skierowali je do urzędników, a potem ze względu na swoją słuszność stało się

jest efektem kolonializmu⁶. Kolonializm stworzył też podstawy glo-

prawem powszechnym. Minattur dodaje, jak na parodię, że prawo zwyczajowe Malajów, którego główne normy i zasady są skodyfikowane, mieści się nawet w definicji prawa Austina. Oparte jest ono jednak na religii i wierzeniach, będąc wypełnieniem religii Malajów. Zob. J. Minattur, *The Nature of Malay Customary Law*, [w:] *Folk Law. Essays...*, s. 539-567, zwłaszcza s. 550-557. Z kolei w Maroku - jak pisze wybitny antropolog Westermarck - panowała w jednym z plemion zasada, że w razie zabójstwa sprawca mógł odpokutować (*atone*) za swoją zbrodnię poprzez odpowiednią zapłatę (*blood-money, ddiyt*), jeśli rodzina ofiary zgodziła się na tę formę zadośćuczynienia. Zabójca był zobowiązany do uiszczenia odpowiedniej grzywny na rzecz rodziny ofiary. Jeśli był zbyt biedny, to musiał zbierać pieniądze wśród członków swojego plemienia; w przeciwnym przypadku - był wykluczony z plemienia. Jego życie nie podlegało wówczas żadnej ochronie. Zob. E. Westermarck, *Customs Connected with Homicide in Morocco*, [w:] *Folk Law. Essays...*, s. 572-573.

⁶ Przykładowo w Melanezji i generalnie na Pacyfiku większość władz kolonialnych (w Melanezji: holenderskie, brytyjskie, niemieckie) przyniosła ze sobą prawa charakterystyczne dla swoich metropolii, zakładając, że będą one regulować życie lokalnych społeczności w koloniach. Jak piszą Jennifer C. Care i Jean G. Zorn, plemienne systemy prawne nie znikły wraz z nowym prawem kolonizatorów. Polityczna władza plemion i wsi została przez kolonizatorów zniesiona. Ludzie jednak w dalszym ciągu oczekiwali, że ich relacje, prawa i obowiązki będą regulowane przez dotychczasowe zwyczaje. Na Papui Nowej Gwinei oficjalnym prawem były ustawy i regulacje wydawane przez kolonizatorów, ale zarządcy kolonii dopuszczali także prawo zwyczajowe, o ile nie naruszało kolonialnych celów. Takim negatywnym dla kolonizatorów zwyczajem był *payback* (niższa cena dla stałego kontrahenta), przeciwko któremu skierowano prawo oficjalne w końcu. W czasach przedkolonialnych Melanezja była zbiorem małych, niezależnych, homogenicznych społeczności wiejskich, które same regulowały poprzez wierzenia, tradycje, zwyczaje wszelkie sprawy związane z życiem społecznym. Przynależność do plemienia czy do wioski determinowała prawa i obowiązki. Generalnie poza wodzami nie było politycznych i prawnych instytucji w Melanezji. „Nie było legislatury, sądów oraz policji. Prawo i zwyczaj były tym samym”. Każda społeczność rządziła się swoim prawem, swoimi zwyczajami. Co ciekawe, J. C. Care i J. G. Zorn zauważają, że kolonizatorzy Papui Nowej Gwinei i Wysp Salomona nawet nie wierzyli, że wspólnoty melanezyjskie miały wcześniej jakieś systemy prawne. Tymczasem zwyczajowe systemy prawne małych wspólnot istniały „od zawsze”. Założenie kolonizatorów wynikało z tego, że byli pozytywistami prawniczymi, dla których prawo mogło pochodzić tylko od państwa, które to stosuje prawo przez sądy i urzędy oraz egzekwuje przez policję. Współcześnie zwyczaj stał się jednak częścią oficjalnego porządku. Zgodnie z konstytucjami Papui Nowej Gwinei z 1975 r. i Wysp Salomona z 1978 r., dopóki parlament nie ureguluje jakiejś sprawy w ustawie, to sądy powinny tworzyć precedensy, opierając się na zwyczajach i angielskim *common law* jako źródłach prawa. Zob. J. C. Care i J. G. Zorn, *Statutory „Developments” in Melanesian Customary Law*, „Journal of Legal Pluralism” 2001, no. 46, s. 49-98, zwłaszcza s. 50-57. Innym przykładem koegzystencji prawa oficjalnego (pochodzącego od państw) i prawa zwyczajowego są kraje Ameryki Łacińskiej. Państwa te wprowadziły w swoich konstytucjach zasadę, że prawo zwyczajowe jest jednym ze źródeł prawa i może być stosowane w plemionach, o ile - w zasadzie - nie narusza praw człowieka. Wedle art. 149 Konstytucji Peru z 1993 r., władze wspólnot plemiennych, lokalnych, mogą sprawować jurysdykcję nad terytorium według prawa zwyczajowego, o ile nie naruszają podstawowych praw człowieka.

balizacji w prawie⁷.

Struktura społeczna jest w pewnych społeczeństwach bardziej skomplikowana i mniej podatna na odgórne państwowe, przepojone formalizmem i działaniem *obcych* instytucji, regulacje prawne oraz akty stosowania/wykładni prawa, niż wydaje się to doktrynerom współczesnego tzw. państwa narodowego czy społeczeństw homogenicznych. Uwagi te komplikują moje rozważania, gdy dotyczą także członków pewnych grup społecznych w ramach samego państwa, w którym dominuje prawo oficjalne⁸.

Ust. 2 dodaje, że „Współpraca tej specjalnej jurysdykcji z Sędziami Pokoju i Władzą Sądowniczą będzie określona prawem”. Wilfredo Ardito wskazuje na zaletę i wadę tego systemu. Z jednej strony, państwo redukuje problem swojej legitymacji. Z drugiej strony, *self-regulation* w praktyce może łamać prawa człowieka w indiańskich plemionach. Ardito słusznie zaznacza, że akceptacja różnorodności w wielokulturowym społeczeństwie nie oznacza zgody na istnienie zatamizowanych systemów normatywnych bez podzielenia wspólnych wartości i bez żadnego związku między sobą. Odpowiedzialność państwa jest w tej sytuacji szczególna. Chodzi głównie o politykę promocji praw człowieka, dialog społeczny i łączenie idei prawa jednostek z prawami kolektywnymi. W tym kontekście może budzić interpretacyjne wątpliwości nowy peruwiański kodeks karny (art. 15), który zwalnia od odpowiedzialności osobę popełniającą przestępstwo, o ile czyn wynikał ze zwyczajów lub kultury danej wspólnoty. O jakie czyny i wspólnoty chodzi? Jak długą tradycję ma mieć wspólnota? Zob. W. Ardito, *The Right to Self-Regulation. Legal Pluralism and Human Rights in Peru*, „Journal of Legal Pluralism” 1997, no. 39, s. 1-36, zwłaszcza s. 2, 28 i 36. Mimo że elity polityczne w krajach łańskich uznały konieczność konstytucjonalizacji prawa zwyczajowego i plemiennego oraz oddania części jurysdykcji w ręce lokalne, to nie oznacza to braku konfliktów przy stosowaniu prawa zwyczajowego. Przykładowo, porównując Kolumbię i Boliwię, konflikty są częstsze w zurbanizowanej Kolumbii, gdzie tradycja dochodzenia praw przed sądami państwowymi była spora. W Boliwii konfliktów na tle stosowania prawa zwyczajowego przez władze plemienne było mniej, gdyż „historyczna słabość sądownictwa państwowego” korelowała z „geograficzną i kulturową izolacją wspólnot plemiennych”. Zob. tak D. Lee Van Cott, *A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia*, „Journal of Latin American Studies” 2000, vol. 32, no. 1, s. 233-234.

⁷ Imperia kolonialne wprowadzały własne prawo, wzorowane na prawie z metropolii, na wszystkich kontynentach. Prawo to nakładało się na lokalne prawa zwyczajowe, religijne etc. Dla imperiów kolonialnych ich prawo było uniwersalne. Zob. K. von Benda-Beckmann, *Globalisation and legal pluralism*, „International law FORUM de droit international” 2002, vol. 4, s. 19.

⁸ Np. Konstytucja Afganistanu uchwalona przez Loję Dżirgę i potem ratyfikowana 26 stycznia 2004 r. przez demokratycznego prezydenta Hamida Karzaja (wybranego po wygnaniu talibów) wcale nie ustanawiała świeckiego państwa na wzór zachodni, gdyż byłoby to sprzeczne z tradycją islamskiego społeczeństwa afgańskiego. Mimo odwołań w Preambule do demokracji, praw człowieka i rządów prawa, ustanowiono Republikę Islamską (art. 1), uczyniono „świętą religię Islamu” religią państwową (art. 2). Pod względem podmiotowym jej wymogi dotyczą zwłaszcza muzułmanów, gdyż nie-muzułmanie posiadają wolność religijną w granicach prawa (ust. 2 art. 2). Prawo Republiki nie może być sprzeczne z celami i

Może być tak, że prawo klubu sportowego, reguły organizacji religijnej, dogmaty i prawo Kościoła, prawo plemienia, zwyczajowe/religijne reguły grupy społecznej czy lokalnej społeczności będą dla mnie ważniejsze niż prawo państwa i będą je przeciwstawiał regułom stworzonym w różnoraki sposób przez państwo.

Prawo nieoficjalne można zatem rozumieć na różne sposoby:

- 1) prawo tworzone przez państwo i jego agendy prawodawcze, ale niewydawane w pełni w granicach swoich uprawnień i kompetencji oraz w trybie przewidzianym przez prawo⁹,
- 2) prawo jako dyrektywy pochodzące od podmiotów pozapaństwowych lub organów nieupoważnionych, wydawane zupełnie poza zakresem swoich uprawnień i kompetencji oraz w trybie nieprzewidzianym przez prawo, ale adresowane do organów państwowych lub obywateli, zwane prawem hegemonu,
- 3) prawo jako normy tworzone przez aktorów społecznych na własny użytek, w tym przede wszystkim przez obywateli,
- 4) prawo zwyczajowe wynikające ze stałej praktyki postępowania uświęconej *opinio iuris*, prawo plemienne płynące z tradycji, prawo religijne jako normy religii i dogmaty oparte na autorytecie albo objawieniu boskim,

przepisami świętej religii Islamu (art. 3). Zob. *The Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, (Ratified), 26 January, 2004 (unofficial English translation)*.

⁹ Oficjalne organy i agendy państwa, które wykraczają poza procedurę albo swe kompetencje, też tworzą rodzaj prawa nieoficjalnego. W tekście nie będę analizował tego przypadku, należałoby mu poświęcić zupełnie odrębne miejsce. Pod pozorem prawa oficjalnego co do formy rodzi się prawo nieoficjalne co do treści, które ma w swym celu kształtować zachowanie organów państwa i obywateli. Jeśli jakiś organ (np. Europejski Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd Najwyższy w USA) sam sobie nadaje jakąś kompetencję w wyniku interpretacji traktatu lub konstytucji, to tym samym nadużywa swej legitymizacji, prawa oficjalnego, upoważnienia i kompetencji zawartych w prawie oficjalnym. Pod pozorem potwierdzenia czy wypełnienia prawa oficjalnego powstaje *de facto* prawo nieoficjalne, ale dla porządku prawnego staje się ono *de iure* np. normą precedensową i obowiązuje jako prawo oficjalne. W ten sposób ETS stworzył zasadę prawa – zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego nad krajowym, a SN w USA nadał sobie kompetencję do badania konstytucyjności aktów prawnych. Problem jest tu dość złożony: prawo nieoficjalne tworzone pod pozorem prawa oficjalnego rzeczywiście staje się częścią „krwiobiegu prawa” i oficjalnego porządku prawnego. Podobnie jest z tzw. prawem powielaczowym, okólnikami, pismami, wewnętrznymi zarządzeniami obowiązującymi organy i osoby podległe w danej państwowej/samorządowej strukturze administracyjnej. Obowiązki dotyczące postępowania organów mają też wpływ na realne (a nie tylko *de iure* określone) prawa i obowiązki ludzi. Prawo wydawane bez wyraźnej podstawy prawnej staje się prawem oficjalnym, gdyż organy administracyjne są związane wewnętrznymi pismami. Organy, działając na podstawie wewnętrznych pism i urzędowych interpretacji, nakładają obowiązki na obywateli. Dzieje się to w oficjalnych aktach stosowania prawa i jego wykładni.

- 5) prawo różnych organizacji typu „zwykle” stowarzyszenia, Kościoły, organizacje międzynarodowe, organizacje pozarządowe, korporacje, elitarne kluby; porozumienia społeczne; prawo grupy społecznej lub kulturowej,
- 6) prawo tajnych stowarzyszeń.

W następnych punktach zostaną omówione powyższe rodzaje prawa nieoficjalnego oraz przykłady z historii i współczesnej praktyki.

Prawo hegemonu jako przykład prawa nieoficjalnego

Prawo nieoficjalne w jednej ze swoich wersji to faktyczna dyspozycja/dyrektywa hegemonu skierowana do agend prawotwórczych/prawo stosujących, żądająca wydania oficjalnego prawa/dokonania oficjalnego aktu. Hegemonem jest ośrodek realnej – a nie tylko formalnej, oficjalnej, instytucjonalno-prawnej! – władzy. Jest to realna władza, niezależnie od proveniencji i konotacji: religijnej, politycznej, ideologicznej, wojskowej, gospodarczej etc. Im większa dysproporcja między władzą faktyczną, realną a władzą legalną, oficjalną, tym więcej miejsca dla hegemonu.

Prawem jest tutaj dyspozycja hegemonu. Podstawą dyspozycji jest jego wola. Ludzie ulegają hegemonowi z różnych powodów (strach, oportunizm, korzyści etc.)¹⁰. Hegemon posiada wielki autorytet; mimo że jego dyspozycje nie mają podstawy materialnej i proceduralnej w prawie oficjalnym, są wykonywane przez organy państwa lub obywateli. Stosunek psychiczny między hegemonem a osobami z urzędów władzy legalnej jest swoisty, cechujący się emocjonalną i moralną uległością tych drugich.

Hegemon może mieć charakter polityczny, gospodarczy, religijny etc. Hegemon tworzy wokół siebie dwór, świtę, układ ludzi wiernych mu, oddanych, lojalnych, zastraszonych, uwikłanych. W sytuacji idealnej może zająć się każdą sprawą w kraju i oddziaływać na jej rozwiązanie. Szczeble świty są ustalone, w sposób specyficzny dla całej hegemonii, jej tradycji, historii lidera etc. Hegemon i jego dwór może się ujawniać, może wybrać też bardziej mu przychylną pozycję kierującego państwem lub decyzjami formalnych władz różnego szczebla – „z tylnego siedzenia”, „za parawanem”. Może być paru hegemonów („spisek hegemonów”) w różnych relacjach ze sobą, dzielą-


¹⁰ Zob. więcej na temat prawa hegemonu w mojej pracy: *Wolność słowa, prawo do informacji a prawo hegemonu*, [w:] J. Marszałek-Kawa, B. Chłodziński (red.), *Znaczenie informacji w społeczeństwie obywatelskim. Wybrane aspekty prawne*, Toruń 2007, s. 74-124.

cych sfery życia społecznego i wpływy w nich¹¹. Hegemon ma wymiar globalny (płaszczyzna międzynarodowa), krajowy (płaszczyzna państwowa), lokalny (płaszczyzna regionalna, samorządowa, lokalna).

Najważniejsze znaczenie dla tych rozważań ma istnienie hegemonów politycznych, religijnych i gospodarczych o znaczeniu krajowym, którzy wpływają na działania formalnej i legalnej władzy i na tworzone przez nich prawo oficjalne. Rola premierów rządzących *de facto* krajem zamiast prezydenta, partyjnych politbiur rządzących zamiast oficjalnych władz konstytucyjnych, ajatollahów zamiast rządów i parlamentów, bogatych kapitalistów, partyjnych liderów, oligarchów i klanowych mafiosów zamiast legalnie wybranych przedstawicieli – to tylko przykłady hegemonii. Działają poza i ponad prawem oficjalnym (upoważnieniami, normami kompetencyjnymi, procedurami) albo nadużywają go.

Realizacja dyspozycji następuje w drodze nieformalnej transformacji tej hegemońskiej/politycznej dyspozycji na prawo oficjalne, co skutkuje aktem lub czynnością z zakresu prawa oficjalnego. Transformacja może przybierać bardziej wysublimowane formy niż prosty nakaz hegemoński przełożony na decyzję administracyjną, uchwalenie ustawy, wydanie wyroku sądowego, wydanie rozporządzenia, zarządzenia, dekretu, uchwały, wystąpienie z orędziem, sejmowym przemówieniem czy urzędową interwencją etc. Dyspozycja może być nawet dorozumiana. Może być przekazana przez hermetyczne i skomplikowane struktury relacji dworskiej świty z organami oficjalnymi transformującymi dyspozycję na prawo oficjalne. Występuje ten proces zarówno w państwach demokratycznych (formalnie), jak i niedemokratycznych.

Transformacja prawa nieoficjalnego na prawo oficjalne

Akt nieoficjalny  Akty oficjalne

- osoba niewłaściwa,
- procedura nieformalna,
- brak kompetencji w świetle prawa oficjalnego

- podstawa prawna działania,
- procedura regulowana prawem,
- akty prawne lub oficjalne czynności na trzech poziomach porządku prawnego
(tworzenie, stosowanie, wykładnia prawa)

¹¹ Por. szerzej D. Bunikowski, *Instrumentalizm prawa, prawo hegemonu a polityka władzy*, „Jurysta” 2007, nr 2. Por. na temat rządów oligarchii, „wielkich kapitalistów” czy partyjnych notabli - za pomocą legalnej władzy i jej organów: Cz. Znamierowski, *Szkoła prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1988, s. 628-634.

Przykładowo decyzje podejmowane przez Generalnego Inspektora Sił Zbrojnych po zamachu majowym z 1926 r. – Marszałka Józefa Piłsudskiego – były dyrektywami, prawem dla jego dawnych legionowych podopiecznych lub aktualnych zwolenników, a także dla urzędników innego sortu. Transformowali je w oficjalnych aktach (ustawach, rozporządzeniach, zarządzeniach, wyrokach, decyzjach, czynnościach technicznych etc.) na prawo oficjalne, szukając – za Holmesem – uzasadnienia dla tego prawa w przepisach prawa powszechnie obowiązującego czy prawa wewnętrznego. *Faktyczne* prawo, wydane przez realną siłą i władzę, pochodziło jednak nie od instytucji państwa obdarzonych kompetencją prawną do jego tworzenia. Te oficjalne instytucje państwa miały tylko za zadanie transformować dyspozycję hegemonu na prawo oficjalne poprzez akty oficjalne i akty prawa oficjalnego, z wykorzystaniem procedury i formy przewidzianej prawem¹².

Prawo nieoficjalne zastępowało prawo oficjalne także w praktyce konstytucyjnej po 1935 r., kiedy to dokonano faktycznego i pozaprawnego (w świetle Konstytucji Kwietniowej – bezprawnego!) podziału konstytucyjnej władzy, wpływu na ministerstwa i podejmowane w nich decyzje etc., między dwa obozy piłsudczykowski (obóz Rydza-Śmigłego i obóz Prezydenta Mościckiego) w drodze ustaleń poza-instytucjonalnych, nieformalnych, poza-konstytucyjnych. Poza Konstytucją, zresztą wybitnie spójną aksjologicznie, dokonywano wyboru ministrów i premierów. Premier Składkowski, *de iure* premier, od którego zależała personalna obsada ministerstw, *de facto* pytał się o zgodę na „swoich” ministrów (Generalny Inspektor Sił Zbrojnych gen. Rydz i jego świta udzielali takiej zgody). Nie ma się co dziwić, jeśli „namaszczenia” premierowi nie udzielał Prezydent w zgodzie z Konstytucją, ale GISZ – zgodnie z piłsudczyckim prawem hegemońskim¹³. Pod koniec l. 30. XX w. w Polsce doszło do

¹² Zob. szczegółowo na ten temat: D. Bunikowski, *Prawo hegemonu w „Polsce piłsudczyckiej” po 1935 roku*, [w:] M. Wołos, K. Kania (red.), *Polska bez Marszałka. Dylematy piłsudczyków po 1935 r. Zbiór studiów*, Toruń 2008, s. 229-255.

¹³ *Ibidem*, s. 239 i n. Zob. zwłaszcza cytowane tam bogato teksty źródłowe (szczególnie z Pobóga-Malinowskiego). Bliski sanacji urzędnik i historyk Pobóg-Malinowski tak opisuje ustalanie składu rządu Składkowskiego. Premier Składkowski, który zgodnie z Konstytucją wskazywał ministrów do powołania przez Prezydenta, tak musiał zachować się wobec prezydenta Mościckiego i generała Rydza: „(...) w rozmowach wstępnych Pan Prezydent uzgodnił z gen. Śmigłym szereg kandydatur, tak, że nieobsadzone były jedynie teki spraw wewnętrznych i opieki społecznej. Składkowski, nieformalnie już premier z namaszczenia GISZ, pyta nieśmiało: <<Czy mógłbym dobrać choć jednego <mego> ministra do <mego> gabinetu?>>”. Otrzymał zgodę. Mieszano tym samym kompetencje organów państwa, łamano konstytucję, tworzono nowe prawo nieoficjalne. Inny przykład: generał Rydz bierze

ciekawej sytuacji konstytucyjnoprawnej: *Transformacja formalnego, prezydenckiego ustroju autorytarnego, określonego konstytucją kwietniową, w kierunku mniej lub bardziej formalnej, autorytarno-militarno-wodzowskiej władzy w państwie następowała na trzech poziomach porządku prawnego*¹⁴. Jest na to szereg przykładów np. okólnik premiera Składkowskiego z 1936 r.¹⁵ Nielegalna, niekonstytucyjna transformacja ustrojowa w kierunku hegemonii wojskowo-politycznej, państwa wodzowskiego o charakterze autorytarno-militarystycznym wynikała z zagrożeń zewnętrznych, niepokoїв wewnętrznych i społecznej potrzeby silnej władzy oraz utrzymania władzy establishmentu sanacyjnego. „Żywa konstytucja”, emancjacja układu realnej władzy (marszałka Rydza i prezydenta Mościckiego), zastąpiła pisaną konstytucję, którą ów obóz sanacyjny sam uchwalił w 1935 r., a którą w ramach politycznej dekompozycji *de facto* odrzucił¹⁶. Istnieje w ogóle spór wśród historyków i prawników, czy Polska po 1935 r. (a także po zamachu majowym z 1926 r.) była państwem prawa. Sanacja starała się mimo wszystko zachować państwo prawa w ujęciu formalnym (działania na podstawie i w granicach prawa). Występowały jednak znaczne nadużycia (np. delegalizacje organizacji, aresztowania przeciwników, fałszerstwa wyborów). Jest oczywiste, że *Nieformalne podejmowanie decyzji przez Generalnego Inspektora Sił Zbrojnych lub kilkuosobowe grono najważniejszych de facto osób w państwie było „transformowane” w formalne decyzje prezydenta, rządu czy parlamentu oraz innych organów państwowych, które „znajdowały” w przepisach (głównie ustawowych) „odpowiednią” podstawę prawną*¹⁷.

Petrażyckiego prawo nieoficjalne a pluralizm prawny

Z kolei w ujęciu Leona Petrażyckiego, pomijając już problematykę odróżnienia prawa od moralności i oparcia prawa na emocjach (prawo jako zjawisko psychiczne), prawo oficjalne jest związane z pra-

udział i przemawia na posiedzeniach Rady Ministrów, mimo że nie miał formalnych uprawnień. Realna pozycja nieformalnej władzy determinowała zachowanie oficjalnej władzy.

¹⁴ *Ibidem*, s. 254.

¹⁵ *Ibidem*, s. 249, przypis 44. Okólnik premiera nakazywał traktować Generała Rydza jako pierwszą osobę po Prezydencie Mościckim w państwie. Akt był absolutnie bezprawny w świetle ówczesnego prawa i Konstytucji. Okólnik dla realnej władzy był oczywistym aktem prawa nieoficjalnego. Po prostu okólnik transformował na prawo oficjalne to, co ustalono w prawie nieoficjalnym między dwoma sanacyjnymi obozami władzy: prezydenckim i wojskowym.

¹⁶ *Ibidem*, s. 254 i 255.

¹⁷ *Ibidem*, s. 255, przypis 56.

wem pozytywnym¹⁸. Jest to ujęcie trafne. Prawo pozytywne odnosi się do faktów normatywnych występujących w ludzkiej świadomości, takich jak ustawy, wyroki sądów, umowy cywilnoprawne, zwyczaje, różnego rodzaju rozkazy. Gdy brakuje takiego faktu normatywnego, zdaniem Petrażyckiego, występują w naszej świadomości swoiste normy, normy autonomiczne, stworzone przez nas samych lub przez nas przyjmowane z szacunku dla ich słuszności (ze względu na ich uzasadnienie tetyczne, ich pochodzenie od państwa) jako podstawa naszego wewnętrznego prawa – *prawa intuicyjnego*. Gdy uważam, że daną normę ustanowił jakiś kompetentny organ, podmiot, autorytet, władza, to jest to norma prawa pozytywnego. Natomiast gdy norma pochodzi ode mnie, uważam, że jakaś norma obowiązuje, bo jest słuszna, jest wtedy ona prawem intuicyjnym. Czuję po prostu, że coś jest prawem, że coś mi się należy, a ktoś inny jest do czegoś zobowiązany, i na odwrót. Czuję, że za wykonaną pracę mój służący zasługuje na wypłatę, ale musi wykonywać swe obowiązki i solidnie pracować. Petrażycki uważał, że zjawisk prawych nie powinno się poszukiwać gdzieś *w przestrzeni nad ludźmi lub pomiędzy nimi*, w „środowisku społecznym”. Jest to błąd i uczonego, i prawnika. Zjawiska prawne zachodzą „*w jego własnej głowie*” – *w jego psychice własnej i nigdzie poza nią*. Jest to wytłumaczalne na gruncie psychologii emocjonalnej¹⁹.

Innymi słowy, prawo oficjalne jest prawem tworzonym przez państwo i jego agendy w skomplikowanych procesach tworzenia lub stosowania prawa, a prawo nieoficjalne jest prawem tworzonym przez społeczne agendy i społecznych aktorów (niezwiązanych z państwem). Takim prawem jest np. prawo mafii, klubów sportowych, tajnych stowarzyszeń etc. Prawem są przeżycia psychiczne ludzi dotyczące umowy czy kary. Ale czy można uznać, że jest nim „prawo pokoików dziecięcych”, a nawet prawa zwierząt? U Petrażyckiego prawem jest to, co przeżywamy jako prawo i obowiązek. „Prawdziwej praktyki” prawa należy szukać nie tyle w sądach, co właściwe wszędzie poza nim – u każdej osoby, w jej świadomości, w jej czynach. Problemem jest to, że uczeni i nauka *znajdują się pod wpływem złudzenia optycznego polegającego na tym, że nauka nie widzi zjawisk prawnych tam, gdzie one zachodzą rzeczywiście, lecz poszukuje ich tam, gdzie ich znaleźć i zbadać nie można, mianowicie w świecie zewnętrznym względem podmiotu, który zjawi-*

¹⁸ Poglądy Petrażyckiego zawarte są w wydaniach pism zebranych (część pism nie została początkowo opublikowana, część została spisana przez jego uczniów). Zob. np. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności*, opracował J. Lande, Warszawa 1959.

¹⁹ *Ibidem*, s. 50-51.

*ska prawne przeżywa*²⁰. Prawo jest w tym ujęciu kategorią przeżyć bardzo szeroką. Prawo jest przeżyciem psychicznym, niekoniecznie mającym cokolwiek wspólnego z prawem tworzonym przez państwo, z prawem pozytywnym. Każdy obywatel – nie tylko sędzia, urzędnik, prawodawca – jest praktykiem prawa, przeżywa swe uprawnienia i obowiązki, podobnie czynią inne osoby, które znajdują się w określonym stosunku z tym obywatelem i między sobą.

Oczywiście, Petrażycki jako wybitnie zdolny stypendysta berliński, petersburski profesor filozofii prawa, deputowany Pierwszej Dumy i sędzia Sądu Najwyższego Imperium Rosyjskiego doskonale zdawał sobie sprawę z faktu, że obok prawa intuicyjnego, prawa rozumianego jako przeżycie psychiczne, którą to koncepcję tak żarliwie propagował, jest też prawo pozytywne, oficjalne, pochodzące od państwa²¹. Wszak wydawano ustawy, dekryty, urzędnicy dokonywali oficjalnych czynności etc. Stąd też polski filozof prawa wprowadził podział na prawo pozytywne i intuicyjne oraz prawo oficjalne i nieoficjalne. Uczynił tak, mimo że gardził metodologią naukową opartą na poszukiwaniu prawa tylko w normach (a nie w przeżyciach i doświadczeniu, zwłaszcza poprzez introspekcję). Tym samym Petrażycki w swojej teorii zbliżył się do stanowiska popierającego ideę pluralizmu prawnego, koncepcję nakładających się na siebie porządków prawnych/praw na tym samym polu, tj. dopuścił nierozwiązywalną instytucjonalnie kolizję prawa oficjalnego z prawem nieoficjalnym. Zakwestionował pozytywizm prawniczy i w ogóle „państwowe” teorie prawa. Było to ważne, choć niedocenione z różnych względów, odkrycie w filozofii prawa i socjologii prawa.

Współcześnie problem „autonomicznego prawa” jest widoczny w relacji prawo religijne-prawo świeckie w społeczeństwach zachodnich z dużą mniejszością muzułmańską (np. wśród francuskich muzułmanów). Wielu z muzułmanów uważa prawo religijne islamu za własne normy – normy autonomiczne wobec prawa państwa. Uznaje się te normy za swoje prawo ze względu na autorytet religii. W ich życiu jest to prawo podstawowe. Państwowy zakaz noszenia chusty

²⁰ Ibidem, s. 51.

²¹ Szczególnie widoczne jest to w jego pismach o polityce prawa, gdzie przez prawo nie rozumie już emocji prawnych zawierających poczucie obowiązku i uprawnienia, ale prawo stanowione przez państwo w formie ustaw, dekretów etc., które mogą kształtować aktywnie i bezpośrednio sumienie i moralność człowieka oraz tym samym spełniać rolę wychowawczą w pierwszym rzędzie. W rozważaniach o polityce prawa Petrażycki wyraźnie stoi na stanowisku, że funkcja wychowawcza (a nie homeostatyczna) jest funkcją podstawową prawa. Zob. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968. Por. też przedmowę do *Wstępu do nauki prawa...*, s. 11-22.

muzułmańskiej jest zatem sprzeczny z prawem religijnym, które dla wierzących jest ważniejsze niż świeckie prawo²².

Prawa plemienne, zwyczajowe, religijne a prawo państwa na przykładzie współczesnej Afryki (Sudan)

Prawo w Sudanie jest ciekawym przykładem pluralizmu prawnego i prawa nieoficjalnego. Na przykładzie Sudanu można zrozumieć dystynkcje między prawem oficjalnym i prawem nieoficjalnym, jak również to, czym jest prawo personalne i prawo religijne oraz jak rozwija się idea pluralizmu prawnego w społeczeństwach zróżnicowanych religijnie i etnicznie.

Muzułmańska północ Sudanu jest związana prawnie z islamem. W Chartumie (stolica Sudanu) i na północy wprowadzono prawo szariatu jako prawo państwowe, oficjalne. Afrykańsko-chrześcijańskie Południe z Jubą starało się i stara wyzwolić z wpływu islamu i szanować różnorodność religijną i etniczną.

Nie można zrozumieć obecnego stanu prawa w Sudanie bez odniesienia do historii, polityki, czynników etnicznych lub religijnych²³. W XIX w. ustanowiono kondominium angielsko-egipskie nad krajem. W północnym Sudanie z Chartumem na czele ściśle rozdzielono sfery regulowane przez prawo państwowe (tworzone przez kolonizatorów) i prawo religijne oparte na szariacie (*Shari'a*). Przeważała tam ludność muzułmańska. Na obszarach wiejskich (*rural areas*) funkcjonowało też prawo zwyczajowe. Głównymi źródłami prawa państwowego (*the main laws governing the Sudan*) były *the Sudan Criminal Code* i *the Sudan Penal Code*, czyli ustawy z dziedziny prawa karnego. Podmiotowo dotyczyło ono zarówno muzułma-

²² Zakaz ten we Francji dotyczy na podstawie dekretu prezydenta Chiraca z 15 marca 2004 r. wszelkich „otwartych manifestacji religijnych afiliacji” (dosłownie tłumacząc), w tym noszenia „dużych” symboli katolickich, żydowskich jarmulek, turbanów Sikhów etc. Muzułmanie zareagowali jednak najbardziej gwałtownie na to nowe prawo. Jak pisze Jessica Fourneret, „dla szariatu świeckość nie istnieje”, a religia jest „drogą życia” (*a way of life*). Muzułmańskie dziewczyny są „pierwszymi ofiarami prawa” (tj. dekretu Chiraca). Mogą się mu sprzeciwić, zachowując lojalność wobec religijnej wspólnoty. Zob. J. Fourneret, *France: Banning Legal Pluralism by Passing a Law*, „Hastings International and Comparative Law Review” 2005-2006, vol. 29, s. 233-249. Por. też na ten temat, szczególnie w kontekście „stygmatyzacji”: W. Shadid, P. S. Van Koningsveld, *Muslim Dress in Europe: Debates on the Headscarf*, „Journal of Islamic Studies” 2005, vol. 16, s. 35-61.

²³ Szeroko na ten temat: D. H. Johnson, *The Root Causes of Sudan's Civil Wars. Updated to the Peace Agreement, Nairobi-Oxford-Kampala-Bloomington&Indianapolis 2003*, wydanie poprawione, Malaya 2007, s. 13-14.

nów, jak nie-muzułmanów. Szariat regulował życie w sferach takich jak: małżeństwa, spadek i wybrane aspekty prawa własności²⁴.

Prawo państwowe, oficjalne, ustanowione przez rząd kolonizatorów angielsko-egipskich akceptowało fakt, że prawo islamu, szariatu regulowało życie muzułmanów w sferze prywatnej dotyczącej małżeństwa, spadków, własności. Było to rozwiązanie wygodne dla kolonizatorów, którzy oddawali część swojej władzy i kompetencji prawodawczej i policyjno-sądowniczej w sferze obyczajowej na rzecz organów, podmiotów, instytucji cieszących się uznaniem w społeczeństwie. To dopuszczenie prawa szariatu w niektórych sprawach prywatnych przez legalny rząd kolonizatorów stanowiło zatem inkorporację czy też odesłanie do prawa tworzonego przez inne instytucje niż rząd (państwo). Prawo religijne, wcześniej nieoficjalne, stało się prawem oficjalnym poprzez sankcję rządu dla stosowania i egzekwowania szariatu w sprawach rodzinnych oraz poprzez działalność sądów koranicznych. Zyskało specjalny status pewnego rodzaju prawa oficjalnego. Nie było to prawo oficjalne w sensie tym, że pochodzi od państwa (legalnego rządu kolonizatorów), ale było to prawo oficjalne w sensie takim, że legalny rząd aprobuje *oficjalnie* to prawo, ten porządek prawny (szariatu) w jakichś sferach życia, nadaje mu sankcję i moc prawa w świetle prawa oficjalnego. Kolonizatorzy dali lokalnym sudańskim władzom religijnym wolną rękę w tworzeniu, stosowaniu, interpretacji prawa i jego egzekucji w sprawach prywatnych, obyczajowych, rodzinnych, zostawiając dla siebie o wiele ważniejszą dla nich domenę regulacji prawa karnego i administracyjnego. To pragmatyczne posunięcie zastosowane w XIX w. i kontynuowane do uzyskania niepodległości przez Sudan po II wojnie światowej w 1956 r. zaowocowało, wedle mnie, aktualnie, powstaniem typowego państwa islamskiego na Północy Sudanu na czele z Chartumem. (Podobnie rzecz wygląda we współczesnym Królestwie Arabii Saudyjskiej, gdzie dynastia Faudów oddała sprawy moralności w ręce wahabitów i ich policji religijnej. Nie wyklucza to powstania państwa islamskiego w tym kraju, włącznie z detronizacją dynastii pozostającej w sojuszu polityczno-militarno-gospodarczym z USA).

Co ważne, szariat jako prawo religijne islamskie, regulował w wybranych sferach tylko życie muzułmanów, a nie wszystkich mieszkańców. Widoczny jest zatem pewnego rodzaju typ prawa personalnego, ograniczonego swoją regulacją do pewnej grupy religijnej zamieszkującej na terytorium danego kraju i nieobjętej swoją regulacją osób nienależących do tej grupy (np. chrześcijan, animi-

²⁴ *Ibidem*, s. 13.

stów, ateistów). Różne grupy religijne, etniczne, żyjące obok siebie na terytorium kraju rządzą się w sprawach prywatnych, np. małżeństwa, innym prawem. Pozostało to normą zresztą do dziś i nie jest przejawem anachronizmu prawnego, ale rezultatem tradycyjnego istnienia wielu praw obok siebie, adresowanych do innych grup społecznych/religijnych żyjących razem, obok siebie. Z drugiej strony, na północy Sudanu i w Chartumie od lat 70. XX w. prawem oficjalnym jest prawo szariat²⁵. Obrazą religii jest zbrodnia pań-

²⁵ We wrześniu 1983 r. prezydenckie dekrety Nimairiego wprowadzały nowe prawa islamskie, szariat, na teren całego kraju, także nie-muzułmańskiego Południa. Doprowadziło to do wybuchu kolejnej wojny domowej między Północą i Południem. Po przejęciu władzy przez islamistę Baszira, Rada Rewolucyjna od 1991 r. zaprowadziła na Północy w pełni szariacki porządek. Prawo szariaty stosuje się w zasadzie do wszystkich na Północy bez względu na pochodzenie i religię. Działają sądy religijne. Obok niego działają Sąd Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, Sądy Apelacyjne, inne sądy krajowe. Kończący wojnę domową Comprehensive Peace Agreement z 2005 r., z pewnymi wyjątkami, uznał jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, a zatem również i prawo międzynarodowe, na podstawie którego Trybunał działa. To tym bardziej wydaje się paradoksalne, że prawo międzynarodowe nie dopuszcza dyskryminacji ze względu na religię. Trybunał rozstrzyga jednak spory między państwami, a nie przestrzeganie praw człowieka w danym kraju. Nie ocenia wprowadzenia prawa szariaty. Nie ma tu *de facto* i *de iure* zderzenia dwóch porządków prawnych: międzynarodowego i krajowego. Inaczej jest w przypadku działalności Międzynarodowego Trybunału Karnego, który uznał swoją jurysdykcję nad Sudanem, mimo że Chartum nie ratyfikował umowy międzynarodowej ustanawiającej ów sąd. Prokurator Trybunału Moreno-Ocampo w 2008 r. oskarżył prezydenta Sudanu Baszira o zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości dokonane w Darfurze (w 2006 r. zawarto tam pokój między rebeliantami a rządem). Wystąpił do Trybunału o wydanie nakazu aresztowania (*warrant arrest*). Sudan odrzucił jurysdykcję Trybunału. Nie jest sygnatariuszem konwencji, podobnie jak USA, zatem wedle tej interpretacji prawnej i filozofii nie powinno się sądzić funkcjonariuszy państwa przed Trybunałem. W tym przypadku widać konflikt dwóch nakładających się praw i porządków: międzynarodowego i krajowego. Jest to przejaw pluralizmu prawnego. To, która norma i jakiego porządku będzie ważniejsza, nie zależy od prawnej reguły uznania, bo takiej nie ma. Decydują o tym czynniki polityczne i pragmatyczne. Sudan może izolować się na arenie światowej. Nie jest jednak osamotniony. Współpracuje na dużą skalę z Chinami. Basziz został wsparty przez Ligę Arabską, Unię Afrykańską i Francję, które rozważają zastosowanie art. 16 Statutu Rzymskiego, wedle którego śledztwa mogą być zawieszane na rok, gdy zagrażają procesowi pokojowemu. Basziz może bowiem dokonać zemsty za wydanie nakazu aresztowania nie tylko na mieszkańcach Darfuru, ale także na pracownikach ONZ, wojskach pokojowych (*peacekeepers*) i pracownikach międzynarodowych humanitarnych organizacji pozarządowych. Basziz oficjalnie prowadził akcję przeciwko rebeliantom darfurskim, tymczasem dla Trybunału może być ludobójcą. Narzucanie jurysdykcji MTK to bardzo ciekawy przykład nakładania się na siebie różnych porządków prawnych, czyli pluralizmu prawnego. O ewentualnej odpowiedzialności prawnej rozstrzygnie nie prawo, ale polityczna i militarna siła zainteresowanych podmiotów władzy. Por. Jok Madut Jok, *Sudan. Race, Religion, Violence*, Oxford 2007, s. 293-297.

stwowa, może dokonać jej także obcokrajowiec, nie-muzułmanin. Szariat jest stosowany wobec cudzoziemca/gościa, co zaprzecza już idei prawa personalnego. Nie musi on jednak stosować się do wszystkich reguł i obowiązków szariatu, musi natomiast szanować religię i zwyczaje, a obraza Allacha czy Mahometa jest największą z możliwych obraz i przestępstwem²⁶.

Trzeba zwrócić uwagę na modyfikującą funkcję prawa zwyczajowego jako rodzaju prawa nieoficjalnego. Prawo zwyczajowe może regulować te samą kwestię, co prawo szariatu. Która reguła wówczas jest stosowana, gdy nie ma hierarchii między porządkami prawnymi? W przeszłości, już w XIX w., w północnym Sudanie, bardziej podatnym na wpływy islamskie, nawet sfery życia nominalnie zastrzeżone dla prawa szariatu mogły być zmodyfikowane przez różne lokalne prawa zwyczajowe. Dotyczyło to zwłaszcza prawa ziemi (*land rights*) i praktyki zawierania małżeństw (*marriages practice*)²⁷. Islamskie prawa (*islamic codes*) było wówczas zawieszane i stosowano prawo zwyczajowe zawierające regułę specjalną. Jest to wyraz pluralizmu prawnego: prawo zwyczajowe (a właściwie prawa zwyczajowe) wypiera w pewnych sferach prawo religijne, akceptowane i dopuszczone przez rząd dla tych sfer życia. Ta sama sprawa jest regulowana prawem zwyczajowym i prawem religijnym, ale prawo zwyczajowe – o różnej lokalnej odmienności – jest wówczas stosowane ze względu, prawdopodobnie, na tradycję plemienną. Nie ma jednak jasnej reguły uznania, hierarchii między tymi prawami, porządkami prawnymi. Decyduje przywiązanie do tradycji lokalnej, plemiennej i szacunek dla niej.

Zgodnie z *principles of Native Administration*, administrację lokalną w koloniach brytyjskich starano się oddać w czasach kolonizacji w ręce rdzennej władzy plemiennej (*indigenous structures of authority*). Miała ona stosować prawo i zwyczaje plemienne (*indigenous law and customs*), w zgodzie z brytyjskimi ideami dobrego rządzenia i sprawiedliwości (*good government and justice*). W latach 20. XX w. wprowadzono nowy typ zarządzania tak na Północy, jak na Południu. Wodzowie (*chiefs*) posiadali władzę sądowniczą w zakresie prawa zwyczajowego lub szariatu i administracyjną, pod nadzorem *British District Commissioners*. Na Północy przekazanie władzy

²⁶ Comprehensive Peace Agreement z 2005 r. ustanowił pewną ochronę dla nie-muzułmanów w Chartumie.

²⁷ Jok Madut Jok, *op. cit.* Angielsko-egipski rząd nadzorował działalność bractw muzułmańskich (*Sufi brotherhoods*). Wspierał także interpretację prawa religijnego poprzez przywołanie na działanie sądów religijnych z Wielkim Kadim (*Grand Quadi*) na czele. Do 1947 r. zawsze był nim Egipcjanin.

poszło szybciej niż na Południu, gdzie trudniej było o znalezienie stabilnych struktur silnej władzy wykonawczej o charakterze lokalnym. Tylko w kilku południowych królestwach (*kingdom*) taka odpowiednia władza (*executive hierarchy*) istniała. W plemionach nieosiadłych władza, co prawda, występowała (np. *Dinka*), ale nie była silna (*hereditary authorities*). Powołano zatem sądy wodzów (*chiefs' courts*), łącząc „brytyjską innowację z lokalnymi zwyczajami”, jak pisze Johnson. Działały lokalne parlamenty w Ekwatorii na Południu. Rodziła się lokalna biurokracja w miastach i centrach Południa²⁸. Podsumowując, sądy i władza lokalna, oparte na autorytecie i władzy lokalnych wodzów i rodzin, powołane przez kolonizatorskie władze oficjalne, stosowały prawo zwyczajowe, plemienne, czy też – jak na Północy – prawo szariaty w sferze prywatnej, rodzinnej. Decentralizacja władzy oznaczała zgodę na stosowanie prawa zwyczajowego i prawa religijnego²⁹.

Przykładem fundamentalnej regulacji z zakresu prawa zwyczajowego jest prawo ziemi w Darfurze (wschodni Sudan). Prawo ziemi dotyczy własności gruntów, ich użytkowania, zamieszkiwania etc. Jest to system *hakura*, czyli plemienna własność lub posiadanie ziemi (*tribal land ownership*). *The hakura system* kształtował się przez trzy wieki, od XVII i XVIII w. Sułtanat *Fur* (królestwo na terenie Sudanu) nadawał hakurę wybranym władcom plemion lokalnych. Prawo hakury obejmowało prawo do posiadania ziemi, jurysdykcji nad mieszkańcami i prawo pobierania podatków. Można powiedzieć, że prawo hakury było bliskie prawom feudalnym. Jak wskazuje De Waal, są trzy zasady systemu. Po pierwsze, system hakury objął od samego początku tylko niektóre plemiona, zwłaszcza duże. Część plemion i mieszkańców została poza systemem. Po drugie, *hakura* nie oznacza *de iure* własności (*ownership*), jest „własnością” z nazwy, prawem do jurysdykcji i administrowania, danym wodzom (*heads, chiefs, hakuras*). Po trzecie, *hakura* zawiera w sobie *principle of hospitality*, czyli zasadę gościnności. Imigrantów, gości należy po prostu przyjmować na swoje terytorium objęte hakurą. Muszą oni (goście) zaakceptować zwyczaje i normy dominującej grupy plemien-

²⁸ D. H. Johnson, *op. cit.*, s. 12-13.

²⁹ Na Południu wprowadzono jednak zasadę skonceptualizowaną w oświadczeniu (*statement*) *The Civil Secretary* z 1930 r., że administracja lokalna ma rozwijać się w oparciu o wzorce afrykańskie, a nie arabskie, a jej przyszłość jest związana z krajami Brytyjskiej Afryki Wschodniej, a nie z Bliskim Wschodem. Stworzono zupełnie inne podstawy rozwoju administracji na Południu i na Północy (*different patterns of the administrative development*). Można powiedzieć, że Południe uwolniono od brzemienia muzułmańskich rządów opartych na szariatcie. Zob. D. H. Johnson, *op. cit.*, s. 11.

nej (*the owner of hakura*) na terytorium (*area*). Jeśli przybywający stanowili grupę zorganizowaną, od razu ich lider stawał się wodzem (*chiefs, omads*) i wykonywał funkcje administracyjne. W tradycji Darfuru nie ma miejsca na dawanie przybywającym koczownikom, imigrantom prawa do niezależnej jurysdykcji i niezależnego wodza (*paramount chief*) na terytorium przez siebie zajęтым. Muszą oni wkomponować się w zastany quasi-feudalny system władzy i zależności od dominującego plemienia udostępniającego ziemię przybyszom³⁰.

System zwyczajowy „własności” ziemi okazał się z czasem niewydolny (w l. 80. XX w.). Zanim tak się stało, funkcjonował całkiem dobrze. Brytyjskie władze respektowały to prawo zwyczajowe, oddając władzę nad ziemią w ręce *Native Administration*, czyli władcom lokalnych plemion. Postkolonialny Sudan utrzymał system. Od razu Chartum zastrzegł jednak, że właścicielem całej ziemi jest państwo³¹. Wodzowie (*chiefs*) mieli prawo administrowania i nadawania ludziom tytułów do ziemi. Problem w tym, że nie była to własność w sensie ścisłym. Darfurczycy tymczasem wierzyli w ten *arrangement*, zajmowali farmy i gospodarowali na nich. Napływająca ludność koczownicza, pasterska (nomadzi) nie była dla nich nigdy zagrożeniem. Zwyczajowe prawa Darfuru dawały nomadom prawo do migracji lub wypasu zwierząt na terytoriach zdominowanych przez farmerów (*customary rights to migrate and pasture their animals in areas*). Prawo zwyczajowe w ten sposób funkcjonowało od lat. Było tak do l. 80. XX w., kiedy z powodu suszy, pustynnienia i rozszerzania się farm doszło do konfliktu i walk nomadów, koczowniczych plemion z dafrurskimi farmerami. Jest to jeden z powodów krwawej wojny w Darfurze³².

Co dziwne, system hakury nie załamał się nawet w 1971 r., kiedy to Chartum zlikwidował Narodową Administrację (przywrócił ją w 1986 r.). Prawo zwyczajowe wciąż pozostawało podstawą systemu własności ziemi. Jednocześnie, obok lokalnych walk o ziemię toczonych w l. 80. XX w., powstały nowe problemy prawne. Wedle prawa wydawanego przez Chartum, *Civil Transactions Acts*, lokalne plemiona i farmerzy nie są właścicielami ziemi, potwierdzając po raz kolejny, że państwo jest jedynym i pełnym właścicielem ziemi w Darfurze (*the state's ownership of all the land*) W opinii de Waala, doszło do sprzeczności między prawem zwyczajowym (*customary law*) i prawem państwa (*statute law*) i status prawny *the hakura system*

³⁰ A. de Waal, *Steps towards the Stabilization. Governance and Livelihoods in Darfur, Sudan*, the United States Agency for International Development, 2005, s. 8 i 12.

³¹ A. de Waal, *op. cit.*, s. 13.

³² Jok Madut Jok, *op. cit.*, s. 124-125.

jest niejasny (*unclear*)³³. Konflikt prawa oficjalnego z prawem zwyczajowym jest oczywisty. Prawo zwyczajowe dotyczące ziemi i praw wodzów oraz władz plemiennych do dysponowania nią, początkowo nieoficjalne, później jednak oficjalnie uznane przez władze, jest teraz przez władze kwestionowane.

Konglomerat różnych praw jest charakterystyczny dla Sudanu. Konstytucja Sudanu z 1973 r. ustanawiała państwo świeckie z wolnością religijną także dla chrześcijan, żydów, wyznawców tradycyjnych religii, których religia islamska traktowała (i nieoficjalnie *państwowe* prawo islamskie) jako niewierzących (*kuffar*). Prawo świeckie regulowało stosunki między obywatelami w sprawach cywilnych i karnych. Sprawy personalne i rodzinne były regulowane przez szariat, który obowiązywał tylko muzułmanów. Prawo zwyczajowe dopuszczono do stosowania na obszarach wiejskich zarówno na Północy, jak i na Południu. Dotyczyło ono ogromnej liczby osób żyjących zwłaszcza w tradycyjnych warunkach plemiennych. *The September's Laws* Nimairiego z 1983 r. zaprzeczyły tej idei i skierowały kraj na drogę islamizacji i wojny domowej³⁴. Prezydent Nima-iri zadeklarował oficjalnie, bez troski o reakcję obywateli i świata, Islamską Rewolucję³⁵. Prawo islamskie, dotychczas oficjalne tylko dla muzułmanów w sferze prywatnej i rodzinnej oraz mające tym samym charakter prywatnego prawa personalnego, miało stać się prawem oficjalnym dotyczącym także sfery publicznej, w tym karnej, obowiązującym na terytorium całego państwa, także autonomicznego nie-muzułmańskiego Południa.

Stan prawa na południu Sudanu jest zupełnie odmienny. Na południu Sudanu nie było religijnej ortodoksji, dominowały natomiast różne prawa zwyczajowe i szacunek dla różnorodności religijnej. Na Północy już w XIX w. uwidoczniła się tendencja do uniformizacji życia muzułmanów wedle reguł islamu. Przyczyniła się do tego zapewne także działalność policji religijnej i sądów religijnych oraz przyzwolenie kolonizatorów. Ta uniformizacja praktyki postępowania wedle islamskiego wzorca w sferze życia prywatnego na Północy od XIX w. została skanalizowana po odzyskaniu niepodległości po II wojnie światowej w postaci wprowadzenia w l. 80 XX w. prawa szariatu jako podstawy prawa państwowego w ogóle, także w sferze publicznej. Zostało tak w Chartumie do dzisiaj. Południe Sudanu,

³³ A. de Waal, *op. cit.*

³⁴ D. H. Johnson, *op. cit.*, s. 56. Zob. też M. Meredith, *The Fate of Africa. From the Hopes of Freedom to the Heart of Dispair. A History of Fifty Years of Independence*, New York 2005, s. 346-347.

³⁵ M. Meredith, *op. cit.*, s. 357.

gdzie chrześcijan i animistów jest więcej niż muzułmanów, poszło inną drogą na gruncie prawa. W czasach kondominium na południu dominowało prawo zwyczajowe (*customary law*) na obszarach wiejskich. Prawo zwyczajowe było wspierane przez tradycyjną religię (*traditional religion*). Występowały też wspólnoty chrześcijańskie (przy misjach) i muzułmańskie. Wspólnoty muzułmańskie (*Muslim communities*) zamieszkiwały głównie w miastach i centrach administracyjnych. Wobec nich stosowano prawo szariatu w sprawach rodzinnych, co stanowiło przejaw prawa personalnego. Kodeksy karne Anglików (*criminal, penal codes*) były stosowane teoretycznie wobec wszystkich mieszkańców, ale najłatwiej było je egzekwować w miastach i centrach³⁶.

Dziś prawo południa Sudanu opiera się raczej na dekretach autonomicznych władz (wobec rządu islamskiego w Chartumie³⁷), szariat dotyczy tylko muzułmanów i ich sfery rodzinnej (*mainly family matters*) i nie jest raczej w pełni przestrzegany, zaś prawo zwyczajowe odgrywa jeszcze pewną rolę w stosunkach plemiennych, rodzinnych, małżeńskich, towarzyskich, publicznych. Prawo współczesnego południa Sudanu odsyła jednak do lokalnych wartości kulturowych, w czym można upatrywać poszukiwania swojej aksjologii w prawie zwyczajowym, zgodnie z tradycją. Przykładem jest dekret komisarza Juby - *County Local Order No. 4/2008: Banning of 'Niggers' Behaviours&Activities in the Town*, z 2. 10. 2008 r.³⁸, który stanowi, że „w celu ochrony wartości kulturowych, godności i osiągnięć ludzi południowego Sudanu, jak również odrzucenia wpływów obcych kultur, z obawy przed zniszczeniem przyszłych pokoleń” zakazuje się pod groźbą kary grzywny lub trzymiesięcznego więzienia „wszystkich złych zachowań i importowania nielegalnych kultur”, charakterystycznych dla „Niggers” (*all bad behaviours, activities and imported illicit cultures of what is known as „Niggers”*), Murzynów, którzy przejęli kulturę zachodnią albo nie-afrykańską, zachodni sposób ubierania i styl życia. Południowy Sudan poszukuje swojej

³⁶ *Ibidem*, s. 13-14.

³⁷ Oficjalny rząd autonomiczny na południu Sudanu powstał po wieloletniej wojnie domowej z Chartumem (rządem w stolicy) w 2005 r., po podpisaniu porozumienia pokojowego (*Coprehensive Peace Agreement, CAP*). Konflikt między islamską Północą z Chartumem a chrześcijańsko-animistycznym Południem z Jubą nie jest zakończony instytucjonalnie (Południe nie ma niepodległości, posiada autonomię), a pokój nie wydaje się być trwały (np. problemem jest podział pól ropy, wpływ Chartumu na politykę władz w Jubie).

³⁸ CO/JC/CES/J/47.1.1. *County Local Order No. 4/2008: Banning of 'Niggers' Behaviours&Activities in the Town*, 2nd October 2008, Central Equatoria State, Juba County, Commissioner's Office, Commissioner, Juba County, Albert Pitia Redentore.

tożsamości kulturowej albo narodowej, stąd powstaje tak „dziwne” prawo w tym pluralistycznym religijnie i kulturowo kraju, zdystansowanym od szariatu jako podstawy prawa północnego Sudanu z Chartumem na czele. To jedyne wytłumaczenie dla tego dekretu i podobnego mu „obyczajowego” dekretu zakazującego noszenia dżinsów przez kobiety w Jubie. Prawo powyższe jest prawem personalnym, gdyż dotyczy tylko Murzynów z południowego Sudanu, a nie np. białych z ONZ i NGO’ów (chodzi np. o to, by miejscowi nie ubierali się jak przepojeni modą zachodnią Kenijczycy i Ugandyjczycy, odwiedzający południowy Sudan).

Na północy Sudanu prawo religijne jest już oficjalnie prawem państwa i podstawą ustroju państwa. Chartum uczynił prawo szariatu, które „kuchennymi drzwiami” zostało uznane przez angielsko-egipski ład prawny za quasi-oficjalne prawo w XIX w., podstawą całego państwa. Jak zauważa Johnson, „polityczny projekt państwa islamskiego jest zarówno inkluzywny, jak i ekskluzywny”. Po pierwsze, jest uznawany za drogę do przyśpieszenia konwersji nie-muzułmanów. Z drugiej strony, szeroka kategoria muzułmanów pozwala na wyłączenie polityków świeckich ze wspólnoty (takich jak komuniści). Konceptualizacją tego projektu jest art. 126 sudańskiego kodeksu karnego (*the Sudanese Penal Code of 1991*), dotyczący apostazji. Z inicjatywy al-Turabiego od 1988 r. w parlamencie trwały prace nad przestępstwem apostazji (*al-ridda*). Obecnie, od 1991 r., art. 126 penalizuje apostazję, czyli przejście na inną wiarę. Wedle ust. 1 art. 126, „każdy muzułmanin, który promuje porzucenie wiary islamskiej lub deklaruje otwarcie jej porzucenie poprzez wyraźne oświadczenie albo niedwuznacznym akt, jest uznawany za sprawcę przestępstwa apostazji”. Wedle ust. 2, „ten, kto popełnia to przestępstwo, jest wzywany do wyrzeczenia się apostazji i otrzymuje na to okres łaski określony przez sąd. Jeśli pozostaje niezmienny w akcie apostazji i nie przechodzi na Islam, jest na nim wykonywana egzekucja”. Kara powinna być anulowana, jeśli apostata wyrzekł się konwersji, co musi nastąpić przed wykonaniem kary (ust. 3a). Przepis art. 126 budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych. Definicja przestępstwa apostazji zawiera sformułowanie „niedwuznacznym akt” (*unequivocal act*). Dzięki temu władze islamskie mogą *de facto* prześladować swoich politycznych przeciwników, a nie realnych odstępców od wiary. Przepis, co prawda, należy do prawa personalnego i wyraźnie odnosi się tylko do muzułmanina, który wybiera inną wiarę. Jest tak na pozór. Przepis art. 126 i groźba jego zastosowania są wykorzystywane dla celów walki politycznej (już wcześniej,

w 1985 r. prezydent Nimaïri spowodował oskarżenie na podobnej podstawie opozycjonistę Tahe³⁹). Jest także stosowany przeciwko

³⁹ Taha był założycielem Braci Republikańskich. Proponował nową wizję państwa, bardziej demokratyczną, wolnościową. Jego publiczne wykłady były zakazane już w 1973 r. Swoją działalność prowadził w ramach prawa, ale jego poglądy wywoływały opór fundamentalistów religijnych i reżymu politycznego. Do początku l. 80. XX w. częściowo popierał rząd i Nimaïriego – dopóki prowadzili politykę jedności narodowej i nie stosowali prawa szariatu wobec sudańskich nie-muzułmanów oraz nie prześladowali kobiet z powodów szariatu. Taha potem sprzeciwiał się islamizacji kraju na skalę proponowaną przez rząd. Walczył o równe prawa kobiet i mężczyzn. Żądał demokratyzacji i swobód obywatelskich. Jego filozofia była nową interpretacją Koranu. W 1985 r. został oskarżony m.in. o bunt, naruszenie konstytucji, wywołanie niepokoju publicznego, udział w nielegalnej opozycji (sections 96, 105, 127A *the Penal Code of 1983*, section 20 *the State Security Act of 1973*). Prezydent Nimaïri wydał dyrektywę, aby oskarżenie oprzeć na kodeksie karnym i aby dodać section 458(3). Wedle tego ostatniego przepisu, sąd jest upoważniony do wydania wyroku śmierci (*Hadd*) nawet w razie braku ustawowego przepisu karnego. Przepis ten naruszał art. 70 konstytucji z 1973 r. (*nullum poena sine lege*). Oskarżenie miało więc formalnie podstawę w prawie karnym. Nieoficjalnie – podstawą były względy polityczne i religijne. W trakcie rozprawy sędzia oświadczył Tadze, że jego poglądy są „niezwykłe” w świetle Islamu. Nie są zgodne z ortodoksją. Mogą być prawdziwe albo nieprawdziwe. Wedle sędziowskiej znajomości Koranu, mężczyźni szczególnie godni poprzez objawienie mogą poznać tajemnice Koranu. Było jednak błędem zaznajamianie się z tymi sekretami z opinią publiczną, gdyż mogło to doprowadzić do chaosu w państwie – konkludował wywód sędzia. Taha zasugerował, że chodzi chyba o islamskie przestępstwo apostazji. Sędzia uzasadnienie zarzutów oparł właśnie na apostazji, choć formalnie oskarżony odpowiadał z innego tytułu. Nieoficjalne przestępstwo apostazji wprowadził więc „kuchennymi drzwiami” do oficjalnego porządku prawnego, poprzez uzasadnienie wyroku. W prawie karnym Sudanu nie było jeszcze bowiem przestępstwa apostazji. Formalnie Taha został skazany na podstawie section 96 na karę śmierci za bunt. Sytuacja była mimo to bardziej skomplikowana, co wskazuje na pomieszczenie dwóch porządków: prawa i religii. *De facto* został Taha skazany za apostazję, za niewłaściwe poglądy na temat Islamu i państwa. Zgodnie z prawem szariatu, jeśli skazany wyrzeknie się swej konwersji, niewłaściwych poglądów, zostanie ulaskawiony. Taki też warunek postawił sędzia w wyroku skazującym dla Tahey. Nie było ku temu w ogóle podstawy w prawie karnym, zwłaszcza w section 96. Oficjalnie stosując prawo karne nieznaną apostazji, sąd zastosował *de facto* prawo szariatu i konstrukcję apostazji, opierając na niej wyrok. Oficjalną podstawą wyroku było prawo państwowe, nieoficjalną – prawo szariatu, które oficjalnym prawem państwowym miało się *de iure* dopiero w pełni stać. Prezydent Nimaïri, ogłaszając publicznie termin egzekucji Tahey, opierał się na konstrukcji apostazji i prawie szariatu, nie odnosząc się do formalnej podstawy prawnej wyroku (section 96). Tymczasem zatwierdzając wyrok parę dni wcześniej, musiał odnieść się do formalnej podstawy. Świadczy to wszystko o mieszanu się konstrukcji prawa oficjalnego i nieoficjalnego oraz o wprowadzaniu szariatu także do świadomości psychicznej obywateli (publiczne ogłaszanie egzekucji, wskazywanie oficjalnie na apostazję, szariat, który nie był formalnie podstawą wyroku). Czwórka innych oskarżonych wraz z Tahą wybrało wyrzeknięcie się poglądów, co z zgodnie z szariacką konstrukcją apostazji spowodowało natychmiast ich uwolnienie. W świetle kodeksu karnego takie uwolnienie było bezprawne. W 1991 r. uzupełniono kodeks karny o przestępstwo apostazji,

sektom islamskim (np. *Ansar*). Sam akt opozycji wobec islamskiego rządu w Chartumie jest traktowany jako akt apostazji⁴⁰. Jak pisze, Jok Madut Jok, stanowi *open secret* w Sudanie, że prawo islamskie nie pozwala nawet na budowanie nowych kościołów⁴¹. Podsumowując, religia i prawo religijne są wykorzystywane przez oficjalną władzę islamską w drodze oficjalnej dla swoich ukrytych celów politycznych i walki o władzę.

Równie drastycznym przykładem prawa religijnego wpływającego bezpośrednio na codzienne życie na Północy Sudanu jest ustawa o porządku publicznym – *The Public Order Act of 1991*. Spełnia ona przede wszystkim funkcję ekskluzywną wobec kobiet – wyłącza je z oficjalnego życia publicznego. Zakazuje kobietom uczestnictwa w zgromadzeniach publicznych, w których biorą udział mężczyźni. Nakłada na nie obowiązki co do noszenia strojów islamskich i reguluje kwestię zrzeszania się. Ograniczono znacznie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej kobiet w miastach i na wsi (np. jeśli zwyczajowo warzyły piwo, to objęto je prohibicją). Sankcjami za naruszenie innych drobnych reguł określonych w Akcie z 1991 r. są: areszt, kara więzienia albo tortury. Jest to, zdaniem Johnsona, rezultat zastosowania w prawie oficjalnym reguł lokalnej odmiany Islamu. Kolejną dyskryminacją kobiet jest interpretacja szariatu przyjęta w sądach, wedle której oświadczenie kobiety jest mniej warte niż mężczyzny (podobnie jak oświadczenie nie-muzułmanki)⁴². Generalnie, islamskie prawo karne z 1991 r. jawi się jako okrutne. Wprowadza nieoficjalne prawo karne islamu i rozszerza oficjalne prawo ze sfery prywatnej i personalnej dotyczącej dotychczas tylko muzułmanów na sferę publiczną obejmującą wszelkie sfery społeczne i dotyczącą też nie-muzułmanów. Publiczne noszenie krucyfiksów karze chłosta, cudzołóstwo – ukamienowaniem, apostazję – śmiercią. Ograniczono słuchanie muzyki, tańce i ślubne wesela,

zaostrzając islamizację kraju, zwłaszcza na kontrolowanej przez Chartum Północy. Można dodać, że po obaleniu Nimairiego w 1985 r. (dwa miesiące pod egzekucji Tahey) sprawą zajął się *Supreme Court of the Sudan*. Sąd Najwyższy uznał proces Tahey za nieważny. Stwierdził naruszenie fundamentalnych praw konstytucyjnych, nawet nowych praw islamskich z 1983 r. Natomiast poglądy teologiczne Tahey pozostają wciąż w opozycji do głównych szkół w islamie i do tradycyjnie pojmowanego islamu w wersji sunnickiej. Zob. więcej na temat polityki islamizacji Nimairiego i sprawy Tahey: Jok Madut Jok, *op. cit.*, s. 70-79 i 161-163.

⁴⁰ Zob. D. H. Johnson, *op. cit.*, s. 128-129.

⁴¹ Jok Madut Jok, *op. cit.*, s. 89. Oficjalnie nie dotyczy to IDPs (*internally displaced persons*), wewnętrznych uchodźców, z obawy przed międzynarodowym potępieniem i radykalizacją grup nie-muzułmańskich.

⁴² D. H. Johnson, *op. cit.*, s. 129.

zakazano wspólnych tańców kobiet i mężczyzn. W 1996 r. Chartum wprowadził nowe regulacje nakazujące odseparowanie mężczyzn i kobiet w środkach transportu publicznego, teatrach, kinach, na przyjęciach, spotkaniach. Zachęcał muzułmanów do niespoglądania na kobiety i zakazał mężczyznom oglądania kobiet uprawiających sport⁴³. Martin Meredith wprost traktuje religię w Sudanie jako środek represji (*method of repression*) i promowania arabizacji (np. arabski w edukacji)⁴⁴.

Prawo Sudanu jest porządkiem niejednorodnym pod względem terytorialnym, pełnym mieszaniny i różnych układów/konstelacji prawa oficjalnego i nieoficjalnego, prawa personalnego, prawa zwyczajowego/plemiennego i prawa szariatu. Prawo początkowo nieoficjalne na Północy (szariat) stało się prawem oficjalnym, prawem państwowym. Prawo zwyczajowe jako prawo nieoficjalne odgrywało nie do tak dawna dużą rolę w Darfurze (prawo ziemi). Na Południu prawo zwyczajowe, lokalna kultura i wartości bywają inkorporowane do prawa oficjalnego; nie jest to zatem pluralizm prawny w sensie ścisłym. Popularna w Sudanie jest personalizacja prawa, tj. regulowanie zachowań podmiotowo wyodrębnionej grupy społecznej, religijnej lub etnicznej⁴⁵.

⁴³ M. Meredith, *op. cit.*, s. 589.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Zgodnie z art. 5 Konstytucji Sudanu, w stanach północnych źródłem prawa jest islamski szariat (*Islamic Sharia*) i zgoda powszechna. W stanach południowych (zob. ust. 2 art. 5) prawo jest oparte na kompromisie społecznym (*popular consensus*) oraz na lokalnych zwyczajach i wartościach, w tym tradycjach i wierzeniach religijnych. W związku z tym Konstytucja wyraża zgodę na objęcie regulacją szariatu Północy Sudanu. Jest to konstytucjonalizacja szariatu na Północy. Jednakże Konstytucja wprowadza także personalizację w prawie. Zgodnie z art. 20 ust. 2, *zakat* jest obowiązkiem muzułmanów (*duty on Muslims*) i w stanach północnych jest regulowany przez prawo. *Zakat* jest obowiązkiem jałmużny. Początkowo był to obowiązek dobrowolny, później w krajach muzułmańskich w stosunku do muzułmanów ujęto go jako obowiązek prawny. *Zakat* to jeden z 5 filarów Islamu. Jest prawem wspólnoty muzułmańskiej do nadwyżki indywidualnego majątku muzułmanina. *Zakat* jest przeznaczony dla ubogich i na cele charytatywne. Wynika bezpośrednio z przepisów Koranu. W prawie stosuje się roczne współczynniki (np. 2-3%), wedle którego jest obliczany *zakat*. Jest to minimalna kwota jałmużny. Od bogatych wyznawców oczekuje się, że oddadzą na *zakat* znacznie więcej. *Zakat* jest zatem podatkiem państwowym na cele charytatywne, wynikającym *expressis verbis* z Koranu, dotyczącym personalnie tylko muzułmanów, a jego egzekucja jest nadzorowana przez państwo. Zob. *The Interim National Constitution of the Republic of the Sudan 2005* (wersja angielska).

Prawo „zwykłych” stowarzyszeń, organizacji pozarządowych, kościołów, organizacji międzynarodowych, korporacji, elitarnych klubów, grup społecznych (zwłaszcza wyższych grup), grup kulturowych

Ludzie, zrzeszając się w wieloosobowych związkach dla ościągnięcia określonych celów, mogą działać formalnie na podstawie prawa (związki rejestrowane przez państwo, oficjalnie ujawnione) albo wybierać drogę nieformalną, tajną.

Trzeba podkreślić, że wedle przyjętego podziału w pkt 1 i 3, każde prawo tworzone przez organizacje, stowarzyszenia, kościoły etc., jest prawem nieoficjalnym, gdyż nie pochodzi od państwa i jego agend prawodawczych. Sprawa jest mimo to bardziej skomplikowana. Żyjemy w czasach, gdy stowarzyszenia, kościoły etc. podlegają państwowej rejestracji (nie zawsze tak było)⁴⁶.

Przykładowo Kościół działa na terytorium państwa na podstawie umów międzynarodowych i zgody państwa. Natomiast samo prawo religijne w wersji katolickiej ma ściśle określone własne organy prawodawcze i ściśle wykładnię przepisów dokonywaną w ramach hierarchicznej kontroli⁴⁷.

Mogą też istnieć grupy nieformalne, nie usankcjonowane pieczęcią i zgodą państwa na swoją działalność oficjalną. Będzie o tym mowa w następnym rozdziale tej pracy.

Prawo organizacji innych niż państwo (kościół, stowarzyszenia, kluby, korporacje etc.) może być dla ich członków ważniejsze niż prawo państwa. W przypadku sprzeczności między prawem państwa a prawem organizacji na danym polu członek organizacji, kierując się lojalnością i wiernością, uzna często wyższość prawa organizacji, a nie państwa.

⁴⁶ W przypadku kościołów i związków wyznaniowych zawierane są umowy z państwem, regulujące wzajemne relacje. Jest to forma instytucjonalizacji stosunków między państwem a tymi organizacjami, ale nie wynika z tego, że kościoły tworzą prawo oficjalne. W mniemaniu kościołów może być tak, że tworzą takie prawo, wszak wydaje się tzw. dokumenty oficjalne, dekrety, komunikaty etc. One są *oficjalne* tylko z internalnego punktu widzenia, z punktu widzenia członka organizacji i jej władz. W obiegu społecznym można też usłyszeć o „oficjalnych dokumentach” kościołów. W świetle przyjętych tu założeń kościoły tworzą prawo nieoficjalne. Pomijam skomplikowaną strukturę kościoła i jego międzynarodowe konotacje instytucjonalne, hierarchię, prawo kanoniczne, sprawę osobowości prawnej poszczególnych podmiotów składowych, finansów, jak też relacji np. między Watykanem i Stolicą Apostolską jako podmiotem prawa międzynarodowego a państwami narodowymi.

⁴⁷ K. von Benda-Beckmann, *op. cit.*, s. 24. Z kolei islam nie jest tak scentralizowany jak kościół rzymskokatolicki (jeśli chodzi o władze).

Specyficznym rodzajem organizacji są te, którym na podstawie ustaw państwo przekazało wykonywanie określonych czynności z zakresu władzy publicznej i administracji publicznej. Chodzi np. o upoważnienie do wydawania decyzji administracyjnych kształtujących prawa i obowiązki obywateli (np. związek kombatancki, związek myśliwski). Takie organizacje trzeba traktować jako przedłużenie władzy państwowej. W pewnym zakresie - dotyczącym wykonywania władzy publicznej - są one częścią oficjalnego porządku państwa. W pozostałym zakresie (np. regulując własne cele ustawowe i sposoby działania) występują już w sferze prawa nieoficjalnego.

Korporacje personalne (np. uczelnie jako korporacja nauczycieli, studentów i pracowników) i zawodowe (np. adwokaci, lekarze) działają na podstawie szczególnych ustaw. Spełniają zadania z zakresu administracji publicznej, administrują i zarządzają określonym fragmentem życia społecznego. One także tworzą prawo np. statuty, regulaminy, uchwały, zarządzenia, wydają decyzje (np. o zawieszeniu w prawach członka, jego usunięciu etc.), dokonują szeregu czynności administracyjnych (np. wpisy, składki). W zakresie, w jakim wykonują czynności z zakresu administracji publicznej, jest to prawo oficjalne. Są pewne zakresy, które nie są objęte prawem oficjalnym (np. rezolucje, petycje władz), a które dla członków korporacji np. studentów, akademików mogą mieć niekiedy moc ważniejszą niż oficjalny porządek państwa.

Współcześnie państwo przekazało w ramach decentralizacji i autonomii część swojego imperium (w średniowieczu taka autonomia była normą!). Państwo stworzyło oficjalną możliwość i obowiązek legislacji autonomicznej dla tych korporacji. Odbywa się to jednak w ramach pewnej ogólnej delegacji ustawowej. Rodzą się jednak prawne problemy. Lekarz może mieć wątpliwość, wobec jakiego porządku ma być lojalny: wobec kodeksu etyki lekarskiej czy ustawy państwowej. Załóżmy, że krajowa izba lekarska wydała kodeks etyki lekarskiej zakazujący absolutnie wszelkich aktów aborcji. Jednocześnie ustawa obowiązująca stwarza taką możliwość dla kobiet w pierwszym trymestrze na żądanie. Oba porządki normatywne są sprzeczne!⁴⁸ Lekarz musi wybrać wobec, jakiego prawa będzie lojalny. Co o tym zdecyduje - aksjologia, legalizm, pragmatyzm? Kodeks etyki lekarskiej przewiduje poważne sankcje za łamanie obowiązków (np. zawieszenie w czynnościach). Ustawa zawiera, co prawda, klau-

⁴⁸ Sytuacja taka miała miejsce np. na początku l. 90. XX w. w Polsce. Opisał ten konflikt praw J.W. Dellapenna, *Dispelling the Myths of Abortion History*, Durham, North Carolina 2006, s. 730.

zule sumienia, nie nakazuje wbrew sobie dokonać zabiegu, ale lekarz musi wykonać wstępne badania, wskazać innego lekarza, który wyrazi zgodę na przeprowadzenie zabiegu. Status normatywny kodeksów deontologicznych może budzić wątpliwość co do swej „oficjalności” (zob. na ten temat rozdział autorstwa K. Zacharzewskiego), ale zakładając nawet, że jest to prawo oficjalne, to nie można założyć, że jest to akt równy ustawie pod względem hierarchii prawa oficjalnego. Z drugiej strony, zakładając, że izba lekarska przekroczyła swe kompetencje, tworząc kodeks sprzeczny z ustawą, należy uznać, że izba stworzyła prawo nieoficjalne realnie oddziałujące na zachowania lekarzy odmawiających kobietom realizacji ich ustawowych uprawnień. Jest to ciekawy przykład styku prawa oficjalnego i nieoficjalnego.

Pozarządowe organizacje międzynarodowe, które działają na terytorium wielu państw, ustalają własne reguły prawne dla członków organizacji (krajowych osób prawnych, będących członkami organizacji międzynarodowej) oraz osób fizycznych zrzeszonych w nich. To prawo nie pochodzi od państwa i nie jest prawem oficjalnym⁴⁹, ale często jest ważniejsze od prawa oficjalnego i porządek prawny państw narodowych ustępuje w przypadku sprzeczności reguł prawnych krajowych z porządkiem prawnym takiej organizacji międzynarodowej. Widać to zwłaszcza w przypadku konfliktu prawa państwowego z prawem międzynarodowych organizacji sportowych (zob. rozdziały autorstwa R. Piechoty i H. Radkego).

Prawo międzynarodowych organizacji międzyrządowych, transnarodowych czy też supranacjonalnych⁵⁰ nie jest prawem nieoficjal-

⁴⁹ Dla mnie jak członka IVR ważniejsze mogą być normy tworzone przez tę światową organizację filozofów prawa niż normy tworzone na moim uniwersytecie przez organy kierownicze w poszczególnych jednostkach, a nawet niż prawo samego państwa! [Chodzi o hipotetyczną sytuację konfliktu norm].

⁵⁰ Np. Unia Europejska, Organizacja Narodów Zjednoczonych. Zob. np. o prawie UE: N. MacCormick, *Beyond the Sovereign State*, „The Modern Law Review” 1993, vol. 56, no. 1, s. 1-18. Por. rozważania Kennedy’ego o „uniwersalnej moralnej wizji” w działaniach instytucjonalnych ONZ i Sekretarza Generalnego: D. Kennedy, *One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and The Cosmopolitan Dream*, „N.Y.U. Review of Law and Social Change” 2007, vol. 31, s. 656-657. Zob. też S. Sur, *The State between Fragmentation and Globalization*, „European Journal of International Law” 1997, vol. 8, s. 421-434. Procesy globalizacji i fragmentacji okazują się komplementarne w prawie międzynarodowym. Efektem tego jest możliwość postawienia swojego państwa przed sądem międzynarodowym, jak uczyniono w Rwandzie, ale też np. przed trybunałem handlowym (np. WTO, czyli Światowa Organizacja Handlu) czy regionalną organizacją (NAFTA, APEC etc.). Zob. też o globalności (*globality*) systemów takich jak WTO, Trybunał Morza, techniczne standaryzacje (np. *the International Organization for Standardization*), międzynarodowa regulacja Internetu (*the International Corporation for Assigned Names and Numbers*, ICANN), arbitraż międzynarodowy (np.

nym, gdyż staje się częścią porządków krajowych po inkorporacji (lub jakiejś formie uznania) zgodnie z prawem krajowym. Natomiast uchwały takiej organizacji niewiążące państw narodowych w ramach takiej organizacji są prawem nieoficjalnym, nie są częścią porządku prawa państwa (choć mogą tworzyć jego aksjologię, wpływać na interpretację i stosowanie aktualnego prawa, sugerować zmianę prawa). Mają, jako np. rezolucje, moc perswazyjną lub sugestywną (tzw. *soft law*⁵¹). Organizacje takie mogą ustalać również pewne standardy, które wpływają na zachowanie państw⁵². Współcześnie to organizacje międzynarodowe (jak ONZ czy nawet regionalne banki rozwoju) – obok korporacji handlowych, firm prawniczych, agencji państwowych, NGO’ów, ruchów społecznych - są głównymi aktorami w procesie globalizacji prawa⁵³.

Kościoły, stowarzyszenia, kluby, korporacje, które podlegają rejestracji, tworzą *oficjalne* akty (np. statuty/regulaminy) regulujące strukturę wewnętrzną, zasady i cele, sposoby działania, prawa i obowiązki członków, kompetencje władz etc. Władze działają zatem *oficjalnie*, wydają uchwały na podstawie najważniejszych aktów wewnętrznych. Określają sposoby konkretnych działań. Organizacje korzystają z możliwości, jakie daje prawo powszechnie obowiązujące - prawo oficjalne, pochodzące od państwa. Są zwykle osobami prawnymi i występują w stosunkach prawnych, głównie, cywilnoprawnych, podatkowych, administracyjnych etc. Zaciągają pożyczki, inwestują pieniądze, zbierają darowizny, dziedziczą spadki, zawierają szereg umów etc. Dotyczy to także majątku wyodrębnionego dla szczytnych celów zarządzanego przez organ kierowniczy (fundacje).

Można jednak założyć, że w tego typu niepaństwowych czy poza-państwowych organizacjach będą tworzone akty, które dla członków

the International Chamber of Commerce): O. Perez, *Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2003, vol. 10, s. 25 i n.

⁵¹ Organizacje takie jak IMF (Międzynarodowy Fundusz Walutowy, MFW), OECD, UE często wolą stosować *soft law*, gdyż dzięki temu można uniknąć nieporozumień między członkami organizacji i przeciwdziałać instytucjonalnemu kryzysowi w negocjacjach. Zob. A. Schaefer, *Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law*, „European Law Journal” 2006, vol. 12, no. 2, s. 194-208. Mam pewne wątpliwości co do owego *soft law* w UE. UE raczej stara się przejść na *hard law* (dyrektywy, rozporządzenia) w celu unifikacji prawa w wybranych dziedzinach. Natomiast *soft law* w działaniach MFW wyglądać może tak, że jak państwo nie spełni „rekomendowanych zaleceń”, to nie otrzyma pożyczki, zatem *soft* staje się *de facto hard* (zob. przypis poniżej).

⁵² Np. reguły udzielania pożyczek powiązane z obowiązkiem reform finansów publicznych (np. MFW, Bank Światowy).

⁵³ K. von Benda-Beckmann, *op. cit.*, s. 20-21.

tej organizacji będą prawem. Przy czym – co bardziej wysublimowane – inne akty będą uważane za *oficjalne*, a jeszcze inne za *nieoficjalne*. Te oficjalne są kierowane do władz publicznych oraz ogółu społeczeństwa, formalnie obowiązują członków, działają *oficjalnie na zewnątrz*. Określają strukturę wewnętrzną organizacji, prawa i obowiązki członków, władze, sankcje, etc. Te *nieoficjalne prawa* będą zaś najważniejszymi regułami powinnego zachowania członków organizacji i będą kierować realnym postępowaniem. One też mogą regulować zasady władzy realnej w organizacji i zasady nabywania członkostwa. Przykładem są statuty korporacji akademickich w II RP, głównie o nastawieniu patriotycznym⁵⁴, ale czasami o nastawieniu antyżydowskim, nacjonalistycznym, faszystycznym. Władze państwowe (czy też konkretniej: uczelniane) zatwierdzały statut korporacji przedstawiony przez studentów-założycieli. Natomiast *de facto* dla członków organizacji, a także realnie *de iure* – w ich postępowaniu, prawach i obowiązkach, sankcjach, kompetencjach władz etc. – kierowano się statutem *nieoficjalnym*, który wiązał *prawnie* członków i który był przez nich znany, ale nie ujawniany na zewnątrz.

Dotyczy to także wielkich firm, zwłaszcza międzynarodowych koncernów⁵⁵. Tworzą one *oficjalnie* wysokie standardy wewnętrzne, tzw. kodeksy dobrych praktyk etc., a *nieoficjalnie* tworzy się reguły we władzach firm, których istotą jest przestrzeganie krajowego prawa pracy i ubezpieczeń społecznych w takim zakresie, w jakim nie jest to zbyt szkodliwe ekonomicznie dla firmy. Przypadki takie nie są spekulacją filozoficzną, zostały także ujawnione w Polsce oraz znalazły ostatecznie swój finał w sądzie (kazus Biedronki i eksploatowanych sprzedawczyń).

⁵⁴ Zob. np. oficjalny akt korporacyjny: *Statut Koła Filistrów „Arkonji”*, [w:] *Księga Pamiątkowa „Arkonji”. 1879-9/V-1929. Część I. Historyczno-Sprawozdawcza*, Warszawa 1929. Zob. też na temat problemów związanych z zatwierdzeniem statutu korporacyjnego przez niemieckie władze okupacyjne w 1916 r.: A. W., *Kronika „Arkonji”*, [w:] *Księga...*, s. 66. Autor opisuje to tak: *Grono studentów wystąpiło nawet do władz o zatwierdzenie korporacji pod nazwą „Sarmatia”. Władze okupacyjne niemieckie, zdając sobie sprawę z przyszłości i siły ruchu korporacyjnego, zajęły w stosunku do niego stanowisko zdecydowanie nieprzychylnie, które wyraziło się przede wszystkim w odmowie kuratora Politechniki zatwierdzenia statutu korporacji. Był on sześciokrotnie odrzucany i dopiero po wprowadzeniu całego szeregu krępujących dodatków...został zatwierdzony (ograniczenie zakresu działania korporacji, nieuwzględnienie tajemnicy koła, sprzeciwienie się odseparowaniu żydów itd.)*. [Pisownia oryginalna].

⁵⁵ Problem ten dostrzegł już Max Weber. Zob. S. Falk Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field As an Appropriate Subject of Study*, „Law and Society Review” 1973, summer, s. 721.

Partie polityczne również posiadają swoje *oficjalne* prawa (statuty, regulaminy, uchwały władz), a *nieoficjalnie* o wielu sprawach dotyczących realnej polityki i funkcjonowania partii decyduje wola, dyrektywa liderów lub układ sił w partii. Generalnie partie polityczne nie są organizacjami państwa i w myśl przyjętego tu rozumienia tworzą prawo nieoficjalne. Akty partii politycznych czy też dyrektywy liderów skierowane do urzędników/funkcjonariuszy publicznych (np. posłów etc.) nie uznaje się za prawo oficjalne. Wpływają one jednak w ogromnym stopniu na funkcjonowanie całego systemu politycznego w państwach demokratycznych i niedemokratycznych. Chodzi np. o polityczno-partyjny wpływ na obsadę urzędów, ich działania oraz politykę państwa – wpływ transformowany i kształtowany następnie w czynnościach oficjalnych (aktach prawodawczych, aktach stosowania prawa, aktach kreacyjnych, aktach reprezentacyjnych kompetentnych organów etc.).

Również państwo może uczestniczyć w tworzeniu prawa nieoficjalnego wraz z różnymi zinstytucjonalizowanymi lub zorganizowanymi nieoficjalnie przedstawicielami grup społecznych, zawodowych etnicznych. Są to układy społeczne, negocjacje, porozumienia. Zawierają wytyczne dla władzy i aksjologię dla stron sporu. Porozumienia takie są podstawą dla tworzenia wypełniających ją treścią, szczegółowych, odpowiednich norm w prawie oficjalnym i prowadzenia kompatybilnej do porozumienia polityki państwowej. Historia zna takie przypadki (np. „porozumienie” rządów ze społeczeństwem w sprawie reform w Irlandii w l. 80. XX w., porozumienia sierpniowe rządu komunistycznego z komitetami strajkowymi „Solidarności” w PRL, porozumienie apartheidowskiej władzy z Mandelą w RPA).

Pewne grupy społeczne, np. szlachta, w przeszłości także posiadały prawa i obowiązki przynależne tylko tym grupom (podobnie chłopci, mieszczaństwo, duchowni, Żydzi). Był to rodzaj prawa personalnego. Pozostałością tego typu praw są kodeksy honorowe, które często kolidują z prawem państwa.⁵⁶ Przykładem takiej sprzeczności

⁵⁶ Np. C. Znamierowski tak trafnie ujmuje ten „relikt” praw personalnych i jego problem dla demokratycznej współczesności: „Akt ustawodawczy, który znosi wszelkie różnice stanowe, kładąc koniec samemu istnieniu stanów, tworzy podstawy pod równość społeczną obywateli państwa. (...) Ale sam przez się jeszcze nie wystarcza, by od razu wraz z jego ogłoszeniem zatarła się wszelka różnica społeczna. (...) to, że zniknie status prawny nadający legalną formę swoistą każdemu stanowi, nie zaciera bynajmniej od razu wszelkich różnic stanowych. (...) Na razie stany nagle pozbawione usztywniającego je statutu są jak dobrze wypieczone ciasto, które nie traci kształtów, choć wyjęte jest z formy”. „Urok demokracji” polega na tym, że jest ona „ustrojem możliwości”; nowe demokratyczne prawo stwarza możliwości prawne, które są „luzem rozwojowym” wypełnianym „treścią” przez „bieg dziejów”. Por.

porządków prawnych były regulacje dotyczące rozstrzygnięcia spraw honorowych (konfliktów na tle honorowym), w tym pojedynków w II RP. Kodeks honorowy (tzw. kodeks Boziewicza z 1919 r.⁵⁷) regulował sprawę „satisfakcji honorowej” osób pochodzenia szlacheckiego, ale także osób wykształconych, oficerów wojskowych, osób pełniących ważne funkcje społeczne (zob. szczegółowo art. 3-5 kodeksu). Pojedynek nie był zarezerwowany dla wszystkich. Kodeks podmiotowo nie dotyczył kobiet (art. 1) i osób duchownych (art. 2). Wykluczał ze „społeczności ludzi honorowych” np. homoseksualistów (art. 8 ust. 4), mężczyznę „kompromitującego cześć kobiet niedyskrecją” (art. 8 ust. 10) czy „notorycznie łamiącego słowo honoru” (art. 8 ust. 11). Ci nie mogli nikogo wyzwąć np. na pojedynek, czyli żądać zadośćuczynienia. Osoba, która bezpodstawnie odmawia satisfakcji, staje się niehonorowa (por. art. 7 zd. 2). Wedle art. 51, „W każdym wypadku, w którym obrażający nie jest gentlemanem – należy sprawę oddać władzy państwowej, nie wdrażając postępowania honorowego”. Sąd honorowy był tylko dla osób, które można było w świetle kodeksu uznać za honorowe. Był to kodeks dla elit, a nie całego społeczeństwa. Prawa, które spisano w kodeksie, również należały tylko do „osób honorowych”, „gentlemanów”. Zgodnie z art. 13, przedmiotem każdej honorowej sprawy jest obraza i honorowe zadośćuczynienie. Kodeks regulował, czym jest obraza (art. 13-37) i jej stopnie (art. 38-43), jakie są osoby uprawnione do odrzucenia wyzwania (art. 44-51), jak wygląda postępowanie honorowe (art. 52-74). Określał także rolę sekundantów, którzy byli niejako mediatorami i pomocnikami w sprawie (art. 75-100). „Obrażający gentleman ma prawo i obowiązek żądać od obraziciela satisfakcji honorowej, o ile rozchodzi się o poważniejszą zniewagę – zaś obrażający ma obowiązek dać satisfakcję honorową obrażonemu, o ile pragnie uchodzić za człowieka honorowego” (art. 101). Nie każdy zatarg kończył się pojedynkiem, było wiele środków rozwiązania sporu: wyjaśnienie, zaprzeczenie obrazy, odwołanie obrazy, usprawiedliwienie postępków tworzącego zniewagę i oświadczenie honorowe, przeproszenie, pojedynek, jednostronny protokół sekundantów (zob. art. 102 i n.). Regulowano także działalność sądów honorowych (art. 131-174) i rozjemczych (art. 175-183). Dopuszczono zastępstwo w pojedynku (głównie za krewnych, kobiety, przyjaciół). Istotą działania sekundantów było doprowadzanie do pojednania (o, dziwo, nawet – po pojedynku, zob. art. 383); dopiero w razie braku pozytywnych efektów zajmowali się

Cz. Znamierowski, *op. cit.*, s. 562.

⁵⁷ Tekst w: W. Boziewicz, *Polski kodeks honorowy*, Warszawa-Kraków 1939.

dalszą procedurą pojedynku, bronią, oznaczenia terenu walk etc. Z pojedynku zawsze sporządza się szczegółowy protokół (art. 386).

Co ważniejsze, w związku z tym, że kodeksów honorowych było kilka w II RP, to *winni sekundanci zaraz przy pierwszym spotkaniu się ustalić pisemnie kodeks, którego zasad w czasie pertraktacji będą przestrzegać* (art. 100). Dawano tym samym dużą swobodę wyboru prawa, wedle którego ma się odbyć postępowanie honorowe, a w ostateczności pojedynek. Pluralizm praw w zakresie pojedynków był bardzo widoczny. Honor, cześć, godność były najwyższą wartością.

Kodeks honorowy dopuszczał zatem pojedynek, regulował szczegóły dotyczące jego organizacji i przebiegu, choć jego autor nie uważał pojedynków za pozytywne zjawisko społeczne⁵⁸. W mniemaniu Boziewicza, regulowany kodeksem honorowym pojedynek to *rodzaj współrzednego sądownictwa honorowego, uzupełniającego państwowy wymiar sprawiedliwości*. Miała to być zatem efektywna, honorowa forma alternatywnego wymiaru sprawiedliwości wobec wymiaru sprawiedliwości gwarantowanego przez państwo. Dla „osób honorowych” prawem rozstrzygającym konflikty na tle honoru miało być prawo nieoficjalne, kodeks honorowy, a nie prawo państwa. Było czymś niewłaściwym udawanie się do sądu państwowego. Poza tym w sprawach obrazy i honoru był on po prostu nieefektywny i niewydajny, zdaniem Boziewicza. Te oba powyższe porządki normatywne były sprzeczne. Prawo karne II RP zakazywało *expressis verbis* pojedynków⁵⁹. Sądy jednak dość liberalnie traktowały sprawy pojedynków⁶⁰. Regulacje dotyczące pojedynku w II RP są przykładem pluralizmu prawnego. Na gruncie teorii prawa nieoficjalnego i pluralizmu prawnego da się jednak dobrze wytłumaczyć i opisać możliwość funkcjonowania oraz relacje tych porządków prawnych.

Jeszcze inną kwestią jest prawo nieoficjalne grup kulturowych (np. Romów) w państwie prawa. W gruncie rzeczy jest to prawo zwyczajowe, płynące z tradycji i stałej praktyki postępowania. Konflikt takiego nieoficjalnego prawa, które wiąże członka grupy *absolutnie*, z prawem państwa jest jednak możliwy (przykład małżeństw romskich). Omijanie lub łamanie prawa państwa w sprawach obyczajowych i rodzinnych nie powoduje odrzucenia przez grupę. Natomiast

⁵⁸ Zob. przedmowę do Kodeksu (pierwszy akapit).

⁵⁹ Prawo dotyczące honoru i pojedynków było niekompatybilne w II RP w jeszcze innym punkcie. Wojskowy kodeks karny przewidywał kary dla pojedynkujących się i ich sekundantów. Z drugiej strony, Oficerski Sąd Honorowy mógł wystąpić z wnioskiem do Ministra Spraw Wojskowych o usunięcie z armii żołnierza, który nie wystąpił w obronie honoru.

⁶⁰ Pojedynki nie mogły mieć zbytniego rozgłosu, choć i tak informacje o nich rozchodziły się szybko. Zob. więcej na ten temat: J. Rawicz, *Do pierwszej krwi*, Warszawa 1974.

nierespektowanie prawa grupy powoduje odrzucenie, wyjęcie spod tego prawa, nawet śmierć. Problem ten jest analizowany szerzej w rozdziale autorstwa S. Sykuny.

Prawo nieoficjalne tajnych stowarzyszeń. Masoneria

W historii występowało wiele tajnych stowarzyszeń, często o charakterze patriotycznym, powstańczym, partyzanckim etc.⁶¹ One także tworzyły swoje prawo (nieoficjalne prawo), wiążące ich członków.

Jak pisze wielki antropolog Charles Seligman, tajne stowarzyszenia były (i wciąż chyba są) charakterystyczne dla plemion zachodnio-afrykańskich. Mimo że zostały owiane złą legendą, zwłaszcza ze strony kolonizatorów, to pełniły one ważne funkcje społeczne – sędziowskie i decyzyjne w sprawach rytualnych⁶².

Szczególnym przypadkiem tajnego stowarzyszenia jest masoneria, organizacja czy też forum ludzi, owiane już tajemnicą i mityczną

⁶¹ Por. C. Znamierowski, *op. cit.*, s. 505-510. Znamierowski opisuje istotę „tajnych związków”, „urok wtajemniczenia”, „rację istnienia” (np. cel patriotyczny albo zamach stanu), rozgranicza tajne związki od „sprzysiężenia” i „klubu”; analizuje także „tajemnicę wewnętrzną” i „piramidę wtajemniczenia”.

⁶² Tajne stowarzyszenia występujące w poszczególnych plemionach różniły się od siebie znacznie: chodziło zarówno o sam stopień tajności, sprawę składek, rytuały wtajemniczenia i ich stopnie, jak i pełnione funkcje społeczne. Niektóre stowarzyszenia miały wypracowany swój język i symbolikę oraz skomplikowany system wtajemniczenia. Dla kolonizatorów praktyka taka prowadziła do celów nielegalnych oraz antyspołecznych. Większość stowarzyszeń były jednak „klubami wzajemnej pomocy”. Za ich pośrednictwem pomagano biedniejszym. Dokonywano też rytuałów. Wśród ludów Ibibio najbardziej wpływowym stowarzyszeniem było Egbo. Miało wiele stopni wtajemniczenia. Pełniło funkcje sędziowskie. Brak akceptacji wyroku stowarzyszenia oznaczało śmierć. W innych stowarzyszeniach istniał plemienny obowiązek wtajemniczenia chłopców i dziewcząt. Osoby, które osiągnęły wyższe stopnie wtajemniczenia, mogły pełnić funkcje sędziowskie, religijne lub lekarskie. Nazwy godności w niektórych stowarzyszeniach pochodziły od nazw cechów rzemieślników (np. „kował” jako najwyższa godność). Kolonizatorom pewne stowarzyszenia (np. Stowarzyszenie Ludzi Lampartów, ludzie z maskami) sprawiały sporo kłopotów (ze względu na tajność i hermetyczność nie mogli ich kontrolować), natomiast generalnie były one pożyteczne. Towarzystwo Poro w celu utrzymania ładu i porządku nakładało tabu. Polegało ono na zakazie połowu ryb albo wykopywaniu ignamów. W ten sposób zapobiegano odrybieniu wód albo zniszczeniu zbiorów. Zob. C. G. Seligman, *Ludy Afryki*, Warszawa 1972, s. 62-64. Jest to znakomity przykład nieoficjalnego prawa tworzonego przez tajne stowarzyszenia – prawa, które ma ogromny wydźwięk społeczny i wpływa na zachowania członków wspólnoty. Nie da się ukryć, że w plemionach afrykańskich taka tajna organizacja rytualno-charytatywna, pełniąc funkcje jurysdykcyjne, wprowadzała ład i utrzymywała bezpieczeństwo wewnętrzne i materialne. Z drugiej strony była przeciwwagą i konkurentem dla oficjalnej władzy kolonizatorów.

legendą. Zasady postępowania i stopnie wtajemniczenia członków, przyjmowanie do organizacji, normy lojalnościowe, ideologia, rytuały, podziały na loże (koła) są nie do końca jasne⁶³.

W stosunku do masonów podnoszono dwa zarzuty. Po pierwsze, organizacje masońskie są tajne z zasady (obecnie prowadzą też oficjalną działalność). Działalność tajnych organizacji jest generalnie zakazana przez prawo państwowe. Po drugie, członek loży masońskiej może być bardziej lojalny wobec swojej organizacji i jej nieoficjalnego prawa niż wobec państwa.

Masoneria jest jednym z najstarszych stowarzyszeń świeckich. Należą do niego dorośli mężczyźni (są też żeńskie odłamy). Głównym celem jest postęp duchowy i moralny człowieka, pomoc wzajemna oraz działalność charytatywna. Masoneria składa się z wielu niezależnych wielkich łóż oraz innych ciał wchodzących w skład loży (*bodies*). Reguły poszczególnych łóż mogą różnić się od siebie. Przyznają to nawet same organizacje masońskie.

Masoneria od początku tworzyła własne prawo – prawo nieoficjalne. W Anglii w 1722 r. stworzono nawet Konstytucję Masonów⁶⁴. Trzeba wyjaśnić, że masoneria składa się z paru nurtów, a wśród

⁶³ Zob. szerzej na temat masonerii książki L. Hassa: *Wolnomularstwo w Europie Środkowo-Wschodniej w XVIII i XIX wieku*, Wrocław 1982; *Masoneria polska XX wieku. Losy, loże, ludzie*, Warszawa 1993.

⁶⁴ Zob. L. Hass, *Wolnomularstwo...*, s. 49-51. Wielka Loża w Londynie dzieło spisania starych zasad z poszczególnych łóż powierzyła pastorowi prezbiteriańskiemu Jamesowi Andersonowi. *The Constitutions of the Free-Masons* stała się księgą zasad dla wolnomularzy z całego świata po dziś dzień. Bycie dobrym człowiekiem i człowiekiem honoru, niezależnie od przekonania i wiary, było podstawową zasadą. Był to tzw. obowiązek pierwszy – „religia, na którą wszyscy się zgadzają”. W Konstytucji były też zasady społeczne. Równość ludzi rozumiano jako równość praw w sensie politycznym, a nie ekonomicznym. Konstytucja była rezultatem myślenia oświeceniowej elity angielskiej przeciwnej feudalnemu porządkowi. Obowiązek pierwszy jako wyraz pluralizmu wyznaniowego ocierał się o próbę budowy jakiejś nowej światowej religii albo przyjęcia zasady pluralizmu religijnego czy nowej świeckiej religii jako zasady światopoglądowej stowarzyszenia. Poza tym taki obowiązek oznaczał odrzucenie więzi tradycyjnych i mógł osłabiać odrębności religijne, narodowościowe etc. Można się zgodzić z taką interpretacją Hassa. Artykuł drugi nakładał na masona obowiązek, aby był „spokojnym poddanym władzy cywilnej”. Chodziło o posłuszeństwo wobec władzy i państwa oraz prawa. Drugie zdanie tego artykułu relatywizowało *de facto* ten obowiązek i – jak pisze słusznie Hass – „otwierało drogę do upolitycznienia organizacji”. Mianowicie, w razie złamania prawa przez jednego z masonów lub buntu przeciwko władzy, „(...) jakkolwiek wierne Bractwo musi i powinno potępić jego bunt, żeby nie dać istniejącemu rządowi pretekstu ani podstawy od politycznych podejrzeń – nie może go usunąć z loży i jego stosunek do niej pozostaje nienaruszony”. Tym samym masoneria nie opowiadała się wyraźnie przeciw łamaniu prawa oficjalnego, stwarzając pewne „niejasne pola” oraz miejsce dla podejrzeń o antypaństwowe działania.

nich z organizacji-centrali i jej filii występujących także w innych krajach, zatwierdzanych przez centralę zgodnie z wewnętrznym proceduralnym prawem masonerii. Jeśli chodzi o prawo nieoficjalne masonerii polskiej, to przykładowo w powyborczym okólniku z 1789 r. Wielki Wschód Narodowy w Polsce z K. N. Sapięha poparł reformy polityczne w kraju, a poprzez swoich przedstawicieli w Sejmie (np. Ignacy i Stanisław Kostka Potoccy) miał duży, nieproporcjonalny do swojej liczebności, wpływ na tworzenie prawa i zmianę ustroju państwa⁶⁵. Zaangażowanie polityczne masonerii było złamaniem pewnego dogmatu. Dotychczas nad Wisłą zajmowała się ona krzewieniem nowego wzorca kulturowego⁶⁶. Natomiast we wspomnianym okólniku analizowano sytuację polityczną w kraju, nakazano działać na rzecz jego naprawy kosztem uczestnictwa w posiedzeniach loży. Rola masonerii była poważna w pracach Sejmu Czteroletniego, ale także w przygotowaniach insurekcji kościuszkowskiej⁶⁷. Specyfika tajności tej organizacji jest nieco odmienna od powszechnych wyobrażeń. Świętując dzień imienin króla na uroczystym obchodzie, masoneria zmieniła nazwę warszawskiej loży prowincjonalnej na „Stanisława Augusta pod Gwiazdą Wschodnią”. Wielki mistrz Sapięha oficjalnie poinformował króla Stanisława, a ten podziękował za akt szacunku⁶⁸.

W tym miejscu analizie należy poddać loże współczesne. Współczesna Wielka Zjednoczona Loża Anglii (*the United Grand Lodge of England*⁶⁹) nie uznaje innych wielkich loży i ciał masońskich, które nie respektują takich zasad jak nakaz wiary w Najwyższą Istotę czy zakaz uczestniczenia w życiu politycznym. Traktuje je jako nieregularne, nietradycyjne (*irregular*). Oficjalny stosunek *the United Grand Lodge of England* do prawa państwowego jest niezwykle przychylny. Podstawowym obowiązkiem masona jest przestrzeganie prawa państwa, w którym mieszka lub żyje. Jest to legalistyczny nakaz postępowania przyjęty przez stowarzyszenie, jakim jest angielska masoneria. Występują też inne reguły loży dotyczące stosunku do prawa oficjalnego. Po pierwsze, zasady masońskie nie pozostają w konflikcie (*way conflict*) z obowiązkami obywatelskimi członka organizacji (*members' duties as citizens*), ale wzmacniają wypełnianie publicznych i prywatnych obowiązków. Po drugie, członkostwa w masonerii nie można wykorzystywać do załatwiania jakichkolwiek

⁶⁵ L. Hass, *Wolnomularstwo...*, s. 208; idem, *Masoneria...*, s. 30.

⁶⁶ Idem, *Masoneria...*

⁶⁷ Ibidem. Zob. także idem, *Wolnomularstwo...*, s. 208

⁶⁸ L. Hass, *Wolnomularstwo...*, s. 208-209.

⁶⁹ Wszystkie szczegółowe informacje na temat loży angielskiej: <http://www.ugle.org.uk>

swoich własnych interesów (zawodowych, prywatnych) lub interesów kogokolwiek innego. Jest to także sprzeczne z warunkami przyjęcia (*conditions of admission*) w poczet członków loży. Po trzecie, obowiązki państwowe masona jako obywatela mają pierwszeństwo (*prevail*) przed jego obowiązkami wobec innych masonów. Zwracanie uwagi masonowi, który postępuje niehonorowo (*dishonorably*) lub niezgodnie z prawem (*unlawfully*), jest podstawowym obowiązkiem masona (*the prime duty*). Istnieją też pewne zakazy dyskusji. Dyskutowanie o religii na spotkaniach masonskich jest zakazane. Podobnie jest z dyskusjami o polityce. Jest to w pewnym sensie ograniczenie wolności słowa, które jest podstawową zasadą prawa we współczesnych zachodnich państwach demokratycznych. Loża angielska uznaje się za stowarzyszenie niereligijne i niepolityczne. Mogą do niego należeć dorośli mężczyźni o dobrej reputacji (*of good repute*), które wierzą w Najwyższą Istotę (*Supreme Being*), niezależnie od konkretnego wyznania, religii, wierzenia etc. Jest to w ogóle warunek przyjęcia do loży. Masoneria nie ma być substytutem religii (*substitute for religion*). Jest otwarta na członków różnych religii i wspiera podążanie przez każdego z członków za regułami własnej religii. Generalnie jednak zasady (*the Three Great Principles*), na jakich opiera się masoneria angielska, są moralnie wzniosłe i nie stoją w sprzeczności z prawem oficjalnym. Pierwszą zasadą jest miłość braterska (*Brotherly Love*), czyli tolerancja i szacunek dla poglądów innych osób i życzliwość w swoim zachowaniu względem innych. Drugą zasadą jest pomoc innym (*relief*). Obowiązkiem masonów jest pomagać innym, nie tylko członkom loży, poprzez charytatywność i inne dobrowolne uczynki. Trzecią zasadą jest Prawda (*Truth*). Obowiązkiem masona jest poszukiwanie prawdy i podążanie za nią (*strive for the truth*) poprzez ustanowienie wysokich standardów moralnych wobec siebie i kierowanie się nimi w życiu. Szczególną opieką masońską otaczają chorych, dzieci i osoby starsze, zwłaszcza poprzez działania charytatywne. Stowarzyszenie jest jawne, jawne są jego reguły, zasady i cele, działa strona internetowa. Nie ma zakazu ujawniania przynależności do loży. Stopnie wtajemniczenia (*traditional codes of recognition*), rytuały i stare zwyczaje (*ritual dramas, stonemasons' customs*) czy wykorzystywane przyrządy (*tools*) nie są już tajemnicą. Loża angielska w przeciwieństwie do francuskiej (*Grand Orient de France*⁷⁰) przywiązuje dużą wagę do religii. Każdy członek powinien spełniać obowiązki swej religii i swojego Boga, potem zaś obowiązki względem bliźnich bez uszczerbku dla swojej rodziny i bliskich na

⁷⁰ Oficjalna strona internetowa masonów francuskich: <http://www.godf.org>

utrzymaniu. Francuscy masoni opierają się na zasadach Rewolucji Francuskiej (*Liberte, Egalite, Fraternite*) oraz idei postępu społecznego (*progres pour l'amelioration de l'Homme et de la Societe*) i dystansują się od religii. Popierają ustanowiony we francuskiej konstytucji bezwzględny rozdział państwa od religii, liberalne prawa aborcyjne etc.⁷¹ *The United Grand Lodge of England* nie jest też zaangażowana politycznie (inaczej niż francuska).

Organizacje masońskie działają oficjalnie, zarządzają lożami w swoich krajach oraz za granicą, mają oddziały na całym świecie. Od wieków były oskarżane o prowadzenie nieoficjalnej działalności politycznej, elitaryzm, tajność i hermetyczność struktur, nielojalność wobec władz państwa i porządku prawnego oraz nepotyzm i kumoterstwo (łoża francuska – także o antykatołycyzm). Gdyby działały nieoficjalnie, naruszałyby porządki prawne współczesnych państw demokratycznych i zasadę jawności życia publicznego⁷². Nie wynika jednak logicznie z tego, że jeśli prowadzą oficjalną działalność, to nie działają też nieoficjalnie albo nie wywierają wpływu na tworzenie prawa oficjalnego i na funkcjonowanie porządków prawnych państw.

Zgodzić trzeba się z poglądem uznanego badacza masonerii Ludwika Hassa, że „niemożliwością jest dla jakiegokolwiek organizacji szerszej uchylić się od zajmowania stanowiska w podstawowych w danym społeczeństwie sprawach”⁷³.

⁷¹ Franocis Mitterand, późniejszy prezydent Francji, był nawet Wielkim Mistrzem Loży.

⁷² Por. art. 13 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., zakazujący działania tajnych stowarzyszeń („organizacji, która przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa”).

⁷³ Przykładem niemożliwości uchylenia się masonerii od zajęcia stanowiska w ważnej sprawie społecznej była sprawa narodowościowa w Cesarstwie Austriacko-Węgierskim. Narodami panującymi były tam Niemcy i Węgrzy. Do masonerii na Węgrzech nie przyjmowano do 1920 r. obywateli węgierskich przyznających się do narodowości serbskiej i rumuńskiej. Kwestia narodowościowa teoretycznie w masonerii nie miała żadnego znaczenia. W warunkach węgierskich było jednak inaczej. Separatyzmy i nacjonalizm stanowiły ważne elementy życia politycznego. Członkowie loży przed głosowaniem w sprawie przyjęcia badali kwestię narodowości kandydata. Oficjalnie nie mogli zadać pytania o narodowość. Faktycznie w głosowaniu tajnym zajmowali swoje stanowisko wobec kwestii narodowościowej. Na Węgrzech po prostu połączono wolnomularską zasadę posłuszeństwa prawom krajowym z „centralistyczną doktryną narodowościową liberałów węgierskich” zawartą w ustawie narodowościowej z 1868 r. (wedle tego prawa, wszyscy obywatele państwa węgierskiego stanowili jeden naród w sensie politycznym). Jeśli ktoś deklarował się publicznie jako Rumun czy Serb, nie mógł być masonem na Węgrzech. Zob. L. Hass, *Wolnomularstwo...*, s. 423.

Podsumowanie

Niedocenywanie roli prawa nieoficjalnego na świecie jest zjawiskiem zadziwiającym w doktrynie. Prawo nieoficjalne jest zróżnicowaną i szeroką kategorią⁷⁴. Jest *a contrario* prawa oficjalnego, ale prawa oficjalnego nie można utożsamiać wąsko z konstytucyjnym katalogiem źródeł praw. Apoteoza praw tworzonych oficjalnie przez państwa wydaje się przesadna. Jak pokazuje historia prawa, antropologia prawa, komparatystyka prawnicza i współczesne porządki prawne, prawo nieoficjalne odgrywa ogromną rolę w funkcjonowaniu wielu państw oraz wybranych dziedzin życia społecznego. Co więcej, często przenika się w skomplikowanych strukturach i relacjach z prawem oficjalnym, które stanowi tylko formalną podstawę dla wprowadzenia w życie reguł stworzonych poza oficjalnym porządkiem prawnym⁷⁵. Paradygmat pozytywizmu prawniczego stworzył fałszywy obraz rzeczywistości prawnej, w której dla prawa nieoficjalnego nie było miejsca. Z czasem zauważono ten błąd i iluzję prawa. Samo istnienie państw bardziej szanujących zwyczaje, reguły plemienne, dyrektywy i zasady religijne/kościelne oraz dyrektywy polityczne niż prawo stanowione na piśmie powinno być już wskazówką dla uczonego⁷⁶. W zachodnich państwach demokratycznych z kolei już samo istnienie systemu politycznego opartego na zawilych regułach gry politycznej, formalna decentralizacja władzy, autonomia korporacji, rozwój instytucjonalny gospodarki, zróżnicowanie etniczne i kulturowe w społeczeństwach, instytucje społeczeństwa obywatelskiego powinny implikować pogląd, że rola prawa nieoficjalnego jest większa, niż pozytywista noszący pod pachą kodeks złożony z 20 000 artykułów mógłby sobie wyobrazić. Prawo nieoficjalne jest wokół nas i jest tych norm mnóstwo. Dziś powstaje pytanie, jaki będzie dalszy

⁷⁴ Gunther Teubner podkreśla, że „postmodernistyczni juryści kochają prawniczy pluralizm”. Dla nich prawem są reguły w brazylijskich *favelas* (*asphalt law*), prawo mniejszości etnicznych i religijnych, reguły formalnych i nieformalnych grup w społeczeństwie obywatelskim. Zob. G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, „Cardozo Law Review” 1991-1992, vol. 13, s. 1443. Za de Sousa Santosem jest sceptyczny wobec „pluralizmu prawnego tradycyjnej antropologii prawa” (wedle której, różne porządki prawne koegzystują obok siebie, oddzielnie, bez związków, w tej samej przestrzeni politycznej).

⁷⁵ Por. J. Vanderlinden, *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, „Journal of Legal Pluralism” 1989, no. 28, s. 150-151. Vanderlinden, współpracownik Johna Griffithsa, zauważa, że żyjemy w różnych wspólnotach, relacjach, gdzie obowiązują różne reguły, porządki regulacyjne (od prawa po moralność, modę, język, grzeczność).

⁷⁶ Por. podobne uwagi (o *multiplicity of legal systems, of legal levels*): S. Falk Moore, *op. cit.*, s. 745; R. A. Macdonald, *Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” 1998, vol. 15, no. 1, s. 91.

rozwój prawa nieoficjalnego obok i w relacjach z prawem oficjalnym w różnych organizacjach międzynarodowych, korporacjach, państwach (także zachodnich!), dziedzinach życia społecznego: czy zastąpi ono prawo oficjalne (raczej nie), czy tylko je osłabi i rozmyje porządki prawne oparte na paradygmacie prawa państwa, przyczyniając się do ukształtowania w pełni tradycjonalistycznej postaci pluralizmu prawnego, znanej Średniowieczu.

Źródła

CO/JC/CES/J/47.1.1. *County Local Order No. 4/2008; Banning of 'Niggers' Behaviours & Activities in the Town*, 2nd October 2008, Central Equatoria State, Juba County, Commissioner's Office, Commissioner, Juba County, Albert Pitia Redentore.

Statut Koła Filistrowych „Arkonji”, [w:] *Księga Pamiątkowa „Arkonji”*. 1879-9/V-1929. Część I. *Historyczno-Sprawozdawcza*, Warszawa 1929.

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r.

The Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, (Ratified), 26 January, 2004 (unofficial English translation).

The Interim National Constitution of the Republic of the Sudan 2005 (oficjalna wersja angielska).

Strona internetowa: <http://www.ugle.org.uk>

Strona internetowa: <http://www.godf.org>

Międzynarodowa ochrona praw człowieka a pluralizm prawny – wybrane aspekty*

I.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie kilku refleksji na temat pluralizmu prawnego w kontekście międzynarodowej ochrony praw człowieka. Obecności tego zjawiska nie należy przyjmować za punkt wyjścia, mimo stawianej często tezy, że pluralizm prawny „jest wszędzie”¹. Czym bowiem jest pluralizm prawny? Różnorodnością systemów regulacji prawnej, współistnieniem i współobowiązywaniem norm pochodzących od różnych prawodawców czy może występowaniem konkurencji pomiędzy prawem „pochodzenia państwowego” (w tym krajowego i międzynarodowego) i „pochodzenia pozapaństwowego” (prawa wspólnot lokalnych, grup etnicznych, wyznaniowych, etc.)? Czy pluralizm prawny należy traktować jako próbę zniesienia monopolu prawodawcy państwowego? Czy może monopol ten został już dawno zniesiony lub też nigdy nie istniał?

Pojęcie „pluralizmu prawnego” jest wieloznaczne i z całą pewnością wykracza poza koncepcję współobowiązywania porządków normatywnych. Zainteresowanie teorii i socjologii prawa pluralizmem prawnym wywodzi się z analizy asymetryczności relacji w społeczeństwach kolonialnych oraz paralelnego występowania mechanizmów i koncepcji prawnych w odniesieniu do tych samych sytuacji². Od lat 70. XX wieku można zaobserwować wzmagające się zainteresowanie doktrynalne badaniami nad pluralizmem prawnym, przede wszystkim w nauce anglosaskiej i niemieckiej. Duża część badaczy pluralizmu prawnego koncentrowała się na etnicznych i lokalnych aspektach transformacji w państwach postkolonialnych oraz wspomnianym powyżej fenomenem współistnienia prawa państwowego

*Składam podziękowania Prof. Krzysztofowi Swinarskiemu za cenne uwagi przekazane po lekturze pierwszej wersji tego tekstu.

¹ B. Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, no. 30, s. 375.

² F. von Benda-Beckmann, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2002, no. 47, s. 60 i n.

i „pozapaństwowego”. Symptomatyczne wydaje się to, że ukazujący się od 1969 r. *Journal of Legal Pluralism* był do 1980 r. wydawany jako *African Law Studies*.

Można postawić tezę, że doktryna pluralizmu prawnego odeszła od swojej genezy, a więc nie jest już wyłącznie przedmiotem zainteresowania antropologii czy socjologii prawa, lecz występuje także w badaniach nad dyscyplinami dogmatycznymi prawa oraz prawem międzynarodowym. Osobną kwestią jest natomiast użyteczność pojęcia „pluralizmu prawnego” w metodologii nauk prawnych.

II.

Aby uporządkować rozważania nad pluralizmem prawnym w kontekście ochrony praw człowieka, proponuję rozpocząć od potraktowania tego fenomenu jako rozproszenia źródeł prawa regulującego tę samą materię czy też regulujących te same stosunki prawne. W takim ujęciu nie powinno być wątpliwości, że międzynarodowa ochrona praw człowieka ma charakter formalnie pluralistyczny. System ochrony praw człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych – zwany systemem uniwersalnym – współegzystuje z systemami utworzonymi w ramach regionalnych organizacji międzynarodowych (Rady Europy, Organizacji Państw Amerykańskich i Unii Afrykańskiej). Zasadna jest zatem teza, iż międzynarodowa ochrona praw człowieka wykazuje cechy systemu mulitcentrycznego.

Prawo międzynarodowe praw człowieka można w pewnym uproszczeniu przedstawić jako zbiór zobowiązań wielostronnych państw – członków społeczności międzynarodowej³. Treścią zobowiązań dotyczących *stricte* praw i wolności człowieka są określone powinności państwa, w tym obowiązek powstrzymywania się od działań godzących w istotę przedmiotu gwarancji. Państwa jako podmioty pierwotne prawa międzynarodowego posiadają prawo i swobodę zawierania umów międzynarodowych (*ius tractatum*)⁴. Stąd też nie ma przeszkód, aby państwa zawierały umowy dotyczące praw człowieka, nawet jeśli już wcześniej podjęły przedmiotowo tożsame lub podobne zobowiązania gwarancyjne w danej sferze.

Tak rozumiany pluralizm prawny stanowi *modus operandi* funkcjonowania systemów ochrony praw człowieka niemal od samego początku, który można – umownie – wyznaczyć na lata 40. XX wie-

³ C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 185 i n.

⁴ W. Czaplinski, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 33.

ku, po zakończeniu II wojny światowej i podpisaniu Karty Narodów Zjednoczonych 26 czerwca 1945 r. Impulsem do rozwoju systemów normatywnych i wspólnym mianownikiem aksjologii praw człowieka stała się przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 10 grudnia 1948 r. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka⁵. Kolejne dekady XX wieku przyniosły ze sobą coraz to bardziej intensywny rozwój systemów traktatowych w dziedzinie ochrony praw człowieka – w systemie uniwersalnym podwaliny ochrony stworzyły Międzynarodowe Pakty praw człowieka i kolejne umowy stające się kanonem zobowiązań państw w zakresie praw człowieka⁶.

W europejskim systemie ochrony praw człowieka – który *sensu stricto* bywa ograniczany do systemu Rady Europy, lecz w szerszym rozumieniu obejmuje całość prawa integracji europejskiej odnoszącego się do ochrony praw człowieka – za podstawowy traktat uważa się Europejską konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC) z 1950 r. Liczbę pozostałych traktatów przyjętych w ramach Rady Europy i dotyczących praw człowieka w sześćdziesięcioletniej historii tej organizacji można oszacować na około trzydzieści, w tym protokoły dodatkowe do EKPC⁷.

Ponadto należy pamiętać, że traktaty międzynarodowe są wprawdzie główną, ale nie jedyną metodą normotwórczą w odniesieniu do praw człowieka. Poza umowami międzynarodowymi normy z tej dziedziny zawierają także akty prawotwórcze organizacji międzynarodowych (np. rezolucje czy zalecenia). Wreszcie, niektóre normy prawa międzynarodowego praw człowieka mają – poza regulacją traktatową – charakter zwyczajowy⁸.

Można odnieść wrażenie, że w dziedzinie praw człowieka mamy do czynienia z „nadregulacją”, czy wręcz hipertrofią uregulowań międzynarodowych⁹. Nie jest to najwłaściwsze miejsce na rozważania o ilości i jakości norm prawnych w międzynarodowych syste-

⁵ Por. ogólnie: J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia 1999. Zob także: J. Symonides, *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (po 60 latach od jej przyjęcia)*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 12, s. 3-16.

⁶ Trzeba tu zaznaczyć, że pojęcie „kanonu zobowiązań” w międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka ma charakter wyłącznie umowny. Por. listę traktatów na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. praw człowieka: <http://www2.ohchr.org/english/law>. Zob. także: M. Balcerzak, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, Toruń 2007, część I-A.

⁷ Por. M. Balcerzak, *op. cit.*, część II-A.

⁸ C. Mik, *Ochrona praw człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego*, [w:] C. Mik (red.), *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, Toruń 2005, s. 51 i n.

⁹ J. Zajadło, *Filozofia prawa międzynarodowego?*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 2, s. 16 i n.

mach ochrony praw człowieka – trzeba natomiast wskazać, że zobowiązania z tego obszaru zostały podjęte przez same państwa a nie w wyniku działań zewnętrznych. Impulsem procesów prawotwórczych w prawie międzynarodowym była i pozostaje wola państw. Prawo międzynarodowe nie zna jednego „prawodawcy” i ma w związku z tym charakter zdecentralizowany (multicentryczny).

Jak już wspomniano, międzynarodową ochronę praw człowieka niemal od początku cechowała różnorodność podstaw normatywnych, a także gwarancji proceduralnych przewidzianych dla kontroli wykonywania zobowiązań z tej dziedziny. Wiele relacji prawnych pomiędzy jednostką a państwem uregulowanych jest przez więcej niż jedną normę prawa międzynarodowego. Tytułem przykładu, zakaz tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania lub karania odnajdziemy w art. 7 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPOiP) oraz – w niemal identycznej postaci – w art. 3 Europejskiej konwencji praw człowieka. W systemie międzyamerykańskim odpowiednikiem normy zawartej w art. 7 MPPOiP jest art. 5 Amerykańskiej konwencji praw człowieka, a systemie afrykańskim – art. 5 Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów.

Posługiwanie się terminem „pluralizm prawny” dla opisanego powyższej różnorodności nie ma większej użyteczności metodologicznej niż „współistnienie” czy „współobowiązywanie” (ew. „wspólny zakres skutków”) norm prawnych odnoszących się do tej samej materii regulacji. W tym znaczeniu pluralizm jest kategorią opisową o znaczeniu neutralnym. Z wielości podstaw normatywnych regulujących zobowiązania państw odnośnie praw człowieka wynikają naturalnie określone konsekwencje, takie jak na przykład możliwość wystąpienia konkurencji proceduralnej pomiędzy dwoma lub więcej systemami ochrony. Zdarza się bowiem, że podmiot uprawniony z tytułu gwarancji praw człowieka ma do dyspozycji więcej niż jedną drogę prawną dochodzenia roszczeń na płaszczyźnie prawa międzynarodowego (tzw. *forum shopping*). Jest to zresztą zjawisko występujące nie tylko w systemach ochrony praw człowieka¹⁰.

III.

Warto zadać sobie pytanie, czy konstrukcja normatywna praw człowieka dopuszcza możliwość istnienia systemów „prawa nieoficjalnego” obok gwarancji tych praw opartych na prawotwórstwie

¹⁰ Por. ogólnie na ten temat: Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press 2003.

międzypaństwowym. Innymi słowy, czy możliwe jest funkcjonowanie zobowiązań na podstawie norm praw człowieka pochodzenia pozapaństwowego (*non-state law*)? Pytanie to nawiązuje do źródeł teorii pluralizmu prawnego sformułowanej w latach 70. i 80. XX wieku. Wówczas to część badaczy tego zagadnienia zwróciło się w stronę prawa niepaństwowego funkcjonującego równoległe obok prawa pochodzącego od organów stanowiących prawo w danym państwie.

W międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka źródłem zobowiązań są w pierwszym rzędzie umowy międzynarodowe. Powstają one w drodze negocjacji międzypaństwowych, które zwińcza otwarcie umowy do podpisu, a następnie proces ratyfikacyjny. Nawet jeśli w negocjacjach nad umową międzynarodową mają swój udział podmioty pozapaństwowe, np. organizacje pozarządowe, to i tak nie sposób uznać, aby jakikolwiek traktat międzynarodowy miał charakter *non-state law*. Podobnie rzecz się ma ze zwyczajem międzynarodowym, jako że elementami konstytuującymi zwyczaj jest praktyka państw i przekonanie o mocy wiążącej tej praktyki¹¹.

W opisywaniu i analizie konstrukcji normatywnej praw człowieka używamy pojęcia podmiotu zobowiązanego i podmiotu uprawnionego. Podmiotem zobowiązanym jest państwo jako podmiot prawa międzynarodowego wykonujący jurysdykcję na obszarze swojego terytorium. Państwo nie jest nigdy zobowiązane z tytułu norm zawartych w aktach stanowienia prawa (np. traktatowego), którego nie było stroną i na które nie wyraziło zgody – bądź to w momencie tworzenia aktu, bądź w czasie późniejszym.

Czy oznacza to, że nie ma norm praw człowieka „pochodzenia pozapaństwowego”? Otóż trudno wyobrazić sobie zobowiązania międzynarodowe z zakresu praw człowieka, które obowiązują poza wolą państwa. Również norm praw człowieka odnoszących się do działania organizacji międzynarodowych nie można uznać za „pozapaństwowych”, skoro w ich powstaniu siłą rzeczy uczestniczą państwa członkowskie – dobrym przykładem jest tu proces negocjacyjny nad Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹². Natomiast egzemplifikację *non-state law* w prawach człowieka mogą stanowić kodyfikacje ochrony praw człowieka przyjmowane przez podmioty niepaństwowe w ramach samoregulacji. W szczególności, kodeksy postępowania korporacji transnarodowych w dziedzinie praw człowieka (*corporate-initia*

¹¹ Por. W. Czaplński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 72 i n.

¹² Zob. F. Jasiński, *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie w praktyce*, [w:] J. Barcz, *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 38-44.

ted codes of conduct)¹³ obrazują zmianę paradygmatu międzynarodowej ich ochrony poprzez rozszerzenie pojęcia „podmiotu zobowiązanego”.

Nie kwestionując wagi problemu ochrony praw człowieka w związku z działalnością korporacji transnarodowych, należy stwierdzić, że korporacyjne kodeksy postępowania to dość specyficzny i nieczęsto występujący element międzynarodowej ochrony praw człowieka. Wyrażam tym samym przekonanie, że zobowiązań przyjętych przez podmioty niepaństwowe – typu korporacje międzynarodowe – w ramach samoregulacji nie należy stawiać w jednym rzędzie ze zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi podejmowanymi w omawianej dziedzinie przez państwa.

Trudno zatem wskazać na źródła zobowiązań państw w sferze praw człowieka, które nie mieściłyby się w katalogu źródeł wskazanym przez art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Wyrazem pluralizmu prawnego międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka w kontekście dychotomii *state law/non-state law* nie są w każdym wypadku rozmaite standardy „nieoficjalne” proponowane przez podmioty niepaństwowe.

IV.

W świetle powyższego, należy skoncentrować uwagę nie tyle na funkcjonowaniu doktryny pluralizmu prawnego w międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka, co wpływie tegoż systemu na traktowanie różnic wynikających ze współistnienia systemu prawa państwowego i „nieoficjalnego”. Klasycznym przykładem będzie tu współobowiązywanie systemu prawa państwowego oraz prawa religijnego lub prawa wspólnoty etnicznej.

W zasadzie, międzynarodowe systemy ochrony nie przewidują podmiotowego prawa do korzystania z odmiennych uregulowań prawnych (alternatywnych wobec prawa państwowego) czy ogólnie pojętego „prawa do pluralizmu prawnego”. Tym niemniej, możliwa jest sytuacja, w której prawo międzynarodowe praw człowieka obejmuje ochroną osobę wyrażającą wolę podporządkowania się „prawu nieoficjalnemu” np. w związku z zachowaniem tożsamości kulturowej, wolności ekspresji czy wolności religii. Poszanowanie pluralizmu prawnego w związku z funkcjonowaniem międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka nie stanowi przy tym celu samego w sobie, lecz jest ważnym parametrem ochrony prawa podmiotowego.

¹³ Por. S. R. Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, „Yale Law Journal” 2001-2002, no. 111, s. 443-545, zwłaszcza na s. 531 i n.

Pojęcie „pluralizmu prawnego” rzadko występuje *expressis verbis* w języku prawnym stosowanym w dokumentach międzynarodowych poświęconych ochronie praw człowieka. Nie jest także zbyt częste w doktrynie praw człowieka, z wyjątkiem badań z pogranicza nauk prawnych i różnych szkół antropologii¹⁴. Dużo częściej spotyka się odniesienia do „pluralizmu kulturowego”. W tym kontekście należy wspomnieć o Powszechnej Deklaracji UNESCO w sprawie różnorodności kulturowej z 2001 r.¹⁵, a także Konwencji UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego z 2005 r.¹⁶ Art. 2 wspomnianej wyżej deklaracji stwierdza:

W naszych coraz bardziej zróżnicowanych społeczeństwach konieczne jest zapewnienie harmonijnego, wzajemnego oddziaływania oraz woli współżycia osób i grup posiadających pluralistyczne, zróżnicowane i dynamiczne tożsamości kulturowe. (...) Pluralizm kulturowy, nierozzerwalnie związany z kontekstem demograficznym, sprzyja wymianie kulturalnej i rozwijaniu twórczych zdolności, które wzbogacają życie społeczne.

Wprawdzie pojęcia „pluralizmu prawnego” i „pluralizmu kulturowego” nie pokrywają się, ale warto odnotować, że oba te zjawiska pozostają we współzależności. Truizmem byłoby stwierdzenie, że prawo jest elementem kultury, a także tożsamości kulturowej społeczeństw i wspólnot. Tymczasem pluralizm prawny można traktować jako składnik pluralizmu kulturowego i *vice versa*. Wspomniana Konwencja UNESCO z 2005 r. podejmuje w art. 4 próbę definicji „różnorodności kulturowej” jako wielości form, poprzez które kultury grup i społeczeństw znajdują swój wyraz.

Można postawić tezę, że powyższa Konwencja „chroni” pluralizm prawny w takim stopniu, w jakim jest on częścią – bądź odzwierciedleniem – różnorodności kulturowej. Natomiast sam pluralizm prawny nie jest *per se* przedmiotem ochrony międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Chronione są prawa jednostki realizowane w wyniku jej woli dostosowania się do systemu norma-

¹⁴ Por. np. W. Ardito, *Right to Self-Regulation – Legal Pluralism and Human Rights in Peru*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1997, no. 39, s. 1-42; A. Hellum, *Human Rights and Gender Relations in Postcolonial Africa: Options and Limits for the Subjects of Legal Pluralism*, „Law and Social Inquiry” 2000, no. 25, s. 635-656; S. Farran, *Is Legal Pluralism and Obstacle to Human Rights? Considerations from the South Pacific*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2006, no. 52, s. 77-106.

¹⁵ Deklaracja przyjęta przez Konferencję Generalną UNESCO na 31 sesji w dniu 2 listopada 2001 r. Tekst polski: M. Balcerzak, *op. cit.*, dokument I-B/9.

¹⁶ Otwartej do podpisu 20 października 2005 r., ratyfikowanej przez Polskę w 2007 r. Tekst polski: Dz.U. z 2007 r. Nr 215, poz. 1585.

tywnego pochodzenia pozapaństwowego. Może być to prawo religijne bądź inne prawo danej grupy społecznej. W pewnym uproszczeniu można wyróżnić ochronę indywidualnych praw podmiotowych oraz indywidualnie bądź wspólnie realizowanych praw zbiorowych¹⁷.

Art. 27 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych odnosi się do praw mniejszości etnicznych, religijnych i językowych stanowiąc, iż osoby należące do tych mniejszości *nie będą pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy*. Postanowienie to można uznać za istotną gwarancję realizacji zwyczajów wynikających z nieformalnego prawa danej mniejszości, zwanego też prawem ludowym (*folk law*). Komitet Praw Człowieka – organ traktatowy stojący na straży postanowień MPPOiP – w komentarzu ogólnym nr 23¹⁸ zwrócił uwagę m.in. na to, że korzystanie przez mniejszości z praw określonych w art. 27 MPPOiP nie stanowi zagrożenia dla suwerenności i integralności terytorialnej państw-stron. Ponadto, jeden lub więcej aspektów praw indywidualnych chronionych w tym artykule, na przykład prawo do korzystania z określonej kultury – może polegać na prowadzeniu określonego stylu życia, który jest ściśle związany z danym terytorium i wykorzystaniem surowców naturalnych, tak jak w przypadku ludności tubylczej¹⁹.

Deklaracja w sprawie praw osób należących do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1992 r.²⁰, wprowadzie nie wspomina o obowiązkach państwa w sferze poszanowania pluralizmu prawnego, natomiast zachęca do zapewnienia warunków rozwoju tożsamości narodowej, etnicznej, kulturalnej, językowej i religijnej mniejszości (art. 1 ust. 1). Art. 4 Deklaracji wskazuje, aby państwa

...podjęły kroki w celu umożliwienia osobom należącym do mniejszości wyrażanie ich cech charakterystycznych oraz rozwijanie ich kultury, religii i zwyczajów, za wyjątkiem sytuacji, w których specyficzne praktyki stanowiłyby naruszenie prawa krajowego i byłyby sprzeczne ze standardami międzynarodowymi.

Można zatem postawić tezę o przychylności uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka wobec odmienności kulturowych, wy-

¹⁷ C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1991, *passim*.

¹⁸ *General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27)*, dokument CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 wydany 8 kwietnia 1994 r.

¹⁹ Por. pkt 3.2. komentarza ogólnego.

²⁰ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 47/135 z 18 grudnia 1992 r. Tekst polski: M. Balcerzak, *op. cit.*, dokument I-B/5.

nikających z regułą prawa nieoficjalnego mniejszości etnicznych czy religijnych. Przychylność ta ma jednak swoje granice wyznaczone literą traktatu oraz decyzjami organów traktatowych uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. Przykładowo, w sprawie *Gareth Anver Prince p. Republice Południowej Afryki*²¹ skarżący powoływał się przed Komitetem Praw Człowieka na art. 27 MPPOiP wywodząc, iż zakaz rytualnego palenia marihuany przez Rastafarian stanowi naruszenie tego postanowienia. Jako praktykujący Rastafarianin skarżący twierdził, że odmowa zwolnienia wyznawców tej religii z zakazu używania marihuany jest niedopuszczalna także w świetle prawa do wolności religii (art. 18 MPPOiP). Komitet Praw Człowieka w swojej decyzji uznał, że inkryminowany zakaz istotnie stanowi ingerencję w prawa skarżącego do wspólnotowego wyznawania religii w związku z art. 27 MPPOiP, jednakże nie każdą ingerencję można uznać za odmowę prawa (*denial of right*) w rozumieniu tego postanowienia. Komitet stwierdził, iż ogólny zakaz posiadania i używania marihuany stanowi dopuszczalną ingerencję w prawa skarżącego i w związku z tym nie doszło do naruszenia art. 27 MPPOiP²².

V.

Interesującym materiałem badawczym w kontekście rozważań na tle poszanowania pluralizmu prawnego i ochrony praw mniejszości jest Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy (nr 169) dotycząca ludów rdzennych i plemiennych w państwach niezależnych z 1989 r.²³ Wprawdzie ma ona tylko 20 ratyfikacji²⁴, głównie w państwach Ameryki Łacińskiej, ale stanowi dobry przykład standardów międzynarodowych odnośnie respektowania odmienności prawnych wspólnot etnicznych.

Art. 8 ww. Konwencji przewiduje:

- 1) *Stosując ustawy i rozporządzenia krajowe wobec ludów (ang. peoples) objętych niniejszą Konwencją, należy wziąć odpowiednio pod uwagę ich zwyczaje lub prawo zwyczajowe.*
- 2) *Ludy objęte niniejszą Konwencją będą miały prawo utrzymania własnych zwyczajów i instytucji, gdy nie są one sprzeczne z pod-*

²¹ Skarga nr 1474/2006, decyzja Komitetu Praw Człowieka z 31 października 2007 r.

²² Por. pkt 7.4. decyzji Komitetu

²³ *Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* przyjęta 27 czerwca 1989 r. na 76. sesji Konferencji Generalnej Międzynarodowej Organizacji Pracy. Weszła w życie 5 września 1991 r.

²⁴ Stan na luty 2009 r.

stawowymi prawami określonymi w krajowym systemie prawnym i międzynarodowo uznanych prawach człowieka. (...)

Natomiast zgodnie z art. 9 Konwencji:

- 1) *W zakresie zgodnym z krajowym porządkiem prawnym i międzynarodowo uznanyymi prawami człowieka, szanowane będą metody zwyczajowo praktykowane przez ludy objęte niniejszą Konwencją odnośnie karania przestępstw popełnionych przez członków [wspólnoty].*
- 2) *Zwyczaje ludów objętych niniejszą Konwencją w odniesieniu do spraw karnych będą wzięte pod uwagę przez władze i sądy zajmujące się sprawami karnymi. – [tłum. M.B.]*

Spośród standardów pozatraktatowych dotyczących tej tematyki, należy wskazać stosunkowo niedawno przyjętą Deklarację ONZ o prawach ludów rdzennych (2007 r.)²⁵, której art. 5 wyraża prawo tych ludów do

*...utrzymania i wzmacniania swoich instytucji politycznych, **prawnych**, gospodarczych, społecznych i kulturalnych, niezależnie od prawa do pełnego uczestniczenia w życiu politycznym, gospodarczym, społecznym i kulturalnym danego państwa [podk. M.B.].*

Art. 34 powyższej Deklaracji stanowi o prawie ludów rdzennych do

*...popierania, rozwoju i utrzymywania struktur instytucjonalnych oraz odróżniających się zwyczajów, duchowości, tradycji, procedur, praktyk oraz – tam, gdzie one istnieją – **systemów lub zwyczajów prawnych** – w zgodzie z międzynarodowymi standardami praw człowieka. [podkr. M.B.]*

Wspomniane wyżej standardy to tylko jeden z przykładów obrazujący zaangażowanie społeczności międzynarodowej w ochronę praw ludności rdzennej w związku z ich różnorodnością kulturową, w tym prawem do poszanowania odmienności w dziedzinie prawnej. Jak się wydaje, teorie pluralizmu prawnego, które kształtowały się pod wpływem badań etnologicznych, wniosły swój wkład do obecnego kształtu standardów międzynarodowych w omawianym zakresie. Tematyka ochrony praw ludności rdzennej, w tym jej praw i zwyczajów, jest stale obecna w pracach Rady Praw Człowieka; w ramach ONZ przyjęto także *Wytyczne ws. kwestii ludności rdzennej*²⁶.

²⁵ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 61/295 przyjęta 13 września 2007 r.

²⁶ *United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, przyjęte

Warto zauważyć, że granica poszanowania odmienności systemów prawnych ludności w Konwencji z 1989 r. wyznaczona jest prawem krajowym i międzynarodowo uznanymi prawami człowieka. Nie wydaje się zatem, aby współobowiązywanie systemu prawa krajowego oraz prawa wspólnoty rdzennej opierało się na zasadzie równości. Poszanowanie pluralizmu prawnego nie stanowi bezwzględnego obowiązku państwa wobec ludności rdzennej, lecz jest jednym z wielu elementów pożądanej polityki państwa wobec członków tej ludności.

VI.

Na marginesie rozważań o związkach pluralizmu prawnego z pluralizmem kulturowym nie sposób nie wspomnieć o zjawisku znanym pod nazwą *cultural defense*. Pojęcie to odnosi się do wpływu norm kulturowych, a także prawa zwyczajowego, na kwalifikację prawną czynów zabronionych, gdy te pierwsze odbiegają od standardów prawa państwowego²⁷. *Cultural defense* można w pewnym uproszczeniu postrzegać jako podejmowaną przez sprawców przestępstw próbę „obrony przez kulturę”²⁸, choć fenomen ten ma też swoje implikacje również dla innych dziedzin prawa. Ostre debaty toczone w doktrynie anglosaskiej odnośnie tego, czy właściwe jest uwzględnianie pluralizmu prawnokulturowego przy ocenie odpowiedzialności karnej sprawcy zabójstw czy zgwałceń o „podłożu” kulturowym nie doprowadziły do powstania jakichkolwiek standardów w tej dziedzinie. Innymi słowy, *cultural defense* – nawet jeśli wpisuje się w dyskusję o uniwersalnym charakterze praw człowieka oraz różnorodności kulturowej²⁹ – nie jest przedmiotem regulacji prawa międzynarodowego praw człowieka.

„Obrony przez kulturę” nie należy kojarzyć wyłącznie ze strategią oskarżonych o najcięższe zbrodnie, w tym tzw. zabójstwa honorowe. Akurat w tym względzie standardy praw człowieka wypowiadają się jednoznacznie i nie ma najmniejszych wątpliwości, że sprawcy nie mogą liczyć na jakiegokolwiek wsparcie międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Wręcz przeciwnie – zarówno na szczeblu

1 lutego 2008 r. Tekst dostępny pod adresem: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous>.

²⁷ Por. J. Zajadło, *Moua zniewala Xeng Xiong*, [w:] J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 69 i n.

²⁸ J. van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2001, no. 9, s. 1 i n.

²⁹ J. Zajadło, *op. cit.*, s. 71.

uniwersalnym, jak i regionalnym³⁰ podejmowane są działania mające na celu walkę z tego typu przypadkami.

Na związek *cultural defense* z pluralizmem prawnym zwraca uwagę M. Sharafi twierdząc, że „obrona przez kulturę” znajduje swoje podstawy w ideologicznym zaangażowaniu badaczy pluralizmu prawnego lat 70. i 80. XX wieku³¹. W opinii autorki, większość doktryny traktowała pluralizm prawny jako zjawisko o pozytywnych konsekwencjach, a tylko nieliczni przestrzegali przed traktowaniem „prawa nieoficjalnego” jako odzwierciedlenia harmonijnego egalitaryzmu³². W rezultacie, protagoniści pluralizmu prawnego sprzyjali tworzeniu klimatu tolerancji i wyrozumiałości wobec różnic kulturowych wynikających z podporządkowania się nakazom prawa religijnego bądź etnicznego.

Teza, w myśl której doktryna pluralizmu prawnego przyczyniła się do popełniania przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu z pobudek kulturowych, jest zbyt daleko idąca. Natomiast trzeba zauważyć, że *cultural defense* wynika z przekroczenia granic akceptacji prawa państwowego dla odmienności kulturowej. Idea przychylności dla pluralizmu prawnego nie może stanowić uzasadnienia dla czynów pozostających w jawnej sprzeczności z ochroną praw człowieka, w tym jego życia i zdrowia. Z prawa międzynarodowego praw człowieka nie płynie obowiązek uwzględniania przez sądy krajowe „obrony przez kulturę”.

VII.

Przenosząc rozważania o pluralizmie prawnym na grunt europejskiego systemu ochrony praw człowieka, należy zaznaczyć, że – podobnie jak w systemie uniwersalnym – podmioty uprawnione nie mają zasadniczego prawa do kierowania się normami prawa pozapaństwowego. Inaczej mówiąc, państwa nie są zobowiązane do obejmowania ochroną prawną każdej formy działania motywowanej przestrzeganiem praw zwyczajowych, religijnych czy etnicznych. Podobnie natomiast jak w systemie ochrony praw człowieka ONZ, w systemie europejskim funkcjonują normy ochrony mniejszości na-

³⁰ Por. np. Zalecenie Rec (2002) 5 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony kobiet przed przemocą – tekst polski: M. Balcerzak, *op. cit.*, dokument II-F/1, w tym punkty 80-83 – „dodatkowe środki odnośnie zabójstw honorowych”.

³¹ M. Sharafi, *Justice in Many Rooms since Galanter: De-Romanticizing Legal Pluralism through the Cultural Defense*, „Law & Contemporary Problems” 2008, no. 71, s. 139 i n.

³² M. Sharafi, *op. cit.*, s. 140.

rodowych i językowych³³, co wyznacza granice obowiązków państw w sferze poszanowania różnic kulturowych, w tym także inspirowanych normami prawa nieoficjalnego.

Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC) przewiduje pewne rozwiązania systemowe, które dotyczy uwzględniania różnic kulturowych przy stosowaniu tego traktatu, jednak odnosi się ono tylko do obszarów poza terytorium głównym państwa, za które odpowiada państwo-strona EKPC, pod warunkiem że państwo notyfikowało wolę objęcia takiego terytorium postanowieniami Konwencji³⁴. Zgodnie z art. 56 ust. 3 EKPC, *postanowienia niniejszej konwencji będą stosowane na tych terytoriach odpowiednio do miejscowych wymogów (ang. local requirements, fr. nécessités locales)*³⁵. Z uwagi na niewielką ilość terytoriów, o których mowa w art. 56 EKPC, przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (ETPC) sporadycznie pojawiały się sprawy na tle dostosowania postanowień EKPC do „wymogów miejscowych”. W wyroku *Tyrer p. Zjednoczonemu Królestwu* z 1978 r. rząd pozwany powoływał się na konieczność stosowania EKPC *mutatis mutandis* w świetle różnic kulturowych panujących na wyspie Man. Sprawa dotyczyła zarzutu naruszenia zakazu niehumanitarnego i poniżającego traktowania (art. 3 EKPC) w kontekście stosowania kar cielesnych w szkołach. Trybunał zwrócił uwagę, że celem ówczesnego art. 63 EKPC było uwzględnienie faktu, iż w czasach tworzenia Konwencji istniały pewne terytoria kolonialne, których rozwój cywilizacyjny nie pozwalał na pełne stosowanie Konwencji. Tymczasem w sensie historycznym, geograficznym i kulturowym, wyspa Man wchodziła zawsze w skład „europejskiej rodziny narodów” i była częścią „wspólnego dziedzictwa tradycji politycznych, ideałów, wolności i rządów prawa”, do których odwołuje się preambuła EKPC (pkt 38 wyroku). W rezultacie, Trybunał nie stwierdził, aby zachodziła konieczność uwzględniania pluralizmu prawnokulturowego wyspy Man, tym bardziej iż zarzut stawiany rządowi Zjednoczonego Królestwa dotyczył tzw. prawa niederogowalnego.

Skuteczne powołanie się przez rząd pozwany na „wymogi lokalne” nastąpiło w wyroku *Py p. Francji*³⁶, w którym Trybunał przyznał, że

³³ Por. Konwencję ramową o ochronie mniejszości narodowych z 1995 r. (European Treaty Series no. 157) oraz Europejską kartę języków regionalnych i mniejszościowych z 1992 r. (European Treaty Series no. 148).

³⁴ Art. 56 ust. 1 EKPC – „Terytorialny zakres zastosowania”.

³⁵ Por. M. Wood, *Article 63*, [w:] L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (red.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris 1995, s. 915 i n.

³⁶ Wyrok z 6 czerwca 2005 r.

historia i status Nowej Kaledonii mogą być podstawą wskazania *local requirements*, które uzasadniają ograniczenia nałożone na prawo skarżącego do głosowania w świetle art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC. Trybunał nie uznał natomiast za przekonywujące odwoływanie się do „wymogów lokalnych” w sprawie dotyczącej zarzutu naruszenia wolności ekspresji przez rząd Francji na terytorium Polinezji Francuskiej³⁷.

Art. 53 ust. 3 EKPC pozwala państwom na dostosowanie zakresu zobowiązań wynikających z Konwencji, jeśli wymaga tego specyfika terytorium objętego gwarancjami EKPC w rozumieniu art. 53 ust. 1, w tym różnice kulturowe wynikające z obowiązywania norm zwyczajowych. Nie można natomiast podać przykładu orzeczenia, w którym Trybunał rozwinąłby interpretację art. 53 Konwencji na tle odmienności kultur prawnych.

VIII.

Powyższa konstatacja nie oznacza, że zagadnienie pluralizmu prawnego znalazło się zupełnie poza sferą zainteresowania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Można postawić generalną tezę, że ETPC ocenia konsekwencje pluralizmu prawnego w 47 państwach-stronach Konwencji, gdy ich skutkiem jest zarzut naruszenia zobowiązań państw poprzez nieuprawnioną ingerencję w prawa podmiotów chronionych. Kognicja ETPC nie ma przy tym charakteru abstrakcyjnego, lecz dotyczy konkretnych sytuacji, w których skarżący uważa się za ofiarę naruszenia praw i wolności konwencyjnych.

Jak dotąd, Trybunał miał okazję ocenić bezpośrednio koncepcję pluralizmu prawnego jako współobowiązywania prawa państwowego i religijnego tylko w jednej sprawie na tle prawa do wolności zrzeszania się (art. 11 EKPC). Zarzut naruszenia tej gwarancji pojawił się w związku z orzeczeniem tureckiego Trybunału Konstytucyjnego z 1998 r. o delegalizacji partii *Refah Partisi* („partia dobrobytu”) z powodu naruszenia zasady świeckości państwa, planu obalenia demokracji i wprowadzenie pluralizmu systemów prawnych. *Refah Partisi* deklarowała, że wprowadzenie systemu, w którym każda grupa społeczna będzie podlegała systemowi prawnemu zgodnie z przekonaniem religijnym jej członków, będzie stanowić pierwszy krok w procesie ustanowienia reżimu teokratycznego opartego na prawie muzułmańskim. Skarżący twierdzili, że postulat pluralizmu syste-

³⁷ *Piermont p. Francji*, wyrok z 27 kwietnia 1995 r., § 56-59.

mów prawnych miał na celu promowanie swobody umów i wyboru sądów właściwych do rozstrzygania sporów.

Sprawę *Refah Partisi* rozpatrywał Trybunał dwukrotnie: najpierw w składzie podstawowym (Izby siedmioosobowej), a następnie Wielkiej Izby (w składzie 17 sędziów). W wyroku z 31 lipca 2001 r. Trybunał stwierdził, że – podobnie jak turecki Sąd Konstytucyjny – uznaje, iż pojęcie pluralizmu w sferze politycznej i stała ewolucja wolności publicznych są obce dla prawa szariatu. Pogodzenie poszanowania demokracji i praw człowieka z reżimem opartym na szariacie, który w sposób oczywisty odchodzi od wartości właściwych Konwencji, jest niemożliwe. Według Trybunału, partia polityczna, której działania zmierzają do wprowadzenia szariatu jako prawa państwowego w państwie-stronie Konwencji, nie może być uznana za zrzeszenie uznające ideały demokratyczne w systemie EKPC³⁸.

Trybunał podzielił ponadto tezę rządu tureckiego, iż proponowany przez *Refah Partisi* pluralizm systemów prawnych skutkowałoby wprowadzeniem do wszystkich stosunków prawnych rozróżnienia opartego na kryterium religijnym, prowadzącym do kategoryzacji obywateli i przyznania im praw nie jako jednostkom, lecz jako wyznawcom. Taki model społeczny jest sprzeczny z systemem Konwencji z dwóch powodów: po pierwsze, usuwałby on rolę państwa jako gwaranta indywidualnych praw i wolności, nakazując podporządkowanie się regułom prawa religijnego, a po drugie: system pluralizmu prawnego naruszałby zasadę niedyskryminacji pomiędzy jednostkami odnośnie korzystania z wolności publicznych³⁹.

Negatywną ocenę postulatu wprowadzenia pluralizmu prawnego opartego na prawie religijnym podzieliła Wielka Izba Trybunału w wyroku z 13 lutego 2003 r. W opinii zbieżnej z tym wyrokiem sędzieja ETPC wybrany z ramienia Federacji Rosyjskiej, A. Kovler, wyraził żal, że Trybunał nie przeprowadził dokładniejszej analizy koncepcji pluralizmu systemów prawnych. Zdaniem sędziego Kovlera, związki pluralizmu prawnego z koncepcją pluralizmu systemów prawnych są bezdyskusyjne⁴⁰. Ponadto, sędzia podkreślił, że nie tylko antropologia, lecz także współczesne prawo konstytucyjne dopuszcza – pod pewnymi warunkami – aby członkowie niektórych mniejszości korzystali z więcej niż jednego statusu prawnego.

Wyroków ETPC w sprawie *Refah Partisi* nie należy uważać za ge-

³⁸ Por. § 72 wyroku.

³⁹ Por. § 70 wyroku.

⁴⁰ Sędzia odwołał się w swojej opinii odrębnej do artykułu J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, no. 24, a także prac *International Union of Anthropological and Ethnological Sciences*.

neralne *veto* Trybunału wobec różnorodności kulturowej i prawnej w państwach-stronach Konwencji. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano wartość pluralizmu w społeczeństwie demokratycznym. Natomiast postulat współobowiązywania różnych systemów prawa religijnego i podporządkowanie jego nakazom całych grup społecznych jest nie do pogodzenia z wartościami Konwencji i nie podlega ochronie z punktu widzenia wolności i praw konwencyjnych. Zupełnie sprzeczne z EKPC byłoby też dążenie do zastąpienia prawa państwowego prawem religijnym w imię poszanowania pluralizmu prawnego. Według Trybunału, głoszenie takiego postulatu nie może korzystać z ochrony prawnej przewidzianej np. w art. 10 (wolność ekspresji) czy 11 (wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się) EKPC.

IX.

Orzecznictwo ETPC zawiera także przykłady spraw, w których oceniane są następstwa konfliktu prawa państwowego z prawem religijnym nie tylko w teorii (jak w sprawie *Rafah Partisi*), lecz także w praktyce. Strony postępowań przed ETPC nie posługują się jednak argumentacją nawiązującą do poszanowania pluralizmu prawnego, lecz dążą do uzasadnienia swoich stanowisk procesowych w oparciu o literę traktatu, z wykorzystaniem takich koncepcji, jak „margines oceny państwa” czy „konieczność w społeczeństwie demokratycznym”, włącznie z zasadą proporcjonalności.

W sprawie *Leila Sahin p. Turcji*⁴¹ Trybunał rozpatrywał zarzut naruszenia prawa do wolności religii poprzez regulacje zakazujące noszenia muzułmańskiego nakrycia głowy na terenie Uniwersytetu w Stambule. Skarżąca była praktykującą muzułmanką studiującą na Wydziale Medycyny. Odmowa podporządkowania się regulacjom dotyczącym nakrycia głowy naraziła skarżącą na szereg sankcji, włącznie z zawieszeniem w prawach studenta. Jak ustalił ETPC, noszenie nakrycia głowy w tureckich szkołach i uniwersytetach tureckich jest stosunkowo nowym zjawiskiem – sięga lat 80. XX wieku. Sprawa ta jest obecna w debacie publicznej – zwolennicy noszenia nakryć głowy uważają to za nakaz religijny i formę ekspresji związaną z tożsamością religijną⁴². Dodatkowo, w latach 90. XX wieku sprawa stała się drażliwa politycznie.

Podobnie jak sprawa *Rafah Partisi*, także sprawa *Leila Sahin* była rozpatrywana przez Trybunał dwukrotnie – przez Izbę (wyrok z 29

⁴¹ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 10 listopada 2005 r.

⁴² Zob. § 35 wyroku.

czerwca 2004 r.) oraz Wielką Izbę. W obu wyrokach ETPC nie dopatrzył się naruszenia prawa skarżącej do wolności religii (art. 9 EKPC). Trybunał przypomniał, że pluralizm, tolerancja i otwartość umysłu są wyznacznikami „społeczeństwa demokratycznego”. Jednocześnie ETPC podkreślił, iż nie sposób doszukać się jednolitej koncepcji znaczenia religii w Europie, w związku z tym wybór zakresu i form regulacji państwowej w sferze wolności religii zależy w dużym stopniu od specyficznego kontekstu krajowego. Trybunał odnotował znaczenie sekularyzmu dla systemu państwowego Turcji, a ponadto uznał, że w miejscach takich jak uniwersytety, w których naucza się wartości pluralistycznych, poszanowania praw innych oraz – w szczególności – równości prawnej mężczyzn i kobiet, nie budzi zdziwienia dążenie do utrzymania świeckiego charakteru tych instytucji⁴³.

Zastosowane w powyższej sprawie ograniczenia wolności manifestowania religii zostały uznane za zgodne z zasadą proporcjonalności. Ingerencja w wolność skarżącej nie była – zdaniem Trybunału – arbitralna ani pozbawiona uzasadnienia. Działania władz tureckich w tej sprawie mieściły się w ramach marginesu oceny, pozwalającemu państwu na podejmowanie działań ograniczających prawa i wolności, gdy jest to zgodne z prawem wewnętrznym, służy celowi prawowitemu i wypełnia test „konieczności w społeczeństwie demokratycznym”.

Zagadnienie funkcjonowania pluralizmu prawnego w społeczeństwie tureckim nie było osią rozumowania ETPC w przedstawionej wyżej sprawie. Dla oceny działań państwa w sprawie *Sahin* nie była konieczna analiza norm prawa religijnego, których przestrzeganie naraziło skarżącą na konsekwencje dyscyplinarne. Zadanie Trybunału polegało na zastosowaniu „wzorca kontroli” zaczerpniętego z treści normatywnej EKPC dla oceny legalności ingerencji w prawa skarżącej, a nie na abstrakcyjnej analizie kolizji prawa tureckiego i prawa muzułmańskiego.

X.

Odnosząc się do pytań postawionych na początku tego opracowania, nie sposób jednoznacznie określić relacji międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka oraz pluralizmu prawnego. Prawa człowieka i różnicowanie systemów prawnych oddziałujących na jednostkę są współzależne. Wiele jest także kontekstów, w których prawa człowieka i pluralizm przenikają się – począwszy od poszano-

⁴³ Zob. § 116 wyroku.

wania praw i zwyczajów ludności rdzennej, poprzez prawa mniejszości narodowych i etnicznych, aż do indywidualnie wykonywanych praw politycznych, z których największe znaczenie wydaje się mieć wolności myśli, sumienia i religii (art. 9 EKPC, art. 18 MPPOiP).

Za godną podkreślenia uważam tezę o przychylności międzynarodowej ochrony praw człowieka wobec różnorodności, przez którą osoba ludzka rozwija się, wyraża i kształtuje. Jeśli różnorodność ta wynika z podporządkowania się różnym systemom normatywnym i systemom wartości, a jednocześnie nie dąży do ograniczenia praw innych i zniweczenia istoty społeczeństwa demokratycznego – prawo międzynarodowe praw człowieka staje w jej obronie. Jeśli natomiast konsekwencją pluralizmu prawnego jest sytuacja zagrażająca bezpieczeństwu państwa, porządkowi publicznemu czy prawom i wolnościom innych osób – należy spodziewać się, że międzynarodowe systemy ochrony praw człowieka nie będą przeszkodą dla działań władzy publicznej służących obronie tych wartości, z poszanowaniem zasady rządów prawa.

Źródła

Powszechna Deklaracja UNESCO w sprawie różnorodności kulturowej przyjęta przez Konferencję Generalną UNESCO na 31 sesji w dniu 2 listopada 2001 r.

Konwencja UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego z 2005 r., otwarta do podpisu 20 października 2005 r., ratyfikowana przez Polskę w 2007 r. Tekst polski: Dz.U. z 2007 r. Nr 215, poz. 1585.

General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27), dokument CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 wydany 8 kwietnia 1994 r.

Deklaracja w sprawie praw osób należących do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 47/135 z 18 grudnia 1992 r.

Gareth Anver Prince v. Republice Południowej Afryki, skarga nr 1474/2006, decyzja Komitetu Praw Człowieka z 31 października 2007 r.

Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy (nr 169) dotycząca ludów rdzennych i plemiennych w państwach niezależnych z 1989 r., *Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* przyjęta 27 czerwca 1989 r. na 76. sesji

Konferencji Generalnej Międzynarodowej Organizacji Pracy. We-
szła w życie 5 września 1991 r.

Deklaracja ONZ o prawach ludów rdzennych, rezolucja Zgromadze-
nia Ogólnego ONZ nr 61/295 przyjęta 13 września 2007 r.

Wytyczne ws. kwestii ludności rdzennej Rady Praw Człowieka ONZ,
*United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peo-
ples' Issues*, przyjęte 1 lutego 2008 r. Tekst dostępny pod adre-
sem: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous>.

Zalecenie Rec(2002)5 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie
ochrony kobiet przed przemocą.

Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych z 1995 r.
(European Treaty Series no. 157).

Europejska karta języków regionalnych i mniejszościowych z 1992 r.
(European Treaty Series no. 148).

Wyroki ETPC

Tyrer p. Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 1978 r. (5856/72)

Py p. Francji, wyrok z 6 czerwca 2005 r.

Piermont p. Francji, wyrok z 27 kwietnia 1995 r.

Sprawa Refah Partisi, wyrok z 31 lipca 2001 r.

Leila Sahin p. Turcji, wyrok z 10 listopada 2005 r.

TRADYCJA

* * *

Pluralizm średniowiecznego feudalizmu. Wielość wspólnot – wielość praw

Feudalizm. Pojęcie, geneza, cechy

Termin *feodalité* ukuto we Francji XVII wieku na opisanie szczerbów już wówczas instytucji poprzedniej epoki. „Feudalizm” jest kategorią bardzo pojemną. To jeden z etapów rozwoju cywilizacji ludzkiej, co nadaje mu walor uniwersalny. Jednak w aspekcie politycznym feudalizm stanowi *signum specificum* Europy zachodniej. Mając pełną świadomość, że wszelkie uogólnienia prowadzą do uproszczeń, przyjmijmy, że na „feudalizm polityczny” składają się trzy konieczne elementy: więź osobista, dzierżenie ziemi oraz decentralizacja władzy i prawa. Wraz z ewolucją feudalizmu na pierwszy plan wysuwał się kolejno każdy z momentów, czemu towarzyszyła reinterpretacja elementu odchodzącego na plan dalszy¹. Zasadniczą cechą omawianego systemu jest fragmentacja władzy ujmowanej w kategoriach prywatnoprawnych na skutek koniecznego jej związku z dzierżeniem (*tenere*, „prawo posiadania”) ziemi. Gwarancją dominacji politycznej jest siła militarna, uzyskiwana w konsekwencji zawarcia także prywatnego w swej istocie kontraktu. Z drugiej strony, w ujęciu „funkcjonalnym” feudalizm to metoda rządzenia, czyniąca z relacji osobistych i prywatnoprawnych podstawę porządku².

W konsekwencji opisanych wyżej procesów wykształciła się nowa instytucja, stanowiąca wypadkową zainicjowanych potrzebą chwili praktyk (przyznawania immunitetów i umów komendacji)³, którym nadano swoisty publicznoprawny charakter. Była to służba (*servitium debitum*, zasadniczo wojskowej) wasala (*vassus dominici*, celtyckie *gwas* – „sługa”, „młodzieniec”) na rzecz monarchy w zamian za przyznane beneficjum⁴. Powyższa polityka sprawdzała się o tyle,

¹ N. F. Cantor, *The Civilization of Middle Ages*, New York 1993, s. 195-204.

² Stało się podstawą zasady *nulle terre sans seigneur*. Zob. J. R. Strayer, *Feudalism*, London-Toronto 1965, s. 11-13; F. L. Ganshof, *Feudalism*, London 1996, s. 3-12

³ P. Fouracre, *Eternal Light and Earthly Needs: Political Aspects of the Development of Frankish Immunities*, [w:] *Property and Power in the Early Middle Ages*, red. W. Davies, P. Fouracre, Cambridge 2002, s. 53-81.

⁴ F.L. Ganshof, *Benefice and Vassalage in the Age of Charlemagne*, „Cambridge His-

o ile władza centralna reprezentowała minimalny poziom spójności i efektywności. Tymczasem w omawianym okresie da się wskazać szereg niesprzyjających, wzajemnie napędzających się czynników⁵, które doprowadziły do emancypacji udzielnych jednostek terytorialnych (*ducati, principati, Stammeshertzogstümer*)⁶. Fragmentaryzacja postępowała w głąb nowych struktur. W efekcie pod koniec XII wieku ostatecznie zatarła się granica między posiadaczem ziemi a instancją jurysdykcyjną – usankcjonowana umową, a oparta na zdolnościach militarnych faktyczna kontrola obszaru złała się z uprawianiem, co określano kategorią *dominium*. Pojęcie wasala wyparło poddanego, lenno zwać zaczęto *fiscus*, a jego dzierżyciel posiadał własny dwór i urzędników, stając się w powszechnym odczuciu jedyną realną, bo personifikowaną władzą⁷. Podstawową jednostką efektywnego zarządu stał się ufortyfikowany punkt oporu (*castrum*) wraz z przyległym obszarem zwany *castellania (châtellenie)*⁸.

Idea prawa w średniowieczu – prawo naturalne – zwyczaj

Idea prawa stanowiła wypadkową światopoglądu teocentrycznego i przedstawionych wyżej uwarunkowań faktycznych, w szczególności zaniku aktywnej działalności prawodawczej – ostatni kapitularz wydano w roku 884. Prawo, postrzegane jako dzieło Boga, a wręcz z nim utożsamiane⁹, uznawano za element kosmosu. Było ono obiektywnym faktem społecznym, częścią lokalnego czy „politycznego” środowiska. Nie było tworzone, ale „wzrastało” wraz ze

torical Journal” 1939, t. 6, s. 147-75; C. Stephenson, *Medieval Feudalism*, Cornell 2007, s. 1-14; O. Hintze, *The Nature of Feudalism*, [w:] *Lordship and Community*, red. F.L. Chayette, New York 1968, s. 22-31. Techniki jako istotny czynnik rozwojowy. Zob. B. S. Bachrach, *Mounted Shock Combat, the Stirrup, and Feudalism*, „Studies in Medieval and Renaissance History” 1970, t. 7, s. 49-75; K. de Vries, *Medieval Military Technology*, Toronto, 2003, s. 95-122.

⁵ To „podręcznikowy” katalog przesłanek feudalizmu. Zob. R. Coulborn, *A Comparative Study of Feudalism*, [w:] *Feudalism in History*, red. R. Coulborn, Princeton 1956, s. 188-197, 199.

⁶ H. Wolfram, *The Shaping of Early Medieval Principality as a type of Non-Royal Rulership*, „Viator” 1971, t. 2, s. 33-51; K. F. Werner, *La genèse des duchés «nationaux» en France et en Allemagne*, [w:] *Nascita dell'Europa e Europa carolingia*, Spoleto 1981, t. I, s. 175-207.

⁷ M. Bloch, *Spoleczeństwo feudalne*, Warszawa 1981, s. 162, 538-39, 579-98.

⁸ Przyjmuje się, że człowiek o wyjątkowych zdolnościach i autorytecie był zdolny utrzymać maksymalnie trzy takie jednostki w swoim władaniu. Zob. J. R. Strayer, *op. cit.*, s. 34-40, 43.

⁹ E. von Repkov, *achsenspiegel*, Hannover 1967, V, prolog oraz 3.78.2.

społecznością. Jeśli nawet pochodziło od ziemskiego legislatora, stawało się od niego niezależne. Uznać je można za wyraz zbiorowej świadomości, stanowiący syntezę zdrowego rozsądku i wartości etycznych¹⁰. Nie znaczyło to jednak, iż było niezmiennie. Można je określić mianem bezosobowego „suwerena”¹¹. Co więcej, postrzegano je jako transcendentne źródło trwałości, stabilności i porządku rządzonych przez nie wspólnot¹².

Trudno zaprzeczyć, że średniowieczne zwyczaje w swych szczegółach były bardzo zróżnicowane – we Francji XV wieku doliczono się ich 790. Jednak prawo zwyczajowe, czyli sposób, w jaki zwyczaje były konceptualizowane, oraz podstawa jego obowiązywania i zasady interpretacji były zadziwiająco jednorodne¹³. Odmienności płynęły z różnego zastosowania tych samych założeń. Wśród zasadniczych cech prawa wymienić należy tradycjonalizm, zakładający, że reguły postępowania były odwieczne i utożsamiający prawo „stare” z „dobrym” ze względu na „autorytet odwieczności”. Normy były spuścizną po przodkach, co do zasady przypominanym i wykonywanym, a czasem uzupełnianym i wspieranym. „Dziedziczność” prawa wiązała się z jego pierwotnym partykularyzmem, określanym mianem „osobowości”. Każdy „nosił” i „żył” swoim prawem, podlegając mu bez względu na miejsce pobytu. Taki stan rzeczy przekładał się na skomplikowanie systemu sądownictwa i konieczność ustalania właściwego prawa, czemu służyła instytucja „wyznania prawa” (*professio iuris*). Kiedy ostatecznie w XIII wieku społeczności uległy homogenizacji pojawiło się tzw. zwyczajowe prawo terytorialne, stanowiące wypadkową między zasadą terytorialności a osobowości. Sięgało ono korzeniami związków plemiennych i odpowiadało standardom rozdrobnienia feudalnego¹⁴. Opisując zwyczajowe prawo wieków średnich często jednym tchem wylicza się dwie cechy: wynikającą z ustności zmienność treści oraz zmniejszającą skuteczność „sztywność”. Cechy te nie są komplementarne, a wręcz sprzeczne

¹⁰ F.L. Cheyette, *Custom, Case Law, and Medieval „Constitutionalism”*, „Political Science Quarterly” 1963, t. 78, s. 377-89.

¹¹ F. Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, Clark 2005, s. 69-80.

¹² Prawo jako „dusza królestwa”. MGH, *Leges Visigothorum*, I.2.2; P. D. King, *Law and Society in Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972, s. 34-40; W. Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages*, London 1975, s. 46-48.

¹³ S. Grzybowski, *Dzieje prawa*, Wrocław 1981, s. 95-96, 102-3, 105, 107; H. J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 544.

¹⁴ K. Grzybowski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1968, s. 150-58; J. Baszkiewicz, *Myśl polityczna wieków średnich*, Warszawa 1970, s. 150-53; T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2000, s. 267-72.

i raczej winny być odnoszone do konkretnych norm, a nie do porządku jako takiego. Z biegiem lat prawa zwyczajowe często sankcjonowały przewagę silniejszego. Dobrym przykładem „zwyczajów narzuconych” jest *Wielka księga prawa zwyczajowego Normandii* (ok. 1250 r.). Często żądano pisemnych potwierdzeń (*chartres de non préjudice*), że jednokrotne świadczenie nie stanie się źródłem okresowego obowiązku¹⁵.

Prawa ludzkie zasługiwały na szacunek, o ile odpowiadały normom wyższemu, tj. pochodzącym ze źródła ulokowanego poza doświadczeniem. Hierarchia systemów wypracowana została przez Ojców Kościoła w okresie od II do IV wieku. Ich dorobek stał się pomostem, po którym klasyczna teoria prawa naturalnego przedostała się z filozofii stoickiej Grecji i Rzymu do myśli wieków średnich¹⁶. Dla Gracjana prawo natury tożsame było z Dekalogiem (*ius naturale* = *ius divinum*), jego zasadniczą treść stanowił nakaz: „czyń dobrze i unikaj zła”, a co było z nim sprzeczne, stawało się „puste i nieważne”¹⁷. Wzbogacenie chrześcijańskiej konstrukcji prawnonaturalnej o elementy racjonalne stało się udziałem Wilhelma z Auxerre, Aleksandra z Hales i Bonawentury. W końcu za sprawą Akwinaty prawo naturalne uznano za poznawalne rozumem dzieło Boga utożsamionego z Naturą (*Summa Natura id est Deus*)¹⁸. Założenie, że był to system pierwotny, regulujący stosunki między ludźmi w *aurea etas* (tj. do momentu upadku człowieka) zacierało granicę rzymskiego podziału *ius naturale* – *ius gentium*. Tym samym chrześcijańskie prawo naturalne stanowiło syntezę ujęcia grecko-rzymskiego i chrześcijańskiego, czego odzwierciedleniem było kanonistyczne rozróżnienie jego norm na pisane (*ratio*) oraz niepisane (*veritas*)¹⁹.

Reforma papieska i renesans XII wieku

Przełom XI/XII wieku to czas istotnych przemian w Europie, zainicjowanych reformą gregoriańską, której apogeum przypada na lata 1075-1122. Zdaniem H.J. Bermanna była to jedna z „rewolu-

¹⁵ M. Bloch, *op. cit.*, s. 155-57, 211-22.

¹⁶ Paweł z Tarsu, Rz, 2.14-15; Irneriusz z Lyonu, *Adversus omnes hereses*, 4.13-15; Laktancjusz, *Divinae institutiones* 6.8; Orygenes, *Komentarz do listu św. Pawła do Rzymian*, Warszawa 1994, 3.6; Aureliusz Augustyn, *O wolnej woli*, [w:] tenże, *Dialogi i pisma filozoficzne*, Warszawa 1953-54, t. 3, 1.3.6.

¹⁷ Gracja, *Decretum*, I oraz 8.2,9.

¹⁸ Tomasz z Akwinu, *Summa Teologii*, I-II q. 91.2-3, s. 20-2 oraz q.96, s. 76.

¹⁹ B. Tierney, *Natural Law and Natural Rights*, [w:] *Christianity and Law*, red. J. White, Jr., F. S. Alexander, Cambridge 2008, s. 89-104.

cji prawa” o charakterze totalnym: lata 1050-1150 to początek nowego *continuum*. Jej implikacją w aspekcie politycznym był nowy porządek: pierwsze *quasi*-państwo (niezależny, instytucjonalnie wyodrębniony i zhierarchizowany Kościół) oraz wielość świeckich, doczesnych wspólnot, w które, na skutek pozbawienia ich dawnej sakralnej ideologii, przekształciły się wcześniejsze trybalne społeczności²⁰. Kościół stał się pierwszą instytucją postrzegającą prawo w kategoriach źródła władzy (prawo stało się wręcz istotą wiary) oraz narzędzia jej sprawowania. To ostatnie obejmować zaczęło realizację ogólnej misji władzy duchownej, czyli reformę, a wręcz naprawę świata i władzy świeckiej, czyli jurysdykcję, utrzymywanie tożsamości wspólnoty i kontroli nad nią oraz regulowanie stosunków między konkurującymi społecznościami²¹.

Od tego momentu prawo staje się dyscypliną naukową, a jego znawcy – *iurustae* – profesjonalistami. Mówić można o podziale na prawo kanoniczne i prawa świeckie, wśród których wyróżnia się *lenne*, *dominalne*, *miejskie*, *handlowe*, *królewskie*. W relacji do prawa rzymskiego prawa świeckie określa się zbiorczym mianem rodzimego²². Dwoma systemami pretendującymi do statusu uniwersalnych były oparte na biblijnym autorytecie prawo kanoniczne oraz *ius commune per eminentiam*, czyli prawo cesarskie (rzymskie). Były to postulaty łączące się z hasłami politycznej jedności. Poza tym dostrzegano normy obowiązujące w poszczególnych wspólnotach świeckich: odnoszące się do wszystkich, jak i tylko do poszczególnych członków oraz obowiązujące na całym ich obszarze, jak i na wyodrębnionej jego części. Zakresy terytorialne i personalne krzyżowały się ze sobą na każdym poziomie. Na powyższe nakładała się relacja ogólność – szczegółowość oraz układ hierarchiczny²³.

²⁰ J. M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 135; H. J. Berman, *op. cit.*, s. 68-69, 125-133, 139-147. „Gregoriańska koncepcja Kościoła niemal wymagała stworzenia pojęcia państwa”. J. R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, 1970, s. 22. M. Bloch, *op. cit.*, s. 136, 149, 214-5.

²¹ „Niewiele było w historii okresów, w których prawnicy i nauka prawa w podobny sposób oddziaływałyby na myśl społeczno-polityczną, jak w XII w.”. G.L. Seidler, *Przedmarksowska myśl polityczna*, Kraków 1985, s. 293. G. B. Lander, *Aspects of Medieval Thought on Church and State*, „Review of Politics” 1947, t. 9, s. 403-22.

²² T. Maciejewski, *op. cit.*, s. 279-98.

²³ S. Kuttner, *The Revival of Jurisprudence*, [w:] *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, red. R. L. Benson, G. Constable, Harvard 1991, s. 299-323; K. Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrh.*, [w:] *Probleme des 12. Jahrhunderts*, Konstanz-Stuttgart 1968, s. 309-335.

Prawo rzymskie – *ratio scripta*

Momentem przełomowym był rok 1080, kiedy to w pizańskiej bibliotece odnaleziono pochodzącą z bizantyjskiej Italii (ok. 600 r.) kopię justyniańskich *Digestów*. Nazywano ją *Pisana* lub, ze względu na aneksję Pizy przez Florencję, *Florentina*. Kopie czynione na jej podstawie (*Vulgata, Littera Bononiensis*) stały się podstawą analiz *Digest* w nadchodzących wiekach²⁴. W krótkim czasie renesans prawa rzymskiego nabral wymiaru praktycznego. Najdonioślejsze znaczenie widoczne jest na płaszczyźnie inspiracji, a właściwie czerpania zeń praktycznego argumentu („autorytetu”). To dzięki niemu utrzymano wiarę w możliwość regulowania stosunków społecznych. Reinterpretowano je wykraczając daleko poza sens pierwotnych zamierzeń. Dlatego wpływ prawa rzymskiego był niemały, ale wybiórczy. Recypowano metody, teorie (źródła, zasady i funkcje prawa), pojęcia i instytucje, a komentatorzy nasycili prawo rzymskie treściami zaczerpniętymi z współczesnych stosunków.

Pamiętać należy, że sięgano do teokratycznego i absolutystycznego, bo „zorientalizowanego” prawa rzymskiego Bizancjum. Nie dziwi zatem, że czerpali zeń prawnicy papiescy, a w końcu stało się ono prawem władców świeckich: najpierw cesarzy, a za sprawą mistrza Raweńskiego Piotra Crassusa także monarchów. Towarzyszyła temu racjonalizacja, postępująca poprzez pozbawianie prawa sakralnej szaty i laicyzację. Za jego wyjątkową cechę uznano uniwersalność, która uczyniła zeń *ius commune imperii*. Teza o jego faktycznym obowiązaniu stała się udziałem praktyków, a nie mistrzów uniwersyteckich, którzy jednoznacznie wskazywali na ujęcie *de iure*²⁵. Odejście od klasycznego podziału na *ius civile – gentium – naturalis* skłoniło do utożsamiania *lex romana* z *ius gentium* nowej wspólnoty – *societas christiana* (Izydor z Sewilli, *Etymologiae* 5.6). Z drugiej strony, wyprowadzano zeń ogólne pojęcia, które stały się podstawą systemów „rodzimych”. Prawo rzymskie było tu nie tyle inspiracją, co orężem. Katalizatorem był rozwój teorii politycznych i prawnych, domagających się oficjalnych źródeł i brzmienia prawa. Wszystko to prowadziło do wzrostu autorytetu przywódców wspólnot kosztem idei „oddolnego”, „ludowego” prawa. Z kolei w północnej Italii czerpały zeń wspólnoty miejskie²⁶.

²⁴ W. P. Müller, *The Recovery of Justinian's Digest in the Middle Ages*, „Bulletin of Medieval Canon Law” 1990, t. 20, s. 1-30.

²⁵ O cesarskiej jurysdykcji: J. Baszkiewicz, *Omnia sunt principis*, „ZN UW” 1961, Prawo, t. VIII, s. 55-75.

²⁶ W. Ullmann, *dz. cyt.*..., s. 74-79, 89-90, 213.

Nie zmienia to faktu, że prawo rzymskie postrzegać należy jako subsydiarne, rzadko stosowane bezpośrednio, a i to w formie zwulgaryzowanej. Mimo swego „ducha” nie mogło być stosowane arbitralnie. Było obcym systemem przeniesionym z poprzedniej epoki, stąd nie mogło służyć jako narzędzie realizacji polityki. Próby naginania norm mogły natomiast podkopać samą jego ideę. Jego spójność i oryginalność była pilnie strzeżona przez ekspertów, którzy troszczyli się, by siłą sprawczą systemu pozostała jego skumulowana, wewnętrzna dynamika, a nie wola władcy. „Uczone” prawo rzymskie nie było zespołem norm, ale stylem rozumowania prawniczego. Było porządkiem idealnym, na podstawie którego interpretowano prawo zwyczajowe i stanowione, wręcz kulturą prawną i wiedzą ludzi świątłych. Przedmiotem nauczania stało się *imperii rationis*. Zwykło mówić się o „obojgu prawach” – prawie rzymskim i kanonicznym – jako wyłącznie godnych uniwersyteckich wykładów²⁷. Nie stanęło to na przeszkodzie, by w roku 1219 zakazać nauczania pogańskiego prawa rzymskiego na uniwersytecie paryskim²⁸. Zasadniczą różnicę stanowiło założenie, że prawo kanoniczne było prawem obowiązującym, więc rozwijającym się, a rzymskie – zamkniętym, więc niepodlegającym zmianie, a jedynie interpretacji. Z drugiej strony, chociaż osoba cesarza uzasadniała jego obowiązywanie, to prawo rzymskie było recypowane dzięki pośrednictwu prawa kanonicznego²⁹.

Prawo kanoniczne – *ius canonicum*

Pierwszy zbiór kanonów³⁰ powstał z prywatnej inicjatywy bpa Melecjusza z Antiochii w 318 r., a pierwszy oficjalny zbiór 104 „reguł” zatwierdzono na IV soborze ekumenicznym w Chalcedonie w 451 r. Początkowo kanony opierały się na Biblii (*ius divinum*), tezach Ojców Kościoła oraz prawie rzymskim i zwyczajach germańskich (*ius humanum*), a ich kompilacje dalekie były od systematyczności, stanowiąc mieszaninę treści prawnych, etycznych, teologicznych i liturgicznych. Z reformą XI/XII wieku wiąże się wyartykułowanie uprawnienia papieża do tworzenia kanonów poprzez wydawanie dekretalów i proces porządkowania dotychczasowych. Chociaż nowe kompilacje pojawiały się od połowy XI wieku (*Kolekcja w 74 tytułach*, 1050 r.; *Pannoramia Iwona* z Chartres, 1090 r.), to

²⁷ F. Merzbacher, *Die Paröme: Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil*, „Studia Gratiana” 1967, t. 13, s. 273-282.

²⁸ W. Ullmann, *The Prohibition of Roman Law at Paris*, „Juridical Review” 1948, t. 60, s. 177.

²⁹ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1958, s. 70-71.

³⁰ Z greckiego *kanōn*: „pręt mierniczy”, od IV w. abstrakcyjne „reguła”.

momentem kulminacyjnym był traktat Gracjana (*Decretum*, 1140 r.), stanowiący od tej pory autorytatywny wykład prawa kanonicznego. Mistrz Gracjan wprowadził nową systematykę: *ius antiquum* (akty soborowe) i *ius novum* (dekretały), której jego uczeń Huguccio nadał walor zmiennej, zakorzenionej w przeszłości i zorientowanej na przyszłość hierarchii. Istotne były także działania Bernarda z Pawii, który skompilował po raz pierwszy *cannones extravagantes* (1187-91 r.). Wszystko to uczyniło z *ius canonicum* porządek organiczny, intelektualny i dynamizujący. Chociaż przyjęty formalnie dopiero w wyniku uchwał soboru trydenckiego w 1580 r. *Corpus iuris canonici* objął elementy powstałe dużo wcześniej: *Dekret Gracjana*, *Liber Extra* (Grzegorz IX, 1234), *Liber sextus* (Bonifacy VIII, 1298), *Clementinae* (Jan XXIII, 1314, 1317), *Extravagantes Joannis papae* (1313-34), *Extravagantes communes* (1499, 1505) oraz *Summa Huguccia* (ok. 1190) i *Glosa Ordinaria* Jana Teutonika (ok. 1215-17)³¹.

Prawo kanoniczne nabrało charakteru czysto jurydycznego (do XII wieku funkcjonowała nieostra nazwa *ius ecclesiasticum*), a Kościół stał się wspólnotą prawną. Duchownym przyznano status „funkcjonariuszy”, który stał się źródłem ich kompetencji jurysdykcyjnych (*executio potestatis*), a w przypadku papieża prawodawczych (*potestas iurisdictionis*)³². Prawo kanoniczne określono jako *ius novum* – pierwszy nowożytny system prawny. Wiele instytucji (idea czyśćca, miarkowanie pokuty, *pacta nuda*, odformalizowanie testamentów, ochrona posiadania) czyniło je bardziej elastycznym i adekwatnym do ludzkich potrzeb. Dość szybko stało się przedmiotem wykładów uniwersyteckich, co przemożnie zwiększyło jego autorytet oraz zasięg. Z czasem pojawiła się konieczność zaprowadzenia przejrzystości jurysdykcyjnej. „Sprawy temporalne” (*rationes temporales*) wyróżniono celowo, by scementować porządek Kościoła za sprawą ściśle określonych właściwości (*rationes spirituales*). Można mówić o suplementarnej wobec świeckiej jurysdykcji *rationae personarum* (kler, studenci, krzyżowcy, podróżnicy, Żydzi i *personae miserabiles*) oraz jurysdykcji *rationae materiae* (w tym *causae mixtae*; sakramenty, testamenty, przysięgi, beneficja i dziesięcina, grzechy). Ponadto dopuszczano swobodny wybór sądu w oparciu o klauzulę *prorogatio fori*³³.

³¹ R. H. Helmholz, *Western Cannon Law*, [w:] *Christianity...*, s. 71-88.

³² S. Chodorow, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century*, Berkeley 1972, s. 8-16, 65, 137.

³³ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 269-71. Autor wskazuje, że z *rationes materiae* wykształciły się nowożytne gałęzie prawa cywilnego: małżeńskie, spadkowe, zobowiązań, rzeczowe oraz prawo karne. *Ibidem*, s. 282-83.

Jeśli przyjąć tezy F. Maitlanda i B. Tierneya, w świetle których Kościół w XII wieku reprezentował swoistą „unię arcybiskupstw” (z podwójnym podporządkowaniem papieżowi i lokalnemu arcybiskupowi)³⁴, to doniosłości nabiera podział na *ius universale* (akty papie-skie i soborowe) oraz *ius particulare* (akty biskupie i synodalne)³⁵.

Prawo świeckie

Mimo świadomości jego niedoskonałości, nie określano go mianem chaotycznego czy bezcelowego, gdyż na swój sposób także mogło odzwierciedlać prawo natury. Każde z całej gamy praw świeckich imitowało kanoniczne: ze względu na jego wysoki poziom oraz by stworzyć system spójny, chroniący przed ingerencją władz duchownych. Prawo świeckie było głębiej niż kanoniczne zakorzenione w zwyczajach, wyrastało ono od dołu i było słabiej „zaprogramowane”. Z tych względów jego kształtowanie zajęło więcej czasu. Zrodzona na przełomie XI/XII wieku teoria zakładała istnienie wielości systemów, wyrastających z różnych stosunków doczesnych, z których każdy podatny był na doskonalenie³⁶.

1. **Prawo lenne** – *Lehnrecht*. Pod tym pojęciem rozumiemy zwyczajowy i praktyczny w swej genezie porządek prawny regulujący hierarchicznie relacje na linii senior – wasal. Pojawiło się jako próba formalizacji niejednoznacznych treściowo obowiązków lennych, przypadku lenn i monarszej jurysdykcji nad nimi. Był to porządek autonomiczny, integrujący wartości, pojęcia i instytucje, odznaczająca się tendencją i zdolnością do wzrostu. Wśród cech podaje się powszechność, przy istnieniu lokalnych odrębności, oraz niemalże „małżeńskie” lojalność i wzajemność uprawnień, będące następstwem wzmocnienia pozycji wasala, prowadzące do swoistej „autonomii stron”. Z tym ostatnim wiąże się prawo członków lokalnej struktury lenne do udziału w sądach, które stały się forami debat nad istotnymi kwestiami wspólnoty. Innymi cechami są integracja, rozwój i ewolucja, następujące m.in. na skutek spisywania zwyczajów feudalnych (*Zwyczaje Barcelony* hrabiego Ramona Berenguera I, 1068; *Libri feudorum* Umberta de Orta, 1095-1130, dołączone w 1220 r. do *Novellae*; *Statuty Pizy*, 1142; *Sachsenspiegel*, 1221 r.)³⁷.

³⁴ F. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England*, Union 2006, s. 101-105; B. Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory*, Brill, Leiden 1998, s. 90-1; K. Pennington, *The Canonists and Pluralism in the Thirteenth Century*, „Speculum” 1976, t. 51, s. 35-48.

³⁵ T. Maciejewski, *op. cit.*, s. 304.

³⁶ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 335-36.

³⁷ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 366-78. Jest ironią historii, że prawo lenne zaczęto spisywać,

Próba oparcia całego porządku politycznego na prawie feudalnym (w formie tzw. *Assyz Jerozolimskich*) było efemeryczne Królestwo Jerozolimskie (1099-1291), które określane bywa mianem *utopii*, o której marzyć mógł czysty teoretyk prawa lennego³⁸. W niczym nie umniejsza to doniosłości zwyczaju feudalnego, który w powszechnej opinii miał moc równą ustawie.

2. **Prawo dominalne** – *Hofrecht*. Regulowało ono relację pan – poddany, zarząd dobrami oraz zasady produkcji rolnej. Zdaniem Beaumanoira *lenno i sprawiedliwość stanowią jedność*³⁹. Syntezę tych dwóch fenomenów opisywało pojęcie *dominium*. Obszar lenna było autonomiczną wspólnotą, zwaną *manerium*, stanowiącą lokalny „minisystem” z własną jurysdykcją⁴⁰. W ramach jednego *manerium* możliwe było funkcjonowanie kilku różnych porządków – parafii. Szacuje się, że do momentu zaniku poddaństwa na Zachodzie (ok. 1450 r.) w takich warunkach żyło od połowy do dwóch trzecich ówczesnej populacji. Byli to tzw. *homines potestates*. Swoimi cechami prawo dominalne przypominało lenne, choć jego charakterystyka nie jest tak wyrazista. Było bardziej partykularne i mniej świadomie zintegrowane. Przyczyny upatrywać należy w specyficznym charakterze stosunków wiejskich, wymagających nieformalnych regulacji. Wzajemność realizowała się w układzie: porządek, bezpieczeństwo i sprawiedliwe traktowanie w zamian za lojalność i świadczenia. Legalizacja stosunków dominialnych stanowiła następstwo pojawienia się pojęcia *gleba adscripta* (XI/XII), jako opisu treści stosunku prawnego poddaństwa. Uczyniło to z poddanego „osobę”. Zmiany XII i XIII wieku, którym sprzyjała działalność monarchów oraz miast, doprowadzi do wykształcenia się nowych uprawnień ludności. Od tej pory pan wykonywał jurysdykcję wspólnie z sędziami wyłanianym ze wspólnoty. Poza sprawowaniem jurysdykcji, sądy dominalne były instancją stanowienia i egzekucji prawa⁴¹. W Anglii feudal wydawał ordonanse „w radzie”, wzorując się na konstrukcji króla-

kiedy regulowane przez nie stosunki nieuchronnie zmierzały do upadku. Zob. J. S. Critchley, *Feudalism*, Boston, 1978, s. 11-19.

³⁸ J. Richard, *The Latin Kingdom of Jerusalem*, New York 1979, t. A, s. 67.

³⁹ Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris 1974, podrozdz. 295.

⁴⁰ We Francji zwaną „kaszteleńską”, która w pewnym okresie całkowicie wyparła królewską.

⁴¹ K. Bosl, *Zu einer Geschichte der bauerlichen Repräsentation in der deutschen Landgemeinde*, „Studies Presented to the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions“ 1963, t. 26, s. 1-17; M. Mulholland, *Trial in Manorial Courts in late Medieval England*, [w:] *Judicial Tribunals in England and Europe*, red. M. Mulholland, B. Pulman, Manchester 2002, s. 81-101.

w-parlamencie⁴², a powoływany wyżej de Beaumanoir pisał wprost, że jak *król jest suwerenny w królestwie i rządzi na mocy swojego prawa*, tak *baron jest suwerenny w granicach swego władztwa*⁴³. Normy, co do zasady, nie były poddany narzucane: formalizacja obowiązków postrzegana była jako skuteczna metoda ograniczenia arbitralności pana⁴⁴.

3. **Pozytywne**⁴⁵ **prawo monarsze** – *lex terrae, ius commune, Landrecht*. Aktywność prawodawcza monarchów stała się składnikiem „rewolucji” XI/XII wieku. Nowa, prawna koncepcja władzy świeckiej oparła się na skutecznie wykonywanym uprawnieniu do rozstrzygania sporów, a potem objęła kompetencję *novarum legum condere*⁴⁶. Od tej pory panujący działał *armis et legibus*⁴⁷. Początek systemowi prawa królewskiego dała synteza terytorialnej oraz prawnej koncepcji władzy królewskiej⁴⁸. Pierwszym (pośrednim) przejawem aktywności prawodawczej było „urzędowe” sankcjonowanie prywatnych kompilacji regionalnych norm, a następnie tworzenie zbiorów oficjalnych. Istotną przesłanką było upowszechnienie się pisma: w XII wieku na południu Francji prawo pisane uzyskało rangę źródła prawa⁴⁹. Niektórzy autorzy mówią o „micie prawa zwyczajowego”. Ich zdaniem mało kto uznawał walor „starożytności”, a zwyczaj stał się prawem dopiero po jego spisaniu. W ten sposób, uzyskując uznanie władzy zabezpieczano je przed arbitralną zmianą. Wreszcie

⁴² A. R. DeWindt, *Local Government in a Small Town: A Medieval Leet Jury and Its Constituents*, „Quarterly Journal Concerned with British Studies” 1991, t. 23, s. 630-31

⁴³ Ph. de Beaumanoir, *op. cit.*, podrozdz. 1043.

⁴⁴ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 380-95; P. R. Hymas, *What did Edwardian Villagers Understand by Law?*, [w:] *Medieval Society and the Manor Court*, red. Z. Razi, R. Smith, New York 1996, s. 69-102; D. Levine, *At the Dawn of Modernity*, Berkeley-Los Angeles-London 2001, s. 209-220.

⁴⁵ Właściwie *ius positum*. *Positivum* za sprawą błędu kopisty XII w. W. Ullmann, *Law...*, s. 62.

⁴⁶ *Konstytucja Fryderyka I dla Spiry* (1184 r.), [w:] *MGH, Constitutiones Regnum Germaniae*, s. 164-65. Jako pierwszy akt wskazuje się *Assyżę z Ariano* (1140 r.) Rogera II, normńskiego króla Sycylii. *Le Assise di Ariano: testo critico, traduzione e note*, opr. O. Zecchino, Cava dei Tirreni 1984, s. 22-106; M. Caravale, *Giustizia e legislazione nelle assise di Ariano*, [w:] *Alle origini del costituzionalismo Europas: Le assise di Ariano, 1140-1990*, Ariano Irpino 1996, s. 18-20; K. Pennington, *The Normans in Palermo: King Roger II's Legislation*, [w:] *Haskins Society Journal*, red. S. Morillo, D. Korngiebel, Woodbridge 2007, s. 140-161.

⁴⁷ Glanvill, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, opr. G.D.G. Hall, Nelson 1965, s. 1.

⁴⁸ H.J. Berman, *op. cit.*, s. 476, 529.

⁴⁹ S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 103. 1150 r. – włoska kompilacja prawa lennego; 1187 r. – traktat Glanvill’a; 1200 r. – *Très ancien coutumier de Normandie*; 1221 r. – *Sachsenspiegel* Eike von Repkova; 1283 r. – *Coutumes de Beauvaisis* Filipa de Beaumanoir.

pragmatycznie uznawano konieczność jego zmiany poprzez decyzję panującego, która była równie prawomocna. Władca eliminował złe zwyczaje, reinterpretował stare i ustanawiał nowe – zgodne z rozsądkiem⁵⁰.

Mimo to ugruntowana pozycja zwyczaju utrudniała uzyskanie przez prawo stanowione statusu pełnoprawnego źródła prawa. Konieczne było uzasadnienie osłabienia zwyczaju. W Anglii Bracton (*De legibus* I.1.2), a potem Fortescue (*De laudibus* c. XV) uznają monopol prawodawczy króla-w-parlamencie, co można postrzegać jako sankcję dla zwyczajów i łączyć z rozwojem koncepcji reprezentacji oraz suwerenności parlamentu. Na kontynencie posługiwano się szeregiem argumentów. Po pierwsze *a priori* zakładano ogólny prymat ustawy (cesarskiej: Irnerius i Placentinus; kanonu: Gratjan⁵¹). Następnie rozróżniano zwyczaje „dobre” od „złych”, wskazując na prawo (obowiązek) usuwania tych drugich. Możliwość łamania nawet „dobrych” zwyczajów była dopuszczalna, jeśli wymaga tego *necessitas, publica utilitas, aequitas*. Ostatnim etapem było powiązanie prawa z rozumem upostaciowionym przez monarchę, co wynikało z utożsamienia *ius naturale* z *recta ratio*⁵². Nie znaczy to, że supremacja prawa pozytywnego była powszechnie akceptowana. Moc i doniosłość zwyczaju łączono ściśle z uprawnieniami prawodawczymi ludu, który poprzez *lex regia* (*Dig* 1.4.1 + 1.2.2.11; *Cod* 1.17.1; *Inst* 1.2.5) przeniósł na cesarza, zwanego *procurator populi*, prawo wydawania ustaw, samemu zachowując zdolność kreacji zwyczajów nieustępujących mocą prawu stanowionemu (Bartolus, *Commentario in Code* VIII.52; Azo, *Summa Codicis*, I.14.8; Hugolinus, *Distinctiones* 148.34). Podobny pogląd wyraził Baldus (*Ad Libri feudorum*, 2.7). Z czasem feudalne prawo zwyczajowe pełnić zaczęło funkcję gwarancji praw poddanych względem władcy. Jego normy nabierały waloru prawnonaturalnego. Stanowiło to konsekwencję uznania za ich źródło rozumu i sumienia, z którego wywodzą także *ius naturale*. Z kolei rzeczywistość feudalna akcentowała ich kontraktualny wymiar: zasada *pacta sunt servanda* obowiązywała

⁵⁰ E. Cohen, *The Crossroad of Justice. Law and Culture in Late Medieval France*, Leiden 1993, s. 29-42.

⁵¹ Urban II do hr. Flandrii, 2 XII 1092: „Chrystus zwał się Prawdą, a nie zwyczajem”. Podobnie: Hincmar, *De oridine palatii*, r. 21; *MGH, leges*, t. II, *capitularia regni francorum*, 2, s. 524-25.

⁵² Ojcem prawa jest Fryderyk II (nieomylny w sprawiedliwości), a matką – *ratio*. *Ratio* substytuowała wcześniejsze hasła chrystocentryczne. E. Kantorowicz, *Dwa ciała króla*, Warszawa 2007, s. 72-80, 94-97.

panującego⁵³. Pamiętać należy, że naukowa teoria stanowiła próbę sankcjonowania pionierskich poczynań władców. Stąd ostatecznie uznano regułę kolizyjną *lex posterior*, choć głęboko zakorzenione w świadomości zwyczaje przetrwały niejedną reformę⁵⁴.

Bezpośrednią działalność prawodawczą pobudzała teza teokratyczna: władca działał jako *tutor regni*. Jednak jako suzeren (*rex et senior, dominus principalis*) wchodził z relacje kontraktowe ze swymi poddanymi, co zasadniczo ograniczało jego swobodę prawodawczą. Tym samym akcent przesunął się z elementu sakry ku doczesnym tytułom prawnym. W efekcie na przełomie XII/XIII wieku pojawiła się współpraca panującego z członkami wspólnoty (*proceres*)⁵⁵, oparta na koniecznej dozie zaufania i zgodzie, a ograniczenia ustawodawstwa monarszego nabrały, niezależnie od ogólnych zasad *bonum commune* i *utilitas publica*, bardziej sformalizowanego (układy lenne) faktycznego (zależność od potencjału wasali) charakteru⁵⁶.

Z czasem w miejsce *lex terrae* na określenie prawa wewnętrznego wspólnoty świeckiej zaczęto się posługiwać kategorią *ius commune*. Wpływ miał na to renesans arystotelejskiego naturalizmu i realizmu i rosnące zróżnicowanie praw wewnątrz monarchii (*iura particularia* obszarów, grup, stanów, jednostek)⁵⁷. *Ius commune* obejmowało normy stanowione przez władcę, nadrzędne i wiążące wszystkich mieszkańców monarchii. Pojęcie to umożliwiło pozytywizację i racjonalizację oraz centralizację i unifikację prawa, wypierając powoli *ius naturale*. Kwestią czasu było pojawienie się tezy, że prawa lokal-

⁵³ J. P. Canning, *Law, Sovereignty, and Corporate Theory*, [w:] *The Cambridge...*, s. 461-62; A. Wójtowicz, *Model normy stanowionej i niektóre problemy stosowania prawa w doktrynie postglosatorów*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1971, t. XXIII, z. 2, s. 1-19.

⁵⁴ J. Baszkiewicz, A. Wójtowicz, *Z zagadnień ideologii ustawodawczej wieków średnich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1974, t. XXVI, z. 1, s. 21-34; K. Modzelewski, *Legem ipsam vetare non possumus. Królewski kodyfikator wobec potęgi zwyczaju*, [w:] *Historia, idee, polityka*, Warszawa 1995, s. 26-32.

⁵⁵ *Summa de legibus* (Normandia, poł. XII), 10.1; Glanvill, *op. cit.*, *Prologue*, s. 2; H. de Bracton, *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, Harvatd 1968, vol. II, 1.1.2. W *La Siete Partidas* Alfonsa X (XIII) znajdujemy zakaz tworzenia praw bez zgody ludu. Z okazji koronacji Edwarda III (1327 r.) wybito medal z inskrypcją: *Voluntas populi dat iura*. Zob. M. J. Wilks, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge 1963, s. 190.

⁵⁶ Angielska *Magna Charta* (1215 r.), węgierska *Złota Bulla* (1222 r.), aragońskie *Privilegio general* (1283 r.). Zob. W. Ullmann, *Law...*, London 1975, s. 93-95, 214-18.

⁵⁷ W Anglii od XIII w. było to *common law* (ściśle związane z nową organizacją normańską), we Francji *droit commun* (synteza praw prowincji), w Italii *diritto commune* (o rzymskich podstawach, ale subsydiarne – mające zastosowanie, gdy normy kolizyjne nie prowadziły do rozsądnego rezultatu), a w Rzeszy *gemeines Recht* (działalność sądu Rzeszy, recypującego prawo rzymskie, oraz prawa książęce).

ne funkcjonują dzięki koncesjom władzy centralnej. *Lex terrae* zwyciężyło ze względu na szereg czynników, m.in. przymus i zdolność absorpcji lokalnych regulacji. Sądy monarsze uzyskały monopol na rozstrzyganie sporów dotyczących własności i posiadania ziemi oraz jurysdykcję w sprawach najcięższych przestępstw – zjawisk zagrażających pokojowi i dobru powszechnemu, stając się orężem realizacji programu monarchii narodowych. Jako sądy apelacyjne, stały się forum, gdzie poszukiwano sprawiedliwości, której nie znalaziono przed instancjami lennymi i miejskimi. Mimo to *ius commune* nigdy nie stało się systemem onnipotentnym ani wyłącznym, do końca utrzymując swe wewnętrzne zróżnicowanie. Zresztą jego kryształizacja była procesem dialektycznym, opartym na wzajemności i wymianie wobec *iura particularia*, a nie prostą chronologicznie, przestrzennie i treściowo syntezą.

Idea korporacji

Średniowiecze opierało się na założeniu, że nie istniała żadna wszechogarniająca i onnipotentna organizacja. Przeciwnie, jednostka należała do szeregu wspólnot, których większość stanowiły dobrowolnie przez nią wybrane⁵⁸. Wielość chroniła przed „pochłonięciem” człowieka przez „superstrukturę”⁵⁹. Idea wspólnoty kładła akcent nie bezpośrednio na prawa jednostek, ale definiowała je przez pryzmat partycypacji w ciele zbiorowym⁶⁰. Rozwój różnorodnych form stowarzyszania był bardzo żywiołowy szczególnie od XII wieku, czego przyczynę kojarzy się z pragnieniem stabilizacji w ramach nie uniwersalnej, ale własnej wspólnoty. Ideę korporacyjną uznaje się dziś za substytut swobód konstytucyjnych. Korporacja była rdzeniem średniowiecznego obywatelskiego republikanizmu, społeczno-prawną wspólnotą opierającą się za zasadzie reprezentacji, kolektywnym prawodawstwem i równości członków. Wspólnotę postrzegano w ujęciu organicystycznym, jako grupę przyjaciół, niemal krewnych („sztuczną rodzinę”), złączonych wzajemnymi powinnościami

⁵⁸ *Universitas, corpus, communitas, collegium, societas, conventus, consortium, ars, corporatio, misterium, schola, paraticum, curia, ordo, matricola, fraglia, hansa, mercandancia*. Zob. J.P. Canning, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries*, „History of Political Theory” 1980, t. 1, s. 15-24.

⁵⁹ A. Padoa-Schioppa, *Conclusions*, [w:] *Legislation and Justice*, red. A. Padoa-Schioppa, Oxford-New York 1997, 367; A. Black, *The Individual and Society*, [w:] *The Cambridge...*, s. 589.

⁶⁰ J. Quillet, *Community, Counsel, and Representation*, [w:] *ibidem*, s. 525.

i wspólnym celem, o silnym fundamencie religijnym („jedno serce, jedna dusza”, *Dzieje Apostolskie*, 4.32)⁶¹.

Od XI wieku pojawiały się teorie prawne, wskazujące na przysięgę, umowę albo kartę jako źródło korporacji (*consensus communis*). Kanoniczna idea korporacyjna stanowiła syntezę elementów rzymskich (asocjacje miejskie i handlowe) i germańskiej „idei stowarzyszeniowej” (zrzeszenie militarno-religijne: *gildonium, confratria, convivium, Genossenschaft*)⁶². Trzej przedstawiciele każdej profesji mogli stworzyć *collegium* celem ochrony i zachowania „swojej” sprawiedliwości (Bassianus), którą za sprawą maksymy *ius suum cuique tribuendi* postrzegano w kategoriach uprawnienia (Baldus, Hostiensis). *Universitas* była każdą wspólnotą z prawem określoną niezależnością i samorządnością. Ostatecznie odrzucono warunek konstytutywnej zgody zwierzchnika (*Dig.* 3.4.1)⁶³ oraz trzy rzymskie zasady: jedynie korporacje publiczne mogą tworzyć prawo i sprawować jurysdykcję; wyłącznego działania poprzez członków; rozdzielności interesu członków i korporacji. Nadało to idei korporacyjnej liberalnych akcentów⁶⁴. Prawnicza doktryna autonomii korporacyjnej uznawała, że nadanie osobowości nie kreowało wspólnoty, raczej ją formalizowało, było swoistym chrztem⁶⁵. Krok po kroku uznano prawo samodzielnej reprezentacji, zarządzania własnymi sprawami, jurysdykcję nad członkami oraz tworzenia norm w tym zakresie (Innocenty IV)⁶⁶.

Wewnętrzna struktura korporacji opierała się na trzech maksymach surowego średniowiecznego „demokratyzmu”: *qui omnibus praefuturus ab omnibus eligatur, quod omnes tangit ab omnibus tractari et aprobari debet*; zgromadzenie jest wyłącznym źródłem *summa potestas*, a reprezentant ma *plena potestas*, czyli całość pełnomocnictw. Wszystkie decyzje podejmowano jednomyślnie albo większością kwalifikowaną 2/3 (*maior et sanior pars*). Każda ze struktur

⁶¹ J. Kłoczkowski, *Przemiany w chrześcijaństwie zachodnim*, [w:] *Rozkwit średniowiecznej Europy*, red. H. Samsonowicz, Warszawa 2001, s. 17-23, 26.

⁶² A. Black, *Guild and State*, New Brunswick 2003, s. 3-7.

⁶³ Wystarczał sam „autorytet prawa”. Brak swobody stowarzyszeń w klasycznym prawie rzymskim. Zob. G. C. J. J. van den Bergh, *Legal Pluralism in Roman Law*, [w:] *Comparative Legal Cultures*, s. 462-63 (451-63).

⁶⁴ A. Black, *Guilds and Civil Society in European Thought from the Twelfth Century to the Present*, New York 1984, s. 19-23, 596-600

⁶⁵ Warunkiem było posiadanie pieczęci. W przypadku jej braku, osoba piastująca odpowiedzialność świecką lub kościelną mogła użyć własnej pieczęci, co czyniło wspólnotę tzw. „mniejszą” (minor) korporacją.

⁶⁶ A. Black, *Guild and State...*, s. 19-21.

miała zdolność sądową, kredytową, skarb (*arca, cisterna*) i kadencyjne organy: radę, instytucję jurysdykcyjną oraz organ monokratyczny (*rector, pralatus, syndicus, preses, tutor, proctor*)⁶⁷. Członkowie byli postrzegani holistycznie w aspekcie tworzenia prawa, ale indywidualistycznie w zakresie jego przestrzegania. Nacisk na rolę i prawa wspólnoty wiązał się z obowiązkiem wysiłku na rzecz ochrony wspólnych dóbr i wartości. *Bonum commune* oraz *pro pace ac utilitate communitatis* były hasłem przewodnim pełnej harmonii społecznej, w zamian za co wspólnota troszczyła się o jednostkę⁶⁸.

1. **Miasto.** Postępująca urbanizacja powoli przekształcała dawne ośrodki militarne, religijne i administracyjne (biskupie *civitates* oraz *burgi, castra, opida, municipia*) w coraz wyraźniej wybijające się na samodzielność i niezależność centra handlowe i produkcyjne⁶⁹. Oferując pieniądze, dobra materialne (broń, towary luksusowe) i wykształconych administratorów uzyskiwały od monarchów⁷⁰ i możnych przywileje oraz immunitety (Cambrai, 1184 r.; Saint-Omer, 1127 r.; Londyn 1129 r.). Nierzadko było to następstwem posłużenia się argumentem siły (Kolonia, 1074, 1106)⁷¹. Kończący spór cesarza z Ligą Lombardzką pokój w Konstancji (1183 r.) słusznie określa się mianem „Wielkiej Karty swobód miejskich”, gdyż najpełniejszą niezależność wywalczyły sobie miasta *Regnum Italiae*, określane jako *civitates sibi principes*⁷². Wszystko to doprowadziło do powstania nowych podmiotów: autonomicznych korporacji – komun miejskich (*commune civitatis, comuni*), co postrzega się jako wynik „mediacji” między starym porządkiem a nową sytuacją. Obok społeczno-ekonomicznego, nabrały wymiaru polityczno-prawnego o silnej podbudowie religijnej. Ten ostatni miał kluczowe znaczenie dla rozwoju świadomości korporacyjnej oraz możliwości organicznego rozwoju⁷³. Wskazuje się na trzy etapy kształtowania się prawa

⁶⁷ L. E. Trakman, *The Law Merchant: the Evolution of Commercial Law*, Colorado 1983, s. 7-21.

⁶⁸ A. Black, *Political Thought in Europe 1250-1450*, Cambridge 1992, s. 18-41.

⁶⁹ J. M. Piskorski, *Średniowieczna kolonizacja niemiecka oraz tzw. prawo niemieckie w ujęciu porównawczym*, [w:] *Rozkwit...*, s. 105-6, 117-19, 126-39.

⁷⁰ Lokowanie w miastach stolic oraz czynienie z nich „miejsz schronienia”.

⁷¹ H. Pirenne, *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade*, Princeton 1974, 174-75.

⁷² B. Tierney, *Divided Sovereignty at Constance*, „Annuaire Historiae Conciliorum” 1975, t. 7, s. 238-56. Podstawy ideowe uzasadnienia komuny i jej uprawnień dali włoscy prawnicy z Bartolusem i Baldusem na czele. Zob. F. Maiolo, *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Delft 2007, s. 267-284; P. Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge 1987, s. 185-206.

⁷³ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 428-30; R. Hessen, *In Defence of Corporation*, Stanford 1979, s.

miejskiego (*Weichbildrecht*). Początek to *brevia*, czyli przysięgi nowych konsułów składane za katalog zasad komuny. Pierwsze spisy pojawiły się wraz z nowym *officium* komuny – podestą (II poł. XII wieku). Trzeci etap to legislacja organu komuny, korzystającej z *potestas statuendi*. Ze względu na aktywność miast przedmiotem regulacji były zasadniczo materie majątkowo-ekonomiczne w duchu interwencjonizmu (podatki, ceny, płace, oprocentowania, wielkość importu)⁷⁴. Z czasem pojawiły się kwestie testamentów i posagów. Potem sprawy socjalne, higiena, obyczajowość, szkolnictwo, zarząd instytucjami publicznymi i miejscami kultu, w szczególności dumą miasta – katedrą⁷⁵.

Prawo każdego miasta było zamkniętym i swoistym porządkiem prawnym. Mimo liczby – w Italii XIV wieku istniało około tysiąca statutów miejskich – rozbieżność była mniejsza niż w prawie lennym⁷⁶. Funkcjonowały pewne ogólne zasady, co ułatwia stworzenie katalogu szczególnych cech. Komunę można przedstawić jako „optymistyczną” *civitas terena*. Jej „misja” miała wymiar doczesny i dotyczyła utrzymania pokoju, wymierzania sprawiedliwości i koniecznej regulacja stosunków. Wskazuje się na *sui generis* umowę społeczną zawartą w wyniku przyjęcia aktu podstawowego – statutu, określającego ustrój, kompetencje organów, prawa (w tym polityczne) i obowiązki mieszkańców. Nadawało to komunie walor konstytucyjny⁷⁷. Jak inne systemy prawo miejskie przejawiało zdolność rozwoju oraz integralność, było jednak w większym stopniu intencjonalnie kreowane (*leges, statuta* – od *statuimus*). Wspólnoty miejskie można postrzegać jako zaprzeczenie wiejskiego feudalizmu. To dzięki ich przywilejom napływająca ludność wiejska i sami mieszczanie wyrobili sobie bardziej generalne pojęcie o abstrakcyjnej wolności, a prawo miejskie miało wydzźwięk antyfeudalny⁷⁸. Partykularyzm

5-7; A. Black, *Guild and State...*, s. 10-11, 18.

⁷⁴ A. Hibbert, *The Economic Policies of Towns*, [w:] *Cambridge Economic History*, Cambridge 1963, t. III, s. 159-165, 202.

⁷⁵ D. Waley, *The Italian City-Republics*, London 1971, s. 95, 99-101, 147-63; B. Bouckaert, *Between the Market and the State: the World of Medieval cities*, [w:] *Values and the Social Order*, red. G. Radnitzky, Aldershot 1997, t. III, s. 213-141.

⁷⁶ Można wręcz mówić o swoistej „harmonizacji” w relacji do wzorca, np. St. Omer i Magdeburg.

⁷⁷ Prawo magdeburskie (nadane przez abp Wichmanna w 1188 r.) rozróżniało *Recht* (ogólne zasady życia społecznego, prawnonaturalną podstawę dla szczegółowych regulacji) oraz *Willekor* (prawo zwyczajowe oraz tworzone przez władze). Zob. *Ortyle Magdeburskie*, opr. M. Bobrzyński, Poznań 1876.

⁷⁸ P. Michaud-Quantin, *Universitas: Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge*, Paris 1970, s. 129-33, 233-45; P. J. Jones, *The Italian City-State*, Oxford-New

oraz redakcję tekstów statutów po włosku wiąże się z rosnącym patriotyzmem „narodowym”. Wielość przyczyniła się do wykształcenia międzyterytorialnych norm kolizyjnych⁷⁹. Czyni to z miast najdynamiczniejsze podmioty całej struktury.

2. **Gildia i cech – Amtleutegenossenschaft.** Korporacje rzemieślnicze i kupieckie, powstałe jako następstwo specjalizacji zawodowej i dyferencjacji społecznej oraz stopniowego uznawania ich szczególnej pozycji⁸⁰. Istniejące od XI wieku syndykaty już w wieku XII straciły swój czysto prywatny wymiar, uzyskując przywileje w zakresie regulacji cen i jakości towarów⁸¹, wielkości produkcji, wysokości płac, czasu pracy oraz zasad nauki zawodu. Kolejnym etapem była monopolizacja określonej działalności i uzyskanie w tym obszarze wyłączności jurysdykcyjnej, a z czasem uprawnienia do stanowienia norm. Kompetencje prawodawcze poszerzano, ale regulacje cechów musiały być zatwierdzone przez władze miejskie. Jednak Baldus dopuszczał ich sprzeczność z prawem miejskim, jako dotyczących wąskiego zakresu spraw. Jednak skoro swą moc czerpały z *ius commune*, nie mogły wykraczać poza jego granice. Mimo to, zdaniem Baldusa, cechy podlegały jurysdykcji sądów miejskich⁸². Od XIII wieku regulacja i zarządzanie stają się kluczowym zadaniem cechu⁸³. Co więcej, od XIV stulecia cech stał się częścią (*officium*) struktury administracyjnej miasta, regulując określony obszar jego aktywności. W końcu kupcy przejęli władzę w miastach: rozwojowi prawa kupieckiego towarzyszył wzrost „państwa kupców”⁸⁴.

3. **Uniwersytet.** Z powstawaniem samorządnych struktur korporacyjnych wiązał się ściśle początek uczelni, tzw. studiów (*studia generalia*), wyrastających ze sprzyjających uwarunkowań XII wieku⁸⁵. *Signa specifica* uczelni to cel i aktywność członków – nauka, postrze-

York 2004, s. 42, 236, 280.

⁷⁹ S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 300-1.

⁸⁰ E. Coornaert, *Les guildes médiévales (Ve-XIVe siècles): définition – évolution*, „Revue Historique” 1947, t. 199, s. 22-55, 208-43.

⁸¹ Aksjologiczną podstawą była komercjalnie postrzegana sprawiedliwość jako relacja odpowiedniej jakości za odpowiednią cenę oraz utrzymanie względnie stałej liczby członków.

⁸² A. Black, *Guild and State...*, s. 16-18, 23-26.

⁸³ E. Coornaert, *Les corporations en France avant 1789*, Paris 1968, s. 52-5, 217-23.

⁸⁴ P. J. Jones, *op. cit.*, s. 229-31.

⁸⁵ Wśród przesłanek wskazuje się m. in. racjonalistyczny przewrót intelektualny, postęp ekonomiczny, wzrost zamożności, urbanizacja, aspiracje polityczne i sukcesy miast w starciach z feudałami, ambicje intelektualne i prestiżowe, zapotrzebowanie na „własną” oświatę oraz wykwalifikowaną kadrę, zwłaszcza prawników. Zob. P. Kibre, N. G. Siraisi, *The Institutional Setting: The Universities*, [w:] *Science in the Middle Ages*, red. D.C. Lindberg, Chicago 1980, s. 120-44.

gana w wyraźnie publicznym aspekcie, nacisk na szerzenie wiedzy oraz naukowa i oświatowa wszechstronność. Były to wspólnoty poszukujące prawdy i mądrości w celu naprawy społeczeństwa, od ingerencji którego były zabezpieczone⁸⁶. Aleksander von Roes twierdził wręcz, że istniały trzy władze rządzące światem: *imperium, sacerdotium et studium*⁸⁷. *Universitates (universitates magistrorum et scholarum, scholae, universitates vestrae vel magistrorum)* były wspólnotami, powstającymi wewnątrz *studium*⁸⁸. Schematem organizacyjnym *universitas* były wzory ustrojowe cechów rzemieślniczych i gildii kupieckich⁸⁹. Podstawą formalną szczególnej pozycji uczelni były sankcjonujące akty panujących (paryski „cech profesorów”)⁹⁰ lub decyzje i polityka miast (bolońska „dyktatura studentów”) chroniących *studium (thesaurum preciosissimum)* i jego członków (*filii populi*)⁹¹. Istotą przywilejów było zagwarantowanie autonomii *studium* i wspólnot ją tworzących (*nationes, vicinia, Schutzgilden* studentów i *collegia* mistrzów)⁹² w relacjach do władz miejskich. Czyniono to w oparciu o schemat eklezjalnych immunitetów, czyli poprzez niezliczone zwolnienia i wyłączenia (pobór do wojska, daniny publiczne, represalia, a nawet ekskomunika) oraz uznanie szczególnych uprawnień (maksymalne stawki czynszu i cen pomocy naukowych)⁹³,

⁸⁶ S. C. Ferruolo, *The Origins of the University: The Schools of Paris and Their Critics*, Stanford 1985, s. 3-6.

⁸⁷ *Memoriale*, [w:] *MGH, Scriptores, Staatsschriften des späten Mittelalters*, s. 126-27; J. Baldwin, *Studium et Regnum*, „Revue des études islamiques” 1976, nr 44, s. 199-216. Podobne poglądy wyrazili Ptolomeusz z Lukki i Wilhelm de Nangis: *fideles, militia, sapientia*.

⁸⁸ Ostateczne połączenie wielość wspólnot *studium* doprowadziło, zdaniem kanclerza uniwersytetu paryskiego Filipa de Grève, do upadku uczelni. Zob. S. C. Ferruolo, *op. cit.*, s. 110-11.

⁸⁹ J. Baszkiewicz, *Młodość uniwersytetu*, Warszawa 1963, s. 28-29.

⁹⁰ Przywileje: Filipa II (1200 r.), [w:] *Sources for the History of Medieval Europe*, opr. B. Pullan, Oxford 1966, s. 105-112 oraz bulla *Parens scientiarum* Grzegorza IX (1231 r.), [w:] *Bibliotheca Augustiana*, <http://www.hs-augsburg.de>; P.R. McKeon, *The Status of University as Parens scientiarum*, „Speculum” 1964, t. 39, s. 651-75; G. Post, *Parisian Master as Corporation*, [w:] tenże, *Studies in Medieval Legal Thought, Public Law and State, 1100-1322*, Princeton 1964, s. 27-60.

⁹¹ C. Dolcini, *Pepo, Irnerio, Graziano. Alle origini dello Studium di Bologna*, „L’Università” 1988, s. 17-28; A. B. Cobban, *The Medieval Universities: Their Development and Organization*, London 1975, s. 163-69.; J. Baszkiewicz, *Młodość...*, s. 36-48; L. Moulin, *Średniowieczni szkolarze i ich mistrzowie*, Gdańsk-Warszawa 2002, s. 174-84; R. S. Rait, *Life in Medieval University*, Cambridge 2007, s. 21-42. *Studium* bolońskie także miało swoją kartę. *Authentica habita* Fryderyka I (1158 r.), [w:] *MGH, Constitutiones*, t. I, nr 176, s. 249-50.

⁹² L. Moulin, *op. cit.*, s. 89-101.

⁹³ Z dobrodziejstw i przywilejów mogli korzystać wszyscy związani z uniwersytetem, co

w tym jurysdykcyjnych (*privilegium fori*) i prawodawczych. Skutkiem była niezależność od czynników zewnętrznych i sformalizowany samorząd wewnętrzny. Autonomia regulatywna obejmowała „sprawy własne”⁹⁴, w tym upragniony monopol na przyznawanie tytułów uprawniających do nauczania (*licentia docendi*), choć w przypadku Paryża były to nawet najcięższe przestępstwa, łącznie z zabójstwem. Środkiem praktycznej realizacji oraz ochrony uprawnień było prawo do egzekwowania naruszeń statutów uniwersyteckich⁹⁵. Jurysdykcję sprawował rektor albo dziekan, a w Bolonii istniała możliwość wyboru między sądem profesorskim a biskupim⁹⁶. Protektorem i gwarantem autonomii stawał się nadający przywileje fundator, wobec którego *studium* popadało w stopniową zależność⁹⁷. Wskazuje się jednak, że wolność uniwersytetów nigdy nie była zagrożona, co było skutkiem uznania autonomii w obu sferach (spirytualiów i temporalistów) oraz sporów między zwierzchnikami i brakiem klarownej wizji podporządkowania uczelni: to swoisty „nadzór dzielony” monarchy i papieża (biskupa)⁹⁸. Efektem był status *studium* jako *teokratycznej korporacji*⁹⁹. Nowożytność, pozbawiając uniwersytetu jego najgroźniejszej broni – prawa do strajku (Paryż, 1499 r.), podporządkowała go władzy świeckiej. Ostatecznie jednak uczelnie wydały inteligencję, która zniszczyła reżim absolutystyczny w XVIII/XIX w.¹⁰⁰

czasem uzależniano od wniesienia opłaty. W Paryżu było to 20 sou. Zob. J. Verger, *Nova et vera dans le vocabulaire des premiers statuts et privilèges universitaires français*, [w:] tenże, *Les universités françaises au Moyen Âges*, Boston 1997, s. 37-52; Wskazuje się na rzymskie korzenie przywilejów. Zob. P. Kibre, *Scholarly Privileges in the Middle Ages*, Cambridge 1962, s. 42-51, 61-63.

⁹⁴ Ogólny statut uczelni określał jej wewnętrzną organizację, obowiązki mistrzów, rozkład zajęć, porządek dnia. Wprowadzał liczne zakazy. Dużo surowsze i bardziej szczegółowe były statuty kolegiów. Zob. R.S. Rait, *op. cit.*, s. 15, 18-20; L. Moulin, *op. cit.*, s. 19-27, 43, 112-15.

⁹⁵ Do kompetencji prawodawczych wiodły uprawnienia dotyczące dyscypliny i zarządu. Po tem poddano studentów jurysdykcji mistrzów. Prawo do wydawania statutów (*obligationes et constitutiones*) uznał Innocenty III w bulli *Ex litteris vestre* (1208/9) i potwierdził to w roku 1215. Stało się to staraniem legata papieskiego kardynała Roberta de Courçon. Zob. S. C. Ferruolo, *op. cit.*, s. 308-9.

⁹⁶ J. Baszkiewicz, *Młodość...*, s. 70-72, 116-18; L. Moulin, *Średniowieczni...*, s. 36-38.

⁹⁷ J. Baszkiewicz, *Młodość...*, s. 29-31, 127-28. Uniwersytet paryski (*devotissima vel dilectissima filia papae*) traktowano jako jedną z instytucji kościelnych (*nolo disputare de plenitudine potestatis*). Rolę papieża w rozwoju autonomii uniwersytetów należy jednak ocenić pozytywnie. Zob. H. Janin, *University in Medieval Life, 1179-1499*, Jefferson 2008, s. 82-83; L. Moulin, *op. cit.*, s. 155-195; A. B. Cobban, *op. cit.*, s. 80-83.

⁹⁸ S. C. Ferruolo, *op. cit.*, s. 26, 288-89, 297-300.

⁹⁹ E. D. Duryea, *The Academic Corporation*, New York 2000, s. 14-20.

¹⁰⁰ J. Le Goff, *The Universities and the Public Authorities in the Middle Ages and the Renais-*

Lus mercatorum - lex mercatoria

Ius mercatorum było prawem grupy społecznej zajmującej się handlem¹⁰¹. *Lex mercatoria* powstało we wczesnośredniowiecznych miastach północnowłoskich jako wynik generalizacji i sankcjonowania określonych praktyk handlowych, nieformalnych procedur i zwyczajów w warunkach relatywnie nowoczesnej sytuacji społeczno-gospodarczej obszaru¹⁰². Najpierw były to zespoły norm lokalnych, stosowanych przez sądy w poszczególnych miastach, podczas jarmarków i targów (np. szampańskich). Charakteryzowały się wyraźną ochroną równości i wzajemności (autonomii, brakiem przymusu) stron oraz zwalczaniem nieuczciwych praktyk¹⁰³. Obiektywizacja przypada na przełom XI/XII w¹⁰⁴. Potem *lex mercatoria* stała się niezależnym systemem prawa sądowego, z własnymi procedurami oraz o uniwersalnym zasięgu. Istotny wpływ miały na nią prawo rzymskie (*Lex Rhodia*, ok. 300 r. p.n.e.) i bliskowschodnie. Największe znaczenie przypisać należy jednak prawu kanonicznemu, które zapewniło intelektualne podstawy, dzięki którym *lex mercatoria* stała się spójnym systemem oraz nadała jej charakter porządku uniwersalnego, co odpowiadało ponadnarodowej wymianie handlowej¹⁰⁵. Oddziaływanie prawa kanonicznego, wolnego od ścisłych procedur i kar cielesnych, zapewniło odformalizowany charakter całego systemu, w szczególności zaś norm postępowania sądowego (*exaequo et bono*, czyli bez wdawania się z prawne niuanse, co gwarantującego jego szybkość i efektywność: *z dnia na dzień* albo *od przypiływu*

sance, [w:] tenże, *Time, Work, and Culture in Middle Ages*, Chicago 1982, s. 135-49; H. Janin, *op. cit.*, s. 2, 94-96.

¹⁰¹ *Pieds poudreux* – „ludzie o zakurzonych nogach”. Feudalom i chłopom prawo zawierania umów handlowych przyznano dopiero w XII w. Zob. H. J. Berman, *op. cit.*, s. 399, 419.

¹⁰² R. S. Lopez, *The Commercial Revolution of the Middle Ages, 950-1350*, Cambridge 1998, s. 85-122; E.S. Hunt, J.M. Murray, *A History of Business in Medieval Europe, 1200-1550*, Cambridge 1999, s. 52-74.

¹⁰³ B. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, „Social Economy Journal” 1989, t. 55, s. 646-51.

¹⁰⁴ *Tabula Amalphantana* (1095 r.), *Rôles d'Oléron* (1150 r.), *Genua* (1156 r.), *Constitutum usus Pizy* (1161 r.), *Wenecja* (1205-29 r.), *Księga zwyczajów Mediolanu* (1216 r.), *Visby* (1350 r.), *Consolato del Mare Barcelony* (1370 r.). Były punktem wyjścia dla pierwszych kodyfikacji prawa cywilnego. Włączenie elementów *lex mercatoria* do *common law* (XVI-XVII w.) przyczyniło się daleko idącego wzbogacenia i modernizacji prawa angielskiego. Zob. T. J. Zywicki, *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law*, Arlington bmw, s. 41-42.

¹⁰⁵ Korzyści płynące z handlu skłaniały władców do zawierania pierwszych bilateralnych traktatów handlowych. Czasem porównywano ją wręcz do *ius gentium*.

do przyływu albo zanim pył opadł z butów), a fundament etyczny prawa kościelnego przełożył się na dowartościowanie zaufania, dobrej wiary (*bona fides*), ustności i elementów słuszności.

Nieudolność sądów feudalnych skłoniła kupców do organizacji własnego wymiaru sprawiedliwości: najpierw arbitraży, potem odrębnej jurysdykcji. Sprawy były rozpatrywane przez sądy targów, rynków, miast i gildii (*Court pepoudrous* oraz *Pieds Poudreux*), w skład których wchodziły kupcy reprezentujący różne *nationes*. Postępowania były wolne od kosztów, a niski stopień ich formalizacji sprawiał, że toczyły się bez udziału fachowych zastępców procesowych. To w *lex mercatoria* pojawiły się odpowiedniki współczesnych klauzul: najwyższego uprzywilejowania i narodowości (angielska *Carta Mercatoria* Edwarda I z 1303 r.) oraz idea pełnej równości stron postępowania. Wykształciła się nawet specyficzna „sieć informacyjna” łącząca ośrodki orzekania, co w znaczący sposób podniosło efektywność egzekucji, prowadzonej nawet w miejscu odległym od *locum fori*¹⁰⁶.

System wymiaru sprawiedliwości

Prostą konsekwencją policentryczności systemów prawnych była wielość instancji jurysdykcyjnych. Wskazać można następujące, zasadnicze cechy systemu sprawiedliwości. Po pierwsze, rozdrobnienie władzy sądowniczej. Obok sądów kościelnych istniały świeckie: miejskie, kupieckie, feudalne (dominalne, lenne) oraz rosnące w siłę monarsze (hrabiów, a potem szeryfów, baliwów). Każdy z niezliczonej grupy zwierzchników chciał być sędzią, czyli zapewnić sobie skuteczność narzucania poddanym własnej woli w sformalizowanej postaci, ale i chronić ich przed sądami innych. Sądownictwo było także źródłem dochodu. Postępująca stratyfikacja społeczna w powiązaniu ze starym hasłem równości członków wspólnoty doprowadziła do wykształcenia się idei „sądu równych”, co znalazło odzwierciedlenie w relacjach lennych, jak i podziale w XIII wieku sądów dominalnych na sądy dla wolnych dzierżawców i dla ludności niewolnej. Można przyjąć, że funkcjonował wówczas swoisty „rynek prawa i sądów” (*forum shopping*). Przeciętny człowiek mógł wybrać jeden z niezhierarchizowanych i zdecentralizowanych reżimów, w oparciu o który chciał dochodzić swych praw, oraz insty-

¹⁰⁶ B. Benson, *Justice without Government. The Merchant Courts of Medieval Europe and Their Modern Counterparts*, [w:] *The Voluntary City*, red. D. T Beito, P. Gordon, A. Tabarrok, San Francisco 2006, s. 165-190.

tucje, przed którą miało to nastąpić. Konkurencyjność jurysdykcji skłaniała do poszukiwania przez sądy rozstrzygnięć „popularnych” i „rozsądnych”. Prowadziło to, poza praktycznymi osiągnięciami (np. regułami kolizyjnymi), do coraz bardziej wysublimowanych pojęć i konstrukcji teoretycznych, przyczyniając się do rozwoju myśli prawa m.in. za sprawą orientacji na treść kosztem krępującego postęp prymitywnego formalizmu¹⁰⁷.

Po drugie, była to skomplikowana, mało klarowna struktura. Normy kompetencyjne pozostawiały szeroki margines stałych wątpliwości, a sąd wyższy właściwy był jednocześnie w drobniejszych sprawach. Prowadziło to częstego ustanawiania przez strony sądów polubownych. Dwa powyższa *signa specifica* traciły na wyrazistości wraz ze zorientowaniem instancji jurysdykcyjnych na sąd królewski, stanowiący zwieńczenie struktury (1258 r. we Francji), opartej na zorganizowanej i racjonalnej biurokracji. Nie bez znaczenia był aspekt propagandowy, czyniący władcę tym bardziej prawowitym, im stawał się on potężniejszy i skuteczniejszy w swych działaniach. Wszystko to skłaniało ludzi do odwracania się od dawnych instytucji¹⁰⁸.

Po trzecie, była to statystycznie niska skuteczność. To konsekwencja nie tyle słabości sądów, ile ogólnego założenia, iż sąd nie jest instancją nadrzędną, ale arbitrem. Wiązała się z tym praktyka „uznawania” wyroku przez strony oraz ugód, zwłaszcza w sprawach karnych. W jakimś sensie orientowało to wymiar sprawiedliwości nie na interes strony.

Po czwarte, powszechnie akceptowana doniosła rola sądów i sędziów. Wynikało to ze wspomnianej estymy wobec Prawa. Innymi przesłankami były implikacje ustności: konieczność „ustalenia” prawa i brak pisemnych wyroków, czyniący z pamięci (szerzej: świadomości) sędziego autorytatywne źródło. Jakkolwiek na każdej z płaszczyzn funkcjonował „sąd zwierzchnika” w powszechnym odbiorze różniano jego osobę od „sądu” *sensu stricto*, tj. wyznaczonych członków ciała orzekającego. Odzwierciedlało to zaskakująco daleko posuniętą niezależność sędziów, zwłaszcza w sprawach bez politycznego czy prestiżowego wymiaru. W Anglii mawiano, że „to sąd wydaje wyrok, a nie pan”¹⁰⁹. Niezależność sądów nie wymagała powoływania się na

¹⁰⁷ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 271-72.

¹⁰⁸ W XI w. sądowni królewskiemu podlegali tylko bezpośredni poddani władcy. W roku 1345 Izba Skarg (*Chambre des Requêtes*) paryskiego parlamentu rozpoznawała sprawy osób nie podlegających jurysdykcji innych sądów. Zob. J. W. Baldwin, *The Government of Philip August. Foundations of French Royal Power in Middle Ages*, Berkeley 1991, s. 126-64.

¹⁰⁹ M. Bloch, *op. cit.*, s. 547.

argumenty metafizyczne. Mówiono wręcz o odrębnej kategorii „prawa sędziów”: prawa „realnego”, bo bliskiego zwyczajowi, praktycznym potrzebom i przewidywalnemu¹¹⁰. Znaczenie prawników oddają także maksymy: *Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia, Chi non ha Azzo, non vada a palazzo, Nemo romanista, nisi bartolista*¹¹¹.

Zakończenie – implikacje pluralizmu – próba oceny

Kultura prawna średniowiecza miała bogatą treść i nie była jednolita, co stanowiło konsekwencję asymilacji elementów germańskich, chrześcijańskich, greckich, rzymskich, żydowskich i arabskich¹¹². Konsekwencją były jej cechy: personalizm, legalizm i intelektualizm. Jednak najważniejszą z nich był pluralizm, czyli współistnienie i różnorodność instytucji, norm, praktyki stosowania i współzawodnictwo jurysdykcji¹¹³. Zgodnie uznawano, że Prawo jest syntezą wielu systemów (praw). Multicentryczność, tak w układzie horyzontalnym, jak i wertykalnym, prowadziły do konieczności wprowadzenia hierarchii, która jednak nie była przejrzysta, lecz kazuistyczna. Granice między porządkami były płynne, co stanowiło konsekwencję wzajemnego wzbogacania poprzez przejmowanie innowacyjnych elementów. Prawo było otwarte, gdyż inaczej nie zdołałoby pogodzić norm pochodzących z różnych źródeł, naprzeciw czemu wychodziła dialektyczna metoda scholastyki, jak i akty władców¹¹⁴. Było przede wszystkim źródłem władzy, tworzącym „federacje” wspólnot i ich systemów prawnych. Nie było wyrazem woli monopolistycznego ośrodka ani wyłącznie narzędziem panowania. Przeciwnie – jego kreacja oznaczała intensyfikację kontaktów interpersonalnych. Jako manifestacja wyraźnego lub dorozumianego konsensusu (synteza nakazu, etyce i rozsądku) było siecią zazębiających się reguł, stanowiących efektywne, choć nie zawsze absolutne, ograniczenia dla członków ówczesnej elity władzy – nawet wtedy, kiedy pochodziło spoza danej wspólnoty¹¹⁵. Feudalny odpowiednik nowożytnej

¹¹⁰ R. Sobański, *Europa obojga praw*, Katowice 2006, s. 55.

¹¹¹ S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 84-85.

¹¹² Próba syntezy rozwoju i tradycji dziesięciu wieków ewolucji nie wydaje się zadaniem właściwym, także ze względu na wątpliwą jej wartość. *Ibidem*, s. 93-94, 97.

¹¹³ *achsenspiegel*, 1.1, 1.59.1, 3.57.1, 3.62.2; H.J. Berman, *op. cit.*, s. 21-24; R. Sobański, *op. cit.*, s. 63-65.

¹¹⁴ W *Assyzie z Ariano* czytamy, że sprzeczności należy usuwać przez interpretację. Zob. W. Ullmann, *Law...*, London 1975, s. 49.

¹¹⁵ G. L. Haskins, *Executive Justice and the Rule of Law*, „*Speculum*” 1955, t. 30, s. 529-538; M. Bloch, *Spółczesność...*, s. 600-1, 644-45.

suwerenności – „suzerenność” („protosuwerenność”) wyrastała z *iurisdictio*, czyli na prawie opartej i prawem zakreślonej kompetencji „czynienia sprawiedliwości”. Ta oryginalna trzynastowieczna koncepcja stworzona została przez prawników z Azonem na czele¹¹⁶. Idea sprawiedliwości, wywiedziona z *Biblii* przy pomocy metod rzymskiej jurysprudencki, stanowiła wypadkową wzajemności, przymusu i miłosierdzia. Była ona treścią i celem nadrzędnego prawa, a co za tym idzie – fundamentem ówczesnej praworządności. Chociaż dzieliła się na kilka szczebli, co korespondowało z podziałem jurysdykcji, nadal uznawano ją za jedność¹¹⁷. W ujęciu subiektywizowanym do grupy (*communitas, civitas*), wraz z pojęciem „wolności” (*libertas*), stanowiła sprawiedliwość substytut współczesnego uprawnienia. Z kolei dawny „przywilej” był rozumiany jak dzisiejsza kategoria abstrakcyjnej wolności, której zakres uzależniony był od pozycji nadającego go w protektora. O doniosłości powyższych haseł niech świadczy fakt, że były one jednymi z najpopularniejszych w okresie XI-XIII w¹¹⁸.

Pluralizm prawa i idea autonomii korporacyjnej wraz z zasadą prymatu obiektywnego prawa, faktyczną równowagą między monarchią a możliwymi, zdecentralizowanym systemem militarnym¹¹⁹, koncepcją reprezentacji stanowej, feudalną wzajemnością oraz ochroną „wolności” jednostek stały się fundamentem średniowiecznego konstytucjonalizmu, nie bez implikacji dla modelu współczesnego. S. Painter posłużył się wręcz pojęciem „monarchii konstytucyjnej¹²⁰”. Nie był on, rzecz jasna, w pełni ukształtowany ani skonceptualizowany. Brak było jednoznacznie określonych granic między prerogatywą a uzurpacją oraz procedur. Środkiem ochrony intere-

¹¹⁶ J. W. Perrin, *Azo, Roman Law, and Sovereign European States*, „Studia Gratiana” 1972, t. 15, s. 92-101; E. Szymoszek, *Iurisdictio w poglądach glosatorów*, Warszawa-Wrocław 1976, s. 15-21; J. Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge 1995, s. 95-107.

¹¹⁷ E. Cohen, *op. cit.*, s. 15-19; H.J. Berman, *op. cit.*, s. 353-54, 625-26.

¹¹⁸ A. Harding, *Political Liberty in the Middle Ages*, „Speculum” 1980, t. 55, s. 424-442. Możliwość wyboru zwierzchnika i kluczowe kryterium militarne określające „przydatność” jednostki pozwoliły określić elitę feudalizmu jako „grupę zdolnych”. Zob. J. R. Strayer, R. Coulborn, *The Idea of Feudalism*, [w:] *Feudalism...*, s. 5.

¹¹⁹ T. N. Bisson, *The Military Origins of Medieval Representation*, „American Historical Review” 1966, t. 71, s. 1199-1212.

¹²⁰ S. Painter, *Feudalism and Western Civilization*, [w:] tenże, *Feudalism and Liberty*, Baltimore 1961, s. 12-13; B. M. Downing, *Medieval Origins of Constitutional Government in the West*, „Theory and Society” 1989, t. 18, s. 213-247; B. Bouckaert, *The Roots of our Liberties: On the Rise of Civil Society in the Medieval West*, „New Perspectives on Political Economy” 2007, t. 3, s. 153-4; C. H. McIlwain, *Medieval Institutions in the Modern World*, [w:] *The Renaissance. Medieval or Modern?*, red. K. H. Dannenfeldt, Boston 1959, s. 29-34.

sów było mało klarowne w swych przesłankach *ius resistandi*, którego realizacja była często nie mniej brutalna niż kwestionowane posunięcia władzy. Represja, wyzysk i inne formy nadużyć nie były ani rzadkie, ani ograniczone do wąskiego obszaru. Jednak nieobca epoce arbitralność napotykała ograniczenia faktyczne: naruszanie praworządności mogło na krótką metę przysporzyć korzyści, ale zagroziłoby długofalowemu programowi budowy silnej dynastii¹²¹. Nie można postrzegać feudalizmu wyłącznie jako źródła anarchii. To wytwór człowieka, którego świat znalazł się nad przepaścią, dzieło na swój sposób racjonalne i logiczne, a z pewnością docześnie zorientowane i wolne od wątków metafizycznych. Niedoskonałości systemu skłaniały do aktywności, zapobiegając jego stagnacji i moderując elastyczność instytucji. Katalizatorem stało się odchodzenie od „atomizującego feudalnego faktu” (wieki IX-XI) ku „systematyzującej feudalnej teorii” (wieki XII-XIII). Zachód Europy pierwszego okresu rysuje się jako grupa partykularnie zorientowanych, nacierających na siebie stref wpływów. W drugim okresie struktura coraz wyraźniej przypomina liczbę współzależnych i współpracujących korporacji funkcjonujących pod rządami przewidywalnego, bo współtworzonego i współzależnego systemu normatywnego. Pojęcia efektywnego rządu i feudalizmu nie stoją w antyetycznej opozycji, o ile „feudalnie” zorganizowana wspólnota nie reprezentuje nazbyt dużej rozpiętości terytorialnej lub jest dalece, ale w sformalizowany sposób, zdecentralizowana¹²².

Tradycja europejska wyłoniła się z wielości systemów, a nie w opozycji wobec tego zjawiska. Była to wielość ponadnarodowych i lokalnych praw, a nie wielość prawnych porządków narodowych¹²³. Nie ulega wątpliwości, że średniowiecznemu pluralizmowi kres położyła nowożytna absolutystyczna suwerenność, która z perspektywy lat jawi się jako unifikująca siła nie znosząca opozycji¹²⁴. Odwołując się do Fullera powiedzieć można, że jeśli prawo postrzegać jako poddanie ludzkich zachowań określonym normom, to policentryzm jawi się jako rozwiązanie nie tylko dopuszczalne, ale rozsądne czy wręcz jedyne możliwe, a to ze względu na wielość spraw, w jakie każdy z nas jest zaangażowany, i różnoraki charakter tychże¹²⁵. Je-

¹²¹ J. Baszkiewicz, *Problemy technik rządzenia w średniowiecznej doktrynie politycznej*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Konstantego Grzybowskiego*, Kraków 1971, s. 31-39.

¹²² C. Stephenson, *op. cit.*, s. 75-77; R. Coulborn, *op. cit.*, s. 197, 204-7, 210-11, 365-66.

¹²³ H. J. Berman, *op. cit.*, s. 627-28.

¹²⁴ B. Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change in the Contracting State*, Aldershot 2003, s. 68-69; Z. Bauman, *Intimations of Postmodernity*, London 1992, s. 120-21.

¹²⁵ L. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven 1969, s. 124-125.

śli preferowanym przez nas modelem jest filozofia wolności i wielości, to, w oparciu o wnioski płynące z analizy przeszłości, nie ma w naszym świecie miejsca na absolutną suwerenność „Lewiatana” z jej prawnym monizmem¹²⁶. Te doświadczenia wydają się przydatne w perspektywie poszukiwań rozwiązań prawno-ustrojowych dla integrującej się Europy¹²⁷.

Źródła

- Le Assise di Ariano: testo critico, traduzione e note*, opr. O. Zecchino, Cava dei Tirreni 1984, s. 22-106;
- Aureliusz Augustyn, *O wolnej woli*, [w:] tenże, *Dialogi i pisma filozoficzne*, Warszawa 1953-54, t. 3;
- de Beaumanoir Ph., *Coutumes de Beauvaisis*, Paris 1974;
- de Bracton H., *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, Harvatd 1968;
- Corpus iuris canonici*, red. E. Friedberg, Union 2000;
- Corpus Iuris Civilis*, Berlinum 1954-59;
- Glanvill, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, opr. G.D.G. Hall, Nelson 1965;
- Hobbes T., *Lewiatan*, Kraków 1954;
- Monumenta Germaniae Historica* [http://bsbdmgh.bsb.lrz-muenchen.de/dmgh_new];
- Ortyle Magdeburskie*, opr. M. Bobrzyński, Poznań 1876;
- Orygenes, *Komentarz do listu św. Pawła do Rzymian*, Warszawa 1994;
- Parens scientiarum*, *Bibliotheca Augustiana*, <http://www.hs-augsburg.de>
- Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*, Poznań-Warszawa 1971;
- von Repkov E., *achsenspiegel*, Hannover 1967;
- Sources for the History of Medieval Europe*, opr. B. Pullan, Oxford 1966;
- Tomasz z Akwinu, *Summa teologiczna*, tł. S. Belch, F.W. Bednarski, L. Piotrowicz, Londyn 1962-1970.

¹²⁶ T. Hobbes, *Lewiatan*, Kraków 1954, XVII, s. 151-52

¹²⁷ R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, „Juristenzeitung“ 1992, s. 8-20; J. Tontti, *European Legal Pluralism as a Rebirth of Ius commune*, „Retfaerd – Nordisk Juridisk Tidsskrift” 2001, t. 94, s. 40-54.

***Ecclesia vivit lege romana.* Współistnienie prawa rzymskiego i kanonicznego na przykładach z prawa małżeńskiego¹**

Geneza i znaczenie paremii *Ecclesia vivit lege Romana*

Wyrażenie *Ecclesia vivit lege Romana* ma średniowieczne korzenie, a znaczy dosłownie – „Kościół żyje prawem rzymskim”. Jej doniosłości i znaczenia poszukiwać koniecznie należy we wzajemnych, wielowiekowych relacjach oraz wpływach prawa rzymskiego i prawa kościelnego². Współcześnie – w większym stopniu – dostrzega się i poświęca uwagę temu rozległemu, pod względem historycznym i merytorycznym, zagadnieniu³. Znaczące to – wzorem

¹ Referat pt. *La sentenza “Ecclesia vivit lege romana” - il suo senso e la applicazione nelle codificazioni del 1917 e del 1990. L’analisi iniziale della ricerca con gli esempi del diritto matrimoniale*, wygłoszony po włosku 9. listopada 2007 r. na Międzynarodowej Konferencji zorganizowanej przez Papieski Instytut Orientalny w Rzymie pt. *Da Benedetto XV a Benedetto XVI. 90° Anniversario 1917 – 2007*.

² W historii, jak wiadomo, prawo tworzone przez Kościół, nazywano różnorodnie: *ius canonicum*, *ius pontificum*, *ius decretalium*, *ius sacrum*, *ius ecclesiasticum* lub – począwszy od *Vaticanium II* – *ius ecclesiale*. Zob. np. G. Ghirlanda, *Wprowadzenie do prawa kościelnego*, Kraków 1996, s. 11.

³ Problem zaś relacji pomiędzy oboma systemami (prawa kanonicznego lub kościelnego oraz prawa rzymskiego) był i jest przedmiotem zainteresowania wielu uczonych, w różnych aspektach. Gdy idzie o prawników, to piszą o tym zarówno romanisci, jak kanoniści. Z najnowszej literatury przedmiotu w tym względzie powołać by trzeba: B. F. Deutsch, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part I*, „The Jurist” 27 (1967) 3, s. 297 – 309; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part II*, „The Jurist” 28 (1968) 1, s. 23-37; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part III*, „The Jurist” 28 (1968) 2, s. 149-162; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part IV*, „The Jurist” 28 (1968) 4, s. 449-469; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part V*, „The Jurist” 29 (1969) 1, s. 10-25; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part VI*, „The Jurist” 29 (1969) 3, s. 265-278; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part VII*, „The Jurist” 30 (1970) 2, s. 182 – 192; idem, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part VIII*, „The Jurist” 31 (1971) 3, s. 478 – 488; C. G. Fürst, *Ecclesia vivit lege romana?*, „Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung” 61 (1975), s. 17-36; O. Robleda, *De usu iuris romani in Ecclesia*, „Monitor Ecclesiasticus” 100 (1975) 3-4, s. 434-443; A. Dębiński, *Ecclesia vivit lege romana. Znaczenie prawa rzymskiego dla rozwoju prawa łacińskiego*, [w:] A. Dębiński (red.), *Starożytne kodyfikacje prawa. Materiały*

średniowiecznego renesansu prawa rzymskiego – pole do badań naukowych. Pozwalam sobie na nieznaczny i wstępny zaledwie przyczynek do wyjaśnienia genezy i znaczenia tej paremii, jak też faktycznego stosowania przez prawodawcę kościelnego w kodeksach z 1917 r.⁴ i 1990 r.⁵

Sentencja *Ecclesia vivit lege Romana* – aczkolwiek nie w brzmieniu literalnym – pochodzi z ustawy, której przypisuje się różne, podobne leksykalnie, nazwy. Tekst ustawy znany jest dzięki przekazom z kilku manuskryptów⁶. Na pierwszym miejscu wskazuje się *codex Parisinus Latinus* 10, 753 z X w.⁷, w – w kolejności – inne z IX i X wieku⁸. Zgodnie z przekazem zawartym w manuskrypcach ustawę opatrywano określeniami: *lex Riboaria*, *lex Ripuaria*, *lex Ribuariorum*, *lex Ripuariorum*, *lex Ribuariensis*, *lex Ripuariensis*⁹. Ustawa składa się z czterech części, a każda z nich podzielona jest na

z konferencji zorganizowanej 10 – 11 kwietnia 1999 w Lublinie, Lublin 2000, s. 131-145; idem, *Papiestwo a nauka prawa rzymskiego w XII – XIII wieku*, [w:] A. Dębiński, M. Wójcik (red.), *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, Lublin 2004, s. 49-63; idem, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2007, s. 239 (książka ukazała się z końcem 2007 r.).

⁴ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae auctoritate promulgatus*, Romae 1918 (dalej jako: CIC 1917). Kodeks obowiązywał od 19 maja 1918, AAS 9 (1917 – II), s. 8.

⁵ *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli Pp. II promulgatus*, Typis Polyglottis Vaticanis 1990 (dalej jako: CCEO). Kodeks obowiązuje od 1października 1991, AAS 82 (1990), s. 1044. Poza prawem kodeksowym dla katolickich Kościołów wschodnich prawodawca kościelny promulgował Kodeks dla Kościoła łacińskiego. Łacinników wiąże *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli Pp. II promulgatus*, Città del Vaticano 1983 (dalej jako: CIC). Kodeks z 1983 r. obowiązuje od 27 listopada 1983 r. – zob. AAS 75 (1983 – II), s. XIV.

⁶ *Monumenta Germaniae Historica*. Edidit Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevi. Legum. Tomus V, Hannoverae 1875 – 1889 (dalej jako: MGH. Legum, t. V), s. 195-203.

⁷ MGH. Legum, t. V, s. 195.

⁸ Tj. np. *Codex Paris. Lat. 4404* (IX w.), *Codex Paris. Lat. 4629* (X w.), *Codex bibl. reg. Monacensis Lat. 4115* (VIII – IX w.), *Codex bibl. caes. Vindobonensis 502* (IX w.), *Codex cathedr. Mutinensis* 1, 2 (X w.), *Codex ducalis Gothanus, membr. 1, 84* (X w.), *Codex Büchler* (IX w.), *Codex Musei britannici Egerton 269* (X – XI w.) etc. Zob. MGH. Legum, t. V, s. 196-203.

⁹ MGH. Legum, t. V, s. 185, 213. Całość ustawy pod nazwą: *Lex Ribuarua ex editione Rudolphi Sohm, ibidem*, s. 185-276. Zob. też *index* pod red. K. Zelmer, *ibidem*, s. 277-288. W prologu do *lex Baiuvariorum* znajdują się następujące określenia: *legum Ribuariourm, Almannorum, Baiuvariorum* (...). Cfr. *Indices eorum quae Monumentorum Germaniae Historicorum tomis hucusque editis continentur. Scripserunt*, oprac. O. Holder – Egger, K. Zelmer, Hannoverae – Bertolini 1890, s. 222; *Monumenta Germaniae Historica*. Edidit Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevii. Legum sectio II. *Capitularia regum francorum*, t. II, ed. A. Boretius, V. Krause, Hannoverae 1897, s. 117-118, 273, 653. Cfr. F.G. Fürst, *op. cit.*, s. 17; A. Dębiński, *Kościół*, przyp. 200 na s. 60.

odpowiednie tytuły¹⁰. Powstały one w różnym czasie na przestrzeni stu lat (tj. od 550 – 650), przy czym część pierwsza jest najstarsza¹¹. W tytule LVIII, zawartym w części trzeciej z 620 r.¹², znajduje się – interesujący z punktu analizowanego problemu – zapis. Do naszych czasów przetrwał on w dwóch wersjach. Pierwsza z wersji (wersja A) rzeczony fragmentu tekstu ustawy brzmi :

1. *Hoc etiam iubemus, ut, qualisqumque Francus Ribuaris, seu tabularis servum suum pro amimae suae remedium seo pro precio secundum legem Romanam liberare voluerit [ut eum] in ecclesia coram presbyteris, diaconibus, seo cuncto clero et plebe, in manu episcopi servo cum tabulas tradat, et episcopus archidiacono iubeat, ut ei tabulas secundum legem Romanam, quam ecclesia vivit, scribere faciunt; et tam ipse quam et omnis procreatio eius liberi permaneant, et cum tuitione ecclesiae consistant, vel omnem redditum status aut servitium tabulari eorum ecclesiae reddant. Et nullus tabularium [aut servum tabularii] dinariarae ante lege praesumat. Quod si fecerit, 200 solidos culpabilis iudicetur, et nihil-hominus ipse tabularis et procreatio eius tabularni persistant, et omnis redditus status ad ecclesia reddat; et non aliubi quam ad ecclesiam, ubi relaxati sunt, mallum teneant*¹³.

Druga zaś z wersji (wersja B) jest następująca:

1. *Hoc iubemus, ut, qualisqumque Francus Ribuaris, seu tabularis servum suum pro amimae suae remedium seo pro pretio secundum legem Romanam liberare voluerit, ut in ecclesia coram presbyteris, diaconibus, seu cuncto clero et plebs, in manu episcopi*

¹⁰ Części pierwsza to 31. tytułów (na s. 185), część druga zawiera tytuły od 32 – 64, część trzecia obejmuje tytuły od 65 – 79, zaś część czwarta to tytuły: 80, 82 – 86. Zob. MGH. *Legum*, t. V, s. 185-186, 192.

¹¹ Np. tytuły części drugiej, od 57 – 62, powstały w VI w. Zob. MGH. *Legum*, t. V, s. 192.

¹² MGH. *Legum*, t. V, s. 191-192: De hominibus ecclesiasticis sive tabulariis, id est de libertis in ecclesia manumissis, imprimis de iurisdictione, quam ecclesia in tabulariis exercet, ius statuitur (§ 58), quod aetati Childeberti II Regis Austrasiae (a. 575 – 596) congruum esse videtur. Datur enim ecclesiae mundeburdium non de omnis libertis, sed de iis tantum, qui in ecclesia manumissi sunt [contra Chlotarius edicto a. 614 – E.G.]. Datur etiam episcopalis iurisdictione sed de soliis tabulariis (i.e. in ecclesia manumissis) et private quid., non publica: forum enim episcopi tum solum competens est: cum inter duos tabularios causa agitur. De causis inter libertos atque homines plane ingenuos nulla potestas episcopis conceditur, solo comitis aut regis iudicio competente (tit. 58, c. 5, 8, 19, 21; tit. 66, c. 2). Quae res iuri saeculi septimi contraria est, cum Chlotharius rex anno 614, maiora privilegia episcopis dederit.

¹³ MGH. *Legum*, t. V, s. 242-243.

*servum cum tabulas tradat, in manu episcopi servo cum tabulas tradat, qua Ecclesia vivit, scribere faciat et tam ipse quam et omnis procreatio eius liberi permaneant, et cum tuitione ecclesiae consistent, vel omne redditum status aut servitium tabulari eorum ecclesiae reddant. Et nullus tabularius dinarium ante legem praesumat iactare. Quod si fecerit, 200 solidos culpabilis iudicetur, et nihilominus ipse tabularius et procreatio eius tabularni persistant, et omnis reditus status ad ecclesia reddant; et non aliubi quam ad ecclesiam, ubi relaxati sunt, mallum teneant*¹⁴.

Z cytowanego źródła wynika, że jeżeli Frank „rypuarski” lub ten, który został w Kościele wyzwolony, zechcą własnego niewolnika obdarzyć wolnością, powinni to uczynić zgodnie z prawem rzymskim. Wymogiem zaś koniecznym jest wręczenie biskupowi – w kościele i w obecności gminy – dokumentu wyzwolenia, który miał być sporządzony wedle wymogów *ius civile*¹⁵. Inaczej grozi sankcja w postaci kary pieniężnej w wysokości 200 solidów.

W obu wersjach tekstu jest wyrażenie, w którym prawodawca odniósł się do prawa rzymskiego. W pierwszym przekazie źródłowym jest: (...) *secundum legem Romanam, quam ecclesia vivit scribere faciunt* (...), a w drugim przekazie: (...) *secundum legem Romanam (...) qua Ecclesia vivit scribere faciat* (...). Zatem nie można się tu dopatrywać odmiennego znaczenia merytorycznego. W przypisie do tekstu pierwszej z podanych wersji – autor opracowania źródłowego – Rudolf Sohm uwzględniła dopuszczalną różnorodność form gramatycznych czasownika *vivere*, tj. *vivit*, *vivunt* lub *vivant*¹⁶. Ale również – w tym przypadku – w żaden sposób nie zmienia to sensu powinnego zachowania adresata ustawy. Dokonanie wyzwolenia winno się odbyć wedle prawa rzymskiego, którym Kościół „żyje”¹⁷. Ponadto prezentowane wersje tekstu są niemal identyczne. Nieznaczące odmienności sprowadzają się do podobnie nieistotnych dla – niniejszych rozważań – form rzeczowników *servus* i *tabularius*, czasownika *reddo* i dodatkowego – w wersji B – czasownika *iactare*¹⁸.

Fragment źródłowy w wersji – *secundum legem Romanam qua*

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. F. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, t. I, Heidelberg 1834, s. 142; A. Dębiński, *Ecclesia*, przyp. 26 na s. 140; *idem*, *Kościół*, s. 60.

¹⁶ MGH. *Legum*, t. V, przyp. na s. 242.

¹⁷ Cfr. C.G. Fürst, *op. cit.*, s. 19.

¹⁸ Innymi słowy: *lanciare, agitare, emettere*. Zob. *Vocabolario dell lingua latina. Latino – italiano. Italiano – latino*, pod red. L. Castiglioni, S. Mariotti. Redatto con la collaborazione di A. Brambilla, G. Campagna, ed. III, Loescher 1996 (dalej jako: *Vocabolario*), s. 572-573.

ecclesia vivit – został w średniowieczu nieco zmodyfikowany, tj. do krótszej formuły: *Ecclesia vivit lege Romana*. Nie można powiedzieć, że jest to zasada prawa (*regula iuris*), w takim znaczeniu, w jakim mówimy o regułach prawa rzymskiego lub o zasadach porzymskich, powstałych w oparciu o istniejące konstrukcje prawne *ius civile*¹⁹. Wydaje się, że zwrot *Ecclesia vivit lege Romana* powinno się utożsamiać z pojęciem: „sentencji”, „przysłowia”, „wyrażenia”²⁰, „adagium”²¹ lub – po prostu – „paremii” czy „maksymy”²². Na obecnym etapie badań nie potrafię stanowczo powiedzieć, kiedy i kto lapidarności wyrażeniu przydał, a – co więcej – nie wiem, czy ustalenie tego rodzaju jest w ogóle możliwe. W literaturze przedmiotu poszczególni autorzy uwagę swoją skupiają na znaczeniu prawa rzymskiego dla różnych etapów rozwoju prawa kanonicznego i nauki prawa kanonicznego, wpływ ten lub współistnienie obu systemów krótko określając powyższą paremią²³.

Jak należy jednak rozumieć, a nie tylko tłumaczyć, *passus* z prawa frankońskiego (dokładnie ujmując – z prawa Merowingów)²⁴, że „Kościół żyje prawem rzymskim”?

Refleksja natury ogólnej jest oczywista, że u podstaw kulturowych²⁵ współczesnej Europy leżą: filozoficzna myśl grecka, prawo rzymskie i chrześcijaństwo, wzajemnie się inspirujące i na siebie oddziałujące²⁶. Europejska kultura prawna wiele zawdzięcza pra-

¹⁹ F. E. Reh, *The Rules of Law and Canon Law*, Romae 1939; V. Bartocetti, *De regulis iuris canonici. Regulam in Libro VI Decretalium earumque praesertim cum CIC relationum brevis explanatio*, Romae 1955; H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 131-175; A. Dębiński, *Kościół*, s. 124-132.

²⁰ Zwolennikiem takiej terminologii jest Fürst. Zob. F. G. Fürst, *op. cit.*, s. 17.

²¹ Używam określenia *adagium* odwołując się do ciekawej argumentacji Dębińskiego. Zob. A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 140; idem, *Kościół*, s. 61.

²² Tego terminu technicznego używa – między innymi - Deutsch. Zob. np. B. F. Deutsch, *Ancient Roman Law (...) Part I*, s. 297.

²³ Np. Deutsch poszukuje rzymskich korzeni can. 1 – 217 CIC z 1917 r. – zob. powyżej w przyp. 3. Robleda pisze o *usus* prawa rzymskiego w Kościele – zob. O. Robleda, *op. cit.*, s. 436-442. Dębiński zajmuje się wpływem rzymskiego prawa poklasycznego na prawo kanoniczne antyczne, średniowieczne oraz współczesne, zob. *in specie*: A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 140-144; idem, *Papiestwo*, s. 52-62; idem, *Kościół*, s. 45-62, 81-94, 118-155.

²⁴ Zob. G. Droysens, *Algemeiner historischer Handatlas*, oprac. R. Andree, Leipzig 1884, s. 20, 22-23. Cfr. A. Dębiński, *Kościół*, s. 60.

²⁵ Zwolennikiem wyrażenia „kulturalne [a nie kulturowe – E.G.] uwarunkowania prawa” jest Remigiusz Sobański. Zob. R. Sobański, *Kulturowe uwarunkowania prawa*, [w:] A. Dębiński (red.), *Starożytne kodyfikacje prawa. Materiały z konferencji zorganizowanej 10 – 11 kwietnia 1999 r. w Lublinie*, Lublin 2000, s. 23-25.

²⁶ Henryk Kupiszewski odwołuje się do obrazowego określenia, że cywilizacja europejska spoczywa na trzech pagórkach, tj. na: Golgocie – Akropolu – Kapitolu. Zob. H. Kupiszew-

wu rzymskiemu, zwłaszcza okresu justyniańskiego, a w dalszej fazie jego rozwoju prawo rzymsko – bizantyjskiemu²⁷. Współcześnie w doktrynie prawa rzymskiego dostrzega się, że *terminus technicus* „prawo rzymskie” ma wielorakie znaczenie²⁸. Pierwszorzędne znaczenie odnosi się do wielowiekowego prawa obowiązującego w państwie rzymskim do upadku Konstantynopola w XVI w.²⁹, przede wszystkim rzymskiego prawa prywatnego³⁰. Inne znaczenia dotyczą tradycji prawa rzymskiego w kształtowaniu się prawodawstw – nie tylko europejskich³¹ – oraz powszechnego systemu prawnego średniowiecznej Europy (*ius commune*)³². Można powiedzieć – za innymi – że prawo rzymskie obowiązywało dłużej, niż trwało państwo, z którego pochodziło³³.

ski, *op. cit.*, s. 16. Na ten temat *in specie*: M. Kuryłowicz, *Historia i współczesność prawa rzymskiego*, Lublin 1984; idem, *Prawo rzymskie. Historia. Tradycja. Współczesność*, Lublin 2003 (*in specie* na s. 24).

²⁷ Np. D. Ceccarelli – Morolli, s.v. “diritto bizantino o greco – romano”, [w:] *Dizionario enciclopédico dell’oriente cristiano*, pod red. E. G. Farrugia, Roma 2000, s. 234-237. Cfr. *Basilicorum libri*, tit. 1, c. XI; D. XVI, c.VII (według edycji: *Basilicorum libri LX: post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gustavo Ernesto Heimbachio aliisque collatorum integriorum cum scholiis edidit denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit D. C. Guilielmus, E. Heimbach*, Lipsiae 1833 – 1870); Sacra Congregatio de Propaganda Fide, Lett. *Quia in Re*, 30 kwietnia 1881, *Fonti. Codificazione canonica orientale*, ser. I, fasc. X: *Disciplina Bizantina Rumeni: Testi di diritto particolare dei Rumeni*, Roma 1933, s. 643; J. Papp – Szilágyi, *Enchiridion iuris Ecclesiae Orientalis Catholicae*, Magno Varadini 1862, s. 46, 116-117, 120 (według edycji II. z 1880 – s. 24, 65-66, 68); G. L. Falchi, *Fragmenta iuris romani canonici*. *Studia et Documenta. Sectio Iuris Romani et Historiae Ius*. № 3, Mursia 1988, s. 34-37; I. Žužek, *Understanding the Eastern Code*, *Kanonika* 8, Roma 1997, s. 214-216, 433-434; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 22, 83-97; P. Erdö, *Storia della scienza del diritto canonico. Una introduzione*, Roma 1999, s. 20-25.

²⁸ R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, s. 457 i nast. Cfr. np. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, s. 25; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 15 – 22; idem, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006, s. 161-166.

²⁹ Np. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 24-25; M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*, s. 167.

³⁰ Np. H. Kupiszewski, *op. cit.*, s. 73-112, 215-238; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 22-25, 119-122; idem, *Prawa antyczne*, s. 162.

³¹ Prawo rzymskie przyczyniło się do ukształtowania, tak prawodawstwa europejskiego, jak pozaeuropejskich systemów prawnych (np. Brazylii, Turcji, Kanady, Chin, Japonii, RPA, Zimbabwe, Etiopii, Burundi, Seszeli, Rwadny i innych). Zob. M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*, s. 175.

³² W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 25. Poza tym chodzi głównie o pojęcia: *usus modernus pandectarum* oraz *romanesimo*.

³³ Ostatnio na ten temat – zob. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 18-25; idem, *Prawa an-*

Wzajemny i wielowiekowy wpływ prawa rzymskiego na prawo kanoniczne, a także wpływ prawa kanonicznego na prawo rzymskie, ma niebagatelne znaczenie dla historii prawa i dla kształtowania się wielu instytucji prawnych. Punktem zwrotnym w procesie legislacyjnym Cesarstwa Rzymskiego i faktem mającym ważkie znaczenie dla rozwoju prawa kościelnego, był Edykt Teodozjusza I *Cunctos populos* z 380 r.³⁴ Od tej konstytucji bowiem rozpoczyna się, nie tylko bogate prawodawstwo cesarzy rzymskich w sprawach kościelnych, ale porządek rzymskiego systemu jurydycznego – jak słusznie zauważył jeden z polskich uczonych Remigiusz Sobański – „otwiera Kościołowi drogę do wzajemnie inspirującego kontaktu z prawem rzymskim”³⁵, dając początek procesowi, który można by nazwać: „chrystianizacją prawa rzymskiego”³⁶. Wpływ zaś prawa rzymskiego na kształtowanie się kościelnego porządku prawnego był widoczny od początku tworzenia wewnętrznego prawa Kościoła³⁷. Z jednej strony idzie zatem o ustawodawstwo cesarzy rzymskich okresu chrześcijańskiego w „materii kościelnej” (inaczej mówiąc „w rzeczach kościelnych”)³⁸, z drugiej zaś o recepcję (*receptio*) prawa rzymskiego.

tyczne, s. 172.

³⁴ C.Th. 16, 1, 2 (*Codex Theodosianus*, ed. T. Mommsen, P. M. Meyer, Dublin - Zürich 1971 (dalej jako: C.Th.) = C. J. 1,1,1 (*Corpus Iuris Civilis*, vol. II: *Codex Iustinianus*, oprac. P. Krüger, Berlin 1954, reprint Hildesheim 1997 (dalej jako: C.) Z nowszej literatury przedmiotu zob. A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 134; idem, *Kościół*, s. 30.

³⁵ Według Bindo Biondi: (...) romanità e cristianesimo erano due grande forze spirituali che provengono da concezioni diverse e, avendo fini diversi, in un determinato momento storico si intrecciano nella medesima direzione (...). Zob. B. Biondi, *Il Diritto romano – cristiano*, t. I, Milano 1952, s. 5. Cfr. R. Sobański, *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 1992, s. 35.

³⁶ Określenie *cristianizzazione del diritto romano* zostało – na przykład – użyte przez Crifò. Zob. G. Crifò, *Romanizzazione e cristianizzazione, certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni*, [w:] G. Bonamente, A. Gestori (red.), *Atti del Convegno, Macerata, 17 – 18 grudnia 1987. Università degli Studi Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Lettere e Filosofia*, t. 47, Macerata 1988, s. 75-106.

³⁷ Np. stosownie do zasad prawa rzymskiego od początku była organizowana sędownicza działalność biskupów – tzw. *episcopalis audientia*. Na ten temat *in specie*: M. Cimma, *L'Episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989; P. G. Caron, *La competenza dell' "episcopalis audientia" nelle legislazioni degli imperatori romani cristiani*, [w:] IX Colloquio internazionale romanistico canonico, 9 – 11 grudnia 1993: *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell' Oriente Mediterraneo. Utrumque Iuris. Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis*, "Institutum Utriusque Iuris", № 26, Città del Vaticano 1994, s. 267-284. Zob. też: C. G. Fürst, *op. cit.*, s. 26; A. Dębiński, *Kościół*, s. 143-144.

³⁸ Np. wyrażenia z *Codex repetitae praelectionis* są następujące: *ius ecclesiasticum* (C. 1, 2, 14, 2; C. 1, 2, 14, 9 [2]), *canones ecclesiastici* (C. 1, 6, 2; C. 1, 2, 12, 1), *disciplina ecclesiastica* (C. 1, 12, 6, 9; C. 1, 1, 8), *doctrina ecclesiastica* (C. 1, 3, 54, 1) *materia ecclesiastica*,

Recepcja prawa rzymskiego w kręgu kultury łacińskiej polegała, albo na bezpośrednim inkorporowaniu prawa rzymskiego do państwowego systemu prawa (np. niemieckiego, włoskiego, belgijskiego, hiszpańskiego, portugalskiego i francuskiego)³⁹, albo miała charakter „pośredni”. Znaczy to, że za pośrednictwem prawa kanonicznego – któremu w średniowiecznej Europie trzeba przypisać charakter *ius commune*⁴⁰ – rzymskie instytucje prawne „współistniały” z innymi systemami prawnymi, wpływając na kształtowanie się systemu praw świeckich (np. Polsce i na Węgrzech)⁴¹ i na europejską kulturę prawną.

Recepcja nie była aktem jednorazowym⁴², a u jej podstaw leżały: renesans badań nad prawem rzymskim⁴³, stosowanie glosy jako metody interpretacji prawa⁴⁴, ten sam język obu systemów⁴⁵. W średniowieczu prawo rzymskie wywarło duży wpływ – choć znane są papieskie zakazy studiowania i nauczania prawa rzymskiego⁴⁶ – na rozwój prawa i nauki prawa oraz praktyki Kościoła rzymskiego. Oddziaływanie prawa rzymskiego na średniowieczne instytucje prawne Kościoła nasiliło się za przyczyną działalności glosatorów

causa ecclesiastica (C. 1, 3, 22, 1; C. 1, 3, 32, 3), *res ecclesiastica* (C. 1, 2, 14), *actus ecclesiasticus* (C. 1, 3, 20, 1); *negotium ecclesiasticum* (C. 1, 3, 25) etc.

³⁹ Nie dotyczyło to wszystkich ziem niemieckich, ani francuskich. Zob. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia*, s. 102.

⁴⁰ Chodzi o prawo tzw. „rzymskie prawo powszechne”, powstałe w Europie, zwłaszcza we Włoszech, w okresie od XI – XVI w. Zob. np. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 23 – 24, 101; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 131; P. Erdő, *Sopravvivenza del diritto romano in Ungheria e in Polonia nel Medioevo*, [w:] A. Dębiński, M. Wójcik (red.), *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, Lublin 2004, s. 77-78.

⁴¹ M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 102; P. Erdő, *Sopravvivenza*, s. 78-84.

⁴² M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 101; A. Dębiński, *Kościół*, s. 82.

⁴³ M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 98 i nast.; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 135-138; idem, *Papiestwo*, s. 49-52; idem, *Kościół*, s. 65 – 81.

⁴⁴ Od XII w. stosowano glosę jako metodę interpretacji prawa. Zob. np. H. Kupiszewski, *op. cit.*, s. 55; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 99-101; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 137; idem, *Kościół*, s. 77-78.

⁴⁵ Język łaciński - jako język obu systemów - przyczynił się do rozpowszechniania się prawa rzymskiego. We współczesnej romanistyce za Merzbacherem mówi się o tzw. „uświęconym języku lingwistycznym”). Np. Dębiński powołuje określenie użyte przez Merzbachera. Zob. A. Dębiński, *Papiestwo*, s. 50; idem, *Kościół*, s. 85, 140; F. Merzbacher, *Die Parömie* (*Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil*), „Studia Gratiana” 13 (1967), s. 281; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 107. Sobański wskazuje na Prospera Fagnanus i jego *Ius canonicum seu commentaria absolutissima in V libros Decretalium*, zob. R. Sobański, *Kanonistyka na uniwersytecie*, [w:] *Książdz Rektor Remigiusz Sobański. Uczony. Nauczyciel. Sędzia*, pod red. W. Góralskiego, Warszawa 2005, s. 261.

⁴⁶ Zob. niżej.

i postglosatorów⁴⁷, w kolejności dekretystów i dekretalistów⁴⁸, oraz na skutek nauczania prawa rzymskiego w harmonii z prawem kanonicznym w klasztorach i na uniwersytetach⁴⁹.

Recepcja dokonała się w głównej mierze za sprawą papieży, którzy – albo uznali dopuszczalność stosowania prawa rzymskiego w sprawach kościelnych w postępowaniu sądowym⁵⁰, albo też afirmowali prawo rzymskie w inny sposób. W urzędowym zbiorze, jakim był *Corpus Iuris Canonici*, wprost przejęto pewne *regulae* prawa rzymskiego (89 reguł w *Liber sextus* papieża Bonifacego VIII i 11 reguł w *Decretales* papieża Grzegorza IX)⁵¹. Inkorporowanie sposobu systematyzowania prawa⁵², terminologii prawniczej⁵³, licznych instytucji prawa rzymskiego materialnego⁵⁴ i formalnego⁵⁵ dokonało się także na gruncie prawa kanonicznego. Prawodawca kościelny wreszcie, choć nie mocą ustawy⁵⁶, ale w dekretale uczynił z prawa rzymskiego źródło pomocnicze i uzupełniające (*fons subsidiarius et suppletorius*) własnego systemu prawa⁵⁷.

Usankcjonowanie prawa rzymskiego jako źródła pomocniczego i uzupełniającego prawa kanonicznego wynika – przede wszyst-

⁴⁷ H. Kupiszewski, *op. cit.*, s. 46 i nast.; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 136-138; idem, *Papiestwo*, s. 49-50; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 98-101; idem, *Prawa antyczne*, s. 195.

⁴⁸ H. Kupiszewski, *op. cit.*, s. 55-59; A. Dębiński, *Papiestwo*, s. 50.

⁴⁹ Na uniwersytetach włoskich, francuskich, hiszpańskich i niemieckich. Po ukończeniu studiów prawniczych uzyskiwano tytuł doktora *in utroque iure*. Każdy prawnik, stosownie do paremii: *sine canonibus legista parum valent, canonista sine lege nihil*, był kształcony tak z zakresu prawa rzymskiego, jak i prawa kanonicznego. Z nowszej literatury przedmiotu zob. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 97, 101; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 137-138; idem, *Papiestwo*, s. 50-51.

⁵⁰ Zob. niżej.

⁵¹ *Decretales* papieża Grzegorza IX (dalej jako: X) oraz *Liber Sextus* papieża Bonifacego VIII (dalej jako: in VI°), *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. Friedberg, t. II, Lipsiae 1879.

⁵² Cfr. E. Eid, *Le droit latin et les droits orientaux*, „Ius canonicum” 25 (1975) 30, s. 139.

⁵³ Np. B. Biondi, *La terminologia romana come prima dogmatica – giuridica*, „Studi di onore V. Arangio – Ruiz nel XLV anno del suo insegnamenti”, vol. II, Napoli 1953, s. 73 i nast.; H. Kupiszewski, *op. cit.*, s. 220-221; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 145; idem, *Kościół*, s. 124-132, 141-143.

⁵⁴ Np. G. L. Falchi, *Fragmenta iuris*, s. 155 – 182; A. Dębiński, *Kościół*, s. 132-140.

⁵⁵ Np. P. Hemperek, W. Góralski, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t.1, cz. 1: *Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, Lublin 1995, s. 25; C. G. Fürst, *op. cit.*, s. 25-26; G. L. Falchi, *Fragmenta iuris*, s. 123 – 154; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 101; A. Dębiński, *Kościół*, s. 143-155.

⁵⁶ Np. A. Dębiński, *Papiestwo*, s. 51-52. Autor ten wspomina myśl Hinschisa – zob. P. Hinschis, *System des katholischen Kirchenrecht*, t. III, Berlin 1883, przyp. 1 na s. 777.

⁵⁷ Np. A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 140-143; idem, *Kościół*, s. 81, 93-94; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*, s. 101.

kim⁵⁸ – z rozstrzygnięcia papieża Lucjusza III (1181 – 1185 r.) w sprawie sporu pomiędzy dwoma kościołami o wybudowanie nowej kaplicy – jedna ze stron powołała się na, znany prawu rzymskiemu (*operis novi nuntiatio*), sąsiedzki sprzeciw (*nuntiatio*) wznoszeniu nowego budynku (*opus novum*). Jeśli budowy nie wstrzymano, mogło dojść do zastosowania *interdictum demolitorium*, tj. do nakazu usunięcia budowli⁵⁹. Papież w swoim reskrypcie *Intelleximus* do biskupa Padwy, stanowił:

„Jako, że ludzkie ustawy nie powinny być traktowane jako niezdatne do naśladowania przez święte kanony, także postanowienia (świętych) kanonów są wspomagane przez konstytucje dawnych władców. Przeto po bratersku nakazujemy tym pismem, abyś rozszadził starannie, że to co po *denuntiatio novi operis* prawnie lub bezprawnie zostało skonstruowane, winno być zgodnie z ustawami zburzone (...)”⁶⁰.

⁵⁸ Jednym zaś z najwcześniejszych, zachowanych dokumentów świadczących o praktyce stosowania prawa rzymskiego w kościelnym prawie procesowym był list Jana Defensora do papieża Grzegorza Wielkiego. Defensor został wysłany przez papieża do Hiszpanii, aby zakończył sprawy sporne Janauego bp. Malagi, duchownego tej diecezji oraz bliżej nieokreślonego bp. Szczepana. Papieska instrukcja co do sposobu rozstrzygnięcia zawierała normy prawa rzymskiego, przede wszystkim justyniańskiego. Papież wyraźnie stwierdził, że wyrok wydany *contra leges* – w znaczeniu prawa rzymskiego i prawa kanonicznego – nie podlega apelacji, ponieważ jest nieważny. Zob. *Decretales Gregorii IX* (wersja dekretu według *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. Friedberg, t. II, Lipsiae 1879), lib. II, lit. XXVII, c. 1 (= C.1, X, II, 27). Cfr. Gregorius Magnus, Ep. 45 *ad Joannem Defensorem*, PL 77, szp. 1296 – 1301; *Decretum Magistri Gratiani* (według edycji: *Corpus Iuris Canonici*, ed. E. Friedberg, t. I: *Decretum Magistri Gratiani*, Lipsiae 1879 – dalej jako: *Decretum Gratiani*), pars II, causa 2, questio 1, can. 7 (= c.7, C.II, q. 7). Zob. A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 141 – 142; idem, *Kościół*, s. 50-59.

⁵⁹ Cfr. O. Robleda, *op. cit.*, s. 436; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 142-143; idem, *Papiestwo*, s. 52, idem, *Kościół*, s. 87-88. Cfr. CIC 1917, can. 1676 – 1678.

⁶⁰ *Decretalium Gregorii Pp. IX compilationis*, lib. V, tit. XX XII: De novi operis nuntiatione, cap. I (= C. 1, X, V, 32): (...) ecclesia aedificata post nuntiationem novi operis destruenda est expensis constructis. H. de cum sequenti. Lucius III Paduano Episcopo: Intelleximus ex literis tuis, quod, quum causa, quae vertitur inter *dilectos filios nostros*, priorem S. Cypriani de Venetia et clericos de Rodigio super capella, quae in praeiudicium baptismalis ecclesiae de Costa ab eisdem clericis est constructa, *sicut nobis eiusdem prioris relatio demonstravit*, fraternitati tuae a sede apostolica delegata fuisset *fine canonico terminanda, partibus ad tuam praesentiam convocatis, per testes sufficienter tibi innotuit, quod praefata ecclesia de Rodigo eandem capellam post appellationem ad nos factam, et denunciationem novi operis aedificare coeperat, et ob hoc praefatus prior in iudicio postulabat, quicquid in saepe dicta capella post appellationem ad nos factam, et post denunciationem novi operis factum fuerat, penitus demoliri. Super quo discretioni tuae dubium videbatur, utrum ad haec canonico procedi posset iudicio, [et], quum nihil de nuntiatione novi operis sit in canonibus definitum,*

Do tej dyspozycji pewne uściślenie wprowadził papież Honoriusz III (1216 – 1227 r.) bullą *Super specula* z 1219 r. *Nota bene* tym dokumentem papież zabronił nauczania prawa rzymskiego w Paryżu i jego okolicach⁶¹. Prawo rzymskie można było stosować tylko

duxisti sedem apostolicam consulendam. Quia vero, sicut *humanae* leges non designantur sacros canones imitari, ita et sacrorum statuta canonum *priorum* principum constitutionibus adiuvantur, fraternitati tuae *praesentibus litteris* mandamus, quatenus diligenter considerans, quod post denunciationem novi operis, sive iure sive iniuria aliquid construatur, de legalibus debet constitutionibus demoliri. Et quia nulla ecclesia in praeiudicium est alterius construenda, *adscitis tibi viris prudentibus* negotium ipsum, secundum legum et canonum statuta *appellatione remota* non differas terminare. *Nam quum te credamus in utroque iure peritum: securius duximus, causam per tuam sollicitudinem terminari qui per dicta partium et terminos et fines locorum plenius poteris cognoscere veritatem, quam aliquid a nobis ignorantibus qualitatem negotii definiri*. Cfr. O. Robleda, *op. cit.*, s. 436; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 142-143; idem, *Kościół*, s. 87-94.

⁶¹ Papież Aleksander III (1159 – 1181 r.) i Honoriusz III (1216 – 1227 r.) zakazali studiowania prawa rzymskiego i medycyny (jako *scientiae lucrative*). Honoriusz III, prawdopodobnie na skutek prośby króla Francji Filipa II Augusta i ze względów czysto politycznych Bullą *Super specula* z 1219 r., zakazał nauczania prawa rzymskiego na Sorbonie. Wcześniej zakazem studiowania tych dyscyplin naukowych objęto zakonników (w znaczeniu *religiosus professus*), a następnie na rozszereżono zakaz na pewne grupy duchownych. Decretalium Gregorii Pp. IX compilationis lib. III, tit. L: ne clerici vel monachi saecularibus negotiis se immisceant, cap: X : (= C. 10, X, III, L) Constitutio Turonensis concilii, puniens religiosos audientes leges vel physicam, est canon latae sententiae, et incidentes in illam debent per ordinarios puniri. Hoc primo. Secundo extendit dictam constitutionem ad habentes dignitates et personatos, et ad presbyteros. Honorius III. *Super specula* (...) *Sane, licet fallax sit gratia ceterarum scientiarum, et vana etiam pulchritudo, quum frumentum electorum et vinum germinans virgines iuxta prophetam sit bonum super omnia et sit pulchrum: quia tamen regulares quidam, claustrale silentium et legem Domini, animas convertentem et sapientiam dantem parvulis, quam super aurum et topazion amare debuerant, respuentes, abeunt post vestigia gregum, et illicite se convertunt ad pedissequas amplectendas, quae plausum desiderant populorum*. Contra religiosas personas, de claustris exeuntes ad audiendum leges vel physicam, *felicis memoriae* Alexander praedecessor noster olim statuit in concilio Turonensi, ut, nisi infra duorum mensium spatium ad claustrum redierint, sicut excommunicati ab omnibus evitentur, et in nulla causa, si patrocinium praestare voluerint, audiantur. Reversi autem in choro, mensa, capitulo et ceteris ultimi fratrum existant, et, nisi forte ex misericordia sedis apostolicae, totius spem promotionis amittant. Verum, quia nonnulli ex talibus propter quorundam opiniones diversas excusationis aliquid assumebant, nos, volentes, ut *tales* de cetero ipso facto sententiam excommunicationis incurrant, districte praecipiendo mandamus, quatenus tam a dioecesanis et capitulis ipsorum, quam etiam a ceteris episcopis, in quorum dioecesibus in huiusmodi student, tales *sublato appellationis obstaculo* excommunicati *et* praedictis poenis obnoxii publice nuncientur. [Quia vero theologiae studium cupimus ampliari, ut dilatato sui tentorii loco et funiculos suos faciat longiores, ut sit fides catholica circumcincta muro inexpugnabili bellatorum, quibus resistere valeat

w przypadku braku prawa kanonicznego⁶². Współistnienie obu systemów stało się zatem bezsporne.

Czy przysłowie pochodzące z *lex Ribuaria* można rozumieć jako recepcję prawa rzymskiego?

Ustawodawstwo rzymskich cesarzy w sprawach kościelnych – interesujące z punktu widzenia romanisty, kanonisty, teologa – było bogate i zróżnicowane. Nie można pominąć, ani zdeprecjonować faktu, że imperatorzy chrześcijańscy, z takich lub innych względów – politycznych, religijnych, dogmatycznych – stanowili prawo w sprawach ortodoksyjności wiary, określali prawa i obowiązki kościelnych osób prawnych, czy – ze względu na prawowierność wyznawanej wiary – status prawny obywateli⁶³. Współcześnie istnieją różne propozycje dla określenia, wspólną nazwą, systemu jurydycznego, kształtującego się od IV w. *d. Ch.* Przykładowo są to nazwy: "il di-

adscendentibus ex adverso: ad archidiaconos, decanos, plebanos, praepositos, cantores et alios clericos personatos habentes, nec non *et* presbyteros, nisi ab his infra spatium praescriptum destiterint, hoc extendi volumus et mandamus, et appellatione postposita firmiter observari. *Nam quum sint multi etc. Dat. Viterbii X. Kal. Dec. Pont. nostr. Ao. IV. 1219*]. Decretalium Gregorii Pp. IX compilationis lib. V, tit. XXXIII: de privilegiis et excessibus privilegiatorum, cap. XXVIII (= C. 28, X, V, 33): Parisiis et in locis vicinis ius civile legi non debet. Super specula (...) Sane, licet sancta ecclesia legum saecularium non respuat famulatum, quae *satis* aequitatis et iustitiae vestigia imitantur: quia tamen in Francia et nonnullis provinciis laici Romanorum imperatorum legibus non utuntur, et occurrunt raro ecclesiasticae causae tales, quae non possint statutis canonicis expediri, ut plenius sacrae paginae insistatur, *et discipuli Helisei liberius iuxta fluentia plenissima resideant ut columbae, dum in ianuis scalas non invenerint, ad quas divaricare valeant pedes suos*. Firmiter interdicimus et districtus inhibemus, ne Parisius, vel in civitatibus seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire ius civile praesumat. Et qui contra fecerit, non solum a causarum patrociniis interim excludatur, verum etiam per episcopum loci *appellatione postposita* excommunicationis vinculo innodetur. [*Vos autem, fratres et filii, sic diligentius praescripta servetis et faciatis studiosius ab aliis observari, quod veri amici sponsi possitis merito comprobari, etc. Dat. Viterbii VII. Kal. Dec. Pont. nostr. Ao. IV. 1219*]. Z nowszej literatury zob. A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 138; *idem*, *Papiestwo*, s. 52-59, 61-62; *idem*, *Kościół*, s. 94-110.

⁶² Honorius III Pp., [w:] *Decretum Gratiani*, pars I, distinctio X, can. 1 (= c.1, D.X). Zob. też powyżej w przypisach poprzedzających: C. 10, X, III, 50; C. 28, X, V, 33.

⁶³ Np. A. Dębiński, *Problematyka religijna w ustawodawstwie rzymskich cesarzy chrześcijańskich*, [w:] J. Krukowski, F. Lempa (red.), *Kościół i prawo*, t. 7: *Filozofia prawa. Historia prawa. Prawo kanoniczne. Prawo karne i kryminologia. Prawo porównawcze*, Lublin 1990, s. 73 – 87; *idem*, *Ustawodawstwo karne rzymskich cesarzy chrześcijańskich w sprawach religijnych*, Lublin 1999; R. Maceratini, *Ricerche sullo status giuridico dell'eretico nel diritto romano – cristiano e nel diritto canonico classico (da Graziano ad Ugucione)*, Milano 1994.

ritto romano – cristiano”⁶⁴, “il diritto canonico – romano”⁶⁵ i inne⁶⁶. Choć najbliższe literze i duchowi prawa cesarskiego, jest jedno z określeń Gian Luigi Falchiego „imperialne prawo kościelne”⁶⁷, to – z punktu widzenia kanonisty – rację można dać tym autorom, którzy proponują nazwy: *ius romanum in re ecclesiastica*⁶⁸, „prawa własne cesarzy w sprawach wyłącznie lub prawie wyłącznie kościelnych”⁶⁹, „prawa odnoszące się do spraw kościelnych”⁷⁰. Wyrażenia podaje nie bez przyczyny, albowiem nawiązują do prawodawstwa cesarzy chrześcijańskich⁷¹. Jednym z bardzo wielu przykładów imperialnego, prawotwórczego działania w sprawach kościelnych była – zawierająca elementy teologiczne – działalność Justyniana I (527 – 565). Zaskakująca, tak pod względem *meritum* jak i formy, obejmowała – przykładowo podając regulacje poza kodyfikacją i bieżącą działalnością prawotwórczą zawartą w nowelach – formułę *Unus-*

⁶⁴ Np. R. Maceratini, *op. cit.* – chociażby w tytule.

⁶⁵ Np. G. L. Falchi, *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell’Oriente Mediterraneo*. IX Colloquio internazionale romanistico canonistico, 9 – 11 grudnia, Roma 1993. “Utrumque ius”, № 26, Città del Vaticano 1994, s. 1-46; idem, *Fragmenta iuris* (w tytule); P. Erdö, *Sopravvivenza*, s. 80.

⁶⁶ Np. *lex christiana, lex Dei*. Zob. G. Barone – Adesi, *L’età della Lex Dei*. Università di Roma La Sapienza. Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell’Oriente Mediterraneo, Napoli 1992, s. 109-172, 175-191.

⁶⁷ Np. G. L. Falchi, *Fragmenta iuris*, s. 13 i nast., s. 97 i nast.

⁶⁸ Zob. R. Sobański, *Kościół jako podmiot prawa*, Warszawa 1983, s. 180; idem, *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 1992, s. 35.

⁶⁹ P. Hemperek, W. Góralski, *op.cit.*, s. 34.

⁷⁰ I. Subera, *Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, Warszawa 1970, s. 57.

⁷¹ Chodzi o prawo *in materia ecclesiastica* zawarte nie tylko w kodyfikacji justyniańskiej, czy w nowelach – jako bieżącej działalności prawotwórczej - ale o pisma Justyniana (np. listy, traktaty) oraz zachowane przekazy z dysput teologicznych, w których można odnaleźć normę prawną.

de Trinitate passus est carne⁷², problem monofizytyzmu⁷³, doktryne

⁷² Justinianus ante principatum: Ep. ad Hormisdam Pp., *Desiderabile tempus*, ok. 518 – 520 r., *Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano*. Legum Iustiniani Imperatoris vocabularium. Subsidia III, oprac. M. Amelotti, L. Migliardi Zingale, Milano 1977 (dalej jako: *Scritti ecclesiastici*), s. 6; *Epistulae Romanorum Pontificum genuinae et quae ad eos scriptae sunt*, t. I, ed. A. Thiel, Brunswick 1868 (dalej jako: Thiel), Ep. n. 44, s. 833-834; *Epistulae Imperatorum Pontificum aliorum inde ab a. CCCLXVII usque ad a. DLIII datae. Avellana quae dicitur collectio*, ed. O. Guenther. *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum*, t. 35, pars 2: Epistulae CV – CCXXXIII. *Appendices. Indices*, Praegae – Vindobonae - Lipsiae 1895 - 1898 (dalej jako: Coll. Avellana II), Ep. № 147, s. 592 – 593; PL 63, szp. 430 – 431; Ep. ad Hormisdam Pp. *Venerandae sanctitatis vestrae*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 7; Thiel, Ep. № 68, s. 864; Coll. Avellana II, Ep. № 162, s. 614; PL 63, szp. 450 – 455; Justinianus ante principatum, Ep. ad Hormisdam Pp. *Propitia divinitate*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 8; Thiel, Ep. № 78, s. 875 - 877; Coll. Avellana II, Ep. № 187, s. 644 – 645; PL 63, szp. 475 – 476; Ep. ad Hormisdam Pp. *Quicquid est cautius*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 9; Thiel, Ep. № 89, s. 885 – 886; PL 63, szp. 476; Ep. ad Hormisdam Pp., *Ut plenissima fidei*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s.10; Thiel, Ep. № 99, s. 897; Coll. Avellana II, Ep. № 188, s. 645 – 646; PL 63, szp. 476 – 477; Ep. ad Hormisdam Pp. *Domino nostro*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 11-12; Thiel, Ep. № 120, s. 920 – 922; Coll. Avellana II, Ep. № 196, s. 655 – 656; Ep. ad Hormisdam Pp. *Quanta reverentia*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 13; Thiel, Ep. № 126, s. 938 – 939; Coll. Avellana II, Ep. № 200, s. 659 – 660; Ep. ad Hormisdam Pp., *Quantam venerationem*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 14; Thiel, Ep. № 132, s. 954 – 955; Coll. Avellana II, Ep. № 235, s. 715 – 716; PL 63, szp. 508 – 509; Ep. ad Hormisdam Pp. *Diligenter apostolatus*, ok. 518 – 520 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 15; Thiel, Ep. № 135, s. 957; Coll. Avellana II, Ep. № 243, s. 743; PL 63, szp. 510. Ep. ad Joannem II Pp. *Inter claras*, 25 marca 534 r., *Scritti ecclesiastici*, s.16 – 21; PL 66, szp.17 i nast.; Justinianus Imp., Ep. *Gratulamur*, 14 lub 16 marca 536 r. (= Ep. ad Joannem Pp. *Reddentes honorem*, 6 czerwca 533 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 23-26); Ep. ad Agapetum Pp., *Prima salus est rectae fidei*, 14 – 16 marca 536 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 27 –28, Coll. Avellana I, Ep. № 90 [= 89], s. 344 – 347, *Scritti apocryfi di Giustiniano*. *Nuovi testi epigrafici e altri. Addenda et corrigenda ai Sussidia I- III*, Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Sussidia IV, oprac. A. M. Demicheli, L. Migliardi Zingale, Torino 1994 (dalej jako: *Scritti apocryfi*), s. 134 –135; Ep. ad Bonifacium II Pp., *Scritti apocryfi*, s. 132; PL 65, szp. 41; PL 66, szp.14 – 17, 41 – 43). Także w konstytucji, którą cesarz potępia nestorianizm i zatwierdza formułę chrystologiczną *unus de Trinitate passus est carne*, zob. Justinianus Imp., Const. *Cum salvatorem*, 15 marca 553 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 32- 35.

⁷³ Justinianus Imp., Const. *Rem non insolitam* contra Anthimum, Severum, Petrum, Zoaram (ten tekst także w Noweli 42 z 6 sierpnia 536), *Scritti ecclesiastici*, s. 45 –55; ACO III (*Acta Conciliorum Oecumenicorum sub auspiciis Academiae Scientiarum Bavaricae edita. Series secunda. Volumen secundum. Pars prima. Concilium universale Constantinopolitanum tertium. Concili actiones I – XI*. Edidit R. Riedinger, Berolini 1990 (dalej jako: ACO III), s. 119 - 123; PG 86 A, szp. 1095 – 1104; Ep. dogmatica a Zoilo *Unus igitur est Christus*, ok. 539-540, *Scritti ecclesiastici*, s. 58 – 63; *Acta Conciliorum Oecumenicorum iussu atque mandato*

Nestoriusza⁷⁴, naukę Orygenesa⁷⁵, problem tzw. *Tra capitula*⁷⁶ oraz inne⁷⁷.

Societatis Scientiarum Argentoratensis. Concilium universale Chalcedonense. Tomus alter. Volumen alterum: Versiones particulares. Pars prior: Collectio Novariensis de re Eutythis, pod red. E. Schwartz, Berolini - Lipsiae 1932 (dalej jako: ACO II.II.1), s. 353 – 357; Ep. dogmatica *Vere fidei confessionem*, ok. 543 – 545 (do mnichów aleksandryjskich przeciwko monofizytyzmowi, zawiera list dogmatyczny do Zoilo), *Drei dogmatische Schriften Iustiniens*, pod red. E. Schwartz (dalej jako: Drei dogmatische Schriften), s. 6 – 79; *Tropario 'O monoghenis' (Unigenitus Filius)*, ok. 535 – 536, *Scritti ecclesiastici*, s. 44, ΕΥΧΟΛΟΓΙΟΝ *sive rituale Graecorum complectens ritus et ordines divinae liturgiae, officiorum, sacramentorum, consecrationum, benedictionum, funerum, oratorum etc. cuilibet personae, statui vel tempori congruos, juxta usum Orientalis Ecclesiae, a cura di Jacobi Goar*, Venetiis 1730, s. 107 B, *Anthologia Graeca carminum christianorum*, pod red. W. Christ, M. Parankas, Lipsiae 1971, s. 51-52.

⁷⁴ Justinianus *Imp.*, *Const. Cum salvatorem*, 15 marca 553 r., C.1.1.6; *Scritti ecclesiastici*, s. 32-35; *Tractatum Sed oportet, s/d Scritti ecclesiastici*, s. 38-40; ACO II.II.1, s. 350 – 351.

⁷⁵ Justinianus *Imp.*, *Edictum Nobis semper studio*, ok. 542 – 543 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 68 - 119; ACO III, s. 189 -214; PG 86 A, szp. 945 – 989; PL 69, szp. 177 – 222; Ep. ad Cc. Constantinopolitanum, *Studiorum nostrum fuit*, 533 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 122-125.

⁷⁶ Justinianus *Imp.*, *Edictum de recta fide 'Omolog... a tÁj ŃrqÁj p...stewj (Scientes quod nihil*, 541 r.), *Drei dogmatische Schriften*, s. 130-169; Ep. *Litteras vestras accepimus*, ok. 543 – 545, 549 – 550 r., *Drei dogmatische Schriften*, s. 83-127; PL 69, szp. 273 – 328; dwa listy konwokacyjne synodu w Mopsuestii: Ep. ad Joannem Ep. Anazarbe et Cilicia secunda *Significamus tuae sanctitati* (23 maja 550 r.), *Scritti ecclesiastici*, s. 138; *Acta Conciliorum Oecumenicorum iussu atque mandato Societatis Scientiarum Argentoratensis emenda instituit Eduardus Schwab*, *continuavit Johannes Straub*. T. IV: *Concilium universale Constantinopolitanum sub Iustiniani habitum*. Vol. 1: *Concilii actiones VIII. Appendices graecae. Indices*, ed. J. Straub, Berolini 1971 (dalej jako: ACO IV. I), s. 117; PL 69, szp. 11; Ep. Cosmae Ep. Mopsuestiae *Significamus tuae sanctitati* (23 maja 550), *Scritti ecclesiastici*, s. 139; ACO IV. I, s. 117 – 118; PL 69, szp. 119; list do V. Cc. *Oecumenico* przeciw *Tre capitoli* (trzy wersje): Ep. ad V. Cc. *Oecumenicum* (5 maja 553 r.) *In Domino nostro*, *Scritti ecclesiastici*, s. 142 – 148; ACO IV. I, s. 8 - 14; Ep. ad V. Cc. *Oecumenicum* (5 maja 553 r.) *Semper quidem studium*, *Scritti ecclesiastici*, s. 150-157; PL 86/A, szp. 1035 – 1042; PL 69, szp. 30 – 37; PL 69, 268 – 274 ; Ep. ad V. Cc. *Oecumenicum* (5 maja 553 r.) *Una christianis salus est*, ACO IV. I, s. 201-202; Justinianus *Imp.*, Ep. ad ad V. Cc. *Oecumenicum* (26 maja 553 r.), *Scritti ecclesiastici*, s. 160-161.

⁷⁷ Np. w sprawie Bożego Narodzenia (Justinianus *Imp.*, Ει τη ουσιωδη [*Si quid substantiale*], ok. 564 – 565 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 194; *Doctrina Patrum de incarnatione Verbi. Ein griechisches Florilegium aus der Wende des Siebenten und Achten Jahrhunderts*, oprac. F. Diekamp, Münster 1907, s. 134; Ep. *Omnes qui estis christiani*, 560 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 166 -178); w innych tekstach (Justinianus *Imp.*, *De festis, s/d, [w:] K. Кекелидзе, Грузинские агиографические памятники. Часть первая. Кимена, Monumenta Hagio-graphica Georgica. Pars prima, Keimena, t. 2, Tbilisi 1946, s. 67-71; dysputa z teologami perskimi (Justinianus *Imp.*, *Disputa*, 561 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 188 -193); przywilej dla igumena Monte Sinai (Justinianus *Imp.*, *Privilegium*, ok. 536 – 551 r., *Scritti ecclesiastici*, s. 200 - 201; *Anecdota sacra et profana ex oriente et occidente allata sive notitia codicum grae-**

Nie można – co do zasady powiedzieć – aby prawo stanowione przez rzymskich cesarzy w sprawach kościelnych, z racji regulowanej materii i „samo przez się” było uznanym w kościele źródłem prawa stanowionego przez kompetentnego prawodawcę kościelnego (*ius constitutum*). Mówię generalnie z tego powodu, że są przykłady „przejęcia” przez prawodawcę w Kościele, w różnych sytuacjach faktyczno – prawnych, regulacji pochodzących od „innego”, „obcego” prawodawcy rzymskiego. Nie ma przy tym – jak się wydaje – znaczenia, czy „sięga się” do prawa rzymskiego, którego źródłem jest – prawo cesarskie, prawo tworzone przez jurystów (w ramach *ius publice respondendi*), czy pochodzące od organów kolegialnych etc.

Godne to pole badań naukowych nad historią prawa kościelnego w Kościele łacińskim, czy też w Kościołach Wschodnich, także katolickich. Nie podejmuję się, w tym miejscu, wskazać nawet głównego nurtu wpływów tego rodzaju, ani – choćby wstępnie i pobieżnie – zrelacjonować proces „wprowadzania” do prawa kanonicznego norm pochodzących od innego, niż kościelny, prawodawcy. Zagadnienie to szerokie, trudne i wykraczające poza ramy niniejszego wystąpienia. Niemniej prawotwórcza działalność Justyniana I, a następnie postawa prawodawcy kościelnego, umożliwia wskazanie pewnych przykładów (tj. uznanie przez papieża *credo* Justyniana w sprawie formuły *unus de Trinitate passus est carne*⁷⁸; potwierdzenie stanowiska cesarskiego co do potępienia nestorianizmu⁷⁹; aprobata dla sankcji z traktatu Justyniana *contra Origenem*⁸⁰; przyjęcie cesarskiego zdania co do tzw. *Tre capitoli*⁸¹) etc. Zatem prawodawca kościelny usankcjonował, pisząc z perspektywy współczesnej, stanowisko „obcego”, „innego” prawodawcy świeckiego.

corum, arabicorum, syriacorum, copticorum, hebraicorum, aethiopicorum, latinorum cum excerptis multis maximam patrem graecis et triginta quinque scripturarum antiquissimarum speciminibus, ed. A. Tischendorf, Lipsiae 1855, s. 56 – 57; PG 86/A, szp. 1149- 1152); dwie konstytucje o azylu kościelnym (Justinianus *Imp.*, Const. *Iustitia*, s/d, *Scritti ecclesiastici*, s. 204-205; Leunclavicus, *Ius Greco - romani*, Francofurti 1596, s. 72; *Ius ecclesiastici graecorum iussu Pii IX Pont. Max.*, t. 2, ed. I. B. Pitra, Romae 1864, s. 515; Const. *Si quis eorum*, s/d, *Scritti ecclesiastici*, s. 208-209).

⁷⁸ Zob. powyżej w przyp. 72.

⁷⁹ Zob. powyżej w przyp. 74.

⁸⁰ Zob. powyżej w przyp. 75.

⁸¹ Zob. powyżej w przyp. 76.

Czy przysłowie pochodzące z *lex Ribuaria* można rozumieć tylko jako recepcję prawa rzymskiego?

Olis Robleda, w opracowaniu poświęconym „prawu rzymskiemu w Kościele”, słusznie wspomina o dopuszczalności rozgraniczenia pomiędzy pojęciami: *receptio – remissio – supletio – canonizatio*⁸², a wszystko stawia w kontekście „*usus* prawa rzymskiego”⁸³. Rzecznik *receptio*, we właściwym tego słowa rozumieniu, to: „przyjęcie czegoś na nowo”, „przyjęcie do siebie”⁸⁴. *Remissio* zaś to „odesłanie”⁸⁵, *supletio* to „uzupełnienie”⁸⁶, a *canonizatio* to dosłownie „canonizzazione”⁸⁷ (w domyśle – „canonizzazione del diritto”). Trzy pierwsze z wymienionych określeń (*receptio – remissio – supletio*) mieszczą się w szerokim znaczeniowo „Kościół żyje prawem rzymskim”. Pierwszorzędnym znaczeniem sentencji *Ecclesiam lege Romana vivere* – paraafrazowanej wersji – *Ecclesia vivit lege Romana* jest „recepcja prawa rzymskiego” lub „uzupełnienie prawem rzymskim”. Tak też – w znakomitej większości – pisze się na ten temat w literaturze przedmiotu⁸⁸. Sądzę ponadto, że skutek zastosowania klasycznej kaluzuli odsyłającej, dałby podstawę do stwierdzenia, że „Kościół żyje prawem rzymskim”. W konsekwencji sentencję z VII w. rozumieć trzeba jako zwięzły opis recepcji prawa rzymskiego, niezależnie od tego, jaką materię regulowano i kto był autorem normy. W szerszym zaś znaczeniu *paremia* opisuje prawo rzymskie jako źródło uzupełniające i pomocniczne prawa kanonicznego lub – hipotetycznie zgoła – dopuszcza odesłanie wprost do całości *ius civile*. W odniesieniu do poprawności stosowania nazwy „canonizzazione del diritto”⁸⁹, można mieć wątpliwości. W doktrynie natomiast stosuje się ją na równi z innym – jak się wydaje zasadnie stosowanym – opisowym określeniem „romanizzazione del diritto canonico”⁹⁰.

⁸² O. Robleda, *op. cit.*, s. 434.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Vocabolario*, s. 1074.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 1095.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 1263.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 145.

⁸⁸ W literaturze przedmiotu pisze się o sentencji *Ecclesia vivit lege Romana* jako o symbolu – wprost lub domyślnie – recepcji prawa rzymskiego. Zob. A. van Hove, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, v. I, t. I, Mechliniae – Romae 1928, s. 9; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 131-145; idem, *Papiesstwo*, s. 49-63; P. Erdö, *Sopravvivenza*, s. 77-85.

⁸⁹ Wyrażenia *canonizzazione del diritto* używa się w doktrynie. Zob. np. R. Sobański, *Teoria*, s. 35; J. Prader, *Il matrimonio in Oriente e Occidente*. Kanonika 1, Roma 1992, s. 120, 129; A. Dębiński, *Kościół*, s. 59.

⁹⁰ *Nt. romanizzazione del diritto canonico* zob. np. G. Crifò, *op. cit.*, s. 75-106.

Nie dzieliłam natomiast jednego z poglądów, wedle którego prawo rzymskie miało, przynajmniej w pewnym stopniu, charakter ozdobny dla prawa kanonicznego⁹¹. Znaczyłyoby to, że premia *Ecclesia vivit lege Romana*, mogła by być postrzegana negatywnie – w nawiązaniu do pojęcia *romanesimo*⁹² – jako synonim tworzenia złego prawa, kiedy to prawodawca pozornie tylko odwołuje się do prawa rzymskiego.

Szczególny wpływ prawa rzymskiego na prawo kanoniczne przejawiał się przede wszystkim – a wedle niektórych o prawie rzymskim można mówić jako o rzeczywistym źródle prawa kościelnego w znaczeniu *fons receptus* – w funkcji uzupełniającej i pomocniczej tego systemu, jak też w sposobie spojrzenia prawodawcy na całość regulowanej materii prawnej. Papież Benedykt XV, wzorem swoich poprzedników, choć nie w identyczny sposób, uznał doniosłość wpływu prawa rzymskiego na kształtowanie się prawa kanonicznego. Korzeni prawa rzymskiego w Kodeksie Pio – Benedyktyńskim można i należy szukać (podobnie zresztą, jak w kodyfikacji papieża Piusa XII dla Kościołów wschodnich)⁹³.

Codex Iuris Canonici z 1917 r., promulgowany przez papieża Benedykta XV Konstytucją apostolską *Providentissima Mater Ecclesia* z 27 maja 1917 r.⁹⁴, był – jak wiadomo – pierwszą, zasadniczo

⁹¹ E. Eid, *Le droit latin et les droits orientaux*, «Ius canonicum» 25 (1975) 30, s. 139.

⁹² R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, s. 457 i nast. Cfr. np. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, s. 25.

⁹³ Można mówić o wpływie prawa rzymskiego i rzymsko – bizantyjskiego na kształtowanie się obecnie obowiązującego katolickiego prawa wschodniego. Wpływ prawa justyniańskiego oraz *Bazylik* jest – między innymi – widoczny w kodyfikacji Piusa XII Pp. dla Kościołów Wschodnich z lat 1949 – 1957 (M.p. *Crebrae allatae sunt* z 22 lutego 1949 r., AAS 41 (1949), s. 89 – 117; M.p. *Sollicitudinem Nostram* z 6 stycznia 1950 r., AAS 42 (1950), s. 5 – 120; M.p. *Postquam Apostolicis Litteris* z 9 lutego 1952 r., AAS 44 (1952), s. 65-152; M.p. *Cleri sanctitati* z 25 marca 1958 r., AAS 49 (1957), s. 433-603. Na ten temat pisał I. Žužek. Idzie o recepcję prawa justyniańskiego z *Codex* (110 can. in SN, 10 can. in CS, 3 can. in PAL, 3 can. in CA); z *Instytucji* (11 can. in SN, 3 can. in CS, 1 can. in PAL, 1 can. in CA), z *Digestów* (120 can. in SN, 16 can. in CS, 5 can. in PAL, 3 can. in CA); z *Noveli* (33 can. in SN, 3 can. in CA, 2 can. in CS). Ponadto autor ten pisze o recepcji prawa z *Basilicorum libri LX* (48 can. in SN, 4 can. in CS, 2 can. in PAL). *In specie*: instytucja *compromissum* koresponduje z *episcopalis audientia* (SN, can. 98 – 122); istotny wpływ prawa rzymskiego na procedurę karną (SN, can. 540 – 576) etc. Zob. I. Žužek, *The oriental Sources of Canon Law and the modern legislation for oriental Catholics*, [w:] *Kanon. Jahrbuch der Gesellschaft für das Recht der Ostkirchen*, t. 1 (1973): *Acta congressus*, Wien 1973, s. 156 – 157.

⁹⁴ Benedictus XV Pp. Const. Ap., *Providentissima Mater Ecclesia*, 19 maja 1917 r., AAS 9 (1918 – II), s. 1 i nast.

uniwersalną, autentyczną, jednolitą i wyłączną⁹⁵, ujętą w ramy nowoczesnego kodeksu, kodyfikacją prawa kanonicznego.

W Konstytucji *Providentissima Mater Ecclesia* papież Benedykt XV wskazał: (...) *promulgamus, vim legis posthac habere pro universa Ecclesia decernimus, iubemus* (...)⁹⁶. Wespół z treścią kan. 1, kan. 12 i kan. 87 znaczyło to, że prawo kodeksowe z 1917 r. – pośrednio, o ile nie chodziło o sprawy, które *ex natura rei* lub z wyraźnego przepisu⁹⁷ obowiązywały także *Orientalia*, a nie wprost – adresowane było do Kościołów wschodnich⁹⁸. Można powiedzieć, że Kodeks Pio – Benedyktyński dotyczył, co do zasady, tylko Kościoła łacińskiego, ale wyjątkowo był źródłem uzupełniającym (*fons suppletorius*) dla Kościołów wschodnich. Ważkie to tym bardziej, że kodyfikacja papieża Piusa XII dla Kościołów wschodnich z lat 1949 – 1957 nie zawierała analogicznych, do kodeksowej księgi pierwszej, norm ogólnych (*normae generales*). Szeroka zaś formuła kan. 1 Kodeksu Pio – Benedyktyńskiego powodowała – jak się wydaje – że normy ogólne tego Kodeksu można było stosować w prawie wschodnim do momentu wejścia w życie CCEO.

Idei kodyfikacji prawa kościelnego – w tym Kodeksu Pio – Benedyktyńskiego – można dopatrzeć się w woli prawodawcy tworzenia zbiorów systematycznych w ogóle, w myśli legislacyjnej pochodzącej od cesarzy chrześcijańskich. Chodzi o metodę „porządkownia” materii prawnej, która znana była prawu teodozjańskiemu (*Codex Theodosianus* z 438 r.) i prawu justyniańskiemu (*Codex repetitiae praelectionis* z 534 r.). W głównej mierze należy wskazać, że w obu zbiorach wyraźny jest podział strukturalny na księgi, tytuły z rubrykami i – ujęte w porządku chronologicznym – *leges*. Podobnie, nie przejmując wszak literalnie rzymskiej systematyki⁹⁹, prawodawca kodeksowy w 1917 r. podzielił zbiór na księgi (w księgach części i sekcje), tytuły, rozdziały. Jak słusznie się podkreśla – postępując

⁹⁵ Np. G. de Michelis, *Normae generales iuris canonici. Commentarius Libri I Codicis Iuris Canonici*, Lublin 1929, s. 21-22; Ch. Berutti, *Institutiones iuris canonici*, t. I: *Normae generales*, Taurini – Romae 1936, s. 30-35; M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici. Introductio ad ius publicum ecclesiasticum*, Romae 1947, s. 268-270; W. Góralski, *Nova et vetera, Nova et vetera. Kodyfikacja prawa kanonicznego w XX stuleciu* [w:] A. Dębiński (red.), *Starożytne kodyfikacje prawa. Materiały z konferencji zorganizowanej 10 – 11 kwietnia 1999 r. w Lublinie*, Lublin 2000, s. 51; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 144; idem, *Kościół*, s. 116-117.

⁹⁶ Zob. powyżej w przyp. 94.

⁹⁷ CIC 1917, can. 1365 § 2. Cfr. CIC 1917, can. 1, 12, 87; CIC, can. 11; CCEO, can. 1490.

⁹⁸ CIC 1917, can. 1.

⁹⁹ Benedictus XV Pp. Const. Ap., *Providentissima Mater Ecclesia*, 19 maja 1917 r., AAS 9 (1918 – II), s. 8.

choćby za wypowiedzią Jean Gaudemet¹⁰⁰ – że Kościół w tworzeniu własnego prawa „użytkował” nie tylko reguły prawa rzymskiego, ale „świecką technikę legislacyjną”¹⁰¹. Prawodawca kościelny zachował przy tym klasyczny, rzymski podział materii¹⁰² na: *personae* – *res* – *actiones*, pochodzący od Gajusa¹⁰³, potem afirmowany przez Justyniana¹⁰⁴. W *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, podobnie zresztą jak w Kodeksie z 1983 r., zrezygnowano z podobnego ujęcia materii¹⁰⁵.

W jednym ze wstępnych fragmentów Konstytucji apostolskiej *Providentissima Mater Ecclesia* papież Benedykt XV o prawie rzymskim wypowiedział się następująco: (...) *quoque Romanorum ius, insigne veteris sapientiae monumentum, quod ratio scripta est merito nuncupatum* (...)¹⁰⁶. Prawodawca uznał prawo rzymskie za „dawny i dostojny pomnik mądrości” i *ratio scripta* – w domyśle – prawa. Następcy papieża Benedykta XV również odwołali się do spuścizny antycznej dyscypliny kanonicznej¹⁰⁷, przypominali o nasyceniu ustaw kościelnych prawem rzymskim (np. w kontekście rzymskiej spuścizny w „Dekrecie” Gracjana mówił papież Pius XII)¹⁰⁸ oraz podkreślali in-

¹⁰⁰ Także inni autorzy – zob. np. R. Sobański, *Teoria*, s. 122-123; P. Hemperek, W. Góralski, *op. cit.* s. 33; W. Góralski, *Nova et vetera*, s. 46; J. Krukowski, R. Sobański, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego. Tom I. Księga I. Normy ogólne*, Poznań 2003, s. 43.

¹⁰¹ J. Gaudemet, *Elementi giuridici romani nella formazione del diritto ecclesiastico dei primi secoli*, [w:] *Mondo classico e cristianesimo*, Roma 1982, s. 180.

¹⁰² Niektórzy autorzy określają ten podział jako: „rygorystyczny”. Zob. np. R. Sobański, *Teoria*, s. 124; W. Góralski, *Nova et vetera*, s. 51.

¹⁰³ *Gai institutionum commentarium quattuor*, I: de iure civili et naturali; II: superiore commentario de iure personarum III: quod genus actionum sit (według edycji: *Gai Institutiones ad Codicis veronensis apographum studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*, ed. P. Krüger, G. Studemund, Berolini 1884 – dalej jako: Gai), s. 3 i nast.; s. 45 i nast.; s. 155 i nast. Także: Gai 1, 8.

¹⁰⁴ *Corpus iuris Civilis*, vol. I: *Novellae institutiones*. Recognovit P. Krüger. Digesta recognovit Th. Mommsen, retractavit P. Krüger, Berlin 1963, reprint Hildesheim 2000 (dalej *Instytucje* jako: I, *Digesta* jako D.) – materię prawną podzielono na księgi – tytuły – paragrafy.

¹⁰⁵ W CIC z 1983 r. jest podział na: księgi – części – sekcje – tytuły – rozdziały. W CCEO natomiast jest inny podział materii, tj. na: tytuły – rozdziały – artykuły.

¹⁰⁶ Benedictus XV Pp., Const. ap. *Providentissima Mater Ecclesia*, 19 maja 1917 r., in *premiu*, AAS 9 – II (1917), s. 5.

¹⁰⁷ Np. papież Paweł VI na Międzynarodowym Kongresie w Rzymie w 1970 r., AAS 62 (1970), s. 108 (cfr. O. Robleda, *op. cit.*, s. 439). Ponadto: idem, *Allocutio*, 28 stycznia 1971 r., AAS 63 (1971) 2, s. 135-142, in *specie*: s. 139-140; cfr. *Papal Allocutions to the Roman Rota 1939 – 1994*, pod red. W. H. Woestman, Ottawa 1994 (dalej jako: *Papal Allocutions*), s. 105 – 111, in *specie* s. 109-110.

¹⁰⁸ Np. Pius XII Pp., z okazji *Centenario del Decretum Gratiani*, AAS 44 (1952), s. 376. Cfr. O. Robleda, *op. cit.*, s. 438.

spirujący wpływ, na prawo kanoniczne, systemu prawa rzymskiego (np. papież Paweł VI dostrzegł rzymskie pochodzenie – przejętej i rozwiniętej w prawie kanonicznym – koncepcji *aequitas*)¹⁰⁹.

To w równym stopniu podstawowa, co generalna analogia pomiędzy prawem rzymskim a kodyfikacją Pio – Benedyktyńską. Czy można jednak mówić o prostym – w swoim mechanizmie działania – wzorcu recepcji prawa rzymskiego w prawie z 1917 r.?

W jednym z kanonów wstępnych części ogólnej Kodeksu Piusa X i Benedykta XV, a mianowicie w kan. 20, prawodawca postanowił o postępowaniu w przypadku istnienia luki w prawie (*laguna legis*). Mianowicie, gdy zachodziła konieczność rozwiązania pewnej, istniejącej sytuacji faktycznej – poza sprawą karną – a nie było ustawy, czy to generalnej, czy to partykularnej (tzw. luka ustawowa), prawodawca wyraźnie dopuścił stosowanie: *analogia legis*, *analogia iuris* (ogólnych zasad prawa z zachowaniem *aequitas canonica*), jursprudencji i praktyki Kurii Rzymskiej oraz stałej i powszechnej opinii uczonych¹¹⁰. Kanon 20 należało ponadto powiązać z inną dyspozycją norm ogólnych Kodeksu z 1917 r., to jest z kan. 6. Jakkolwiek, wedle kan. 6 pozostawiono w mocy znaczną część poprzednio obowiązującej dyscypliny kościelnej¹¹¹, to wzajemna relacja kan. 6 i kan. 20 pozwalała na wniosek o niemożności stosowania prawa rzymskiego tylko na podstawie średniowiecznych, papieskich dyspozycji. Prawodawca bowiem, ani *explicite*, ani nawet *implicite*, nie zachował mocy obowiązującej norm prawnych uznających prawo rzymskie za *fons subsidiarius et suppletorius* (przede wszystkim papieża Lucjusza III, który wobec braku normy kanonicznej uznał dopuszczalność stosowania norm prawa rzymskiego przez trybunały kościelne). Milczenie prawodawcy – w tej materii – spowodowało, że prawo rzymskie przestało być źródłem uzupełniającym i pomocniczym prawa kanonicznego¹¹². Uprawniony zatem wydaje się wniosek, że

¹⁰⁹ Np. Paulus VI Pp., *Allocutio*, 29 stycznia 1970 r., AAS 62 (1970) 2, s. 111 – 118 (*in specie* s. 112); cfr. Papal Allocutions, s. 98-104 (*in specie* s. 99); idem, *Allocutio*, 8 lutego 1973 r., AAS 65 (1973) 1, s. 95-103, s. 99; cfr. Papal Allocutions, s. 115-122 (*in specie* s. 118-119). Także: O. Robleda, *op. cit.*, s. 439.

¹¹⁰ CIC 1917, can. 20: Si cetera de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis et similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, a stylo et praxi Curie Romanae; a communi constantique sententia doctorum. Cfr. CIC, can. 19, CCEO, can. 1501.9.

¹¹¹ CIC 1917, can. 6, n. 1° – 6°.

¹¹² A. van Hove, *op. cit.*, s. 85 – 86; G. de Michelis, *op. cit.*, s. 112 – 116; F. Xav. Wernz, P. Vidal, *Ius canonicum*, t. I: *Normae generales*, Romae 1938, s. 246; A. Vermeersch, I. Creusen, *Epitome iuris canonici cum commentariis*, t.I: *Libri I et II Codicis iuris Canonici*, Mechliniae – Romae 1963, s. 75; A. Dębiński, *Ecclesia*, s. 144.

w kodyfikacji Pio – Benedyktyńskiej nie było „prostego” i nie budzącego wątpliwości interpretacyjnych – przyzwolenia prawodawcy na stosowanie prawa rzymskiego. Analogiczny zresztą problem jawi się w obu, obecnie obowiązujących, kodyfikacjach prawa kanonicznego. Chodzi o redakcję kan. 1501 CCEO i kan. 19 CIC, których treść jest merytorycznie tożsama z treścią kan. 20 Kodeksu z 1917 r.

Odpowiedź na pytanie, czy na podstawie analogii prawa można było – a obecnie można – stosować zasady prawa rzymskiego sprawa pewne trudności. Prawnik wychowany w duchu „obojga praw”, czy to intuicyjnie i nie nazbyt poprawnie, czy to poprawnie – odwołując się do historii prawa kanonicznego – usunie lukę według zasad prawa rzymskiego. Tego rodzaju działania interpretacyjne znajdują zwolenników, a zasady prawa rzymskiego ujmowane są jako: „poprzedzające pozytywne prawo kościelne”¹¹³, „wyznaczające tradycję”¹¹⁴, czy „wydedukowane z prawa kościelnego”¹¹⁵. Ważkim

¹¹³ Np. J. Krukowski, R. Sobański, *op. cit.*, s. 74.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Reg. 1 in VI^o – CIC 1917, can. 1443 § 1; Reg. 2 in VI^o – CIC 1917, can. 1512; Reg. 3 in VI^o – CIC 1917, can. 1512; Reg. 4 – 5 in VI^o – CIC 1917, can. 2248 § 2 – 3; Reg. 7 in VI^o – CIC 1917, can. 74; Reg. 8 in VI^o – CIC 1917, can. 1825 § 1; Reg. 11 in VI^o – CIC 1917, can. 1748 § 2, 1869 § 4; Reg. 12 in VI^o – CIC 1917, can. 1869 § 3; Reg. 13 in VI^o – CIC 1917, can. 16 § 1, 2229 § 3, n. 1; Reg. 15 in VI^o – CIC 1917, can. 12, 19, 50, 68, 2219 § 1, 2228, 2242 § 1, 2245 § 4, 2246 § 2, 2255 § 2, 2293 § 4, 2296 § 2; Reg. 16 in VI^o – CIC 1917, can. 61, 70, 963; Reg. 18 in VI^o – CIC 1917, can. 1081 § 1, 1133 § 1; Reg. 20 in VI^o – CIC 1917, can. 1656 § 3; Reg. 21 in VI^o – CIC 1917, can. 181 § 4, 1729 § 4, 1731 § 1; Reg. 22 in VI^o – CIC 1917, can. 2293 § 4; Reg. 23 in VI^o – CIC 1917, can. 2199, 2218 § 2, 2228, 2233 § 1, 2242 § 1; Reg. 25 in VI^o – CIC 1917, can. 177 § 1, 178, 181 § 2, 1122 § 1, 1458 § 1, 1569 § 3, 1736, 1844 § 1, 1849, 1850 § 1, 1886; Reg. 27 in VI^o – CIC 1917, can. 1074 § 2; Reg. 28 in VI^o – CIC 1917, can. 67, 85; Reg. 29 in VI^o – CIC 1917, can. 101 § 1, n. 2, 526; Reg. 30 in VI^o – CIC 1917, can. 50, 68, 2245 § 4, 2255 § 2; Reg. 31 in VI^o – CIC 1917, can. 162 § 1, 1711 § 2; Reg. 33 in VI^o – CIC 1917, can. 181 § 4, 1314, 1319, 1729, 1731; Reg. 34 in VI^o – CIC 1917, can. 48 § 1; Reg. 35 in VI^o – CIC 1917, can. 66 § 3, 200 § 1, 1052, 2273; Reg. 37 in VI^o – CIC 1917, can. 167 § 2; Reg. 42 in VI^o – CIC 1917, can. 65, 66 § 3, 200 § 1, 208, 371, 1318 § 1, 1420 § 3, 1567, 1692, 1961, 2273; Reg. 43 in VI^o – CIC 1917, can. 846 § 2; Reg. 45 in VI^o – CIC 1917, can. 29; Reg. 46 in VI^o – CIC 1917, can. 17, 58, 66 § 2, 80, 368 § 2, 435 § 2, 963, 1885 § 2, 2221, 2235, 2236 § 1; Reg. 47 in VI^o – CIC 1917, can. 16 § 2; Reg. 48 in VI^o – CIC 1917, can. 50; Reg. 49 in VI^o – CIC 1917, can. 2219 § 1, 2228, 2245 § 4, 2246 § 2, 2255 § 2, 2258 § 2, 2296 § 2; Reg. 51 in VI^o – CIC 1917, can. 1150, 1537; Reg. 53 in VI^o – CIC 1917, can. 66 § 3, 200 § 1, 1052; Reg. 54 in VI^o – CIC 1917, can. 48 § 2, 106, 205 § 2, 206, 1553 § 2, 1567, 1656, 2247 § 1; Reg. 58 in VI^o – CIC 1917, can. 1318 § 1 – 2; Reg. 61 in VI^o – CIC 1917, can. 68 – 69, 77; Reg. 64 in VI^o – CIC 1917, can. 103 § 1, 169 § 1, n. 2, 185, 572 § 1, 1087 § 1, 1855 § 1, 1905 § 2, n. 4, 2238; Reg. 65 in VI^o – CIC 1917, can. 1748 § 2, 1869 § 4; Reg. 68 in VI^o – CIC 1917, can. 80, 199 § 1, 343 § 1, 506 § 2, 511, 512 § 1, 552 § 2, 765, n. 5, 795, n. 5, 1088 § 1, 1095 § 2, 1156, 1327 § 2, 1443 § 2, 1445, 1655 § 3, 2236 § 1, 2253, 2307; Reg.

argumentem, przemawiającym za dopuszczalnością usuwania luk w prawie przy pomocy zasad prawa rzymskiego, jest rozróżnienie pomiędzy powoływaniem zasad prawa rzymskiego, a powoływaniem prawa rzymskiego – bez wykazania rzymskich korzeni terminologicznych czy instytucjonalnych. Mówiąc o regułach prawa rzymskiego „wyznaczające tradycję kanoniczną” – zgadzam się z innymi – mam głównie na uwadze *regule iuris* zawarte w *Liber sextus* papieża Bonifacego VIII oraz w *Decretales* papieża Grzegorza IX. Ponadto powinno się wziąć pod uwagę reguły prawa antycznego z księgi 50. *Digestów*¹¹⁶, albo te dedukowane z innych części kodyfikacji justyniańskiej.

Na przykład wyraźną analogię widać pomiędzy niektórymi regułami z *Liber sextus* a normami zawartymi w kodeksowych normach ogólnych kodyfikacji od 1917 r., do 1990 r. W kanonie 19 Kodeksu Pio – Benedyktyńskiego, gdzie mowa o ustawach podlegających ścisłej interpretacji (tj. *leges* ustanawiające kary, ograniczające swobodne wykonywanie uprawnień, zawierające wyjątek od ustawy), widać analogię do reguły zawartej w *Digestach* justyniańskich: *odia restringi et favores convenit ampliari*¹¹⁷, co przejęto w prawie katolickich Kościołów wschodnich¹¹⁸ oraz w prawie łacińskim¹¹⁹. Podobnie się rzecz ma w odniesieniu do aprobaty prawodawcy kościelnego reguł opisujących wprost skutki pewnych zachowań, jak: *ignorantia*

69 in VI^o – CIC 1917, can. 1318 § 1; Reg. 72 in VI^o – CIC 1917, can. 199 § 1, 343 § 1, 506 § 2, 511, 512 § 1, 552 § 2, 765, n. 5, 795, n. 5, 1088 § 1, 1095 § 2, 1156, 1327 § 2, 1443 § 2, 1445, 1655 § 3, 2236 § 1, 2253, 2307; Reg. 74 in VI^o – CIC 1917, can. 49, 67, 85; Reg. 75 in VI^o – CIC 1917, can. 1130, 1319; Reg. 76 in VI^o – CIC 1917, can. 536 § 3, 537, 1527 § 2, 1535, 1653 § 4; Reg. 78 in VI^o – CIC 1917, can. 85; Reg. 80 in VI^o – CIC 1917, can. 66 § 3, 200 § 1, 2273; Reg. 81 in VI^o – CIC 1917, can. 85, 368 § 1, 1403 § 1, 1662, 1740 § 2, 1089 § 1; Reg. 84 in VI^o – CIC 1917, can. 43, 44 § 2; Reg. 85 in VI^o – CIC 1917, can. 1565 § 2; Reg. 87 in VI^o – CIC 1917, can. 331, 974 § 1, 984, 987, n. 7, 2294 § 1. Cfr. V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 29-31, 33-40, 43-46, 56-81, 84-96, 99-109, 111-138, 140-148, 150-152, 161-182, 185-189, 192-196, 204-205, 208-209, 215-222, 224-229, 231-245, 248-251, 253-256; A. Dębiński, *Kościół*, s. 163-172.

¹¹⁶ D. 50, 17: *De diversis regulis iuris antiqui*.

¹¹⁷ Reg. 15 in VI^o. D. 50, 17, 20; D. 50, 17, 56; D. 50, 17, 155, 2. Także: D. 48, 19, 42; *Basilicorum libri LX*, lib. II, tit. III, reg. 9: *In obscuris minimum eligimus*; CIC 1917, can. 19. Cfr. G. de Michelis, *op. cit.*, s. 449; H. J. Cicognani, *Commentarium ad Librum primum Codicis Iuris Canonici*, Romae 1939, t. I, s. 61; A. Vermeersch, I. Creusen, *op. cit.*, s. 141 – 145; V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 73-79; B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 307; A. Dębiński, *Kościół*, s. 165.

¹¹⁸ CCEO, can. 1500.

¹¹⁹ CIC, can. 18.

*facti, non iuris, excusat*¹²⁰; *praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur*¹²¹; albo skutki zachowania się adresatów prawa ujmujących opisowo: *inspicimus in obscuris quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit*¹²².

Regułę: *decet beneficium concessum a principe esse mansurum*¹²³ można powiązać z kan. 4 Kodeksu z 1917 r.¹²⁴, wraz z jej późniejszymi odpowiednikami w obecnie obowiązującym prawie wschodnim, iż prawa nabyte i przywileje udzielone przez Stolicę Apostolską, będące w użyciu i nie odwołane, wymagają wyraźnego (*expresse*) odwołania¹²⁵. Zasadę wedle której *qui sentit onus sentire debet commodum et econtra* – w szerokim znaczeniu – odnieść można do kan. 14 § 1 z 1917 r.¹²⁶ wraz z tegoż odpowiednikami w prawie obecnie obowiązującym¹²⁷, że wobec tułaczy stosuje się ustawę, która obowiązuje tam, gdzie przebywają.

Geneza innych kanonów o charakterze ogólnym prawa z 1917 r. oraz Kodeksu z 1990 r., sięga justyniańskich *Digestów*, *Kodeksu* czy *Instytucji*. Mam na myśli następujące postanowienia prawodawcy: ustawy powstają z chwilą ich promulgowania¹²⁸, zasadniczo dotyczą przyszłości¹²⁹, są unieważniające lub uniezdalniają, jeśli wyraźnie

¹²⁰ Reg. 13 in VI^o, cfr. D. 17, 1, 29, 1; D. 22, 6, 9; CIC 1917, can. 16 § 1; CCEO, can. 1497 § 1, CIC, can. 15 § 1. Cfr. G. Michelis, *op. cit.*, s. 353 – 358; V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 67 – 73; A. Dębiński, *Kościół*, s. 164.

¹²¹ Reg. 47 in VI^o, cfr. CIC 1917, can. 16 § 2; CCEO, can. 1497 § 2; CIC, can. 15 § 2. Cfr. G. Michelis, *op. cit.*, s. 353-358; V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 175-176; A. Dębiński, *Kościół*, s. 168.

¹²² Reg. 45 in VI^o, cfr. CIC 1917, can. 29; CCEO, can. 1508; CIC, can. 27 – Cfr. G. Michelis, *op. cit.*, s. 391; V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 172 – 175; B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 2*, s. 24; A. Dębiński, *Kościół*, s. 168.

¹²³ Reg. 16 in VI^o, cfr. C. 1, 2, 12.

¹²⁴ Cfr. B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 300; G. de Michelis, *op. cit.*, s. 70-72; H. J. Cicognani, *op. cit.*, s. 61; V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 79-81; A. Dębiński, *Kościół*, s. 165.

¹²⁵ CCEO, can. 5; CIC, can. 4.

¹²⁶ Według Deutscha istnieje analogia pomiędzy can. 14 § 1 CIC 1917 a Reg. 55 in VI^o (*Qui sentit onus, sentire debet commodum, et e contra*) oraz D. 50, 17, 10 (*Paulus libro tertio ad Sabinum*): *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*. Zob. B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 304 – 305. Cfr. V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 196-200, A. Dębiński, *Kościół*, s. 169.

¹²⁷ CCEO, can. 1491 § 4; CIC, can. 13 § 3 CIC.

¹²⁸ C. 1, 14. Cfr. CIC 1917, can. 8 § 1; CCEO, can. 1488; CIC, can. 7. Także: *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli Pp. II promulgatus. Fontium annotatione auctus*, oprac. Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis, Città del Vaticano 1995 (dalej jako: CCEO fontes) s. 491. Cfr. G. de Michelis, *op. cit.*, s. 234; B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 302.

¹²⁹ C. 1, 14, 7; 10, 32, 66 (65) *in fine*; *Corpus Iuris Civilis*, vol. III: *Novellae*, ed. R. Schoell, G. Kroll, Berlin 1954, reprint Hildesheim 2005 (dalej jako: Nov.) Nov. 19, 1 *in fine*; 76, 1, 1;

to z nich wynika¹³⁰, należy je tłumaczyć wedle własnego znaczenia – wynikającego z tekstu i z kontekstu – słów¹³¹ oraz istnieje określony sposób postępowania w braku wyraźnej – za wyjątkiem karnej – ustawy¹³². Poza tym na podstawie reguły *lex posterior derogat legi anteriori*¹³³ tylko niektóre podmioty władne są dokonywać autentycznej interpretacji ustaw¹³⁴, a zwyczaj może być źródłem prawa kanonicznego¹³⁵. Sposób obliczania biegu czasu wykazuje podobieństwa do regulacji Justyniana w *Digestach*¹³⁶.

Wpływ prawa rzymskiego na prawo kodeksowe jest widoczny nie tylko w normach ogólnych prawa kanonicznego. W kodyfikacjach od 1917 r. począwszy, w tym Kodeksie Pio – Benedyktyńskim oraz w Kodeksie Kanonów Kościołów Wschodnich z 1990 r., w znaczącej ilości kanonów, zamieszczonych w różnych częściach kodyfikacji, dotyczących instytucji prawa materialnego i formalnego, poszukiwać można rzymskiej genezy norm prawnych. Uprawnione wydaje się poszukiwanie, istotnej merytorycznie, recepcji prawa rzymskiego w prawie kodeksowym lub chociażby wpływu na obecną treść po-

115, 1. Cfr. CIC 1917, can. 10; CCEO, can. 1494, CIC, can. 9. Także: CCEO *fontes*, s. 493. Cfr. Np. B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 303.

¹³⁰ C. 1, 2, 14 (4–5); 1, 14, 5. Cfr. CIC 1917, can. 11; CCEO, can. 1495; CIC, can. 10. Także: CCEO *fontes, ibidem*. Cfr. G. de Michelis, *op. cit.*, s. 272-273; B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 303.

¹³¹ D. 1, 3, 18–19 e 25; 50, 17, 192. Cfr. CIC 1917, can. 18, CCEO, can. 1499; CIC, can. 17. Także: CCEO *fontes*, s. 494. Według niektórych autorów Reg. 46 in VI^o koresponduje z can. 17 CIC 1917. zob. G. Michelis, *op. cit.*, s. 405; V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 172-175; B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 306-307; A. Dębiński, *Kościół*, s. 168.

¹³² D. 1, 3, 4–6 i 12–13 i 32. Cfr. CIC 1917, can. 20; CCEO, can. 1501; CIC, can. 19. Także: CCEO *fontes, ibidem*.

¹³³ I, 1, 2, 11; D. 1, 4, 4; 42, 1, 14. Cfr. CIC 1917, can. 22; CCEO, can. 1502 § 1; CIC, can. 20. CIC 1917, can. 23; can. 1503 CCEO; CIC, can. 21. Także: CCEO *fontes, ibidem*. Cfr. B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 308-309.

¹³⁴ C. 1, 14, 9 e 11–12; cfr. CIC 1917, can. 17 § 1; CCEO, can. 1498 § 1, CIC, can. 16 § 1 CIC. Nov. 76, 1, 1; 143, 1 *in fine*; cfr. CIC 1917, can. 17 § 2; CCEO, can. 1498 § 2; CIC, can. 16 § 2. C. 1, 14, 3 *in fine*; cfr. CIC 1917, can. 17 § 3; CCEO, can. 1498 § 3; CIC, can. 16 § 2. Także: CCEO *fontes*, s. 493. Cfr. G. Michelis, *op. cit.*, s. 383.

¹³⁵ D. 1, 3, 32–33; C. 8, 52, (53), 1; cfr. CIC 1917, can. 27 § 1, 28; CCEO, can. 1507 § 3; CIC, can. 26. D. 1, 3, 27. Także: CCEO *fontes*, s. 495.

¹³⁶ CIC 1917, can. 35 (cfr. PAL, can. 325); CCEO, can. 1544 § 2 (cfr. CIC, can. 201 § 1) – D. 48, 5, 12 (11); C. 7, 40, 2, (11). CIC 1917, can. 32 § 1–2 (cfr. PAL, can. 322 § 1–2); CCEO, can. 1545 § 1 (cfr. CIC, can. 202 § 1) – D. 2, 12, 8. CIC 1917, can. 34 § 2 (cfr. PAL, can. 324 § 2); CCEO, can. 1545 § 2 (cfr. CIC, can. 202 § 2) – D. 40, 7, 4, (5), 16, 98 i 132 i 134. CIC 1917, can. 34 § 3, n. 4^o–5^o (cfr. PAL, can. 324 § 3, n. 4^o–5^o); CCEO, can. 1546 § 1 (cfr. CIC, can. 203 § 1) – D. 4, 4, 3, (3); 28, 1, 5; 40, 1, 1; 44, 7, 6. Także: CCEO *fontes*, s. 505. Cfr. B. F. Deutsch, *Ancient Law, Part 1*, s. 28-29.

szczególnych kanonów. Materia do badań porównawczych są – przy zastosowaniu systematyki kodeksowej z 1917 r. – pewne kanony prawa osobowego¹³⁷ (w tym zwłaszcza *de clericis*¹³⁸), niektóre kanony prawa rzeczowego¹³⁹ lub normy karne¹⁴⁰. Znakomita zaś większość

¹³⁷ CIC 1917, can. 88 § 1 (cfr. CS, 17 § 1); CCEO, can. 909 § 1 (cfr. CIC, can. 97 § 1) – D. 4, 4, 1; 23 1, 14; C. 6, 30, 18, CIC 1917, can. 88 § 3 (cfr. CS, can. 17 § 3, n. 1°); CCEO, can. 909 § 2 (cfr. CIC, can. 97 § 2) – I. 3, 19, 10. CIC 1917, can. 88 § 3 (cfr. CS, can. 17 § 3, n. 2°); CCEO, can. 909 § 3 (cfr. CIC, can. 99) – I. 3, 19, 10; D. 44, 7, 1, (12 – 13). CIC 1917, can. 89 (cfr. CS, can. 18); CCEO, can. 910 § 2 (cfr. CIC, can. 98 § 2) – I. 3, 19, 8 – 10; D. 44, 7, 43; C. 6, 30, 18. CIC 1917, can. 91 (cfr. PA, can. 304); CCEO, can. 911 (cfr. CIC, can. 100) – D. 50, 16, 239, (2 – 3); C. 10, 40, (39), 1 i 3 – 5 i 7. CIC 1917, can. 92 § 1 (cfr. CS, can. 20 § 1); CCEO, can. 912 § 1 (cfr. CIC, can. 102 § 1) – D. 47, 10, 5, (2); 50, 1, 17, (13); 50, 16, 203; C. 10, 40, (39), 2 i 7, (1). CIC 1917, can. 93 § 1 (cfr. CS, can. 21 § 1); CCEO, can. 914 (cfr. CIC, can. 104) – D. 5, 1, 65; 50, 1, 32; C. 12, 1, 13. CIC 1917, can. 93 § 1 – 2 (cfr. CS, can. 21 § 2); CCEO, can. 915 § 1 (cfr. CIC, can. 105 § 1) – D. 50, 1, 3 – 4. CIC 1917, can. 96 (cfr. CS, can. 24); CCEO, can. 918 (cfr. CIC, can. 108) – I. 3, 6, pr. – 7; D. 38, 10, 1 i 10, (9 – 10). CIC 1917, can. 97 § 1 – 2 (cfr. CS, can. 25 § 1, n. 1° – 2°); CCEO, can. 919 § 1 (cfr. CIC, can. 109 § 1) – D. 38, 10, 4, (3 i 8) i 6 – 8, 10; CIC 1917, can. 89 (cfr. CS, can. 27); CCEO, can. 920 (cfr. CIC, can. 113 § 2 i 115 § 1) – D. 3, 4, 1, pr.; 47, 22, 3. CIC 1917, can. 100 § 2 (cfr. CS, can. 28 § 2); CCEO, can. 923 (cfr. CIC, can. 115 § 2) – D. 50, 16, 85. CIC 1917, can. 102 § 2 (cfr. CS, can. 30 § 2); CCEO, can. 925 (cfr. CIC, can. 120 § 2) – D. 3, 4, 7, (2). CIC 1917, can. 102 § 1 (cfr. CS, can. 30 § 1); CCEO, can. 927 § 1 (cfr. CIC, can. 120 § 1) – C. 1, 3, 55, (57), (3). CIC 1917, 103 § 1 (cfr. CS, can. 32 § 1); CCEO, can. 932 § 1 (cfr. CIC, can. 125 § 1) – D. 4, 2, 1; C. 2, 4, 13. CIC 1917, can. 103 § 2 (cfr. CS, can. 32 § 2); CCEO, can. 932 § 2 (Cfr. CIC, can. 124 § 2) – D. 4, 2, 5 – 7 i 9, (pr. – 1) i 21, (1). CIC 1917, can. 104 (cfr. CS, can. 33); CCEO, can. 933 (cfr. CIC, can. 126) – D. 50, 17, 116, (2); C. 3, 32, 18. CIC 1917, can. 101 § 1, n. 1° (cfr. CS, can. 29 § 1, n. 1°); CCEO, can. 956 § 1 (cfr. CIC, can. 119, n. 1° i can. 176) – D. 3, 4, 3 – 4; 50, 1, 19; 50, 17, 160. Cfr. CCEO *fontes* – w odniesieniu do poszczególnych kanonów.

¹³⁸ CIC 1917, can. 138, 139 § 1 (cfr. CS, can. 79, 80 § 1, 81); CCEO, can. 382 (cfr. CIC, can. 289 § 1) – C. 1, 4, 34. CIC 1917, can. 121, 141 § 1 (cfr. CS, can. 56, 82 § 1); CCEO, can. 383, n. 2 (cfr. CIC, can. 289 § 1) – C. 1, 3, 2 i 6 i Nov. 123, 6; CIC 1917, can. 120 § 1 (cfr. CS, can. 55 § 1); CCEO, can. 389 – C. 1, 4, 13 i Nov. 83 *praef.* CIC 1917, can. 203 § 1 (cfr. CS, can. 144 § 1; SN, can. 8 § 1); CCEO, can. 983 § 2 (cfr. CIC, can. 133 § 1) – C. 2, 12, (13), 10; 7, 48. CIC 1917, can. 201 § 1, § 3 (cfr. CS, can. 142 § 1, § 3; SN, can. 7 § 1); CCEO, can. 986 (cfr. CIC, can. 136) – D. 1, 18, 3. CIC 1917, can. 199 § 1 (cfr. CS, can. 140 § 1; SN, can. 5 § 1); CCEO, can. 988 § 3 (CIC, can. 137 § 3) – D. 1, 21, 1, p i 5. CIC 1917, can. 200 § 1 (cfr. CS, can. 141 § 1; SN, can. 6 § 1); CCEO, can. 989 i can. 138 CIC – D. 2, 1, 2. CIC 1917, can. 207 § 1 (cfr. CS, can. 149 § 1, n. 1°; SN, can. 11 § 1); CCEO, can. 992 § 1 (cfr. CIC, can. 143 § 2) – D. 2, 1, 6; 5, 1, 58. Cfr. CCEO *fontes* – w odniesieniu do poszczególnych kanonów.

¹³⁹ CIC 1917, can. 1508 (cfr. PAL, can. 246); CCEO, can. 1540 (cfr. CIC, can. 197) – I. 2, 6, pr. i 1; D. 39, 3, 2; C. 2, 19, (20), 3; 7, 33, 7; 38, 2; D. 39, 3, 2; C. 2, 19 (20), 3; 7, 33, 7; 38, 2. C. 3, 32, 4; 7, 33, 1 i 6. CIC 1917, can. 1509 (cfr. PAL, can. 247); CCEO, can. 1542 (cfr. CIC, can. 199) – C. 1, 3, 45 (46), (11 – 12). Cfr. CCEO *fontes* – w odniesieniu do poszczególnych kanonów.

¹⁴⁰ CIC 1917, can. 2299 § 3 (cfr. SN, can. 451; CS, can. 57); CCEO, can. 1410 (cfr. CIC, can.

kanonów o rzymskich korzeniach zawierają normy prawa procesowego – *de iudicibus*¹⁴¹.

1350 § 1 – 2) – D. 42, 1, 19; 50, 17, 173. Cfr. CCEO *fontes* – w odniesieniu do poszczególnych kanonów.

¹⁴¹ CIC 1917, can. 1552 § 2 (cfr. SN, can. 1 § 2); CCEO, can. 1055 § 1 (cfr. CIC, 1400 § 1) – D. 50, 16, 178, (2). CIC 1917, can. 1559 § 1 (cfr. SN, can. 22 § 1); CCEO, can. 1073 § 1 (cfr. CIC, can. 1407 § 1) – C. 7, 48, 4. CIC 1917, can. 1680 § 1 (cfr. SN, can. 200 § 1); CCEO, can. 931 § 1 (Cfr. CIC, can. 124 § 1) – C. 1, 14, 5. CIC 1917, can. 1559 § 2 (cfr. SN, can. 22 § 2); CCEO, can. 1073 § 2 (cfr. CIC, can. 1407 § 2) – D. 2, 1, 15; 5, 1, 1 – 2; C. 3, 13, 3; 7, 48, 1. CIC 1917, can. 1559 § 3 (cfr. SN, can. 22 § 3); CCEO, can. 1073 § 3 (cfr. CIC, can. 1407 § 3) – C. 3, 13, 2 i 5; 3, 12, 22; 3, 19, 3. CIC 1917, can. 1561 § 1 (cfr. SN, can. 24); CCEO, can. 1074 (cfr. CIC, can. 1408) – D. 5, 1, 65; 42, 5, 1 – 2; C. 3, 13, 2; 12, 1, 13. CIC 1917, can. 1564 (cfr. SN, can. 27); CCEO, can. 1076 (cfr. CIC, 1410 CIC) – C. 3, 9, 2, (pr. i 3); 3, 20. CIC 1917, can. 1565 § 1 – 2 (cfr. SN, can. 28 § 1 – 2); CCEO, can. 1077 § 1 (CIC, can. 1411 § 1) – C. 3, 13, 2; 3, 18; D. 5, 1, 19; 5, 1, 45 i 49; 42, 5, 1 i 3. CIC 1917, can. 1566 § 1 – 2 (cfr. SN, can. 29); CCEO, can. 1078 (cfr. CIC, 1412) – D. 1, 18, 3; 9, 4, 43; 48, 3, 7; C. 3, 15, 1; 9, 9, 15. CIC 1917, can. 1560, n. 3^o (cfr. SN, can. 23, n. 3^o); CCEO, can. 1079, n. 1^o (cfr. CIC, can. 1413, n. 1^o) – C. 3, 21, 1; D. 5, 1, 19, (1). CIC 1917, can. 1560, n. 4^o (cfr. SN, can. 23, n. 4^o); CCEO, can. 1079, n. 2^o (cfr. CIC, can. 1413, n. 2^o) – D. 5, 1, 38; C. 3, 17 i 20. CIC 1917, can. 1567 (cfr. SN, can. 30); CCEO, can. 1081 (cfr. CIC, can. 1414) – C. 3, 1, 10; 3, 1, 12, (2); 3, 8, 3 – 4. CIC 1917, can. 1568 (cfr. SN, can. 31); CCEO, can. 1082 (cfr. CIC, can. 1415) – D. 5, 1, 7; C. 2, 2, 4. CIC 1917, can. 1577 § 1 (cfr. SN, can. 48 § 1); CCEO, can. 1085 § 1 (cfr. CIC, can. 1426 § 1) – D. 42, 1, 36 – 37 i 39. CIC 1917, can. 1925 § 1 (cfr. SN, can. 94 § 1); CCEO, can. 1103 § 1 (cfr. CIC, can. 1446 § 1) – I. 4, 16, pr.; CIC 1917, can. 1613 § 1 (cfr. SN, can. 128 § 1); can. CCEO, 1106 § 1 (cfr. CIC, can. 1448 § 1) – D. 2, 1, 10; 47, 10, 5, pr.; CIC 1917, can. 1618 – 1619 § 2 (cfr. SN, can. 133, 134 § 2); CCEO, can. 1110 § 1 (cfr. CIC, can. 1452 § 1) – C. 2, 10, (11). CIC 1917, can. 1620 (cfr. SN, can. 135); CCEO, can. 1111 (cfr. CIC, can. 1453) – C. 3, 1, 12, pr.; 3, 1, 13, pr. (1 i 8 a); 9, 44, 3. CIC 1917, can. 1621 § 1 – 2 (cfr. SN, can. 136 § 1 – 2); CCEO, can. 1112 (cfr. CIC, can. 1454) – D. 4, 3, 21; C. 4, 1, 12, (4 b). CIC 1917, can. 1625 § 1 – 2 (cfr. SN, can. 140 § 1 – 2); CCEO, can. 1115 § 1 (cfr. CIC, can. 1457 § 1) – C. 3, 1, 13, (8). CIC 1917, can. 1628 § 1 (cfr. SN, 143 § 1); CCEO, can. 1118 § 2 (cfr. CIC, can. 1459 § 2) – I. 4, 13, 8, (7) – 11; D. 44, 1, 2, (4) i 3; C. 3, 1, 12, (1); 4, 19, 19; 8, 35, (36), 13. CIC 1917, can. 1629 § 1 (cfr. SN, can. 144); CCEO, can. 1121 § 1 (CIC, can. 1462 § 1) – I. 4, 13, 8, (7) – 11, (10); D. 44, 1, 2, (4) i 3; C. 7, 50, 2; 8, 35, (36), 8. CIC 1917, can. 1634 § 1 (cfr. SN, can. 149 § 1); CCEO, can. 1124 § 1 (cfr. CIC, can. 1465 § 1) – C. 7, 63, 2; Nov. 115, 2. CIC 1917, can. 1634 § 2 (cfr. SN, can. 149 § 2); CCEO, can. 1124 § 2 (cfr. CIC, can. 1465 § 2) – D. 2, 12, 7 i 10; C. 3, 11, 1 i 4. CIC 1917, can. 1638 (cfr. SN, can. 150); CCEO, can. 1126 (cfr. CIC, can. 1467) – C. 3, 11, 3. CIC 1917, can. 1647 (cfr. SN, can. 161); CCEO, can. 1134 (cfr. CIC, can. 1476) – D. 3, 1, 1; 5, 1, 13. CIC 1917, can. 1648 § 1 (cfr. SN, can. 163 § 1); CCEO, can. 1136 § 1 (cfr. CIC, can. 1478 § 1) – D. 3, 1, 1 – 5; 22, 6, 10; 42, 1, 45, (2); C. 3, 6, 1. CICB, can. 1648 § 2 (cfr. SN, can. 163 § 2); CCEO, can. 1136 § 2 (cfr. CIC, can. 1478 § 2) – I. 1, 21, 3; D. 26, 1, 3, (2 – 4). CIC 1917, can. 1650 (cfr. SN, can. 165); CCEO, can. 1136 § 4 (cfr. CIC, can. 1478 § 4), zob.: D. 3, 1, 1, (2 – 4); 27, 10, 1. CIC 1917, can. 1655 § 3 (cfr. SN, can. 170 § 3); CCEO, can. 1139 § 1 (cfr. CIC, can. 1481 § 1) – D. 49, 9, 1; C. 2, 12, (13), 26; 7, 62, 9. CIC 1917, can. 1655 § 1 (cfr. SN, can. 170 § 1); CCEO, can. 1139 § 2 (cfr. CIC, can. 1481 § 2) – D. 3, 1, 1, (4). CIC 1917, can. 1656 § 1 (cfr. SN, can.

171 § 1); CCEO, can. 1140 § 1 (cfr. CIC, can. 1482 § 1)– D. 49, 1, 4, (5); Nov. 71. CIC 1917, can. 1656 § 2 (cfr. SN, can. 171 § 2); CCEO, can. 1140 § 2 (cfr. CIC, can. 1482 § 2)– D. 3, 3, 31, (1– 2) i 32. CIC 1917, can. 1657 § 1– 2 (cfr. SN, can. 172 § 1– 2, 173 § 1– 2); CCEO, can. 1141 (cfr. CIC, can. 1483)– C. 2, 12, (13), 6. CIC 1917, can. 1659 § 1, 1661 (cfr. SN, can. 174 § 1; 176); CCEO, can. 1142 § 1 (cfr. CIC, can. 1484 § 2)– D. 3, 3, 1 i 65; C. 2, 12, (13), 24. CIC 1917, can. 1662 (cfr. SN, can. 179); CCEO, can. 1143 (cfr. CIC, can. 1485)– D. 3, 3, 60; 12, 2, 17– 19; C. 4, 1, 7. CIC 1917, can. 1664 § 1 (cfr. SN, can. 181 § 1); CCEO, can. 1144 § 1 (cfr. CIC, can. 1486 § 1)– D. 3, 3, 16 i 17, pr.; 49, 1, 4, (5); C. 2, 12, (13), 22. CIC 1917, can. 1664 § 2 (cfr. SN, can. 181 § 2); CCEO, can. 1144 § 2 (cfr. CIC, can. 1486 § 2)– D. 49, 1, 4, (5); 49, 9, 2; C. 7, 62, 3. CIC 1917, can. 1665 § 1– 2 (cfr. SN, can. 182 § 1– 2); CCEO, can. 1146 § 1 (cfr. CIC, can. 1488 § 1)– D. 50, 13, 1, (10– 12); C. 2, 6, 5 i 6, (2); 2, 12, (13), 15. CIC 1917, can. 1666 (cfr. SN, can. 183); CCEO, can. 1147 (cfr. CIC, can. 1489)– D. 48, 19, 38, (8). CIC 1917, can. 1667 (cfr. SN, can. 184); CCEO, can. 1149 (cfr. CIC, can. 1491 i 1492 § 2)– D. 44, 1, 20; 44, 4, 5, (6); 50, 16, 178, (2); 50, 17, 156, (1). CIC 1917, can. 1701 (cfr. SN, can. 221), CCEO, can. 1150 (CIC, can. 1492 § 1)– C. 7, 35, 5; 7, 39, 3; 7, 40, 1. CIC 1917, can. 1702 (cfr. SN, can. 222); CCEO, can. 1152 § 1– D. 47, 1, 1; 48, 4, 11; 48, 16, 8– 10; 48, 19, 20. CIC 1917, can. 1703 (cfr. SN, can. 223); can. 1152 § 2 CCEO (cfr. CIC, can. 1362 § 1)– D. 48, 5, 12, (11), (4); C. 9, 22, 12; 9, 35, 5. CIC 1917, can. 1704 n. 1° (cfr. SN, can. 224, n. 1°); CCEO, can. 1154– D. 47, 1, 1; 49, 13, 1; C. 4, 17; 7, 66, 3. CIC 1917, can. 1669 § 1 (cfr. SN, can. 186 § 1); CCEO, can. 1155 (cfr. CIC, can. 1493)– D. 50, 17, 130; C. 9, 31, 1. CIC 1917, can. 1690 § 2 (cfr. SN, can. 210 § 2); CCEO, can. 1156 § 2 (cfr. CIC, can. 1494 § 2)– D. 44, 1, 22. CIC 1917, can. 1692 (cfr. SN, can. 212); CCEO, can. 1157 (cfr. CIC, can. 1495)– Nov. 96, 2, 1. CIC 1917, can. 1672 § 1 (cfr. SN, can. 189 § 1); CCEO, can. 1158 § 1 (CIC, can. 1496 § 1)– D. 2, 8, 7, (2); C. 4, 4; 7, 65, 5. CIC 1917, can. 1926 (cfr. SN, can. 95); CCEO, can. 1164 (cfr. CIC, can. 1714)– D. 38, 17, 1, (12). CIC 1917, can. 1927 § 1 (cfr. SN, can. 96 § 1); CCEO, can. 1165 § 1 (CIC, can. 1715 § 1)– D. 47, 2, 55, (54), (5); C. 2, 4, 18. CIC 1917, can. 1929 (cfr. SN, can. 98 § 1); CCEO, can. 1168 § 1 (cfr. CIC, can. 1713) → D. 4, 8, 1; C. 2, 55, (56). CIC 1917, can. 1706 (cfr. SN, can. 228); CCEO, can. 1185 (cfr. CIC, can. 1502)– C. 7, 40, 3; Nov. 53, 3. CIC 1917, can. 1708 (cfr. SN, can. 230); CCEO, can. 1187 (cfr. CIC, can. 1504)– D. 6, 1, 6; C. 2, 1, 3. CIC 1917, can. 1709 § 3 (cfr. SN, can. 231 § 3); CCEO, can. 1188 § 4 (cfr. CIC, can. 1505 § 4)– D. 49, 5, 6. CIC 1917, can. 1711 § 1, 1712 § 2 (cfr. SN, can. 233 § 1, 234 § 1); CCEO, can. 1190 § 1 (cfr. CIC, can. 1507 § 1)– D. 2, 5– 7. CIC 1917, can. 1725, n. 3° (cfr. SN, can. 247, n. 3°); CCEO, can. 1194, n. 2° (cfr. CIC, can. 1512, n. 2°)– D. 2, 1, 19, pr.; C. 3, 1, 16; Nov. 53, 3, pr. i 2; Nov. 123, 24. CIC 1917, can. 1725, n. 4° (cfr. SN, can. 247, n. 4°); CCEO, can. 1194, n. 4° (Cfr. CIC, can. 1512, n. 4°)– D. 5, 3, 25, (7); C. 3, 19, 2, (1). CIC 1917, can. 1725, n. 5° (cfr. SN, can. 247, n. 5°); CCEO, can. 1194 n. 5 (cfr. CIC, can. 1512, n. 5)– D. 44, 6, 1. CIC 1917, can. 1726– 1727 (cfr. SN, can. 248– 249); CCEO, can. 1195 § 1 Cfr. CIC, can. 1513 § 1)– C. 3, 9, 1. CIC 1917, can. 1731, n. 3° (cfr. SN, can. 253, n. 3°); CCEO, can. 1197 (cfr. CIC, can. 1515)– D. 5, 3, 25, (7); 10, 1, 4, (2); 22, 2, 1 i 3, (1) i 10 i 15; 44, 1, 23; C. 3, 32, 26. CIC 1917, can. 1736 (cfr. SN, can. 258); CCEO, can. 1201 (cfr. CIC, can. 1520)– Nov. 93. CIC 1917, can. 1736 (cfr. SN, can. 259); CCEO, can. 1202 (cfr. CIC, can. 1521 CIC)– C. 3, 1, 13, (11). CIC 1917, can. 1748 § 1 (cfr. SN, can. 270 § 1); can. 1207 § 1 CCEO (cfr. CIC, can. 1526 § 1)– D. 22, 3, 2; C. 4, 20, 7. CIC 1917, can. 1742 § 1– 2 (cfr. SN, can. 264 § 1– 2); CCEO, can. 1211 (cfr. CIC, can. 1530)– D. 11, 1, 1 i 21; C. 3, 1, 9. CIC 1917, can. 1743 § 1 (cfr. SN, can. 265 § 1); CCEO, can. 1212 § 1 (cfr. CIC, can. 1531 § 1)– D. 11, 1, 20, (1). CIC 1917, can. 1751

(cfr. SN, can. 273); CCEO, can. 1217 § 1 (cfr. CIC, can. 1536 § 1) – D. 42, 2, 1 i 3 – 6; C. 7, 59. CIC 1917, can. 1753 (cfr. SN, can. 275); CCEO, can. 1218 i CIC, can. 1537 – D. 48, 18, 1, (27). CIC 1917, can. 1752 (cfr. SN, can. 274); CCEO, can. 1219 (cfr. CIC, can. 1538) – D. 9, 2, 23, (11) i 24 – 26; 42, 2, 2. CIC 1917, can. 1812 (cfr. SN, can. 335); CCEO, can. 1220 (cfr. CIC, can. 1539) – D. 22, 4, 1; C. 4, 19, 4 i 25; Nov. 73, 4 – 5. CIC 1917, can. 1814, 1816 (cfr. SN, can. 337, 339); CCEO, can. 1222 (CIC, can. 1541) – D. 22, 3, 10; C. 4, 20, 15, (6); 7, 52, 6. CIC 1917, can. 1817 (cfr. SN, can. 340); CCEO, can. 1223 (CIC, can. 1542) – C. 4, 19, 5 – 7; can. 1224 CCEO i can. 1543 CIC – D. 22, 3, 24; C. 4, 19, 24. CIC 1917, can. 1819, 1820 (cfr. SN, can. 342 – 343); CCEO, can. 1225 (cfr. CIC, can. 1544) – D. 2, 13, 11; 22, 4, 2; C. 2, 1, 7. CIC 1917, can. 1822, 1824 (cfr. SN, can. 345, 347 § 1); CCEO, can. 1126 (cfr. CIC, can. 1545) – D. 49, 14, 2, (1 – 2); C. 2, 1, 2 i 7; 4, 21, 22. CIC 1917, can. 1823 § 1 (cfr. SN, can. 346 § 1); CCEO, can. 1227 § 1 (cfr. CIC, can. 1546 § 1) – D. 2, 13, 10, (2); C. 4, 21, 22. CIC 1917, can. 1754 (cfr. SN, can. 276); CCEO, can. 1228 (cfr. CIC, can. 1547) – D. 22, 5, 1 – 4 i 19 i 25; C. 4, 21, 15. CIC 1917, can. 1755 § 1 (cfr. SN, can. 277 § 1); CCEO, can. 1229 (cfr. CIC, can. 1548) – C. 4, 21, 22, (3); can. 1230 CCEO i can. 1549 CIC – D. 22, 5, 18 i 21, (1). CIC 1917, can. 1757 § 1 (cfr. SN, can. 279 § 1); CCEO, can. 1231 § 1 (CIC, can. 1550 § 1) – D. 22, 5, 3, (5) i 6 i 20. CIC 1917, can. 1757 § 3, n. 1° (cfr. SN, can. 279 § 1, n. 1°); CCEO, can. 1231 § 2, n. 1° (cfr. CIC, can. 1550 § 2, n. 1°) – D. 22, 5, 10 i 25; C. 4, 20, 11, pr.; CIC 1917, can. 1762 (cfr. SN, can. 284); CCEO, can. 1234 (cfr. CIC, can. 1553) – D. 22, 5, 1, (2); Nov. 90, 4. CIC 1917, can. 1764 § 2 – 3 (cfr. SN, can. 286 § 2 – 3); CCEO, can. 1236 (cfr. CIC, can. 1555) – C. 4, 20, 17; Nov. 90, 7. CIC 1917, can. 1766 § 1 (cfr. SN, can. 288 § 1); CCEO, can. 1238 (cfr. CIC, can. 1557) – D. 22, 5, 8; C. 4, 20, 15, (7). CIC 1917, can. 1770 § 2, n. 1° (cfr. SN, can. 292 § 2, n. 1°); CCEO, can. 1239 § 2 (cfr. CIC, can. 1558 § 2) – C. 1, 3, 7; 4, 20, 16, (1); Nov. 123, 7. CIC 1917, can. 1770 § 2, n. 2° – 4° (cfr. SN, can. 292 § 2, n. 2° – 4°); CCEO, can. 1239 § 3 (cfr. CIC, can. 1558 § 3) – D. 12, 2, 15; 22, 5, 3, (6); Nov. 90, 5. CIC 1917, can. 1767 § 1 (cfr. SN, can. 289 § 1); CCEO, can. 1243 § 2 (cfr. CIC, can. 1562 § 2) – C. 4, 20, 9 i 16; CIC 1917, can. 1774 (cfr. SN, can. 296); CCEO, can. 1244 (cfr. CIC, can. 1563) – D. 22, 5, 3, pr.; CIC 1917, can. 1787 § 1 – 2 (cfr. SN, can. 310 § 1 – 2); CCEO, can. 1252 (cfr. CIC, can. 1571) – C. 4, 20, 11 i 16; 7, 62, 6, (2). CIC 1917, can. 1789 (cfr. SN, can. 312); CCEO, can. 1253 (cfr. CIC, can. 1572) – D. 22, 5, 2 i 3 (pr. – 3) i 13; Nov. 90, 1, pr.; CIC 1917, can. 1791 § 1 (cfr. SN, can. 314 § 1); CCEO, can. 1254 (cfr. CIC, can. 1573) – D. 48, 18, 20; C. 4, 20, 9. CIC 1917, can. 1827 (cfr. SN, can. 350); CCEO, can. 1266 (cfr. CIC, can. 1585) – D. 22, 3, 3 i 12. CIC 1917, can. 1842, 1843 § 1, 1844 § 1 (cfr. SN, can. 366, 367 § 1, 368 § 1); CCEO, can. 1272 § 1 (cfr. CIC, can. 1592 § 1) – D. 5, 1, 73; 22, 3, 19, (1); 42, 1, 53; C. 3, 1, 13, (4); 7, 49, 5 i 7 i 10; Nov. 69, 2 i 3, pr.; 126, 2. CIC 1917, can. 1847 (cfr. SN, can. 371); CCEO, can. 1273 § 2 (cfr. CIC, can. 1593 § 2) – C. 7, 43, 3. CIC 1917, can. 1849 (cfr. SN, can. 373); CCEO, can. 1274, n. 1° (cfr. CIC, can. 1594, n. 1°) – C. 3, 1, 13, (2 – 9); 7, 43, 8 – 9. CIC 1917, can. 1850 § 1 (cfr. SN, can. 374 § 1); CCEO, can. 1274 n. 2° (cfr. CIC, can. 1594, n. 2°) – C. 3, 1, 13, (2 – 9); Nov. 112, 3, 1. CIC 1917, can. 1851 § 1 (cfr. SN, can. 375 § 1); CCEO, can. 1275 § 1 (cfr. CIC, can. 1595 § 1) – C. 3, 1, 13, (2 – 9); Nov. 112, 3, 1. CIC 1917, can. 1854 (cfr. SN, can. 378); CCEO, can. 1278 – D. 4, 7, 1; 44, 6, 3; C. 8, 36, (37), 2 i 5. CIC 1917, can. 1861 § 1 (cfr. SN, can. 385 § 1); CCEO, can. 1283 § 1 (cfr. CIC, can. 1600 § 1) – C. 8, 35 (36), 4. CIC 1917, can. 1862 § 1 (cfr. SN, can. 386 § 1); CCEO, can. 1284 (cfr. CIC, can. 1601) – Nov. 115, 2. CIC 1917, can. 1867 (cfr. SN, can. 391); CCEO, can. 1289 (cfr. CIC, can. 1606) – Nov. 125, 1. CIC 1917, can. 1869 § 1 (cfr. SN, can. 393 § 1); CCEO, can. 1291 § 1 (cfr. CIC, can. 1608 § 1) – C. 1, 22, 2; 3, 1, 11; 7, 62, 39,

(2 a). CIC 1917, can. 1869 § 2 (cfr. SN, can. 393 § 2); CCEO, can. 1291 § 2 (cfr. CIC, can. 1608 § 2) – D. 48, 16, 1, (4). CIC 1917, can. 1869 § 3 (cfr. SN, can. 393 § 3); CCEO, can. 1291 § 3 (cfr. CIC, can. 1608 § 3) – D. 22, 5, 3, (2); Nov. 73, 3. CIC 1917, can. 1869 § 4 (cfr. SN, can. 393 § 4); CCEO, can. 1291 § 4 (cfr. CIC, can. 1608 § 4) – D. 34, 5, 12, (13). CIC 1917, can. 1873 § 1 (cfr. SN, can. 397 § 1); CCEO, can. 1294 (CIC, can. 1611) – I. 4, 6, 32; C. 7, 45, 3; 7, 46, 4. CIC 1917, can. 1877 (cfr. SN, can. 401); CCEO, can. 1298 (cfr. CIC, can. 1615) – C. 7, 45, 6. CIC 1917, can. 1878 § 1 – 2 (cfr. SN, can. 402 § 1 – 2); CCEO, can. 1299 § 1 (cfr. CIC, can. 1616 § 1) – D. 42, 1, 42 i 46; 49, 8, 1. CIC 1917, can. 1879 (cfr. SN, can. 403); CCEO, can. 1309 (cfr. CIC, can. 1628) – D. 49, 1, 1, pr.; C. 7, 62, 19 – 20; Nov. 125, 1. CIC 1917, can. 1880, n. 3° (cfr. SN, can. 404, n. 3°); CCEO, can. 1310, n. 2° (cfr. CIC, can. 1629, n. 2°) – D. 49, 1, 19; C. 7, 64, 4 – 5. CIC 1917, can. 1880, n. 4° (cfr. SN, can. 404, n. 4°); CCEO, can. 1310, n. 3° (cfr. CIC, can. 1629, n. 2°) – C. 7, 70. CIC 1917, can. 1880, n. 6° (cfr. SN, can. 404, n. 6°); CCEO, can. 1310, n. 4° (cfr. CIC, can. 1629, n. 4°) – D. 49, 5, 2; C. 7, 62, 36; 7, 65, 7. CIC 1917, can. 1880, n. 7° (cfr. SN, can. 404, n. 7°); CCEO, can. 1310, n. 5° (cfr. CIC, can. 1629, n. 5°) – D. 49, 5, 7. CIC 1917, can. 1881 (cfr. SN, can. 405); CCEO, can. 1311 § 1 (cfr. CIC, can. 1630 § 1) – D. 49, 4, 1 i 5, (3); Nov. 23, 1 i 4. CIC 1917, can. 1882 § 1 (cfr. SN, can. 407 § 1); CCEO, can. 1311 § 2 (cfr. CIC, can. 1630 § 2) – D. 49, 1, 2 i 7. CIC 1917, can. 1884 § 1 (cfr. SN, can. 410 § 1); CCEO, can. 1315 § 1 (cfr. CIC, can. 1634 § 1) – D. 49, 1, 1, (4); 49, 6, 1; C. 7, 62, 31; Nov. 126, 3. CIC 1917, can. 1644 § 1 – 2, 1890 (cfr. SN, can. 159 § 1 – 2, 416); CCEO, can. 1315 § 2 (cfr. CIC, can. 1634 § 3, 1474 § 1 – 2) – C. 7, 62, 6 (3) i 15; Nov. 126, 3. CIC 1917, can. 1886 (cfr. SN, can. 412); CCEO, can. 1316 (cfr. CIC, can. 1635) – C. 7, 62, 18; 7, 67, 1 – 2; Nov. 126, 2. CIC 1917, can. 1887 § 1 (cfr. SN, can. 413 § 1); CCEO, can. 1318 § 1 (cfr. CIC, can. 1637 § 1) – C. 7, 62, 39, (pr. i 1); 7, 68, 2. CIC 1917, can. 1888 (cfr. SN, can. 414); CCEO, can. 1318 § 2 (cfr. CIC, can. 1637 § 2) – D. 49, 1, 3 i 10 i 17. CIC 1917, can. 1887 § 3 (cfr. SN, can. 413 § 3); CCEO, can. 1318 § 4 (cfr. CIC, can. 1637 § 4) – D. 49, 1, 13 i 17. CIC 1917, can. 1891 § 1 (cfr. SN, can. 417 § 1, n. 1°); CCEO, can. 1320 § 1 (cfr. CIC, can. 1639 § 1) – C. 7, 62, 39, (1). CIC 1917, can. 1891 § 2 (cfr. SN, can. 417 § 2); CCEO, can. 1320 § 2 (cfr. CIC, can. 1639 § 2) – C. 7, 62, 6, (1); 7, 62, 39 (1 a); 7, 63, 4. CIC 1917, can. 1902 (cfr. SN, can. 429); CCEO, can. 1322 (cfr. CIC, can. 1641 CIC) – D. 42, 1, 1. CIC 1917, can. 1902, n. 1° (cfr. SN, can. 429, n. 1°); CCEO, can. 1322, n. 1° (cfr. CIC, can. 1641, n. 1°) CIC – C. 7, 70. CIC 1917, can. 1902, n. 2° (cfr. SN, can. 429, n. 2°); CCEO, can. 1322, n. 2° (cfr. CIC, can. 1641, n. 2°) – C. 7, 43, 11; 7, 62, 8; 7, 67, 1; Nov. 49, 1. CIC 1917, can. 1904 § 1 (cfr. SN, can. 431 § 1); CCEO, can. 1323 § 1 (cfr. CIC, can. 1642 § 1) – D. 1, 5, 25; 44, 2, 27; 50, 17, 207; C. 7, 52, 1 – 2 i 5. CIC 1917, can. 1904 § 2 (cfr. SN, can. 431 § 2); CCEO, can. 1323 § 2 (cfr. CIC, can. 1642 § 2) – I. 4, 13, 5; D. 44, 1, 3; 44, 2, 3 – 5 i 7; C. 7, 64, 1. CIC 1917, can. 1905 § 1 (cfr. SN, can. 432 § 1); CCEO, can. 1326 § 1 (cfr. CIC, can. 1645 § 1) – D. 4, 4, 17; 48, 19, 27; C. 2, 43 (44); 2, 48 (50), 1; 7, 50, 2. CIC 1917, can. 1905 § 2, n. 1° (cfr. SN, can. 432 § 2, n. 1°); CCEO, can. 1326 § 2, n. 1° (cfr. CIC, can. 1645 § 2, n. 1°) – D. 44, 1, 11; C. 7, 58, 1 – 3. CIC 1917, can. 1905 § 2, n. 2° (cfr. SN, can. 432 § 2, n. 2°); CCEO, can. 1326 § 2, n. 2° (cfr. CIC, can. 1645 § 2, n. 2°) – D. 12, 2, 31. CIC B, can. 1905 § 2, n. 3° (cfr. SN, can. 432 § 2, n. 3°); CCEO, can. 1326 § 2, n. 3° (cfr. CIC, can. 1645 § 2, n. 3°) – D. 5, 1, 75; 42, 1, 33. CIC 1917, can. 1905 § 2, n. 4° (cfr. SN, can. 432 § 2, n. 4°); CCEO, can. 1326 § 2, n. 4° (cfr. CIC, can. 1645 § 2, n. 4°) – D. 49, 1, 19. CIC 1917, can. 1905 § 1 (cfr. SN, can. 432 § 1); CCEO, can. 1327 § 3 (cfr. CIC, can. 1646 § 3) – D. 4, 1, 6; C. 2, 24 (25), 2. CIC 1917, can. 1898 (cfr. SN, can. 425); CCEO, can. 1330 – D. 49, 1, 4, (2–3). CIC 1917, can. 1899 § 1 (cfr. SN, can. 426 § 1);

Wskażę kilka zaledwie przykładów z prawa małżeńskiego z 1917 r. i z prawa wschodniego z 1990 r., które opierają się na wzorcach sięgających prawa rzymskiego, zwłaszcza prawa skodyfikowanego przez Justyniana I.

Na wstępie należy zauważyć podstawową zgodność pomiędzy obydwojma systemami prawnymi w odniesieniu do istoty małżeństwa. Małżeństwo – co oczywiste – to związek mężczyzny i kobiety, a monogamiczność zawsze była podstawową cechą związków tego rodzaju. Z zachowanych i powszechnie znanych wypowiedzi rzymskich jurystów wynika, że małżeństwo to *coniunctio maris et feminae*¹⁴², a jego przyczyną sprawczą jest zgoda (*nuptias non concubitus sed consensus facit*)¹⁴³. Rzymskie *iustae nuptiae* było umową *sui generis*, wymagało istnienia *affectio maritalis*. Pojmowanie małżeństwa jako związku monogamicznego (*unitas matrimonii*) i jako umowy szczególnego rodzaju – choć upraszczam problem¹⁴⁴ – jest zgodne z pojmowaniem małżeństwa w prawie kanonicznym¹⁴⁵. Nie chodzi tutaj jednak o bezpośrednią recepcję instytucji prawa rzymskiego.

CCEO, can. 1331 § 1 – D. 49, 1, 5. CIC 1917, can. 1913 § 1 (cfr. SN, can. 440 § 1); CCEO, can. 1336 (cfr. CIC, can. 1649 § 2) – C. 7, 51, 3; 7, 64, 10. CIC 1917, 1917 § 1 (cfr. SN, can. 445 § 1); CCEO, can. 1337 § 1 (cfr. CIC, can. 1650 § 1) – D. 42, 1, 2; C. 7, 53, 1; Nov. 125, 1. CIC 1917, can. 1917 § 2 (cfr. SN, can. 445 § 2); CCEO, can. 1337 § 2 (cfr. CIC, can. 1650 § 2) – C. 7, 69. CIC 1917, can. 1918 (cfr. SN, can. 446); CCEO, can. 1338 (CIC, can. 1651) – C. 7, 53, 1. CIC 1917, can. 1921 § 1 (cfr. SN, can. 449 § 1); CCEO, can. 1341 § 1 (cfr. CIC, can. 1654 § 1) – D. 49, 1, 4; C. 7, 65, 5. CIC 1917, can. 1921 § 2 (cfr. SN, can. 449 § 2); CCEO, can. 1341 § 2 (cfr. CIC, can. 1654 § 2) – C. 7, 58, 4. CIC 1917, can. 1922 § 1 (cfr. SN, can. 450 § 1); CCEO, can. 1342 § 1 (cfr. CIC, can. 1655 § 1) – D. 46, 3, 105. Cfr. CCEO *fontes* – w odniesieniu do poszczególnych kanonów.

¹⁴² D. 23, 2, 1 (*Modestinus libro primo regularum*): Nuptiae sunt et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. Także: I. 1.9.1: Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.

¹⁴³ D. 50, 17, 30 (*Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum*). Według Bartocettiego i Dębińskiego można dopatrzeć się analogii pomiędzy Reg. 18 in VI^o (*Non firmati tractu temporis quod de iure ab initio non subsidit*) a can. 1081 § 1 CIC 1917. Zob. V. Bartocetti, *op. cit.*, s. 84-96, A. Dębiński, *Kościół*, s. 165.

¹⁴⁴ W katolickim prawie wschodnim nie akcentuje się umowności małżeństwa. Zob. J. Zhishman, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien 1864, s. 92-94; J. Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur*, Tübingen 1888, s. 22-29, 101-103; N. Milašć, *Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche*, Monstar 1905, s. 577 – 579; A. Coussa, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, vol III: *De matrimonio*, Romae 1950; s. 25 – 29, 170 – 180; F. Galtier, *Le mariage. Discipline orientale et discipline occidentale: la réforme du 2 Mai 1949*, Beytouth 1950, s. 188 – 192; I. Řežáč, *Institutiones iuris canonici orientalis. Ad usum privatum auditorum*, vol. II, Romae 1961, s. 190 – 191, 215 – 218.

¹⁴⁵ CIC 1917, can. 1012; CA, can. 1; CCEO, can. 776; CIC, can. 1055.

Cesarze chrześcijańscy – jak się dostrzega w literaturze – „uwzniośli instytucję małżeństwa”¹⁴⁶, ale chrześcijaństwo nadało małżeństwu charakter nadprzyrodzony¹⁴⁷ – z racji podniesienia umowy do godności sakramentu¹⁴⁸. O ile w Kodeksie Pio – Benedyktyńskim nie było, w ścisłym tego słowa znaczeniu, legalnej definicji małżeństwa, o tyle prawodawca współczesny, definiując małżeństwo, sięga do Starotestamentowego *foedus*¹⁴⁹.

Czy można zatem dostrzec bezpośredni wpływ *ius civile* na instytucje kodeksowego prawa małżeńskiego? Wydaje się, że analogie można znaleźć w konstrukcji prawnej zgody na małżeństwo oraz w niektórych przeszkodach małżeńskich. Podkreślam, że idzie o wpływy rzymskich konstrukcji prawnych na prawo małżeńskie kodeksów Pio – Benedyktyńskiego i Kodeksu kanonów Kościołów wschodnich, a nie o proces – niewątpliwie sprzężony, ale odwrotny – wpływu prawa kościelnego na ustawodawstwo rzymskich cesarzy chrześcijańskich. Posłuże się, kiloma zaledwie, przykładami.

Według Paulusa (III w.): *nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*¹⁵⁰. Znaczy to dosłownie, że małżeństwo nie może mieć miejsca, jeśli wszyscy się na to nie zgodzą. Wedle jurysty, co przejmują *Digesta* justyniańskie, musiała istnieć zgoda zarówno zawierających małżeństwo, jak też tych, którzy mieli nad nimi *potestas*. Podobnie wypowiada się Ulpian (III w.), a sentencja ta jest powszechnie znana i powoływana. Mianowicie: *nuptias non concubitus sed consensus facit*¹⁵¹, tj. małżeństwo tworzy zgodne porozumienie, a nie współżycie fizyczne¹⁵². W literaturze przedmiotu zauważa się, że juryści rzymscy kładli nacisk na zgodę, aby w ten sposób wykluczyć, jako *sine qua non* dla powstania małżeństwa, wspólne zamieszkiwanie lub pożycie. Zgoda na małżeństwo była więc podstawą dla powstania rzymskiego *matrimonium legitimum*. Problematyka zgody na małżeństwo stała się przedmiotem zainteresowania prawodawcy ko-

¹⁴⁶ Nov. 140, *praef.*: *Nuptiis decentius nihil est hominibus*. Cfr. np. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 65; A. Dębiński, *Kościół*, s. 135.

¹⁴⁷ O tym np. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 69.

¹⁴⁸ CIC 1917, can. 1012 § 2 (cfr. CA, can. 1 § 2); CCEO, can. 776 § 2 (cfr. CIC, can. 1055 § 2).

¹⁴⁹ CCEO, can. 776 § 1 (cfr. CIC, can. 1055 § 1); Ez. 16 e 23; Iz. 54, Oz. 2. Cfr. CS, n. 48.

¹⁵⁰ D. 23, 2, 2 (*Paulus libro trigesimo quinto ad edictum*).

¹⁵¹ D. 50, 17, 30 (*Ulpianus libro trigensimo sexto ad Sabinum*).

¹⁵² Zob. np. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 61; C. G. Fürst, *op. cit.*, s. 22-25; J. Zabłocki, *Consensus facit nuptias*, [w:] Z. Służewska, J. Urbanik (red.), *Marriage. Ideal – Law – Practice. Proceedings of a Conference held in Memory of Henryk Kupiszewski*, Warsaw 2005, s. 235-247; A. Dębiński, *Kościół*, s. 135-136.

ścielnego, zarówno w prawie przed 1917 r.¹⁵³, jak też w późniejszym prawie pozakodeksowym¹⁵⁴ (w szczególności u papieża Pawła VI)¹⁵⁵.

¹⁵³ Np. Benedictus XII Pp. Prop. *Armenorum* damn, 1341 r., prop. 100: (...) quod apud Armenos nulla est certa forma verborum exprimens consensum matrimonii inter virum et uxorem; immo multi per parentes et amicos coguntur venire ad ecclesiam, ut matrimonium fiat inter eos et quamvis unus vel ambo dicant, quod nolunt inter se matrimonialiter copulari, tamen matrimonium fit inter eos in facie ecclesiae, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, oprac. P. Gasparri, J. Seredi, t. I - VII, TPV 1923 - 1939 (dalej jako: *CIC Fontes*), t. I, № 40, s. 40. Eugenius IV Pp., Const. Ap *Exultante Deo*, 22 listopada 1439 r., § 16: (...) Causa efficiens matrimonii, regulariter est mutuus consensus, per verba de praesenti expressus (...), *CIC Fontes*, t. I, № 52, s. 76. Benedictus XIV Pp. Const. Ap. *Omnium sollicitudinum*, 12 września 1744 r., §(?) 3, *CIC Fontes*, t. I, № 348, s. 841. S. C. de Propaganda Fide, *Instr. ad Vic. Ap. Constantinop.*, 1 październik 1785 r. (odpowiedź Wikariusza dla Armeńczyków w Konstantynopolu, którzy zawierali małżeństwo przed sędzią tureckim): Altri si presentano al ministro turco per fare una semplice dichiarazione del matrimonio già contratto, oppure da contrarsi in breve, ma non intendono di contrarre allora un vero matrimonio benchè usino verba de praesenti (...) i quali hanno volontà di prendere una vera moglie, ma sono nell'errore, che non sia sufficiente al valore del matrimonio di presentarsi innanzi al giudice turco, ma se sapessero la sufficienza di questo loro atto di contrarre il matrimonio vero, intenderebbero senz'altro di contrarlo (...), Sacra Congregatio Propaganda de Fide, *Collectanea Sacrae Congregationis de Propaganda Fide seu Decreta Instructiones Rescripta pro Apostolicis Missionibus*, vol. I: *Annis 1622 - 1866*, Romae 1907, № 580, s. 365-366.

¹⁵⁴ Np. Pius XI Pp., Litterae enc. *Casti connubii*, 31 grudnia 1930 r.: (...) quamquam matrimonium suapte natura divinitus est institutum, tamen humana quoque voluntas suas in eo partes habet easque nobilissimas; nam singulare quoque matrimonium, prout est coniugalis coniunctio inter hunc virum et hanc mulierem, non oritur nisi ex libero eiusque sponsi consensu: qui quidem liber voluntatis actus, quo utraque pars tradit et acceptant ius coniugii proprium, ad verum matrimonium constituendum tam necessarius est et nulla humana potestate supplere valet (...), AAS 22 (1930) 13, s. 541. Także: Paulus VI Pp., Litt. enc. *Humanae vitae*, 25 lipca 1968, AAS 60 (1968) 9, s. 481-503; Paulus VI Pp., *Allocutio*, 9 lutego 1976, AAS 68 (1976), s. 204-208; GS, n. 48.

¹⁵⁵ Paulus VI Pp., Litterae enc. *Humanae vitae*, 25 lipca 1968 r., n. 8: (...) Iamvero coniugalis Amor tunc nobis maxime veram suam naturam nobilitatemque ostendet, si illum, quasi a supremo quodam fonte, a Deo manare cogitaverimus, qui Caritas est, quique Pater est, ex quo omnis paternitas in coelis et in terra nominatur. Tantum igitur abest, et matrimonium e casu quodam vel e caeco naturalium virium cursu nascatur, ut reapse illud sapienter providenterque Creator Deus ea mente instituerit, ut in hominibus suum amoris concilium efficeret. Quocirca per mutuam sui donationem, quae ipsorum propria et exclusoria, coniuges illam persequuntur personarum communionem, qua se invicem perficiant, ut ad novorum viventium procreationem et educationem cum Deo operat scient. Sacro autem baptismate ablutis, matrimonium eiusmodi praeditum est dignitate, ut gratiae sacramentale signum existat, cum Christi et Ecclesiae coniunctionem designent, AAS 60 (1968) 9, s. 485 - 486. Cfr. np. Paulus VI Pp., *Allocutio*, 9 lutego 1976 r. (AAS 68 (1976), s. 204-208; idem, *Encyklika Humanae vitae o zasadach moralnych w dziedzinie przekazywania życia ludzkiego*, Kraków 2003, s. 14.

W Kodeksie Pio – Benedyktyńskim prawodawca postanowił w kan. 1081 § 1: *matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet*. Zapis ten literalnie powtórzono w *Crebrae allatae*¹⁵⁶, jak też w Kodeksie łacińskim¹⁵⁷. Podobna merytorycznie, choć nie identyczna w brzmieniu, jest treść kan. 817 § 2 CCEO: *consensus matrimonialis nulla humana potestate suppleri valet*. Poza tym we wszystkich regulacjach małżeńskich od 1917 r. do 1990 r. prawodawca wyjaśnił legalnie pojęcie zgody jako – „wieczystego i wyłącznego” lub „nieodwołalnego”¹⁵⁸ – *actus voluntatis*.

Ze wskazanych norm kodeksowych wynika, że małżeństwo kanoniczne tworzy zgoda stron, które do jej wyrażenia są zdolne, jej braku nie może uzupełnić żadna władza ludzka. Zgoda powinna zostać we właściwy sposób wyrażona *pro foro externo*. Wszystko to wykazuje, że wzorem prawodawcy rzymskiego, prawodawca kościelny – *za sine qua non* dla powstania małżeństwa – uznaje istnienie aktu woli nupturienta. Pewne podobieństwo dotyczy również braku zgody na małżeństwo. Skutkiem jej braku jest nieważność małżeństwa w prawie kanonicznym¹⁵⁹. Wedle komentarza Ulpiana *ad edictum* brak koniecznej *affectio maritalis* – w pojęciu „istniejące” i „aktualne” – powodował, że małżeństwo nie istniało¹⁶⁰.

Wymogi stawiane prawem rzymskim, gdy idzie o określenie zdolności fizycznej do zawarcia małżeństwa, jest przykładem wpływu prawa rzymskiego na prawo kanoniczne. W prawodawstwie kościelnym pierwszych wieków nie ma regulacji poświęconych dojrzałości fizycznej mężczyzn i kobiet¹⁶¹. Uznaje się, że w praktyce stosowano prawo rzymskie¹⁶². Znacząca jest – co tutaj sygnalizuję – średnio-

¹⁵⁶ Cfr. CA, can. 72 § 1.

¹⁵⁷ CIC, can. 1057 § 1.

¹⁵⁸ CCEO, can. 817 § 1; cfr. CIC, can. 1057 § 2.

¹⁵⁹ CIC 1917, can. 1081–1093; CA, can. 72–84; CIC, can. 1057, 1095–1107; CCEO, can. 817–827.

¹⁶⁰ D. 48, 20, 5,1 (*Ulpianus libro trigensimo tertio ad edictum*): (...) Marcellus ait, quae sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere (...). Cfr. np. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 60.

¹⁶¹ J. Zhishman, *Das Eherecht*, s. 207–211, 758; N. Milašć, *Das Kirchenrecht*, s. 586, 597, 637; H. Insadowski, *op. cit.*, s. 154–155.

¹⁶² Tertullianus, *Liber de virginibus velandis*, can. XI *in fine*: Tempus etiam ethnici observant, ut ex lege naturae iura sua aetatibus reddant. Nam foeminas quidem a duodecim annis, masculum vero a duobus amplius ad negotia mittunt, pubertatem in annis, non sponsalibus aut nuptiis decernentes (...). A nobis nec naturalia observantur, quasi alius sit Deus naturae noster; PL 2, szp. 904.

wieczna dyskusja w nauce prawa kanonicznego, spuścizna *ius novum*¹⁶³ oraz prawo *post Tridentinum*¹⁶⁴ (także prawo wschodnie)¹⁶⁵ w kwestii – szeroko rozumianej – zdolności do zawarcia małżeństwa.

Do wymogów bezwzględnych powstania *iustum matrimonium* prawo rzymskie zaliczało zdolność naturalną – fizyczną (pubertas): *Iustus autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, marculi quidem puberes, feminae autem viripotens (...)* ¹⁶⁶. Znane z przekazów źródłowych i opisane w literaturze¹⁶⁷ jest odmienne stanowisko rzymskich szkół – Prokulanów i Sabinianów – jakie kryterium, dla stwierdzenia dojrzałości, należy przyjąć? Wedle Prokulejanów – jak powszechnie wiadomo – wiekiem dojrzałości dla mężczyzn było ukończenie 14. roku życia, Sabinianie byli zwolennikami *inspectio corporis*¹⁶⁸. W kodyfikacji justyniańskiej rozstrzygnięto spór jurysprudencji. *Codex repetitiae praelectionis* zawierał wyraźne stwierdzenie: *Indecoram observationem*

¹⁶³ Np. C.12.13, X *de desponsatione impuberum*, IV, 2; c.2, X *de frigidis et maleficiis et impotentia coeundi*, IV, 15; c. un. *de desponsatione impuberum*, IV, 2 in VI°.

¹⁶⁴ Np. Clemens XIII Pp., Litt. ap. *Compertum*, 24 sierpnia 1734 r., V; Clemens XIII Pp., Litt. ap. *Concredita nobis*, 13 maja 1739; Benedictus XIV Pp., Const. *Omnium sollicitudinum*, 12 września 1744 r., § 14, V, § 40.

¹⁶⁵ Np. *Synodus provincialis Ruthenorum habita in civitate Zamosciae Anno MDCCXX*, Romae 1724 (dalej jako: Syn. Zamosten. Ruth. 1720), § 8 *de matrimonio*: (...) si quis non habuerit aetatem legitimam, vir, scilicet decimum quartum annum completum, foemina vero duodecim (...), s. 109. *Concilium Secundum Provinciale Alba – Iuliense et Fogarasiense habitum anno MDCCCLXXXII*, Romae 1885 (dalej jako: Syn. prov. Alba – Iulien. et Fagarasien. Rumen. 1882), tit. IV, sec. I, cap. II, § 4 c : (...) pueri, qui decimum quartum, necnon puellae, quae duodecim aetatis annum non compleverint (...), s. 103 – 104. *Synodus Sciarfensis Syrorum in Monte Libano celebrata anno MDCCCLXXXVIII*, Romae 1896 (dalej jako: Syn. Sciarfen. Syr. 1888), cap. V, art. XV, § 8, n. 5: aetas dirimit matrimonium si unus coniugum impubes sit, scilicet puella non compleverit annum duodecimum aetatis, puer quartum decimum (...), s. 176 – 177. *Synodus Alexandrina Coptorum habita Cairi in Aegypto anno MDCCCXCVIII*, Romae 1899 (dalej jako: Syn. Alexandrin. Cop. 1898), sec. II, cap. III, § 5 *de impedimentis matrimonialibus*, 5, 4, V: impedimentum aetatis situm est in defectu aetatis (...) impuberes reputatur puer qui annum decimum quartum non compleverit, et puella quae annum duodecim non absolverit (...), s. 167 – 168. *Acta et decreta Concilii nationalis Armenorum habiti ad Sancti Nicolai Tolentini anno domini MDCCCXXI*, Romae 1913 (dalej jako: Syn. Armen. 1911), n. 571, 1°: impedimentum aetatis, quo in iure ecclesiastico repelluntur a valido matrimonio contraendo, puellae quae duodecimum, pueri qui decimum quartum annum non compleverint (...), s. 277.

¹⁶⁶ I.10, 1, pr.

¹⁶⁷ Np. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 152. Co do kontrowersji pomiędzy szkołami – zob. *in specie*: J. Kodreński, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974.

¹⁶⁸ Gai, 1, 196. Cfr. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 152.

in examinanda marium pubertate resectantes, iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post exessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagazione corporis inhonesta cessante¹⁶⁹.

W *Digestach* prawodawca powołał wcześniejsze zdanie Pomponiusa, tj.: „kobieta która nie ukończyła 12. roku życia, kiedy wyszła za mąż, nie będzie prawowitą małżonką (*uxor legitima*) dopóty, dopóki nie ukończy tego wieku, pozostając we wspólnocie ze swoim mężem”¹⁷⁰. Justynian zatem, co zgodnie podkreśla się w literaturze przedmiotu¹⁷¹ – określił stały wiek zdolności do zawarcia małżeństwa i zakazał fizycznych oględzin dla jej ustalenia.

W kodyfikacji Pio – Benedyktyńskiej rozrywająca przeszkoda wieku została określona następująco: *Vir ante decimum sextum aetatis annum completum, mulier ante decimum quatum item compeltum, matrimonium validum inire non possunt*¹⁷², a zapis ten prawodawca dosłownie powtórzył w *Crebrae allatae* oraz w Kodeksie łacińskim¹⁷³. W katolickim prawie wschodnim z 1990 r. zakres podmiotowy i charakter rozrywający przeszkody, określonej prawem powszechnym, jest taki sam, choć prawodawca użył słów: (...) *annum explemum* (...) *celebrare non possunt* (...) ¹⁷⁴. Wydaje się, że terminy techniczne *explemum* (w prawie z 1990 r.) i *completum* (we wszystkich innych kodyfikacjach) można rozumieć tożsamo, jako „completare”, „raggiungere”¹⁷⁵. Inny nieco sens – pozostaje to poza właściwym nurtem rozważań – ma zwrot *celebrare non possunt*. Z powyższego wynika, że mężczyzna lub kobieta, który nie ukończył określonego wieku – poza przypadkiem ważnie udzielonej dyspensy – nie zawierają ważnego małżeństwa. Ponadto – stosownie do dyspozycji § 2 kan. 800 CCEO – na godziwość związku ma wpływ zachowanie postanowień prawa partykularnego¹⁷⁶.

Odmienność regulacji pomiędzy prawem justyniańskim a prawem kodeksowym sprowadza się – co związane z ewolucją poglądów

¹⁶⁹ C. 5, 60, 3 (*Imp. Iustinianus Mennae pref.praetorio*), 529 r. Także: I. 1, 22, pr.: (...) *nostra autem maiestatis dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit* (...).

¹⁷⁰ D. 23, 2, 4 (*Pompinus libro tertio ad Sabinum*): *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explevisset duodecim annos. Basilicorum libri, XXVIII, tit. IV, 3: (Pomponius) Minor annis duodecim nupta tunc legitima uxor fit, cum apud virum duodecim annos expleverit.*

¹⁷¹ Np. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 152; J. Prader, *op. cit.*, s. 86.

¹⁷² CIC 1917, can. 1067 § 1

¹⁷³ CIC 1917, can. 1067 § 1; CA, can. 57 § 1; CIC, can. 1087 § 1.

¹⁷⁴ CCEO, can. 800 § 1.

¹⁷⁵ *Vocabolario*, s. 204.

¹⁷⁶ CCEO, can. 800 § 2 (cfr. CIC 1917, can. 1083 § 2).

w prawie kanonicznym i w nauce prawa kanonicznego¹⁷⁷ – do podwyższenia granicy wieku dla kobiety – do 14. lat, a dla mężczyzny – do 16 lat. Istota recepcji – jak się wydaje – sprowadza się do tego, że prawodawca kościelny, postępując za rzymskimi wzorcami, uznał konieczność prawnego określenia stałej i niezmiennej granicy wieku do zawarcia małżeństwa. Cesze stałości i niezmienności nie przeczy dopuszczalność udzielenia dyspensy, pojmowanej jako *relaxatio legis mere ecclesiasticae*¹⁷⁸, ani też możliwość określenia godziwości małżeństwa przez podmiot hierarchicznie niższy.

Pewna wątpliwość powstaje co do zasadności uznania za tożsame – przy zestawieniu wymogów prawa rzymskiego i dyspozycji prawa kodeksowego z lat 1917 i 1990 – skutków działania *contra legem*. W prawie kanonicznym skutkiem działania przeciw prawu jest nieważność małżeństwa (z dopuszczalnością konwalidacji)¹⁷⁹. Prawo justyniańskie stanowi, że było *matrimonium legitimum*, jeśli małżonka nie osiągnęła wymaganego prawem wieku.

Stosunkowo obszernie są przekazy prawa rzymskiego dotyczące adopcji, a w tym jej skutków¹⁸⁰. Istotne są dwa fragmenty z justyniańskich *Instytucji*, gdzie prawodawca postanawiał:

*Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam quarundam nuptiis adstinendum est (...). Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat. Itaque eam quae tibi per adoptionem filia aut neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris*¹⁸¹ – a następnie:

(...) Sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non

¹⁷⁷ Zob. J. Zhishman, *op. cit.*, s. 201-206; J. Freisen, *op. cit.*, s. 323-329; N. Milašc, *op. cit.*, s. 584-585; A. Coussa, *op. cit.*, s. 87-91; F. Galtier, *op. cit.*, s. 121-123.

¹⁷⁸ CCEO, can. 1536 § 1 (cfr. CIC, can. 85).

¹⁷⁹ CIC 1917, can. 1133 – 1141 (cfr. CA, can. 122 – 130); CCEO, can. 843 – 852 (cfr. CIC, can. 1156 – 1165).

¹⁸⁰ Np. *Ex. gr. Regulae Ulpiani* (według edycji: *Collatio librorum iuris anteiustiniani ad usum scholarum. Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii*, ed. P. Krüger, Berolini 1878), 8, 2 – 3: *Adoptio fit aut per populum aut per praetorem vel praesidem provinciae. Illa adoptio quae per populum fit, specialiter adrogatio dicitur. Także: Epitome Gai* (według wydania: *Gai institutiones. Gai institutionum epitome, Fragmenta Aegyptia et Oxyrhynchitica. Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, pars 2, ed. J. Baviera, Firenze 1940), 1,5; C. 8, 47 (48), 10: D. 1, 7; D. 23, 2, 12, 14 e 17; D. 23, 2, 55; D. 38, 10, 4,2; I. 1, 10 – 11.

¹⁸¹ I. 1,10,1.

*possunt: cum vero emancipationem adoptio dissoluta est, poteris eam uxorem ducere: sed et si tu emancipatus fueris nihil est impedimento nuptiis (...)*¹⁸².

W konsekwencji, w prawie justyniańskim, szło o linię prostą – powstałą na skutek *adoptio plena* – pomiędzy adoptującym a adoptowanym oraz ich wstępnymi i zstępными (czyli na wzór *consanguinitatis*). Linia boczna przeszkody pokrewieństwa prawnego dotyczyła, także wzorem przeszkody pokrewieństwa naturalnego, drugiego stopnia. Przeszkoda miała niewątpliwie – operując współczesną nomenklaturą – charakter rozrywający¹⁸³, a ustawała wraz ze skutecznym dokonaniu *emancipatio*¹⁸⁴.

W kościelnym prawie przedkodeksowym rzadko wypowiadało się na temat adopcji¹⁸⁵, a pierwsze ustawodawstwo kościelne – w tej materii – pojawia się stosunkowo późno (IX w.)¹⁸⁶. W literaturze przyjmuje się, że w praktyce Kościoła antycznego stosowno rzymskie prawo o skutkach adopcji¹⁸⁷, a niekiedy – zasadnie dostrzega się – przejęcie tej instytucji prawnej¹⁸⁸. Według kan. 1080 CIC 1917: *qui iure civili inhabiles ad nuptias se ineundas habetur ob cognationem legalem ex adoptione ortam, nequeunt vi iuris canonici matrimonium inter se valide contrahunt*, co pozostaje w pewnej zgodzie z *meritum* normy prawnej w obecnej redakcji katolickiego prawa wschodniego¹⁸⁹.

¹⁸² I. 1,10, 2.

¹⁸³ I. 1,10,12. Cfr. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 199.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Np. XXX, q. 3; c. un. X, de cognatione legali, IV, 12. Syn. prov. Alba - Iulien. et Fagarsien. Rumen. 1882, tit. IV, sect. I, cap. II, § 16: *Cognatio legalis ex adoptione perfecta proveniens dirimit matrimonium (...)*, s. 109. Syn. Sciarfen. Syr. 1888, cap. V, art. XV, § 8, n. 11: (...) *Cognatio autem legalis dirimens matrimonium (...) Perfecta autem adoptio in iure canonico est illa quae contrahitur princeps rescripto vel eius licentia*, s. 180. Syn. Alexandrin. Cop. 1898, sec. II, cap. III, art. VIII, § 5, 4, VIII: *Cognatio quae matrimonium dirimit, triplicis generis esse potest, scilicet aut naturalis, aut spiritualis, aut legalis (...)*. *Cognatio legalis est personarum propinquitatis ex adoptione legali orta (...)*, s. 168-169. Syn. Armen. 1911, s. 571, 8^o: (...) *Cognatio haec a civilibus legibus primum inventa et mox a sacris canonibus recepta, est personarum propinquitatis quae ex legitima perfecta adoptione oritur (...)*, s. 280.

¹⁸⁶ Np. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 199. Na ten temat *in specie*: S. Cierkowski, *L'impedimento di parentela legale. Analisi storico – giuridica del diritto canonico e del diritto statale polacco*, Roma 2006, s. 188. Zob. także: J. Zhisman, *op. cit.*, s. 255, 263; J. Freisen, *op. cit.*, s. 555-561; N. Milašc, *Das Kirchenrecht*, s. 618; A. Coussa, *op. cit.*, s. 160-169; F. Gautier, *op. cit.*, s. 185-187; I. Rešač, *op. cit.*, s. 203.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ J. Parder, *op. cit.*, s. 119, 128-129.

¹⁸⁹ CCEO, can. 812: *Matrimonium inter se valide celebrare non possunt, qui cognatione legali*

W obu kodeksach za przeszkodę, wzbraniającą lub rozrywającą, do zawarcia małżeństwa uznaje *cognatio legalis*, którego źródłem jest, albo przeszkoda istniejąca w prawie cywilnym (*qui iure civili inhabiles* – w Kodeksie z 1917 r.) lub węzeł prawny powstający w wyniku adopcji (*cognitione legali ex adoptione* – w Kodeksie z 1990 r.). W Kodeksie Pio – Benedyktyńskim prawodawca odsyłał wprost do prawa cywilnego, a więc gdy idzie o zakres przeszkody i jej ustanie, można by – poprzez systemy świeckie – dopatrywać się jej rzymskiej genezy. W nowej legislacji dla katolickich Kościołów wschodnich nie „kanonizowano” przeszkody cywilnej¹⁹⁰, ale „samodzielność” przeszkody prawa kanonicznego powiązano ze skutkiem adopcji. W związku z tym w kan. 812 CCEO zakres podmiotowy przeszkody został wyraźnie określony. Jest to linia prosta powstała pomiędzy adoptującym a adoptowanym, ich wstępnymi i zstępnymi oraz drugi stopień linii bocznej.

Powiązanie z prawem rzymskim jest – w tym aspekcie problemu – wyraźne. Identycznie bowiem, jak w prawie justyniańskim, prawodawca określa przyczynę powstania przeszkody – adopcję i krąg podmiotów związanych przeszkodą – na skutek adopcji.

Niemniej, w stosunku do uprzedniej redakcji małżeńskiego prawa wschodniego z 1949 r. – pomijając wzbraniający charakter przeszkody – w treści kan. 812 CCEO nie ma pewnego wątku recepcji, znanej – jak się wydaje – regulacji małżeńskiej z 1949 r. Prawodawca przewidywał mianowicie w kan. 71 CA, że przeszkoda do małżeństwa kanonicznego mogła wynikać również ze stosunku opieki: (...) *ob tutelam vel ob cognitionem* (...), o ile w prawie państwowym, przeszkoda w takim zakresie, istniała¹⁹¹. *Nota bene* podobna formuła była proponowana, a następnie odrzucona w schematach Kodeksu łacińskiego¹⁹².

ex adoptione orta in linea recta aut in secundo gradu lineae collateralis, coniuncti sunt. CIC, can. 1094 CIC: (...) *contrahere nequeunt* (...).

¹⁹⁰ J. Prader, *Il matrimonio*, s. 120.

¹⁹¹ CA, can. 71.

¹⁹² *Adunatio*, 16 maja 1977 r., can. 294 (CIC 1917, can. 1080): *Qui iure civili inhabiles ad nuptias inter se ineundas habentur ob cognitionem legalem ex adoptione ortam aut ob tutelam, vi iuris canonici matrimonium inter se valide contrahere nequeunt*, *Communicationes* 9 (1977)2, s. 368 (dyskusja, *ibidem*, s. 369). Cfr. *Adunatio*, 2 lutego 1978, can. 294: *Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt inter quos adoptio ad normam iuris civilis existit*, *Communicationes* 10 (1978) 1, s. 127. *Schema Codicis* 1980 r., can. 1047: *Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognitione legali ex adoptione orta, in linea recta aut in secundo gradu lineae collateralis coniuncti sunt*; *Communicationes* 15 (1983) 2, s. 230. *Schema Codicis* 1982, can. 1094: *Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognitione legali ex adoptione orta, in linea recta aut in secundo gradu lineae collateralis, coniuncti sunt*.

W prawie rzymskim – zgodnie z kilkoma wypowiedziami Paulusa przejętych prawem justyniańskim – tutor vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi a parte desponsa destinatae testamentove nominata conditione nuptiis secuta fuerit¹⁹³. Nie można było zawrzeć małżeństwa z pupilką, o ile nie była ona z opiekunem lub kuratorem zaręczona, albo też nie została mu wyznaczona w testamencie. Podobny zakaz dotyczył syna opiekuna lub syna kuratora¹⁹⁴. Skutkiem adopcji lub opieki, z takiej lub innej przyczyny powstałej, był brak zdolności zawarcia iustum matrimonium.

Na marginesie wypada wspomnieć, że w odniesieniu do innych przeszkód małżeńskich, można raczej mówić o ich chrystianizacji, aniżeli o romanizacji. Oto niektóre przykłady.

Prawo justyniańskie, w następstwie niektórych uregulowań w antycznym prawie kościelnym¹⁹⁵, za nieważne uznało małżeństwa kapłanów, diakonów, subdiakonów, jeśli usiłowali zawrzeć małżeństwo po przyjęciu święceń. Żonaci zaś mogli skutecznie przyjąć święcenia, ale za wyjątkiem sakry biskupiej¹⁹⁶. *Votum castitatis*, za

Cfr. *Incrementa in progressu 1983 Codicis Iuris Canonici with a Multilingual Introduction (Englisch, Français, Italiano, Español, Deutsch, Polski)*, oprac. E. N. Peters, Wilson & Lafleur, Canada 2005, s. 984. Przeszkoda opieki prawa cywilnego jest przeszkodą rozrywającą w dwóch systemach, tj. w Grecji oraz na Tajwanie – zob. J. Prader, *op. cit.*, s. 120.

¹⁹³ D. 23, 2, 36 (*Paulus libro quinto quaestionum*).

¹⁹⁴ D. 23,2, 66 (*Paulus libro secundo sententiarum*): Non est matrimonium si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a parte nec testamento destinatam ducat uxorem eam filio suo iungat. Quo facto uterque infamatur pro dignitate pupillae extra ordinem coercitus. Nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit. Cfr. D. 23, 2, 60 (*Paulus libro singularis ad orationem divini Antonii et Commodi*).

¹⁹⁵ Np. *Cc. Ancyranum*, 314 r., can. 10, Mansi 2, szp. 518. *Cc. Neocesarense*, 314 – 325 r., can. 1, Mansi 2, szp. 539. *Canones apostolorum*, IV – VI w., can. 5, *Discipline générale antique*, t I, p. I: *Les canons des Conciles oecuméniques: II – IX siècles*, t. I, p. II: *Les canons des Synodes Particuliers: IV - IX siècles*, ed. P. P. Joannou, Roma – Gröttaferrata 1962 (dalej jako : CSP), s. 10-11; *Cc. Gangara*, 340 r., can. 4, CSP, s. 91; *Cc. Carthagina*, 419 r., can. 4, 25, 70, CSP, s. 217-218, 240-241, 312-313. Cfr. H. Insadowski, *op. cit.*, s. 165; J. Prader, *op.cit.*, s. 101; D. Salachas, *Il diritto canonico delle Chiese orientali nel primo millenio*, Bologna 1997, s. 155-163.

¹⁹⁶ C. 1, 3, 45 (44) *Justinianus Imp. a Iuliano pref. praet.*: Sacris canonibus neque Dei amatissimis presbyteris, neque reverendissimis diaconis aut subdiaconis nuptias contrahere post huiusmodi ordinationem permittentibus, sed solis reverendissimis cantoribus et lectoribus id concedimus, animadvertimus quosdam despiciere sacros canones et liberos generare aut mulieribus, quibus coniugi secundum sacerdotatem regulam non possunt. Quoniam vero poena facinoris huius in sola sacerdotii erat amissione sacros autem canones non minus quam leges valere etiam nostrae volunt leges, sancimus, ut obtineat in illis, quae sacris visa sunt canonibus, perinde ac si civilibus inscripta essent legibus, et ut omnes istiusmodi homines tam sacerdotio, quam divino ministerio, atque etiam dignitate ipsa, quam habent, prevenitur (...).

przykładem postanowień *dei concilii*¹⁹⁷, w poklasycznym prawie było przeszkodą do zawarcia małżeństwa, wyraźnie bowiem prawodawca zakazał zakonnikom zawierania małżeństw i pozostawania w konkubinacie¹⁹⁸.

Do pryncypatu włącznie, różnica wyznania nie wpływała na zdolność prawną zawarcia małżeństwa. Rzymscy cesarze okresu chrześcijańskiego wprowadzili zakaz zawierania małżeństwa pomiędzy Żydem a chrześcijanką¹⁹⁹, który to chronologicznie poprzedzał generalny zakaz małżeństw judeo – chrześcijańskich²⁰⁰. Zakaz zawierania małżeństw tego rodzaju utrzymany został w ustawodawstwie justyniańskim²⁰¹. Złamanie zakazu było karane, tak jak popełnienie przestępstwa *adulterium*, karą śmierci²⁰². Nie jest pewne, czy prawo rzymskie ustanowiło zakaz zawierania związków małżeńskich pomiędzy chrześcijanami a poganami²⁰³. W prawie rzymskim nie było zakazu zawarcia małżeństwa pomiędzy katolikami a heretykami, czy pomiędzy katolikami a schizmatykami²⁰⁴.

Podsumowanie

Niesporne jest zarówno współistnienie prawa rzymskiego i prawa kanonicznego, jak też wpływy bezpośrednie lub choćby pośrednie prawa rzymskiego na prawo kanoniczne. *Ecclesiam lege Romana vi-*

Quod enim sacri canones prohibent, id etiam et nos vetamus leges (...). Cfr. Nov. 6, 1,5; Nov. 22, 42; Nov. 123, 1,12; Nov. 131.

¹⁹⁷ Np. *Cc. Eliberitanum*, ok. 305 r., can. 13; *Cc. Ancyranum*, 314 r., can. 19; *Cc. Toletanum*, 400 r., can. 16.; *Cc. Chalcedonense*, 451 r., can. 16.

¹⁹⁸ Nov. 5, 8.

¹⁹⁹ C.Th. 16. 8. 6, Imp. Constantinus (...) *ad Evagrium*, 13 sierpnia 339 r.: Quod ad mulieres pertinet, quas Iudaei in turpitudinis suae duxere consortium (...) ne Christianas mulieres suis iungant flagitiis vel, si hoc fecerint, capitali periculo subiugentur.

²⁰⁰ C.Th. 3.7. 2 (= C.Th. 9. 7. 5), Imp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius (...) *Cynegio*, 14 marca 388 r.: Ne quis Christianam mulierem in matrimonio Iudaeus accipiat, neque Iudaeae Christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandam publicis quoque vocibus relaxata.

²⁰¹ C.I. 1.9.7, Imp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius, 393 r. Cfr. C. I. 1.5.12; C.I. 1.5.18.

²⁰² C.Th. 16. 8. 6, Imp. Constantinus (...) *ad Evagrium*, 13 sierpnia 339 r.. Cfr. Nov. 117, 8; Nov. 134, 10.

²⁰³ C.Th. 3.14.1, Imp. Valentinianus et Valens (...) *Theodosium*, 28 maja 370 r. lub 28 maja 373 r.: Nulli provincialium eiuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore coniugium, ne ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quod si quae inter provinciales atque gentiles adfinitates ex huiusmodi nuptiis extiterint, quod in his suspectum vel noxium detegitur, capitaliter expietur.

²⁰⁴ C.I. 5.1.5. 3, Imp. Leo et Atemius (...) *Erythiro*, 472 r.

vere – a w swojej sparafrazowanej wersji – *Ecclesia vivit lege Romana*, znaczy dosłownie: „Kościół żyje prawem rzymskim”. Rozumieć to trzeba – przede wszystkim – jako zwięzły opis recepcji prawa rzymskiego (np. metody prawodawczej, sposobu interpretacji, terminologii, instytucji prawnych), niezależnie od tego, czego regulowania materia dotyczyła i przez jakiego prawodawcę była dokonywana (także niektórych spraw *in materia ecclesiastica* regulowanych przez rzymskich cesarzy chrześcijańskich). W szerszym znaczeniu *paremia* – teraz już w znaczeniu historycznym – opisuje prawo rzymskie jako źródło uzupełniające i pomocniczne prawa kanonicznego, świadczące o swoistym pluralizmie kościelnego porządku prawnego.

Korzeni prawa rzymskiego w Kodeksie Pio – Benedyktyńskim – podobnie zresztą, jak w kodyfikacji dla katolickich Kościołów wschodnich z 1990 r. – można i należy szukać. Recepcja widoczna jest w normach ogólnych kodeksów oraz – przy zastosowaniu systematyki kodeksowej z 1917 r. – w prawie osobowym, rzeczowym, procesowym i karnym. W prawie małżeńskim recepcja dotyczy – między innymi – istoty zgody małżeńskiej, przeszkody *cognatio legalis* oraz prawnego wymogu określonego wieku do zawarcia małżeństwa.

Źródła

Acta Apostolicae Sedis. Commentarium officiale, Roma 1909.

Acta Conciliorum Oecumenicorum iussu atque mandato Societatis Scientiarum Argentoratensis. Concilium universale Chalcedonense. T. II. Vol. II: *Versiones particulares*. Pars I: *Collectio Novariensis de re Eutychis*, ed. E. Schwartz, Berolini - Lipsiae 1932.

Acta Conciliorum Oecumenicorum iussu atque mandato Societas Scientiarum Argentoratensis. Tomus III: Collectio Sabbaitica contra Acephalos et Originistas destinata. Insunt Acta Synodorum Constanti nopolitanae et Hierosolymitanae A. 536, ed. E. Schwartz, Berolini 1940.

Acta Conciliorum Oecumenicorum iussu atque mandato Societatis Scientiarum Argentoratensis emenda instituit Eduardus Schwartz, continuavit Johannes Straub. T. IV: *Concilium universale Constantinopolitanum sub Iustiniani habitum*. Vol. 1: *Concilii actiones VIII. Appendices graecae. Indices*, ed. J. Straub, Berolini 1971.

Acta et decreta Concilii nationalis Armenorum habiti ad Sancti Nicolai Tolentinatis anno domini MDCCCXI, Romae 1913.

- Anecdota sacra et profana ex oriente et occidente allata sive notitia codicum graecorum, arabicorum, syriacorum, copticorum, hebraicorum, aethiopicorum, latinorum cum excerptis multis maximam partem graecis et triginta quinque scripturarum antiquissimarum speciminibus*, ed. A. Tischendorf, Lipsiae 1855.
- Anthologia Graeca carminum christianorum*, oprac. W. Christ, M. Paranikas, Lipsiae 1971.
- Basilicorum libri LX: post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gustavo Ernesto Heimbachio aliisque collatorum integriorum cum scholiis edidit denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit D. C. Guilielmus, E. Heimbach*, Lipsiae 1833 – 1870.
- Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli Pp. II promulgatus*, Typis Polyglottis Vaticanis 1990.
- Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli Pp. II promulgatus. Fontium annotatione auctus*, oprac. Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis, Città del Vaticano 1995.
- Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae auctoritatem promulgatus*, Romae 1918.
- Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli Pp. II promulgatus*, Città del Vaticano 1983.
- Indices eorum quae Monumentorum Germaniae Historicorum tomis hucusque editis continentur. Scripserunt*, oprac. O. Holder – Egger, K. Zelmer, Hannoverae – Bertolini 1890.
- Codex Theodosianus*, ed. T. Mommsen, P. M. Meyer, Dublin - Zürich 1971.
- Codicis Iuris Canonici Fontes*, oprac. P. Gasparri, J. Suredi, t. I – VII, TPV 1923 – 1939.
- Collatio librorum iuris anteiustiniani ad usum scholarum. Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii*, ed. P. Krüger, Berolini 1878.
- Collectanea Sacrae Congregationis de Propaganda Fide seu Decreta Instructiones Rescripta pro Apostolicis Missionibus*, vol. I: Annis 1622 – 1866, Romae 1907.
- Concilium Secundum Provinciale Alba – Iuliense et Fogarasiense habitum anno MDCCCLXXXII*, Romae 1885.
- Corpus Iuris Canonici*, ed. E. Friedberg, t. I – II, Lipsiae 1879.

- Corpus Iuris Civilis, Corpus iuris Civilis*, vol. I: *Novellae institutiones*. Recognovit P. Krüger. *Digesta recognovit* Th. Mommsen, retractavit P. Krüger, Berlin 1963, reprint Hildesheim 2000; vol. II: *Codex Iustinianus*, ed. P. Krüger, Berlin 1954, reprint Hildesheim 1997; vol. III: *Novellae*, ed. R. Schoell, G. Kroll, Berlin 1954, reprint Hildesheim 2005.
- Discipline générale antique*, t I, p. I: *Les canons des Conciles oecuméniques: II – IX siècles*, t. I, p. II: *Les canons des Synodes Particuliers: IV - IX siècles*, ed. P. P. Joannou, Roma – Gröttaferrata 1962.
- Doctrina Patrum de incarnatione Verbi. Ein griechisches Florilegium aus der Wende des Siebenten und Achten Jahrhunderts*, oprac. F. Diekamp, Münster 1907.
- Drei dogmatische Schriften Iustinians, Legum Iustiniani Imperatoris vocabularium. Subsidia II*, ed. E. Schwartz, ed. Eduard Schwartz, ed. II oprac. M. Amelotti, R. Arbeltella, L. Migliardi, Milano 1973.
- Epistulae Imperatorum Pontificum aliorum inde ab a. CCCLXVII usque ad a. DLIII datae. Avellana quae dicitur collectio*, ed. O. Guenther. *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum*, t. 35, pars 2: *Epistulae CV – CCXXXIII. Appendices. Indices*, Pragae – Vindobonae - Lipsiae 1895 – 1898.
- Epistulae Romanorum Pontificum genuinae et quae ad eos scriptae sunt*, t. I, ed. A. Thiel, Brunswick 1868.
- EUCOLOGION sive rituale Graecorum complectens ritus et ordines divinae liturgiae, officiorum, sacramentorum, consecrationum, benedictionum, funerum, oratorum etc. cuilibet personae, statui vel tempori congruos, juxta usum Orientalis Ecclesiae*, ed. J. Goar, Venetiis 1730.
- Fonti. Codificazione canonica orientale*, ser. I, fasc. X: *Disciplina Bizantina Rumeni: Testi di diritto particolare dei Rumeni*, Roma 1933.
- Gai institutiones ad Codicis veronensis apographum studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*, ed. P. Krüger, G. Studemund, Berolini 1884.
- Gai institutiones. Gai institutionum epitome, Fragmenta Aegyptia et Oxyrhynchitica. Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, pars 2, ed. J. Baviera, Firenze 1940.

- Incrementa in progressu 1983 Codicis Iuris Canonici with a Multilingual Introduction (Englisch, Français, Italiano, Español, Deutsch, Polski)*, oprac. E. N. Peters, Wilson & Lafleur, Canada 2005.
- Ius ecclesiastici graecorum iussu Pii IX Pont. Max*, t. 2, ed. I. B. Pitra, Romae 1864.
- Monumenta Germaniae Historica*. Edidit Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevii. Legum sectio II. *Capitularia regum francorum*, t. II, ed. A. Boretius, V. Krause, Hannoverae 1897.
- Monumenta Germaniae Historiae*. Edidit Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevi. Legum. Tomus V, Hannoverae 1875 – 1889.
- Paweł VI Pp., *Encyklika Humanae vitae o zasadach moralnych w dziedzinie przekazywania życia ludzkiego*, Kraków 2003.
- Papal Allocutions to the Roman Rota 1939 – 1994*, oprac. W. H. Woestman, Ottawa 1994.
- Patrologie cursus completus. Series latina*, oprac. J. P. Migne, t. I - CCXXI, Parisiis 1844 - 1864
- Patrologie cursus completus. Series graeca et orientalis*, oprac. J. P. Migne, t. I - CLXVII, Parisiis 1857- 1886.
- Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio (...)*, oprac. J. D. Mansi, I.B.Martin, L.Petit, t. I - LIII, Florentiae - Venettis - Parisiis - Lipsiae 1759- 1927.
- Scritti apocrifi di Giustiniano. Nuovi testi epigrafici e altri. Addenda et corrigenda ai Sussidia I- III*, Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Sussidia IV, oprac. A. M. Demicheli, L. Migliardi Zingale, Torino 1994.
- Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano*, Legum Iustiniani Imperatoris vocabularium. Subsidia III, oprac. M. Amelotti, L. Migliardi Zingale, Milano 1977.
- Synodus Alexandrina Coptorum habita Cairi in Aegypto anno MDCC-CXCVIII*, Romae 1899.
- Synodus provincialis Ruthenorum habita in civitate Zamosciae Anno MDCCXX*, Romae 1724.
- Synodus Sciarfensis Syrorum in Monte Libano celebrata anno MDCC-CLXXXVIII*, Romae 1896.

Zakres przedmiotowy prawa państwa świeckiego i prawa kanonicznego

W państwach uznających wolność człowieka i obywatela oraz respektujących autonomię jego pozapublicznych organizacji, a także przestrzegających zasady równości podmiotów w stosunkach publicznych i prywatnoprawnych wydaje się oczywiste aprobowanie bytu innych systemów normatywnych¹ (w tym również: pozajurystycznych² i aksjologiczno-religijnych³), niż prawo tworzone przez państwo⁴. Pierwszy argument, jaki może świadczyć o istnieniu, zastosowaniu i obowiązywaniu innych systemów normatywnych wynika z przyjęcia tezy o tym, że prawem obowiązującym w danym kraju (w społeczeństwie⁵) jest nie tylko prawo stanowione przez właściwe organy publiczne⁶ (przede wszystkim: państwowe), ale także uznanie jakiegoś zwyczaju (ewentualnie: nawet prawa naturalnego⁷ i zwyczajowego) za obowiązujące prawo⁸.

¹ Bliżej na temat normy postępowania: Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa – Poznań 1972, s. 22.

² Por.: H. Jankowski (red.), *Etyka*, Warszawa 1973, s. 372; L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Warszawa 2002, s. 23; I. Nitobe, *Bushido – duch Japonii. Wykład o sposobie myślenia Japończyków*, przekł.: W. Nowakowski, Bydgoszcz 2008, s. 10, 24, 30.

³ J. Nagórny, K. Jeżyna (red.), *Jan Paweł II. Encyklopedia nauczania moralnego*, Radom 2005, s.v. Ład moralny – porządek moralny, s. 293-299.

⁴ *Wielka encyklopedia powszechna PWN*, t. 8, Warszawa 1966, s.v. Norma, s. 9 – 10; Por. T. Kotarbiński, *Problematyka etyki niezależnej (I)*, [w:] J. Smoczyński (red.), *Pisma etyczne*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1987, s. 164 i n.

⁵ Według „teorii wspólnoty” Ferdynanda Tönniesa w społeczności występują elementy podległości [dosłownie: „zwierzchnik – podwładny”], „sprawiedliwości”, „autorytetu siły” i „autorytetu wodza”: F. Tönnies, *Teoria wspólnoty*, [w:] A. Mencwel (red.), *Wiedza o kulturze, cz. 1: Antropologia kultury. Zagadnienia i wybór tekstów*, Warszawa 2001, s. 322-323.

⁶ Por.: J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 463 i n.

⁷ Por.: Art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Por.: A. Redelbach, *Prawa naturalne – prawa człowieka – wymiar sprawiedliwości. Polacy wobec Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Toruń 2000, s. 236 – 241. Natomiast Tadeusz Jasudowicz wyraża pogląd krytyczny: T. Jasudowicz, *Rozważania ogólne*, [w:] *Polska wobec europejskich standardów praw człowieka*, pod red.: T. Jasudowicza, Toruń 2001, s. 16.

⁸ Np. art. 56 Kodeksu cywilnego, który uznaje, że czynność prawna wywołuje skutki prawne,

Powyższe wyobrażenie o prawie nie wzbudza kontrowersji jako modelowa sytuacja. Problemem jest, jak mi się wydaje, akceptacja takiego stanu prawa w określonym państwie i w określonym czasie. W prawach dawnych, opartych na zasadzie personalności⁹, przynajmniej w zakresie prawa prywatnego przyjmowano z założenia istnienie i obowiązywanie różnych systemów prawa na terytorium jednego państwa. Obcymi prawami były głównie prawa krajów wrogich¹⁰. Podobne do nich wydają się także modele praw poszczególnych stanów (krajów), wchodzących w skład federacji. Jednak w takim przypadku regułą, która się pojawia staje się tworzenie prawa „związkowego”, obejmującego całościowo państwo federacyjne¹¹. Powyższe, rzucone *a vista*, przykłady wskazują wprost na uwzględnianie wielosystemowości prawa w jednym państwie.

W społeczeństwach obywatelskich, albo przynajmniej liberalnych¹², w państwach laickich, tym bardziej w krajach wielokulturowych zauważa się teoretyczny problem istnienia i obowiązywania, nie tylko systemu norm prawa tworzonego przez państwo, ale także systemów prawa wewnętrznego kościołów i innych związków wyznaniowych¹³. W szczególności taki obraz praw jest dostrzegalny, tam gdzie stosuje się kanony (przepisy) prawa kanonicznego (*ius canonicum*¹⁴) Kościoła Katolickiego¹⁵. Wśród wielu elementów składowych wskazanego problemu, warto zwrócić uwagę na zagadnienie obowiązywania norm różnych systemów prawa w określonym kraju. W szczególności wydaje mi się interesujące, aby przeprowadzić analizę zakresu obowiązywania prawa kanonicznego w Polsce, po wej-

nie tylko wynikię z ustawy, ale także z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów.

⁹ A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2003, s. 30; E. Borkowska-Bagieńska, *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2006, s. 19.

¹⁰ Por. W. Wołodkiewicz (red.), *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s.v. Hostis, s. 69.

¹¹ Encyklopedia prawa, wyd. 4, pod red. U. Kaliny – Prysanic, Warszawa 2007, s.v. Federacja, s. 187.

¹² Por.: W. Wróblewski, *Rozwój idei społeczeństwa obywatelskiego w Atenach w wieku VI i V przed Chrystusem*, Toruń 2004, s. 10 i n.

¹³ Terminem „kościóły i inne związki wyznaniowe” posługuje się art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U. z 2000 r. Nr 26, poz. 319 z późn. zm.). Bliżej o znaczeniu formalnym tego wyrażenia: W. Mossakowski, *Pojęcie „Wspólnoty Religijnej”*, „Zeszyty naukowe. Wyższa Szkoła Suwalsko-Mazurska im. Papieża Jana Pawła II w Suwałkach”, Suwałki 2004, Nr 10/2004, s. 85 - 86.

¹⁴ F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 1, Opole 1957, s. 17.

¹⁵ P. Hemperek, W. Góralski, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, cz. 1, Lublin 1995, s. 5.

ściu w życie przepisów współczesnego państwowego prawa wyznaniowego¹⁶ i posoborowego prawa kanonicznego¹⁷.

Zakres obowiązywania normy prawnej (jak również normy innego systemu, a nawet metanormy¹⁸) wydaje mi się być postaciowo uniwersalny, to jest wspólny dla różnych systemów. Ich wspólnymi cechami są: normatywność¹⁹, rozumiana, jako obowiązywanie norm²⁰, historyczność, racjonalność²¹ oraz instytucjonalizm²². Poszukiwanie podobnych, a także odmiennych części składowych różnych systemów norm praw państwa świeckiego (Państwa Polskiego) i prawa kanonicznego stanowi przedmiot niniejszych rozważań²³.

I.

W pierwszej kolejności warto przeanalizować cel omawianych praw, ponieważ ich systemy²⁴ wykazują zasadnicze różnice. Celem prawa kanonicznego jest więc normowanie spraw wewnętrznych i zewnętrznych Kościoła Katolickiego. Specyfika kościelna wynika z zadań, jakie ten Kościół sobie stawia i ze sposobu normowania kwestii kościelnych. Istotne przy tym jest zachowywanie tradycji kanonicznej, jak i respektowanie sprawdzonych mechanizmów działania Kościoła i poszczególnych figur prawnych. Pochodzenie norm

¹⁶ Przyjmuję tu datę wydania w dniu 17 maja 1989 r. ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego i ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania.

¹⁷ W wyniku długotrwałych prac legislacyjnych, zostały urzeczywistnione idee Soboru Watykańskiego II (*Vaticanum II*), przez wydanie kodeksów: Kodeksu Prawa Kanonicznego (*Codex Iuris Canonici*) z 1983 r. i Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*) z 1990 r.

¹⁸ Por.: J. Dębowski, A. Drabarek, L. Gawor, S. Jedynek, E. Klimowicz, K. Kosior, L. Zdybel, *Mały słownik etyczny*, pod red. S. Jedyneka, Bydgoszcz 1994, s.v. Metaetyka, s. 136.

¹⁹ W. Lang, *Teoria prawa*, Toruń 1972, s. 112.

²⁰ E. Kustra, *Podstawy teorii legislacji*, Toruń 1982, s. 17.

²¹ S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982, s. 24.

²² Por.: J.L. Mc Kenzie, *Kościół Rzymsko-Katolicki*, Warszawa 1975, s. 245 i n.; *The Concise Oxford Dictionary of the Christian Church*, Oxford – New York 1996, s.v. Tradition, s. 519.

²³ Kanwą do niezwykle zawężonej analizy zagadnienia pozycji prawnej Kościoła Katolickiego przez polskie państwowe prawo wyznaniowe może być proste przytoczenie źródeł prawnych: Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Konkordatu zawartego w dniu 28 lipca 1993 r. między Rzeczypospolitą Polską a Stolicą Apostolską, ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej i ustawy z dnia 17 maja 1998 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. Por.: J. Krukowski, *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999, s. 88.

²⁴ Bliżej na temat systemu prawa: J. Kowalski, W. Lamentowicz, P. Winczorek, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1981, s. 125.

kanoniczno-prawnych wynika z nakazów religii, jak i zachowania pierwiastków organizacyjnych, schematów postępowania, ale także elementów uznania praw chrześcijanina oraz z elementów nauki. Lapidarnie kanonistyka posługuje się paremią: *salus animarum suprema lex in Ecclesia*²⁵. Jednak cel działania Kościoła jest zrównoważony szczegółowymi instytucjami prawnymi (*figurae*), które wynikają, nie tylko z tradycji kanoniczno-prawnej, ale również zachowują racjonalne rozwiązania jurydyczne.

Celem (świeckiego) prawa Państwa Polskiego jest, jak wynika z przyjętego założenia - działanie dla dobra wspólnego²⁶. Powyższa idea powinna być fundamentem całego systemu prawa. Różne dyscypliny prawa, jak i poszczególne przepisy prawa, wcielając wspomnianą ideę, mogą ją realizować według wielu odmiennych postulatów legislacyjnych. Powodować to może pozorne sprzeczności systemu. Wydaje się, że prawo Państwa urzeczywistnia nieporównywalnie więcej drobnych celów, niż Kościół, zaś funkcje aparatu państwowego są „rozdymane”²⁷ w takim stopniu, że różnorakie cele prawa nie zawsze zmiierzają w tym samym kierunku.

Porównanie systemów współczesnego prawa Rzeczypospolitej Polskiej z prawem kanonicznym, jeśli je przeprowadzić według metody filozoficznej (teorii prawa), można by wyłożyć według następującej charakterystyki:

- według przedmiotu unormowania,
- według ich rangi (hierarchicznej),
- w ujęciu personalnym,
- w ujęciu terytorialnym,
- przeciwstawiając prawo w stosunkach wewnętrznych Kościoła i Państwa oraz wobec podmiotów zewnętrznych.

II.

Charakterystyka praw według przedmiotu unormowania

A. Teoretyczne ujęcie prawa kanonicznego w aspekcie treściowym, to jest według przedmiotu unormowania, można przedstawić

²⁵ T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II, t. IV: Doczesne dobra Kościoła. Sankcje w Kościele. Procesy*, Olsztyn 1990, s. 101. Por.: J. Krukowski, *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 1993, s. 52.

²⁶ Art. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej: „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”.

²⁷ J. Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1984, s. 76.

w następujący sposób:

1. Elementy dyscypliny sakramentów²⁸ prawa kanonicznego,
2. Elementy ustrojowo-kompetencyjne prawa kanonicznego,
3. Elementy proceduralne prawa kanonicznego,
4. Elementy prawa majątkowego,
5. Elementy kanonicznego prawa osobowego i prawno-karnego.

Ad 1. Podstawą religii rzymsko-katolickiej jest nie tylko doktryna teologiczna²⁹ (religijno-mistyczna) oraz szafowanie sakramentów³⁰, a także spełnianie funkcji rozkrzewiania wiary i nauczania katolickiego³¹. Dla jednolitej i spełniającej wymagane kryteria praktyki duchownej wprowadzono normy (to jest) kanony³² (*canones*³³), których celem jest „dyscyplina sakramentów”. Dyscyplinowanie sakramentów jest rozumiane jako organizacja i funkcjonowanie kultu Bożego, który podlega rozmaitym rygorom, a przede wszystkim: ustrojowo-kompetencyjnym i przedmiotowym (liturgicznym)³⁴. Z tej dziedziny narodziło się rozbudowane prawo kanoniczne.

W szczególności, porównywalną instytucją prawną systemów prawa polskiego i prawa kanonicznego jest instytucja małżeństwa. Małżeństwo jest związkiem ukształtowanym naturalnie, zwyczajowo i tradycyjnie. Współczesne uregulowania prawne związku małżeńskiego w systemie polskiego prawa rodzinnego i kanonicznego prawa Kościoła Katolickiego mają źródło w aktach normatywnych. Trudności teoretyczne związane z tematyką małżeństw świeckich i religijnych, wynikają, jak sądzę, z ich podobieństwa instytucjonalnego i bliskości obyczajowej. Obydwa unormowania prawa małżeńskiego opierają się na zasadzie monogamii i heteroseksualności. Obydwa systemy prawa uznają rodzinę jako konsekwencję małżeństwa, jakkolwiek kwestia rodzicielstwa jest od nich szerszym za-

²⁸ *Sensu largo* można mówić, nie tylko o dyscyplinie sakramentów i sakramentaliów, ale jeszcze ogólniej o dyscyplinie obrządków (rytów).

²⁹ S. Głowa, I. Bieda (opr.), *Breviarium fidei. Wybór doktrynalnych wypowiedzi Kościoła*, Poznań 1988, s. 1 i n.

³⁰ K. Rahner, H. Vorgrimler, *Mały słownik teologiczny*, Warszawa 1987, s.v. Sakrament, szp. 402-405.

³¹ H. Waldenfels, [w:] A.T. Khoury (red.), *Leksykon podstawowych pojęć religijnych. Judaizm. Chrześcijaństwo. Islam*, s.v. Urząd nauczycielski. (2) Chrześcijaństwo, szp. 1112-1116.

³² Oryginalny termin: „*canon*” („*κανών*”). Por.: H. Campbell Black, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, St. Paul 1991, s.v. Canon, s. 142.

³³ A. Dębiński, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2007, s. 40.

³⁴ L. Adamowicz, *Wprowadzenie do prawa o sakramentach świętych według Kodeksu Prawa Kanonicznego oraz Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich*, Lublin 1999, s. 9.

gadnieniem. Jednak, w istocie małżeństwa uregulowane cywilnie różnią się od małżeństw kanonicznych. Zasadnicze różnice modelowe między polskim małżeństwem świeckim a małżeństwem kanonicznym³⁵ opierają się na konstrukcji kontraktowej prawa cywilnego (rodzinnego), a w prawie kanonicznym – przede wszystkim na sakramentalności i nierozzerwalności małżeństwa. Mimo bliskości obyczajowej oraz jurydycznego pochodzenia konstrukcji obydwu rodzajów małżeństw, wykształciły się „odrębne” instytucje małżeństwa. Jednocześnie trzeba podkreślić, że w praktyce życiowej, zwykle trudno przyjąć stanowisko odrębności tych małżeństw, skoro najczęściej, w indywidualnym przykładzie jest to związek tych samych osób o jednoznacznie matrymonialnym charakterze. Co więcej, daje się zauważyć tendencja do integracji tych małżeństw. Moralisci katoliccy postulują, aby małżeństwo zawarte według prawa kanonicznego było zawarte „jednocześnie” według prawa cywilnego, gdyż tylko wtedy małżonkowie skorzystają z pełni praw i obowiązków o charakterze osobowym, majątkowym, socjalnym oraz finansowym. Zatem zintegrowanie prawne małżeństwa służy interesom prawnym obydwójgu małżonków, jak ich potomstwu, nad którym sprawują prawną opiekę. Wydaje mi się, że takie zespolenie praw i obowiązków, pochodzących z dwojga omawianych systemów prawa, wprawdzie nie prowadzi do jednolicenia prawnego, ale praktycznie ułatwia pożyście małżeństwa. Sądzę też, że cele małżeństwa w rozumieniu kanonicznym (także w sferze moralnej), i to bez względu na różnice systemowe praw, można osiągnąć współcześnie w Polsce, przez zastosowanie jednoczesne przepisów prawa cywilnego. Idea zawarcia małżeństwa według prawa wewnętrznego Kościoła Katolickiego (tj. przed duchownym katolickim), ale z jednoczesnym skutkiem według polskiego prawa cywilnego, okazuje się, nie tylko pomocna życiowo, ale skłania nupturientów do podjęcia równocześnie, w sposób integralny praw i obowiązków małżeńskich z perspektywą ich rozszerzenia na rodzinę, powstałą z tego związku.

Ad 2. Elementy ustrojowo-kompetencyjne w prawie kanonicznym są rozbudowaną dziedziną („hierarchiczny ustrój Kościoła”), określającą poszczególne władze kościelne i zakres ich działania. Do tej dyscypliny należą także kompetencje urzędów, funkcji, a w rozumieniu strukturalnym³⁶ również ustrój sądów (trybunałów) należących do tego systemu.

³⁵ Kanoniczne prawo małżeńskie jest zasadniczo odrębne w Kościele Łacińskim i w kościołach wschodnich katolickich.

³⁶ W ramach jednolitej władzy ordynariuszy miejsca, można mówić o administracji kościelnej: *Encyklopedia katolicka*, t. 1, pod red.: F. Gryglewicza, R. Łukaszyka, Z. Sułkowskiego, Lublin 1973, s.v. Administrator, szp. 90 – 91.

Ad 3. Procesy kanoniczne³⁷: sporny, karny, w sprawach małżeńskich i administracyjny pochodzą również z „dyscypliny sakramentów”, ale wykształciły się wobec odrębności systemowych pozostałych dziedzin prawa kanonicznego.

Ad 4. Współczesne prawo kanoniczne zasadniczo³⁸ nie jest rzeczowo-prawną dyscypliną. Kanony obejmujące uregulowania majątkowe mają na celu urzeczywistnienie sakralności dóbr doczesnych kościoła, albo podtrzymywania tradycji³⁹.

Ad 5. Pozycja osób wiernych w Kościele Katolickim, to jest – z reguły – laików (to jest poza tymi, których funkcje i urzędy określa „hierarchiczny ustrój Kościoła”)⁴⁰ została odrębnie unormowana, podobnie jak prawo karne kanoniczne (materialne)⁴¹. Zarówno prawo osobowe, jak i karne kanoniczne⁴², to specyficzne dziedziny, wyraźnie związane z podstawami Kościoła.

Kwestie osobowości prawnej według polskiego prawa (cywilnego) i prawa kanonicznego są, w gruncie rzeczy, odrębnie unormowane w tych systemach prawa, choć, niejako nadrzędnie ustawodawstwo polskie wprowadza przepisy o osobowości prawnej kościołów i innych związków wyznaniowych⁴³. Jakkolwiek model osobowości prawnej sięga idei rzymskiej, twórczo recypowanej przez średniowiecznych komentatorów, to współcześnie jest efektem prawodawstwa, polskiego i kanonicznego. Przepisy polskiego prawa cywilnego normują wspomniane jednostki osób prawnych, ich organów i ustroju, będąc podstawowym źródłem unormowania także organizacji z zakresu prawa administracyjnego i gospodarczego. Natomiast w prawie kanonicznym Kościoła Katolickiego odmiennie ukształtowała się koncepcja osobowości prawno-kościelnej, zarówno Kościoła, jako całości, jak i poszczególnych władz pratykularnych. Jednak

³⁷ *Codex Iuris Canonici*, can. 1501 – 1752 i *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1185 – 1400.

³⁸ Odmienna jest postać majątkowo-prawna prawa kanonicznego, obowiązującego w Państwie Watykańskim oraz w Republice Włoskiej w zakresie dóbr określonych w Traktacie Laterańskim.

³⁹ *Codex Iuris Canonici*, can. 1254 – 1310 i *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1007 – 1054.

⁴⁰ Osoby wiernych zostały wyeksponowane w Kodeksie Prawa Kanonicznego Jana Pawła II z 1983 r. Por.: *Encyklopedia chrześcijaństwa. Historia i współczesność. 2000 lat nadziei*, Kielce 2000, s.v. Kościół, s. 375.

⁴¹ Na temat procesu karnego, p. Ad 3.

⁴² *Codex Iuris Canonici*, can. 1311 – 1399 i *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1401 – 1487. J. Syryjczyk, *Kanoniczne prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 2003, s. 14 i n.

⁴³ Taki zabieg prawodawczy nie jest jednak naruszeniem zasady autonomii wspólnoty religijnej, lecz nadaniem podmiotowości prawnej, stosownie do norm prawa wewnętrznego Kościoła Katolickiego.

istotną różnicą konstrukcji osobowości prawnej między omawianymi systemami prawa jest to, że hierarchowie kościelni⁴⁴, tacy jak: metropolici, arcybiskupi i biskupi dzierżą władzę w tym Kościele. Zakres terytorialny ich władzy ma charakter pełny, gdyż jest to władza, w której da się wyróżnić: władzę uświęcania (udzielania sakramentów), władzę nauczania i władzę jurysdykcyjną sensu largo, zaś ta ostatnia skupia sfery: ustawodawstwa, administracji i sądownictwa. Ograniczenia tej władzy mają charakter hierarchiczny, lecz niewątpliwie Biskup Rzymski (papież) jest nośnikiem pełnej władzy kościelnej. Dopelnieniem tych podmiotowych elementów może być, w polskim przykładzie, unormowanie wyznaniowo-prawne o charakterze cywilnym. Albowiem przepisy prawa świeckiego przewidują prawną egzystencję kościelnych osób prawnych, jednocześnie konstruując ich organy. Wielość tych kościelnych osób skłania nawet do pewnej systematyki problemów:

- 1) osobowość prawna Kościoła Katolickiego (jako całości), ze względu na międzynarodowo-prawny charakter została uznana przez Rzeczypospolitą Polskę na mocy Konkordatu;
- 2) niektóre kościelne osoby prawne zostały określone w sposób indywidualny. Tymi osobami są, zarówno mające charakter terytorialny (np. Konferencja Wyższych Przełożonych Zakonów Męskich oraz Konferencja Wyższych Przełożonych Zakonów Żeńskich), jak i personalny: Ordynariat Polowy Wojska Polskiego. Niektóre osoby zostały określone imiennie: np. Konferencja Episkopatu Polski, Katolicki Uniwersytet Lubelski, Caritas Polski. Inne osoby zostały prawnie określone w ustawie w sposób abstrakcyjno – ogólny, np.: metropolie, archidiecezje, diecezje, parafie, administratury apostolskie, kapituły, prowincje, opactwa, Caritas diecezji. Z kolei przepisy w ślad za określeniem osób prawnych określa ich organy, np.: Przewodniczący Konferencji Episkopatu Polski, Biskup Polowy Wojska Polskiego, Rektor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Dyrektor Caritas Polski, metropolita, arcybiskup, biskup, proboszcz, administrator apostolski, prepozyt lub rektor kapituły, wyższy przełożony, przełożony, dyrektor Caritas diecezjalnej. Również w tym zakresie występują unormowania i nazewnictwo indywidualne i abstrakcyjno-generalne. Konkordat potwierdził wszystkie te unormowania państwowo - prawne.

Zatem uwidacznia się zasadnicza dysproporcja modelowa: np., biskup diecezjalny według prawa kanonicznego jest nośnikiem wła-

⁴⁴ W Kościele Powszechnym, poza Polską, występują również tacy hierarchowie, jak: patriarcha, egzarcha.

dzy kościelnej (zwyczajnej, jednolitej, pełnej), natomiast stosownie do przepisów prawa polskiego jest jedynie organem diecezji. Istotą bycia organem osoby prawnej jest to, że organ wykonuje czynności prawne za nią i w imieniu tej osoby. Biskup diecezjalny może być także reprezentowany przez umocowanych przezeń pełnomocników w myśl Kodeksu cywilnego. Reprezentacja biskupa diecezjalnego może być również zagadnieniem wewnętrznym Kościoła Katolickiego. Wówczas przybiera najczęściej kanoniczną formę działania wraz z biskupem lub odrębnie, albo działania delegowanego na stałe lub ad hoc.

Uregulowanie kwestii osobowości prawnej osób kościelnych przez prawo polskie (państwowe) stworzyło jednak pewne dopełnienie międzysystemowe. Albowiem na terytorium Polski występują podmioty prawa, których byt jurydyczny jest odrębnie ukształtowany w prawie kanonicznym, i w prawie cywilnym, ale unormowanie cywilne stanowi dopełnienie podmiotowo – prawne dla „jednostek organizacyjnych”, utworzonych według prawa kanonicznego.

Z kolei w systemie prawa⁴⁵ Rzeczypospolitej Polskiej w ujęciu przedmiotowym⁴⁶, dają się wyodrębnić następujące dyscypliny prawa:

- 1° Prawo ustrojowe⁴⁷, zwłaszcza konstytucyjne⁴⁸,
- 2° Prawo cywilne (materialne⁴⁹ i procesowe⁵⁰) i prawo wyrosłe z dziedziny cywilnoprawnej (prawa: handlowe⁵¹, pracy⁵²),
- 3° Prawo karne (materialne⁵³ i procesowe⁵⁴),
- 4° Prawo administracyjne (ustrojowe, proceduralne⁵⁵ i materialne⁵⁶),
- 5° Prawo administracyjne o charakterze odrębnym lub szczegółowym, a także prawo gospodarcze⁵⁷,

⁴⁵ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 218 i n.

⁴⁶ H. Piętka, *Wstęp do nauki prawa*, Warszawa, wyd. 2, [bez roku wydania], s. 226; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1996, s. 15.

⁴⁷ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2000, s. 53 i n.

⁴⁸ J. Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 14-15; Z. Witkowski, J. Galster, B. Gronowska, W. Szyszkowski, A. Bień-Kacała, A. Cieszyński, K. M. Witkowska, *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2006, s. 26 – 29.

⁴⁹ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, *passim*.

⁵⁰ W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 23; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2008, s. 26 i n.

⁵¹ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2007, s. 1 – 7.

⁵² A. M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2003, s. 23 – 24.

⁵³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 7 – 17.

⁵⁴ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 17.

⁵⁵ P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 12 i n.

⁵⁶ J. Sługocki, *Prawo administracyjne*, Kraków 2003, s. 13 i n.

⁵⁷ C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 50 i n. oraz s. 167

6° Prawo międzynarodowe⁵⁸, przyjęte przez prawo polskie za obowiązujące i prawo międzynarodowe kolizyjne⁵⁹.

Prawo państwa charakteryzuje poważne rozbudowanie systemu⁶⁰, który spełnia wiele zadań i funkcji ochronnych⁶¹, jak: 1) wewnętrzna, 2) zewnętrzna, 3) organizacyjna, 4) opiekuńcza⁶². Abstrahując od przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która ma nie tylko charakter ustrojowy, ale częstokroć zawiera podstawowe unormowania z wielu dyscyplin prawa: cywilnego, karnego, administracyjnego, międzynarodowego, trzeba zauważyć ogromną liczbę pozostałych aktów normatywnych. Owe akty prawodawcze zawierają wiele rozmaitych i szczegółowych rozwiązań prawodawczych w najróżniejszych dziedzinach. Przy czym funkcje organizatorskie i socjalno-państwowe są największą przedmiotowo dziedziną. Funkcje te, co ciekawe zostały przejęte od podmiotów kościelnych oraz od czynników rodzinno-privatnych w ramach ideologii, najpierw oświeceniowych, a później socjalistycznych i komunistycznych. System prawa państwa wynika z historycznego rozwoju, w którym najczęściej występują zasadniczo dwie dziedziny: prawa publicznego⁶³ (*ius publicum*) i prawa prywatnego⁶⁴ (*ius privatum*). Czynnik ściśle polityczno-ustrojowy jest urzeczywistniany przez prawo publiczne, co jest esencjalną cechą państwa. Natomiast prawo prywatne jest niejako dziedziną powstałą z wyodrębnienia bezpośredniego interesu jednostkowego. Jakkolwiek państwo stoi na straży unormowań prywatnoprawnych (cywilnych) oraz ich wykonywania. Ingerencja współczesnego państwa w sprawy z zakresu dziedzin, dawniej tradycyjnie prywatnych przechodzi od interwencjonizmu w totalitaryzm. Powstało także zjawisko „przejmowania” unormowań z zakresu prawa cywilnego do dziedzin administracyjnych. Jednak trzeba podkreślić, że uznanie niektórych praw naturalnych

i n. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 93.

⁵⁸ E. J. Osmańczyk, *Encyklopedia spraw międzynarodowych i ONZ*, Warszawa 1974, s. 724-726, [zagadn. 2879].

⁵⁹ R.H. Graveson, *Comparative Conflict of Laws. Selected Esseys*, vol. 1, Amsterdam – New York – Oxford 1977, s. 36-37.

⁶⁰ Por. złożoność prawa: W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 270.

⁶¹ Funkcje prawa państwowego są analogiczne do funkcji państwa.

⁶² A. Łopata, *Encyklopedia prawa*, Warszawa 1997, s. 67 i n.

⁶³ Z. Cybichowski, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. 2, Warszawa [bez roku wydania], s. 747.

⁶⁴ E.A. Martin, J. Law (red.), *Oxford Dictionary of Law*, Oxford 2006, s. 411; M. Safian (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, Warszawa 2007, s. 30 i n.

i praw człowieka oraz wzmocnienia przekonań oraz ideologii panujących w państwach, doprowadziły do zjawiska jurydyzacji prawa administracyjnego i do sądowej kontroli aktów administracyjnych oraz do powstania sądownictwa konstytucyjnego.

Porównanie systemów prawa kanonicznego z prawem państwa należałoby poprzedzić opisem dysproporcji określenia suwerena oraz elementów ustrojowych i terytorialnych. Suwerenem Rzeczypospolitej Polskiej jest Naród Polski, ale z uwzględnieniem praw wszystkich obywateli. W Kościele Katolickim, można przyjąć, że suwerenem jest Biskup Rzymski, Papież⁶⁵ (*Romanus Pontifex*⁶⁶), ewentualnie, według innej koncepcji – Papież i Sobór Powszechny⁶⁷. W każdym razie, suweren kościelny nie jest w pełni nieograniczony, gdyż powinien bezwzględnie przestrzegać Prawa Bożego i to prawo wprowadzać, jak i troszczyć się o wiernych oraz prowadzić ewangelizację narodów. W państwie mogą wystąpić analogicznie pewne gwarancje konstytucyjne dla obywateli i ich organizacji, albo wprost sformułowane „prawa kardynalne”, które to powinny być bezwzględnie obowiązujące (*ius cogens*⁶⁸) i niezmiennalne. Zaś ustrojowo i terytorialnie Kościół Katolicki różni się od Rzeczypospolitej Polskiej także co do określenia „Najwyższej Władzy”. W Kościele Katolickim jest to władza podmiotu pozakrajowego (Biskup Rzymski, rezydujący w Watykanie⁶⁹). Władza Papieża rozciąga się na całą katolicką społeczność, a element personalny występuje obok terytorialnego.

B. Do odrębności systemowych prawa kanonicznego od prawa państwowego, zaliczyłbym przede wszystkim:

- 1) kwestie źródeł prawa (materialnych źródeł prawa, jak i źródeł poznania prawa);
- 2) brak elementu etatycznego⁷⁰, *sensu stricto* socjalnego i gospodarczego prawa kanonicznego Kościoła Katolickiego w Polsce.

⁶⁵ T. Gadacz, B. Minerski (red.), *Religia. Encyklopedia PWN*, t. 7, Warszawa 2003, s.v. papież, s. 507; Z. Kowalczyk, *Zarys historii Kościołów chrześcijańskich. Nie tylko dla studentów*, Warszawa 2004, s. 232-233.

⁶⁶ T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II, t. II: Lud Boży jego nauczanie i uświęcanie*, Olsztyn 1986, s. 114.

⁶⁷ Natomiast koncepcja koncyliaryzmu głosiła wyższość soboru (powszechnego) nad papieżem: *Wielka encyklopedia powszechna PWN*, t. 5, Warszawa 1965, s.v. Koncyliaryzm, s. 790.

⁶⁸ W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s.v. *ius cogens*, s. 136.

⁶⁹ Watykan, a tym bardziej Państwo Watykańskie jest współczesną siedzibą Papieża. Dawniej utożsamiano ją z Miastem Rzymem i raczej z Lateranem.

⁷⁰ Z założenia kwestie formalne Konkordatu, jak i postanowienia szczegółowe by można uznać za etatyczne, ale jest to kwestia specyficznej interpretacji.

Trzeba dodać, że omawiane prawo kanoniczne nie pretenduje do unormowań publiczno-społecznych, etatycznych, jak i cywilno-prawnych.

Z kolei warto zauważyć na wielorakość elementów morfologii prawa kanonicznego i świeckiego prawa państwa, które występują, jako:

- 1) postaciowo analogiczne systemy, co się przejawia w tym, że w obydwóch systemach występują podobne sposoby normowania oraz podobne schematy organizacji i funkcjonowania;
- 2) odrębności wynikające ze specyfiki funkcji Państwa i Kościoła Katolickiego;
- 3) zróżnicowane dziedziny systemów prawa państwowego i kanonicznego, które jednak opierają się na podobnych schematach prawodawczych;
- 4) przepisy odrębne, zasadniczo formalnie i materialnie nieprzystające do siebie.

Do jakiegoś stopnia podobne wydają się unormowania ustrojowe, kompetencyjne i proceduralne, zarówno prawno-kanoniczne, jak i państwowe. W prawie kanonicznym występują uregulowania ustrojowe, z zastosowaniem podziałów hierarchicznych, obrządkowych, terytorialnych, odrębności organizacyjnych, z określeniem struktury kompetencyjnych, unormowań dotyczących zajmowania stanowisk, funkcji i dyrektyw sprawowania urzędów. Podobieństwo wydaje się również wyraziste w zakresie sądownictwa kościelnego i procesów kanonicznych. Jeszcze dalej idąc, można twierdzić, że istnieje pewne podobieństwo w zakresie praw karnych (choć założenia kanonicznego prawa karnego materialnego sięgają do koncepcji rzymskich deliktów).

Z kolei zestawienie odrębności systemowych i szczegółowo -instytucjonalnych między omawianymi systemami praw jest bardziej dostrzegalne:

1) brak funkcji prawodawczej, adresowanej do państwa i obywateli (w sprawach „niekościelnych⁷¹”);

2) brak sprawowania przez Kościół funkcji politycznej, społeczno – etatycznej, funkcji obrony wewnętrznej i zewnętrznej (zwłaszcza Wojska, Policji), a także funkcji organizacji życia instytucjonalnego, zawodowego i gospodarczego;

3) Państwa w zakresie *bracchium saeculare*⁷².

⁷¹ Wspólną treścią stanowionego prawa Kościoła i Państwa jest prawo wyznaniowe.

⁷² M. Korolko, *Thesaurus. Skarbiec łacińskich sentencji, przysłów i powiedzeń w literaturze polskiej*, Warszawa 1997, s.v. *Bracchium saeculare*, s. 71.

Wymienione wyżej funkcje stanowią dla Państwa istotę sprawowanej władzy.

Charakterystyka praw według ich rangi (hierarchicznej)

1. W prawie kanonicznym występuje następujące zróżnicowanie aktów prawa: 1) kanony prawa powszechnego, obejmujące ustrój Kurii Rzymskiej (*Curia Romana*⁷³), 2) kanony adresowane do Kościoła Łacińskiego (obrazdku łacińskiego⁷⁴), 3) kanony normujące Kościoły Wschodnie Katolickie (obrazdków wschodnich⁷⁵), 4) inne kanony wspólne dla całego Kościoła Katolickiego⁷⁶, 5) kanony kościołów partykularnych. Ranga tych czterech zespołów praw jest niejednolita, albowiem Normy generalne⁷⁷, zawarte w Kodeksie Prawa Kanonicznego są adresowane do całego Kościoła Łacińskiego, zaś kanony ustrojowe Kurii Rzymskiej są hierarchicznie związane bezpośrednio z władzą Papieża. Z kolei normy Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich są wyższej rangi wobec norm poszczególnych Katolickich Kościołów Wschodnich (obrazdków wschodnich katolickich). Zatem widoczne wydaje się powiązanie o charakterze hierarchiczno – przedmiotowym owych kanonów. Dla porównania systemu prawa świeckiego, istotne wydaje się rozróżnienie norm kanonicznych, stanowionych poza terytorium Polski, a obowiązujących w Polsce od kanonów stanowionych w Polsce i obowiązujących na terytoriach kościelnych w granicach polskich.

2. Prawo polskie na podstawie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej obowiązuje zasadniczo tylko na terytorium Polski i jest hierarchicznie rozgraniczone według rangi aktów prawnych: Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, ustaw i aktów międzynarodowych, aktów prawnych wykonawczych, aktów prawa miejscowego.

Charakterystyka praw w ujęciu personalnym

1. Prawo kanoniczne odróżnia osoby laików od duchownych (sa-

⁷³ *Const. Ap. Pastor Bonus*, AAS LXXX (1988), pp. 841-912 oraz *Const. Ap. Universi Dominici Gregis*, AAS LXXXVIII (1996), pp. 305-343.

⁷⁴ *Codex Iuris Canonici* z 1983 r.

⁷⁵ Por.: E. Gajda, *Problem dopuszczalności małżeństwa katolika z prawosławnym w prawie kanonicznym*, Toruń 2001, s. 23 i n.

⁷⁶ H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne według ustawodawstwa Jana Pawła II. Instytucje kanonizacyjnego prawa materialnego. Zarys historii procedury kanonizacyjnej. Postępowanie w diecezji i Kongregacji. Wzory pism i formularzy*, Lublin – Sandomierz 1997, s. 17-21.

⁷⁷ *Codex Iuris Canonici*, can. 1 – 203: *De normis generalibus*.

*cerdotes*⁷⁸ i *religiosi*⁷⁹). Inny podział rozdziela osoby fizyczne od prawnych (moralnych), ale określenie osób prawnych niekiedy odnosi się do ordynariuszy Kościoła albo do ciał kolegialnych. Specjalną kategorią jest władza Biskupa Rzymskiego utożsamiana ze Stolicą Apostolską⁸⁰, jako „osobą moralną” (*Sancta Sedes, Sedes Apostolica*), również w znaczeniu podmiotu prawa międzynarodowego.

2. W prawie świeckim występują osoby fizyczne i osoby prawne, w tym w szczególności - Skarb Państwa⁸¹. Sądzę, że doktrynalnie można odróżnić organy publiczne (to jest: organy państwowe i samorządowe) od pozostałych osób prawnych.

Charakterystyka praw w ujęciu terytorialnym

1. Prawo kanoniczne w ramach ogólnych nie jest ograniczone żadnym terytorium⁸². Wewnętrznie jednak działa w ramach kościołów partykularnych⁸³ (są to: patriarchaty⁸⁴, kościoły *sui iuris*⁸⁵, metropolie (prowincje kościelne), archidiecezje i diecezje)⁸⁶. Dla porządku trzeba także odnotować istnienie podziału personalnego⁸⁷. Podmioty związane z Kurią Rzymską i Państwem Watykańskim są przyporządkowane⁸⁸ Diecezji Rzymskiej.

2. Podział terytorialny Rzeczypospolitej Polskiej jest jednorodny, dzieli się na województwa, powiaty, miasta i gminy. Występuje jednak wiele odrębnych i specjalnych podziałów terytorialnych, np.:

⁷⁸ K. Rahner, H. Vorgrimler, *op. cit.*, s.v. Kapłaństwo, szp. 169 – 171.

⁷⁹ *Const. Ap. Lumen gentium*, AAS LVII (1965), pp. 18-21; 28-29.

⁸⁰ Podręczna encyklopedia kościelna, t. 37 – 38, Warszawa 1913, s.v. Stolica Apostolska, s. 141-149.

⁸¹ Art. 33 Kodeksu cywilnego.

⁸² Nieograniczenie terytorialne prawa kanonicznego jest konsekwencją natury Kościoła Katolickiego: L. Lagemann, [w:] A. T. Khoury (red.), *Leksykon podstawowych pojęć religijnych. Judaizm. Chrześcijaństwo. Islam*, Warszawa 1998, s.v. Kościół. 1. Chrześcijaństwo, szp. 428.

⁸³ Prócz podziału „diecezjalnego” występuje jeszcze podział „zakonny”, to jest instytucji życia konsekrowanego.

⁸⁴ W Polsce nie ma odrębnych patriarchatów.

⁸⁵ *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP.II promulgatus*, can. 27 i 28

⁸⁶ Marginalnie można wspomnieć o terytoriach objętych konferencją określonej konferencji biskupów (konferencji episkopatu) oraz o regionach kościelnych. Por.: F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 1, Opole 1957, s. 474-482; F. Gryglewicz, R. Łukaszyk, Z. Sułowski (red.), *Encyklopedia katolicka*, t. 2, Lublin 1976, s.v. Biskup, szp. 587-613.

⁸⁷ Element podporządkowania występuje natomiast prałaturach personalnych (np. Ordynariat Polowy Wojska Polskiego).

⁸⁸ Natomiast duchowni są inkardynowani do Wikariatu Miasta.

wojskowy⁸⁹, sądowy⁹⁰, samorządów zawodowych⁹¹, niektórych urzędów⁹². W ramach szeroko pojętej administracji występują odrębności, np.: w zakresie szkolnictwa i służby zdrowia.

Charakterystyka przeciwstawiająca prawo w stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych Kościoła i państwa świeckiego

1. Kościół Katolicki występuje, nie tylko w ramach własnego organizmu (wewnętrznie), ale także w stosunkach zewnętrznych, to jest międzynarodowych⁹³. Stolica Apostolska, działając przez Sekretariat Stanu⁹⁴ (*Secretaria Status seu Papalis*) nawiązuje stosunki międzynarodowe⁹⁵, m. in. zawiera konkordaty. Papież wysyła swoich delegatów (nuncjusze, legaci, delegaci apostołscy) do krajów przyjmujących, przy czym istotną specyfiką jest wysyłanie nuncjuszy jednako do władz kraju przyjmującego, jak i do partykularnego episkopatu. Papież również przyjmuje przedstawicieli krajów wysyłających.

2. Funkcja państwa w zakresie zewnętrznym⁹⁶ należy do jego podstawowych atrybutów obok funkcji wykonywanej wewnętrznie. Na arenie międzynarodowej państwa (jednorodne) występują równorzędnie⁹⁷, przyjmują i wysyłają swoich przedstawicieli międzynarodowych oraz zawierają bilateralne i wielostronne umowy międzynarodowe.

⁸⁹ Podział na okręgi wojskowe.

⁹⁰ W zakresie sądownictwa występuje daleko idące zróżnicowanie, gdyż poza odwzorowaniem ogólnego podziału administracyjnego Polski, występuje jeszcze podział według kompetencji terytorialnej i funkcjonalnej, np. sądów apelacyjnych, sądów administracyjnych, sądownictwa morskiego, wojskowego.

⁹¹ Np. samorządów zawodów medycznych, radców prawnych.

⁹² Np. urzędów morskich, górniczych oraz różnych inspektoratów.

⁹³ R. Zenderowski, *Stosunki międzynarodowe. Vademecum*, Wrocław 2006, s. 352-360.

⁹⁴ W. Jakubowski, *O, Roma felix. Geneza, specyfika i przeobrażenia instytucji politycznych Państwa Miasta Watykańskiego*, Warszawa 2005, s. 321 i n.

⁹⁵ Na temat prawa legacji: J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007, s. 142.

⁹⁶ J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2008, s. 96 i n. Prawo do wysyłania przedstawicieli dyplomatycznych należy do wyłącznej kompetencji państw (tamże, s. 97). Por: Konwencja Hawańska z 1928 r., Konwencja Wiedeńska z 1961 r. i Akt Końcowy OBWE.

⁹⁷ Niektóre państwa były zmuszone do przyjęcia protektoratu lub cudzych „gwarancji”.

III.

Podsumowują powyższe rozważania o zróżnicowaniu treściowym prawa kanonicznego i prawa państwa świeckiego, na przykładzie polskim, warto podkreślić, z jednej strony występowanie podobieństw postaciowych – jurydycznych, zaś z drugiej strony – zasadniczych i nieporównywalnych odmienności przedmiotowych. Celem takiego porównania jest próba przybliżenia problemu koegzystencji systemów praw: państwa świeckiego i praw wewnętrznych wspólnot religijnych, a głównie - prawa kanonicznego. Warto zauważyć, mimo różnic przedmiotowych występowanie atrybutów normatywnych obydwu systemów. Tetyczność norm tworzonych przez władzę państwową i tetyczność kanonów Kościoła Katolickiego są definicyjnie podobne. Takie cechy prawa, jak: tworzenie prawa przez właściwą władzę prawodawczą (legislatywę), rozwój prawa w czasie (historyczność prawa), terytorialność i personalność są współbrzmiające we wspomnianych systemach, jakkolwiek merytorycznie różne. Zarówno władza państwowa i kościelna w oparciu o prawo oraz na podstawie prawa sprawuje jurysdykcję i wykonuje funkcje wykonawcze.

Zatem wspomniane porównania, charakteryzują analogiczny fenomen normatywny, to jest systemów prawa, dających się porównać na podstawie wyraźnych kryteriów, typowych dla nauki prawa. Skoro porównywanie systemów prawa jest możliwe i oparte na metodach prawniczych, to otwierają się możliwości interpretacji natury koegzystencji tych praw, obowiązujących w tym samym miejscu i czasie.

Filozofia prawa a multikulturalizm – studium pewnego przypadku*

W artykule 35 ust. 1 Konstytucja Polski stanowi, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury”. Norma bądź normy, które uda się odkodować z powyższego przepisu winny być czymś oczywistym, szczególnie jeżeli rozważamy je w odniesieniu do Polski jako demokratycznego państwa prawnego. Przy braku zabezpieczenia grup mniejszościowych w Rzeczypospolitej trudno byłoby wyobrazić sobie realizację zasady państwa prawa. Ochrona ta jest tym bardziej skuteczna, gdyż art. 35 Konstytucji ma charakter przepisu bezpośredniego, do którego stosowania nie potrzeba odsyłać do odrębnych ustaw¹. Przywołując powyższe unormowanie warto także wspomnieć, że na podstawie ust. 2 omawianego artykułu mniejszościom narodowym i etnicznym przysługuje prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych, a także instytucji służących ochronie tożsamości religijnej oraz do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej.

Obok powyższej zasady ochrony mniejszości narodowych i etnicznych w Konstytucji Polski możemy także odnaleźć inną zasadę — równości wszystkich obywateli wobec prawa. Przedmiotowe opracowanie nie ma jednak na celu dokonywania szczegółowej analizy obu tych zasad na gruncie prawa polskiego. Warto jednak wskazać, iż należą one do podstawowego „kanonu normatywnego” demokratycznego państwa prawnego. W związku z tym rodzi się pytanie, czy w praktyce występują sytuacje zmuszające ludzi do weryfikacji zasady równości?

* Niektóre tezy zawarte w niniejszym tekście zostały uprzednio ujęte w opracowaniu: S. Sykuna, *Kiedy prawo zderza się z tradycją i obyczajami*, [w:] T. Paleczny, J. Talewicz-Kwiatkowska (red.), *Tożsamość kulturowa Romów w procesach globalizacji*, Kraków 2008, s. 85–92.

¹ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2000, s. 47-48.

Abstrahując od dyskusji na temat dyskryminacji pozytywnej, nawet przy pobieżnym porównaniu obu powyższych zasad, rodzi się kolejne pytanie, czy między wspomnianymi zasadami zachodzi zjawisko nadrzędności i podrzędności? Odrywając się na chwilę od rozważań na gruncie ustawodawstwa polskiego, należy zastanowić się, czy mniejszość, która w swoim postępowaniu kieruje się uświęconą przez wieki tradycją powinna z niej zrezygnować z powodu braku w tym względzie akceptacji państwa, w którym osiadła? Czy można poświęcić bowiem tradycję kultywowaną przez stulecia i podporządkować się standardom tylko dlatego, że reprezentuje się mniejszość? A może powinno być inaczej, może to prawo danego państwa, w którym osiedla się grupa mniejszościowa powinno uwzględnić, choćby kosztem zasady równości wszystkich wobec prawa, obowiązywanie specyficznych norm ukształtowanych przez obyczaje i zwyczaje kulturowe? W niniejszych rozważaniach warto również zastanowić się nad granicami ochrony mniejszości. Wypada zapytać bowiem, jak dalece „państwo przyjmujące” powinno zapewniać wszelkie wolności swoim obywatelom, należącym jednak do mniejszości narodowych i etnicznych? Zasadne wydaje się również pytanie, czy demokratyczne państwo prawa ma obowiązek akceptować i chronić wszystkie obyczaje stosowane przez poszczególne mniejszości narodowe i etniczne? Być może ochroną powinny być objęte tylko te obyczaje, które są akceptowane, lecz niekoniecznie stosowane przez większość? Jak daleka zatem powinna być ochrona ze strony państwa w stosunku do swoich obywateli skupionych w mniejszości etnicznej lub narodowej? W jaki sposób, w przypadku różnic, wyważyć interesy zarówno mniejszości, jak i większości obywateli zamieszkujących dane państwo? Jakie należy przyjąć stanowisko odnośnie obyczajów mniejszości narodowych i etnicznych, które wprawdzie wypływają z wielowiekowej tradycji, ale stoją w sprzeczności z obowiązującym prawem?

To tylko niektóre pytania rodzące się przy rozważaniu zależności między zasadami wymienionymi w początkowym fragmencie niniejszego opracowania. Aby uzyskać odpowiedź choćby na niektóre z nich warto przywołać pewne przykłady, które, co ciekawe, zostały zaczerpnięte również z polskiej rzeczywistości.

Od lat środowisko polskich Romów boryka się z licznymi problemami, których podłoże stanowi konflikt między wielowiekową tradycją a standardami obyczajowymi większości społeczeństwa. Co więcej, niekiedy na ten konflikt nakładają się różne kwestie prawne. W Polsce z sytuacją taką mamy do czynienia chociażby w przypadku

małżeństw zawieranych przez Romów. Bezpośrednio z tym wiąże się także problem wczesnych kontaktów seksualnych, do których może dochodzić między dziewczętami i chłopcami ze społeczności romskiej, co w pewnych przypadkach prowadzi nawet do naruszenia obowiązujących norm kodeksu karnego. Warto zatem bliżej przyjrzeć się wspomnianym zagadnieniom w związku z szeroko dyskutowaną w literaturze światowej kwestią multikulturalizmu².

Powszechnie przyjmuje się, że w systemie prawa polskiego występują dwie formy zawarcia małżeństwa: świecka oraz wyznaniowa. Celowe w tym miejscu jest użycie zwrotu „forma małżeństwa”, albowiem w myśl zasad prawa rodzinnego nie powinno się mówić o rodzajach małżeństwa, a jedynie o jego formach. Stąd też pomimo powszechnie używanego wyrażenia „małżeństwo wyznaniowe” mamy do czynienia jedynie z jego formą odmienną od świeckiej. Nie zagłębiając się w szczegóły dotyczące wszystkich przesłanek małżeństwa należy jednak wspomnieć o granicy wiekowej nupturientów. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 k.r.o. zarówno mężczyzna, jak i kobieta powinni mieć ukończone 18 lat. Jednak z ważnych powodów sąd opiekuńczy może zezwolić na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła lat 16, a z okoliczności wynika, że zawarcie małżeństwa będzie zgodne z dobrem założonej rodziny. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że owe ważne powody należy oceniać, uwzględniając dobro rodziny, rozważając każdy przypadek osobno, biorąc pod uwagę całokształt istotnych okoliczności³.

W odniesieniu do dalszych rozważań niniejszego opracowania warto również, choć w skrócie, przypomnieć podstawowe elementy ceremonii podczas zawierania małżeństwa, szczególnie jednak w przypadku ślubu zawieranego w Kościele katolickim. Co ciekawe, w niektórych z tych elementów można doszukać się innych przesłanek ważności małżeństwa. Zważywszy na fakt, iż zgodnie z obrzędem liturgicznym sakrament małżeństwa sprawuje się podczas mszy świętej, główna część połączenia przyszłych małżonków odbywa się po homilii. Osoba duchowna – najczęściej proboszcz danej parafii albo w jego zastępstwie wikariusz⁴ rozpytuje nupturientów o wolę zawarcia małżeństwa, wytrwania w wierności oraz posiadania i wychowania dzieci. Następnie, mając oplecione ręce stułą kapłana, przyszli małżonkowie składają oświadczenie woli jednoczesnego

² Zob. O. P. Shabani (red.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, Cardiff 2007.

³ K. Piasecki, [w:] K. Piasecki, (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 69.

⁴ Wyjątkowo zgodnie z kanonem 1116 § 2 kodeksu prawa kanonicznego, w przypadku niebezpieczeństwa śmierci, przy zawieraniu małżeństwa może wystąpić inny duchowny.

zawarcia małżeństwa⁵. Osoba duchowna potwierdza zawarcie tego związku, zdejmując stulę oraz błogosławi obrączki będące symbolem udzielonego sakramentu. W trakcie ich wzajemnego wkładania na palce małżonkowie ponownie wypowiadają słowa świadczące o ich miłości i wierności.

Pewne podobieństwo w zakresie ceremonii zawierania małżeństwa występuje w społeczności romskiej. Jej członkowie jako obywatele polscy siłą rzeczy podlegają prawu obowiązującemu w Rzeczypospolitej. Jednakże jako Romowie czują się subiektywnie związani imperatywem obyczajowym wynikającym z wielowiekowej tradycji, która dopuszcza zawieranie małżeństw w bardzo wczesnym wieku, nawet przed dojściem do pełnoletniości. Trudno wskazać precyzyjnie, kiedy młodzi Romowie są gotowi do wspólnego życia. Problem w tym, że środowisko, równoległe z determinacją wynikającą z wielowiekowej kultury, jest poddawane wpływowi cywilizacyjnym kraju, w którym dana grupa zamieszkuje. Zdarza się również, jakże często, że nie sami partnerzy, tylko ich rodzice decydują o tym, czy młodzi osiągnęli już wystarczający wiek do zaślubin. Pomimo przywoływania w literaturze różnych granic wiekowych, najczęściej przyjmuje się, że trzynastoletnie dziewczęta i szesnastoletni chłopcy są gotowi wstąpić w związki małżeńskie⁶.

Obrzęd zaślubin poprzedza okres przygotowań, podczas którego znaczącą, a czasami najważniejszą rolę odgrywają rodziny przyszłych małżonków. Jednakże i w tym przypadku brakuje jednorodności co do sposobów kojarzenia w pary młodych ludzi. Często o wszystkim decydują rodzice, a czasami to zainteresowani wykazują główną inicjatywę do zawarcia małżeństwa.

W uroczystościach zaślubin biorą udział rodzice i rodzina młodej pary⁷. Cały przebieg *mangavipen*, pomimo drobnych różnic wynikających z odrębności poszczególnych ugrupowań Romów, jest zeterminowany w przeważającej mierze podobnymi zwyczajami, które wypływają z wielowiekowej tradycji. Najpierw wyznaczony członek starszyzny, osoba ciesząca się autorytetem w danej społeczności, poucza przyszłych małżonków o odpowiedzialności, która łączy się z instytucją małżeństwa. Następnie na ich dłoniach wiąże specjalną chustę. Niekiedy dla aktu zaślubin uznaje się za wystarczające prze-

⁵ Przyjmuje się, że w sytuacji kiedy nupturieniec są niemowami mogą w obecności osoby duchownej podpisać formułę małżeńską bądź poprzez inne znaki mogą wyrazić chęć wstąpienia w związek.

⁶ J. Ficowski, *Cyganie w Polsce. Dzieje i obyczaje*, Warszawa 1989, s. 80; A. J. Kowarska, *Polska Roma. Tradycja i nowoczesność*, Warszawa 2005, s. 103.

⁷ A. Bartosz, *Nie bój się Cygana. Na daro Romestar*, Sejny 2004, s. 193.

wiązanie rąk zwykłą wstążką, sznurkiem, tasiemką lub nawet fartuchem, najlepiej w kolorze czerwonym⁸. Po wygłoszeniu publicznej i dobrowolnej deklaracji nupturientów o gotowości wspólnego życia we dwoje i akceptacji związku przez rodziców, młodych oblewa się wódką lub szampanem, a czasami także podrzuca się ich do góry⁹.

W literaturze pojawiają się także informacje dotyczące kupowania lub też porywania przyszłych żon. J. Ficowski wskazuje, że ten pierwszy zwyczaj praktykowany przez Lowarów i Kełderaszów został w zasadzie zaprzestany po drugiej wojnie światowej¹⁰. Natomiast porywanie żony zdarza się do dziś, nawet wśród Romów polskich¹¹. W zasadzie ma on niewiele wspólnego z przemocą czy zaskoczeniem, albowiem młodzi wcześniej umawiają się na wspólną ucieczkę i po powrocie oświadczają swoim rodzinom, że spędzili ze sobą noc. Zgodnie ze zwyczajami romskimi taki fakt jest równoznaczny z zawarciem małżeństwa¹².

Mimo że młodzi Romowie mogą wybrać w Polsce trzy formy małżeństwa, tj. cywilną, kościelną i tradycyjną, to zdecydowanie ślub tradycyjny zwany *mangavipen* jest uznawany za najważniejszy w ich środowisku¹³, choć nie wywołuje żadnych skutków z punktu widzenia polskiego prawa cywilnego. W kontekście faktu, iż większość polskich Romów to katolicy może dziwić, że stosunkowo rzadko dochodzi do zawarcia, chyba najpopularniejszego w Polsce, ślubu kościelnego. Prawdopodobnie jest to powodowane względami światopoglądowymi i rodzinnymi. Wydaje się bowiem, że z punktu widzenia Roma, najważniejsze jest złożenie samej przysięgi miłości, wierności i oddania, którą wypowiada się zarówno przed osobą starszą, jak i przed wspólnotą romską uczestniczącą w obrzędzie. Tym samym głębokie przeżycie duchowne związane z obecnością w kościele schodzi na dalszy plan przed wspólnym, rodzinnym obcowaniem we własnym gronie. Ten prymat rodzinności dostrzega się również w innych uroczystościach, jak chociażby w chrzcie dzieci, komunii czy pogrzebie. Wprawdzie w tych przypadkach Romowie uczestniczą w obrzędach kościelnych, jednak wciąż dominuje nastawienie prorodzinne.

Biorąc pod uwagę jedynie tradycyjne polskie grupy Romów (Polska Roma, Lowarowie, Kełderasze), które żyją zgodnie z *Romanipen*

⁸ A. J. Kowarska, *op. cit.*, s. 118.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ J. Ficowski, *op. cit.*, s. 78.

¹¹ *Ibidem*, s. 79.

¹² *Ibidem*.

¹³ A.J. Kowarska, *op. cit.*, s. 116-117.

(niepisany zbiór zasad wzajemnego zachowania w środowisku romskim, czasami określany nawet jako prawo zwyczajowe Romów), trudno sobie wyobrazić sytuację, aby ich przedstawiciele zawierali wyłącznie ślub cywilny. Niezaprzeczalnie wynika to ze wspomnianego szacunku dla własnej tradycji i przywiązania do rodziny. W tym kontekście śluby cywilne, jako dodatkowe obok tradycyjnych, wybiera się najczęściej wyłącznie z powodów praktycznych. Romowie mają bowiem świadomość, że tylko w ten sposób w stosunku do nich mogą być stosowane normy prawa polskiego, jak chociażby związane z wspólnością majątkową małżonków lub dziedziczeniem ustawowym.

Swego rodzaju nakazem dla uznania prymatu formy tradycyjnej zawierania ślubu może być także obawa skalania, czyli czasowego lub nawet stałego wykluczenia ze wspólnoty romskiej. Jedną z zasad wypływających z *Romanipen* jest bowiem posiadanie rodziny i szacunek dla starszych. Tym samym dla przestrzegającego te zasady Roma, złożenie przysięgi małżeńskiej przed osobą ze starszizny i w obecności rodziny wydaje się być rzeczą ważniejszą niż przysięga w kościele lub przed urzędnikiem stanu cywilnego.

W społeczności romskiej ślub tradycyjny zawierają młodzi ludzie jeszcze przed dojściem do pełnoletniości. Jak zostało wskazane powyżej, dość często pomija się w ogóle dwa pozostałe, przewidziane przez polskie ustawodawstwo sposoby zawierania małżeństw, pozostając przez całe życie w związkach opartych jedynie na tradycyjnej przysiędze¹⁴. Można zatem stwierdzić, że w tej sytuacji z punktu widzenia prawa polskiego mamy do czynienia z typowym konkubinatem.

Najprawdopodobniej tradycyjną, w rozumieniu romskim, drogę wybrał jeden z mieszkańców Dolnego Śląska Marek K. W roku 2003, mając osiemnaście lat, w myśl wielowiekowej tradycji Romów poślubił swoją wybraną pochodzącą również z rodziny romskiej, która niestety w dniu ślubu nie miała jeszcze ukończonych nawet piętnastu lat. Warto również dodać, że niecały rok po tym doniosłym dla młodych ludzi wydarzeniu urodziło się im dziecko.

Rozpatrując powyższe zdarzenie zgodnie z zasadami polskiego prawa rodzinnego, łatwo stwierdzić, że młodzi Romowie w chwili zaślubin nie spełniali przesłanek dotyczących wymaganego wieku określonych w art. 10 § 1 k.r.o. Co więcej, skoro doszło do obcowania płciowego z osobą poniżej 15. roku życia, wydaje się oczywiste, iż nastąpiło również naruszenie przepisów polskiego prawa karnego. Zgodnie bowiem z art. 200 k.k. „Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności

¹⁴ *Ibidem*, s. 117.

seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”. Dodatkowo polski ustawodawca za przedmiotowe przestępstwo nie dopuszcza możliwości zatarcia skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Opisana powyżej sprawa Marka K. została ujawniona, kiedy po przeprowadzeniu kuratorskiego wywiadu środowiskowego zostało złożone zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. W akcie oskarżenia Markowi K. zarzucono dopuszczenie się czynu z art. 200 § 1 k.k. Od samego początku postępowania podejrzany, a później oskarżony, w żaden sposób nie zaprzeczał podnoszonym okolicznościom. Okazało się, iż w roku 2003 Marek K. faktycznie poślubił swoją wybrankę zgodnie z tradycją romską, a rok później urodziło się im dziecko. Na skutek przeprowadzonego postępowania Marek K. został uznany za winnego popełnienia czynu, który sąd zakwalifikował jako przestępstwo obcowania płciowego z osobą poniżej 15. roku życia. Na podstawie art. 200 § 1 k.k. Marek K. został skazany na karę ośmiu miesięcy pozbawienia wolności. Jednocześnie sąd zawiesił karę na okres próby wynoszący trzy lata i na ten czas oddał oskarżonego pod dozór kuratora.

Z punktu widzenia prawa karnego opisana sprawa wydaje się jasna i oczywista. Ma jednak pewne, można by powiedzieć kulturowe „drugie dno”. Marek K. jako obywatel Rzeczypospolitej podlega prawu polskiemu, jednak z pewnością, jako członek społeczności romskiej czuje się związany imperatywem obyczajowym wynikającym z tradycji, w myśl której dopuszcza się zawieranie małżeństw w bardzo wczesnym wieku, *ergo* w równie młodym wieku dopuszcza się obcowanie płciowe.

Powyższa sprawa odbiła się bardzo szerokim echem w całym środowisku romskim. Reakcją na opisywany wyrok sądu było wydanie przez Stowarzyszenie Romów w Polsce oficjalnego oświadczenia, w którym zawarto apel o poszanowanie ich tradycji, „której jednym z elementów jest praktyka bardzo wczesnego zamażpójścia kobiet”¹⁵. Powołując się na treść polskiej ustawy o mniejszościach narodowych wskazano na brak uwzględnienia specyfiki i odrębności kulturowo-obyczajowej Romów, szczególnie w odniesieniu do przypadku Marka K. Ponadto, wskazując jasno, że Stowarzyszenie w żaden sposób nie chce ingerować w procedurę przewidzianą przez polskie prawo, wyrażono nadzieję, że ten jednostkowy przypadek

¹⁵ Stowarzyszenie Romów, *Oświadczenie z 2007 roku*, dostępne na stronach <http://www.stowarzyszenie.romowie.net>

nie stanie się impulsem do inicjowania podobnych procesów skierowanych w członków mniejszości romskiej w Polsce.

Obawy środowiska romskiego mogą być faktycznie uzasadnione, biorąc pod uwagę, że praktyka wczesnego zamażpójścia młodych Romek jest dość powszechna. Dlatego nagłośnienie sprawy Marka K. może niechybnie spowodować wiązanie tradycji romskiej z pedofilią, jako jednym z najgorszych przestępstw w ogóle. Dodatkowy problem pojawia się przy wspomnianej już analizie konstrukcji przestępstwa z art. 200, zwłaszcza w związku z art. 106a k.k. Szczegółowy взгляд na przesłanki opisywanego czynu przekraczałby jednak ramy niniejszego opracowania. Wystarczy jedynie wskazać, iż w sytuacji, w której sąd skazałby za przedmiotowe przestępstwo na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, Kodeks karny nie dopuszcza możliwości jego zatarcia. Przepis art. 106a został wprowadzony w wyniku nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej w roku 2005. Warto w tym miejscu zauważyć, iż dodanie omawianego artykułu spotkało się z licznymi komentarzami ze strony doktryny prawa karnego. Podkreślono jego kontrowersyjność, albowiem przeczy on zasadzie humanitaryzmu oraz wydaje się mało racjonalny z uwagi na zasady polityki karnej¹⁶.

Wracając do głównego wątku, tj. zderzenia prawa z obyczajami, historia małżeństwa polskich Romów wydaje się być podobna do stanów faktycznych, które już w latach osiemdziesiątych XX wieku badały sądy amerykańskie w toku postępowań. Strony występujące w tych procesach należały również do mniejszości etnicznych lub narodowych zamieszkujących Stany Zjednoczone. Co więcej, zarzucane im czyny były wprawdzie niezgodne z obowiązującym prawem, znajdowały jednak usprawiedliwienie w obyczajowości i tradycji tych mniejszości. Przykładowo sprawa *People v. Moua*, którą w roku 1985 rozpatrywał sąd w Kalifornii dotyczyła pewnego Laotańczyka z plemienia Hmong, który zgodnie z obyczajem tej grupy etnicznej (*zìj poj nìam*, ang. *marriage-by-capture*), chcąc zawrzeć małżeństwo porwał swoją wybrankę serca¹⁷. Inna sprawa dotyczyła specyficznych zachowań obowiązujących wśród członków mniejszości albań-

¹⁶ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 243; M. Mozgawa, *Art. 106a*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 212; G. Bogdan, *Art. 106a*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 1113–1114.

¹⁷ M. P. Golding, *The Cultural Defence*, „Ratio Juris” 2002, t. 15, no. 2, s. 148; N. A. Gordon, *The Implications of Memetics for the Cultural Defence*, „Duke Law Journal” 2001, t. 50, s. 1813 i n.; A. Phillips, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts*, „The Modern Law Review” 2003, t. 66, no. 4, s. 511 i n.

skiej w USA. Mieszkający w Teksasie Albańczyk Sandri Krasniqi został oskarżony o molestowanie seksualne swojej czteroletniej córki przez to, że poklepał ją po narządach płciowych w miejscu publicznym¹⁸. Przed sądem ojciec powoływał się na argumenty związane z tradycją albańską, zgodnie z którą tego typu gesty są powszechnie obowiązującą normą i nie mają żadnego podtekstu ani znaczenia seksualnego¹⁹.

W przeciwieństwie do polskiej tradycji w anglosaskiej kulturze prawnej funkcjonuje pojęcie, a może już nawet instytucja określana jako *cultural defence* (na potrzeby niniejszego artykułu można ją tłumaczyć jako *obrona przez kulturę*). Znalazła ona zastosowanie nie tylko w przywołanych powyżej przykładach, ale także w wielu innych nie tylko z zakresu prawa karnego²⁰. Najczęściej przyjmuje się, że można o niej mówić ogólnie w sytuacjach, w których organ stosujący prawo bierze (lub nie bierze) pod uwagę obowiązywanie w określonej grupie społecznej specyficznych norm kulturowych odbiegających w istotny sposób od przyjętych standardów ogólnospołecznych²¹. *Cultural defence* ujmuje się w wąskim i szerokim znaczeniu w zależności od rodzaju spraw, w stosunku do których odnosi się tę instytucję. Pierwsze łączy się jedynie z postępowaniami w sprawach karnych. W tym sensie obrona przez kulturę oznacza pewien rodzaj prawnej lub prawniczej strategii stosowanej w postępowaniu karnym. Polega ona na wykorzystywaniu argumentu przynależności sprawcy do specyficznej grupy kulturowej w celu wyłączenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności bądź złagodzenia grożącej kary za dany czyn²². W szerszym znaczeniu pojęcie to można jednak rozciągnąć także na całe gałęzie prawa i inne rodzaje postępowań, np. na postępowania w sprawach cywilnych czy administracyjnych. Przykładowo, w sprawie *Friedman v. State*, instytucja *cultural defence* pojawiła się jako argument za przyznaniem stronie powodowej odszkodowania za uszczerbek na zdrowiu²³. Na wzglę-

¹⁸ A. Dundes Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, „Canadian Journal of Law and Society” 2005, t. 20, no. 1, s. 50–51.

¹⁹ S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 6, s. 35.

²⁰ A. Dundes Renteln, *The Cultural Defence*, New York 2004, *passim*.

²¹ J. Van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2001, t. 9, no. 1, s. 5.

²² M. Wen Chu Wu, *Culture Is No Defence For Infanticide*, „Journal of Gender, Social Policy & The Law” 2003, t. 11, no. 2, s. 981 i n.

²³ A. Dundes Renteln, *The Cultural Defence...*, s. 53 i n.

dy kulturowe powołują się także osoby występujące z wnioskami o udzielenie im azylu w ramach obowiązującej procedury administracyjnej w Stanach Zjednoczonych. Warto wspomnieć, iż w tych sprawach nader często dochodzi jednak do nadużywania argumentu *cultural defence*. Emigranci, chcąc wzmocnić uzasadnienie swoich wniosków powołują się bowiem na różne okrutne, ale fikcyjne obyczaje obowiązujące w ich krajach²⁴.

Jak łatwo się domyśleć, w praktyce strategia „obrony przez kulturę” (ang. *cultural defence*, franc. *la défense par la culture*)²⁵ może być wykorzystywana w dobrej wierze, ale może być też nadużywana²⁶. Na tym, choć nie tylko, polega stopień skomplikowania przypadków, w których pojawia się *cultural defence*. W sprawach karnych należy mieć na względzie problem polegający na tym, czy przy ocenie motywów sprawcy, świadomości bezprawności oraz charakteru czynu, trzeba wziąć pod uwagę lub też pominąć kontekst kulturowy i z jakim skutkiem prawnym. Pojawia się także skomplikowane zagadnienie interpretacji specyficznych norm kulturowych przez pryzmat zewnętrzny w stosunku do środowiska, w którym one funkcjonują. Niekiedy trzeba też przeprowadzić dowód na okoliczność rzeczywistego wpływu norm kulturowych na zachowanie stron procesu. Wreszcie trzeba wskazać, czy te kulturowe odrębności dotyczą negatywnie reszty społeczeństwa i w jaki sposób są przez nie odbierane. Nawet jeśli przyjąć za R. Dworkinem rozróżnienie „traktowania wszystkich jak równych” (*treating everybody as an equal*) od „traktowania wszystkich równo” (*treating everybody equally*), to i tak powstaje pytanie o racjonalność strategii *cultural defence* w warunkach demokratycznego państwa prawa²⁷.

Wspomniany na początku niniejszego opracowania przykład małżeństwa polskich Romów wskazuje, że problemy związane ze zjawiskiem *cultural defence* występują nie tylko w kulturze anglosaskiej, lecz także w kulturze kontynentalnej. Obok Polski, gdzie *cultural defence* pojawiło się już w literaturze prawniczej, zagadnienie to jest żywo dyskutowane np. w Belgii i Holandii²⁸. Wprawdzie nie jest ono aż tak jednoznacznie zidentyfikowane i zdefiniowane oraz nie występuje na taką skalę jak w systemie *common law*, to jednak trudno

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*; S. Song, *La défense par la culture en droit américain*, „Critique Internationale” 2005, no. 28, s. 61-85.

²⁶ A. Dundes Renteln, *The Use and Abuse...*, s. 47-67.

²⁷ J. Ch. Merle, *Cultural Defence, Hate Crimes and Equality Before the Law*, „Ethic@” 2006, t. 5, no. 1, s. 7-19.

²⁸ A. Dundes Renteln, *The Use and Abuse...*, s. 47.

zaprzeczyć nie tylko jego istnieniu, lecz i nieuniknionemu rozwojowi. Już sam przykład z Dolnego Śląska wydaje się być bowiem potwierdzeniem aktualności problemu także i w polskim systemie prawnym.

Należy mieć jednak świadomość, że pomimo podobieństwa problemów bezpośrednie przeniesienie instytucji *cultural defence* do polskiego systemu prawnego wydaje się niemożliwe. Taki sam wniosek należy sformułować również w przypadku sprawy Marka K. Najkrócej rzecz ujmując, przeszkodą są tutaj zarówno odmienne tradycje oraz rozwiązania przyjęte w polskim prawie, jak i względna homogeniczność polskiego społeczeństwa. Okoliczności te nie powinny jednak ograniczać dyskusji na opisywany temat. Zważywszy na fakt postępującej migracji przedstawicieli innych kultur do naszego kraju może okazać się wkrótce, że problem ten będzie narastał. Najlepszym dowodem jest infiltracja *cultural defence* w jurysprudencji przywołanych wyżej Belgii czy Holandii.

W związku z postawionym już twierdzeniem, że instytucja *cultural defence* może być wykorzystywana w dobrej i w złej wierze, warto zatem zadać pytanie, kiedy można przyjąć, że w konkretnej sprawie zastosowanie *cultural defence* jest zasadne? Według A. Dundes Renteln można określić pewne obiektywne kryteria oceny tworzące swoistego rodzaju minimalny test poprawności zastosowania *cultural defence*. Składają się na niego trzy podstawowe problemy: 1) przynależność zainteresowanego do określonej mniejszości; 2) obowiązywanie w ramach tej mniejszości norm wyznaczających specyficzne zachowania uzasadniające *cultural defence*; 3) wpływ w istotny sposób norm na zachowanie zainteresowanego w sprawie będącej przedmiotem oceny organu stosującego prawo²⁹. Pozytywny wynik takiego testu nie musi automatycznie oznaczać uwzględnienia argumentu *cultural defence*, np. w zakresie obniżenia wymiaru kary czy, tym bardziej, wyłączenia odpowiedzialności karnej. Tym niemniej, powinien skłonić organ stosujący prawo do głębszego zastanowienia się nad problemem.

Dodatkowo warto wskazać, iż obok wpływu *cultural defence* na dyskusję z zakresu polityki prawa, może ona rodzić także szereg problemów z zakresu dogmatyki prawa. Niewątpliwie na czoło wysuwa się dogmatyka prawa karnego, w której ramach *cultural defence* może odnosić się do okoliczności wyłączających winę, tj. błędu co do prawa i błędu co do faktu. Ponadto, jak już podkreślono, omawiana instytucja może zasadniczo wpływać na wymiar kary, oraz stanowić swoistą, choć stanowiącą nadużycie, strategię obrony oskarżonego.

²⁹ *Ibidem*, s. 49-50.

Z nieświadomością bezprawności czynu, czyli z błędem co do prawa, mamy do czynienia w sytuacji gdy sprawca dopuszcza się zachowania, wprawdzie zgodnego z jego normami kulturowymi, to jednak zabronionego przez obowiązujące prawo, o których sam sprawca nie wie. Elementem koniecznym do wystąpienia błędu co do prawa jest jednak usprawiedliwienie nieświadomości bezprawności czynu. W pewnym sensie jako przykład można przedstawić wspomnianą powyżej sprawę Albańczyka Sandri Krasniqi, który został oskarżony o molestowanie seksualne swojej córki³⁰. Z okoliczności tej sprawy wynika, że Krasniqi nie przypuszczał, iż takie zachowanie, w jego ocenie zupełnie niewinne, może być prawnie zabronione. Tym samym można stwierdzić, że sprawca nie miał świadomości co do bezprawności czynu. Powstaje więc pytanie, czy w tym przypadku w ogóle można mówić o znamionach czynu zabronionego molestowania seksualnego nieletniej z uwagi na brak takiego zamiaru po stronie sprawcy i brak negatywnego wpływu na psychikę dziecka wobec nieistnienia seksualnego kontekstu czynu?

Natomiast z błędem co do faktu mamy do czynienia w sytuacji gdy sprawca wprawdzie wie, że czyn, którego się dopuszcza, jest zabroniony, ale działa w przekonaniu, że jego postępowanie mieści się w granicach odrębności kulturowej i jednocześnie w usprawiedliwionym przeświadczeniu, że zachowanie to w konkretnych okolicznościach nie nosi znamion czynu zabronionego (np. z uwagi na pozorną naturę działania). Występuje zatem pewna rozbieżność „między jakimś fragmentem rzeczywistości a wyobrażeniem o nim sprawcy”³¹. Najlepszym przykładem w tym miejscu wydaje się powołanie sprawy *People v. Moua*. Wśród członków plemienia Hmong obowiązywał zwyczaj, zgodnie z którym małżeństwo zawierano przez porwanie i rytualny akt seksualny, podczas którego wybranka dla podkreślenia męskości przysłego męża stawiała mu opór. W przedmiotowej sprawie Moua został jednak oskarżony o porwanie i gwałt. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego sąd uznał, że oskarżony działał pod wpływem błędu co do faktu — sądził bowiem, że wykonuje rytualny akt zawarcia małżeństwa, a opór ze strony kobiety jest tylko częścią tego zwyczaju i w związku z tym ma charakter pozorny. W literaturze amerykańskiej zestawia się ten przypadek *mutatis mutandis* z klasycznym przykładem myśliwego, który strzela w przeświadczeniu, że celuje do zwierzyny, podczas gdy w rzeczywistości zabija innego uczestnika polowania³².

³⁰ *Ibidem*, s. 50-51.

³¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 136.

³² M. P. Golding, *op. cit.*, s. 148.

Cultural defence może stanowić także okoliczność łagodzącą wymiar kary. Wydaje się, że w ramach okoliczności wpływających na rodzaj i wielkość kary, sąd może wziąć pod uwagę fakt, iż determinacja sprawcy była wywołana imperatywem kulturowym i pomimo że sprawca zdawał sobie sprawę z przestępnego charakteru czynu zasługuje na mniejszą karę niż w normalnych okolicznościach. W sprawie *People v. Kimura* młoda Japonka mieszkająca w Kalifornii Fumiko Kimura, dowiedziawszy się, że jej mąż od trzech lat ma kochankę, postanowiła popełnić rytualne samobójstwo, topiąc się w oceanie wraz z dwójką kilkuletnich dzieci. Wprawdzie sama przeżyła, jednak jej dzieci nie zdołano uratować. Można stwierdzić, choć z pewną ostrożnością, że w sprawie tej wykorzystano strategię *cultural defence*. Sąd pomimo nieprzeprowadzenia dowodu w kwestii znaczenia rytuału samobójstwa wziął bowiem pod uwagę petycję podpisaną przez tysiące obywateli należących do kalifornijskiej mniejszości japońskiej, w której pojawiła się właśnie argumentacja *cultural defence*. Ostatecznie Fumiko Kimura została skazana na karę jednego roku pozbawienia wolności i pięcioletni okres próby z nadzorem psychiatrycznym³³.

Wreszcie warto zwrócić uwagę, że *cultural defence* może być także nadużywane w zakresie prawa do obrony. Sprawca może przywoływać bowiem argumenty kulturowe wyłącznie w celu wyłączenia bądź ograniczenia swojej odpowiedzialności. W tym przypadku nieodzowne staje się weryfikowanie twierdzeń sprawcy, chociażby przez opisany powyżej test poprawności zaproponowany przez A. Dundes Renteln. W literaturze przyjmuje jako przypadek nadużycia *cultural defence* sprawę *People v. Chen*. Chińczyk Dong Lu Chen mieszkający w Nowym Jorku, wiedząc o zdradach swojej żony dopuścił się morderstwa poprzez kilkakrotne uderzenie jej młotkiem. Podczas procesu pojawił się argument *cultural defence* i przeprowadzono dowód z opinii biegłego (znawcy kultury chińskiej), z której wynikało, że w chińskiej obyczajowości cudzołóstwo żony jest czymś szczególnie dotkliwym i upokarzającym dla mężczyzny, skutkującym nawet niemożliwością ponownego małżeństwa. Sąd przyjął te argumenty i ostatecznie zmienił kwalifikację prawną zarzucanego czynu z zabójstwa drugiego stopnia na nieumyślne spowodowanie śmierci drugiego stopnia³⁴.

Przywołane przykłady pokazują jak jest złożona instytucja *cultural defence*, biorąc szczególnie pod uwagę jej praktyczne zastoso-

³³ N.A. Gordon, *op. cit.*, s. 1814 i n.

³⁴ M. P. Golding, *op. cit.*, s. 149-150.

wanie. Zważywszy na pojawienie się w literaturze polskiej nowego pojmowania *hard cases* można *cultural defence* zakwalifikować właśnie³⁵ jako jeden z możliwych trudnych przypadków, który zachodzi na styku prawa i obyczajowości.

Pojęcie „trudnych przypadków” stanowi wierne tłumaczenie angielskiego zwrotu *hard cases*. Pomimo jego częstego przywoływania w piśmiennictwie, wśród współczesnych teoretyków i filozofów prawa nie ma zgody co do jednoznacznego rozumienia przedmiotowego zwrotu. Najczęściej jednak mianem *hard cases* określa się takie sytuacje, w których sędzia, nie dysponując jednoznaczną normą prawną staje przed wyborem jednego z kilku poprawnych rozwiązań danej sprawy³⁶. Tym samym zawiąza się możliwość używania danego zwrotu jedynie do procesu stosowania prawa. Wydaje się to oczywiste, jeżeli wziąć pod uwagę anglosaską genezę omawianego pojęcia. W kulturze *common law* to sędziowie pełnią bowiem najważniejszą rolę w systemie prawa. To oni, nazywani przez R. Dworkina „księżętami prawa”, nie tylko orzekają w sprawach indywidualno-konkretnych, ale z uwagi na możliwość tworzenia precedensów kreują nowe normy prawne. Wspomniany amerykański filozof prawa wąsko pojmował *hard cases*. Wprawdzie Dworkin odnosi pojęcie trudnego przypadku także do sytuacji, w których z uwagi na brak konsensusu pomiędzy prawnikami wystąpią problemy decyzyjne, to jednak główną istotę *hard cases* ujmuje jako powstały w toku stosowania prawa brak jednoznacznej normy³⁷.

Z uwagi na ramy niniejszego opracowania trudno opisać szczegółowo wszystkie propozycje definiowania *hard cases*. M. Król, odnosząc pojęcie trudnych przypadków do instytucji prawomocności, opisała w polskiej literaturze z zakresu teorii i filozofii prawa obok koncepcji R. Dworkina także ujęcie omawianego zagadnienia dokonane przez H.L.A. Harta, N. McCormicka, A. Peczenika i J. Wróblewskiego³⁸. Wszyscy wyżej wymienieni autorzy pomimo różnorodnego uzasadnienia odwołują się do szeroko rozumianego procesu stosowania prawa i przez ten pryzmat starają się definiować omawiane pojęcie.

³⁵ J. Zajadło, *Wprowadzenie*, [w:] J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 7-18.

³⁶ B. Wojciechowski, *Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 2004, t. LXX, s. 11; S. Sykuna, *Trudne przypadki*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2007, s. 339; J. Zajadło, *Wprowadzenie...*, s. 7

³⁷ B. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 11.

³⁸ M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków a prawomocność*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 97-109.

W literaturze zagranicznej można zaś spotkać się z próbami wskazania cech charakterystycznych dla *hard cases* poprzez określenie linii podziału między trudnymi a łatwymi przypadkami. W leksykonie z zakresu teorii prawa B.H. Bix podkreślił, iż różnica między przypadkiem trudnym a łatwym przejawia się w trzech aspektach: stopniu, czasie i pewności porozumienia, które prawidłowo wykształceni i rozsądni prawnicy są (lub nie są) w stanie osiągnąć w konkretnej sprawie³⁹. Tym samym można stwierdzić, że jeżeli decyzja rozstrzygająca będzie podjęta w krótkim czasie od pojawienia się danej kwestii i zostanie utrzymana (np. w toku instancji), nie można uznać takiej sprawy za *hard case*.

Powyższe powszechnie przyjmowane w teorii prawa definiowanie trudnych przypadków nie sprzeciwia się poprawności twierdzeń, w których rozszerza się rozumienie przedmiotowego zwrotu na inne sytuacje niezwiązane bezpośrednio z procesem stosowania prawa. Rzecz sprowadza się bowiem do konwencji, którą autor przyjmuje na potrzeby konkretnego opracowania. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby posługiwać się opisywaną frazą językową, chcąc określić w ogóle sprawy o szczególnej złożoności, bulwersujące dodatkowo opinię publiczną. Ponadto, czy istnieje lepszy sposób niż sformułowanie *hard cases* do określenia sytuacji, w których dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi? Co więcej, nie należy łączyć tej kwalifikacji jedynie z tradycyjnym konfliktem prawa z moralnością. Podobne przypadki mogą wystąpić na linii prawo — obyczajowość, prawo — polityka, prawo — ekonomia, prawo — religia itd.

Tak szeroki zakres rozumienia trudnych przypadków proponuje ostatnio J. Zajadło, który uznaje, że odnoszenie przedmiotowego pojęcia do stosowania prawa jest wprawdzie poprawne, ale nie powinno być wyłączone. Trudne przypadki można odnaleźć bowiem także w ramach tworzenia, obowiązywania i przestrzegania prawa⁴⁰. To zupełnie odmienne podejście do *hard cases*, stanowiące być może nawet załóżek ich nowej teorii.

Trudno zatem nie uznać strategii *cultural defence* za jeden z możliwych *hard cases*, szczególnie w sytuacji gdy dochodzi do zderzenia prawa z imperatywem kulturowym wykształconym w tradycji określonej mniejszości narodowej lub etnicznej. Warto tym samym zauważyć, iż *cultural defence* wpisuje się w szerokie rozumienie *hard cases*, ponieważ na gruncie tradycyjnego ujęcia trudnych przypad-

³⁹ B. H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford 2004, s. 81; S. Sykuna, *Trudne przypadki...*, s. 339; J. Zajadło, *Wprowadzenie...*, s. 8.

⁴⁰ J. Zajadło, *Wprowadzenie...*, s. 13–15.

ków stanowiłyby w zasadzie, mimo całej swojej złożoności, swoisty *easy case*. Wracając na koniec niniejszego wywodu do sprawy małżeństwa polskich Romów, należy podkreślić, iż dopóki nie zostanie uwzględniony przez przepisy specyficzny kontekst kulturowy i zderzenie prawa z obyczajowością, dopóty sprawa ta jest jednoznaczna na gruncie przepisów prawa karnego. Jeżeli jednak do dyskursu etyczno-prawnego zostanie wprowadzony element *cultural defence*, to skutek będzie taki, że ta sama sprawa nie będzie już prosta i oczywista.

TRANSFORMACJE

* * *

Prawny pluralizm a Unia Europejska¹

Artykuł rozwija pluralistyczny model systemu prawnego. Przyjmuje, że dany system prawny jest pluralistyczny, gdy sprzeczność funkcjonujących w nim reguł uznania nie może być usunięta przy użyciu prawnych instrumentów dostępnych w ramach tego systemu. W pierwszej części tekstu prezentowane są założenia tego modelu, z wyjaśnieniem, dlaczego wymaga on odejścia od klasycznych ujęć prawa H. L. A. Harta i Hansa Kelsena. W drugiej części opisywany model zostaje użyty do analizy konkretnych porządków prawnych: porządku Rodezji podczas kryzysu z 1965 r., a następnie porządków prawnych Unii Europejskiej. Rozprawę kończy teza o istnieniu interesujących i ważnych podobieństw zachodzących między tymi przypadkami.

Od pewnego czasu panuje swoista moda na pluralizm prawny. Jest to przełamanie tradycyjnych granic prawa i antropologii. Przyjmuje się coraz powszechniej, że posplatane ze sobą europejskie systemy prawne winny być poddane pluralistycznej interpretacji. W tym twierdzeniu jest *implicite* zawarte założenie, że pluralizm stanowi nowy i kontrowersyjny sposób postrzegania porządków prawnych; podczas gdy klasyczne, statocentryczne modele systemów prawnych nie są w stanie opisać tego fenomenu. Celem tego artykułu jest wsparcie tzw. umiarkowanego podejścia do pluralizmu prawnego i jego znaczenia dla Europy. Jest to podejście umiarkowane, ponieważ nie ma ono zbyt wielu przeciwników – wielu współczesnych autorów zajmujących się jurysprudencją, jak Joseph Raz i John Finnis, prawdopodobnie łatwo zgodziłoby się ze stawianymi w jego ramach tezami. Jest ono przy tym w wystarczającym stopniu kontrowersyjne, aby przez swoje umiarkowanie nie przestało być interesujące – Herbert Hart, Hans Kelsen i Ronald Dworkin z całą pewnością odcięliby się od jego konkluzji. Właśnie owa umiarkowana kontrowersyjność prezentowanej teorii sprawia, że w artykule udaje się uniknąć dolegliwości, która prześladowa powstające w ostatnim czasie prace o pluralizmie. Dolegliwością tą jest niezwy-

¹ Tekst został po raz pierwszy opublikowany w *European Law Journal*. Autor dziękuje wydawcy za zgodę na powtórny publikację. Na język polski przełożyli D. Bunikowski, K. Dobrzeńcki.

kła popularność pluralizmu jako takiego. Niektórzy autorzy zajmujący się tym tematem uznali, że „pluralizm” stał się na tyle rozwodnioną teorią, że na dobrą sprawę wszyscy wybitni przedstawiciele filozofii prawa mogliby zaakceptować jego założenia. Jeżeli, w takim stanie rzeczy, każdy byłby pluralistą, pluralizm przestałby być teorią interesującą – sprowadziłby się do zwykłego aplikowania standardowych modeli systemów prawnych do nowej sytuacji faktycznej.

Ten artykuł ma dowieść, że system prawny może mieć więcej niż jedną regułę uznania, co prowadzi do dopuszczenia istnienia systemu zawierającego nieuporządkowane hierarchicznie źródła prawa. Niespójne reguły uznania mogą identyfikować jako obowiązujące dla jednostek normy będące względem siebie sprzeczne. Pluralistycznemu systemowi brakuje też mechanizmu prawnego umożliwiającego rozwiązanie tej sprzeczności. Brak konstytucyjnego organu, który mógłby rozwiązać tego rodzaju spór przez adjudykację bądź legislację. W konsekwencji, pluralistyczne systemy prawne stwarzają ryzyko – które nie musi się zaktualizować – kryzysu konstytucyjnego; ryzyko zmuszenia urzędników do dokonywania wyboru między ich lojalnością i wiernością wobec różnych instytucji publicznych. Wobec powyższego pojawiają się trzy wątpliwości, które wymagają wyjaśnienia i obrony, jeśli ów pluralistyczny opis porządku prawnego ma się jawić jako wiarygodny i interesujący. Po pierwsze, trzeba wyjaśnić znaczenie terminu „sprzeczny” w powyższym kontekście i ustalić, czy jest w ogóle możliwe, by reguły prawne były sprzeczne. Po drugie, powstaje pytanie, czy system prawny może zawierać niedające się pogodzić, prawnie sprzeczne reguły uznania. Po trzecie, należy wykazać, że systemy prawne ze sprzecznymi regułami uznania są czymś więcej niż rzadkimi, krótkotrwałymi aberracjami; że pluralistyczny model systemów prawnych jest pomocny dla wyjaśniania ważnych cech wspólnych porządków prawnych. To wykazanie może nastąpić przez dokładne zbadanie kryzysu rodezyjskiego z roku 1965, który może posłużyć jako krótkotrwały, ale klarowny przykład pluralistycznego porządku prawnego. Następnie rozpatrywany tu model zostanie zastosowany do opisu mglistych relacji zachodzących pomiędzy europejskim i krajowymi porządkami prawnymi. Użyteczność nieco abstrakcyjnych instrumentów jurysprudencki, przedstawionych w pierwszej części tekstu, zostanie dowiedziona poprzez rozwiązanie przy ich użyciu praktycznych problemów w części drugiej.

Co to jest prawny pluralizm?

W latach 70. i 80. XX w. pojawiła się grupa uczonych akademickich, którzy określali siebie jako „pluralistów prawnych”². Domagali się uznania znaczenia reguł znajdujących się poza tradycyjnymi, tj. rozumianymi konwencjonalnie, granicami „prawa”. Chodziło o normy, których nie można było znaleźć w precedensach i ustawach. Wcześni „pluraliści” byli zaaferowani i pochłonięci ideą połączenia prawa zwyczajowego z systemem prawnym; zwłaszcza kwestią tego, w jaki sposób imperialne systemy prawne przystosowały, inkorporowały, włączyły albo ograniczyły prawo religijne i plemienne³. Z kolei socjologowie prawa, podążając niejako równoległym torem myślowym, skoncentrowali się na wszystkich regułach, które warunkują życie ludzi i odmawiali, bądź usiłowali odmówić uznania rozróżnienia na reguły „prawne” i „nieprawne”⁴. Mimo że obydwie grupy dostarczyły zdrowego antidotum na krótkowzroczną koncentrację uwagi jedynie na prawie krajowym jako formie społecznego porządku, dorobek tych „pluralistów” był mniej kontrowersyjny, niż oni sami przypuszczali. Chociaż definiowali często siebie w opozycji do prac uznanych przedstawicieli jurysprudencji, zwłaszcza Harta i Kelsena, to wiele z tego, co twierdzili, było kompatybilne z tym, z czym chcieli walczyć. Teza, iż system prawny uznaje i inkorporuje reguły pochodzące z innych systemów prawnych, nie była wcale rewolucyjna. Już Kelsen wyjaśnił, w jaki sposób system prawny może inkorporować reguły innego systemu, przy okazji dyskusji o kazuśach z zakresu prawa kolizyjnego⁵. W dziele Kelsena pozorną problematyczność sytuacji, gdy sądy jednego państwa stosują prawo innego państwa, może być z łatwością wyjaśniona: istnieje reguła systemu krajowego, która identyfikuje i czyni ważnym prawo obce, a działając w ten sposób, przekształca je w reguły prawa krajowego. Dokładnie tak samo dzieje się, gdy system prawny uznaje prawa religijne lub plemienne: są one uznane przez regułę narodowe-

² Zob. ogólnie: J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism” 1986, vol. 24, s. 1; D. J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford 2006, rozdział 9 i 10.

³ Na przykład, M. B. Hooker, *Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford 1975.

⁴ S. Moore, *Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, „Law and Society Review” 1973, vol. 7, s. 719; J. Griffiths, *op. cit.*, s. 38-39. Zob. także E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, tłum. W. L. Moll, Cambridge, Mass 1936.

⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and the State*, tłum. A. Wedberg, Cambridge Mass. 1945, s. 243-248.

go systemu prawnego i stają się jego częścią. Ponadto, twierdzenie, że inne systemy normatywne mają istotne znaczenie dla jednostki i posiadają praktyczny wpływ tak samo duży, a nawet większy, niż prawo, jest także twierdzeniem rozpowszechnionym. Kelsen zmierzyl się i z tym wyzwaniem⁶. Mimo że jest jasne to, iż reguły, które znajdują zastosowanie do danej jednostki, pochodzą z wielu źródeł, prawo posiada jednak pewne istotne właściwości, które odróżniają je od innych zespołów reguł; wiele miejsca w dziele Kelsena zajmuje przedstawienie tych wyjątkowych właściwości prawa. Oczywiście, wskazane różnice nie muszą implikować tego, że prawo jest ważniejsze niż inne systemy normatywne. Pluraliści prawni odczuwali potrzebę rozróżnienia prawa, przez które rozumieci wszystkie normy, które były ważne dla jednostki, od pod-kategorii „prawo państwa” lub „zdania prawne”, które mogłyby być równoznaczne z pojęciem prawa w ujęciu Kelsenowskim⁷. Można więc podejrzewać, że cała dyskusja jest raczej powierzchowna; że prawni pluraliści użyli słowa „prawo” w celu oznaczenia szerszej grupy spraw, niż to było w ujęciu Kelsenowskim, ale że, używając odmiennych terminów opisowych, przyjmowali oni pojęcie prawa podobne jak Kelsen.

Alternatywny nurt rozważań o pluralizmie prawnym koncentrował się wokół problematyki niespójności i sprzeczności reguł prawnych⁸. Pluralizm, w tym znaczeniu, opiera się na twierdzeniu, że mogą istnieć sprzeczne „mechanizmy prawne”, które stosuje się do pojedynczych sytuacji faktycznych⁹. Podobnie jak wskazane wcześniej, również i ta forma pluralizmu może być mniej kontrowersyjna, niż to na pierwszy rzut oka wygląda. Jak zauważa Griffiths, wiele z domniemych sprzeczności podnoszonych przez tych uczo-

⁶ *Ibidem*, s. 24-28; Kelsen polemizuje z Ehrlichem.

⁷ Zob. np. M. Chiba, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, „Ratio Juris” 1998, vol. 11, s. 228; A. Hellum, *Actor Perspectives on Gender and Legal Pluralism in Africa*, [w:] H. Petersen, H. Zahle (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth Publishing 1994, s. 15.

⁸ Z przyczyn wyjaśnionych dalej preferuję na oznaczenie sprzeczności słowo *inconsistency* niż *contradiction* – chociaż, dla omawianych w tym miejscu kwestii, pojęcia te mogą być używane zamiennie.

⁹ J. Vanderlinden, *Le Pluralisme Juridique: Essai de Synthèse*, [w:] J. Gilissen (red.), *Le Pluralisme Juridique*, Bruksela 1971, s. 19. Zob. także S. Merry, *Legal Pluralism*, „Law and Society” 1988, vol. 22, s. 869, 870; R. de Lange, *Divergence, Fragmentation and Pluralism*, [w:] H. Petersen, H. Zahle (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth Publishing 1994; A. Arnaud, *Legal Pluralism and the Building of Europe*, w tym samym woluminie; N. MacCormick, *Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict*, [w:] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999.

nych jest możliwych do rozwiązania¹⁰. Przykładowo, Vanderlinden prezentuje prawną różnicę występującą między duchowieństwem a ludźmi świeckimi w czasach średniowiecza jako przykład prawnej sprzeczności, dający się wytłumaczyć w obrębie modelu pluralistycznego. Jednak, prawdę mówiąc, wszystko, co ten przykład pokazuje, ogranicza się do tego, że kler cieszył się specjalnymi przywilejami w ramach zwykłego systemu prawnego. W konsekwencji tych przywilejów, odmienne reguły stosowano do duchownych i świeckich: żadna sprzeczność tu nie występowała. Idąc dalej, jest równie łatwo znaleźć sprzeczności powstające między regułami różnych systemów normatywnych: wszystkie sensowne i rozsądne opisy prawa zostawiają miejsce na konflikt prawa i moralności. Lekcja płynąca z tych przykładów nie polega na zanegowaniu tego, że sprzeczność jest centralną kwestią dla pluralizmu, ale na tym, że współcześnie dość trudno jest znaleźć przykłady autentycznych i interesujących sprzeczności prawnych.

Większość piszących ostatnio o pluralizmie w kontekście Unii Europejskiej wydaje się bliżej pierwszego z zaprezentowanych ujęć, niż drugiego. Tymczasem, elementy obydwóch nurtów są potrzebne, jeżeli specyfika prezentowanego podejścia ma być pluralistyczna. Co za tym idzie, pluralistyczny model systemu prawnego będzie wymagał zarówno różnorodności źródeł prawa, jak i możliwości występowania sprzeczności między regułami prawnymi. W następnych dwóch punktach tekstu, te roszczenia będą dalej badane i odniesione do dorobku Harta, Kelsena i Dworkina.

Sprzeczne reguły prawne

Dwa argumenty zostały wysunięte przeciwko możliwości występowania sprzecznych reguł w obrębie systemów prawnych. Obydwa mają swoje źródło w dziele Hansa Kelsena¹¹. Według pierwszego z nich najważniejsze reguły i inne zasady prawa zawsze eliminują domniemane sprzeczności. Z kolei drugi argument stanowi, że w poszukiwaniu zrozumienia istoty prawa, powinno się założyć, że reguły nie mogą pozostawać w sprzeczności: powinniśmy, lub może

¹⁰ J. Griffiths, *op. cit.*, s. 12-14.

¹¹ H. Kelsen, *General Theory...*, s. 407-408; H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, przetłum. M. Knight, University of California Press 1967, s. 205-208. Kelsen porzucił swoje zarzuty, chociaż nigdy nie wyjaśnił powodów tej zmiany swojego poglądu: J. Harris, *Kelsen and Normative Consistency*, [w:] R. Tur, W. Twining (red.), *Essays on Kelsen*, Oxford 1986; S. Munzer, *Validity and Legal Conflicts*, „Yale Law Journal” 1973, vol. 82, s. 1140, 1164.

wręcz musimy, traktować prawo jako mającą sens całość, a nie jako zbiór niezgodnych reguł.

A. Zarzut, że reguły określające hierarchię źródeł prawa zawsze eliminują rzekome sprzeczności.

Pierwszy argument Kelsena przeciwko możliwości występowania sprzeczności był taki, że systemy prawne niezmiennie zawierały zasady regulujące rozwiązywanie takich problemów. Reguły określające hierarchiczną strukturę źródeł prawa (*ranking rules*) lub, jeśli to nie wystarczało, zasada *lex posterior derogat priori*, zapewniały to, że obowiązujące normy prawne nie mogły pozostawać ze sobą w sprzeczności¹². To stwierdzenie może jednak zostać szybko obalone – owe *ranking rules* są tak długo częścią prawa pozytywnego, jak każda inna reguła i prawodawca może dokonać ich zmiany¹³. Tak więc, o ile będzie często możliwe rozwiązanie domniemych sprzeczności poprzez zastosowanie wspomnianych reguł, to jednak nie musi tak być w każdym przypadku. Niekiedy „reguły określające hierarchię” nie dostarczą odpowiedzi albo też same mogą być wewnątrznie sprzeczne. W istocie, nawet zasada *lex posterior* nie jest poza wszelką dyskusją: zauważmy, że gdy dwie reguły zawarte w ustawach są sprzeczne, pierwszeństwo jest obecnie dawane późniejszemu przepisowi, podczas gdy lord Ellesmere twierdził, że pierwszeństwo powinien mieć przepis wcześniejszy¹⁴.

B. Zarzut, że logiczna zasada niesprzeczności zmusza nas do wniosku, że widoczne sprzeczności w istocie nie zachodzą.

Drugi argument Kelsena był bardziej subtelny. W poszukiwaniu poznania istoty prawa logiczna zasada niesprzeczności stawia wymóg, abyśmy nie przyjmowali sprzecznych reguł w odniesieniu do tej samej sytuacji¹⁵. Istnieją trzy sposoby, na które to twierdzenie może być rozumiane. Po pierwsze Kelsen mógłby twierdzić, że zasady logiki kształtują podstawy wszelkich systemów normatywnych; że zasada niesprzeczności jest, w pewnym sensie, regułą koniecznie obecną we wszelkich systemach normatywnych. Według drugiej in-

¹² H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, s. 206.

¹³ S. Paulson, *On the Status of the Lex Posterior Derogating Rule*, [w:] R. Tur, W. Twining, (red.), *Essays on Kelsen...*, Zob. także P. Oliver, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford 2005, s. 305-306. Jako przykład takiej sędziowskiej refleksji zob. debatę na temat hierarchii źródeł prawa i wyższości ustawy w sprawie *Thoburn v. Sunderland District Council* [2003] Q.B. 151.

¹⁴ Jest to omawiane w: L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press 1969, s. 68.

¹⁵ H. Kelsen, przypis 11 powyżej.

interpretacji tezy Kelsena, wszelkie postacie interpretacji prawniczej wymagają pewnych podstawowych założeń, które zawierają zasadę niesprzeczności; jest ona więc, w pewien sposób, nieodłączną częścią każdego porządku prawnego. Trzecia próba odczytania tego twierdzenia odwołuje się do konstatacji, że jeśli sędziowie są zobowiązani do rozwiązania danej sprawy, w której orzekają, to tylko jedna z dwóch konkurujących sprzecznych reguł może być uznana za wiążącą. To odczytanie mogłoby być potraktowane jako konsekwencja pierwszych dwóch interpretacji albo jako niezależna teza ufundowana na raczej nie-Kelsenowskim twierdzeniu, że prawo jest tym, o czym sądy mówią, że jest prawem. Drugi i trzeci argument są bardzo podobne do tych podnoszonych przez Ronalda Dworkina, twierzącego, że problemy prawne mają tylko jedno „słuszne” rozwiązanie („right” answer). Jeśli zatem przyjąć, że Dworkin był zwolennikiem tezy, że wszystkie (a nie tylko większość) pytania prawne mają tylko jedno słuszne rozwiązanie, byłby on również zmuszony odrzucić możliwość występowania sprzecznych norm prawnych¹⁶.

(i) Pierwsze odczytanie tezy Kelsena: zasada niesprzeczności występuje przy kształtowaniu wszelkich porządków normatywnych.

Pierwsze możliwe odczytanie Kelsenowskiego zastrzeżenia co do możliwości występowania sprzecznych reguł wewnątrz porządków prawnych polega na uznaniu, że wszystkie porządki normatywne muszą ucieleśniać zasadę niesprzeczności. (Można to traktować jako pewną wersję starej prawdy, iż „powinność zakłada możliwość”). Istnieją dwa zastrzeżenia do tego twierdzenia.

Po pierwsze, nie jest całkowicie jasne, dlaczego należy uważać, że zasady logiki, zwłaszcza zasada niesprzeczności, powinny być stosowane do rozumowań etycznych. Wydaje się, że jest to propozycja, która wymaga raczej debaty, a nie traktowania jej jako pewnika. Ci, którzy chcą stosować powyższą zasadę, powinni także wyjaśnić, jak wartość prawdy może być odniesiona do imperatywów moralnych lub jak problemy logiki norm mogą być odróżnione od kwestii ich prawdziwości¹⁷. Unikając wchodzenia zbyt głęboko w te metafizyczne dylematy, należy zaznaczyć, że obecność zasady niesprzeczności jest

¹⁶ R. Dworkin, *On Gaps in the Law*, [w:] P. Amselek, N. MacCormick (red.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh 1991; R. Dworkin, *No Right Answer?*, [w:] P. M. S. Hacker, J. Raz, (red.), *Law, Morality and Society*, Oxford 1978; S. Munzer, *op. cit.*, s. 1156-1162.

¹⁷ J. Jørgensen, *Imperatives and Logic*, „Erkenntnis” 1937-38, vol. 7, s. 288; S. Coyle, *The Possibility of Deontic Logic*, „Ratio Juris” 2002, vol. 15, s. 294. Jako przykład pierwszej strategii zob. G. Volpe, *A Minimalist Solution to Jørgensen's Dilemma*, „Ratio Juris” 1999, vol. 12, s. 59. Jako przykład drugiej strategii zob. G. A. von Wright, *Logical Studies*, Londyn 1957, s. 6.

w istotnym zakresie zależna od konkretnej etycznej ramy pojęciowej. Występują, oczywiście, systemy moralne, w których nie ma miejsca na sprzeczne obowiązki. Nie ma wątpliwości, że utilitarysta nie zaakceptowałby tego, że jednostka może stawiać wobec sprzecznych obowiązków moralnych. W tym moralnym uniwersum powinność zawsze zakłada możliwość w najmocniejszym sensie: ostatecznie jest tylko jeden obowiązek – obowiązek maksymalizacji szczęścia. Jednak inni etycy widzą pole do występowania sprzecznych obowiązków moralnych. Stawiając tą tezę mocniej, niektórzy argumentowali, że jednostka może być postawiona przed wyraźną sprzecznością: będąc zarazem zobowiązana do uczynienia czegoś, jak i zobowiązana do nieuczynienia tego samego. Tak, dla przykładu, Agamemnon jako król jest związany obowiązkiem poświęcenia swojej córki w celu uratowania kampanii, podczas gdy już jako ojciec jest zobowiązany, by nigdy nie krzywdził swoich dzieci¹⁸. Stawiając tę tezę słabiej, inni dowodzili, że jednostka może przeżywać dylematy moralne, w ramach których nie jest możliwe wypełnienie dwóch równoczesnych obowiązków, które są empirycznie sprzeczne¹⁹. Na przykład, może być tak, gdy ratownik widzi dwie tonące osoby, ale ze względu na czas może uratować tylko jedną. Dla przeciwstawienia się twierdzeniu, że wszystkie porządki normatywne ucieleśniają zasadę niesprzeczności, można odwołać się do wspomnianych teoretyków jako dowodu, że występują struktury moralne, które mogą obyć się bez tej zasady. Należy w końcu uznać, co potwierdzają przytoczone przykłady, iż komentowana zasada nie tkwi w sposób konieczny u podstaw każdego możliwego do przyjęcia systemu normatywnego. Okazuje się, że nadzieja na zbudowanie systemu logiki deontycznej niezależnie od partykularnych systemów filozofii moralnej jest zbyt ambitna i że zasada niesprzeczności nie musi być obecna w każdym porządku normatywnym.

Możliwym obejściem tego problemu jest przekształcenie logiki deontycznej w logikę sądów moralnych. G. A. von Wright eksperymentował z używaniem zdań o normach jako podstawy logiki deontycznej²⁰. Podczas gdy nie jest możliwe mówienie o prawdzie albo fałszu normy, to czymś jak najbardziej możliwym będzie rozprawianie

¹⁸ P. Foot, *Moral Realism and Moral Dilemma*, „Journal of Philosophy” 1983, vol. 80, s. 379.

¹⁹ T. Nagel, *The Fragmentation of Value*, [w:] T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge 1979; B. Williams, *Ethical Consistency*, [w:] B. Williams, *Problems of the Self*, Cambridge 1973. Ani Nagel, ani Williams nie rozróżniają mocniejszych i słabszych form moralnej sprzeczności, zaprezentowanej tutaj. Zob. S. Munzer, *op. cit.*, s. 1144, gdzie stosuje się tę dystynkcję do prawnej sprzeczności (*legal inconsistency*).

²⁰ Zob. G. H. von Wright, *Norm and Action*, Londyn 1963, s. 8; G. H. von Wright, *Logical Studies*, s. 32.

o prawdzie albo fałszu zdania o normie. Zdanie „Kierowcy są zobowiązani, aby nie parkować na podwójnej żółtej linii” nie pozostaje w zgodzie ze zdaniem „Kierowcy nie są zobowiązani, aby nie parkować na podwójnej żółtej linii”²¹. Gdyby te twierdzenia nie opisywały efektów różnych systemów normatywnych, stałyby w sprzeczności; nie może być zarazem tak, że istnieje i nie istnieje taki obowiązek. Tak więc, w tym ograniczonym sensie, zasada niesprzeczności znajduje zastosowanie zarówno do etyki, jak i do prawa. Ale, mimo że zasadę niesprzeczności stosuje się do twierdzeń o istnieniu norm, to nie oznacza, że zasadę tę stosuje się także do tych norm jako takich. Wciąż jest możliwa sytuacja, że „Kierowcy są zobowiązani, aby nie parkować na podwójnej żółtej linii”, ale także, że „Kierowcy są zobowiązani, aby parkować na podwójnej żółtej linii”²². W tym przypadku w konflikcie pozostają dwa różne obowiązki, a nie dwa zdania traktujące o tym samym obowiązku. Jeśli logika deontyczna jest ograniczona do zdań o normach, a nie znajduje zastosowania do samych norm, trudno ocenić, jak mogłaby ona wesprzeć i rozjaśnić dyskurs etyczny, ponad to, co oferuje logika zdań²³.

Pod drugie, nawet jeżeli przyjąć, że zasada niesprzeczności znajduje w sposób konieczny zastosowanie w systemach etycznych, to nie wynika z tego, że jest czymś koniecznym stosowanie jej w systemach prawa. Von Wright wyraźnie wykluczył systemy prawne z jej zasięgu²⁴. Chociaż jest pożądane, aby reguły w obrębie danego porządku prawnego nie były ze sobą sprzeczne, to, zdaniem von Wrighta, nie jest to logiczna prawda o takich porządkach. Systemy prawne są sztucznymi strukturami normatywnymi i jako takie nie muszą się stosować do wszystkich postulatów logiki.

(ii) Drugie odczytanie: zasada niesprzeczności w sposób konieczny współkonstruuje wszystkie porządki prawne.

Druga ze wspomnianych powyżej wątpliwości pod adresem twierdzenia, że wszystkie systemy normatywne muszą zawierać zasadę niesprzeczności, może być odniesiona do jeszcze innego odczytania Kelsenowskiego twierdzenia. Zgodnie z tym odczytaniem, jest coś szczególnego w systemach prawnych, co powoduje konieczność powiązania ich z zasadą niesprzeczności. Może zachodzić przypadek, że

²¹ Dotyczy to także prawa: zdania „Istnieje reguła zobowiązująca do zrobienia x” i „Nie istnieje reguła zobowiązująca do zrobienia x” nie mogą być razem prawdziwe.

²² Zatem przekształcając to znowu na język świata prawniczego, otrzymalibyśmy: „Istnieje reguła zobowiązująca do zrobienia x” i „Istnieje reguła zobowiązująca do niezrobienia x”.

²³ S. Coyle, przypis 17 powyżej.

²⁴ G. A. von Wright, *Deontic Logic*, „Ratio Juris” 1999, vol. 12, s. 26, 32-33.

nawet mimo tego, iż zasada niesprzeczności nie jest konieczną podstawą wszystkich porządków normatywnych, to jest jednak wciąż konieczną częścią wszystkich porządków prawnych. Jest prawdą, że niektóre reguły domknięcia (*closure rules*) mają nadzwyczajną pozycję w obrębie systemu prawnego. Raz pokazał, w jaki sposób reguła domknięcia zezwalająca na czynienie wszystkiego, co nie jest zakazane przez prawo, przynależy do wszystkich systemów prawnych²⁵. Jest to maksyma, która wypływa z praktyki wyprowadzania reguł prawych ze źródeł prawa: organy stosujące prawo muszą podać uzasadnienie dla swojego działania, ale nie muszą podawać uzasadnienia dla tego, że nie działają. Gdzie nie ma reguły zakazującej działania, organ stosujący prawo nie ma podstawy, by karać obywatela za działanie, które to, w tej sytuacji, jest dozwolone. Być może podobny argument mógłby być użyty w odniesieniu do zasady niesprzeczności, ukazując jej zakorzenienie w bogatej praktyce prawa? Wydaje się to jednak nieprawdopodobne: bardzo trudno byłoby sobie wyobrazić, jak zasada niesprzeczności mogłaby być wydedukowana z praktyki dyskursu prawnego. Nie jest to pełna reguła domknięcia; informuje nas, że sprzeczność nie jest dopuszczalna, nie wskazuje jednak, która z dwóch sprzecznych reguł powinna mieć pierwszeństwo. Jeżeli odpowiedź na to pytanie będzie zależała od partykularnego systemu, w którym sprzeczność powstała, nie sposób mówić o uniwersalnej zasadzie eliminacji sprzeczności. Idąc dalej, nawet jeśli zasada stanowiąca, że wszystko, co nie jest zakazane, jest dozwolone, jest *prima facie* zasadą każdego systemu prawnego, to oczywiście nie jest konieczną regułą każdego systemu prawnego. Jest możliwe, chociaż trudne, wyobrażenie sobie istnienia i funkcjonowania systemu pozbawionego tej reguły²⁶. Podobnie, zasada niesprzeczności może nie być podstawą kształtującą porządek prawny. Pewne sprzeczności, zwłaszcza te w zakresie jurysdykcji i kompetencji organów konstytucyjnych, mogą znajdować się poza władzą sądów do ich rozstrzygnięcia.

(iii) Trzecie odczytanie: sprzeczne reguły nie mogą istnieć, gdyż sędziowie są zmuszeni do rozstrzygnięcia sporów prawnych.

²⁵ J. Raz, *Legal Reasons, Sources and Gaps*, [w:] J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, zwłaszcza s. 75-77. Chociaż ten pogląd nie jest bezdyskusyjny: zob. Arystoteles, *Nicomachean Ethics*, 1138a7.

²⁶ Być może taki system mógłby przyznawać dyskrejonálną władzę tworzenia prawa w ręce sędziego, który decydowałby, czy każdorazowe, poddawane jego ocenie zachowanie jest zakazane czy też dozwolone.

Ostatnia interpretacja Kelsenowskiego zastrzeżenia do możliwości wystąpienia sprzeczności w prawie polega na takim odczytaniu jego myśli, zgodnie z którym sprzeczności są niemożliwe, ponieważ sędziowie są zmuszeni do podjęcia decyzji w każdej sprawie, którą rozpatrują. W swej istocie, prawo jest tym, o czym sędziowie orzekną, że jest prawem; jeśli sąd musi zawsze podjąć decyzję w danym sporze, to nie ma miejsca na sprzeczne reguły. Pozostawiając na boku pytanie, czy można w ogóle wyobrazić sobie Kelsena przechodzącego na pozycje tak mało wyrafinowanego realizmu i przyglądając się samej treści przedmiotowej interpretacji, to wówczas i tak co najmniej kilka argumentów może być podniesionych przeciwko temu stanowisku. Nie doprowadzą one jednak do jego podważenia w oczach przekonanego do swej racji realisty: może on zawsze uniknąć krytyki kosztem podniesienia poziomu sztuczności swojego stanowiska. Wszystko, co można zrobić, to spróbować wyjaśnić, dlaczego nasza obiektywna wydaje się zasadna oraz zilustrować to pewnymi przykładami, w których stanowisko realistyczne jest mniej przekonujące. Można tu zidentyfikować spektrum stanowisk. Najbardziej skrajne głosi, że istnieją pewne przypadki, w których powierzchowna sprzeczność może być rozwiązana przez stosowanie zwykłych zasad interpretacji. Obywatel, mający do czynienia z taką powierzchowną sprzecznością zachodzącą pomiędzy dawną ustawą zakazującą jakiegoś działania, a nową ustawą zezwalającą na nie, może stosować zwyczajne zasady interpretacji i rozwiązać konflikt. Nieco bardziej skomplikowane spory mogłyby trafiać do sądu, ale to wcale nie wskazuje na istnienie sprzeczności w prawie: być może dany spór jest trudny, ale można jednak odnaleźć „jedyną słuszną” rozwiązanie. Te sytuacje stopniowo przechodzą w przypadki, w których sprzeczność nie może być rozwiązana przez zastosowanie zasad interpretacji (wykładni) i hierarchii (źródeł prawa), ale sąd jest kompetentny do rozwiązania sporu nadając jednej regule pierwszeństwo względem innej. Jest czymś rzadkim, aby sąd uświadomił sobie w tych warunkach, że faktycznie doszło do aktu prawotwórstwa, a nie wykładni²⁷. Istotną różnicą między tymi przypadkami a przypadkami omówionymi wcześniej polega na tym, że kiedy sądy działają aktywnie, obywatel nie wie, jak spór będzie rozwiązany zanim decyzja nie zapadnie: dla obywatela (choć nie dla sądu) jest to nierozwiązywalny konflikt. Są w końcu przypadki, w których sąd nie jest władny, aby rozwiązać

²⁷ J. Finnis, *The Fairy Tale's Moral*, „Law Quarterly Review” 1999, vol. 115, s. 170. Zob. też sytuację, w której sąd wskazuje na swoje wcześniejsze sprzeczne decyzje (*contradictory decisions*) i przyznaje sobie prawo do wyboru między nimi: przypis 30 poniżej.

sprzeczność. Może być tak, ponieważ tylko wyższy sąd jest kompetentny, by rozwiązać konflikt lub, ujmując rzecz bardziej dramatycznie, konflikt koncentruje się wokół względnej władzy sądu albo innego organu. Przykład immunitetu parlamentarnego, omówionego dalej w tekście, jest przypadkiem, gdzie spór mógłby być rozwiązany przez parlament, ale ani Izby Parlamentu, ani sądy nie są pełni uprawnione do rozstrzygnięcia sprawy²⁸. W skrajnych przypadkach pewne sprzeczności nie mogą być rozwiązane przez żadną instytucję w obrębie konstytucji²⁹.

Sprzeciw realistów wobec możliwości wystąpienia sprzeczności jest atrakcyjny, ponieważ ich stanowisko oddaje częstą sposobność rozwiązywania tego typu sytuacji przez wykładnię i stosowanie hierarchii reguł. Większość problemów prawnych posiada prawnie wyznaczone rozstrzygnięcia. Przyjęcie stanowiska realistycznego niesie jednak z sobą sporo kłopotliwych następstw. Po pierwsze, realista ma trudności z odróżnieniem sytuacji, w których występuje uprzednio istniejące rozwiązanie domniemanej sprzeczności od sytuacji, w których takiego rozwiązania nie ma. Czasami domniemane sprzeczności nie potrzebują twórczej interwencji sądów w celu ich rozwiązania. W tym momencie, prawo nie jest tym, o czym sądy mówią, że jest prawem, ale raczej prawo może być odkryte przez samych obywateli, z pomocą prawników, pewnych tego, że sądy osiągnęłyby identyczną konkluzję czy wniosek. Po drugie, realistyczne stanowisko nie potrafi wyjaśnić tych, rzadkich co prawda, sytuacji, w których sądy przyznają, że ich wcześniejsze decyzje były sprzeczne lub w których sąd deklaruje się jako niekompetentny do rozwiązania sprzeczności. Zakładając nawet, że prawo jest tym, co sądy uznają za prawo, to jeśli przyznają one przed wydaniem decyzji, że reguły były w sprzeczności, to wydaje się czymś dziwnym dalej uparcie twierdzić, że popełniły one błąd w zakresie opisu relacji między regułami³⁰. Zarzut staje się nawet mocniejszy, jeśli sądy potem odmawiają rozwiązania konfliktu i kierują sprawę do rozstrzygnięcia przez inny organ³¹. Po trzecie, i być może jest to najmocniejszy zarzut, stanowisko realistyczne uniemożliwia nam prowadzenie dys-

²⁸ Zauważmy, że kiedy sąd może, w ramach swojej kompetencji do tworzenia prawa, dokonywać wyboru między sprzecznymi regułami, obywatel znajduje się w tej samej pozycji co Izba Gmin i sądy w przykładzie o immunitecie. Rozwiązanie jest możliwe, ale prawo pozostaje sprzeczne, w oczekiwaniu na twórczą interwencję stosującego prawo podmiotu.

²⁹ Zob. dyskusję o Rodezji i UE poniżej.

³⁰ Sąd apelacyjny (*Court of Appeal*) zastrzega sobie prawo do wyboru między wydanymi przez siebie wcześniej rozstrzygnięciami, które są w pewnym konflikcie.

³¹ L. Fuller, przypis 14 powyżej, s. 112.

kusji o sytuacjach, w których konflikt dotyczy kompetencji sądu. W tym przypadku, nawet jeśli sąd przypisuje sobie rozwikłanie sprzeczności, może to być uzależnione właśnie od tej władzy, która jest przedmiotem kontrowersji. Jak wskazał Peter Oliver, konstytucjoniści popełniają powszechny – i godny ubolewania – błąd, zakładając, że wszystkie hipotetyczne kwestie prawne są regulowane przez jakąś regułę³². Byłoby czymś ironicznym, gdyby nasz realista, z całym jego naciskiem na polityczną pozycję sędziego, był niezdolny do dyskusji o tych jakże interesujących sporach jurysdykcyjnych³³. Spory te będą koncentrowały naszą uwagę w kolejnym rozdziale.

C. O prawdziwości stwierdzenia Kelsena, iż reguły prawne nie mogą być sprzeczne.

Znaczenie sprzeczności w kontekście reguł prawnych jest dalekie od jasności. Sprzeczność jest cechą pary zdań twierdzących - jej oczywiste zastosowanie dotyczy twierdzeń o faktach. Kiedy dwa zdania o faktach pozostają w sprzeczności, jedno z nich musi być fałszywe: nie mogą być razem prawdziwe w żadnym możliwym świecie. Osoba, która wierzy w dwa sprzeczne zdania o faktach, powinna porzucić swoją wiarę w jedno z nich³⁴. Zjawisko sprzeczności jest ściśle związane z zasadą niesprzeczności: obecność sprzeczności powoduje skazę w naszym procesie rozumowania lub naszym rozumieniu świata. Ci, którzy wierzą, że reguły prawne mogą być sprzeczne, w konsekwencji stają wobec wyzwania, jeszcze poważniejszych niż te omówione wcześniej. Jeśli zasady niesprzeczności nie stosuje się do porządków prawnych, to w jakim znaczeniu można sensownie mówić o regułach prawnych będących w sprzeczności? Krytyk może twierdzić, że „oredownik” sprzeczności w porządkach prawnych wpada we własne sidła: to, że „sprzeczności” między regułami prawnymi mogą istnieć, utrzymywać się nie będąc dowodem pomyłki w rozumowaniu, dowodzi, że nie są to, tak naprawdę, „sprzeczności”. W dalszej części tekstu spróbujemy uspokoić tego rodzaju krytyków. Mimo że „sprzeczność” nie powoduje tych samych konsekwencji w prawie, jak w przypadku twierdzeń o faktach, to jest wciąż czymś konstruktywnym mówienie o sprzecznych regułach prawnych.

³² P. Oliver, przypis 13 powyżej, s. 313.

³³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, s. 153.

³⁴ Chociaż, jak Raz zauważa, nie powinniśmy poświęcać prawdy dla spójności: częściowo prawdziwy zbiór sprzecznych zdań jest preferowany w stosunku do spójnego zbioru fałszywych zdań. Zob. J. Raz, *The Relevance of Coherence* [w:] J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford 1995, s. 285.

Ci, którzy akceptują możliwość wystąpienia sprzecznych nakazów moralnych lub prawnych, muszą zmierzyć się z problemem wyjaśnienia, co sprzeczność w tym kontekście oznacza³⁵. Jeśli pojęcie sprzeczności zostaje oderwane od jego znaczenia na gruncie logiki, to jak należy rozumieć stwierdzenie, że dwie normy są sprzeczne? Bernard Williams poradził sobie z tym problemem przez zmianę wyrażań normatywnych w ich odpowiedniki opisowe, które mogą być nazwane „zdaniami o spełnieniu normy”³⁶. Wyrażenie normatywne „Nie wolno Albertowi zabić Alberty” jest przekształcane w „Albert nie zabił Alberty”, co jest sprzeczne z regułą „Albert musi zabić Albertę” przekształconą w „Albert zabił Albertę”. To narzędzie pozwala nam mówić o sprzecznych regułach bez zakładania, że te logiczne pojęcia mogą być bezpośrednio stosowane do wyrażań normatywnych. Dokonane przekształcenie czyni także jasnym to, że sprzeczność między regułami leży nie w przynależnych im wartościach prawdy albo fałszu, ale w niezdolności adresatów sprzecznych norm do pełnego ich przestrzegania: twierdzenie, że obydwie reguły zostały w pełni spełnione, byłoby zatem koniecznie nieprawdziwe. Trzy problemy pojawiają się w związku z wybiegiem Williamsa.

Po pierwsze, o ile „zdania o spełnieniu normy” mogą być logicznie sprzeczne, to należy podkreślić, że odpowiadające im normy same w sobie nie pozostają w tym związku logicznym. Wracamy tym samym do wcześniejszej dyskusji z zakresu logiki deontycznej i jej przejścia od logiki etyki do logiki zdań o normach. Williams raczej ominął pytanie o możliwość występowania sprzecznych norm, niż odpowiedział na nie³⁷. Nie mniej jednak, w tym tekście zakładamy, że związek między sprzecznymi regułami a zdaniami o ich spełnieniu pozwala nam na mówienie o sprzeczności w kontekście norm, bez konieczności akceptowania konsekwencji dla tej relacji wynikających z ich zachodzenia w logice zdań.

Po drugie, dochodzimy do tego, że związek zachodzący między sprzecznymi regułami i odpowiadającymi im zdaniami o spełnieniu norm nie musi być tożsamy. Logicy rozróżniają zdania, które są sprzeczne i zdania, które są przeciwne. Dwa zdania są sprzeczne wtedy, gdy jeżeli jedno jest prawdziwe, to drugie musi być fałszywe. Zatem zdanie „Wszyscy prawnicy są świętymi” jest sprzeczne ze zdaniem „Ten prawnik nie jest świętym”. Dwa zdania są zdaniami prze-

³⁵ Problem zauważany przez Foota: P. Foot, przypis 18 powyżej, s. 391.

³⁶ B. Williams, *Consistency and Realism* [w:] B. Williams, *Problems of the Self*, Cambridge 1973. Wykorzystano to też u Harta: H. L. A. Hart, *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, [w:] H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, s. 324-327.

³⁷ Jak sam przyznaje: B. Williams, przypis 36 powyżej, s. 193-195.

ciwnymi wtedy, gdy nie może być tak, że obydwa są prawdziwe, ale może być tak, że obydwa są fałszywe. Na przykład, zdanie „Wszyscy prawnicy są święci” jest przeciwne do zdania „Żaden prawnik nie jest święty”, a może być przecież tak, że „Pewni prawnicy są świętymi”. W przykładzie podanym wcześniej reguły sprzeczne wydają się być przeciwnościami. Mimo że „Albert musi zabić Albertę” wydaje się być w opozycji do obowiązku „Albertowi nie wolno zabić Alberty”, to mógłby być tak, że „Albert ma pozwolenie, żeby zabić Albertę”. Dla kontrastu, zdania o spełnieniu norm są sprzeczne. Może zajść przypadek „Albert zabił Albertę” albo „Albert nie zabił Alberty”. Jeśli jedno z tych zdań jest prawdziwe, drugie musi być fałszywe. Zatem reguły przeciwne nie generują przeciwnych zdań o spełnieniu normy. To może powodować wątpliwości, czy jest w ogóle użytecznym mówienie o przeciwnych i sprzecznych regułach: może być tak, że wszystko co można oddać w sferze normatywnej, to jedynie to, iż łączne poddanie się dwóm sprzecznym normom jest niemożliwe, a niuanse różnicy pomiędzy dwiema formami sprzeczności nie dadzą się utrzymać. W istocie, ani Hart, ani Kelsen nie czynili takiej dystynkcji, preferując mówienie o konflikcie albo wyłącznie o sprzeczności³⁸. Jakkolwiek trzeba dodać, że te relacje między wyrażeniami normatywnymi jawią się jako paralela do relacji występujących między zdaniami opisowymi³⁹.

Po trzecie, a być może jest to konsekwencja drugiej trudności, normy o charakterze dozwoleń (*permissions*) rodzą szczególne trudności dla wybiegu Williamsa: o ile łatwo jest przekształcać reguły dotyczące obowiązków w odpowiadające im zdania o spełnieniu, to dozwolenia są czymś bardziej skomplikowanym. To może wyjaśniać, dlaczego niekiedy błędnie utrzymywano, że dwa dozwolenia nie mogą być sprzeczne⁴⁰. Hart przyznawał, że pomiędzy regułą dotyczącą obowiązku i regułą pozwalającą może zachodzić sprzeczność. A więc, „*Nie wolno* Derekowi jeść słodyczy” i „Derek *ma pozwolenie*, by jeść słodycze” są zdaniami przeciwnymi. Odpowiadające im zdania o przestrzeganiu brzmią: „Derek *nie jadł* słodyczy” wobec „Derek *albo jadł* słodycze, *albo nie jadł* słodyczy”, które pozostają

³⁸ Jednak Foot zakłada, że nie ma miejsca na dwa rodzaje konfliktów między zdaniami normatywnymi: P. Foot, przypis 18 powyżej, s. 390.

³⁹ G. H. von Wright, *Deontic Logic: A Personal View*, „Ratio Juris” 1999, vol. 26, s. 28. Von Wright zauważa, że terminy „możliwy”, „niemożliwy” i „konieczny” wydają się być pararela do pojęć „pewni”, „żaden”, „wszyscy” – a jeśli tak, to dla naszych celów można założyć, że także do słów: „pozwolenie”, „musi”, „nie wolno”.

⁴⁰ Hart wysuwa ten zarzut: przypis 36 powyżej, s. 327. Zob. S. Munzer, przypis 11 powyżej, s. 1146.

w sprzeczności⁴¹. Mimo że reguła nakładająca obowiązek i reguła dozwalająca mogłyby być przestrzegane, gdyby podchodzono do nich w sposób zgodny, to jednak pełne wypełnienie każdej z nich jest niemożliwe. Jeśli zaakceptujemy powyższe, stanie się jasne, że dwie reguły dozwalające mogą być sprzeczne w podobnym sensie. Zatem, „Derek *ma pozwolenie, by jeść słodycze*” i „Jerzy *ma pozwolenie, by jeść słodycze*” są to zdania przeciwne. Przekształcane w zdania o spełnieniu brzmią: „Derek *albo jadł, albo nie jadł słodyczy*” i „Jerzy *albo jadł, albo nie jadł słodyczy*”. Mimo że są sytuacje, w których te zdania, jeśli bierze się je osobno, są kompatybilne, to jednak jeśli są wzięte w całości, okazuje się, że znajdują się w sprzeczności.

A zatem, kiedy utrzymuję, nawiązując do Williamsa, że dwie reguły są sprzeczne, mam na myśli to, że pełne spełnienie każdej z nich jest logicznie niemożliwe. Jest to sprawdzalne przez przekształcenie reguły w zdanie o jej spełnieniu. Podczas gdy jest czymś poprawnym ocenianie twierdzeń o możliwości pełnego spełnienia reguł w kategoriach prawdziwego albo fałszywego zdania, to nie zakładam, że tym normom samym z siebie, które generują zdania o ich spełnieniu, można przypisać wartość prawdy-fałszu. W konsekwencji, będę opisywał relację między parą przeciwnych lub sprzecznych reguł jako relację sprzeczności, co nie musi implikować poglądu, że jeden z tych imperatywów musi być nieuzasadniony lub nieprawdziwy.

D. Uwaga na temat wątpliwości Lona Fullera co do potrzeby występowania sprzecznych reguł.

Chociaż przytoczone powyżej zastrzeżenia i argumenty radzą sobie dobrze z poszczególnymi argumentami Kelsena, rzecznicy i adwokaci zasady niesprzeczności mogą wciąż pozostawać nieusatisfakcjonowani. Mogą oni odczuwać, że mimo, iż jest możliwe występowanie sprzecznych reguł, to ich obecność byłaby jakby trwałą krytyką systemu, który je zawiera – ciosem przeciwko rządowi prawa⁴². Jakikolwiek zestawienie dwóch reguł, które stawiają obywatela w położeniu, gdzie nie może postąpić inaczej, jak tylko naruszyć jedną z tych reguł, wydaje się problematyczne; pozostaje w opozycji względem aspiracji prawa do kierowania zachowaniami ludzi. Nawet jeśli zasada niesprzeczności nie jest konieczną cechą porządku prawnego, jej rzecznik może podnosić, że jest to na tyle atrakcyjna zasada, że każdy rozsądny system prawny powinien ją zawierać. W pozostałej części tekstu zarzutowi temu zostaną przeciwstawio-

⁴¹ Zakładając, oczywiście, że drugie o spełnieniu normy jest niepodzielne.

⁴² L. Fuller, przypis 14 powyżej, s. 65-70.

ne dwa kontrargumenty. Po pierwsze ten, że czasami występują sprzeczne reguły, ale bez zmuszania ludzi lub instytucji do bezprawnego postępowania albo zmuszania ich do wyboru między regułami. Po drugie, że czasami istnieją pewne polityczne przyczyny, aby występowały sprzeczne reguły. Sprzeczne reguły mogą odzwierciedlać kompromis na poziomie politycznym, a organy konstytucyjne powinny wówczas raczej zachowywać tę dwuznaczność, stanowiącą zresztą podstawę kompromisu, aniżeli próbować ją usuwać.

Różnorodne reguły uznania

Ujęcie systemów prawnych u Herberta Harta opiera się, w części, na istnieniu i stosowaniu jednej reguły: reguły uznania⁴³. Jednym z wielu zadań reguły uznania było dostarczenie rozwiązania dla problematycznej kwestii przynależności reguł: sposobu na wyraźne wykreślenie granic systemów prawnych⁴⁴. Problem przynależności może być podzielony na dwie części⁴⁵. Po pierwsze, chodzi o określenie granic systemu prawnego w określonej jednostce czasu: jak mamy odróżniać prawa pochodzące z różnych systemów? To pytanie dotyczy kryteriów przynależności reguł do tego, co zostało określone jako „system prawny w danym momencie” (*momentary legal system*). Druga część zagadnienia dotyczy ciągłości systemów prawnych: skąd wiemy, że dwa „momentalne” porządki prawne tworzą część jednego, ciągłego porządku prawnego? Reguły angielskiego systemu prawnego w 1960 r. i w 2000 r. są dalece odmienne, a mimo to, dwa „momentalne” systemy są częścią tego samego, ciągłego bytu. Odpowiedź Harta na obydwa z tych pytań przybiera postać reguły uznania⁴⁶.

Reguła uznania służyła jednoczeniu reguł systemu prawnego, dostarczając testu, za pomocą którego różne reguły mogły być wskazywane jako składniki porządku prawnego⁴⁷. Każdy system prawny

⁴³ Austin także dostarczył dużo mniej przekonującego nie-pluralistycznego ujęcia porządków prawnych. Zob. N. W. Barber, *Sovereignty Re-Examined: The Courts, Parliament and Statutes*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2000, vol. 20, s. 131, 132-133; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, wykład 4.

⁴⁴ J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford 1980, s. 2-4.

⁴⁵ J. Raz, *The Identity of Legal Systems*, [w:] J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979; J. Raz, przypis 44 powyżej, rozdział 8; J. Finnis, *Revolutions and Continuity of Law*, [w:] A. Simpson (red.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford 1973.

⁴⁶ Rozróżnienie między tymi dwoma problemami poczynił Hart: H. L. A. Hart, przypis 33 powyżej, s. 116.

⁴⁷ H. L. A. Hart, przypis 33 powyżej, s. 113-115.

posiadał zatem swoją własną, unikalną regułę uznania⁴⁸. Reguła uznania odpowiadała na pytanie o to, które normy przynależą do systemu prawnego w danym momencie⁴⁹. Wszystkie reguły, które mogły zostać rozpoznane przez zastosowanie reguły uznania konstytuowały dany system prawny. Reguła uznania dostarczała także rozwiązania kwestii ciągłości systemów prawnych⁵⁰. Dwa „momentalne” systemy prawne stanowiły przejawy jednego, zachowującego ciągłość, systemu prawnego wtedy, gdy zmiany, które nastąpiły między dwoma zbiorami reguł, nastąpiły zgodnie z regułami zmiany rozpoznanymi przez regułę uznania. Oczywiście, zazwyczaj reguła uznania jest niezwykle skomplikowana, ze znaczną liczbą różnych kryteriów identyfikujących reguły systemu⁵¹. Zwolennicy Harta mogliby albo przedstawiać regułę uznania jako pojedynczą regułę z wieloma pod-elementami albo jako zbiór reguł, które pozostają ze sobą w związku⁵². Nie jest wykluczone, że niektóre z tych pod-reguł mogą być sprzeczne, w sensie użytym w tej pracy, ale istota sukcesu pomysłu Harta polegała na tym, że ta ewentualna sprzeczność jest rozwiązywalna w ramach systemu prawnego. Dopuszczalna jest zatem sytuacja, że występują dwa sądy w danym systemie i obydwa uznają swoją jurysdykcję nad pewną sprawą. Ich roszczenia w tym względzie byłyby sprzeczne; jednak, jeśli te sądy uznały Parlament jako najwyższe źródło prawa, to ich porozumienie co do tego faktu wystarcza, by mogły występować sprzeczności w ramach jednej reguły albo zbioru reguł⁵³. Podczas gdy te reguły są sprzeczne, pozostają one także ze sobą w pewnym związku, tj. wspólnym uznaniu prawnej wyższości ustawy. Jeżeli zaś, te dwie reguły nie pozostają ze sobą w związku hierarchicznym i jeśli podmioty wskazujące na każdą z nich nie uznają zarazem wyższego źródła prawa, to jest o wiele trudniej zrozumieć, w jaki sposób mogą być one rozważane jako

⁴⁸ H. L. A. Hart, *Legal Duty and Obligation*, [w:] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford 1982, s. 155, przypis 77. Zob. także N. MacCormick, *The Concept of Law and 'The Concept of Law'*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1994, vol. 12, s. 1, 13-15; N. MacCormick, *A Very British Revolution*, [w:] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999.

⁴⁹ J. Raz, przypis 44 powyżej, s. 198-199.

⁵⁰ Chociaż Hart nie wyraził tego poglądu bezpośrednio: J. Finnis, przypis 45 powyżej, s. 54-57.

⁵¹ Na temat wybranych problemów dotyczących osiągnięcia porozumienia co do reguły uznania zob.: M. Bayles, *Hart's Legal Philosophy*, Dordrecht 1992, 79-81; K. Greenwalt, *Hart's Rule of Recognition and the United States*, „Ratio Juris” 1988, vol. 1, s. 40; R. Sartorius, *Hart's Concept of Law*, [w:] R. Summers (red.), *More Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1971.

⁵² T. Honoré, *How is Law Possible?*, [w:] T. Honoré, *Making Law Bind*, Oxford 1987, s. 23.

⁵³ Zob. dyskusję o immunitacie parlamentarnym dalej w tekście.

części pojedynczej reguły albo jako część pewnej wybranej grupy reguł. W tym przypadku reguła uznania po prostu nie odgrywałaby dłuższej swojej roli jako unikalna reguła identyfikująca systemy prawne. Jak w takiej sytuacji moglibyśmy bowiem odróżnić dwa odrębne systemy prawne od jednego systemu z dwiema sprzecznymi regułami uznania u swego rdzenia? Jeśli jest możliwe uznanie sprzeczności występującej na tym poziomie porządku prawnego, to reguła uznania sama przez się nie będzie zdolna do zidentyfikowania i zjednoczenia krańcowo odmiennych reguł systemu⁵⁴.

Nie jest tak, że Hart był nieświadomy kontrowersji, o których debatowano, a które to wywołała jego teoria i reguła uznania. W kontekście występowania rewolucji i inwazji sam przyznał, że istnieje możliwość pojawienia sytuacji, iż dwie rywalizujące reguły uznania funkcjonują na jednym terytorium, ale wciąż mamy do czynienia tylko z jednym systemem prawnym. To był ów „anormalny przypadek poniżej wzorca, wskazujący na zagrożenie, które mogłoby unicestwić system prawa”⁵⁵. Takie przypadki musiały jednak być marginalizowane, ponieważ jeśli stałyby się bardziej widoczne i powszechne, mogłyby zasiać wątpliwość co do sukcesu reguły uznania – reguły podanej wcześniej jako panaceum na kłopotliwe pytania o przynależność reguł do systemu.

Ujęcie systemu prawnego u Harta jest ujęciem nie-pluralistycznym. Jego podstawowy przypadek systemu prawnego opiera się na pojedynczej regule uznania, odsyłającej organy stosujące prawo do poszczególnych źródeł prawa. Nawet jeżeli Hart uzmysławiał sobie możliwość istnienia systemów pluralistycznych, w których znajdowały się sprzeczne reguły uznania, to jednak uznawał je za przypadki dewiacyjne. Tworzyły one systemy prawne tylko z powodu swojego podobieństwa do podstawowego pojęcia systemu, który Hart przedstawił, ale były całkowicie niestabilne. Jeśli systemy pluralistyczne są w rzeczywistości bardziej powszechne lub trwalsze, niż sądził Hart, centralny punkt jego nie-pluralistycznego ujęcia musiałby być rozważony na nowo. Refleksja nad tymi, a także innymi, problemami dotyczącymi reguły uznania, poprowadziła uczniów Harta daleko od uznawania reguły uznania za odpowiedź na pytania o przynależność norm do systemów prawnych. Zarówno Joseph Raz, jak i John Finnis opowiedzieli się za bardziej elastycznym rozumieniem systemów prawnych, odmiennym od ujęcia opartego na Hartowskiej

⁵⁴ Zob. także dyskusję na ten temat: N. MacCormick, przypis 48 powyżej, zwłaszcza s. 81-86.

⁵⁵ H. L. A. Hart, przypis 33 powyżej, s. 123.

regule. Dzięki temu stworzyli oni pojęciową przestrzeń dla wprowadzenia koncepcji pluralistycznych porządków prawnych⁵⁶.

Kryzys rodezyjski – testowy przypadek dla pluralizmu prawnego

Zadaniem pierwszej części artykułu było ustalenie, co wiąże się z istnieniem sprzecznych reguł uznania, co jest w nich kontrowersyjnego i zajmującego. Teraz nadszedł czas na rozeznanie, czy te abstrakcyjne rozważania mogą pomóc w zrozumieniu sposobu funkcjonowania konkretnych porządków prawnych. Czy jest możliwe istnienie systemu prawnego z dwiema sprzecznymi regułami uznania u swego rdzenia?

Pierwszy, niejako testowy przypadek pluralizmu prawnego dotyczy kryzysu konstytucyjnego, będącego następstwem wydania przez rząd Rodezji Jednostronnej Deklaracji Niepodległości w 1965 roku⁵⁷. Kryzys ten dostarczył klarownego przykładu na to, jak sprzeczne reguły uznania mogą działać w obrębie jednego systemu prawnego – chociaż jedynie przez krótki okres. W dalszej części artykułu zajmuję się złożonym problemem relacji między porządkami prawnymi Unii Europejskiej. Zamiarem autora jest wykazanie, iż w istotnych punktach zachodzi podobieństwo pomiędzy przypadkiem rodezyjskim a europejskim⁵⁸.

A. Konsekwencje Jednostronnej Deklaracji Niepodległości dla rodezyjskiego porządku prawnego.

Przed 1965 rokiem Konstytucja Rodezji miała postać Rozporządzenia Królewskiego (*Order in Council*)⁵⁹ wydanego na podstawie brytyjskiej ustawy⁶⁰. Rodezyjski parlament posiadał szeroką autonomię, ale nie uzyskał prawa do zmieniania postanowień Konstytucji⁶¹. 11 listopada 1965 r. premier Rodezji ogłosił niepodległość

⁵⁶ J. Finnis, przypis 45 powyżej; J. Raz, przypis 45 powyżej.

⁵⁷ T. Mahmud, *Jurisprudence of Successful Treason*, "Cornell International L. J.", vol. 27 1994, s. 49, 60-65.

⁵⁸ Zob. Oliver, przypis 13, w szczególności rozdział 11 i 12 poświęcony dyskusji nad konstytucyjnymi uwarunkowaniami byłych terytoriów Imperium Brytyjskiego. Pewna liczba takich terytoriów może odpowiadać w tej materii przedstawionemu tu modelowi pluralistycznego porządku prawnego – przynajmniej przez okres ich istnienia.

⁵⁹ Rozporządzenie Królewskie Konstytucja Południowej Rodezji - 1961, S.I. 1961, No. 2314.

⁶⁰ Akt o Konstytucji Południowej Rodezji, 1961.

⁶¹ G. Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford 1971, s. 64-72; J. Eekelaar, *Splitting the Grundnorm*, „Modern Law Review” 1967, vol. 30, s. 156.

Rodezji oraz wprowadzenie nowej konstytucji - „Konstytucji Rodezji 1965 r.”⁶² Dokument ten miał zastąpić poprzednią konstytucję, stanowiąc jednocześnie, iż żaden akt Brytyjskiego Parlamentu nie znajdzie zastosowanie w Rodezji, chyba że jego moc obowiązująca zostanie rozciągnięta na terytorium państwa przez Parlament Rodezyjski⁶³. Konstytucja Rodezji z 1965 r. uchyliła prawo wnoszenia apelacji do Tajnej Rady Jej Królewskiej Mości (*Privy Council*) w kwestiach powstałych na gruncie Deklaracji Praw. W odpowiedzi Parlament Zjednoczonego Królestwa uchwalił „Akt Południowej Rodezji”, również z 1965 roku, który potwierdzał kontrolę Westminsteru nad Rodezją, a w Rozporządzeniu Królewskim wydanym na podstawie tego aktu, podkreślono, że zmiana Konstytucji mogłaby nastąpić jedynie na podstawie aktu Parlamentu Westminsterskiego⁶⁴. W sprawie *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*⁶⁵ Tajna Rada poddała ocenie legalność Konstytucji z 1965 r. Stwierdziła, że jej przyjęcie było bezprawną uzurpacją i rzekoma Konstytucja z 1965 r. nie wywarła żadnych prawnych skutków. Z kolei sądy rodezyjskie, po okresie pewnego niezdecydowania⁶⁶, uznały Konstytucję z 1965 r.⁶⁷ i przestały respektować pozycję *Privy Council* jako najwyższej instancji apelacyjnej dla Rodezji⁶⁸.

W konsekwencji tych wypadków ujawniły się dwie pary sprzecznych reguł, z których każda rozpoczęła inkluzję poszczególnych instytucji w obrębie systemu⁶⁹.

(i) Pierwsza para: Sprzeczne reguły dotyczące statusu ustaw Westminsterskich.

Sprawą dyskusyjną było ustalenie, czy Parlament Westminsterski jest nadal źródłem rodezyjskiego prawa. W ocenie samego Parlamentu i *Privy Council*, ustawy wydawane przez Westminster zachowały swoją moc w Rodezji po ogłoszeniu przez nią niepodległości i były wciąż najwyższym źródłem prawa rodezyjskiego. Z ko-

⁶² Proklamacja Rodezyjska 53, 1965: R.G. Notice 737N, 1965.

⁶³ Ibidem, s. 3-5.

⁶⁴ S.I. 1965, No. 1952.

⁶⁵ [1969] 1 A.C. 645

⁶⁶ Zob. Eekelaar, przypis 61; J. Eekelaar, *Rhodesia: Abdication of Constitutionalism*, „Modern Law Review” 1969, vol 32, s. 19; Mahmud, przypis 57, s. 60 – 65.

⁶⁷ R. v. Ndglovu 1968 (4) SA 515. See C. Munro, *Studies in Constitutional Law*, Londyn 1999, s. 152.

⁶⁸ *Dhlamini v. Carter* (1968) (2) SA 464.

⁶⁹ Zob. bardziej ogólnie L. Where, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford 1960, rozdział 4.

lei, według Rodezyjskiej Konstytucji z 1965 r. i Rodezyjskiego Sądu Najwyższego, Westminsterskie ustawy przyjmowane po 1965 r. nie wywierały skutków prawnych w Rodezji. Można wyróżnić kilka wymiarów zachodzącej tu sprzeczności. Po pierwsze, zaistniał spór co do tego, czy Westminsterski Parlament jest władny zmieniać prawo stosowane w Rodezji. Jedną ze skonfliktowanych norm stanowiła, że Parlament Brytyjski może wprowadzać dowolne zmiany do prawa rodezyjskiego. Reguła ta miała swoje źródło w *common law* i uznawana była za aspekt suwerenności, co znalazło swoje odbicie w oświadczeniach Parlamentu Westminsterskiego. Normie tej przeciwstawiono inną normę, stanowiącą, iż Parlament Brytyjski utracił prawo do nowelizacji ustawodawstwa rodezyjskiego. Było to przykładem rzadkiej sytuacji, gdy norma prawna stwierdza, że określona instytucja *nie jest* źródłem prawa. Tego rodzaju „ubezwłasnowolnienie” Parlamentu znalazło się w Konstytucji z 1965 r. Drugi wymiar opisywanego sporu dotyczył faktu, iż sprawowanie każdej władzy łączy się z koniecznością nakładania pewnych obowiązków. Pierwsza reguła stanowiła, że ludzie w ogólności, a sądy w szczególności, były zobowiązane prawnie do posłuszeństwa ustawom parlamentu Westminsterskiego. Ten obowiązek, który wywodzi się z *common law*, konstytuował jeden z aspektów suwerenności. Norma zawarta w Konstytucji z 1965 r. stanowiła z kolei, że jednostki i sądy nie były prawnie zobowiązane stosować się do ustaw Parlamentu Westminsterskiego i, co więcej, miały obowiązek nie stosować się do tych ustaw, jeżeli byłyby one sprzeczne z prawem rodezyjskim. Obydwie pary sprzecznych reguł miały charakter norm podstawowych: żadna z nich nie została przyjęta na mocy jakiegось innej, wyższej w hierarchii, reguły prawnej, mimo że ich status prawny zależał od ich włączenia w obręb domniemanego źródła prawa. Obydwie usiłowały ustalić w pewnym zakresie granice rodezyjskiego systemu prawnego.

(ii) Druga para: sprzeczność w określaniu pozycji ustrojowej Tajnej Rady.

Zaistniał również spór co do pozycji Tajnej Rady jako najwyższej instancji w zakresie rodezyjskiego prawa. Reguła zawarta w dawnej Konstytucji ustanawiała Tajną Radę najwyższą instancją odwoławczą. Reguła z Konstytucji 1965 roku dramatycznie ograniczała rolę Rady w systemie rodezyjskim. Podobnie jak w przypadku wcześniej wspomnianej pary sprzecznych reguł, również i ta sprzeczność ma dwa aspekty. Pierwszy dotyczył sprzecznych obowiązków. W niektórych obszarach zarówno Tajna Rada, jak i Najwyższy Sąd Rodezji były zobowiązane do wydania ostatecznych rozstrzygnięć. Drugi

wymiar odnosił się zaś do nakazów adresowanych do podmiotów prawa i niższych sądów, których treścią było stosowanie się do rozstrzygnięć wydawanych przez te ciała.

B. Dwie interpretacje rodezyjskiego przypadku.

Istnieje wiele możliwych do ukazania dylematów wywołanych przez kryzys w Rodezji. W tym miejscu zostaną zaprezentowane oceny powstałej tam sytuacji w dwóch przedziałach czasowych: (1) w okresie po uznaniu przez rodezyjskie sądy prawnej ważności Konstytucji z 1965 r. oraz (2) w okresie bezpośrednio przed tym wydarzeniem, kiedy to nie było jeszcze jasne, czy sądy rodezyjskie będą podążać za Konstytucją z 1965 r., czy też, za orzeczeniami Tajnej Rady.

(i) Okres po uznaniu Konstytucji 1965 roku.

Gdy stało się jasne, że miejscowe rodezyjskie sądy nie będą dłużej uznawać autorytetu Tajnej Rady, doszło do rozdarcia między lokalnym rodezyjskim systemem prawnym, a wersją tego systemu przyjętą przez Tajną Radę. Dwie wersje różniły się pod kilkoma istotnymi względami. W wersji Tajnej Rady, ona sama była najwyższym sądem apelacyjnym Rodezji, kompetentnym do wydawania ostatecznych rozstrzygnięć o tym, czy dana reguła wchodzi, czy nie wchodzi w skład systemu prawnego Rodezji. Natomiast Sąd Najwyższy Rodezji utrzymywał, iż to on jest najwyższym sądem w ramach systemu i jest kompetentny do wydawania ostatecznych rozstrzygnięć o przynależności poszczególnych reguł do tego systemu, podczas gdy Tajna Rada może stanowić jedynie autorytet o charakterze pomocniczym (*persuasive source*). Z punktu widzenia Tajnej Rady, ustanowione w 1965 r. prawo o siłach kryzysowych (*Emergency Powers Regulation*) nie było prawnie wiążące; rodezyjski Sąd Najwyższy zajął w tej kwestii przeciwne stanowisko. Według Rady pozbawienie wolności Madizambuto oparte na tej nieobowiązującej ustawie było nielegalne i funkcjonariusze mieli prawny obowiązek uwolnienia go. Sąd Najwyższy Rodezji uznał przeciwnie – pozbawienie wolności odbyło się zgodnie z prawem i nikt nie ma prawnego obowiązku wypuszczenia zatrzymanego na wolność.

Z perspektywy Tajnej Rady w Rodezji funkcjonował tylko jeden system prawny, tzn. taki system, w którym Rada stanowiła najwyższy organ sądowy, a Madizambuto powinien być zwolniony. Z perspektywy Najwyższego Sądu Rodezji w Rodezji również istniał tylko jeden system prawny, taki w którym właśnie ten Sąd był najważniejszy, a Madizambuto legalnie zatrzymany. Sąd Najwyższy

Rodezji, w odróżnieniu od Tajnej Rady, dostrzegał istnienie drugiego odrębnego systemu. W jego ocenie niektóre orzeczenia Tajnej Rady mogły być inkorporowane do systemu prawnego Rodezji, ale tylko wówczas, gdy stanowiła tak reguła inkorporacji obowiązująca w krajowym rodezyjskim systemie prawnym.

Ten etap kryzysu rodezyjskiego był zgodny z Hartowskim ujęciem reguły uznania. Sprzeczne reguły uznania tkwiły u podstaw dwóch różnych systemów prawnych. Sytuacja ta niczym się nie różniła się od przedstawionego we wcześniej diskutowanym przykładzie konfliktu praw, gdzie dominujący system prawny uznawał w ograniczonym zakresie reguły prawne podległego mu innego systemu prawa.

Pojawia się pewien problem związany z taką interpretacją. Polega on na tym, że z wyłączeniem reguły, która stanowiła podstawę do działania Tajnej Rady, co do wykładni wszelkich innych przepisów rodezyjskiego systemu pomiędzy Radą i rodezyjskimi sądami mogłaby istnieć zgodność poglądów. Mogłoby się wydawać, że w efekcie charakterystyka dualnego systemu jest nieco sztuczna: przecież te dwa rzekomo różne systemy są na dobrą sprawę identyczne. Atrakcyjność interpretacji według modelu dwoistego wzmacnia, w przypadku rodezyjskim, jednoznaczne odrzucenie przez rodezyjskie sądy możliwości dalszego uznawania Tajnej Rady jako źródła rodezyjskiego prawa. Po kryzysie przestało mieć znaczenie, jak bardzo zbliżone były stanowiska Rady i sądów rodezyjskich w kwestii zawartości rodezyjskiego systemu prawnego: przyszłe orzeczenie Tajnej Rady Jej Królewskiej Mości miały nie większy wpływ na kształt rodezyjskiego prawa niż orzeczenia, powiedzmy, Wyższego Sądu Australii. Stąd dziwnym byłoby stwierdzenie, że po kryzysie wciąż mieliśmy do czynienia z obowiązywaniem w rodezyjskim systemie prawnym sprzecznych reguł uznania, tylko na tej podstawie, że Tajna Rada nie przyjęła do wiadomości utraty swojej pozycji. Być może powinniśmy rozróżnić pomiędzy rodezyjskim systemem prawnym w sensie właściwym, w którym najwyższą instancję stanowił Wydział Apelacyjny Wyższego Sądu Rodezji (*Rhodesion High Court*) i (nieskuteczną) wersję tego systemu prawnego w wydaniu Tajnej Rady. Obydwa te domniemane porządki prawne wysuwały roszczenia do obowiązywania na tym samym terytorium.

(ii) Okres poprzedzający uznanie Konstytucji z 1965 r. przez sądy rodezyjskie.

Przed uznaniem Konstytucji z 1965 r. przez sądy, kiedy nie było jeszcze jasne, które ciało miało pozycję najwyższego prawodawcy Rodezji, występowały dwie sprzeczne reguły uznania funkcjonujące

w obrębie jednego systemu; jego rozdziarcie, opisane w poprzedniej sekcji, miało dopiero nastąpić. Jedna reguła uznania identyfikowała Parlament Westminsterski jako najwyższe źródło prawa w tym systemie, Tajną Radę zaś jako najwyższy organ sądowniczy. Druga wskazywała na Parlament Rodezji jako najwyższe źródło prawa, a Sąd Najwyższy Rodezji jako najwyższy organ sądowniczy. Ten etap kryzysu rodezyjskiego stał się wyzwaniem dla Hartowskiej koncepcji reguły uznania; może stanowić też podstawę do konceptualizacji „pluralistycznego” modelu systemu prawa. Zwolennicy Harta mogą jednak w tym miejscu zdobyć się na polemikę dwojakiego rodzaju.

Po pierwsze, chociaż Hart podkreślał, iż w ramach jednego systemu może funkcjonować tylko jedna reguła uznania, jest zupełnie dopuszczalne, że w obrębie tej reguły pojawiają się obszary dwuznaczności lub konfliktu. Krótka refleksja nad immunitetem parlamentarnym w Zjednoczonym Królestwie pozwoli na ukazanie przykładu konfliktu zachodzącego w obrębie reguły uznania, który jednak nie podważa poglądu Harta.

Swego czasu zarówno Izba Gmin, jak i sądy, utrzymywały, że spoczywa na nich obowiązek ustalania, czy określona kwestia mieści się w zakresie immunitetu parlamentarnego. Sędziowie konsekwentnie stali na stanowisku, że jedynie po ich orzeczeniu, iż dana kwestia jest objęta immunitetem, podlega ona wyłącznej jurysdykcji Izby Gmin⁷⁰. Tymczasem Izba Gmin była zdania, że zakres tego przywileju jest kwestią, którą ona rozstrzyga⁷¹. Obydwie reguły mają charakter reguł nakładających obowiązki: żadna z wymienionych instytucji nie miała prawa wyboru co do rozstrzygnięcia przytoczonej kwestii jurysdykcyjnej. Były zobligowane do wydania decyzji w tej materii, chociażby ta decyzja miała sprowadzać się tylko do akceptacji interpretacji przyjmowanej przez drugie ciało. Powyższe dwie reguły jurysdykcyjne służą urzeczywistnianiu władzy: kiedy dana instytucja wyda decyzję, urzędnicy działający w obrębie systemu są zobowiązani do jej uznania i do działania zgodnie z rozstrzygnięciem. Reguły te mają różne źródła⁷². Źródłem reguły jurysdykcyj-

⁷⁰ *Stockdale v Hansard* (1839) 9 Ad. And E. 1, esp. 165; *Bradlaugh v Gosset* (1884) 12 Q.B.D. 271, esp. 278-80; S. A. de Smith, *Parliamentary Privilege and the Bill of Rights*, „Modern Law Review” 1958, vol. 21, s. 465; A. Denning, *Memorandum on The Strauss Case*, „Public Law” 1985, s. 80.

⁷¹ E. May, *Parliamentary Practice*, Londyn 1997, rozdział 10; CJ (1702-04) 308; CJ (1837) 418-420; M. L. Gwyer, *Anson's Law and Custom of the Constitution*, Oxford 1922, s. 192-3; C. R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, Londyn 1987, s. 148-150.

⁷² Rozróżnia się *lex parliamenti* and *lex terze*. Zob. C. Wittke, *The History of English Parliamentary Privilege*, Ohio 1921 oraz J. Chafetz, *Democracy's Privileged Few: Legislative*

nej przemawiającej na korzyść Izby Gmin były regulacje Izby Gmin. Obydwie izby brytyjskiego parlamentu są ciałami posiadającymi właściwą sobie jurysdykcję, a ich zwyczajowe praktyki - posiadające status prawa - wyrażane są głównie w orzeczeniach przewodniczących izb parlamentu (*speakers*) i w rezolucjach⁷³. Z kolei źródłem sądowej reguły jurysdykcyjnej jest *common law*. Tak Izba Gmin, jak i sądy, były zgodne, że Parlament jest powołany do rozstrzygnięcia sporu co do zakresu immunitetu. Tak więc, gdy sprzeczne reguły jurysdykcyjne doprowadziły do powstania rzeczywistego sporu, jak w sprawie *Stockdale v. Mansard*, konflikt zakończył *Parliamentary Papers Act* z 1840 r.⁷⁴

Akceptacja Parlamentu jako najważniejszego źródła prawa przez obydwie strony sporu sprawiła, że konflikt nie wykroczył poza zakres jednej reguły uznania - pojedynczej normy lub zbioru reguł, zawierających skonfliktowane elementy składowe. Odmienny stan rzeczy wystąpił w przypadku rodezyjskim, gdzie nie istniało żadne uzgodnione wyższe źródło reguły; kwestia kompetencji doprowadziła tam do postawienia pytania o problem nadrzędności. Pojawiła się wątpliwość, czy Konstytucja 1965 r. była najwyższym aktem prawnym, czy też pierwszeństwo przysługiwało ustawom Parlamentu Westminsterskiego. Nie było również jasne, które z ciał - Rodezyjski Sąd Najwyższy czy Tajna Rada posiadało prawny autorytet do rozstrzygnięcia tego sporu.

Po drugie, zwolennicy Harta mogliby argumentować, że chociaż pojawiły się dwie sprzeczne reguły uznania funkcjonujące w tym samym okresie, faktycznie tylko jedna z nich była tą „prawdziwą” regułą uznania, druga zaś jedynie uzurpowała sobie takie miano, w rzeczywistości była prawną pomyłką. Zachowanie rodezyjskich sądów po sprawie Madizambuto ujawniło istniejące już wcześniej pęknięcie. Kłopot z przyjęciem tego argumentu polega na tym, że regułę uznania wyprowadza się z obserwacji zachowań funkcjonariuszy państwa, a w szczególności zachowań sędziów⁷⁵. Jeżeli zachowanie się sędziów - a odzwierciedlały to ich decyzje i rozumowania - było w określonym momencie niejednolite z uwagi na sprzeczne reguły uznania, to nie sposób ustalić, która z tych reguł jest regułą

Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions, 2004, dysertacja doktorska przedłożona na Uniwersytecie w Oxfordzie, rozdział 1.

⁷³ Munro, patrz przypis 67 powyżej, s. 216-218.

⁷⁴ W tej kwestii zob. Wittke, przypis 72; Chafetz, przypis 72, rozdział 3. Barwniejszy opis przebiegu kryzysu przedstawił J. Dean, *Hatred, Ridicule or Contempt*, Londyn 1953, rozdział 19.

⁷⁵ Hart, przypis 33, s. 101-102.

„prawdziwą”⁷⁶. Sędziowie byli zgodni, że istnieje pojedynczy system prawny, ale nie zgadzali się co do tego, jaka jest treść reguły uznania⁷⁷. Przypadek rodezyjski pokazał, że sprzeczność może ostatecznie być przewyciężona, ale nie oznacza to, że sprzeczność ta nie występowała w danym systemie przez określony czas.

Kryzys rodezyjski jest dostatecznym dowodem na to, że pluralistyczny system prawny może krótkookresowo faktycznie zaistnieć. Hart mógłby w tym momencie replikować, że mieliśmy tu do czynienia anormalnym przypadkiem poniżej wzorca, który opisywał przy okazji przedstawiania niestabilnych systemów zawierających różnorodne reguły uznania. Ta sprzeczność została szybko usunięta. Jednak niejednoznaczności ujawniające się w ramach systemów prawnych Unii Europejskiej mogą dostarczyć przykładów bardziej długotrwałego pluralizmu. Biorąc kryzys rodezyjski za model, można przeanalizować pod tym kątem problematyczne porządki prawne Unii.

Pluralizm prawny a Unia Europejska

Europejski Trybunał Sprawiedliwości wysunął trzy, powiązane ze sobą, roszczenia do supremacji⁷⁸. Najpierw uznał, że jest uprawniony do udzielania definitywnych odpowiedzi na wszystkie pytania dotyczące prawa europejskiego⁷⁹. Następnie, że Trybunał może samodzielnie rozstrzygać, co wchodzi w zakres przedmiotu prawa europejskiego⁸⁰. Trzecie roszczenie polegało na uznaniu, iż prawo europejskie jest nadrzędne w przypadku sprzecznych reguł prawa krajowego⁸¹. Każde z przytoczonych roszczeń było niezależne: wysunięcie jednego nie musiało pociągać za sobą wystąpienia z kolejnymi dwoma. Krajowe sądy najwyższe w niektórych przypadkach sprzeciwiały się zaakceptowaniu tych żądań ETS. Najsłynniejsza z tego typu sytuacji dotyczyła sądów niemieckich, które odmówiły

⁷⁶ J. Raz, *The Identity of Legal Systems*, [w:] J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 95-96.

⁷⁷ Jak zauważa Coleman, reguła uznania jest definiowana nie tylko przez praktykę urzędników, ale również przez ich wspólne pojęcie o tym, jakie skutki ona powoduje: J. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001, s. 80-81.

⁷⁸ K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford 2001, rozdział 1; J. Weiler, *The Autonomy of the Community Legal Order*, [w:] J. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999.

⁷⁹ Art. 234 (formalnie art. 177)

⁸⁰ J. Weiler, *The Transformation of Europe* [w:] J. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, s. 21. Sprawa 314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] E.C.R. 4199.

⁸¹ Sprawa 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] E.C.R. 585

scedowania swoich uprawnień strażników narodowej konstytucji⁸². Ponieważ orzeczenia Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego stały się najbardziej klarownym, najszerzej dyskutowanym wyzwaniem dla europejskich roszczeń do supremacji, przypadek niemiecki będzie użyty w dalszych rozważaniach.

Sądy niemieckie kilkakrotnie, w różnych momentach, prezentowały odmienne niż ETS spojrzenie na charakter oddziaływania prawa europejskiego. W sprawie *Solange I*⁸³ Niemiecki Sąd Konstytucyjny odrzucił tezę o absolutnej supremacji prawa wspólnotowego: reguły tego prawa, które są sprzeczne z fundamentalnymi postanowieniami Konstytucji Niemieckiej nie mogą być stosowane w Niemczech. Tym samym, Sąd poddał w wątpliwość drugie i trzecie roszczenie do supremacji. W późniejszej sprawie *Maastricht*⁸⁴ Sąd odrzucił twierdzenie ETS o tym, że Trybunał posiada ostatecznie słowo w orzekaniu co do znaczenia i zakresu prawa europejskiego. Niemiecki Sąd stwierdził, że nie może zaakceptować zaskakujących interpretacji Traktatu, które skutkują rozszerzaniem kompetencji Unii⁸⁵. Podważył tym samym pierwsze i trzecie roszczenie ETS do supremacji. Podobnie jak w przypadku rodezyjskim, tak i tu, można ustalić istnienie dwóch grup sprzecznych reguł. Te dwie grupy reguł, stanowiące zarazem obszerny zbiór uprawnień i obowiązków, wspólnie konstytuują parę sprzecznych reguł uznania

(i) Przyznanie pierwszeństwa przez sprzeczne reguły różnym zbiorom norm prawnych.

Według Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego Konstytucja jest najwyższym źródłem prawa w Niemczech. Prawo europejskie obowiązuje, ponieważ Konstytucja tak stanowi, a więc może ono być przez Konstytucję ograniczone. Doktryna o supremacji prawa krajowego nad wspólnotowym została *implicite* zapisana w strukturze niemieckiej ustawy zasadniczej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości

⁸² Głosy w dyskusji na ten temat zob. Alter, przypis 78, rozdział 3. Inne sądy krajowe wyrażały podobne wątpliwości: we Francji: *Nicolo* [1990] 1 CMLR 173; we Włoszech: *Frontini v. Ministero delle Finanze* [1974] 2 CMLR 372; w Danii: *Carlsen v. Prime Minister* [1999] 3 CMLR 854.

⁸³ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1974] C.M.L.R. 540

⁸⁴ *Brunner v. The European Treaty* [1994] C.M.L.R. 57. See M. Zuleeg, *The European Constitution Under Constitutional Constraints: The German Scenario*, „European Law Review” 1997, vol. 22, s. 19, gdzie przeprowadzono ostrą krytykę tej decyzji; a także M. Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?*, „Common Market Law Review” 1999, vol. 36, s. 351.

⁸⁵ *Brunner*, przypis 84, akapity 33, 48-49.

ści uważa prawo europejskie za najważniejsze źródło reguł w Unii Europejskiej, a zatem dotyczy to także Niemiec. Z kolei doktryna o supremacji w wersji ETS stanowi konsekwencję podpisania traktatów ustanawiających Unię, co czyni ją niezależną od faktu obowiązywania niemieckiej Konstytucji. Każde z tych roszczeń do supremacji stanowi *implicite* negację drugiego. W obydwu przypadkach z reguły uznania wynikają określone obowiązki sądów – przede wszystkim obowiązek dania pierwszeństwa określonym źródłom prawa.

(ii) Przyznanie pierwszeństwa różnym sądom.

Dyskusji nad pierwszeństwem zbiorów norm towarzyszy dyskusja na temat hierarchii sądów w porządku prawnym w Niemczech. Również w tym przypadku sprzeczność przybiera postać kombinacji obowiązków i uprawnień. W niektórych sytuacjach obydwa sądy uznają się za zobligowane do dokonywania ostatecznych ustaleń w zakresie treści prawa obowiązującego w Niemczech. Roszczenia te są niesymetryczne - podczas gdy Niemiecki Sąd Konstytucyjny czuje się w obowiązku do ostatecznego przesądzenia o treści wszystkich norm prawnych obowiązujących w Niemczech, ETS zgłasza podobne roszczenie jedynie pod adresem norm zamierających element europejski. Tak, jak w przykładzie brytyjskiego immunitetu parlamentarnego, wywiązanie się ze swoich obowiązków przez jeden bądź drugi organ może sprowadzać się do wydawania orzeczeń odpowiadających analogicznym decyzjom drugiego z nich; wykluczone jest jedynie uznanie instytucjonalnej zwierzchności. Nakaz orzekania przez dwa niezależne instytucje o prawie obowiązującym na danym terytorium nie musi jeszcze prowadzić do sprzeczności. Roszczenia do supremacji stają się sprzeczne, gdy wynika z nich konieczność ostatecznego i autorytatywnego rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej adresatów norm prawnych. Supremacja w zakresie adjudykacji jest powiązaniem obowiązku rozstrzygnięcia z prawem do wiążącego określania pozycji prawnej jednostek, sądów i innych instytucji. Uprawnienia nierozzerwalnie powiązane z obowiązkami tworzą potencjał do zaistnienia sprzeczności. Konflikty można uniknąć, gdy konkurujące instytucje dojdą do porozumienia. Zawsze jednak istnieje potencjał do rzeczywistej sprzeczności, a więc sytuacji, w której jednostki nie będą mogły w pełni wywiązać się z obowiązku posłuszeństwa jednej i drugiej instytucji.

Na uwagę zasługują dwie cechy prawa europejskiego, które czynią opisaną sprzeczność jeszcze bardziej znamienne.

Pierwszą i zarazem najważniejszą jego właściwością jest to, że, ludzie i instytucje są zobowiązani do stosowania się do norm pra-

wa europejskiego także wówczas, gdy są one sprzeczne z jasnymi wymogami prawa krajowego. Obowiązek ten spoczywa na podmiotach, zarówno prywatnych, jak i publicznych, jeżeli reguły prawa europejskiego są bezpośrednio stosowane, a w przypadku instytucji publicznych – także wtedy, jeżeli dodatkowo spełniają warunki bezpośredniego wertykalnego skutku (*conditions for vertical direct effect*). Nadrzędność prawa europejskiego nie zależy więc całkowicie od „poparcia” ze strony sądów krajowych. W niektórych sytuacjach, to jednostki i instytucje muszą samodzielnie odrzucić sprzeczne z europejskimi regulacje krajowe.

Po drugie, w niedawnej sprawie *Köbler*⁸⁶ ETS rozszerzył zakres odpowiedzialności państwa na zasadach określonych w wyroku *Francovich*⁸⁷, obejmując nim również odpowiedzialność za decyzje wydawane przez sądy krajowe. Roszczenie odszkodowawcze ma przysługiwać, jeżeli prawomocne orzeczenie sądu ostatecznej instancji zawiera poważny błąd w zakresie stosowania prawa europejskiego. Trzeba przypomnieć, że wyrok *Francovich* określił wymóg, aby w ramach działania sądów krajowych przewidziane zostały środki odwoławcze - zobowiązanie do ustanowienia tego rodzaju zasad odpowiedzialności pochodziło od instytucji europejskich, ale prawo to samo w sobie musiało zostać ugruntowane w porządku prawnym każdego państwa członkowskiego. Natomiast skutkiem wyroku *Köbler* jest to, że sądy krajowe pierwszej instancji będą niekiedy zmuszone do dokonywania ocen, a nawet podważania, decyzji wydawanych przez sądy wyższe w ich systemie.

Gdyby któryś z narodowych sądów konstytucyjnych odmówił uznania orzeczenia ETS, liczba interesujących problemów prawnych, które pojawiłyby się w ramach takiego systemu krajowego, pokaźnie by wzrosła. Pierwszy problem stanowiłaby wówczas pozycja prawna jednostek i instytucji w takim państwie członkowskim. Czy powinni oni podążać za orzeczeniami ETS w zakresie swoich obowiązków prawnych, czy też kierować się orzeczeniami krajowego sądu konstytucyjnego? Druga kwestia dotyczyłaby tego, jak mają zachowywać się sądy niższych instancji w ramach takiego krajowego systemu? ETS nie traktuje obowiązku tych sądów do stosowania prawa europejskiego jako w jakikolwiek sposób zapośredniczonego w krajowym systemie prawnym; sądy po prostu mają w tej materii ignorować błędne

⁸⁶ C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239; H. Scott, N. W. Barber, *State Liability Under Francovich for Decisions of National Courts*, „Law Quarterly Review” 2004, vol. 120, s. 403.

⁸⁷ Cases 6/90 & 9/90 *Francovich v. Italy* [1991] ECR I-5357.

rozstrzygnięcia krajowych sądów wyższych⁸⁸. Każdy sędzia pierwszej instancji musiałby więc podjąć decyzję, czy uzna roszczenie do supremacji zgłoszone przez ETS, czy też konkurencyjne roszczenie, które sformułował jego narodowy sąd konstytucyjny. Po trzecie, po sprawie *Köbler* decyzja odbiegająca (*dissenting*) od ustalonej wykładni ETS może być natychmiast i bezpośrednio zakwestionowana. Sędzia sądu pierwszej instancji znajdzie się w trudnej pozycji: jak rozstrzygnąć roszczenie powoda o odszkodowanie - roszczenie, które z całą pewnością zyskałoby uznanie ETS? Ten scenariusz zaczyna bardzo przypominać przypadek rodezyjski analizowany wcześniej; mechanizmy użyte do ochrony roszczenia ETS do supremacji posiadają potencjał, który może doprowadzić do rozerwania narodowego systemu prawnego w przypadku, jeżeli natrafia na opór z jego strony – obalone zostaną istniejące w systemie krajowym hierarchie sądowe.

Istnieje wiele możliwych interpretacji związków zachodzących między niemieckim systemem prawnym a systemem Unii Europejskiej⁸⁹. Tu zostaną rozważone dwie z nich: niepluralistyczna i pluralistyczna.

Można założyć rygorystycznie, iż istnieje tylko jeden europejski system prawny, który pozostaje w odrębnych relacjach z każdym z systemów państw członkowskich z osobna. Każde państwo członkowskie posiada mechanizm prawny, zapisany w konstytucji lub w ustawie, który pozwala narodowym sądom rozpoznawać i stosować reguły prawa europejskiego, nawet w stopniu dopuszczającym odmowę zastosowania sprzecznych z nim norm prawa krajowego. To przypomina dyskutowany wcześniej przykład konfliktu praw. Europejski porządek prawny jest porządkiem niejako podległym, którego moc zależy od uznania przez krajowe, dominujące porządki prawne. Ta interpretacja pasuje do poglądu zaprezentowanego przez niemiecki Sąd Konstytucyjny w decyzji *Maastricht*. W tej wizji niektóre z roszczeń ETS do supremacji są nieskuteczne; są wprawdzie poprawne z prawnego punktu widzenia w obrębie systemu europejskiego, ale nie mogą być uznane i inkorporowane w systemach narodowych. Ujmując rzecz ogólnie, tak właśnie przedstawia się „pluralistyczne” podejście rozwinięte przez Neila MacCormicka w jego cennej książce pt. *Questioning Sovereignty*⁹⁰.

⁸⁸ Sprawa 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 629

⁸⁹ Zob. C. Richmond, *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, „Law and Philosophy” 1997, vol. 16, s. 377.

⁹⁰ Zob. w szczególności: *Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict*, [w:] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999. Zob. także zapis dyskusji w: P. Oliver, *Sovereignty in the Twenty-First Century*, „King’s College Law Journal” 2003, vol. 14, s. 137, 157-178.

MacCormick dostarcza dwie wersje tej interpretacji: radykalny pluralizm i „pluralizm pod prawem międzynarodowym”. Obydwie mają swój początek w rozpoznaniu różnorodności odrębnych, choć powiązanych systemów prawnych w Europie. Radykalny pluralizm głosi, że na tej obserwacji sprawa się kończy: istnieją różne systemy i odpowiedź na poszczególne kwestie prawne zależy od tego, który z systemów zostanie wybrany do tego, aby w jego obrębie przeprowadzić rozumowanie⁹¹. Pluralizm „pod prawem międzynarodowym” zakłada z kolei, że prawo międzynarodowe może dostarczyć reguł, które pomogą rozwiązywać konflikty pomiędzy różnymi systemami. To zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia konfliktów między-systemowych, których nie można rozwiązać przy użyciu metod prawnych. Podejście MacCormicka jest wyrafinowane, ale może nie być wystarczająco kontrowersyjne, aby nazwać je mianem „pluralistycznego”. Jak wcześniej nadmieniono, Hart czy Kelsen mogliby, bez większych oporów, zaakceptować każdą z tych dwóch interpretacji. Pluralizm radykalny zakłada istnienie wielu systemów prawnych, z których każdy ma własną regułę uznania lub *Grundnorm* (normę podstawową). Pluralizm „pod prawem międzynarodowym” zakłada, faktycznie, istnienie jednego systemu prawnego (prawa międzynarodowego) z krajowymi systemami prawnymi jako jego podzespołami. Modele te przywodzą na myśl słynne twierdzenie Kelsena o prawie międzynarodowym i prawach krajowych jako częściach jednej całości⁹². Tak jak „pluralizmy” MacCormicka, zunifikowany system prawny Kelsena może posłużyć każdemu do rozwinięcia przyjętych wcześniej przez niego założeń⁹³. Z punktu widzenia systemu prawa krajowego, istnieje wyłącznie jeden porządek prawny z elementami prawa międzynarodowego uznanymi przez prawo krajowe. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego, również jest tylko jeden porządek prawny, z elementami prawa krajowego rozpoznanymi przez reguły prawa międzynarodowego.

⁹¹ MacCormick, w sposób dający do myślenia, określa systemy prawne w swoich pluralistycznych modelach mianem „nachodzących na siebie” (MacCormick, przypis 90, s. 119). Nie jest jasne, co właściwie ma on na myśli. Zwykle uznanie reguł jednego porządku prawnego przez inny porządek nie stanowi jeszcze „nachodzenia”. W dalszych rozważaniach postaram się rozwinąć problem „nachodzenia na siebie” porządków prawnych będącego czymś więcej niż wzajemne uznawanie.

⁹² Kelsen, przypis 12, s. 328-344.

⁹³ Zob. dalej, Richmond, przypis 89, który przedstawia w Kelsenowskich terminach zbiór wewnętrznie spójnych modeli, zapewniając, że modele te pozwalają na przyjmowanie różnych punktów widzenia, z których można spojrzeć na europejski porządek prawny.

Niebezpieczeństwo przyjęcia tych interpretacji polega na tym, że mogą one nazbyt uprościć znaczenie i istotę rozdarcia, do którego doszło między niemieckim i europejskim systemem. Zakładają one bowiem, że sędziowie niemieccy będą w sposób bezdyskusyjny podążać za wskazówkami krajowego Sądu Konstytucyjnego, bez względu na ich oczywiste europejskie zobowiązania. Jeśli jednak orzecznictwo niemieckie byłoby podzielone lub niespójne i niezdecydowane, to, być może, bardziej adekwatnym do tej sytuacji byłoby stwierdzenie, że w tym samym czasie w niemieckim systemie prawnym występują dwie sprzeczne reguły uznania. Sytuacja przypomina odwrotność kryzysu rodezyjskiego. Na początku istniały dwa odrębne systemy prawne – niemiecki i europejski. Z czasem, gdy zaczęły na siebie nachodzić, ich granice stawały się nieostre. Błędem byłoby twierdzenie, że stały się przez to, lub, że staną się jednym systemem prawnym. System niemiecki i system europejski różnią się w wielu istotnych względach. Żadna z tych różnic nie ulegnie zatarciu w wyniku sprzeczności między dwiema regułami uznania. Znakończona większość reguł prawych jest w ogóle poza zakresem zainteresowania UE i funkcjonuje jedynie w obrębie systemu niemieckiego. Także instytucje niemieckie – sądowe i legislacyjne – są tworzone i w znacznej mierze definiowane przez reguły krajowe. Z drugiej strony ETS zgłasza roszczenie posiadania jurysdykcji, która wykraczałaby poza Niemcy; rozciąga się ona bowiem także na terytoria innych państw członkowskich. Trybunał Europejski nigdy nie twierdził, że narodowe systemy prawne są tylko częściami składowymi systemu europejskiego. Systemy te nie tyle zmierzają do połączenia się, co raczej nachodzą na siebie w taki sposób, że obowiązki i powinności lojalnościowe podmiotów systemu niemieckiego stają się coraz mniej jednoznaczne⁹⁴. Jest wielce prawdopodobne, że ta nieokreśloność jeszcze wzrośnie, gdy (jeżeli w ogóle kiedyś tak się stanie), obywatele i sędziowie zaczną postrzegać Unię Europejską jako stały element ich konstytucyjnej struktury. Tak europejski, jak i niemiecki system prawny są i pozostaną odrębne, i wciąż będą nachodzić na siebie w istotny sposób. To „nachodzenie” oznacza, że dwa systemy mogą być określane mianem „pluralistycznych”; w tym sensie, że funkcjonujący w ich ramach sędziowie, funkcjonariusze i obywatele mogą stanąć w obliczu istnienia sprzecznych reguł uznania⁹⁵.

⁹⁴ N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, „Modern Law Review”. 2002, Vol. 65, s. 317, 337-338.

⁹⁵ System prawny Unii Europejskiej obejmuje sędziów i sądy narodowych porządków prawnych, a także sędziów Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji. Jak długo istnieje różnica zdań między sędziami systemu prawnego UE w kwestii supremacji

Jeżeli zaakceptować tezę, że w niemieckim systemie prawnym występują sprzeczne reguły uznania, może tam dojść do kombinacji elementów występujących w przykładach przedstawionych wcześniej. Podobnie jak w Rodezji, mielibyśmy do czynienia ze sprzecznymi regułami uznania funkcjonującymi w ramach jednego terytorium. Podobnie jak w Rodezji, sprzeczności tej nie sposób rozwiązać poprzez odwołanie się do określonego organu wyższego rzędu, ponieważ pociąga to za sobą potrzebę rozstrzygnięcia kwestii supremacji. Podobnie jak w Rodezji, ostateczne rozstrzygnięcie sporu zależy od lojalności funkcjonariuszy publicznych – w szczególności, choć nie wyłącznie, sędziów. Podobnie jak w przykładzie brytyjskiego immunitetu parlamentarnego i odmiennie niż Rodezji, sprzeczność może być zrównoważona, jeżeli każda ze stron okaże instytucjonalną powściągliwość. Chociaż Niemiecki Sąd Konstytucyjny i ETS zgłaszają sprzeczne roszczenia, nie musi to prowadzić do faktycznych konstytucyjnych dylematów. Sądy i Izba Gmin dostosowały swoje wzajemnie konkurencyjne roszczenia do supremacji przez ostrożne unikanie forsowania tej kwestii tak, aby uniknąć kryzysu podobnego *Stackdale*. ETS i Niemiecki Sąd Konstytucyjny mogłyby unikać kryzysu, starając się podejmować zgodne i kompatybilne decyzje dotyczące się oddziaływania prawa europejskiego.

Sprawa *Maastricht* posłużyła mi do zarysowania wizji pluralistycznego systemu prawnego, ale tego rodzaju model mógłby być zastosowany również w przypadku innych krajów członkowskich. Przykładowo, w Zjednoczonym Królestwie oczywiste na pierwszy rzut oka twierdzenia odnoszące się do suwerenności okazują się coraz bardziej wątpliwe⁹⁶. W sprawie *Favortame (No. 2)*⁹⁷ lord Bridge stwierdził, że po przyjęciu ustawy *European Communities Act* w 1972 r. angielskie sądy „zgadzają się (...) na nadrzędność reguł prawa wspólnotowego w obszarach, w których reguły te znajdują zastosowanie...”⁹⁸. Nawet ta, jakże szeroka, akceptacja roszczeń do supremacji wysuwanych przez ETS nie pozostaje bez dwuznaczności. Po pierwsze, nie jest jasne, jak sądy ustosunkowałyby się do nakazów ETS wykraczających poza sferę prawa europejskiego – czy zezwoliłyby one na wykonanie tego rodzaju błędnych w aspekcie jurysdykcyjnym orzeczeń. Po drugie, lord Bridge może być w błę-

prawa UE, tak długo europejski porządek prawny będzie porządkiem pluralistycznym – ale wciąż odmiennym od pluralistycznego porządku prawnego na poziomie krajów członkowskich.

⁹⁶ N. W. Barber, *Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2000, vol. 21, s. 130-154, a także zob. Oliver, przypis 90.

⁹⁷ *R. v. Secretary of State for Transport ex. p. Factortame Ltd. (No.2)* [1991] 1 AC 603.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 659.

dzie, twierdząc, iż pierwszeństwo będzie zawsze przyznawane bezpośrednio skutecznemu prawu europejskiemu: gdyby parlament przyjął ustawę o wystąpieniu z Unii, sądy najprawdopodobniej podporządkowałyby się temu prawu, nawet jeżeli pozostawałoby ono w konflikcie z zobowiązaniami międzynarodowymi Zjednoczonego Królestwa⁹⁹. Angielski system prawny może więc również zawierać sprzeczne reguły uznania.

Konkluzja

Do rozstrzygnięcia pozostaje wciąż jedna kwestia. Nawet jeżeli pluralistyczny model systemu prawnego jest możliwy, to czy jest on atrakcyjny? Może okazać się, że mimo dostarczenia przez model pluralistyczny dobrych podstaw dla opisu relacji między europejskim porządkiem prawnym a porządkami krajowymi – sam ten opis jest jałowy i ubogi, a model wydaje się niezbyt nieatrakcyjny przez swoją niespójność. Być może powinniśmy podjąć intensywne działania w celu budowy systemu prawnego, w którym opisywane konflikty zostałyby przezwyciężone, systemu z jasno określoną hierarchią źródeł prawa. Są co najmniej dwa powody, dla których powinniśmy jednak raczej aprobować, niż odrzucać istnienie sprzeczności.

Po pierwsze, jak stwierdził Maduro, opisany tu typ sprzeczności może skłaniać do politycznego kompromisu¹⁰⁰. Pozwala ogłosić zwycięstwo tak zwolennikom supremacji ETS, jak i zwolennikom supremacji prawa narodowego i, co nawet ważniejsze, pozwala uniknięcia konieczności przyznania się kogokolwiek do porażki. Jak to zostało pokazane, sprzeczne prawa nie muszą prowadzić do sprzecznych działań; konstytucyjne dylematy mogą pozostać nierozwikłane, o ile każda ze stron zachowa powściągliwość. Sprawy *Stockdale* i *Madzambuto* stanowią przykłady sytuacji, w których rozbieżności opinii doprowadziły do kryzysu konstytucyjnego, podczas gdy pokojowe dzieje kwestii immunitetu parlamentarnego po sprawie *Stockdale* obrazują, że tego typu kryzysu można było uniknąć. Proces kształtowania się pluralistycznych systemów prawnych towarzyszący funkcjonowaniu Unii Europejskiej może doprowadzić do kompromisu pomiędzy dawnymi modelami suwerenności i supremacji kon-

⁹⁹ *Macarthy's Ltd. v. Smith* [1979] 3 All E.R. 325, 329; *Thoburn v. Sunderland District Council* [2003] Q.B. 151, 184-185.

¹⁰⁰ Richmond, przypis 89; M. Maduro, *Europe and the Constitution: What If This Is As Good As It Gets?*, [w:] J. Weiler, M. Wind (red.), *European Constitutionalism Beyond The State*, Cambridge 2003.

stytucji krajowych oraz nowymi roszczeniami do supremacji zgłaszanymi przez UE.

W sytuacji, gdy trudno o konsensus między tymi dwoma stanowiskami i o przyjęcie przez ich zwolenników pośredniego kursu, model pluralistyczny pozwala zbudować strukturę, w ramach której sprzeczne roszczenia mogłyby współegzystować. Jeżeli, mimo istnienia potencjału dla rzeczywistego konfliktu, spory takie daje się wyeliminować, to można na tej podstawie wypracować stabilne, długotrwałe porozumienie. Zaletą tego jest unikanie niepotrzebnego i potencjalnie destruktywnego konfliktu, co pozwala na skupienie uwagi jego uczestników na współpracy w obszarach, gdzie możliwe jest porozumienie.

Po drugie, konkurujące ze sobą roszczenia do supremacji mogą dostarczyć tego, co wraz z Alisonem Youngiem w innym miejscu określiliśmy mianem „konstytucyjnej samoobrony”¹⁰¹. Polega ona na tym, że jedna instytucja posiada środki ochrony swojej autonomii przed innym ciałem konstytucyjnym. Przykładowo organy władzy ustawodawczej uzyskują kompetencje sądowe w obszarze immunitetów parlamentarnych w celu przeciwdziałania nadużyciom sądów, z kolei sędziowie często zajmują się administracyjną stroną procesów sądowych. Niekiedy przyznane środki samoobrony są bardziej ofensywne, dające jednej stronie broń, która może być użyta przeciwko drugiej – np. przyznanie jednemu organowi władzy ustawodawczej prawa do uchylania aktów wydanych przez inny organ władzy ustawodawczej. Konkurencyjne roszczenia do supremacji uzbudzają krajowe i europejskie sądy w środki mogące pomóc w zapewnieniu wzajemnego szacunku i powściągliwości. Jeżeli zaktualizowałyby się potencjalne konflikty związane ze sprzecznymi regułami uznania, w tym takie, w których sprzeczność dotyczy zachowań jednostek, to wówczas wszystkie strony konfliktu zapłaciłyby określoną cenę. Według Fullera, brak sprzeczności warunkuje istnienie rządów prawa; jeżeli sądy wymagają od jednostek podporządkowania się sprzecznym i niemożliwym do spełnienia regułom, uniemożliwiają im prowadzenie życia zgodnego z ich aspiracjami. W przypadku rzeczywistego konfliktu tylko jedna ze stron wyjdzie z niego jako zwycięzca. Jeżeli nie jest jasne, kto wygra, każdy ma interes w unikaniu konfrontacji. Ryzyko z tym związane skłania strony do zharmonizowanej wykładni prawa. ETS interpretuje prawo europej-

¹⁰¹ N. W. Barber, A. L. Young, *Prospective Henry VIII Clauses and their Implications for Sovereignty*, „Public Law”, vol. 112, 2003. Podobne kwestie są dyskutowane przez Weilera i Walkera: zob. J. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, „Journal of Common Market Studies” 1997, vol. 35, s. 97 oraz N. Walker, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, „European Law Journal” 1998, vol. 4, s. 355, 375-379.

skie w taki sposób, żeby było to do przyjęcia dla sądów krajowych¹⁰². Podobną motywację mają sądy krajowe, aby nie forsować na ślepo roszczenia do prymatu czy pierwszeństwa stosowania narodowych reguł. Podsumowując, należy stwierdzić, że konkurencyjne roszczenia do supremacji mogą służyć tworzeniu atmosfery kooperacji pomiędzy sądami, w ramach której każda strona posiada motywację do szanowania pozycji i tradycji innej strony.

Przebyliśmy tak długą drogę wiodącą od prapoczątków pluralizmu prawnego, iż ktoś mógłby argumentować, że etykieta, którą się posługujemy powinna zostać odrzucona: czy rozważanie związków pomiędzy różnymi systemami prawnymi Europy ma cokolwiek wspólnego z pracami antropologów prawa z lat siedemdziesiątych lub osiemdziesiątych? Dwie właściwości łączą te, jakże różne, metody badawcze. Pierwszą jest nacisk położony na różnorodność systemów prawnych, któremu towarzyszy przekonanie, iż te systemy mogą oddziaływać wzajemnie na siebie w interesujący sposób. Po drugie – uznanie, że ta interakcja musi, co ciekawe, prowadzić do ryzyka zaistnienia sprzeczności: sprzeczne reguły uznania znajdują się bowiem w sercu modelu pluralistycznego.

Orzecznictwo

Sprawa 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 629.

Bradlaugh v Gosset (1884) 12 Q.B.D. 271, esp. 278-80.

Brunner v. The European Treaty [1994] C.M.L.R. 57.

Carlsen v. Prime Minister [1999] 3 CMLR 854.

Sprawa 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] E.C.R. 585.

Dhlamini v. Carter (1968) (2) SA 464.

Sprawa 314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] E.C.R. 4199.

Cases 6/90 & 9/90 *Francovich v. Italy* [1991] ECR I-5357.

Frontini v. Ministero delle Finanze [1974] 2 CMLR 372.

¹⁰² Jako dowód zob. J. Coppel, A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, „Legal Studies” 1992, vol. 12, s. 227, choć ich twierdzenia spotkały się z krytyką w: J. Weiler, N. Lockhart, *‘Taking Rights Seriously’ Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*, „Common Market Law Review” 1995, vol. 32, s. 51 i 579.

Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, [1974] C.M.L.R. 540.

C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239.

Macarthy's Ltd. v. Smith [1979] 3 All E.R. 325, 329.

Nicolo [1990] 1 CMLR 173.

R. v. Secretary of State for Transport ex. p. Factortame Ltd. (No.2) [1991] 1 AC 603.

Stockdale v Hansard (1839) 9 Ad. And E. 1, esp. 165.

Thoburn v. Sunderland District Council [2003] Q.B. 151.

Rozwój europejskiego prawa karnego w kontekście koncepcji pluralizmu prawnego

Multicentryczność jako teoria deskryptywna prawa Unii Europejskiej

Przez wieki za niepodważalny dogmat przyjmowano wyłączną kompetencję państwa do stanowienia i wykonywania prawa karnego¹ i do dziś obok prawa administracyjnego właśnie prawo karne wciąż pozostaje najczulszym atrybutem suwerennej władzy państwowej². W literaturze podkreśla się często, że przyjmowany porządek prawnokarny odzwierciedla specyfikę narodowej kultury prawnej w dużo większym stopniu niż prawo prywatne³. Ponadto nierzadko władza państwowa korzysta z instytucji prawa karnego w realizacji celów politycznych⁴. Represja karna jako operująca najsurowszymi i najbardziej dolegliwymi środkami w stosunku do jednostki wydaje się być więc najwyraźniejsza, najbardziej namacalną emanacją przymusu państwowego.

Współczesna zawilóść świata powoduje jednakże wielowymiarowość porządku prawnego, powraca pytanie o podmiotowość w prawie („czyje jest prawo?”)⁵. Łączy się z tym pluralizm prawny, który korzystając z najbardziej przejrzystej i popularnej definicji Johna Griffithsa, może być zdefiniowany jako obecność w przestrzeni społecznej więcej niż jednego porządku prawnego⁶. Następuje *sui generis* emancypacja prawa od władzy państwowej, państwo przestaje być legislacyjnym monopolistą, a staje się jednym z konkurujących współgraczy na polu prawodawstwa. W konsekwencji różne centra

¹ G. J. M. Corstens, *Criminal Law in the First Pillar?*, „European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice” 2003, vol. 11, no. 1, s. 131.

² M. Filar, *Słowo wstępne*, [w:] H. Maroń, *Integracja europejska a prawo karne*, Toruń 2003, s. 7.

³ Tak G. J. M. Corstens, *op. cit.*, s. 131. Do takiej cechującej się wysokim poziomem uogólnienia tezy należy podejść jednak ze sporym sceptycyzmem.

⁴ Por. I. Andrejew, *Prawo karne*, Warszawa 1970, s. 15.

⁵ A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, [w:] J. Stelmach (red.) *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, s. 10.

⁶ J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism” 1986, vol. 24, no. 1, cyt. za: S. L. Bunn-Livingstone, *Juricultural Pluralism Vis-a-Vis Treaty Law*, The Hague, Boston, London 2002, s. 29.

wypełniają swoim działaniem tę samą przestrzeń prawną, współgospodarując ją i dzieląc kompetencję *quod ad usum*.⁷ Wytworzony w ten sposób system norm prawnych przestaje być zorientowany hierarchicznie⁸, co prowadzi do niejednoznaczności w kwestii *Grundnorm*.

Relacja między prawem wspólnotowym a prawem państw członkowskim jest jednym z modelowych przykładów istnienia pluralizmu prawnego⁹, zgodnie z tezą Neila MacCormicka wyrażoną w *Questioning Sovereignty*¹⁰. Nie sposób zaprzeczyć bowiem, że między tymi dwoma systemami normatywnymi nie zachodzą relacje wykluczania, a dopełniania, współzależności i interakcji, zaś na skutek dehierarchizacji kolizje przepisów prawnych rozwiązywane są nie przez stosunek podporządkowania czy derogację, ale wzajemną współpracę i poszanowanie¹¹. Klasyczne reguły walidacyjne nie tyle podlegają tym samym zniesieniu, ile uzupełnieniu o zasady prakseologii. W Unii Europejskiej państwa członkowskie zrzekły się na rzecz organów unijnych wyłączności w sferze stanowienia norm¹² i uznały obecność norm obcych genetycznie na swoich terytoriach. Miguel Poiares Maduro dostrzega przy tym aż pięć przejawów pluralizmu prawnego na linii prawo europejskie – prawo krajowe: pluralizm źródeł prawnych, pluralizm jurysdykcyjny¹³, pluralizm interpretacyjny, pluralizm władzy i pluralizm polityk¹⁴.

Należy zastrzec w tym miejscu, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości stoi konsekwentnie na stanowisku monizmu prawnego¹⁵, uznając bezwzględną supremację prawa wspólnotowego nad prawem krajowym, w tym także supremację nad ustawami zasadniczy-

⁷ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 4-6.

⁸ W. Lang, *Wokół multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 7, s. 95; F. Viola, *The Rule of Law in the Legal Pluralism*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21th Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007, s. 108-109.

⁹ P. P. Craig, *National Courts and Community Law*, [w:] J. E. S. Hayward, A. Menon (red.), *Governing Europe*, Oxford 2003, s. 30.

¹⁰ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999, s. 14.

¹¹ A. Wyrozumska, *Zapewnianie efektywności prawu Unii Europejskiej w Polsce*, [w:] J. Barcz (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 330.

¹² R. Arnold, *The Competence System under the European Constitution*, [w:] E. Piontek (red.) *Reformowanie Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne okresu przemian*, Kraków 2005, s. 40.

¹³ Co zdaje się być zbieżne z pojęciem pluralizmu adjudykacyjnego: A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 92.

¹⁴ M. Avbelj, J. Komárek (red.), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, „EUI Working Papers Law” 2008, no. 21, s. 12-13.

¹⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Union, New Jersey 1999, s. 371-372.

mi państw członkowskich¹⁶. Stanowisko to podlega powszechnemu odrzuceniu przez trybunały konstytucyjne i najwyższe instancje sądownicze państw członkowskich z niemieckim Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym na czele¹⁷. Jeśli jednak nawet przyjąć minimalistyczne stanowisko ETS, to podkreślenia wymaga, że supremacja prawa wspólnotowego zawsze oznacza, by w razie konfliktu prawa wspólnotowego z prawem krajowym pominąć prawo krajowe, bez względu na jego rangę, i postąpić zgodnie z prawem wspólnotowym (mimo że nie uchyla ono prawa krajowego)¹⁸. W pełni aktualizuje się tym samym obecna w niemieckiej doktrynie dyferencjacja pierwszeństwa obowiązywania (*die Geltungsvorrang/Nichtigkeitsvorrang*) i pierwszeństwa zastosowania (*die Anwendungsvorrang*)¹⁹, co znalazło potwierdzenie w sprawach *Costa v. E.N.E.L* i *Simmenthal II*²⁰.

Europejskie prawo karne jako przykład pluralizmu prawnego

Termin europejskie prawo karne pozostaje dla wielu swego rodzaju sofizmatem, słownym fortelem skrzętnie ukrywającym znaczeniową próżnię, a mówienie o nim jest co najmniej nieuprawnione. Mimo tego wątpliwego statusu ontologicznego ów termin wśród trudności

¹⁶ Por. M. Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice and the Fate of the European Market Order for Bananas*, „Common Market Law Review” 1999, no. 36, s. 351-386; M. G. Puder, *Supremacy of the Law and Judicial Review in the European Union: Celebrating Marbury v. Madison with Costa v. E.N.E.L*, „George Washington International Law Review” 2004, vol. 36, no. 3, 2004; M. Avbelj, J. Komárek (red.), *op. cit.*, s. 32.

¹⁷ Por. tzw. Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155 vom 12. Oktober 1993, Az: 2 BvR 2134, 2159/92). W orzeczeniu tym FTK uznał, że jako iż państwa członkowskie pozostają „panami traktatów”, moc obowiązująca oraz skuteczność prawa wspólnotowego zależy od wewnętrznego prawa Niemiec. Zob. A. Górski, A. Sakowicz, *Prawo karne między sprzecznościami: orzecznictwo, „legislacja europejska” i legitymacja demokratyczna w procesie tworzenia europejskiego prawa karnego*, [w:] A. Szwarc, J. C. Joerden (red.), *Europeizacja prawa karnego w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucjo-prawne*, Poznań 2007, s. 29.

¹⁸ P. Justyńska, *Zasady prawa Unii Europejskiej*, [w:] J. Galster (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej*, Toruń 2006, s. 206.

¹⁹ A. Kustra, *op. cit.*, s. 89; H. Neisser, B. Verschraegen, *Die europäische Union: Anspruch und Wirklichkeit*, Wien, New York 2001, s. 292; A. Weber, *Zur föderalen Struktur der Europäischen Union im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrag*, „Europarecht” 2006, Heft 6, November-Dezember, s. 845-846; R. Kwiecień, *The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty*, „German Law Journal” 2005, vol. 6, no. 11, s. 1485.

²⁰ M. Pechstein, Ch. König, *Die europäische Union: die Verträge von Maastricht und Amsterdam*, Tübingen 2000, s. 295-296.

przeciera szlaki na drodze akademickiego dyskursu i coraz bardziej wydaje się, że zagości w nim na stałe. Ukazujące się coraz liczniej pozycje traktujące o europejskim prawie karnym²¹ nie są jednakże jednomyślne ani co do jego ewentualnego zakresu pojęciowego, ani co do celowości jego wyodrębnienia z narodowych porządków prawnych. Dyskusje o dalszym rozwoju europejskiego prawa karnego grzęzną w jałowych spekulacjach. Wśród badaczy uznających istnienie europejskiego prawa karnego zgodne wydaje się przede wszystkim to, iż jesteśmy świadkami samego procesu tworzenia się załączków *quasi-dziedziny* prawnej i właśnie przez fakt, iż pozostaje ona *in statu nascendi*²² nie podlega ona łatwemu definiowaniu czy analizie teoretycznej. Jest to tym trudniejsze, że badacze do analiz najczęściej przyjmują za punkt odniesienia narodowe prawo karne bądź zorientowaną na własny porządek prawny filozofię prawa²³.

Z nieśmiałymi próbami tworzenia pojęcia europejskiego prawa karnego mamy do czynienia już od lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia, co znalazło też oddźwięk w polskiej literaturze²⁴. Najczęściej europejskie prawo karne postrzegane jest poprzez tzw. „geometrię trzech płaszczyzn”²⁵ i nomenklaturowo identyfikowane z tą częścią działalności legislacyjnej aktorów działających na szczeblu europejskim²⁶ – Rady Europy i Unii Europejskiej – która odnosi się do zagadnień klasycznie prawno-karnych²⁷. Owa działalność legi-

²¹ V. Mitsilegas, *Constitutional Principles of the European Community and the European Criminal Law*, „European Journal of Law Reform” 2006, vol. 8, no. 2/3, s. 301-323; P. Albrecht, S. Braum, *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, „European Law Journal” 1999, vol. 5, issue 3, s. 293-310; O. Górniok, *Wspólnotowe, europejskie, gospodarcze prawo karne?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1996, nr 7/8; M. Hildebrandt, *European Criminal Law and European Identity*, „Criminal Law and Philosophy” 2007, vol. 1, no. 1, s. 57-78.

²² U. Sieber podkreśla niestabilny, ewoluujący charakter europejskiego prawa karnego. Zob. U. Sieber, *European Unification and European Criminal Law*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1994, vol. 2, s. 86 - 87

²³ C. Stefanou, *European Criminal Law and European Integration Theory*, „European Journal of Law Reform” 2006, vol. VIII, no. 2/3, s. 325-326.

²⁴ L. Kubicki, *Prawo karne europejskie*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 12, s. 922-923.

²⁵ Termin pochodzi od M. Safjana. Zob. P. Mikłaszewicz, *Pozycja sądów konstytucyjnych w następstwie integracji z Unią Europejską*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 3, s. 120.

²⁶ B. Srebro, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 182-183; E. Zielińska, *Polskie prawo karne a ochrona interesów ekonomicznych Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 1, s. 33.

²⁷ Wśród pozycji dokonujących porównania standardów Rady Europy i Unii Europejskiej w zakresie prawa karnego na uwagę zasługuje: U. Scheffer, *Standardy minimalne Rady Europy versus Rady EU*, [w:] A. Szwarc, J.C. Joerden (red.), *Europeizacja prawa karnego w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucyjno-prawne*, Poznań 2007, s. 95-112.

slacyjna jest spajana przez europejską kulturę prawną²⁸ i homogeniczność aksjologiczną. Europejskie prawo karne jest jednakże z natury swej „wieloskładnikowe”, a proliferacja podmiotów wyopowiadających się w przedmiocie wykładni (pluralizm jurysdykcyjny) przekłada się w konsekwencji na różnorodność standardów interpretacyjnych (pluralizm interpretacyjny). Powoduje to, że sędzia może selektywnie podejść do sposobu wykładni w danej sprawie karnej, *non razione imperii sed imperio rationis*. Ma on możliwość wybrania tej interpretacji, która w sposób najbardziej pełny dobrana jest do określonego stanu faktycznego. Wybór ten jest jednakże zdeterminowany również przez osobiste preferencje sędziego, a także, co niemniej ważne, posiadany warsztat i osobisty stosunek do naczelnych sądów prawa, których linię orzeczniczą sędzia ma obowiązek uwzględniać (Europejski Trybunał Praw Człowieka, Europejski Trybunał Sprawiedliwości oraz rodzimy Trybunał Konstytucyjny)²⁹.

Europejskie prawo karne jest też egzemplifikacją pluralizmu w zakresie źródeł prawa. Tutaj szczególnie godny uwagi jest proces ewolucji prawa karnego w ramach drugiej z tych organizacji. Ambicją Rady Europy nie było bowiem nigdy utworzenie supranacjonalnego porządku prawnego³⁰. W Unii Europejskiej przeciwnie, supremacja wspólnotowego porządku prawnego nad krajowym wywodzona jest już z postanowień Traktatu Rzymskiego.

Katalog źródeł prawa Unii Europejskiej w III filarze

Na mocy art. 29 TUE celem Unii Europejskiej ma być zapewnienie obywatelom wysokiego poziomu bezpieczeństwa, co powinno zostać osiągnięte m.in. poprzez zbliżanie norm prawa karnego. Realizacja działań harmonizacyjnych ma odbywać się przez przyjmowanie minimalnych norm dotyczących zarówno definicji przestępstw, jak i precyzowanie dolnych i górnych granic zagrożenia sankcją karną³¹, w szczególności w dziedzinach priorytetowych, jakimi są przestępczość zorganizowana, terroryzm i nielegalny handel narkotykami. Zgodnie z TUE

²⁸ K. Witkowska, *Co łączy systemy prawa karnego państw członkowskich UE*, [w:] D. Buniowski, R. Musiałkiewicz (red.), *Koncepcje integracji w Europie w XX i XXI wieku. Prawo i stosunki międzynarodowe*, Toruń 2008, s. 118.

²⁹ J. Lis, *Sędzia służy trzech panów*, Materiał dyskusyjny członków Kolegium Redakcyjnego „Europejskiego Przeglądu Sądowego”, <http://www.lex.com.pl/?cmd=artykul,669> (2 II 2002)

³⁰ M. Delmas-Marty, *Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge 2002, s. 63.

³¹ A. Lach, *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Toruń 2008, s. 45.

trzeci filar został wyposażony w specyficzne instrumentarium prawne, jakim były przyjmowane przez wszystkie państwa członkowskie konwencje, wspólne działania i wspólne stanowiska³². Reformę źródeł prawa przyniósł jednakże Traktat amsterdamski³³. Wspólne działania (*joint actions*) zastąpiły decyzje ramowe oraz decyzje, zaś w przypadku konwencji zniesiono wymóg ratyfikacji jednomyślnej, zastępując go większością ratyfikacji³⁴. Wszystkie powyższe akty prawa wtórnego odnoszące się do III filaru muszą opierać się na prawie pierwotnym. Są przyjmowane przez Radę z inicjatywy państwa członkowskiego lub Komisji na ogół jednomyślnie³⁵. Rola wspólnych stanowisk jest nie do końca jasna³⁶ i drugorzędna, określają one bowiem jedynie stosunek Unii Europejskiej do pewnej sprawy. Stosunkowo niewielkie znaczenie mają też opracowywane przez Radę, a następnie przyjmowane przez państwa członkowskie konwencje. Decyzje mają charakter wiążący, choć należy dodać, iż nie wywołują skutku bezpośredniego i, co istotniejsze, nie mogą być podejmowane w ramach harmonizacji prawa. Do tego celu przeznaczone są bowiem decyzje ramowe. Będąc odpowiednikiem pierwszofilarowych dyrektyw, decyzje ramowe określają, jaki rezultat powinien być osiągnięty, bez sprecyzowania form i środków, które mają temu służyć³⁷. Ich wybór leży w całości w gestii państw członkowskich. Także i one nie wywołują skutku bezpośredniego, co zostało *explicite* wyrażone w art. 34 TUE, zamykając tym samym drogę do kreatywnej interpretacji ETS w tym kierunku³⁸. To decyzje ramowe stanowią główny i fundamentalny instrument harmonizacyjny.

Specyfika instrumentarium przekłada się w sposób bezpośredni na swoistość działań integracyjnych w ramach trzeciego filaru. Co do zasady nie mamy w nim do czynienia bowiem z supranacjonalnością, lecz jedynie ze zbliżaniem ustawodawstw dokonywanym w następstwie międzyrządowej kooperacji.

³² J. Garstka, *Współpraca w sprawach karnych*, [w:] F. Jasiński, K. Smoter (red.), *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan perspektywy rozwoju*, Warszawa 2005, s. 343-344.

³³ H. Maroń, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych wg projektu Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 4, s. 101.

³⁴ A. Lach, *op. cit.*, s. 26.

³⁵ A. Wyrozumka, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 288.

³⁶ H. Maroń, *op. cit.*, s. 102.

³⁷ C. Lebeck, *Sliding Towards Supranationalism? The Constitutional Status of EU Framework Decisions after Pupino*, „German Law Journal” 2007, vol. 8, no. 5, 2007, s. 507.

³⁸ A. Łazowski, *Źródła prawa Unii Europejskiej i ich stosowanie w państwach członkowskich*, [w:] M. Perkowski (red.), *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2003, s. 32.

Kompetencje Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w III filarze

Ujednolicaniem zagadnień prawnokarnych na szerszą skalę w niewielkim stopniu może zająć się także Europejski Trybunał Sprawiedliwości w ramach swojej prawotwórczej działalności. Jurysdykcja ETS jest bowiem opcjonalna. Jeśli jednak państwo członkowskie wyrazi chęć jej poddania się, składając w tej mierze jednostronną deklarację³⁹, ETS jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni decyzji ramowych i decyzji, wykładni konwencji sporządzonych na mocy tytułu VI oraz ważności i wykładni środków wykonawczych do tych konwencji⁴⁰. Deklaracja może przewidywać, że jakkolwiek organ sądowy, od którego decyzji nie istnieją środki prawne przewidziane prawem krajowym, może zwrócić się do ETS o wydanie orzeczenia wstępnego odnoszącego się do kwestii podniesionej w toczącej się przed nim sprawie, jeśli jest to niezbędne do jej rozstrzygnięcia⁴¹. Według drugiej z możliwych do złożenia deklaracji nie ogranicza się tej sposobności do organów ostatecznej instancji⁴². Ponadto ETS jest właściwy na mocy art. 35 ust. 6 TUE w zakresie kontroli legalności decyzji ramowych i decyzji, jeżeli skargę wniosło państwo członkowskie lub Komisja, podnosząc zarzut braku kompetencji, naruszenia istotnych wymogów proceduralnych, naruszenia TUE lub jakiegokolwiek reguły prawnej związanej z jego stosowaniem lub nadużycia władzy, jednakże skargi przewidziane w niniejszym ustępie powinny być wniesione w terminie dwóch miesięcy od daty publikacji zaskarżanych decyzji ramowych i decyzji. Kontrola ETS w tym wypadku ma więc charakter czysto formalny⁴³.

ETS jest również właściwy do orzekania w każdym sporze między państwami członkowskimi dotyczącym wykładni lub stosowania aktów przyjętych na podstawie art. 34 ust. 2, o ile spór ten nie został rozstrzygnięty przez Radę w ciągu sześciu miesięcy od daty jego wniesienia pod obrady przez jednego z jej członków. Ponadto

³⁹ A. Wyzomska, *Źródła prawa...*, s. 289.

⁴⁰ A. Grzelak, *Kompetencje ETS w III filarze UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, czerwiec, s. 13.

⁴¹ Taką deklarację złożyły Hiszpania i Węgry. *Ibidem*, s. 13.

⁴² S. Rynkiewicz, *Wyłączenie kompetencji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] M. Perkowski (red.), *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2003, s. 258. Taką deklarację złożyły Belgia, Czechy, Niemcy, Grecja, Francja, Włochy, Luksemburg, Holandia, Austria, Portugalia, Finlandia oraz Szwecja. Zob. A. Grzelak, *Kompetencje...*, s. 13.

⁴³ Tak samo C. Lebeck, *op. cit.*, s. 512.

pod osąd Trybunału poddane zostało orzekanie w każdym sporze między państwami członkowskimi a Komisją dotyczącym wykładni lub stosowania konwencji sporządzonych na mocy art. 34 ust. 2 lit. d⁴⁴. Nie ma natomiast kompetencji w zakresie rozpoznawania skarg o odszkodowanie bądź skarg wnoszonych przeciwko państwu członkowskiemu z tytułu niewywiązywania się z zobowiązań. ETS nie jest także władny do oceny zgodności z prawem lub proporcjonalności działań policji lub innych organów ścigania jednego z państw członkowskich, a także wykonywania przez państwa członkowskie obowiązków dotyczących utrzymania porządku publicznego i ochrony bezpieczeństwa publicznego. Uznanie co należy do tego zakresu należy do państw członkowskich⁴⁵.

Nie da się zaprzeczyć, że w zakresie trzeciego filaru rola ETS jest ograniczona. Nie należy jednakże zapominać, że ETS stoi na stanowisku, że w sprawach spornych do niego należy decyzja o ostatecznym zakresie swej jurysdykcji i w konsekwencji rozstrzygnięciu, czy dane zagadnienie zostało poddane, zgodnie z prawem pierwotnym, jego osądowi czy też nie (tzw. zasada sądowej *Kompetenz-Kompetenz*)⁴⁶.

Po tym, jak prace Sejmu IV kadencji dotyczące przyjęcia jurysdykcji ETS w ramach trzeciego filaru zostały przerwane zgodnie z zasadą dyskontynuacji, nowo wybrana większość parlamentarna wycofała się z tej inicjatywy⁴⁷. Prace zostały podjęte dopiero w Sejmie VI kadencji. Stosowna ustawa o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej do złożenia oświadczenia o uznaniu właściwości Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich na podstawie art. 35 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej była poddana kontroli konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 18 lutego 2009 r. Trybunał nie dopatrywał się w przyznaniu kompetencji każdemu polskiemu sądowi do występowania z wnioskami o rozpatrzenie pytań w trybie prejudycjalnym sprzeczności z prawem do rozpatrzenia przez sąd sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki wyrażonym w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i uznał projekt ustawy za zgodny z Konstytucją. W następstwie tego ustawa została ogłoszona w dniu 28 lutego 2008 r. i weszła w życie z dniem 15 marca 2009 r.⁴⁸

⁴⁴ A. Grzelak, *Kompetencje...*, s. 13.

⁴⁵ H. Maroń, *op. cit.*, s. 102.

⁴⁶ Por. P. P. Craig, *op. cit.*, s. 29-30; M. Bach, *Europäisierung nationaler Gesellschaften*, „Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie” 2000, nr 40, s. 22.

⁴⁷ A. Grzelak, *Kompetencje...*, s. 14.

⁴⁸ <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20090330253> (3 VI 2009)

Pluralizm prawny a III filar

Harmonizacja jest procesem polegającym na niwelowaniu różnic istniejących pomiędzy wewnętrznymi porządkami prawnymi na danym obszarze prawnym. W wyniku upodobniania się państwowych porządków prawnych, dokonuje się między nimi zbliżanie. Taka likwidacja odmienności między porządkami wewnętrznymi na polu europejskim odbywa się w procesie kooperacji międzyrządowej przy poszanowaniu woli poszczególnych państw członkowskich co do obejmowania zakresem harmonizacji coraz to nowych zagadnień czy też spowolnienia procesu harmonizacyjnego. Unifikacja oznaczałaby natomiast częściowe lub całkowite stworzenie jednolitego systemu prawnego dla wszystkich państw.

Obowiązywanie zharmonizowanych norm warunkowane jest ich inkorporacją do prawa wewnętrznego, a więc wpasowaniem do już istniejącego porządku źródeł prawa. Wydawałoby się więc, że koncepcja pluralizmu, zakładająca wszak w swej klasycznej postaci dehierarchizację norm wynikającą ze współistnienia różnych centrów legislacyjnych w danej przestrzeni prawnej, nie ma w tej sytuacji zastosowania. Nic bardziej błędnego. Mimo tego bowiem, że w porządku prawnym normy pozostają zorientowane hierarchicznie, co stwarza obowiązek kontroli zgodności norm podrzędnych z nadrzędnymi, to jednak, jak pokazała praktyka, w sytuacji gdy norma podrzędna jest normą zharmonizowaną na szczeblu europejskim, nie przestaje ona automatycznie obowiązywać z powodu swej sprzeczności z *lex superior*. Ewidentnym przykładem takiej sytuacji jest implementacja Decyzji ramowej dotyczącej europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi przyjętej przez Radę w dniu 13 czerwca 2002 r., która w szeregu państw członkowskich wzbudziła wątpliwości co do zgodności z obowiązującymi w nich ustawami zasadniczymi⁴⁹. Przepisy prawa krajowego

⁴⁹ W niniejszym opracowaniu celowo potraktowano problem implementacji europejskiego nakazu aresztowania w sposób skrótowy, gdyż obrósł on już bogatą literaturą zarówno polską jak i zagraniczną, wśród której można wskazać m.in. M. Płachta, *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania - między efektywnością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przegląd Policyjny” 2002, nr 3-4; M. Płachta, *Europejski nakaz karny a ekstradycja*, „Jurysta” 2002, nr 12; S. Alegre, M. Leaf, *European Arrest Warrant: A Solution ahead of its Time?*, London 2003; O. Kędzierska, *Europejski nakaz aresztowania jako alternatywa dla ekstradycji w państwach Unii Europejskiej*, [w:] W. Pływaczewski, G. Kędzierska, P. Bogdalski (red.), *Unia Europejska – wyzwania dla polskiej policji*, Szczytno 2003; D. Rohlf, *Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt am Main 2003; M. Płachta, *European Arrest Warrant:*

transponujące decyzję ramową i tym samym upoważniające do wydania własnych obywateli organom innego państwa członkowskiego zostały uznane za niezgodne z Konstytucją przez m.in. trybunały konstytucyjne Polski i Cypru. Jednakże, co znamienne w tych państwach, doprowadziło to do konieczności zmiany konstytucji, a nie, jak można by oczekiwać, do prostego wyeliminowania z porządku prawnego ustawy podrzędnej, z konstytucją niezgodnej. Modyfikacja czy eliminacja niezgodnych z konstytucjami zharmonizowanych przepisów prowadziła bowiem do naruszenia zobowiązań międzynarodowych. Także w trzecim filarze zadziałał więc niepisany mechanizm, który w sytuacji konfliktu norm każe dostosować prawo

Revolution in Extradition?, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2003, nr 2; F. Jasiński, *Europejski nakaz aresztowania*, „Stosunki Międzynarodowe” 2003, nr 3-4; M. Płachta, „Surrender” in the Context of the International Criminal Court and in the European Union, „Nouvelles Etudes Pénales” 2003, t. 29; Z. Siwik, W. Czapliński, S. Gebethner, *O projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (europejski nakaz aresztowania)*, „Przegląd Legislacyjny” 2004, nr 2; E. Piontek, *Europejski nakaz aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 4; A. Górski, A. Sakowicz, *The European Arrest Warrant: a Substantial Step Towards „European Prosecution”?*, „Studia Prawno-Europejskie” 2004, nr 7; S. Alegre, M. Leaf, *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step too Far too Soon? Case Study- the European Arrest Warrant*, „European Law Journal” 2004, vol. 10, no. 2; R. Blekxtoon (red.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague 2005; E. Weigend, A. Górski, *Die Implementierung des Europäischen Haftbefehls in das polnische Strafrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2005, nr 1; B. Stefańska, *Europejski nakaz aresztowania w Hiszpanii*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 3; P. Bogdanowicz, *Niekonstytucyjność europejskiego nakazu aresztowania*, „Palestra” 2005, nr 3-4; *Glosy do wyroku TK z 11 maja 2005 r.* (J. Barcza, S. Biernata, W. Czaplińskiego, A. Wyrozumskiej), „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 4; P. Kruszyński, *O niektórych propozycjach rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, ustawy – kodeks postępowania karnego oraz ustawy – kodeks wykroczeń (w redakcji z dnia 19 sierpnia 2003 r.)*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 4; P. Kruszyński, *Glosa do wyroku TK z 27.04.2005 r. (P 1/05)*, „Palestra” 2005, nr 7-8; *Glosy do wyroku TK z 27.04.2005 r. (P 1/05)* (W. Czaplińskiego, P. Hofmańskiego, M. Płachty, R. Wieruszewskiego), „Państwo i Prawo” 2005, z. 9; S. Steinborn, *Europejski nakaz aresztowania – Kilka uwag o implementacji zasad ogólnych w polskim kodeksie postępowania karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, tom XIV; A. Lach, *Problemy funkcjonowania europejskiego nakazu aresztowania*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 11; M. Heger, *Der europäische Haftbefehl: Zur Umsetzung europäischer Vorgaben in Deutschland*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2007, nr 5; A. Sinn, L. Wörner, *The European Arrest Warrant and Its Implementation In Germany – Its Constitutionality, Laws and Current Developments*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2007, nr 5; J. Komárek, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of the „Contrapunctual Principles”*, „Common Market Law Review” 2007, nr 44; A. Górski, P. Hofmański (red.), *The European Arrest Warrant and Its Implementation in the Member States of the European Union*, Warszawa 2008; P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej*, Kraków 2008.

wewnętrzne nawet najwyższej rangi do prawa europejskiego, a nie odwrotnie. Wystarczy, tytułem przykładu, wspomnieć, że Francja musiała dokonać nowelizacji swej konstytucji, by umożliwić ratyfikację Traktatu z Maastricht, zaś Hiszpania i Niemcy znieśli konstytucyjny zakaz służenia kobiet w czynnej służbie wojskowej z bronią w rękę po stosownym wyroku ETS w sprawie Tanja Kreil v. Federal Republic of Germany (C-285/98). Mimo więc, iż w zakresie trzeciego filaru państwa członkowskie nie scedowały na rzecz organów unijnych wykonywania kompetencji legislacyjnych, to nie ulega wątpliwości, że także we współpracy policyjnej i sądowej można dopatrzeć się występowania elementów pluralizmu prawnego⁵⁰.

Cel i zarys harmonizacji prawa karnego w Unii Europejskiej oraz pierwsze próby unifikacyjne

Celowość harmonizacji prawa karnego materialnego nie budzi wątpliwości. Służy bowiem wzmacnianiu ładu i bezpieczeństwa w ramach obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, ale także zwalczaniu w szczególności tego typu zjawisk kryminogennych, w stosunku do których działania ograniczone terytorialnie do przestrzeni jednego państwa cechują się nikłą efektywnością. Tym samym główne kierunki kooperacji obejmują działania służące minimalizacji przestępczości o charakterze transgranicznym. Harmonizacja prawa karnego polega jednakże także na ustalaniu zakresu minimalnej kryminalizacji w pewnych dziedzinach, precyzując katalog czynów, które powinny zostać zabronione pod groźbą kary. Jest to niezwykle istotne przy spełnianiu warunku podwójnej karalności⁵¹.

Pierwotne próby ujednoczenia prawa karnego objęły przestępstwa skierowane przeciwko interesom finansowym Wspólnot Europejskich. Już od początku lat 90. XX w. pod auspicjami Komisji Europejskiej grupa naukowców pod przewodnictwem profesor Mireille Delmas-Marty opracowała zbiór przepisów materialno- i procesualnokarnych dotyczących tej grupy przestępstw⁵². Tak powstał słynny projekt Corpus Iuris, który ukazał się w języku angielskim i francuskim w dwóch wersjach: w roku 1997 i 1999. Corpus Iuris obejmował definicje ośmiu przestępstw popełnianych na szkodę Wspól-

⁵⁰ Według niektórych komentatorów, trybunały konstytucyjne państw członkowskich orzekając o ENA powinny wręcz *expressis verbis* odwołać się do koncepcji pluralizmu prawnego. Por. J. Komárek, *op. cit.*, s. 30 i n.

⁵¹ A. Lach, *op. cit.*, s. 45.

⁵² M. Delmas-Marty, J. R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge 2002, s. 62.

not Europejskich, było to oszustwo, oszustwo przetargowe, pranie pieniędzy wraz z paserstwem, udział w związku przestępczym, korupcja, malwersacja, nadużycie stanowiska oraz ujawnienie tajemnicy służbowej. Obok definicji zawierał również zwięzłe określenie zasad odpowiedzialności karnej. Projekt z braku woli politycznej, szczególnie w Wielkiej Brytanii⁵³, nie został przekuty w konkretny akt prawny ani nawet propozycję legislacyjną. Niezaprzeczalnie miał jednak znaczne zasługi dla poszerzenia badań prawnoporównawczych⁵⁴ oraz działał stymulująco na debatę odnośnie zakresu i formy działań harmonizacyjnych w prawie karnym, także na poziomie akademickim⁵⁵. Był także swego rodzaju *lex desiderata* i służył do oceny systemów prawa karnego państw kandydujących do członkostwa w Unii Europejskiej przed największym z jej dotychczasowych rozszerzeń w 2004 r.⁵⁶ Ponieważ dążenia do normatywnego wykorzystania dorobku zespołu opracowującego Corpus Iuris spełzły na niczym, zaniechano prób unifikacji prawa karnego rozumianej jako finalne stadium europeizacji polegające na stworzeniu jednolitego prawa europejskiego⁵⁷. W obecnej sytuacji paneuropejski Kodeks

⁵³ *Ibidem*, s. 63-64.

⁵⁴ T. Weigend, *Criminal Law and Criminal Procedure*, [w:] J. M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham Northampton 2006, s. 217.

⁵⁵ Wśród bogatej literatury tematu tytułem przykładu można podać następujące publikacje: A. Marek, *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 3; M. Delmas-Marty, A. E. Vervaele (red.), *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, t. I, Antwerpen 2000; B. Srebro, *op. cit.*, s. 189-208; H. Otto, *Das Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, „Jura” 2000, nr 2; A. Watlenberg, *Das „Corpus Iuris” – Tauglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf und Strafprozessrecht?*, „Strafverteidiger” 2000, nr 2; S. Braum, *Das Corpus Iuris – Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit*, „Juristenzeitung” 2000, nr 10; B. Huber (red.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, Freiburg im Breisgau 2000; E. Zielińska, *Polskie ...*, s. 47-49; L. K. Paprzycki, *Corpus Iuris projekt europejskiego prawa karnego. Zarys problematyki*, „Palestra” 2000, nr 4; L. K. Paprzycki, *Corpus Iuris a polski kodeks postępowania karnego – problematyka harmonizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3; A. Grzelak, *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002; A. Szwarc, *Corpus Iuris z perspektywy polskiego prawa karnego*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000.

⁵⁶ A. Adamski, *Europeizacja prawa karnego*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej*, Toruń 2007, s. 436.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 431. Jako wyjątek warto odnotować tzw. projekt alternatywny prof. B. Schünemanna, będący alternatywą wobec zarówno Corpus Iuris, jak i wobec Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy. Zob. L. K. Paprzycki, *Europejskie sprawy karne*, [w:] A. Szwarc, J.C. Joerden (red.) *Europeizacja prawa karnego w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucyjno-prawne*, Poznań 2007, s. 73-74.

karny pozostaje w sferze zamierzeń utopijnych.

Mimo niepowodzenia projektu Corpus Iuris ochrona interesów finansowych Wspólnot była dziedziną, w której widziano potrzebę najszybszego dostosowywania prawodawstw. Na podstawie ówczesnego art. 209a TWE przyjęto rozporządzenie Rady nr 2988/95 z 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych WE jako akt pierwszofilarowy. Ustanawiało ono reguły dotyczące kontroli finansowych oraz kar administracyjnych, zastrzegając jednakże, iż obowiązuje bez uszczerbku dla prawa karnego państw członkowskich. Harmonizacji prawa karnego poświęcony był bowiem instrument przyjęty w ramach trzeciego filaru, jakim była Konwencja z 26 lipca 1995 r. o ochronie interesów finansowych WE⁵⁸. Zobowiązywała ona państwa członkowskie do wprowadzenia kryminalizacji przestępstwa nadużycia finansowego naruszającego interesy finansowe Wspólnot Europejskich, które zostało zdefiniowane konwencyjnie. W dziedzinie ochrony interesów finansowych WE niezależnie od regulacji wspólnotowych i w ramach III filara utworzono również odrębne zręby instytucjonalne poprzez powołanie pierwotnie w 1994 r. Komitetu Doradczego do spraw koordynacji w zakresie Nadużyć Finansowych, a następnie w 1999 r. Europejskiego Urzędu do spraw Zwalczania Nadużyć Finansowych OLAF⁵⁹. Od kilkunastu lat różnych środowiskach powtarza się potrzebę ustanowienia Prokuratora Europejskiego lub Prokuratury Europejskiej mającej zajmować się zwalczaniem przestępstw przeciwko interesom finansowym⁶⁰, ewentualnie także wysuwa się propozycje, że jej kompetencje mogłyby obejmować zwalczanie poważnej przestępczości transgranicznej. W Traktacie lizbońskim wprowadzono podstawę prawną do powołania takiej instytucji⁶¹.

Ramowa systematyzacja obszarów harmonizacyjnych

Uchwalenie Konwencji zapoczątkowało etap zintensyfikowanego zbliżania przepisów prawno-karnych w kolejno przyjmowanych aktach prawa wtórnego w zakresie trzeciego filaru. Całość dotychczasowej aktywności legislacyjnej organów unijnych skutkowałą po-

⁵⁸ Por. B. Srebro, *op. cit.*, s. 158-165.

⁵⁹ A. Gruszczak, A. Grzelak, *OLAF i ochrona interesów finansowych Wspólnot Europejskich*, [w:] F. Jasiński, K. Smoter (red.), *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan perspektywy rozwoju*. Warszawa 2005, s. 288.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 294-295.

⁶¹ J. Barcz, *System instytucjonalny w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości*, [w:] J. Barcz (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 215.

wstaniem tzw. „korpusu przestępstw europejskich”, obejmujących około kilkudziesięciu czynów zabronionych⁶². Głównymi przestępstwami, które do tej pory podlegały harmonizacji są m.in. korupcja czynna i bierna zarówno funkcjonariuszy państwowych państw członkowskich, jak też funkcjonariuszy Wspólnot, korupcja w sektorze prywatnym, przestępstwa o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym, udział w organizacji przestępczej, handel narkotykami, przestępczość komputerowa, fałszowanie pieniędzy EURO, pranie brudnych pieniędzy, terroryzm, oszustwa przy pomocy bezgotówkowych środków płatności (plastikowego pieniądza, kart płatniczych) oraz fałszowanie takich środków, handlu i przemytu ludźmi, seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej, w tym dokonywanej z użyciem Internetu, przestępstw przeciwko środowisku. Przeważająca ilość inicjatyw harmonizacyjnych przybiera normatywną formę w postaci decyzji ramowych, których do tej pory przyjęto kilkadziesiąt⁶³.

Nietrudno zauważyć, że określone przestępstwa, które mają zostać zharmonizowane, podlegają spójnemu, wyważonemu doborowi. Selekcja ta jest skorelowana z celami Unii Europejskiej oraz przez nie zdeterminowana. W związku z tym można pokusić się o próby ramowej, szkieletowej systematyzacji⁶⁴. Wybór określonych ro-

⁶² E. Weigend, *Europeizacja prawa karnego w świetle Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 6, s. 28; E. Zielińska, *Korpus przestępstw europejskich*, [w:] A. Łazowski, R. Ostrowski (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia siedemdziesiątych urodzin Prof. dr. hab. Eugeniusza Pionka*, Kraków 2005, s. 565 i n.

⁶³ A. Adamski, *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo-kara-polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasz Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 30.

⁶⁴ W literaturze przedstawia się zróżnicowane sposoby systematyzacji, często mające charakter szkieletowy. Interesującą systematyzację zaproponował A. Adamski, który za kryterium wyróżnienia przyjął oryginalność przedmiotu regulacji. Postanowił on tezę, że decyzje ramowe nie kreują na ogół oryginalnych standardów normatywnych w dziedzinie prawa karnego materialnego, lecz mają charakter wtórny w stosunku do standardów opracowanych w ramach innych organizacji jak Rada Europy, ONZ, OECD. Są jednak obszary harmonizacyjne, w których regulacja ma charakter oryginalny jak: przeciwdziałanie nielegalnej emigracji, ochrona euro, podrabianie środków płatniczych, rasizm i ksenofobia. Mają one na celu ochronę istotnych interesów Unii Europejskiej i oficjalnie afirmowanych w niej wartości społecznych. Zob. A. Adamski, *Europeizacja...*, s. 442-443. E. Hryniewicz wysunęła natomiast propozycję podziału, jak to określiła: „przestępstw unijnych” na przestępstwa unijne *sensu stricte*, czyli te, które uderzają bezpośrednio we wspólnotowe interesy finansowe i prawidłowe działanie aparatu organizacyjnego, a więc w wiarygodność Wspólnot, oraz przestępstwa unijne *sensu largo*, czyli te, których ściganie przy ścisłej współpracy państw członkowskich może być dużo efektywniejsze. Zob. E. Hryniewicz, *Europejskie przestępstwa, europejskie dobra prawne*, [w:] A. Szwarc, J. C. Joerden (red.), *Europeizacja prawa karnego*

dzajów przestępstw do harmonizacji przede wszystkim służyć ma ochronie skuteczności realizacji głównego i naczelnego zadania Unii Europejskiej, jakim jest integracja gospodarcza przy poszanowaniu zasad zrównoważonego rozwoju. Stąd tak duża waga przykładana ochronie wspólnotowych interesów finansowych, praniu brudnych pieniędzy, zwalczaniu korupcji na różnych płaszczyznach, tych rodzajów fałszerstw, które mają znaczenie w wymiarze nie krajowym, a międzypaństwowym. W tej też dziedzinie Unia Europejska sięga po najbardziej odważne regulacje, odpowiadające potrzebom polityki kryminalnej i zgodne z tendencjami międzynarodowymi. Wystarczy dodać, iż to regulacje unijne były bezpośrednią inspiracją (choć w niektórych sytuacjach nie wyłączną) modyfikacji znamion łapownictwa biernego i czynnego oraz płatnej protekcji, spenalizowania przestępstwa handlu wpływami, korupcji wyborczej, korupcji w obrocie gospodarczym i w sporcie, wprowadzenia definicji osoby pełniącej funkcje publiczne, regulacji odnoszących się do prania brudnych pieniędzy. W kontekście kompetencji wspólnotowych zaliczymy do powyższej grupy także przestępstwa przeciwko środowisku.

Do drugiej dziedziny przestępstw harmonizowanych należą te, do których przeważający cel nie tyle odnosi się do ekonomicznego wymiaru Wspólnot, ile do zapewnienia efektywności w zwalczaniu najgroźniejszej przestępczości w skali transgranicznej⁶⁵, z którą państwa członkowskie w pojedynkę okazują się być bezsilne. Do tej grupy bezsprzecznie należy zdefiniowanie w aktach unijnych udziału w organizacji przestępczej wymierzone w przestępczość zorganizowaną, czynów odnoszących się do handlu narkotykami i ich prekursorami, przestępczości komputerowej a także terroryzmu. Mieszany charakter mają przestępstwa handlu i przemytu ludźmi.

Trzecia grupa obejmuje przestępstwa harmonizowane ze względu na aksjologię Unii Europejskiej i przyjmowany w niej katalog wspólnych wartości opartych na głęboko humanistycznych pryncypiach. Jak głosi brzmienie art. 6 ust. 1 TUE, UE opiera się na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego. W tym kontekście państwa członkowskie uznały za wskazane zbliżanie porządków prawnych w celu zwalczania przestępstw o charakterze rasistowskim, ksenofobii, seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej, w tym dokonywanej z użyciem Internetu, a także wspomnianych już wyżej handlu ludźmi i przemytu ludzi.

w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucyjno-prawne, Poznań 2007, s. 65.

65. Ten aspekt podkreśla E. Weigend, *op. cit.*, s. 17.

Należy ponadto pamiętać, że ze względów pragmatycznych nie dostrzega się potrzeby harmonizowania przestępstw pospolitych, które powszechnie podlegają penalizacji, jak np. kradzież. Podobnie nie jest celowa harmonizacja kwestii drażliwych, przy których występują między państwami członkowskimi różnice w ocenie etycznej, aksjologicznej jak eutanazja, aborcja, handel tzw. miękkimi narkotykami. Jak konkluduje Arkadiusz Lach⁶⁶, harmonizacja powinna z jednej strony charakteryzować się możliwością, a z drugiej koniecznością.

Czasem mamy też do czynienia z taką sytuacją, że interes Unii Europejskiej jest też w sposób całkowicie wystarczający chroniony na podstawie prawa krajowego wszystkich państw członkowskich i nie ma potrzeby harmonizowania prawa. Przykładem takiego przestępstwa jest składanie fałszywych zeznań w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości, które zgodnie z art. 30 Statutu ETS jest traktowane tak jak przestępstwo popełnione przed własnym sądem cywilnym i na wniosek ETS podlega ściganiu⁶⁷.

Dylematy praktyczne związane z harmonizacją

Analiza instrumentów harmonizujących prowadzi do wniosku, że konwencje, decyzje ramowe, a także te dyrektywy, które mogą pośrednio wywierać wpływ na ostateczne brzmienie przepisów krajowych, odznaczają się szczególną techniką legislacyjną. Nietrudno zauważyć, że technika ta nie przystaje całkowicie do polskiej tradycji w zakresie legislacji prawa karnego, której podwaliny stworzył Makarewicz, a która kładła nacisk na precyzję i lapidarność przepisu karnoprawnego. Intencją przyjętą przy przyjmowaniu instrumentów harmonizujących prawo jest nie tyle zawarcie w nich dokładnego i zupełnego opisu czynu objętego hipotezą normy sankcjonującej⁶⁸, ile stworzenie standardu minimalnego, który polegać ma na wymienieniu szeregu zachowań, które mają podlegać kryminalizacji⁶⁹. Powszechnie akceptowane standardy wykładni wskazują zaś potrzebę posiadania hipotez norm prawnych cechujących się w miarę możliwości kompletnością, a dopiero do nich dokonywania subsumpcji prawnej. Dekonstrukcja ogólnej normy prawnej zawartej w instru-

⁶⁶ A. Lach, *op. cit.*, s. 46.

⁶⁷ E. Hryniewicz, *op. cit.*, s. 64-65.

⁶⁸ Takie podejście legislacyjne wynika bezpośrednio z wymogów gwarancyjnych zasady konstytucyjnej *nullum crimen sine lege*. Vide: P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Kraków 2008, s. 95.

⁶⁹ J. Garstka, *op. cit.*, s. 359.

mentach harmonizacyjnych jest więc wysoce utrudniona, jako że polega na wywiedzeniu normy od szczegółu do ogółu. Stwarza to pretekst do kazuizacji prawa karnego⁷⁰.

Kazuistyczna technika legislacyjna jest przyjmowana zawsze tam, gdzie legislator chce maksymalnie związać organy stosujące prawo w dokonywaniu jego interpretacji. Do takich zabiegów uciekali się monarchowie absolutni, dążąc do zapewnienia jak najpełniejszego wypełnienia przez sądy stanowionych przez siebie norm przez ograniczanie sędziowskiej wykładni⁷¹. W przypadku instytucji Unii Europejskiej natomiast stosowanie kazuistyki ma na celu zostawienie państwom jak najwęższego obszaru swobody przy implementacji norm zharmonizowanych do prawa krajowego. W oczywisty sposób wiąże się to jednakże też z koniecznością wypośrodkowania różnych technik legislacyjnych stosowanych wśród krajów UE. Andrzej Adamski⁷² tłumaczy wysoki stopień szczegółowości opisu znamion czynów zabronionych w decyzjach ramowych poprzez konieczność eliminacji drastycznych różnic w prawie karnym państw członkowskich oraz potrzebę zapewnienia względnie jednolitego traktowania sprawców przez wymiar sprawiedliwości tych państw. Mając na uwadze wyżej przedstawioną argumentację, teza ta wydaje się być całkowicie słuszna. Kazuistyczny charakter aktów unijnych ma wyeliminować modyfikowanie przez państwa członkowskie treści normatywnej standardu minimalnego za pomocą dookreślenia go poprzez legislację krajową lub przyjęcie określonego sposobu wykładni zharmonizowanych przepisów. W dłuższej perspektywie czasowej wydaje się to być strategią chybioną. Kazuistyczne normy są trudne do odtworzenia i zastosowania. Przewidywanie szczegółowych przypadków zamiast wyznaczania i wytyczania uniwersalnych zasad będzie skutkować więc zawsze nieprzejrzystością przepisów, a w konsekwencji wątpliwościami co do prawidłowości ich implementacji. Jednolitość wykładni i brzmienia zharmonizowanych norm może z dużo większym powodzeniem niż w przypadku przyjmowania dyskusyjnych technik legislacyjnych zapewnić orzecznictwo ETS.

Obowiązek kryminalizacji zawarty w instrumentach trzeciego filaru sprowadza się do obowiązku osiągnięcia stanu, polegającego na tym, że czyn, który pozostaje w zakresie definicji legalnej nie-

⁷⁰ Podobnie A. Adamski, *Europeizacja...*, s. 443.

⁷¹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 253.

⁷² A. Adamski, *Europeizacja...*, s. 443; *idem*, *Harmonizacja prawa karnego państw Unii Europejskiej w dziedzinie przestępstw związanych z kartami płatniczymi*, „*Studia Prawnicze*” 2006, nr 4, s. 92.

zupełnej (częściowej, cząstkowej), sprecyzowanej w danym akcie, stanowi przestępstwo w każdym państwie członkowskim⁷³. Państwa członkowskie mogą przy dokonywaniu implementacji z zawartych w aktach harmonizujących standardów minimalnych wywieść uogólnienie⁷⁴. Mogą wprowadzić normy prawnokarne, w których zakresach hipotez mieszczą się zachowania określone w standardzie minimalnym, a także inne, które nie zostały w nim ujęte. Najczęściej decydują się jednakże na przekalkowanie treści przetłumaczonego przepisu unijnego⁷⁵, co skutkuje jego niedopasowaniem do danego systemu prawnego. Prawo europejskie pozostaje wówczas wyspą w ramach danej dziedziny prawnej⁷⁶.

Dającym się zauważyć problemem są również liczne błędy w używaniu poprawnego języka prawnego w tekstach oficjalnych tłumaczeń. Za przykład może tu służyć nagminne używanie wyrazu „konfiskata” w tłumaczeniach tekstów decyzji ramowych⁷⁷, np.

⁷³ Podobnie J. Garstka, *op. cit.*, s. 359.

⁷⁴ Tak miało miejsce np. przy implementacji decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu, kiedy polski ustawodawca słusznie zdecydował się na zawarcie w art. 115 k.k. definicji przestępstwa o charakterze terrorystycznym zamiast przepisania tekstu decyzji ramowej. Zob. A. Grzelak, *Unia...*, s. 160-161.

⁷⁵ P. Czechowski, *Standardy harmonizacji prawa*, [w:] E. Piontek, *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 68.

⁷⁶ Por. M. Van Hoecke, *European Legal Cultures in a Context of Globalisation*, [w:] T. Gilbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21th Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007, s. 87.

⁷⁷ Tytułem przykładu używania tego pojęcia w dokumentach i aktach unijnych można wymienić np. Wspólne działanie z dnia 3 grudnia 1998 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie prania brudnych pieniędzy, identyfikacji, wykrywania, zamrażania, zajmowania i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa (98/699/WSiSW); Wspólne działanie z dnia 3 grudnia 1998 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w sprawie prania brudnych pieniędzy, identyfikacji, wykrywania, zamrażania, zajmowania i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa (Dz.U. WE nr L 333 z 9.12.1998), Decyzja ramowa Rady z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania brudnych pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz dochodów pochodzących z przestępstwa (2001/500/WSiSW); Decyzja ramowa Rady z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania brudnych pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa (Dz.U. WE nr L 182 z 5.7.2001); Wniosek dotyczący wspólnego stanowiska Rady w sprawie negocjacji w ramach Rady Europy dotyczących Konwencji o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa (COM/2004/0444 końcowy); Decyzja ramowa Rady 2005/212/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa (Dz.U. L 68 z 15.3.2005); Wniosek dotyczący decyzji Rady w sprawie podpisania w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji Rady Europy nr 198 o praniu, ujawnia-

w Decyzji ramowej Rady z dnia 28 listopada 2002 r. w sprawie wzmocnienia systemu karnego w celu zapobiegania ułatwianiu nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu⁷⁸. Termin „konfiskata” ma utrwalone w polskiej tradycji prawnokarnej znaczenie. Pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. konfiskata mienia była karą dodatkową polegającą na odebraniu i przekazaniu na rzecz Skarbu Państwa całego lub części mienia sprawcy⁷⁹. Kara ta w polskim systemie prawa karnego po zmianie ustrojowej była powszechnie krytykowana⁸⁰ i jako relikw ustroju socjalistycznego została ona usunięta już ustawą z 23 lutego 1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw⁸¹. W treści tłumaczeń decyzji ramowych pojęcie konfiskaty wiąże się natomiast z postdeliktualnym odebraniem sprawcy narzędzi przestępstwa, owoców przestępstwa lub ewentualnie przedmiotów, których wytwarzanie, obrót lub przewóz jest prawnie zabronione. Z pozbawieniem *instrumenta sceleris* i *fructa sceleris* oraz przedmiotów objętych zakazem posiadania lub obrotu tradycyjnie związane jest w terminologii prawnokarnej pojęcie przepadku, nie konfiskaty.

Trudnością przy implementacji norm zharmonizowanych może być brak wspólnej siatki pojęciowej, swoistej części ogólnej prawa karnego⁸². Na obecnym etapie, przy braku woli unifikacji prawa, jest ona bowiem niemożliwa do realizacji. Ponieważ większość decy-

niu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstw oraz o finansowaniu terroryzmu (COM/2005/0426 końcowy); Sprawozdanie Komisji na podstawie art. 6 decyzji ramowej Rady z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania brudnych pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa (COM/2006/0072 końcowy); Sprostowanie do decyzji ramowej Rady z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania brudnych pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa (2001/500/WSiSW) (Dz.U. WE nr L 234 z 29.8.2006); Decyzja ramowa Rady 2006/783/WSiSW z dnia 6 października 2006 r. w sprawie stosowania zasady wzajemnego uznawania do nakazów konfiskaty (Dz.U. WE nr L 328 z 24.11.2006); Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie konfiskaty samochodów przez władze greckie (2005/2005(INI)) (Dz.U. WE nr C 290E z 29.11.2006); Sprawozdanie Komisji na podstawie art. 6 decyzji ramowej Rady z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa (2005/212/WSiSW) (COM/2007/0805 końcowy).

⁷⁸ Szczegółowe informacje o treści decyzji ramowej można znaleźć w pozycji: A. Sommerfeld, *Prawnokarne i społeczne aspekty zwalczania nielegalnej imigracji w ramach integracji europejskiej*, [w:] D. Bunikowski, R. Musiałkiewicz (red.), *op.cit.*, s. 121-134.

⁷⁹ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 242-243.

⁸⁰ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 20.

⁸¹ Dz. U. z 1990 r. Nr 14, poz. 84.

⁸² J. Garstka, *op. cit.*, s. 362.

zji ramowych zawiera zobowiązanie do penalizacji form stadialnych i zjawiskowych, należy dodać, że nie wypracowano jednolitego podejścia do tego zagadnienia. W niektórych decyzjach ramowych przyjmowany jest obowiązek penalizacji podżegania, pomocnictwa i usiłowania, w niektórych tylko współudziału i podżegania, ale bez usiłowania. Konwencja o ochronie interesów finansowych WE natomiast nie uznaje obowiązku karalności, ale ustala, że państwa mogą odnoszące się do zdefiniowanych w niej czynów spenalizować bądź nie⁸³.

Problematyka zbliżania sankcji karnych, odpowiedzialność podmiotów zbiorowych i uregulowania jurysdykcyjne.

Harmonizacja prawa karnego sprowadza się nie tylko do obowiązku kryminalizacji określonych typów zachowań, ale również do zbliżenia sankcji karnych za dane przestępstwa, tak aby nie doszło do tzw. zjawiska *forum shopping* polegającego na dokonywaniu przez przestępców *sui genesis* kalkulacji polegającej na wyborze tego państwa, w którym dane przestępstwo jest zagrożone najniższą sankcją karną i w nim popełnianiu czynu zabronionego⁸⁴.

Pierwotnie państwa przewidywały jedynie oględne postanowienia odnoszące się do sankcji karnych. Powtarzane niczym mantra sformułowanie, iż ustanawiane sankcje mają być proporcjonalne, skuteczne i odstręczające⁸⁵, zapożyczony jest z multilateralnych porozumień międzynarodowych⁸⁶, a po raz pierwszy na gruncie unijnym zostało wyrażone przez ETS w orzeczeniu w sprawie kukurydzy⁸⁷. Wśród pierwszych instrumentów harmonizujących jedynie decyzja ramowa Rady o zwalczaniu fałszowaniu pieniędzy w związku z wprowadzeniem euro zawierała konkretne postanowienia co do okresu trwania kary pozbawienia wolności⁸⁸.

Po przyjęciu konkluzji Rady o praktycznym podejściu do zbliżenia kar z 24-25 kwietnia 2002 r. sposób harmonizowania sankcji karnych uległ zmianie. Rada zdecydowała, że powinno dojść do zbliżenia granic zagrożenia kary pozbawienia wolności, przy czym mają się mieścić w określonym w odpowiednim instrumencie prawnym przedziale. O ile jednakże państwa nie miały być związane górnym limitem kary pozbawienia wolności, o tyle dolna jej wysokość mia-

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ A. Adamski, *Harmonizacja prawa karnego...*, s. 101-102.

⁸⁵ Idem, *Kilka uwag na temat harmonizacji...*, s. 27.

⁸⁶ J. Garstka, *op. cit.*, s. 363.

⁸⁷ U. Scheffler, *op. cit.*, s. 108.

⁸⁸ J. Garstka, *op. cit.*, s. 363.

ła mieć charakter wiążący⁸⁹. Stanowiło to istotny krok na drodze zbliżania sankcji karnych przy zachowaniu odrębności systemów prawno-karnych. W konsekwencji przyjęcia konkluzji decyzje ramowe z lat 2002-2003 operowały z reguły tylko dolnym minimum górnych zagrożeń ustawowych⁹⁰. Jednakże późniejsze decyzje ramowe przybliżały także wartości górne zagrożenia, określając je za pomocą czterostopniowej skali (od 1 roku do lat 3, od 2 lat do 5, od 5 lat do 10, powyżej 10)⁹¹. Należy zaznaczyć bowiem, że w Europie występują znaczące różnice w surowości przyjętej penalizacji wynikające ze zdyferencjonowanej polityki karnej przyjmowanej w określonych krajach. Przeciwdziałanie *forum shopping* może polegać zaś jedynie na choć częściowym ujednoczeniu sankcji. Zasadnie formułowane są jednakże obawy, czy owo ujednoczenie nie będzie polegało na „równaniu w górę” w zakresie formułowania sankcji i w konsekwencji doprowadzi do ogólnego wzrostu represyjności prawa karnego państw członkowskich⁹². Już podnoszą się głosy krytyczne wobec standardowego ustanawiania w decyzjach ramowych obowiązku wymierzania kary, co może być uznane za sprzeczne z zawarowaną w art. 34 ust. 2 lit. b TUE swobodą „wyboru formy i środków”⁹³.

Podkreślenia wymaga, że na razie nie ma możliwości harmonizowania innych kar niż kara pozbawienia wolności, w szczególności grzywien, co wynika nie tylko z różnic w zamożności krajów⁹⁴, ale także różnych systemów grzywny przyjmowanych w krajach europejskich. Kara ograniczenia wolności natomiast nie we wszystkich krajach przyjmowana jest jako kara zasadnicza, co także stanowi przeszkodę na drodze jej harmonizacji. W decyzjach ramowych często możemy za to spotkać możliwość wprowadzenia określonych środków karnych, w szczególności przepadku (nie: konfiskaty), a także zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

Typowe dla decyzji ramowych jest także wprowadzenie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, jednakże bez precyzowania charakteru tej odpowiedzialności. Unia Europejska nie przesądza więc jednoznacznie, czy odpowiedzialność ta ma mieć charakter ściśle karny, czy też ma być ona oparta na innych zasadach. Uwzględniając fakt, że wiele państw europejskich uznaje za obowiązującą

⁸⁹ *Ibidem*, s. 364.

⁹⁰ Por. E. Weigend, *op. cit.*, s. 28; U. Scheffler, *op. cit.*, s. 106-107.

⁹¹ A. Adamski, *Europeizacja...*, s. 443.

⁹² *Ibidem*, s. 444; *idem*, *Kilka uwag na temat harmonizacji...*, s. 33.

⁹³ U. Scheffler, *op. cit.*, s. 104.

⁹⁴ Tak wskazuje J. Garstka, *op. cit.*, s. 364.

zasadę *societas delinquere non potest*,⁹⁵ narzucenie decyzjami organów unijnych, że podmioty zbiorowe mają podlegać odpowiedzialności karnej, mogłoby być uznane bezsprzecznie za zbyt daleko idącą ingerencję i nie uzyskać poparcia politycznego. Za wyłom w tej mierze potraktować można wspólne działanie z 21 grudnia 1998 r. w sprawie penalizacji udziału w organizacji przestępczej w państwach członkowskich UE, gdzie wyrażono wyraźnie preferencję dla ustanowienia odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych⁹⁶.

W każdej decyzji spotkać można także postanowienia odnoszące się do zagadnień jurysdykcji opierające się na zasadzie terytorialnej i najczęściej subsydiarnej do niej zasadzie podmiotowej. Słusznie zauważa się, że istnieje w ramach Unii Europejskiej tendencja do unikania negatywnych konfliktów jurysdykcyjnych przez skłanianie państw do przyjmowania jak najszerzej jurysdykcji w stosunku do przestępstw zharmonizowanych⁹⁷.

Rozróżnienie pluralizmu właściwego i niewłaściwego na przykładzie europejskiego prawa karnego

Proces zbliżania ustawodawstw karnych w ramach III filaru UE nie może być uznany za egzemplifikację pluralizmu prawnego właściwego, a co najwyżej za przykład pluralizmu niewłaściwego (*weak pluralism*)⁹⁸. Nie mamy tutaj bowiem do czynienia z obowiązaniem więcej niż jednej reguły uznania w rozumieniu Hartowskim. Warunkiem obowiązywania normy niepaństwowej, tym wypadku pochodzącej z harmonizujących porozumień zawieranych w ramach uzgodnień międzyrządowych, jest jej uznanie przez państwo i wprowadzenie do prawa wewnętrznego. Inkorporacja zharmonizowanego prawa do porządków krajowych oznacza, że znowelizowane przepisy wpisują się w już obecną hierarchię źródeł prawa⁹⁹, a skoro tak, to przynajmniej, co do zasady, znajdują zastosowanie klasyczne re-

⁹⁵ Kontrowersyjne jest, czy do nich można też zaliczyć Polskę. Ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661) nie precyzuje bowiem, że odpowiedzialność podmiotów zbiorowych ma mieć charakter karnej, z czego niektórzy komentatorzy wnioskują, że jest ona różna od przewidzianej w Kodeksie karnym. Zob. B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 6, s. 17.

⁹⁶ J. Garstka, *op. cit.*, s. 365.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 362-363.

⁹⁸ S. L. Bunn-Livingstone, *op. cit.*, s. 29-30.

⁹⁹ K. Dobrzeńcki, *Kwestia pluralizmu prawnego a proces integracji europejskiej*, [w:] D. Buniowski, R. Musiałkiewicz (red.), *op.cit.*, s. 61.

guły kolizyjne¹⁰⁰, choć jak zostało to już wykazane, nie zawsze tak się dzieje. Jak mogłoby się więc *prima facie* wydawać, pierwotnym i ostatecznym punktem odniesienia dla organów stosujących prawo jest krajowa norma prawna, zaś znajomość jej proveniencji ma znaczenie co najmniej drugorzędne i nie tyle służy do ustalenia reguły uznania, ile może odgrywać rolę przy wykładni prawa (wykładnia historyczna, proeuropejska, itd). Zapożyczając słynne porównanie Hansa Kelsena, należałoby stwierdzić, że normy układają się na kształt piramidy, tworząc słynny *Stufenbau*¹⁰¹. Warto jednakże dodać, że nawet Kelsen, jakkolwiek nie był przywiązany do monistycznej teorii prawa, nie uważał swojego modelu za bezwzględny i bezwyjątkowy. Normy aktów trzeciego filaru UE mimo dokonania ich inkorporacji nie tracą swej przynależności do szerszego europejskiego porządku prawnego¹⁰², co jak już było opisane, ma szczególne znaczenie przy ustaleniu ich obowiązywania czy możliwości wprowadzenia do nich modyfikacji.

Prawdziwym przewrotem kopernikańskim w przypadku europejskiego prawa karnego byłoby jednak jego choćby częściowe uwspółnotowanie. W obliczu niedawnych precedensowych orzeczeń ETS można dopatrywać się tworzenia załączków supranacjonalności, a co za tym idzie prapoczątków kształtowania paradygmatu pluralizmu właściwego (*strong pluralism*)¹⁰³.

Na drodze do uwspółnotowania europejskiego prawa karnego

Wraz ze wzrostem znaczenia integracji europejskiej i wraz z przybywaniem praw zwierzchnich przekazanych przez państwa członkowskie do wykonywania przez instytucje europejskie, zwiększa się również potrzeba używania prawa karnego jako środka realizacji polityk wspólnotowych. W konsekwencji dochodzi do stworzenia w trzecim filarze swego rodzaju hybrydy prawa międzynarodowego i wspólnotowego¹⁰⁴. Obok instrumentalnego traktowania prawa karnego jako środka do osiągnięcia doraźnych celów integracyjnych,

¹⁰⁰ Podobnie F. Viola, *op. cit.*, s. 115.

¹⁰¹ V. Manes, *La incidencia de las „Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: Perfiles de derecho sustantivo*, „Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” 2007, vol. 9, no. 7, s. 19; J. Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht 2003, s. 269.

¹⁰² Por. M. Van Hoecke, *op. cit.*, s. 81.

¹⁰³ S. L. Bunn-Livingstone, *op. cit.*, s. 31.

¹⁰⁴ J. Barcz, *Rozwój strukturalny procesu integracji europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 60.

uwidacznia się jednakże również, że Unia Europejska zaczyna traktować prawo karne jako swoisty atrybut europejskiej suwerenności¹⁰⁵.

Co do zasady należy zaznaczyć, że Wspólnota nie ma kompetencji w zakresie prawa karnego i procedury karnej¹⁰⁶. Pierwszych sygnałów, że sytuacja ta może ulec zmianie niezależnie od zmiany prawa pierwotnego, można upatrywać w dwóch precedensowych orzeczeniach ETS: w sprawie Komisja przeciwko Grecji z 1989 r. (C-68/88) oraz Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji (C-240/90). Prawdziwym krokiem w kierunku uwspólnotowienia prawa karnego były jednakże orzeczenia w sprawie Marii Pupino oraz w sprawie C-176/03 Komisja przeciwko Radzie.

Orzeczenie wstępne w sprawie C-105/03 zostało przedłożone przez sędziego śledczego Tribunale di Firenze i dotyczyło postępowania przygotowawczego toczącego się przed florenckim sądem karnym¹⁰⁷. Wątpliwości wyrażone we wniosku skierowanym do ETS w dniu 3 lutego 2003 r. dotyczyły procedury postępowania karnego w fazie przygotowawczej wobec obywatelki Włoch, przedszkolanki Marii Pupino, oskarżonej o nadużywanie środków karcenia takich jak bicie, zalepianie ust plastrem, uniemożliwianie korzystania z toalety w stosunku do przedszkolaków w wieku poniżej 5 lat¹⁰⁸. Prokurator złożył sędziemu śledczemu wniosek o przesłuchanie ośmiorga pokrzywdzonych dzieci w sposób chroniący ich godność, równowagę psychiczną oraz prywatność. W trakcie postępowania przygotowawczego dowody z zeznań małoletnich ofiar zostały przez sędziego krajowego dopuszczone.

Na podstawie włoskiego prawa procesowego dowody zebrane w trakcie fazy przygotowawczej postępowania są uznawane za dowody w procesowym znaczeniu tego słowa tylko wtedy, gdy powtórzone zostały w drugiej części postępowania karnego, w trakcie publicznej rozprawy z zachowaniem zasady kontradyktoryjności. Jednakże istnieje wyjątek przewidziany w art. 392 ust. 1 oraz art. 398 ust. 5 włoskiego kodeksu postępowania karnego (*Codice di Procedura Penale*), w sytuacji, gdy małoletni, którzy nie ukończyli 16 roku życia, byli pokrzywdzonymi określonych przestępstw, wymienionych w sposób enumeratywny i wyczerpujący w przepisach¹⁰⁹, np. przeciwko wol-

¹⁰⁵ G. J. M. Corstens, *op. cit.*, s. 131.

¹⁰⁶ Co zostało potwierdzone w wyrokach w sprawie Casati z 1981 r. (C-203/78) oraz Lemmens z 1998 r. (C-226/97).

¹⁰⁷ C. Lebeck, *op. cit.*, s. 502.

¹⁰⁸ J. Barcz, *Pojęcie prawa Unii Europejskiej i zasady jego działania*, [w:] J. Barcz (red.), *Institucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 260.

¹⁰⁹ D. Sarmiento, *Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Euro-*

ności seksualnej. W takiej sytuacji dowód z zeznań dopuszczony w trakcie pierwszej fazy procedury stanowi pełnoprawny dowód bez konieczności odwoływania się do zasady kontrydiktoryjności¹¹⁰. Przepisy CPP ustanawiające wyjątek w kwestiach dowodowych wydane zostały wskutek decyzji ramowej 2001/220/WSiSW¹¹¹, która przewiduje uznawanie praw ofiar (art. 2), daje ofiarom możliwość bycia wysłuchanym (art. 3), przewiduje ich ochronę, w szczególności przed skutkami składania przez nich zeznań (art. 8), uznaje, że możliwym jest składanie zeznań poza salą sądową¹¹². Decyzja ramowa nie ogranicza swojego zakresu zastosowania tylko do niektórych kategorii przestępstw.

Na tej podstawie prokurator wniósł o zastosowanie tego wyjątku w sprawie M. Pupino tak, aby z uwagi na urazy psychologiczne dzieci nie konfrontować ich z oskarżoną. Zdaniem oskarżonej, włoski kodeks postępowania karnego nie przewiduje powyższych czynności. Wobec tego sąd karny we Florencji zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z zapytaniem, czy w świetle decyzji ramowej Rady w sprawie sytuacji ofiar w postępowaniu karnym (decyzja ramowa 2001/220/WSiSW z dnia 15 marca 2001 r., Dz.U. WE nr L 82 z 22 marca 2001 r.) obowiązuje go zasada zapewnienia składania zeznań w sposób umożliwiający zagwarantowanie właściwego poziomu ochrony, poza rozprawą i przed jej terminem. Uczestniczący w postępowaniu przedstawiciele państw wyrażali w tej sprawie zasadniczo rozbieżne opinie. Rząd francuski podnosił, iż *sąd odsyłający usiłuje stosować niektóre przepisy decyzji ramowej w miejsce przepisów krajowych, podczas gdy zgodnie z samym brzmieniem art. 34 ust. 2 lit. b) UE decyzje ramowe nie wywołują takiego bezpośredniego skutku* (teza 24 Wyroku). Rząd włoski stwierdzał, że *decyzje ramowe i dyrektywy wspólnotowe stanowią zupełnie odmienne źródła prawa oraz że decyzja ramowa nie rodzi zatem, po stronie sędziego obowiązku dokonywania zgodnej z nią wykładni prawa krajowego, podobnego do tego, jaki uznał Trybunał w swym orzecznictwie w przypadku dyrektyw wspólnotowych*. (teza 25 Wyroku). Zadaniem ETS było więc zbadanie, czy – jak zakłada sąd krajowy oraz jak twierdzą rządy grecki, francuski, portugalski i Komisja – *ciężący na organach krajowych*

pea: La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco, „Revista electrónica de estudios internacionales” 2005, no. 10, s. 11.

¹¹⁰ D. Sarmiento, *op. cit.*, s. 2-3.

¹¹¹ Decyzja ramowa 2001/220/WSiSW z dnia 15 marca 2001 r., Dz.U. WE nr L 82 z 22 marca 2001 r.

¹¹² S. Miettinen, *Constitutional Limits of European Community criminal law*, s. 8, <http://www.unc.edu/euce/eusa2007/papers/miettinen-s-01c.pdf> (02 II 2009)

obowiązek dokonywania wykładni prawa krajowego, na ile to tylko możliwe, w świetle brzmienia i celów dyrektyw wspólnotowych znajduje zastosowanie z tym samym skutkiem i w tym samym zakresie, gdy danym aktem jest decyzja ramowa przyjęta na podstawie tytułu VI Traktatu o Unii Europejskiej (teza 31 Wyroku)¹¹³.

ETS określili się jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu, po czym orzekł, że w III filarze działa jako instytucja wspólnotowa z uwzględnieniem odrębności z niego wynikających¹¹⁴. Następnie rozważając kwestie merytoryczne, stwierdził między innymi, iż „Kompetencja ta zostałaby pozbawiona swej skuteczności (*effet utile*), gdyby jednostki nie miały prawa powoływania się na decyzje ramowe celem uzyskania przed sądami krajowymi Państw Członkowskich zgodnej wykładni prawa krajowego”. Dalej, Trybunał powołał się na zasadę solidarności i lojalnej współpracy (tezy 41, 42)¹¹⁵. Trybunał orzekł w końcu, iż „sąd krajowy ma obowiązek wzięcia pod uwagę całości norm prawa krajowego i dokonania ich wykładni, na ile to tylko możliwe, w świetle brzmienia oraz celów rzeczony decyzji ramowej”. Obowiązek uwzględnienia decyzji ramowej przy dokonywaniu wykładni prawa krajowego podlega jednakże ograniczeniom wynikającym z zasad ogólnych prawa, w szczególności z zasady pewności prawa i *lex retro non agit*¹¹⁶. Zasady te stoją na przeszkodzie m.in. temu, aby na podstawie decyzji ramowej i niezależnie od ustawy wprowadzającej ją w życie rzeczony obowiązek mógł doprowadzić do ustalenia bądź zaostrzenia zasad odpowiedzialności karnej osób naruszających przepisy prawa karnego¹¹⁷. Zakaz interpretacji pogarszającej sytuację oskarżonego generalnie jest jednak rozumiany w sposób wąski¹¹⁸. W wyroku ETS decyzja ramowa powinna być przywoływana w celach wykładni, gdy ustawodawca milczy lub zostawił swobodę interpretacyjną¹¹⁹. Trybunał dodał jednak, iż „do sądu krajowego należy zbadanie, czy w przedmiotowej sprawie zgodna wykładnia prawa krajowego jest możliwa” (tezy 47, 48). Trybunał

¹¹³ A. Górski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 38.

¹¹⁴ A. Grzelak, *op. cit.*, s. 12. Warto tu odnieść się do opisywanej już zasady sądowej *Kompetenz-Kompetenz*.

¹¹⁵ W odnośnej literaturze pojawiają się istotne zastrzeżenia prawne, by zasady wypracowane na gruncie prawa wspólnotowego uznawać także w trzecim filarze. Zob. C. Lebeck, *op. cit.*, s. 516-518, 522.

¹¹⁶ J. Barcz *Pojęcie prawa...*, s. 261. ETS powtórzył te tezy w orzeczeniu w sprawie C-212/04 *Adeneler and others v ELOG*, paragraph 44. Zob. S. Miettinen, *op. cit.*, s. 15.

¹¹⁷ V. Manes, *op. cit.*, s. 6.

¹¹⁸ S. Miettinen, *op. cit.*, s. 17; C. Lebeck, *op. cit.*, s. 518-519.

¹¹⁹ D. Sarmiento, *op. cit.*, s. 1-2.

dodał, że warunki składania zeznań muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa państwa członkowskiego, a także europejskimi standardami poszanowania praw podstawowych, chronionych na gruncie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.¹²⁰

Z powyższej precedensowej sprawy wynika, iż mimo iż w trzecim filarze nie obowiązuje wspólnotowa zasada bezpośredniego skutku, co zostało *expressis verbis* wyrażone normami traktatowymi, to jednak zasada lojalnej współpracy wywodzona z art. 10 TWE ma zastosowanie także do trzeciego filaru, co stwarza podstawę do przeniesienia zasad prawa wspólnotowego do drugiego i trzeciego filaru¹²¹. Uznał też, podobnie jak to wcześniej uczynił w stosunku do dyrektyw wspólnotowych¹²² (m.in. sprawy Von Colson¹²³ i Marleasing¹²⁴), że w stosunku do decyzji ramowych także znajduje zastosowanie zasada skutku pośredniego, polegająca na dążeniu do stosowania wykładni zgodnej, uwzględniającej brzmienie i cele unijnych aktów prawnych. W kontekście faktu, że już w orzeczeniu w sprawie Inter-Environnement Wallonie uznano, że obowiązek prowsólnotowej wykładni rozciąga się także na okres przed upłynięciem terminu do implementacji dyrektywy do prawa krajowego¹²⁵, możliwe, że wyrok w sprawie Marii Pupino będzie pierwszym krokiem nie tylko na drodze uwspólnotowienia trzeciego filaru, ale także stworzenia na bazie obecnie używanych rozporządzeń, dyrektyw, decyzji ramowych hybrydalnych źródeł prawa¹²⁶.

Trybunał zaakcentował jednakże, że zasada zgodnej wykładni nie może stanowić podstawy do dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*¹²⁷. W swoim końcowym orzeczeniu sam jednakże ów zakaz wykładni *contra legem* osłabił. Wymienienie bowiem w przywołanych wyżej przepisach włoskiego kodeksu procedury karnej sytuacji, w których możliwe jest zastosowanie *incidente probatorio* ma charakter wyłączny, co oznacza *a contrario*, że wło-

¹²⁰ V. Manes, *op. cit.*, s. 13.

¹²¹ J. Barcz, *Zasady działania Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 89.

¹²² J. Barcz, *System instytucjonalny...*, s. 211.

¹²³ C. Lebeck, *op. cit.*, s. 520-521.

¹²⁴ D. Sarmiento, *op. cit.*, s. 5 i 8; M. Slašťan, *Prisrecentná judikatúra Súdneho dvora es kaplikácii práva EÚ*, s. 2-3; <http://www.law.muni.cz/edicni/Days-of-public-law/files/pdf/mep/Slastan.pdf> (2 II 2002).

¹²⁵ V. Manes, *op. cit.*, s. 17-18.

¹²⁶ D. Sarmiento, *op. cit.*, s. 17.

¹²⁷ M. Slašťan, *op. cit.*, s. 3.

skie prawo nie zezwala na zastosowanie jej w innych wypadkach¹²⁸. Z wyroku ETS wyprowadzić można wniosek, że na państwach ciąży obowiązek wykonania decyzji ramowej, pod warunkiem, że jej normy są bezwarunkowe i precyzyjne i nie stwierdza się jasnej i kategorycznej sprzeczności z zasadami państwa prawa¹²⁹. Jest to znaczący krok na drodze konstytucjonalizacji prawa Unii Europejskiej¹³⁰.

Drugi z precedensowych wyroków został wydany w sprawie C-176/03 Komisja przeciwko Radzie. Na wniosek Komisji Europejskiej ETS zbadał pod kątem nieważności decyzję ramową Rady 2003/80/WSiSW w sprawie ochrony środowiska środkami prawa karnego. Ów wyrok jest próbą znalezienia salomonowego rozwiązania w sytuacji nachodzenia na siebie kompetencji przewidzianych w I i III filarze. Jako że filary różnią się w odniesieniu do podziału władz między instytucjami unijnymi, przyporządkowanie określonego projektu legislacyjnego do pierwszego lub trzeciego filaru ma ogromne znaczenie praktyczne i zawsze niesie ryzyko konfliktu międzyinstytucjonalnego. Do takiego konfliktu doszło właśnie w sprawie C-176/03, jako że z dwoma równoległymi inicjatywami prawodawczymi w zakresie ochrony środowiska dokonywanej przy pomocy prawa karnego wystąpiła Rada Unii Europejskiej i Komisja Europejska, co stanowiło zjawisko bez precedensu.

Wspomniana decyzja ramowa Rady 2003/80/WSiSW w sprawie ochrony środowiska środkami prawa karnego została przyjęta 27 stycznia 2003 r. z inicjatywy Danii. Przyjęcie decyzji ramowej poprzedzała debata nad dokonaniem wyboru odpowiedniego instrumentu prawnego. Z powodu faktu, iż konwencja RE o ochronie środowiska przez prawo karne z 4 listopada 1998 r. nie weszła w życie, konieczne stało się przyjęcie aktu prawnego na poziomie wspólnotowym. Komisja przygotowała w 2001 r. stosowny projekt dyrektywy i dała go do zaopiniowania Parlamentowi Europejskiemu, który nie zgłosił do niego zastrzeżeń. Po przedłożeniu Radzie Unii Europejskiej nie można było jednak uzyskać większości wymaganej do przyjęcia aktu.

W tej sytuacji Rada uznała, że materie przewidziane w projektowanej dyrektywie powinny zostać ujęte w decyzji ramowej. Z odpowiednią inicjatywą legislacyjną wystąpiła Dania i w dniu 27 stycznia 2003 r. decyzja ramowa została przyjęta. Zobowiązała ona państwa członkowskie do penalizacji szeregu czynów godzących w środowi-

¹²⁸ D. Sarmiento, *op. cit.*, s. 11.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 12.

¹³⁰ D. Sarmiento, *op. cit.*, s. 1; C. Lebeck, *op. cit.*, s. 526.

sko naturalne, nie różniła się jednak w sposób znaczny od projektu dyrektywy¹³¹. Z powodu faktu, że rola Komisji jest ograniczona w ramach III filaru¹³², zakwestionowała ona wybór rodzaju aktu prawnego dokonany przez Radę, zarzucając nieobiektywność kryteriów podstawy prawnej. Wskazała, że ochrona środowiska naturalnego jest domeną prawa wspólnotowego i jako taka powinna być regulowana przy pomocy instrumentów pierwszego filaru. Rada wraz z jedenastoma (z piętnastu) popierającymi ją państwami członkowskimi podniosła, iż na poziomie wspólnotowym nie ma możliwości określania sankcji karnych, gdyż należy to w sposób wyłączny do domeny współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych.

ETS był innego zdania co Rada i z uwagi na niepodzielność decyzji ramowej stwierdził jej nieważność w całości. Powołując się na zasadę lojalności, zaznaczył, iż w przypadku, gdy stosowanie przez właściwe władze krajowe skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających sankcji stanowi działanie niezbędne dla zwalczania ciężkich przestępstw przeciwko środowisku, prawodawca wspólnotowy jest zobowiązany do przyjęcia środków związanych z prawem karnym państw członkowskich, które uzna za konieczne w celu zapewnienia pełnej skuteczności norm przyjętych w dziedzinie ochrony środowiska. Trybunał wyraził w niniejszym wyroku zarówno zasadę jednolitych ram instytucjonalnych, ale także konieczności respektowania w trzecim filarze kompetencji wspólnotowych¹³³.

We wspomnianym wyżej orzeczeniu Casati ETS zawarł konstatację, że co do zasady prawodawstwo karne i procedura karna są tymi dziedzinami, za które państwa członkowskie pozostają w pełni odpowiedzialne. Sformułowanie „co do zasady” zostawia więc otwarte drzwi do wprowadzenia ewentualnych wyjątków od powyższej zasady. Po wyroku w sprawie C-176/03 można uznać, że pierwszy wyjątek został poczyniony. W zakresie prawa karnego mającemu służyć realizacji polityk wspólnotowych ETS dał bowiem wyraźną preferen-

¹³¹ R. Hefendehl, *ETS stawia na głowie przyporządkowanie kompetencji w zakresie prawa karnego i dziwi się krytyce*, [w:] A. Szwarc, J. C. Joerden (red.), *Europeizacja prawa karnego w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucyjno-prawne*, Poznań 2007, s. 48.

¹³² C. Lebeck, *op. cit.*, s. 509. Wszystkie akty prawa wtórnego w trzecim filarze muszą być oparte na prawie pierwotnym, muszą też wskazywać podstawę prawną. Przyjmowane są przez Radę z inicjatywy państwa członkowskiego lub Komisji na ogół jednomyślnie. Wskazuje się w literaturze, że świadczy to o szczególnym charakterze tego obszaru kompetencji UE. Zob. A. Wyrozumka, *Źródła...*, s. 288; J. Barcz, *Procedury stanowienia prawa Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 311.

¹³³ J. Barcz, *System instytucjonalny...*, s. 211.

cję aktom mającym charakter supranacjonalny, co skłania do tzw. harmonizacji totalnej (*Totalharmonisierung*)¹³⁴.

Orzeczenie w sprawie C-176/03 nie oznacza jednak, że EU skłonna jest całościowo przejmować od państw *ius puniendi* w zakresie korpusu przestępstw europejskich, mimo że po wyroku pojawiły się w komentarzach prasowych takie alarmistyczne i złowróżbne sugestie¹³⁵. Tego typu ekstrapolacje należy uznać za całkowicie nieuprawnione w kontekście zarówno istniejącej sytuacji prawno-politycznej, jak i faktu, że większość państw członkowskich w chwili obecnej negatywnie odnosi się do idei wspólnotowej regulacji prawnej, a bez ich poparcia przyjęcie projektów aktów prawnych, z których inicjatywą uchwalenia wystąpi Komisja Europejska, jest niemożliwe¹³⁶. Na razie można więc mówić o pyrrusowym zwycięstwie Komisji Europejskiej¹³⁷.

Tożsąmą argumentację prawną, jak w omawianej sprawie, ETS przedstawił w uzasadnieniu do wyroku z 23 października 2007 r., w którym uznał nieważność decyzji ramowej w sprawie wzmocnienia regulacji prawno-karnych w celu egzekwowania przepisów dotyczących zapobiegania zanieczyszczeniom pochodzącym ze statków.

Dyskurs mający miejsce przy okazji rozstrzygnięcia opisywanej sprawy obnażył, iż instytucje europejskie mają wyraźnie rozbieżne poglądy we kwestii, czy prawo karne powinno służyć jako polityka współpracy w ramach III filara czy raczej jako instrument wdrażania polityk wspólnotowych. Ten stan w literaturze został nazwany nawet bitwą między filarami¹³⁸. ETS podjął w opisywanym orzeczeniu odważną próbę delimitacji kompetencji prawodawczych między nimi. Nie da się zaprzeczyć, że w wyniku tego orzeczenia Wspólnota została wyposażona w uprawnienie do ustanawiania sankcji karnych, choć należy przyznać, iż w ograniczonym stopniu. Precedens ten każe zakwestionować praktykowaną do tej pory metodę legislacji *in tandem* opierającą się na przyjęciu dwóch tekstów: rozporządzenia lub dyrektywy w ramach pierwszego filaru zobowiązujących państwa do sankcjonowania określonych zachowań, a następnie decyzji ramowej, w której precyzowano, iż przynajmniej niektóre z czynów

¹³⁴ R. Hefendehl, *op. cit.*, s. 56.

¹³⁵ Por. A. Browne, *Europe wins the power to jail British citizens*, „The Times”, September 14, 2005.

¹³⁶ S. Miettinen, *op. cit.*, s. 19.

¹³⁷ Hefendehl, *op. cit.*, s. 56.

¹³⁸ A. Sánchez Legido, *La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales*, „Revista electrónica de estudios internacionales” 2007, Número 14, s. 1, [http://www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido(reei14).pdf) (2 II 2009)

mają uruchamiać odpowiedzialność karną, a także uszczegóławiano zasady odpowiedzialności karnej oraz grożące sankcje¹³⁹. Tę metodę zastosowano przykładowo w ramach zwalczania nielegalnej imigracji oraz fałszowania euro.

Perspektywy zmian w Traktacie lizbońskim

Wypracowany przez ETS kruchy podział kompetencji nie zostanie utrzymany po wejściu w życie Traktatu z Lizbony¹⁴⁰. Traktat Reformujący znosi bowiem filarową strukturę UE¹⁴¹ i wprowadza ogólny reżim prawny, co oznacza, iż w ramach całej Unii stosowane będą jednolite instrumenty prawne: rozporządzenia, dyrektywy i decyzje¹⁴². Przewidziany jest pięcioletni okres przejściowy, w którym akty prawne obecnie stosowane w III filarze mają zostać zamienione na wyżej wymienione. Po okresie przejściowym pełną kompetencję w Przestrzeni Wolności Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości nabędzie także ETS. W artykule III-271 (3) przewidziana jest także możliwość zastosowania instytucji tzw. „hamulca bezpieczeństwa”, który pozwala państwu członkowskiego na zwrócenie się do Rady Europejskiej o zablokowanie propozycji legislacyjnej w przypadku obawy danego państwa, że propozycja ta może być sprzeczna z fundamentalnymi zasadami systemu prawnokarnego.

Orzeczenia ETS

Costa v. E.N.E.L. z 15 lipca 1964 r. (6/64).

Simmenthal II z 9 marca 1978 r. (106/77).

Tanja Kreil v. Federal Republic of Germany z 2000 r. (C-285/98).

Komisja przeciwko Grecji z 1989 r. (C-68/88).

¹³⁹ S. Miettinen, *op. cit.*, s. 12.

¹⁴⁰ Szczegółowo o przewidywanym uwspólnotowieniu europejskiej regulacji parwnokarnej w przypadku ratyfikowania Traktatu z Lizbony: C. Ladenburger, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon*, „European Constitutional Law Review” 2008, vol. 1, issue 1, s. 20-40.

¹⁴¹ Podobnie jak Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy. Zob. H. Maroń, *Współpraca...*, s. 103, R. Ostrihansky, *Źródła prawa Unii Europejskiej w traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy*, [w:] E. Piontek (red.), *Reformowanie Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne okresu przemian*, Kraków 2005, s. 49-51; E. Weigend, *op. cit.*, s. 14-15; P. Wawrzyk, *Sprawy wewnętrzne i wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 82-83.

¹⁴² Nazewnictwo aktów prawnych różni się od proponowanego w Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy. Zob. A. Wyrozumska, *Źródła prawa...*, s. 291.

Komisja przeciwko Radzie z 2005 r. (C-176/03).

Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji z 1992 r.
(C-240/90).

Sprawa Marii Pupino z 2003 r. (C-105/03).

Sprawa Casati z 1981 r. (C-203/78).

Sprawa Lemmens z 1998 r. (C-226/97).

Wyrok z dnia 23 października 2007 r. (sprawa C-440/05).

Pluralistyczne postrzeganie europejskiego porządku prawnego w orzecznictwie krajowych sądów konstytucyjnych – ewolucja poglądów

I.

Aktualna popularność koncepcji pluralizmu prawnego¹ jest w znacznej mierze spowodowana koniecznością konceptualizacji zmian dokonujących się od drugiej połowy XX wieku w ramach europejskiej przestrzeni prawnej. Powstanie Wspólnot Europejskich, proklamacja przez ETS autonomii wspólnotowego porządku prawnego i teleologiczna interpretacja traktatów sprawiły, że w europejskiej przestrzeni prawnej pojawiła się nowa – wspólnotowa reguła uznania. Kiedy w 1964 roku, orzeczeniem w sprawie *F. Costa v. ENEL*², ETS przyznał tej wspólnotowej regule uznania prymat nad regułami uznania obowiązującymi w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich, przyjął tym samym monistyczne spojrzenie na system prawa obowiązujący w ramach Unii Europejskiej. W istocie od tego momentu rozpoczęła się trwająca już ponad 4 dekady, nadal niezakończona, debata, której uczestnikami są z jednej strony krajowe sądy konstytucyjne, a z drugiej strony ETS. Jest to debata nad kształtem porządku prawnego obowiązującego w ramach UE, nad relacjami prawo krajowe-prawo wspólnotowe i nad zakresem kompetencji krajowych sądów konstytucyjnych do kontrolowania legalności aktów prawa wspólnotowego.

Można powiedzieć, że dialog między ETS a sądami konstytucyjnymi poszczególnych państw członkowskich oscyluje więc wokół dwóch, powiązanych ze sobą, kwestii. Pierwsza, to dylemat wyboru: monistycznego albo dualistycznego spojrzenia na relacje prawo krajowe-prawo wspólnotowe³. Drugą najczęściej określa się jako

¹ N. W. Barber, *Legal pluralism and the European Union*, „European Law Journal” 2006, vol. 12, no. 3, s. 306.

² Wyrok ETS z 15 lipca 1964 r. sygn. 6/64.

³ Jak piszą Z. Brodecki oraz T. T. Koncewicz: „Sędziowie Trybunału odgrywają istotną rolę w procesie przekształcania »multicentrycznego« systemu prawnego (będącego w istocie echem dualizmu) i wykładni pro-wspólnotowej w »zintegrowany« system prawny (zwiastujący nową wersję monomimu) i dyskurs praktyczny.” Zob. Z. Brodecki, T. T. Koncewicz, „*Wspólnotowa rozumność*” w *Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich* [w:] M. Wyrzykowski,

problem kompetencji-kompetencji, a więc ustalenia, kto jest ostatecznym strażnikiem legalności prawa w Unii Europejskiej⁴. W odniesieniu do pierwszej kwestii należy zauważyć, że od 1964 roku ETS promuje monistyczną wizję europejskiej przestrzeni prawnej, która, z punktu widzenia krajowych sądów konstytucyjnych, jest nie do przyjęcia. Drugi problem jest w sumie konsekwencją wyboru bądź to monizmu bądź też dualizmu. W sytuacji wyboru koncepcji monistycznej, rola ostatecznego strażnika legalności prawa w UE przypada ETS. Natomiast, jeśli pozostajemy przy założeniu dualizmu prawa krajowego i prawa wspólnotowego, to krajowe sądy konstytucyjne pozostają ostateczną instancją kontroli legalności prawa obowiązującego w ramach przestrzeni prawnej danego państwa.

Po ponad czterdziestu latach od wydania orzeczenia w sprawie *F. Costa v. ENEL* obie kwestie pozostają przynajmniej w teorii nierozstrzygnięte. Innymi słowy, ETS nadal pozostaje na stanowisku monistycznej koncepcji europejskiej przestrzeni prawnej i tym samym braku uprawnienia po stronie krajowych sądów konstytucyjnych do kontrolowania legalności aktów prawa wspólnotowego, a z kolei sądy konstytucyjne państw członkowskich przyjmują założenie dualizmu i twierdzą, że mają kompetencję do kontrolowania – przynajmniej w pewnych sytuacjach – prawa UE.

Mimo że zasadnicze założenia obu stron (monizm - dualizm) nie uległy zmianie, to jednak nastąpiła znacząca ewolucja tez wyrażanych w uzasadnieniach orzeczeń krajowych sądów konstytucyjnych. Można powiedzieć, że sądy krajowe stały się „katalizatorami” postrzegania relacji prawo krajowe-prawo wspólnotowe poprzez pryzmat koncepcji pluralizmu prawnego⁵. Chociaż krajowe sądow-

Rozumność rozumowań prawniczych, Warszawa 2008, s. 124. Założenie monizmu wyrażone w orzecznictwie ETS odzwierciedla również ujęcie porządku prawnego obowiązującego w ramach UE, jako tzw. porządku prawnego „E-27” – opierającego się na klasycznej, Kelsenowskiej koncepcji budowy systemu prawnego jako hierarchicznie ułożonej piramidy norm (por. Z. Brodecki, *Europa sędziów*, Warszawa 2007, s. 32).

⁴ Inne określenia próbujące oddać istotę problemu ustalenia, kto jest ostatecznym strażnikiem legalności prawa tworzonego w kilku ośrodkach prawotwórczych to: „*quis custodiet?*”; „*quis iudicabit?*”; „*judicial Kompetenz-Kompetenz?*”; „*the question of ultimate empire?*”; „*Letztentscheidung?*”; „*who decides, who decides?*” Por. A. Kustra, *Koncepcje pluralizmu prawnego a problem ustalenia ostatecznego strażnika legalności prawa w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, no. 1, s. 57 i n.

⁵ Świadoma jestem faktu, że taka interpretacja orzeczeń nowych państw członkowskich odbiega od przeważających w literaturze przedmiotu opinii. Najczęściej bowiem sądy konstytucyjne państw, które weszły do UE w 2004 roku są krytykowane za powtarzanie tez sprzed kilku dekad i tym samym cofanie się wstecz, zamiast wykonywania kroku w przód w ramach europejskiej debaty sądowniczej. Tak np. Z. Kühn, *The Application of European*

nictwo konstytucyjne nadal broni paradygmatu nadrzędności konstytucji, to jednak coraz mocniej odchodzi od klasycznego, dualistycznego podejścia do relacji prawo krajowe – prawo wspólnotowe. W konsekwencji, mamy aktualnie do czynienia z sytuacją, w której w ramach europejskiej przestrzeni konstytucyjnej obowiązuje wiele niespójnych ze sobą reguł uznania. Jednocześnie jednak, w razie rzeczywistej kolizji między krajową normą konstytucyjną a normą prawa UE, państwa członkowskie dostosowują swoje konstytucje do standardu normatywnego wyznaczonego przez UE. Tak więc mimo teoretycznego, koncepcyjnego rozdźwięku między ETS a sądami krajowymi, w praktyce niespójne ze sobą reguły rozpoznania współobowiązują i są współstosowane, co przecież stanowi trzon definicji pluralizmu prawnego.

Znacząca ewolucja stanowiska krajowych sądów konstytucyjnych widoczna jest również w odniesieniu do drugiej z wymienionych kwestii spornych, a więc kwestii ustalenia ostatecznego strażnika legalności aktów prawnych. O ile bowiem jeszcze w latach 70-tych XX wieku sądy konstytucyjne przyjmowały, że są konstytucyjnie zobowiązane do kontrolowania norm prawnych tworzonych w ramach struktur wspólnotowych, o tyle już dekadę później przyjęły stanowisko warunkowego zrzeczenia się tzw. kompetencji – kompetencji. Co prawda powstanie UE w 1993 roku zaowocowało dwoma orzeczeniami podkreślającymi rolę sądów konstytucyjnych jako organów kontrolujących, czy organy UE nie działają *ultra vires*. Jednak, znów – wystarczyła dekada by - tzw. nowe państwa członkowskie, stawiając te same tezy co FTK w orzeczeniu w sprawie Maastricht⁶, uzasadniły je w inny sposób, coraz bardziej zbliżając się w kierunku przyjęcia pluralistycznej wizji europejskiej przestrzeni prawnej. Warto przyjrzeć się bliżej zmianom, jakie zaszły w ciągu ostatnich dekad w orzecznictwie europejskich sądów konstytucyjnych. Najpierw jednak, konieczne jest przedstawienie, w jaki sposób doszło do powstania wspólnotowej reguły rozpoznania.

Law in the New member States: Several (Early) Predictions, "German Law Review" 2005, vol. 6, no. 3, s. 572 i n. W moim przekonaniu jednak, jest to upraszczająca interpretacja orzeczeń nowych państw członkowskich. Przy spojrzeniu systemowym, uwzględniającym kilka orzeczeń wydanych przez jeden sąd konstytucyjny, daje się zauważyć ich wyraźnie pro unijne nastawienie.

⁶ Wyrok FTK z 12 października 1993 r., sygn. akt 2 BvR 2134/92.

II.

W procesie kształtowania się wspólnotowej reguły uznania zasadnicze znaczenie miały trzy orzeczenia: *Van Gend en Loos*⁷, *F. Costa v. ENEL* oraz *Internationale Handelsgesellschaft*⁸. W orzeczeniu *Van Gend* ETS przede wszystkim położył nacisk na autonomiczność wspólnotowego porządku prawnego, natomiast w orzeczeniu *F. Costa* proklamował zasadę prymatu norm wspólnotowych przed całością krajowych porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich. Orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft* miało charakter dopełniający i można je uznać za źródło sporu w kwestii tzw. kompetencji kompetencji. Orzeczenie *Van Gend* przedstawiciele doktryny amerykańskiej porównują niekiedy do orzeczenia SN USA w sprawie *Marbury v. Madison*, ponieważ w obu wspomnianych orzeczeniach sądy je wydające uznały się za najwyższych arbitrów kontroli legalności aktów prawnych⁹. Warto zwrócić uwagę na uzasadnienie przez ETS też wyrażonych w *Van Gend*.

Jak stwierdzają Z. Brodecki i T.T. Koncewicz, czytając uzasadnienie wyroku w sprawie *Van Gend* można zauważyć wewnętrzną dynamikę jego uzasadnienia, gdyż kolejne ustępy nawiązują do też wyrażonych w poprzednich ustępach uzasadnienia, rozwijając w ten sposób argumentację ETS i prowadząc do ostatecznych konkluzji¹⁰. Trybunał, używając wykładni teleologicznej, a więc powołując się na cel i ducha Traktatów, wyprowadził tezę o autonomicznym, odrębnym charakterze wspólnotowego porządku prawnego zarówno w stosunku do systemów prawnych państw członkowskich, jak i w stosunku do systemu prawa międzynarodowego¹¹. Trybunał przywołał dla uzasadnienia tej tezy preambułę Traktatu Rzymskiego, w której wskazano, że traktat powołuje do życia instytucje wyposażone w suwerenne prawa, których wykonywanie dotyczy za-

⁷ Wyrok ETS z 5 lutego 1963 r., sygn. 26/62.

⁸ Wyrok ETS z 17 grudnia 1970, sygn. akt 11/70.

⁹ Por. D. Halberstam, *Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend*, [w:] M.P. Maduro, L. Azoulay (red.) *The Past and the Future of the EU Law. Revisiting the Classics n the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford 2008, źródło: Social Science Research Network Electronic paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=1103253>, s. 2 i n.

¹⁰ Por. Z. Brodecki, T.T. Koncewicz, *op. cit.*, s. 161.

¹¹ Szerzej na temat wykładni teleologicznej ETS w kontekście pluralizmu prawnego: por. M. P. Maduro, *Interpreting European law- Judicial Adjudication in context of Constitutional pluralism*, "Working Paper IE Law School", WPLS08-02, tekst publikowany w "European Journal of Legal Studies" 2007, vol. 1, no.2, w wersji elektronicznej dostępny na stronie: <http://ssrn.com/abstract=1134503>

równy państw członkowskich, jak i ich obywateli¹². Innym argumentem przemawiającym według ETS na rzecz tezy o autonomii prawa wspólnotowego było powołanie do życia na mocy traktatu Parlamentu Europejskiego, a więc organu za pomocą którego obywatele państw członkowskich mogą pośrednio – poprzez swych przedstawicieli – oddziaływać na treść prawa tworzonego przez WE. Wreszcie ETS zaznaczył, że poprzez podpisanie Traktatu państwa członkowskie częściowo przekazały wykonywanie swych praw suwerennych na poziom organów wspólnotowych.

Wskazane wyżej argumenty wystarczyły, by ETS proklamował w *Van Gend* zasadę autonomii prawa wspólnotowego, a następnie z niej wyprowadził zasadę bezpośredniego skutku i bezpośredniego zastosowania norm wspólnotowych. Zasada autonomii stała się też koronnym argumentem przemawiającym za przyznaniem normom wspólnotowym pierwszeństwa zastosowania w orzeczeniu w sprawie *F. Costa v. ENEL*. W orzeczeniu tym ETS, ponownie użył interpretacji teleologicznej, gdyż powołując się na cele wspólnoty uzasadnił tezę o niemożliwości przyznania pierwszeństwa porządkom krajowym. Duch traktatu, jak stwierdził ETS, wymaga od państw działania z równą starannością by uzyskać pełną skuteczność norm wspólnotowych zaakceptowanych na zasadzie wzajemności. W ten sposób ETS przyjął *implicite* założenie, że skoro każde państwo jest na równi związane prawami ustanawianymi przez wspólnotę jako całość, to oznacza to, że wszystkie państwa wyraziły zgodę, by żadne z nich nie mogło jednostronnie uchylić się od obowiązków wynikających z traktatów. I chociaż dla uzasadnienia tej tezy ETS przywołał art. 5 Traktatu, to niewątpliwie wskazana argumentacja była bardzo pragmatyczna i oparta na wykładni teleologicznej, a nie tekstualnej. ETS stwierdził również, że podstawowy cel wspólnoty, za który uznał dążenie do integracji oraz współpracy, nie może być osiągnięty, jeśli państwa członkowskie będą odmawiać skuteczności normom wspólnotowym. Argument ten zresztą będzie się jeszcze przewijać w orzecznictwie ETS tworząc pewną *idee fixe* ochrony *effet utile* i jednolitego stosowania prawa wspólnotowego. Kolejny argument ETS użyty w orzeczeniu w sprawie *F. Costa v. ENEL* też był pragmatyczny. Oparty został bowiem na tezie, że zobowiązania państw powstałe przez podpisanie Traktatów, byłyby jedynie warunkowymi (*merely contingent*), a nie bezwzględnymi (*unconditional*), jeśli mogłyby być przedmiotem późniejszego ustawodawstwa państwowego. Jedynym czysto tekstualnym argumentem ETS był powołanie się na art.

¹² Por. Z. Brodecki, T. T. Koncewicz, *op. cit.*, s. 162.

189 Traktatu. ETS stwierdził, że przepis ten pozbawiony zostałby znaczenia, gdyby uznać, że państwa członkowskie są uprawnione do tworzenia norm niezgodnych z wcześniej przyjętymi normami wspólnotowymi. Argument ten był jednak oparty na bardzo szerokiej interpretacji art. 189, gdyż przepis ten odnosi się *explicite* tylko do bezpośredniego zastosowania rozporządzeń, podczas gdy ETS szukał uzasadnienia dla pierwszeństwa zastosowania wszystkich norm wspólnotowych (w tym przede wszystkim norm traktatowych) przed prawem krajowym. Co więcej, bezpośrednie zastosowanie dotyczy sposobu, w jaki norma wspólnotowa staje się częścią systemu krajowego, bez potrzeby stosowania środków implementacyjnych, natomiast nie rozwiązuje kwestii pierwszeństwa tych norm w stosunku do norm krajowych.

Podsumowując, trzeba stwierdzić, że w orzeczeniu w sprawie *F. Costa* ETS skupił się przede wszystkim na uzasadnieniu zasady pierwszeństwa. Widać przy tym celowościowo-pragmatyczne nastawienie tego uzasadnienia. Pojawiają się w nim dwa zasadnicze argumenty. Pierwszy odwołuje się do istoty porządku prawnego wspólnoty, a więc autonomicznego charakteru prawa wspólnotowego. Drugi natomiast wskazuje na cele procesu integracji kontynentu. Wspomniany, trzeci argument – a więc odwołanie się do art. 189 Traktatu – miał w tym orzeczeniu znaczenie jedynie posiłkowe¹³. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że było to jedynie ornamentacyjne przywołanie tekstu Traktatu.

Trzecim orzeczeniem, które zakończyło proces tworzenia wspólnotowej reguły uznania było orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*. W orzeczeniu tym ETS skupił się przede wszystkim na relacji konstytucje krajowe a prawo wspólnotowe i stwierdził, że żaden z organów sądowiczych państw członkowskich, nawet o randze sądu konstytucyjnego, nie ma kompetencji do dokonywania interpretacji prawa wspólnotowego z punktu widzenia jego zgodności z normami konstytucyjnymi danego państwa członkowskiego. Uzasadnienie tej tezy ETS ponownie oparł na konieczności zapewnienia jednolitego stosowania i skuteczności norm wspólnotowych we wszystkich porządkach prawnych państw członkowskich.

Kształtowanie się wspólnotowej reguły uznania było, jak wynika z powyższych ustaleń, procesem rozciągniętym w czasie. W istocie jest ona tworem orzecznictwa ETS mającym znikome oparcie w warstwie tekstualnej traktatów założycielskich. Z drugiej strony,

¹³ Por. A. Sołtys, *Spór o zasadę supremacji*, [w:] S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2000, s. 16.

przyjęcie zasady autonomii prawa wspólnotowego, a następnie zasady pierwszeństwa norm wspólnotowych przed całością systemów prawnych państw członkowskich, było nieuniknione. Sformułowanie kluczowych dla całego procesu integracji europejskiej pojęć efektywności oraz jednolitego stosowania prawa wspólnotowego pozwoliło na rozwój prawotwórstwa wspólnotowego i skuteczność aktów prawa wtórnego we wszystkich państwach członkowskich.

III.

Połączenie tezy o autonomiczności systemu prawa wspólnotowego z zasadą pierwszeństwa prowadziło w istocie do przyjęcia przez ETS perspektywy monizmu prawnego w ramach europejskiej przestrzeni prawnej¹⁴. Twierdzenie, że prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo w razie kolizji z normami konstytucyjnymi państw członkowskich połączone z tezą o braku kompetencji krajowych sądów konstytucyjnych do kontrolowania legalności aktów prawa wspólnotowego musiało się więc spotkać z negatywną reakcją ze strony sądownictwa konstytucyjnego. Po pierwsze, w większości państw założycielskich, (jedynie z wyjątkiem Holandii)¹⁵, przyjmowano tradycyjnie

¹⁴ Szerzej na temat autonomii prawa wspólnotowego: por. A. Kustra, *Autonomia prawa wspólnotowego*, „Jurysta” 2007, nr 7, s. 11 i n. i podana tam literatura.

¹⁵ Holandia jest przykładem państwa o tradycjach monizmu prawnego. Jeszcze przed wprowadzeniem obowiązującej Konstytucji z 1953 roku w państwie tym uznawano prymat prawa międzynarodowego nad prawem krajowym. Art. 94 Konstytucji z 1983 roku stanowił, że przepisy prawa obowiązujące w Królestwie nie zostaną zastosowane jeśli będą pozostawały w sprzeczności z normami traktatów międzynarodowych lub uchwałami organizacji międzynarodowych wiążących każdą osobę. Na gruncie obecnie obowiązujących norm konstytucyjnych niektórzy argumentują, że na podstawie art. 91 ust 3 Konstytucji Holandii należałoby raczej przyjąć, że uchwalenie w Holandii ustawy ratyfikującej niekonstytucyjny traktat międzynarodowy większością kwalifikowaną dwóch trzecich izby parlamentu (w więc taką jaką – zgodnie z art. 137 i art. 138 Konstytucji – wymagana jest do uchwalenia zmiany konstytucji – jest równoznaczne z dorozumianą nowelizacją aktu konstytucyjnego, czyli, że w konsekwencji art. 91 ust 3 nie upoważnia do wnioskowania do zwierzchności traktatów nad konstytucją Holandii. (por. R.R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000, s. 121-122) Jednak większość autorów opowiada się za klasycznym, monistycznym podejściem i interpretuje przepisy konstytucji holenderskiej jako przepisy z których wynika przyznanie prawu międzynarodowemu rangi wyższej niż normom konstytucji Holandii (por. T. Wasilewski, *Stosunek wzajemny. Porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2004, s. 232-233; A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Warszawa 2006, s. 74.

założenie dualizmu w stosunkach prawo krajowe – prawo międzynarodowe. Po drugie, utrwalony paradygmat nadrzędności konstytucji¹⁶ nie pozwalał sądom konstytucyjnym państw członkowskich na uznanie, że prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo wobec „najwyższego prawa” w ramach porządku prawnego danego państwa. Po trzecie, tradycyjna rola sądów konstytucyjnych jako strażników przestrzegania wzorca walidacyjnego obowiązującego w danym systemie prawnym nie pozwalała na uznanie, że normy wspólnotowe mogą mieć pierwszeństwo w stosunku do norm konstytucyjnych określających treść krajowej reguły uznania.

Początkowe orzecznictwo sądów konstytucyjnych stanowiło więc dość ostrą reakcję na tezy postawione w latach 60-tych XX-go wieku przez ETS¹⁷. Klasycznymi orzeczeniami, ilustrującymi początkowe podejście sądów konstytucyjnych do wytworzonego przez ETS wspólnotowego wzorca walidacyjnego były wyroki: włoskiego Sądu Konstytucyjnego (dalej SK) w sprawie *Frontini*¹⁸ oraz niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej FTK) w sprawie *International Handelsgesellschaft* (częściej jednak przywoływane jako tzw. *Solange I*)¹⁹.

Orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft* jest określane jako *Solange I* (czyli „tak długo jak”), gdyż FTK sformułował w nim pierwszą wersję „warunkowego” czy też „czasowego” uznawania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed normami konstytucyjnymi oraz po raz pierwszy wypowiedział się w kwestii tzw. kompetencji-kompetencji. Tezy wyrażone w we wspomnianym wyroku są powszechnie znane, ale warto przytoczyć najważniejsze argumenty, na jakich oparte zostało stanowisko FTK. FTK rozważył relacje między prawem wspólnotowym a niemieckim prawem konstytucyjnym i zaakceptował tezę o autonomiczności wyrażoną przez ETS w orzeczeniu *Van Gend*. Również FTK uznał, że prawo wspólnotowe nie jest ani częścią prawa krajowego, ani też międzynarodowego i tworzy niezależny system, mający swe autonomiczne źródło prawne. Tym samym można powiedzieć, że FTK zaakceptował odrębność wspólnotowej reguły uznania, w stosunku do krajowego wzorca walidacyjnego. Nie rozstrzygnął jednak o zgodności obu

¹⁶ Szerzej na ten temat: A. Kustra, *Współczesny paradygmat nadrzędności konstytucji*, [w:] D. Janicka (red.), „*Studia Iuridica Toruniensia*, Tom czwarty”, Toruń 2008, s. 105 i n.

¹⁷ Por. na ten temat też: A. Kustra, *Metody dostosowywania porządków konstytucyjnych państw członkowskich do zasady supremacji prawa wspólnotowego*, „*Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Suwalsko-Mazurskiej im. Papieża Jana Pawła II w Suwałkach*” 2006, nr 14, s. 74 i n.

¹⁸ Wyrok włoskiego SK z 18 grudnia 1973 r., sygn. 183/73.

¹⁹ Wyrok niemieckiego FTK z 29 maja 1974, sygn. BvL 52/71.

tych reguł uznania. FTK zaznaczył przy tym niezależność obu wzorców walidacyjnych (niemieckiego i wspólnotowego). Następnie FTK wskazał, na dwa zasadnicze braki w systemie wspólnotowym, które zaważyły na *meritum* rozstrzygnięcia. Po pierwsze, FTK stwierdził, że Wspólnota nie posiada parlamentu, którego członkowie pochodzili by z wyborów bezpośrednich. W związku z tym brak jest w systemie ustrojowym Wspólnot podmiotu, przed którym organy wspólnotowe ponosiłyby odpowiedzialność polityczną. Następnie FTK wskazał na brak skodyfikowanego katalogu praw podstawowych, który można by porównać do katalogu praw zawartego w niemieckiej Ustawie Zasadniczej. W konkluzji swego orzeczenia FTK stwierdził, że tak długo („*so lange*”) jak Wspólnota nie wypracuje własnego katalogu praw podstawowych, unormowania wspólnotowe będą przedmiotem kontroli Trybunału pod względem ich zgodności z niemiecką Ustawą Zasadniczą.

Włoski Sąd Konstytucyjny przyjął w orzeczeniu w sprawie *Frontini* podobne założenia teoretyczne co FTK, jednak wnioski końcowe zawarte w orzeczeniu różniły się nieco od tych wyrażonych przez FK w *Internationale Handelsgesellschaft*. Tak jak FTK, włoski SK uznał autonomiczność prawa wspólnotowego, zarówno w stosunku do prawa krajowego, jak i międzynarodowego. Potwierdziwszy niezależność porządku wspólnotowego SK inaczej jednak ustosunkował się do kwestii tzw. kompetencji-kompetencji. Stwierdził bowiem, że przepisy Konstytucji Włoch mają zastosowanie tylko do aktów prawa krajowego i nie odnoszą się do legislacji wspólnotowej, która jest przedmiotem kontroli ETS pod względem jej zgodności z prawem pierwotnym, a ściślej rzecz biorąc z traktatami założycielskimi. W konkluzji orzeczenia włoski SK uznał, że art. 23 Konstytucji Włoch nie ma zastosowania w stosunku do norm wspólnotowych.

W orzeczeniu w sprawie *Frontini* włoski SK, podobnie jak niemiecki FTK w wyroku w sprawie *Solange I* główny trzon uzasadnienia poświęcił kwestii relacji między konstytucyjnym standardem ochrony praw i wolności jednostki, a gwarancjami ochrony tych praw na poziomie prawa wspólnotowego. W tym zakresie jednak również tezy SK odbiegały od tez wyrażonych przez FTK. SK stwierdził, że kompetencje legislacyjne Wspólnoty zostały traktatowo ograniczone do obszaru praw ekonomicznych. W związku z tym Wspólnoty uprawnione są jedynie do wydawania aktów prawnych dotyczących praw obywatelskich, socjalnych i kulturalnych. SK uznał, że w obrębie materii ekonomicznych, na podstawie artykułów 173 [230], 177 (1) (b) [234 (1)(b)] Traktatu Rzymskiego, zapewniony jest odpowiedni

poziom ochrony praw podstawowych przez Wspólnoty. Dalszym wnioskiem włoskiego SK było stwierdzenie, że państwa członkowskie (z których każde respektuje rządy prawa i podstawowe prawa jednostki) przenosząc część swych praw suwerennych z pewnością nie zamierzały przekazać na poziom wspólnotowy uprawnienia do wydawania regulacji naruszających prawa podstawowe. W konsekwencji, gdyby kiedykolwiek w przyszłości Traktaty założycielskie zostały zinterpretowane w sposób pozwalający na wydawanie unormowań naruszających fundamentalne prawa obywatelskie zawarte w konstytucji Włoch, to SK zostałyby zobowiązany do uznania niekonstytucyjności samego Traktatu. Jak wskazał SK, takie orzeczenie uniemożliwiłoby w konsekwencji dalsze uczestnictwo Włoch w procesie integracji europejskiej w ramach Wspólnot Europejskich.

Należy nadto dodać, że chociaż w wyroku w sprawie *Frontini* SK, co do zasady, przyznał pierwszeństwo normom wspólnotowym, to jednak nie wypowiedział się w sprawie konsekwencji tego pierwszeństwa w kontekście stosowania prawa wspólnotowego przez sądy powszechne. Mogłoby się wydawać, że *implicite* oznaczało to przyznanie sądom krajowym kompetencji do niestosowania norm krajowych w wypadku ich kolizji z normami wspólnotowymi. Jednak w kolejnych orzeczeniach SK poruszając kwestię statusu prawa wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym wyraźnie odmówił przyznania takiego uprawnienia sądom powszechnym²⁰. SK zaznaczył jednak również, że nie posiada on kompetencji do badania zgodności z konstytucją wtórnego prawa wspólnotowego.

Podsumowując można zauważyć, że w argumentacji FTK i SK są elementy wspólne. Przede wszystkim oba organy krajowego sądownictwa konstytucyjnego uznały autonomiczność wspólnotowego porządku prawnego, a tym samym zaakceptowały tezę o obowiązaniu w ramach europejskiej przestrzeni prawnej, nowej, wspólnotowej reguły uznania. Ta wspólna część uzasadnień orzeczeń obu sądów nie prowadziła jednak do automatycznej akceptacji treści wspomnianego nowego – wspólnotowego wzorca walidacyjnego. Zarówno włoski SK, jak i niemiecki FTK dostrzegły możliwość kolizji obu reguł uznania i wskazały – jako przykład pola na którym może dojść do takiej kolizji – prawa i wolności jednostek gwarantowane w konstytucjach krajowych. W argumentacji wspomnianych sądów dostrzec można jednak także zasadnicze różnice – przede wszystkim w kwestii kompetencji do kontrolowania konstytucyjności norm

²⁰ Por. A. Kustra, *Ewolucja wykładni art. 11 Konstytucji Włoch z 1947 r. w orzecznictwie Sądu Konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, wrzesień, s. 59.

wspólnotowych. Podczas gdy FTK zastrzegł sobie w *Solange I* kompetencję do dokonywania takiej kontroli - w stosunku do konkretnych unormowań wspólnotowych, o tyle SK uznał, że nie posiada kompetencji do dokonywania takiej kontroli w stosunku do aktów prawa wtórnego. Jedynie w wypadku interpretacji Traktatu Rzymskiego, w sposób pozwalający na wydawanie unormowań niezgodnych z włoskim – konstytucyjnym standardem ochrony praw jednostki, SK byłby konstytucyjnie zobowiązany do stwierdzenia niezgodności z konstytucją Włoch samego Traktatu rzymskiego.

Z powyższych ustaleń wynika, że już w pierwszych orzeczeniach krajowych sądów konstytucyjnych wydanych w trakcie kształtowania się wspólnotowej reguły uznania sądy te zaakceptowały sam fakt obowiązywania - w europejskiej przestrzeni prawnej, a tym samym na terytorium poszczególnych państw członkowskich – nowego wzorca walidacyjnego. To jednak nie oznaczało, że automatycznie zaakceptowały również treść wspólnotowej normy uznania, proklamowanej w istocie przez sam ETS. Sądy krajowe wskazały, że ten wzorzec walidacyjny jest częściowo niespójny z wzorcem wynikającym z przepisów konstytucji krajowych. Ta niespójność może z kolei prowadzić do zaistnienia w praktyce kolizji norm pochodzących z dwóch różnych ośrodków prawotwórczych – w przypadku, gdyby kolizja ta dotyczyła normy wspólnotowej i krajowej normy konstytucyjnej – krajowa norma uznania i wspólnotowa norma uznania wyrażają przeciwstawne dyrektywy postępowania. Zarówno FTK, jak i włoski SK uznały, że pierwszeństwo miałoby w takiej sytuacji krajowy wzorzec walidacyjny. Jednak odmiennie ustosunkowały się do powiązanej z tym problemem kwestii kompetencji-kompetencji. FTK warunkowo (czasowo), uznał, że przysługuje mu rola ostatecznego arbitra. Włoski SK z kolei stwierdził, że nie ma kompetencji do kontrolowania aktów prawa wtórnego, jednak w gruncie rzeczy też uznał się za ostateczną instancję w procesie kontroli legalności prawa wspólnotowego. Teza ta znajduje poparcie we fragmencie wyroku SK w sprawie *Frontini*, w którym SK stwierdził, że gdyby sam Traktat Rzymski został przez organy wspólnotowe zinterpretowany tak, że dozwalałoby na wydawanie aktów prawa wtórnego niezgodnych z konstytucyjnym standardem ochrony praw jednostki, SK byłby nie tylko uprawniony, ale i konstytucyjnie zobowiązany do orzeczenia w takiej sytuacji o niezgodności z Konstytucją Włoch samego Traktatu Akcesyjnego. Pierwszy etap kształtowania się pluralistycznej wizji europejskiej przestrzeni prawnej cechował się więc akceptacją przez sądy krajowe zasady autonomii prawa wspólnoto-

wego (a tym samym obowiązywania nowego wzorca walidacyjnego w państwach członkowskich) oraz tradycyjnym, dualistycznym podejściem do kwestii niespójności obu norm uznania. W przypadku bowiem kolizji między normą konstytucyjną a normą wspólnotową, sądy krajowe uznały, że: po pierwsze, byłyby zobowiązane do zastosowania normy konstytucyjnej, a po drugie, miałyby kompetencję do orzeczenia o niekonstytucyjności aktu prawa wspólnotowego (w przypadku FTK aktu prawa wtórnego, w przypadku zaś SK – samego Traktatu Rzymskiego).

IV.

Drugi etap ewolucji stanowiska krajowego sądownictwa konstytucyjnego w kwestii niespójnych norm uznania – krajowej oraz wspólnotowej i związanego z tym problemu kompetencji - kompetencji datować należy na połowę lat 80-tych dwudziestego wieku. Wtedy to dwa sądy konstytucyjne będące motorami zmian w kwestii podejścia do zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego - czyli niemiecki FTK oraz włoski SK -zmodyfikowały swoje dotychczasowe tezy. FTK uczynił to w roku 1986 w orzeczeniu w sprawie *Wuensche Handelsgesellschaft*, częściej określanej jako *Solange II*²¹. Z kolei, w przypadku włoskiego SK, momentem zwrotnym okazało się orzeczenie w sprawie *Granital* z roku 1984 r.²² W orzeczeniu *Solange II* FTK ponownie użył formuły „pod warunkiem” („tak dugo jak”). Tym razem jednak przyjął przeciwstawne stanowisko do zajętego poprzednio – w orzeczeniu *Solange I*. Jak stwierdził, zmiana dotychczasowej pozycji była możliwa ze względu na ewolucję samych Wspólnot Europejskich i podniesienie standardu ochrony praw jednostki na poziomie wspólnotowych. W ciągu dwunastu lat od wydania orzeczenia *Solange I*, jak stwierdził FTK , głównie za sprawą orzecznictwa ETS, wykształcił się pewien katalog praw podstawowych, chronionych na poziomie Wspólnot. W orzeczeniu *Solange II* FTK uznał, że tak długo jak standardy gwarancyjne Wspólnot będą pozostawać na osiągniętym poziomie, adekwatnym do niemieckiego standardu ochrony praw jednostki, FTK zrzeka się kompetencji do dokonywania kontroli zgodności regulacji wspólnotowych z UZ. Tym razem więc, postawiony warunek miał charakter „rozwiązujący”. Zrzeczenie się przez FTK kompetencji kontrolnych następowało pod warunkiem utrzymania we Wspólnocie ochrony praw podsta-

²¹ Wyrok niemieckiego FTK z 22 października 1986 r., sygn. akt 2BvR 197/83.

²² Por. A. Kustra, *Ewolucja...*, *op. cit.*, s. 60 i n.

wowych na osiągniętym poziomie. W sytuacji, gdyby doszło do obniżenia tego standardu, ponownie zaktywizowałyby się kompetencja FTK do dokonywania kontroli konstytucyjności prawa wtórnego. Tak więc, w orzeczeniu z 1986 roku FTK warunkowo zaakceptował treść wspólnotowej reguły uznania. Przyjął, że chociaż treść tej reguły uznania jest częściowo niespójna z treścią niemieckiej reguły uznania, to dopóki standard ochrony praw jednostki na poziomie wspólnotowym będzie odpowiadał niemieckim standardom konstytucyjnym, te dwie niespójne reguły uznania mogą w praktyce w sposób bezkolizyjny współobowiązywać i być współstosowane na terenie Niemiec. W odniesieniu do kwestii kompetencji-kompetencji, FTK zrzekł się jej, jednak również jedynie warunkowo. Należy to odczytywać w ten sposób, że FTK pozostawił tę kompetencję po swojej stronie, a jedynie „warunkowo” zrzekł się jego wykonywania.

Podobne tezy i argumentację zawiera nieco wcześniejsze orzeczenie włoskiego SK w sprawie *Granital*²³. W orzeczeniu tym SK w 1984 roku, Sąd Konstytucyjny, przyjął bowiem tezę o autonomiczności systemu prawnego Wspólnot wraz ze wszystkimi wypływającymi z tego konsekwencjami w postaci swoistych reguł obowiązywania i stosowania tego prawa w wewnętrznych systemach państw członkowskich²⁴. SK zaznaczył w orzeczeniu w sprawie *Granital*, że od momentu przystąpienia Włoch do struktur wspólnotowych we Włoszech oprócz aktów stanowionych przez organy krajowe obowiązują i są stosowane również akty stanowione przez organy Wspólnot. SK dodał, że akty prawa wspólnotowego zawierają normy należące do odrębnego, autonomicznego systemu prawa i dlatego też powinny być stosowane zgodnie ze swoistymi regułami wypracowanymi dla tego właśnie systemu prawa. W konsekwencji oznacza to, że obowiązkiem sądów włoskich, jest stosowanie przepisów wspólnotowych w sposób odpowiadający zasadom, na których opiera się porządek wspólnotowy, a więc zgodnie z zasadami pierwszeństwa, bezpośredniego skutku oraz bezpośredniego zastosowania. W wyroku w sprawie *Granital* SK zaznaczył jednak, że przyznanie sądom powszechnym kompetencji do stosowania norm wspólnotowych zgodnie z zasadą supremacji i bezpośredniego skutku nie oznacza utraty kompetencji kontrolnych po stronie SK. Po stronie SK nadal

²³ Wyrok włoskiego SK z 5 czerwca 1984 r., sygn. 170/1984. Orzeczenie FTK zostało omówione w pierwszej kolejności, mimo że zostało wydane później, ponieważ jest bez wątpienia najczęściej przywoływanym przykładem zmian dokonujących się w orzecznictwie krajowych sądów konstytucyjnych w kwestii podejścia do zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego.

²⁴ Wnikliwa analiza tego orzeczenia znajduje się w: R. Petriccione, *Italy: Supremacy of Community Law over National Law*, „European Law Review” 1986, vol. 11, s. 320 i n.

pozostaje kompetencja, do uznania niekonstytucyjności Traktatu Rzymskiego, w przypadku, gdyby został on interpretowany w sposób pozwalający na wydawanie aktów prawa wtórnego naruszających podstawowe zasady ustrojowe, lub prawa jednostki gwarantowane w Konstytucji Włoch z 1947 r.²⁵ Jak stwierdza F. Sorrentino, również ewolucja orzecznictwa włoskiego SK, podobnie jak linia orzecznicza FTK, szła więc w kierunku „warunkowej” akceptacji tej zasady²⁶. W orzeczeniu w sprawie *Frontini* SK przyznał normom wspólnotowym cechę autonomiczności, jednak nie wyciągnął z tej odrębności systemowej konsekwencji. Dopiero w orzeczeniu w sprawie *Granital* SK zapewnił aktom wspólnotowym status odpowiadający wymogom wynikającym z Traktatów założycielskich oraz orzecznictwa ETS. Trzeba jednak zaznaczyć, że choć rezultatem orzeczenia z 1984 roku było dostosowanie praktyki do zasady pierwszeństwa oraz skutku bezpośredniego, to jednak uzasadnienie tego rozstrzygnięcia nie opiera się tak jak wynika to z *case-law* ETS na samej zasadzie autonomii prawa wspólnotowego, lecz przede wszystkim na integracyjnej roli art. 11 Konstytucji Włoch²⁷.

Podsumowując tezy wyrażone przez krajowe sądy konstytucyjne w drugim etapie współkształtowania przez nie relacji prawo krajowe-prawo wspólnotowe, należy podkreślić znaczącą zmianę podejścia do kwestii niespójności krajowej oraz wspólnotowej reguły uznania. Dwa najbardziej aktywne ówczasie sądy konstytucyjne, czyli niemiecki FTK oraz włoski SK, uznały bowiem w konkluzjach swych orzeczeń, że warunkowo dopuszczają współstosowanie niespójnych ze sobą reguł uznania – krajowej i wspólnotowej. Uczyniły to pod warunkiem przestrzegania przez Wspólnoty fundamentalnych zasad ustrojowych obowiązujących w ramach konstytucji krajowych oraz nieobniżania osiągniętego w latach 80-tych XX wieku standardu ochrony praw jednostki na poziomie wspólnotowym. Oba sądy zrzekły się również warunkowo wykonywania zadań „ostatecznego strażnika legalności prawa w UE”, zaznaczając jednak, iż tzw. kompetencja-kompetencji pozostaje - „uśpiona” – dalej po ich stronie. Gdyby postawione w orzeczeniach *Solange II* i *Granital* warunki zostały naruszone przez organy Wspólnoty, sądy konstytucyjne byłyby bowiem konstytucyjnie zobowiązane uczynić użytek z tzw. kompetencji-kompetencji.

²⁵ Por. A. La Pergola, P. Del Duca, *Community Law, International Law and the Italian Constitution*, „American Journal of International Law” 1985, vol. 79, s. 614-615.

²⁶ Por. F. Sorrentino, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, „Quaderni Costituzionali” 1993, vol. 1.

²⁷ Por. A. Kustra, *Ewolucja...*, *op. cit.*, s. 60.

V.

Kolejnym momentem zwrotnym w procesie akceptacji przez krajowe sądownictwo konstytucyjne sytuacji współobowiązywania i współstosowania wielu niespójnych ze sobą reguł uznania były lata 1992-1993, a dokładniej proces ratyfikacji w poszczególnych państwach Traktatu z Maastricht. Również i w tym przypadku główną rolę odegrał niemiecki FTK, wydając tzw. orzeczenie w sprawie *Maastricht*, ale podobne tezy znalazły się również w jednym z orzeczeń francuskiej Rady Konstytucyjnej (dalej RK) dotyczących ratyfikacji przez to państwo TUE. Orzeczenie FTK zapadło w związku z zaskarżeniem ustawy, na podstawie której dokonano ratyfikacji TUE często określa się mianem „sprawy Brunnera” od nazwiska byłego członka Komisji Europejskiej i lidera grupy obywateli niemieckich wnoszących skargę do FTK²⁸. Skarga wniesiona została po uchwaleniu przez Bundestag i Bundesrat nowelizacji Ustawy Zasadniczej koniecznej do ratyfikacji traktatu, ale jeszcze przed formalnym podpisaniem przez Prezydenta Federacji ustawy ratyfikującej Traktat. FTK stwierdził zgodność TUE z przepisami UZ, jednak w uzasadnieniu swego orzeczenia, zawarł kilka kontrowersyjnych tez, przez wielu interpretowanych jako krok wstecz w drodze akceptacji pluralistycznej wizji europejskiej przestrzeni prawnej. Bez wątplenia podstawowym problemem, który FTK poruszył w orzeczeniu w sprawie *Maastricht* był problem suwerenności państwa w kontekście utworzenia nowej, ponadnarodowej organizacji czyli UE. Jednak w uzasadnieniu FTK odniósł się również do swoich wcześniejszych tez, wyrażonych przede wszystkim w orzeczeniu „*Solange II.*” W tej mierze, FTK zaznaczył, że nadal pozostaje ostatecznym strażnikiem legalności prawa w Niemczech, w tym i prawa wspólnotowego, chociaż nie wycofuje się z warunkowego zrzeczenia się wykonywania tej funkcji w odniesieniu do aktów prawa wspólnotowego. Warto zaznaczyć, że w orzeczeniu w sprawie *Maastricht* FTK dodał jednak, że

²⁸ Orzeczenie to wywołało szeroki oddźwięk w niemieckiej doktrynie prawa, tytułem przykładu można wskazać następujące opracowania: P. Lerche, „*Kompetenz-Kompetenz*” und das *Maastricht Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, [w:] J. Ipsen, H.W. Rengeling, J.M. Mössner, A. Weber (red.), *Verfassungsrechts im Wandel Wiedereinigung Deutschlands. Deutschland in der Europäischen Union. Verfassungsstaat und Föderalismus. Zum 180jährigen Bestehen der C. Heymanns Verlag K.G.*, Köln 1995, s. 409 i n.; J. Schwarze, *Das Staatsrecht in Europa*, „Juristen Zeitung“ 1993, vol. 12, s. 585 i n.; K. Doehring, *Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 1993, s. 93 i n.; F. Össenbühl, *Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?*, „Deutsches Verwaltungsblatt“ 1993, vol. 12, s. 629 i n.

funkcję strażnika legalności prawa będzie wykonywał we współpracy z ETS. To ostatnie twierdzenie, wyraźnie rozwija tezy wyrażone w *Solange II* w kierunku spójnego współstosowania obu norm uznania – krajowej i wspólnotowej. W literaturze wspomniany passus z orzeczenia FTK interpretuje się niekiedy, jako pozostawienie przez FTK do zakresu kompetencji ETS dokonywania kontroli w poszczególnych sprawach (*case by case*), zaś ograniczenie swoich uprawnień do ogólnej straży nad zachowaniem odpowiednich standardów gwarancyjnych na szczeblu wspólnotowym (unijnym)²⁹. Przy takiej interpretacji wyroku w sprawie *Maastricht* widać podobieństwo tez FTK i tez włoskiego SK sformułowanych w wyroku w sprawie *Granital*.

W orzeczeniu dotyczącym ratyfikacji Traktatu z Maastricht FTK rozważył również kwestię natury prawnej UE. Określił ją jako związek państw (*Staatenbund*), zaznaczając jednocześnie, że nie jest ona państwem federalnym (*Bundesstaat*). Według FTK, podstawowym zadaniem zarówno Wspólnot, jak i powoływanej wówczas do życia UE ma być dążenie do coraz ściślejszej integracji społeczeństw funkcjonujących w obrębie poszczególnych państw członkowskich. FTK dodał, że ostatecznym celem takiej integracji nie jest jednak państwo bazujące na jednolitym narodzie europejskim. Co więcej, skoro kompetencje Wspólnoty (oraz UE) wypływają z transferu praw suwerennych dokonanego przez poszczególne państwa członkowskie, to zarówno Wspólnoty, jak i UE nie mogą rościć sobie uprawnień większych niż te, które zostały jej przekazane. To stwierdzenie doprowadziło FTK do ostatecznej, słynnej konkluzji, że to państwa członkowskie pozostają panami traktatów (*Herren der Verträge*). W tym kontekście FTK zaznaczył, że zachowuje również kompetencję do kontrolowania sposobu wykonywania przez WE i UE powierzonych jej kompetencji.

W orzeczeniu w sprawie *Maastricht* FTK z jednej strony podkreślił znaczenie paradygmatu nadrzędności konstytucji, czyli inaczej mówiąc podstawowej roli krajowej reguły uznania, ale z drugiej strony wyciągnął rękę w kierunku ETS formułując tezę o kooperacji. Przez większość autorów niemieckich wyrok w sprawie *Maastricht* był poddany miażdżącej krytyce i uznany za krok wstecz na drodze do konsensusu w sprawie tzw. kompetencji-kompetencji. Należy jednak pamiętać, że orzeczenie to zostało wydane w określonym momencie, tuż przed powołaniem do życia nowej struktury integracyjnej. Mając na uwadze te okoliczności, stwierdzić trzeba, że wyrok

²⁹ Por. T. C. Hartley, *The Foundations of the Community Law*, Oxford 1993, s. 240.

w sprawie *Maastricht* zawiera szereg ważnych tez idących w kierunku akceptacji współobowiązywania i współstosowania niespójnych ze sobą reguł uznania. Jednakże drażliwa kwestia suwerenności państwowej, jak i niepewność co do dalszych działań UE, wymagała zaznaczenia również pewnej granicy, jaką było dla FTK działanie *ultra vires* organów UE.

Podobny wydzźwięk miało jedno z orzeczeń francuskiej RK wydane w związku z ratyfikacją przez Francję TUE³⁰. RK rozpoczęła swoje rozważania od określenia pozycji prawa wspólnotowego we francuskim porządku konstytucyjnym. Przywołała obowiązującą nadal w ramach tzw. „bloku konstytucyjnego” preambułę Konstytucji IV Republiki Francuskiej z 1946 r. i wyrażony w niej nakaz przestrzegania przez Francję powszechnie obowiązujących zasad prawa międzynarodowego (w tym też m. in. zasady *pacta sunt servanta*) oraz art. 55 Konstytucji V Republiki Francuskiej z 1958 r. Stwierdziła, że ze wspomnianych postanowień wynika, iż nie można już podważać konstytucyjności obowiązujących we Francji traktatów wspólnotowych³¹. RK uznała, że na podstawie obowiązujących przepisów konstytucyjnych dopuszczalny jest transfer praw suwerennych na rzecz organizacji międzynarodowej. Odnosząc się do problemu obowiązywania we Francji wspólnotowej reguły uznania, RK stwierdziła, że koherencja porządku prawnego państwa oraz wewnętrzna hierarchia norm konstytucyjnych wymaga, by przepisy, które na mocy norm konstytucyjnych wkraczają do porządku konstytucyjnego z systemu wspólnotowego były zgodne z konsty-

³⁰ Mowa tu o orzeczeniu z 9 kwietnia 1992 r., sygn. 92-308 DC, wydanym po wniesieniu wniosku o zbadanie zgodności z konstytucją Traktatu z Maastricht przez Prezydenta Mitteranda. Należy pamiętać jednak, że w kontekście ratyfikacji przez Francję Traktatu z Maastricht RK miała okazję wydać aż trzy orzeczenia. Oprócz wspomnianego orzeczenia z 9 kwietnia, wydała jeszcze orzeczeniu z 2 września, sygn. akt 92-312 DC i orzeczeniu z 23 września 1992 r., sygn. akt 92-313DC. Orzeczenie z 2 września wydane zostało w wyniku wniesienia wniosku przez grupę senatorów, a orzeczenie z 23 września 1992 roku na skutek wniesienia wniosku przez grupę posłów. To ostatnie orzeczenie RK, dotyczyło jednak nie bezpośrednio kwestii konstytucyjności Traktatu, lecz problemu zastosowania art. 11 Konstytucji Francji, który to uprawnienia Prezydenta do przeprowadzenia referendum, m. in. w sprawie ratyfikacji traktatów naruszających funkcjonowanie instytucji francuskich. Por. na ten temat: L. Garlicki, *Francuska Rada Konstytucyjna a Traktat z Maastricht*, [w:] J. Trzciniński, A. Jankiewicz (red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania*, Warszawa 1996, s. 359 i n.; P. Olivier, *The French Constitution and the Treaty of Maastricht*, „International and Comparative Law Quarterly”, 1994, nr 1, s. 5 i n.; Ch. Walter, *Die drei Entscheidungen des französischen Verfassungsrats zum Vertrag von Maastricht über die Europäische Union*, „Europäische Grundrechte Zeitung“ 1993, s. 183 i n.

³¹ To stwierdzenie KR oddaje istotę francuskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa opartego na kontroli prewencyjnej a nie kontroli następczej.

tucją. Tak więc, podobnie jak FTK, również i RK podkreśliła nadrzedną rolę konstytucji jako wzorca walidacyjnego dla wszystkich aktów prawnych obowiązujących w krajowym porządku prawnym. Jednocześnie jednak RK uznała, że Francja może ratyfikować akty wyraźnie sprzeczne z konstytucją oraz naruszające podstawy wykonywania suwerenności państwa, pod warunkiem wcześniejszej zmiany odpowiednich przepisów konstytucyjnych. W tym samym kierunku będą szły orzeczenia wydane ponad dekadę później przez tzw. nowe państwa członkowskie, które przystąpiły do UE w ramach akcesji z 2004 r. Warto jeszcze dodać, że RK w orzeczeniu z 9 kwietnia 1992 r. „przyjaźnie” odniosła się do zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego – stanowiącej – jak wiadomo – „kość niezgody” w procesie uzgadniania krajowych wzorców walidacyjnych z wzorcem wspólnotowym. RK uznała, że nie ma przeszkód dla obowiązywania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego we francuskim porządku prawnym. Gdyby natomiast w przyszłości takie przeszkody się pojawiły, to po zawarciu politycznego konsensusu umożliwiającego zmianę przepisów Konstytucji z 1958 r., przeszkody te zostaną automatycznie usunięte.

VI.

W XXI wieku nowymi uczestnikami debaty na temat wizji europejskiej przestrzeni prawnej i relacji między prawem krajowym a prawem wspólnotowym stały się sądy konstytucyjne państw, które przystąpiły do UE 1 maja 2004 r. W tym zakresie warto omówić bliżej orzeczenia polskiego Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) i czeskiego Sądu Konstytucyjnego (dalej SK), gdyż mimo znaczących różnic w argumentacji, obydwie wspomniane organy sądownicze, przyjmując tezy znane z etapu ratyfikacji TUE, uzasadniają je obowiązywaniem wielu wzorców walidacyjnych obowiązujących w ramach krajowej przestrzeni prawnej – czy to polskiej czy to czeskiej. W opracowaniu zostaną przedstawione najważniejsze tezy z wyroków polskiego TK w sprawie konstytucyjności Traktatu Akcesyjnego³² oraz w sprawie konstytucyjności implementacji przez Polskę Decyzji Ramowej w sprawie ENA³³. Natomiast, z orzecznictwa czeskiego SK przedstawione zostanie orzeczenie w sprawie niektórych warunków realizacji instrumentów wspólnej organizacji rynku w branży cukrowej (wyrok w sprawie tzw. kwot cukrowych)³⁴ oraz

³² Wyrok polskiego TK z 11 maja 2005, sygn. akt K 18/04.

³³ Wyrok polskiego TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05.

³⁴ Wyrok czeskiego SK z 8 marca 2006 r., sygn. akt Pl. 50/04.

orzeczenie w sprawie zgodności z konstytucją ustawy o sądowym postępowaniu karnym oraz ustawy karnej implementujących Decyzję Ramową w sprawie ENA³⁵.

W wyroku z 11 maja 2005 r. TK, podobnie jak sądy konstytucyjne „starych państw członkowskich”, podkreślił autonomiczność prawa wspólnotowego, zarówno wobec prawa krajowego, jak i międzynarodowego. Stwierdził, że „sama koncepcja i model prawa europejskiego stworzyły nową sytuację, w której obowiązują obok siebie autonomiczne porządki prawne.” TK poszedł jednak o krok dalej niż niemiecki FTK, włoski SK czy francuska RK, uznając, że wzajemne oddziaływanie systemu prawa krajowego i wspólnotowego „nie może być opisane w pełni za pomocą tradycyjnych koncepcji monizmu i dualizmu w układzie: prawo wewnętrzne-prawo międzynarodowe”³⁶. TK zaznaczył wieloskładnikowy charakter systemu prawnego RP. Stwierdził, że na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obok norm stanowionych przez polskiego legislatora obowiązują uregulowania kreowane poza systemem krajowych organów prawodawczych³⁷. Koncepcja wieloskładnikowego systemu prawnego oznacza, zdaniem TK, że „na terenie Polski współobowiązują podsystemy regulacji prawnych pochodzące z różnych centrów prawodawczych”³⁸. Tezę o multicentryczności tworzenia norm prawnych obowiązujących w RP, TK połączył z podkreśleniem udziału organów krajowych w procesach prawotwórczych odbywających się na płaszczyźnie wspólnotowej³⁹. TK dodał, że poszczególne podsystemy prawne współobowiązujące w Polsce powinny ze sobą koegzystować na zasadzie przyjaznej wykładni i kooperatywnego współstosowania. Nie bez znaczenia to ostatnie stwierdzenie nawiązuje pośrednio do podstawowej tezy definiującej koncepcję pluralizmu prawnego, a więc możliwość harmonijnego współobowiązywania i współstosowania wielu reguł uznania.

W odniesieniu do drażliwej kwestii wzajemnej relacji między konstytucjami krajowymi a prawem wspólnotowym TK orzekł, że proces akcesji nie narusza prymatu Konstytucji określonego w art. 8 ust. 1, ponieważ legitymizacja aktu integracyjnego ma swą podstawę

³⁵ Wyrok czeskiego SK z 3 maja 2006, sygn. Pl. ÚS 66/04.

³⁶ Zob. pkt 6.3. orzeczenia.

³⁷ Por. pkt 2.2. orzeczenia.

³⁸ Zob. pkt 2.2. orzeczenia.

³⁹ Na temat zjawiska multicentryczności w prawie porównaj też: E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3 i n.; W. Lang, *Wokół multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 7 s. 95 i n., A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 85 i n.

w Konstytucji RP i to przepisy Konstytucji wyznaczają ramy oraz zakres tego aktu⁴⁰. Nieprzekraczalną granicą otwarcia polskiego porządku prawnego na stosowanie i obowiązywanie norm wspólnotowych jest art. 8 ust. 1 Konstytucji. Zdaniem TK „z uwagi na (...) wspólność założeń i wartości”⁴¹ kolizje normy konstytucyjnej z normą prawa UE powinny pojawiać się rzadko, jednak nie da się ich całkowicie wykluczyć. TK zaznaczył, że jeśli sprzeczność między normą konstytucyjną a prawem UE da się usunąć w drodze pro unijnej wykładni przepisu konstytucyjnego to jest to sprzeczność usuwalna. Natomiast, gdy rezultat wykładni przyjaznej prawu wspólnotowemu jest *contra legem* to wtedy jest to sprzeczność nieusuwalna. W tym ostatnim przypadku wchodzi w grę trzy wskazane przez TK rozwiązania: zmiana konstytucji, spowodowanie zmian w regulacjach wspólnotowych, albo – rozpatrywane w kategoriach rozwiązania ostatecznego – podjęcie decyzji o wystąpieniu z UE. Z uzasadnienia wyroku z 27 kwietnia 2005 r. w sprawie ENA wynika, że podstawowym instrumentem rozwiązywania nieusuwalnych sprzeczności między Konstytucją a normą prawa UE będzie nowelizacja samej Konstytucji. Co prawda w wyroku z 27 kwietnia 2005 r. TK nie rozstrzygał o kolizji między Konstytucją a prawem UE, lecz o kolizji pośredniej (zachodzącej między przepisem Konstytucji a przepisem ustawy transponującym akt prawa UE) to jednak nieusuwalny (w drodze prowspólnotowej wykładni) charakter tej kolizji zaowocował zmianą przepisu konstytucyjnego. Sprawa dotyczyła, jak wiadomo, art. 607t kpk, transponującego do systemu prawnego RP Decyzję ramową w sprawie ENA⁴² z art. 55 ust. 1 Konstytucji, zakazującym ekstradycji obywatela polskiego. TK w omawianym wyroku orzekł niezgodność nowelizacji kpk z art. 55 Konstytucji, jednak nie uchylił przepisu ustawy. Korzystając z możliwości (wynikającej z art. 190 ust. 3 Konstytucji RP) wydania orzeczenia ze skutkiem *pro futuro* TK odroczył na 18 miesięcy termin wejścia w życie orzeczenia o niekonstytucyjności art. 607t kpk. W istocie tzw. „klauzula odraczająca” użyta została, aby dać czas ustrojodawcy na dokonanie zmiany art. 55 Konstytucji, w celu dostosowania tego przepisu do wymagań wynikających z Decyzji ramowej w sprawie ENA. TK podkreślił w wyroku z 27 kwietnia 2005 r., że instytucja czasowego odroczenia utraty mocy obowiązującej niekonstytu-

⁴⁰ Por. M. Safjan, *Niezależność Trybunału Konstytucyjnego i suwerenność konstytucyjna RP*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 15.

⁴¹ Zob. pkt 2.1. orzeczenia.

⁴² Decyzja ramowa Rady 2002/584/WSiSSW z 13 czerwca 2002 w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi.

cyjnego przepisu jest „wyraźnie dopuszczonym przez samego ustrojodawcę” wyjątkiem od statuowanej w art. 8 ust. 1 zasady hierarchicznej zgodności systemu prawnego i nadrzędności Konstytucji⁴³. „Klauzula odraczająca” można być więc postrzegana jako narzędzie gwarantujące pierwszeństwo zastosowania normy wspólnotowej w razie jej nieusuwalnej kolizji z normą konstytucyjną. Skoro zaś TK wybrał rozwiązanie polegające na zmianie Konstytucji w sytuacji jedynie pośredniej kolizji normy konstytucyjnej z normą wspólnotową, to tym bardziej spodziewać się należy, że w sytuacji kolizji o charakterze bezpośrednim, pójdzie on tą samą drogą.

Dwa wspomniane orzeczenia TK wskazują więc wyraźnie, że stanowisko TK, chociaż w dużej mierze kopiujące wcześniejsze tezy FTK wyrażone w wyroku w sprawie *Maastricht*, posługuje się inną argumentacją. Podkreślanie wieloskładnikowego charakteru systemu prawnego RP, konieczności prowspólnotowej wykładni konstytucji oraz zastosowanie już „klauzuli odraczającej” w celu dostosowania Konstytucji do zobowiązań wynikających z prawa UE, wskazują, że poglądy TK w dużej mierze odpowiadają tezom wyrażanym przez teoretyków prawa analizujących zjawisko pluralizmu prawnego. Z orzecznictwa polskiego TK wynika, że sądy nowych państw członkowskich powoli zaczynają dostrzegać możliwość innego spojrzenia na system prawny. W ramach systemu prawnego mogą funkcjonować niespójne ze sobą reguły uznania, a to do organów stosujących prawo należy znalezienie odpowiednich narzędzi pozwalających na ich harmonijne i bezkolizyjne współobowiązywanie i współstosowanie.

Tezę o postępowym spojrzeniu sądów konstytucyjnych tzw. nowych państw członkowskich na relacje prawo krajowe - prawo wspólnotowe, potwierdzają też dotychczasowe orzeczenia czeskiego SK, wydane po wejściu tego państwa do UE. W wyroku w sprawie tzw. kwot cukrowych SK bardzo mocno podkreślił jedynie warunkowy i częściowy charakter przekazania kompetencji na rzecz UE, czyli podobnie jak polski TK powtórzył tezy znane z orzeczenia FTK w sprawie *Maastricht*. Czeski SK stwierdził, że powierzenie Wspólnocie części kompetencji organów Republiki Czeskiej dokonane na podstawie art. 10a Konstytucji ma charakter jedynie warunkowy, a właściwym podmiotem suwerenności i wynikających z niej kompetencji pozostaje sama Republika Czeska⁴⁴. Warunkowy charak-

⁴³ Por. pkt 5.1. orzeczenia.

⁴⁴ Por. dokładne omówienie tez wyrażonych w uzasadnieniu analizowanego wyroku w: K. Witkowska-Chrzczonec, *Konstytucyjne aspekty członkostwa Republiki Czeskiej w Unii Europejskiej w świetle orzecznictwa czeskiego Sądu Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2008, 5(88), s. 117 i n.

ter przekazania kompetencji przejawia się w dwóch płaszczyznach: formalnej i materialnej. Płaszczyzna formalna dotyczy poszczególnych atrybutów władczych suwerenności, natomiast płaszczyzna materialna odnosi się do merytorycznych aspektów wykonywania władzy państwowej⁴⁵. Zdaniem czeskiego SK, z art. 10a Konstytucji Republiki Czeskiej wynika, że skutki przekazania części kompetencji organów państwowych na rzecz UE mogą trwać tylko dopóty, dopóki kompetencje te są wykonywane w sposób dający się pogodzić z zachowaniem podstaw suwerenności przez Republikę Czeską⁴⁶. Gdyby rozwój struktur unijnych zaczął zmierzać w kierunku zagrażającym suwerenności państwa czeskiego, albo realizacji konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego, to SK jako organ konstytucyjnie do tego upoważniony byłby władny przekazać ponownie wykonywanie kompetencji organom państwowym⁴⁷. Jest to więc stanowisko, które można podsumować frazą znana z orzeczenia FTK w sprawie Maastricht – również SK uznaje, że to państwa członkowskie pozostają „panami traktatów”. Jednocześnie jednak SK stwierdził w wyroku w sprawie kwot cukrowych, że nie posiada kompetencji do rozstrzygania o obowiązywaniu poszczególnych aktów prawa wspólnotowego, gdyż to należy do wyłącznej właściwości ETS⁴⁸. Powyższa teza czeskiego SK oznacza zaakceptowanie autonomiczności systemu prawa wspólnotowego i wynikającej z niej odrębności wspólnotowego wzorca walidacyjnego. Czeski SK dodał również zakaz powoływania się na krajowy wzorzec walidacyjny rekonstruowany z przepisów konstytucyjnych w razie kolizji między normą prawa krajowego a normą prawa wspólnotowego. W kontekście ochrony praw podstawowych stwierdził natomiast, że nie ma aktualnie żadnych podstaw do przyjęcia, iż współczesny standard ochrony praw jednostki w ramach UE jest niższy od standardu wynikającego z ochrony praw podstawowych w Konstytucji Republiki Czeskiej⁴⁹.

Tezy czeskiego SK można potraktować jako tezy niezwykle ważne, jednak mające charakter jedynie uzupełniający w stosunku do argumentacji odnoszącej się do meritum sprawy. W kwestii bowiem samego zakwestionowanego przez grupę posłów przepisu rozporzą-

⁴⁵ Por. Relacje między prawem konstytucyjnym a prawem wspólnotowym w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej, Biuro TK, ZOiS, Warszawa 2006, dostępne na stronie www.trybunal.gov.pl/epublikacje/download/EUROPA_2006.pdf, s. 33

⁴⁶ Por. *ibidem*.

⁴⁷ Por. *ibidem*.

⁴⁸ Por. *ibidem*.

⁴⁹ Por. *ibidem*.

dzenia Rządu Republiki Czeskiej nr 364/2004 w sprawie niektórych warunków realizacji instrumentów wspólnej organizacji rynku w branży cukrowej, SK orzekł o niekonstytucyjności tego przepisu. Uznał, że wydając kwestionowany przepis rozporządzenia czeski rząd działał *ultra vires*, gdyż § 3 rozporządzenia rządu jedynie parafrazował art. 1 ust. 3 rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 1609/2005 r. Czeski SK przywołał dla uzasadnienia tego stanowiska orzeczenia ETS, z których wynika zakaz uchwalania przepisów prawa krajowego powtarzających, parafrazujących czy też zmieniających przepisy zawartych w rozporządzeniach wspólnotowych⁵⁰. Z samej istoty rozporządzenia wspólnotowego, jako aktu prawnego niewymagającego implementacji, wynika, że wszelkie wewnętrzpaństwowe środki podjęte w celu wprowadzenia rozporządzenia do krajowego porządku prawnego są niezgodne z zasadą bezpośredniego zastosowania rozporządzeń wspólnotowych. Naruszając zaś zasadę bezpośredniego zastosowania przepisów wspólnotowych czeski rząd naruszył tym samym również przepisy konstytucyjne, a dokładniej art. 78 i art. 10a Konstytucji Czeskiej⁵¹.

Jak wynika z przytoczonej argumentacji czeskiego SK, w orzeczeniu dotyczącym tzw. kwot cukrowych SK przyjął tylko pozornie „buntowniczą” postawę znaną z orzeczenia FTK w sprawie *Maastricht*. W rzeczywistości omawiane orzeczenie jest silnie prowspólnotowe.

Nie bez przyczyny stało się ono przedmiotem aprobujących głos i pozytywnych opinii wyrażanych w publikacjach naukowych przedstawicieli nauki prawa europejskiego⁵².

Podobny, przyjazny prawu wspólnotowemu charakter ma orzeczenie czeskiego SK w sprawie ENA. W sentencji orzeczenia w sprawie ENA czeski SK przyjął odmienne stanowisko niż polski TK, a więc uznał, że implementacja Decyzji Ramowej w sprawie ENA nie narusza konstytucyjnego zakazu ekstradycji obywateli państwa czeskiego⁵³. Przyjęcie

⁵⁰ Por. K. Witkowska-Chrzczonek, *op. cit.*, s. 121.

⁵¹ Por. *ibidem*, s. 125.

⁵² Por. O. Pollicino, *Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale ceca)*, „Il Diritto dell'Unione Europea” 2006, no. 4, s. 819 i n.

⁵³ Por. szerzej na temat tego orzeczenia kontekście orzeczeń innych sądów konstytucyjnych państw członkowskich wydanych w odniesieniu do transpozycji Decyzji Ramowej w sprawie ENA: Z. Kühn, *Constitutional Dialogues or Constitutional Cacophony? European Arrest Warrant Saga in Germany, Poland and Czech Republic*, www.mzs.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadm/research%20groups/2/Hanover/KuehnPaper2.pdf; J. Komárek, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, “Jean Monnet Working Paper” 10/05.

tego stanowiska było rezultatem prowsólnotowej interpretacji art. 14 ust. 4 Karty Praw i Wolności. Czeski SK stwierdził, że w sytuacji, gdy proces wykładni przepisu konstytucyjnego prowadzi do wielu rozbieżnych ze sobą rezultatów, a tylko jeden z tych rezultatów pozwala na wykonywanie zobowiązań wynikających ze zobowiązań prawnomiedzynarodowych ciążących na Republice Czeskiej, to z art. 1 ust. 2 Konstytucji czeskiej wynika, iż należy wybrać taki rezultat procesu wykładni, który pozwala na realizację takich zobowiązań. Art. 14 ust. 4 Karty Praw Podstawowych zakazuje zmuszania obywatela do opuszczenia kraju. SK wskazał, że motywem wprowadzenia tego przepisu do Karty Praw Podstawowych było zagwarantowanie obywatelom czeskim, że nie powtórzą się znane historii Czech (przede wszystkim po roku 1968 r.) sytuacji zmuszania politycznych dysydentów do opuszczania kraju (wówczas komunistycznej Czechosłowacji). SK stwierdził, że z historycznej wykładni art. 14 ust. 4 KPP wynika, iż intencją twórców przepisu nie było objęcie zakresem treściowym tego przepisu zakazu ekstradycji obywateli czeskich⁵⁴. SK przywołał również przeważające w literaturze przedmiotu opinie przedstawicieli czeskiej doktryny prawniczej, w których wyrażany jest pogląd, iż z art. 14 ust. 4 KPP nie wynika zakaz ekstradycji obywatela czeskiego, lecz jedynie skierowany do organów państwowych zakaz zmuszania obywateli do opuszczania terytorium własnego kraju⁵⁵. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia SK podniósł również argumenty natury pozaprawnej, wskazując na zmieniającą się w XXI wieku rzeczywistość, którą charakteryzuje aktualnie znacznie większy stopień mobilności ludności, możliwość swobodnego przemieszczania się i osiedlania obywateli państw członkowskich w ramach całej UE. Wskazując na rozwój współpracy międzynarodowej w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości oraz jeden z celów UE, jakim jest zapewnianie bezpieczeństwa i ochrony obywateli, SK uznał, że implementacja Decyzji Ramowej w czeskiej ustawie karnej i w ustawie i sądowym postępowaniu karnym instytucja ENA nie narusza art. 14 ust. 4 Karty Praw Podstawowych⁵⁶.

Obydwa omówione powyżej orzeczenia czeskiego SK wskazują zatem na mocno „prounijne” nastawienie tego sądu. Dokonując analizy uzasadnień tych rozstrzygnięć dostrzec można, że z jednej strony SK silnie podkreśla problem warunkowego i ograniczonego zakresu przekazania kompetencji, co łączyć należy z gwarantowaniem najwyższej rangi krajowej regule uznania. (Skoro akt przekazania

⁵⁴ Por. K. Witkowska-Chrzczonec, *op. cit.*, s. 128.

⁵⁵ Por. K. Klima i inni, *Komentarz k Ústavě Listině*, Plzeň 2005, s. 710.

⁵⁶ K. Witkowska-Chrzczonec, *op. cit.*, s. 128-129.

kompetencji dokonywany jest na podstawie przepisu Konstytucji Republiki Czeskiej i ma charakter jedynie czasowy oraz warunkowy, to oznacza to, że to przepisy Konstytucji, a nie przepisy wspólnotowe pozostają ostatecznym punktem odniesienia dla czeskiego SK). Z drugiej jednak strony w praktyce czeska Konstytucja interpretowana jest zgodnie z zasadą wykładni przyjaznej prawu wspólnotowemu, a dotychczasowe orzecznictwo czeskiego SK stwierdza działania *ultra vires* nie tyle po stronie WE, co właśnie po stronie organów krajowych (*vide* orzeczenie w sprawie kwot cukrowych).

VII.

W moim przekonaniu analiza ewolucji orzeczeń krajowych sądów konstytucyjnych wskazuje na daleko idące zmiany w nastawieniu do relacji prawo krajowe - prawo wspólnotowe. Chociaż, jak wskazano, w uwagach wstępnych, zasadnicze pozycje obu stron europejskiej debaty sądowniczej (ETS i krajowych sądów konstytucyjnych) nie uległy zmianie, to argumentacja orzeczeń w znacznym stopniu została zmodyfikowana. Widać wyraźnie, że orzeczenia wydane na początku XXI wieku wskazują na multicentryczność systemu tworzenia oraz stosowania prawa w Europie, a w razie kolizji między krajowym i wspólnotowym wzorcem walidacyjnym w praktyce dają prymat wspólnotowej regule uznania. Konstytucje krajowe bądź to są interpretowane „prounijnie” bądź też, w razie niemożności przyjęcia takiej wykładni, są modyfikowane. Ten trend zaznaczający się w orzeczeniach sądów konstytucyjnych nowych państw członkowskich potwierdza dwie tezy. Po pierwsze to, że właśnie druga strona debaty europejskiej – czyli sądownictwo konstytucyjne – promuje zmiany w myśleniu o relacjach prawo krajowe - prawo wspólnotowe. Po drugie zaś, że sformułowane w literaturze koncepcje teoretyczne mieszczące się w ramach nurtu pluralistycznego myślenia o prawie⁵⁷, nie pozostają jedynie w sferze teorii prawa, lecz są stopniowo coraz bardziej akceptowane w praktyce orzeczniczej krajowych sądów konstytucyjnych.

⁵⁷ Szerzej na ten temat A. Kustra, *Koncepcje pluralizmu...*, *op. cit.* s. 58 i n. oraz wskazana tam literatura; A. Kustra, *Kolizje norm konstytucyjnych i wspólnotowych w ujęciu teoretyczno-prawnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 5/2007, s. 23 i n.

Orzecznictwo

- F. Costa v. ENEL*, wyrok ETS z 15 lipca 1964 r. sygn. 6/64.
- Sprawa *Maastricht*, wyrok FTK z 12 października 1993 r., sygn. akt 2 BvR 2134/92.
- Sprawa *Van Gend en Loos*, wyrok ETS z 5 lutego 1963 r., sygn. 26/62.
- Sprawa *Internationale Handelsgesellschaft*, wyrok ETS z 17 grudnia 1970 r., sygn. akt 11/70.
- Sprawa *Frontini*, wyrok włoskiego SK z 18 grudnia 1973 r., sygn. 183/73.
- Sprawa *Solange I*, wyrok niemieckiego FTK z 29 maja 1974 r., sygn. BvL 52/71.
- Sprawa *Solange II*, wyrok niemieckiego FTK z 22 października 1986 r., sygn. akt 2BvR 197/83.
- Sprawa *Granital*, wyrok włoskiego SK z 5 czerwca 1984 r., sygn. 170/1984.
- Orzeczenia francuskiej RK w sprawie *Maastricht*: orzeczenie z 9 kwietnia 1992 r., sygn. 92-308 DC, orzeczenie z 2 września 1992 r., sygn. akt 92-312 DC i orzeczenie z 23 września 1992 r., sygn. akt 92-313DC.
- Wyrok polskiego TK z 11 maja 2005 r., sygn. akt K 18/04.
- Wyrok polskiego TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05.
- Wyrok czeskiego SK z 8 marca 2006 r., sygn. akt Pl. 50/04.
- Wyrok czeskiego SK z 3 maja 2006 r., sygn. Pl. ÚS 66/04.

Inne

Decyzja ramowa Rady 2002/584/WSiSSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi.

Pewne uwagi na temat sprawy Kadi w kontekście fragmentacji prawa międzynarodowego

Niczym nowym jest stwierdzenie, że prawo międzynarodowe staje się coraz bardziej niejednolite i sfragmentaryzowane. Prawo międzynarodowe pozostawało, co prawda, w przeciągu całej swej historii prawem horyzontalnym i zdecentralizowanym, lecz nie miało to jednak takiego poważnego wpływu na jego spójność i percepcję zewnętrzną jak w dniu dzisiejszym. Stąd możemy przyjąć, że fragmentacja jest niejako naturalnym (choć może niepożądanym) etapem rozwoju prawa międzynarodowego. Od końca II wojny światowej mamy do czynienia z coraz dalej posuniętą fragmentacją prawa międzynarodowego, która powoduje zupełnie nowe problemy i wyzwania dla stosunków międzynarodowych i nauki prawa międzynarodowego. Jej skutkiem jest powstanie wielu porządków międzynarodowych, które rządzą się – w większym lub mniejszym stopniu – własnymi regułami niezależnymi od powszechnego prawa międzynarodowego i innych porządków prawnych. Należy także zaznaczyć, że często bywa tak, że te porządki zajmują się tym samym wycinkiem stosunków międzynarodowych (np. stosunki gospodarcze: WTO, NAFTA, UE, Mercosur etc.). Przy uwzględnieniu, że prawo międzynarodowe ma charakter horyzontalny oraz zasadniczo nie występuje hierarchia norm podobna do prawa krajowego, stosunkowo szybko dochodzi się do konkluzji, że efektem końcowym może być względna niezależność norm i instytucji międzynarodowych regulujących życie państw i ich społeczeństw. Taki stan rzeczy zakłada przez to mimowolne wykształcenie się niejako pluralistycznego ładu między sfragmentowanymi systemami prawnymi oraz istnienie horyzontalnej struktury norm w ramach międzynarodowego porządku prawnego. Sytuacja taka jest powodowana przede wszystkim następującymi czynnikami:

- rozpowszechnienie się regulacji międzynarodowej (wielość umów różnego rzędu);
- posuwająca się regionalizacja i fragmentacja polityczna społeczności międzynarodowej, którym towarzyszy z kolei wzrastająca

współzależność państw w takich dziedzinach jak międzynarodowe stosunki gospodarcze, ochrona środowiska, energia, bogactwa naturalne, zdrowie oraz utrzymanie bezpieczeństwa międzynarodowego i zwalczanie terroryzmu;

- regionalizacja prawa międzynarodowego, którego przyczyną jest szerokie powstawanie regionalnych organizacji międzynarodowych różnego typu stanowiących fora dla formułowania i tworzenia nowych norm prawa międzynarodowego;
- pewna emancypacja jednostki od swojego państwa w ramach prawa międzynarodowego. W pewnych podsystemach jednostka uzyskuje bezpośrednio prawa przeciwko państwu i może je egzekwować na forum międzynarodowym (np. prawa człowieka, prawo inwestycyjne);
- daleko posunięta specjalizacja poszczególnych dziedzin prawa międzynarodowego, czemu towarzyszy tworzenie norm prawnych bez próby spojrzenia z szerszej perspektywy powszechnego prawa międzynarodowego oraz innych wyspecjalizowanych gałęzi prawa międzynarodowego. Dodatkowo, pomiędzy poszczególnymi dziedzinami prawa międzynarodowego istnieje często daleko posunięty brak współpracy i koherencji, a także koordynacji własnych działań;
- rozstrzyganie sporów odbywa się w ramach danego podsystemu prawa międzynarodowego, a rzadkością jest sytuacja w której spór rozstrzyga się w całkowitym oparciu na powszechnym prawie międzynarodowym oraz partykularnym prawie międzynarodowym mającym zastosowanie między stronami sporu;
- poszczególne gałęzie prawa międzynarodowego dysponują własnym systemem regulacji odpowiedzialności państw za naruszenie norm tego systemu. Bywa również przy tym tak, że regulacja regionalna ma ten sam przedmiot, co regulacja uniwersalna. Taki stan mimowolnie musi prowadzić do tarć i konfliktów chociażby z tego powodu, że rozstrzygnięcie sporu przed jeden podsystem może nie mieć wpływu na inny podsystem. Co więcej, w takiej sytuacji istnieje możliwość wysunięcia zarzutu naruszenia norm drugiego podsystemu poprzez wydanie i realizację rozstrzygnięcia sporu przez pierwszy podsystem. Taka sytuacja z pewnością zmniejsza stabilność i przewidywalność prawa międzynarodowego;
- zjawisko fragmentacji wiąże się również z brakiem zdolności oraz efektywności istniejących instytucji prawnych, co powoduje powoływanie nowych organizacji i systemów. Stąd jako przyczynę

podaje się również frustrację istniejącym stanem stosunków międzynarodowych (stanem prawnym), biurokracją oraz chęć dublowania kompetencji innych organów międzynarodowych¹.

- w zasadzie wszystkie podsystemy mają taką samą moc prawną i są w równym stopniu wiążące;
- tendencje odśrodkowe w ramach państw - przyjmuje się również, że inną przyczyną (względnie negatywnym skutkiem) fragmentacji może być zwiększenie roli i znaczenie mocarstw światowych kosztem średnich i małych państw. Kraje o dużym potencjale politycznym i gospodarczym mogą tworzyć podsystemy prawa międzynarodowego, istotnie wpływać na ich funkcjonowanie oraz rezygnować z udziału w podsystemie, w przypadku, gdy przestanie on przynosić korzyści takiemu państwu. W ten sposób zagrożenie opuszczeniem danego systemu (np. jednego z regionalnych ugrupowań gospodarczych) może skutkować osłabieniem innych państw poprzez przyjęcie rozwiązań zażądanych przez potężne państwo².

Na skutek tych procesów obecnie nie istnieje jeden homogeniczny system prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe tworzą nieregularne bloki normotwórcze, uniwersalne, regionalne lub nawet dwustronne podsystemy i pod-podsystemy prawnomiędzynarodowe pozostające na różnym poziomie integracji. Wszystko to powoduje, że prawo międzynarodowe jawi się dzisiaj jako system dalece niezorganizowany. Celem niniejszego opracowania będzie dogłęb-

¹ P. Kennedy, *The Parliament of Man: The Past, Present and Future of the United Nations*, Nowy Jork 2006, s. 120) wyraża się następująco: *Concerned in part by what it saw as unmet needs and frustrated by its own restricted powers, the General Assembly was already developing the habit of creating newer bodies that would report to it, even if this created policy overlap and bureaucratic overload. Moreover, at least two of the Assembly's own main bodies – the Second Committee (economic and financial) and the Third Committee (social) – already could not resist the temptation to move from being broad framers of policy to making executive recommendations in those domains and thus duplicating the ECOSOC. All were in danger of choking the system.*

² E. Benvenisti, G. W. Downs, *The Empire's New Clothes. Political Economy and the Fragmentation of International Law*, „Stanford Law Review” 2007-2008, t. 60, s. 597 i 608. Dodają oni dalej, że *the “pluralism” produced by this fragmentation is less representative, less diverse, and less generative that the term implies. With only few exceptions, the design and operation of the resulting international legal order reflect the interests of only a handful of developed states and their internal constituencies, and there are hostile to redistribution. (...) Faced with hierarchy's declining legitimacy, powerful states have increasingly turned to fragmentation to maintain their control.* Zob. *ibidem*, s. 626. Zobacz również: G. Hafner, *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, „Michigan Journal of International Law” 2004, vol. 25, no 4, s. 849-850.

ne przedstawienie przyczyn tego stanu rzeczy, zaprezentowanie zalet i wad heterogeniczności prawa międzynarodowego oraz wskazanie tych elementów prawa międzynarodowego, które, pozostając do dziś niedoceniane, stanowią o jedności i unikalności prawa międzynarodowego.

Sądy międzynarodowe a spójność prawa międzynarodowego

Istotnym elementem, częściowo wyżej wspomnianym, jest wzrost liczby sądów międzynarodowych po II wojnie światowej. Warto przy tym zauważyć, że sądy międzynarodowe jak żaden inny organ krajowy czy międzynarodowy, mają duży wpływ na kształtowanie się zjawiska fragmentacji. Nie chodzi przy tym wyłącznie o sądy regionalne (m.in. Amerykański Trybunał Praw Człowieka, Europejski Trybunał Sprawiedliwości, Europejski Trybunał Praw Człowieka), ale także sądy specjalistyczne poszczególnych gałęzi prawa międzynarodowego (m.in. system rozstrzygania sporów WTO, Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza). Ten swoisty *system sądów międzynarodowych* ma charakter niepowtarzalny i unikatowy na tle każdego systemu prawnego (czy to krajowego czy międzynarodowego). Przyjmuje się, że ma to swoje zalety oraz wady. Dla niektórych autorów fragmentacja jest pozytywną alternatywą dla formalistów, którzy widzą prawo międzynarodowe w ujęciu hierarchicznym na kształt prawa krajowego³. Takie pojmowanie prawa międzynarodowego promuje hierarchiczność oraz zastój ponad pluralistyczną konkurencję norm oraz adaptację. Zdaniem tych prawników taka struktura jest niedostosowana do potrzeb gwałtownie zmieniającego się i bardziej egalitarnego środowiska międzynarodowego, które na skutek postępu technicznego polega w coraz większym stopniu na wyspecjalizowanych instytucjach międzynarodowych. W związku z tym fragmentacja oraz wzrost liczby sądów międzynarodowych jest *either an unavoidable minor problem in a rapidly transforming international system, or even a rather positive demonstration of the responsiveness of legal imagination to social change*⁴.

Istnieje również silny pogląd doktrynalny, zgodnie z którym fragmentacja jest balansowana poprzez dialog międzysądowy (*interjudi-*

³ M. Koskenniemi, P. Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, „Leiden Journal of International Law” 2002, t. 15, s. 553 i n.; M. Koskenniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, „Modern Law Review” 2007, t. 70, s. 2 i n.

⁴ M. Koskenniemi, P. Leino, *op. cit.*, s. 575.

cial dialogue), co przynosi korzyści dla całego prawa międzynarodowego. Wymiana poglądów między sądami sprzyja bowiem jedności międzynarodowego porządku prawnego oraz przyznaje uczestnikom sądowego obrotu międzynarodowego środki do wzajemnej komunikacji i wymiany informacji. Zdaniem Williama W. Burke-White'a taki dialog zezwala na rozwiązywanie potencjalnych konfliktów oraz na zachowanie spójności prawa międzynarodowego w obliczu postępującej fragmentacji⁵. Nie do końca jednak praktyka pokazuje, że sądy międzynarodowe „komunikują się” między sobą, zależy to raczej od nastawienia samych sędziów oraz danego sądu. Anna-Marie Slaughter z kolei posługuje się terminem *global community of courts*, co oznacza sieć powiązań między sądami krajowymi i międzynarodowymi, które korzystają bezpośrednio lub pośrednio z mocy perswazyjnej orzeczeń wydanych w innych jurysdykcjach⁶.

Mimo iż wielu autorów upatruje wiele pozytywów we fragmentacji prawa międzynarodowego, to niewątpliwą wadą tego procesu będzie jednak dalsze rozszczepianie prawa międzynarodowego i jego normatywnej integralności. W tym kontekście należy postrzegać stanowisko Prezesa MTS, Gilberta Guillaume'a, który wypowiedział się następująco na VI Komitecie Prawnym Zgromadzenia Ogólnego NZ:

*The proliferation of international courts gives rise to a serious risk of conflicting jurisprudence, as the same rule of law might be given to different interpretation in different cases. A dialogue among judicial bodies is crucial, the ICJ as the principal judicial organ of the UN, stands ready to apply itself to this end and it receives the necessary sources*⁷.

Haski sędzia zwraca uwagę na potencjalną możliwość anarchizacji prawa międzynarodowego i utraty jego uniwersalnego wymiaru. W takich sytuacjach należy uwypuklić rolę i zdania stojące przed MTS, a powinność społeczności międzynarodowej oraz doktryny podkreślania autorytetu i prestiżu głównego organu sądowego NZ. Z drugiej strony, tak duża liczba sądów może wpłynąć pozytywnie na bogactwo i rozwój prawa międzynarodowego, zwiększenie liczby

⁵ W. W. Burke-White, *International Legal Pluralism*, „Michigan Journal of International Law” 2004, t. 25, s. 967.

⁶ A.-M. Slaughter, *Global Community of Courts*, „Harvard Journal of International Law” 2003, t. 44, s. 191-219.

⁷ G. Guillaume, *La politique des Etats à l'égard du règlement par tierce partie*, [w:] *La Cour internationale du justice à l'aube du 21eme siècle. La regard d'un juge*, Paris 2003, s. 27, cyt. za W. Czapliński, *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski (red.), *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007, s. 81-82.

spraw zakończonych wyrokiem sądowym może sprzyjać oraz większą szansę na realizację postulatu zasady rządów prawa⁸.

Niekorzystne skutki zwiększenia liczby sądów międzynarodowych powodują za to rozszczepianie prawa międzynarodowego, czego najlepszym i najbardziej znanym przykładem jest *sprawa Tadića* oraz konflikt Międzynarodowego Trybunału Karnego do spraw Jugosławii z MTS wokół odpowiedzialności państwa za działania jednostki. W 1986 r. MTS wydał wyrok dotyczący m.in. odpowiedzialności USA za działalność partyzantki *Contras*, w którym stwierdził, że tą kwestią rządzi zasada efektywności, która wyraził w następujący sposób:

*For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.*⁹

Do powyższej wypowiedzi krytycznie ustosunkował się MTKJ (Izba Apelacyjna), który w *sprawie Tadića* badał, czy działania sił zbrojnych Republiki Serbskiej mogą być przypisane Jugosławii. Przyjął on odmienną tezę i stwierdził, że państwo jest odpowiedzialne, jeżeli sprawowało ogólną kontrolę nad jednostką:

The requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control. (...)

In the light of the above discussion, the following conclusion may be safely reached. In the case at issue, given that the Bosnian Serb armed forces constituted a "military organization", the control of the FRY authorities over these armed forces required by international law for considering the armed conflict to be international was overall control going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of

⁸ J. I. Charney (*The Implication of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea*, „American Journal of International Law” 1996, t. 90, s. 73-74) pisze następująco: *We should celebrate the increased number of forums for third-party dispute settlement found in the Convention and other international agreements because it means that international third-party settlement procedures, especially adjudication and arbitration, are becoming more acceptable. This development will promote the evolution of public international law and its broader acceptance by the public as a true system of law.*

⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, „I. C. J. Reports” 1986, par. 115.

*military operations. By contrast, international rules do not require that such control should extend to the issuance of specific orders or instructions relating to single military actions, whether or not such actions were contrary to international humanitarian law*¹⁰.

Działalność MTKJ wzbudziła liczne zastrzeżenia w literaturze przedmiotu¹¹. Uważa się słusznie, że nie jest funkcją sądu karnego ocena decyzji sądów międzynarodowych, tylko rozpoznanie sprawy karnej. Wypowiedzi MTKJ kwestionujące dotychczasowy dorobek MTS mają (lub mogą mieć) bardzo patologiczny wpływ na całe prawo międzynarodowe. Nie służą one w żadnym stopniu postulatowi jednolitości prawa i jego przewidywalności, a jedynie mogą budzić chaos i brak przejrzystości. W tym też tonie wypowiedział się Luigi Condorelli stwierdzając, że działalność MTKJ przyczynia się raczej do nieporządku niż do porządku międzynarodowego¹².

MTS w jednej z ostatnich spraw zmuszony był ponownie odnieść się do kwestii odpowiedzialności państwa za działanie jednostki. Trybunał słusznie nie wszedł w spór z MTKJ i skromnie zauważył, że test efektywnej kontroli stanowi normę zwyczajową, która została skodyfikowana w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego. Jego wypowiedź świadczy w dużym stopniu o powadze i warsztacie pracy tego organu, który nie pozwala sobie na kontrowersyjne ujmowanie swych wypowiedzi dające następnie podstawę do krytyki na łonie doktryny:

The Applicant has, it is true, contended that the crime of genocide has a particular nature, in that it may be composed of a considerable number of specific acts separate, to a greater or lesser extent, in time and space. According to the Applicant, this particular nature would justify, among other consequences, assessing the "effective control" of the State allegedly responsible, not in relation to each of these specific acts, but in relation to the whole body of operations carried out by the direct perpetrators of the genocide. The Court is

¹⁰ Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadić* (1999), „International Legal Materials”, t. 38, s. 1541, par. 117, 145 (kursywa w oryginale).

¹¹ W. Czapliński, *op. cit.*, s. 116, który cytuje również G. Guillaume, *La Cour internationale de justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire*, „RGDIP” 1996, no. 100, s. 332. Ten ostatni uważa słusznie za niezdrową sytuację, w której dwa sądy międzynarodowe zajmują się kwestią ludobójstwa w Bośni i Hercegowinie. Podobnie wypowiada się T. Meron, *The Ad Hoc International Criminal Tribunals and the Proposed International Criminal Court*, „ASIL Bulletin” 1995, nr 9, listopad, s. 18.

¹² L. Condorelli, *Le tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie et sa jurisprudence*, „Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho International” 1997, nr 1, s. 262 i n., cyt. za W. Czapliński, *op. cit.*, s. 117.

however of the view that the particular characteristics of genocide do not justify the Court in departing from the criterion elaborated in the Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*) (...). The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*. Genocide will be considered as attributable to a State if and to the extent that the physical acts constitutive of genocide that have been committed by organs or persons other than the State's own agents were carried out, wholly or in part, on the instructions or directions of the State, or under its effective control. This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility¹³.

W ostatnim wyroku MTS pozostał przy swojej dotychczasowej linii orzeczniczej, mimo iż został skrytykowany przez MTKJ. W tej sprawie widać bardzo jaskrawo, jak dwa trybunały międzynarodowe podeszły zupełnie odmiennie do tej samej kwestii. Można oczywiście próbować dowodzić, że powyższe stanowiska sądów są ze sobą zgodne, gdyż jedno zajmuje się prawem karnym, a drugie prawem międzynarodowym publicznym, ale pozostawia to jednak pewien niesmak oraz poczucie osłabiania i rozdzielania prawa międzynarodowego.

Negatywny wpływ na prawo międzynarodowe mogą mieć również inne wypowiedzi sądów karnych. W jednej ze spraw, MTKJ stwierdził dobitnie, że każdy sąd jest systemem zamkniętym, chyba że jego statut stanowi inaczej¹⁴. Takie zdanie spotkało się z uzasadnioną krytyką ze strony doktryny prawa międzynarodowego¹⁵.

Niebezpieczeństwem dla prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych w ogóle (a tym samym bezpieczeństwa międzynarodowego i pokoju) jest postrzeganie każdego z podsystemu jako kompletnego i samowystarczającego, przez co jest on niezależny i antonimiczny od pozostałych norm prawa międzynarodowego. Czasami prawnicy nieświadomie sami tworzą takie sytuacje. Bardzo często na przykład fragmentacji powołuje się sprawę *amerykańskiego personelu dyplomatycznego i konsularnego w Teheranie*.

¹³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, „I. C. J. Reports” 2007, par. 401.

¹⁴ Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadić* (1995), Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, par. 11.

¹⁵ M. Couston, *La multiplication des juridictions internationales. Sens et dynamiques*, „Clunet” 2002, no. 129, s. 20-21, cyt. za W. Czaplinski, *op. cit.*, s. 98. Podkreśla się, że każdy sąd, podobnie jak i jego statut, nie działa w próżni i funkcjonuje w systemie prawa międzynarodowego.

W tej sprawie MTS uznał, że prawo dyplomatyczne jest samo-wystarczalne (*self-contained*), a w związku z tym stosowanie przeciwności należy ograniczyć tylko do tego podsystemu.

In any case, even if the alleged criminal activities of the United States in Iran could be considered as having been established, the question would remain whether they could be regarded by the Court as constituting a justification of Iran's conduct and thus a defence to the United States' claims in the present case. The Court, however, is unable to accept that they can be so regarded. This is because diplomatic law itself provides the necessary means of defence against, and sanction for, illicit activities by members of diplomatic or consular missions.

The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse¹⁶.

Wypowiedź MTS, jakkolwiek słuszna w tej sprawie, może mieć jednak negatywny kontekst. Sprawia bowiem wrażenie, że prawo dyplomatyczne jest oddzielone od pozostałych gałęzi prawa międzynarodowego, a MTS blokuje stosowanie pozostałych środków wynikających z prawa międzynarodowego do konfliktów na tle prawa dyplomatycznego. MTS sam zresztą przyczynia się do tej sytuacji poprzez stwierdzenie, że prawo dyplomatyczne stanowi *self-contained régime*. W tym sensie wypowiedź Trybunału nie wydaje się szczególnie fortunna.

W innym, niemniej znanym wyroku, MTS stwierdził, że:

There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence. (...) It will therefore be clear that customary international law continues to exist and apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content¹⁷.

Ten znany cytat często powoływany przy teorii źródeł prawa międzynarodowego niesie również za sobą niebezpieczeństwa na polu

¹⁶ *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, „I. C. J. Reports” 1981, par. 83, 86.

¹⁷ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, „I. C. J. Reports” 1986, par. 178-179.

fragmentacji prawa międzynarodowego. Składa się na to wiele czynników. Nie zawsze bowiem jest tak, że norma traktatowa pokrywa się z normą zwyczajową. Wypowiedź Trybunału skłania natomiast do poparcia tezy, że MTS może orzekać na podstawie normy zwyczajowej, nawet jeśli jest ona różna od normy traktowej¹⁸. Co zatem zrobić w sytuacji, gdy norma traktatowa i zwyczajowa jest różna, a Trybunał może orzekać tylko na podstawie zwyczaju? Co zrobić, gdy państwa zawarły w traktat, który całkowicie różni się od prawa zwyczajowego, a Trybunał nie może odnieść się w wyroku do takiej umowy? Przyjmując powyższe rozumowanie Trybunału mógłby orzekać nawet w takiej sytuacji i wydać wyrok, który nie mógł brać pod uwagę późniejszego prawa traktowego. Takie rozumowanie mogłoby graniczyć z absurdem, gdyż w takich okolicznościach Trybunał działałby tak jakby w pewnej próżni, świadomy, że orzeka na podstawie norm, które nie mają zastosowania między stronami. Czy nie właśnie w ten sposób MTS przyczynia się do fragmentacji i anarchizacji prawa międzynarodowego? W tym kontekście zdaje się, że wypowiedź Trybunału poszła zbyt daleko, a Trybunał nie zastanowił się nad wszystkimi konsekwencjami swoich sformułowań. Warto przy tym nadmienić, że jednym z niepisanych celów MTS wydaje się być utrzymywanie spójności, jasności i przewidywalności prawa międzynarodowego. Niniejsze stanowisko zdaje się temu zaprzeczać, podczas gdy teza z wyroku z 2007 r. jest zgodna z tym celem.

Karta NZ a prawo międzynarodowe

Zasadniczo jeden system ma priorytet nad pozostałymi: jest to Karta Narodów Zjednoczonych. Przyjmuje się powszechnie w ramach nauki prawa międzynarodowego, że Karta zajmuje naczelną miejsce w prawie międzynarodowym jako dokument konstytucyjny społeczności międzynarodowej. T. M. Franck uważa, że taki charakter nadają jej takie cechy jak trwałość, ciągłość wspierana przez jej uniwersalizację, utrudnioną procedurę dokonywania w niej zmian i jej nadrzędność wobec innych zobowiązań członków Narodów Zjednoczonych oraz zdolność do podejmowania decyzji na zasadzie głosowania¹⁹. Krzysztof Skubiszewski uważa, że Karta jest odbiera-

¹⁸ Szczególne znaczenie ma tu słowo *even*.

¹⁹ T. M. Franck, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, [w:] J. A. Frowein et al. (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace. Lieber Amicorum Tono Eitel*, Berlin et al. 2003, s. 96-106, cyt. za J. Kolasa, *Normatywne podstawy jedności prawa międzynarodowego. Zarys problemu*, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski (red.), *Rozwój prawa międzynarodowego*

na jako konstytucja ze szczególnym uwzględnieniem celów organizacji, które sprzyjają wykładni teleologicznej i stosowania doktryny kompetencji dorozumianych²⁰. Alfred Verdross i Bruno Simma uważają z kolei, że Karta NZ urosła do rangi konstytucji uniwersalnej społeczności państw²¹. Bardo Fassbender uważa, że konstytucyjną charakterystyką Karty przemawiają następujące elementy:

- konstytucyjny moment powstania Karty²² - społeczność międzynarodowa była świadoma w 1945 r., że nowy dokument dokona głębokiej i rewolucyjnej transformacji w międzynarodowym porządku świata. Świadczy o tym m.in. przyznanie szerokich kompetencji Radzie Bezpieczeństwa, art. 2 ust. 7 oraz 103 Karty;
- wprowadzenie systemu zarządu stosunkami międzynarodowymi (Karta przewiduje funkcje legislacyjne, sądowe oraz wykonawcze dla NZ). Główną rolę odgrywa tutaj Rada Bezpieczeństwa ze swoimi kompetencjami;
- ustalone zasady członkostwa;
- hierarchia norm – wskazuje na to bez wątpienia art. 103 Karty, a wyższa pozycja Karty w hierarchii norm prawa międzynarodowego jest także potwierdzona w innych dokumentach (m.in. Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów, Deklaracja Zasad Prawa Międzynarodowego (Rezolucja ZO NZ nr 2625), Artykuły o Odpowiedzialności Państw);
- nazwa umowy „Karta”, która ma konotacje z dokumentami o charakterze podstawowym, równoznacznym z pisaną konstytucją;
- konstytucyjna historia Narodów Zjednoczonych;
- uniwersalność Karty – obejmuje ona wszystkich członków społeczności międzynarodowej²³.

– *jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007, s. 13-14. J. Kolasa dodaje, że najważniejszym argumentem na rzecz konstytucjonalności Karty jest przede wszystkim stały, konsekwentny, spójnie rozszerzający się rozwój prawnoinstytucjonalnego systemu prawa międzynarodowego przez Kartę, wokół Karty i pod egidą Narodów Zjednoczonych.

²⁰ K. Skubiszewski, *Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter*, [w:] R. Bernardt (red.), *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin 1983, s. 893.

²¹ A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin 1984, s. vii-viii. Bardzo ciekawy przegląd poglądów znawców prawa międzynarodowego prezentuje B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1998, t. 36, s. 538-551.

²² Nazwa zaczerpnięta od B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass. 1991, *passim*.

²³ B. Fassbender, *op. cit.*, s. 573-584.

Spojrzenie na Kartę jako konstytucję społeczności międzynarodowej bez wątplenia wspiera spójność i efektywność prawa międzynarodowego. Istotnym i chyba najpoważniejszym argumentem na rzecz nadrzędności karty nad innymi zobowiązaniami międzynarodowymi jest treść art. 103 Karty NZ. Zarówno system NZ, jak i w specyficzny sposób rozumiana hierarchia norm prawa międzynarodowego, jest jednak zagrożona co raz częściej nie tylko w wyniku takiej a nie innej konstrukcji prawa międzynarodowego, ale przez wspomniane już pewne czynniki leżące *stricte* poza samym prawem międzynarodowym. MTS w jednej ze spraw powtórzył treść art. 103 i stwierdził, że:

*(...) in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention*²⁴.

Sędzia Weeramantry dodał, że:

Article 25 of the Charter, under which all Members of the United Nations agree to accept and carry out all decisions of the Security Council in accordance with the Charter imposes a binding legal obligation on all States of compliance with decisions of the Security Council. Article 25 is reinforced by Article 103 so that even in the event of a conflict with obligations under any other agreement, the obligations under Article 25 shall prevail.

*Without expressing definitive views on the matter at this stage of provisional measures, I take the view that resolution 748 (1992) must be treated as binding on Libya as on all countries in terms of Article 25 of the United Nations Charter and that, in terms of Article 103, the obligations it lays down prevail over the obligations flowing from any other international agreement. In specific terms, this means that Libya is, prima facie, bound by the provisions of that resolution even if they should conflict with the rights Libya claims under the Montreal Convention*²⁵.

²⁴ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Order of 14 April 1992), „I. C. J. Reports” 1992, par. 42. Bardzo ciekawie rzecz ujął sędzia Bedjaoui, który stwierdził, że: *That Article, which gives precedence to obligations under the Charter (i.e., Libya’s obligation to comply with resolution 748 (1992)) as compared to obligations “under any other international agreement” (here the 1971 Montreal Convention) is aimed at “obligations” - whereas we are dealing with alleged “rights” such as, in my view, are protected by provisional measures - and, in addition, does not cover such rights as may have other than conventional sources and be derived from general international law.* Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui, par. 29.

²⁵ *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, „I. C. J. Reports” 1992, s. 177.

Komisja Prawa Międzynarodowego w swym raporcie na temat fragmentacji prawa międzynarodowego stwierdziła, że:

*The scope of Article 103 extends not only to the Articles of the Charter but also to binding decisions made by United Nations organs such as the Security Council. Given the character of some Charter provisions, the constitutional character of the Charter and the established practice of States and United Nations organs, Charter obligations may also prevail over inconsistent customary international law*²⁶.

Wypowiedzi te potwierdzają hierarchicznie wyższą pozycję Karty NZ (i decyzji Rady Bezpieczeństwa podjętej w trybie rozdziału VII) nad innymi zobowiązaniami międzynarodowymi. Stąd rezolucje Rady Bezpieczeństwa są wiążące wobec wszystkich członków NZ na podstawie art. 25 Karty i w związku z art. 103 zobowiązania wynikające z tego dokumentu przeważają nad zobowiązaniami wynikającymi z jakiegokolwiek innego porozumienia międzynarodowego. Przykładowo, Polska jest zobowiązana wykonywać rezolucje Rady Bezpieczeństwa, nawet jeśli pozostaną one w konflikcie ze zobowiązaniami wynikającymi z TWE lub TUE.

Krajowe systemy prawne dysponują sprawnym systemem norm prawnych decydujących o rozstrzygnięciu konfliktów norm. Tym samym dbają one a harmonijnie i nieprzerwane działanie krajowego systemu prawnego. Wydaje się z kolei, że prawo międzynarodowe nie dysponuje takim sprawnym systemem, co naraża na szwank jego prawidłowe działanie i może prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której normy pozostające w konflikcie będą miały być stosowane jednocześnie lub w której stosowanie normy niższego rzędu (względnie normy krajowej) będzie wypierało stosowanie normy wyższego rzędu (względnie normy międzynarodowej), lub nawet – co wydaje się z goła nieprawdopodobne – normy *ius cogens*. Stąd trzeba pamiętać, że w przypadku konfliktu norm trzeba pamiętać o pewnej hierarchii norm prawa międzynarodowego, które tworzą przede wszystkim art. 103 Karty NZ i normy *ius cogens*²⁷.

²⁶ *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/61/10, 2006, par. 35. Zgodnie z tym Komisja przyjęła słusznie tezę, że Karta deroguje również sprzeczne normy zwyczajowe. Nie może zatem powstać norma zwyczajowa sprzeczna z Kartą. Zob. również: B. Fassbender, *op. cit.*, s. 586.

²⁷ Zob. szerzej: J. Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2004. Warto również wskazać, że zgodnie z zasadami wykładni prawa międzynarodowego (wykładnia systemowa - art. 31 ust. 3 pkt c Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów) proces interpretacji ma się odbywać w kontekście wszelkich odpowiednich norm prawa międzynarodowego, mających zastosowanie.

Można przykładowo podać następujące potencjalne konflikty:

- WTO a powszechne prawo międzynarodowe np. USA broniły swoich zakazów importowych co do krewetek powołując się na umowy dotyczące ochrony środowiska;
- WTO a regionalne systemy integracji gospodarczej;
- istotnym polem konfliktów będą prawa człowieka, np. regionalny system ochrony praw człowieka a powszechne prawo międzynarodowe (np. immunitet państwa).

Podsystemy prawa międzynarodowego wprowadzają zatem regulację, które wypiera regulację powszechną. Wszystkie te czynniki mają dezintegrujący wpływ na prawo międzynarodowe. Plusem jest za to, że prawo międzynarodowe odzwierciedla postępującą specjalizację życia oraz stosunków międzynarodowych. Zaletą takiego pluralizmu systemów prawnych jest również to, że sprzyja to wyższemu poziomowi przestrzegania norm prawa międzynarodowego przez państwa. Warto również wskazać, że zazwyczaj podsystemy prawa międzynarodowego lepiej spełniają oczekiwania państw i są lepiej dostosowane nie tylko do ich potrzeb, ale także do konkretnego, regulowanego wycinku stosunków międzynarodowych. Naturalną konsekwencją tego będzie zatem fakt, że podsystemy są zdolne do tworzenia lepszego prawa.

Niekiedy padają negatywne wypowiedzi doktryny na temat orzeczeń sądów europejskich (ETPCz oraz ETS) w sytuacji, kiedy wykładają one oraz stosują prawo międzynarodowe (przykładowo można choćby podać sprawę *Behrmami* i *Saramati*). Powody do kontestacji daje albo sama sentencja wyroku albo też jego uzasadnienie. Mając na uwadze proces fragmentacji prawa międzynarodowego oraz znaczenie i rolę systemu Narodów Zjednoczonych niezwykle ważną decyzją w kontekście obydwu zagadnień okazała się *sprawa Kadi*²⁸, które stała na wokandzie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

wanie w stosunkach między stronami.

²⁸ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi v Council and Commission, Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*.

Sprawa Kadi

Uwagi wstępne (zasada poszanowania prawa międzynarodowego)

Dotychczasowe orzecznictwo ETS stoi na stanowisku uznania jako podstawowej zasady nadrzędność prawa wspólnotowego. Sądy wspólnotowe są również zdania, że przestrzeganie wiążącego Wspólnotę prawa międzynarodowego jest jej obowiązkiem i dlatego też trzeba przyjąć, że zasada przestrzegania prawa międzynarodowego jest naczelną zasadą prawa wspólnotowego²⁹. Warto również dodać, że ETS kilkakrotnie podkreślał, że jest strażnikiem prawa europejskiego, a jego orzeczenia nie mogą być poddane kontroli przez sądy międzynarodowe czy krajowe. W tym kontekście rysuje się duże podobieństwo do przyrównania ETS do naczelnego sądu krajowego, który zauważa, że jego orzeczenia są ostateczne i nie mogą być podważane, nawet jeżeli mogą być sprzeczne z prawem międzynarodowym. Tymczasem prawo międzynarodowe wyraźnie wskazuje, że nie można zasłaniać się prawem krajowym w celu niewykonania prawa międzynarodowego (m.in. art. 27 KWPT). Tu rysuje się bardzo ciekawy problem, czy Wspólnota może przedkładać prawo wspólnotowe ponad wiążące państwa członkowskie umowy międzynarodowe. Gdyby przyjąć tezę o możliwości zastosowania przepisu art. 27 KWPT, to doszlibyśmy do wniosku, że niewykonanie zobowiązania międzynarodowego poprzez powołanie się na normę prawa wspólnotowego powoduje powstanie odpowiedzialności międzynarodowej państw członkowskich i samej Wspólnoty. Wydaje się zatem, że powołanie się na normę europejską i odmówienie zastosowania prawa międzynarodowego może mieć naprawę taki skutek.

Stan faktyczny

Jedną z istotnych rzeczy, która zajmowała po 2001 r. społeczność międzynarodową, była sprawa ataków terrorystycznych dokonywanych przez organizację Bin Ladena. Rada Bezpieczeństwa przyjęła w tym celu m.in. rezolucję 1267 (1999), która w głównej mierze potępiała wykorzystanie przez Talibów terytorium Afganistanu na cele terrorystyczne i przewidywała nałożenie określonych sankcji na ugrupowania terrorystyczne. W paragrafie 6 rezolucji przewidziano

²⁹ Szerzej: C. Mik, *Zasada przestrzegania prawa międzynarodowego przez Wspólnotę Europejską w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu I Instancji*, [w:] C. Mik (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, Toruń 2001, s. 266, 269, 272.

utworzenie Komitetu dotyczącego Al-Kaidy i talibów oraz powiązanych jednostek i firm. Zgodnie z rezolucją państwa mają m.in. obowiązek zamrozić wszystkie fundusze jednostek i firm, które zostały wpisane na listę przez Komitet. O tym, kto znajduje się na liście oraz kogo można z niej wypisać, decyduje sam Komitet. Decyzja Rady Bezpieczeństwa została następnie wykonana przez UE, która przyjęła wspólne stanowisko 1999/727/CFSP i wydała w tej sprawie rozporządzenia nr 337/2000 i 467/2001, których Aneks nr 1 zawierał listę osób objętych sankcjami Rady Bezpieczeństwa. Yassin Abdullah Kadi, Ahmed Ali Yusuf oraz *Al Barakkat International Foundation* zostali wpisani na sankcjonowaną listę w listopadzie 2001 r. Dołączono ich następnie do Aneksu nr 1 rozporządzeniem nr 467/2001. Zaskarżyli oni rozporządzenie do Sądu I Instancji (i pośrednio zatem rezolucję 1267), gdzie zarzucali naruszenie prawa do bycia wysłuchanym, naruszenie prawa do poszanowania własności, naruszenie prawa do skutecznego środka sądowego. Sąd ich roszczenie oddalił i stwierdził, że:

- nie ma jurysdykcji do pośredniego badania legalności rezolucji Rady Bezpieczeństwa na podstawie standardu ochrony podstawowych prawa człowieka (tak jak są one przyjęte w prawie wspólnotowym), gdyż nie ma do tego upoważnienia wynikającego z prawa międzynarodowego lub prawa wspólnotowego;
- wyjątkowo, w pewnych zakresie Sąd może badać pośrednio legalność decyzji Rady Bezpieczeństwa, ale dzieje się to tylko w takim przypadku, gdy chodzi o zbadanie naruszenia normy *ius cogens* przez rezolucję. Zatem Sąd będzie miał tylko wtedy jurysdykcję do zbadania legalności rezolucji Rady Bezpieczeństwa, gdy sprawa dotyczy podstawowych praw człowieka mających charakter normy *ius cogens*. Innymi słowy Sąd nie ma jurysdykcji do zbadania, czy rezolucje Rady Bezpieczeństwa są zgodne z podstawowymi prawami człowieka chronionymi przez porządek wspólnotowy. Bardzo ciekawym pytaniem (na które niestety Sąd nie odpowiedział) jest sprawa, na jakiej podstawie Sąd ma prawo do zbadania zgodności rezolucji z normami *ius cogens* (a także *implicit* badanie, czy dana norma jest lub nie jest normą *ius cogens*).

Zdaniem Sądu rezolucje Rady Bezpieczeństwa są wiążące, ale istnieje jedno ograniczenie: muszą być one zgodne z normami *iuris cogentis*. W przypadku, gdy takiej zgodności nie ma, to taka rezolucja nie będzie wiązać ani członków NZ, ani Wspólnoty. W niniejszej sprawie (prawo do procesu, ochrona własności, prawo do skutecznego środka sądowego) Sąd doszedł do bardzo słusznej konkluzji, że

te prawa nie stanowią norm *iuris cogentis*. W ocenie Sądu rezolucje Rady Bezpieczeństwa nie wiążą co prawda Wspólnoty bezpośrednio, ale jednak ich obligatoryjna moc wynika z prawa wspólnotowego³⁰.

Od orzeczenia została wniesiona apelacja do ETS, który przychylił się do argumentów skarżących i uchylił zaskarżone rozporządzenie. Aby rzeczowo odnieść się do wyroku Trybunału, należy wpierv przedstawić pokrótce jego stanowisko.

Trybunał w pierwszym miejscu przypomniał następujące zasady dotyczące porządku wspólnotowego:

- wspólnota opiera się na zasadzie rządów prawa;
- porozumienia międzynarodowe nie mogą naruszyć alokacji uprawnień ustalonej przez TWE;
- prawa podstawowe stanowią integralną część zasad ogólnych prawa, których przestrzeganie zapewnia Trybunał;
- poszanowanie praw człowieka jest warunkiem legalności aktów wspólnotowych³¹.

W ten sposób Trybunał doszedł do wniosku, że zobowiązania nałożone przez umowy międzynarodowe nie mogą naruszać zasad konstytucyjnych TWE, które zawierają również zasadę poszanowania praw podstawowych. W związku z tym sądy wspólnotowe nie mogą badać legalności rezolucji przyjętych przez organ międzynarodowy, nawet jeśli takie badanie byłoby ograniczone do rozpatrzenia zgodności takiej rezolucji z normą *ius cogens*. Co więcej, jakkolwiek wyrok wydany przez judykaturę wspólnotową stwierdzający sprzeczność środka wprowadzającego rezolucję Rady Bezpieczeństwa z normą wyższego rzędu w porządku wspólnotowym, nie będzie kwestionować pierwszeństwa takich rezolucji w prawie międzynarodowym. Trybunał dodał również jednoznacznie, że WE musi przestrzegać prawa międzynarodowego w toku wykonywania swoich

³⁰ *Kadi* (C-402/05 P), par. 192-203; *Yusuf and Al Barakat* (C-415/05 P), par. 242-253. Sąd I Instancji powołał się na sprawę *International Fruit Company* (par. 18) i stwierdził, że gdy Wspólnota przejęła uprawnienia wykonywane wcześniej przez państwa członkowskie w zakresie dotyczącym Karty NZ, to przepisy Karty wiążą Wspólnotę. W związku z tym Wspólnota nie może naruszać zobowiązań nałożonych na członków a płynących z Karty lub utrudniać ich wykonanie oraz przy wykonywaniu swoich uprawnień jest zobowiązana przez TWE do przyjęcia wszystkich środków koniecznych dla realizacji przez członków ich zobowiązań międzynarodowych.

³¹ *Kadi* (C-402/05 P), par. 280-285. Powyższe stanowisko wyraźnie wskazuje na to, że ETS bardzo silnie chroni prawo wspólnotowe i nadaje mu prymat przy badaniu innych norm międzynarodowych. Hierarchizuje zatem normy prawa międzynarodowego stawiając na przedzie naczelne zasady prawa wspólnotowego.

uprawnień³², a honorowanie zobowiązań przyjętych w ramach Narodów Zjednoczonych jest konieczne (*required*) w takim samym stopniu jak zobowiązań w sferze utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa w sytuacji, w której Wspólnota podejmuje środki w celu wypełnienia rezolucji przyjętych przez Radę Bezpieczeństwa na podstawie rozdziału VII Karty³³. Jednocześnie Trybunał przyjął również, że zasady rządzące międzynarodowym porządkiem prawnym na podstawie Karty nie wyłączają możliwości badania wewnętrznej legalności regulacji w świetle podstawowych wolności tylko z tego powodu, że środek ma na celu wykonanie rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Co więcej, taki immunitet od jurysdykcji dla środka wspólnotowego – jako pochodna zasady pierwszeństwa na poziomie prawa międzynarodowego zobowiązań przyjętych na podstawie Karty (w szczególności co do implementacji rezolucji Rady Bezpieczeństwa) – nie ma podstawy w TWE³⁴. Trybunał doszedł do wniosku, że rezolucje Rady Bezpieczeństwa nie posiadają pierwszeństwa w porządku wspólnotowym i związku z tym hierarchicznie wyższego miejsca od zasad podstawowych dla porządku wspólnotowego, w skład których wchodzi ochrona praw podstawowych³⁵. Trybunał podkreślił niestety, że

*the review by the Court of the validity of any Community measure in the light of fundamental rights must be considered to be the expression, in a community based on the rule of law, of a constitutional guarantee stemming from the EC Treaty as an autonomous legal system which is not to be prejudiced by an international agreement*³⁶.

Dalej Trybunał przyznaje sobie jednak w sposób zawołany prawo do kontroli decyzji Rady Bezpieczeństwa w następujący sposób:

It has in addition been maintained that, having regard to the deference required of the Community institutions vis-à-vis the institutions of the United Nations, the Court must forgo the exercise of any review of the lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental rights, even if such review were possible, given that, under the system of sanctions set up by the United Nations, having particular

³² Trybunał powołał się tu na dwie sprawy: *Pulsen and Diva Navigation*, par. 9; *Racke*, par. 45.

³³ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, par. 280-293.

³⁴ *Ibidem*, par. 299-300.

³⁵ *Ibidem*, par. 304-308.

³⁶ *Ibidem*, par. 316. Podkreślenie dodane przez autora. Warto tutaj zadać pytanie, czy w przypadku konfliktu TWE - jako autonomiczny system prawny - jest niezależny również od *normius cogens*. Niestety, ETS w tym miejscu nie odniósł się do art. 103 Karty, co utrudnia zrozumienie stanowisko Trybunału.

*regard to the re-examination procedure which has recently been significantly improved by various resolutions of the Security Council, fundamental rights are adequately protected*³⁷.

ETS zatem przyznaje (odmiennie niż Sąd I instancji), że nie może kontrolować decyzji Rady Bezpieczeństwa, o ile prawa podstawowe są odpowiednio chronione. Jeżeli jednak nie są one chronione, to w dalszej części swoich wywodów Trybunał dochodzi do wniosku, że przyznanie immunitetu (wyłączającego rezolucje Rady Bezpieczeństwa spod ochrony praw podstawowych ustanowionych przez TWE) jest nieuzasadnione (*unjustified*), gdyż nie daje on gwarancji ochrony sądowej³⁸. Można zatem stwierdzić, że ETS rozszerzył zakres kontroli rezolucji Rady Bezpieczeństwa ponad normy *ius cogens* na prawa podstawowe. Nasuwa się w tym miejscu następująca uwaga: jak daleko ETS zdecyduje się na rozszerzenie takiej kontroli? Czy w grę wchodzić będzie również zgodność rezolucji z wszystkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego? Wydaje się raczej, że ETS dochodzi do stanowiska, że nie będzie respektował norm Karty w sytuacji, gdy NZ nie chronią praw podstawowych.

Przyznawszy sobie kompetencję do kontroli decyzji Rady Bezpieczeństwa Trybunał dokonał następnie analizy wytycznych Komitetu Sankcyjnego 1267³⁹, a tym samym tak naprawdę decyzji Rady Bezpieczeństwa pod kątem praw podstawowych stanowiących integralną część zasad ogólnych prawa wspólnotowego⁴⁰. W ocenie Trybunału zadaniem sądownictwa wspólnotowego jest zapewnienie kontroli legalności wszystkich aktów wspólnotowych z prawami podstawowymi, włączając w to środki, które są przyjęte w celu realizacji rezolucji przyjętych przez Radę Bezpieczeństwa. W konkluzji stwierdził, że

The Court of First Instance erred in law, therefore, when it held (...) that it followed from the principles governing the relationship between the international legal order under the United Nations and the Community legal order that the contested regulation, since it is designed to give effect to a resolution adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations affording no

³⁷ *Ibidem*, par. 318.

³⁸ Rada Bezpieczeństwa wprowadziła z czasem (Rez. 1730 (2006) i 1735 (2006)) pewne zmiany w procedurach Komitetu, co jednak zdaniem MTS nie może być przedmiotem badania ze względu na fakt, że rozporządzenie wydano przed powyższymi zmianami. *Ibidem*, par. 319-322.

³⁹ Strona NZ, http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf, 10 marca 2009 r.

⁴⁰ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, par. 323-326.

latitude in that respect, must enjoy immunity from jurisdiction so far as concerns its internal lawfulness save with regard to its compatibility with the norms of jus cogens.

The appellants' grounds of appeal are therefore well founded on that point, with the result that the judgments under appeal must be set aside in this respect⁴¹.

Dalej ETS stwierdził, że prawo do obrony (prawo do bycia wysłuchanym, prawo do efektywnej kontroli sądowej) zostało oczywiście naruszone:

In the circumstances, the inevitable conclusion is, first of all, that neither the contested regulation nor Common Position 2002/402 to which the former refers provides for a procedure for communicating the evidence justifying the inclusion of the names of the persons concerned in Annex I to that regulation and for hearing those persons, either at the same time as that inclusion or later.

(...) the appellants were also unable to defend their rights with regard to that evidence in satisfactory conditions before the Community judicature, with the result that it must be held that their right to an effective legal remedy has also been infringed. (...)

It must, therefore, be held that the contested regulation, in so far as it concerns the appellants, was adopted without any guarantee being given as to the communication of the inculpatory evidence against them or as to their being heard in that connection, so that it must be found that that regulation was adopted according to a procedure in which the appellants' rights of defence were not observed, which has had the further consequence that the principle of effective judicial protection has been infringed⁴².

ETS stwierdził również, że co do zasady wprowadzenie restrykcyjnych środków ograniczających prawo do własności może być uzasadnione⁴³, jednak w tym przypadku nałożenie środków przewidzianych w rozporządzeniu w stosunku do skarżącego (włączenie go na listę zawartą w aneksie nr 1) stanowi bezpodstawne ograniczenie jego prawa do własności.

⁴¹ *Ibidem*, par. 327-328.

⁴² *Ibidem*, par. 345, 349, 352.

⁴³ *Ibidem*, par. 354-371.

Komentarz

ETS miał już raz możliwość wypowiedzi w kontekście wiążących rezolucji Rady Bezpieczeństwa. W sprawie *Bosphorus* ETS zajmował się rozporządzeniem Rady z 1993 r. w sprawie sankcji przeciwko Jugosławii i przy badaniu kwestii naruszenia prawa podstawowych nawiązał do celów rozporządzenia w powiązaniu z celami rezolucji. Nie odniósł się jednak bezpośrednio do art. 103 Karty, a stwierdził jedynie, że cel sankcji jest szczególnie istotny⁴⁴. Niniejsza sprawa porusza z pewnością bardzo interesujące zagadnienia z pogranicza relacji prawa wspólnotowego i prawa międzynarodowego publicznego. Stanowisko Trybunału – bardzo wyraźnie wskazujące na fragmentację prawa międzynarodowego – wskazuje na trzy podstawowe założenia, które przyjął ETS:

- autonomia systemu prawnego UE;
- konstytucjonalność systemu prawnego UE;
- centralna pozycja praw podstawowych w ramach tego systemu⁴⁵.

Stanowisko ETS zdaje się potwierdzać wcześniejsze orzecznictwo. Mimo faktu, że Trybunał podkreśla swe przywiązanie do systemu Narodów Zjednoczonych, to w rzeczywistości zaprzecza sam sobie podważając reguły tego systemu oraz tak naprawdę kompetencję NZ i Rady Bezpieczeństwa, szczególnie w świetle art. 25 i art. 103 Karty. Retoryka sądu jest może i emblematiczna i wzniosła (ma na celu ochronę prawa człowieka), ale nie może wyjść poza ramy prawa międzynarodowego. Na korzyść tej tezy świadczą dwa argumenty:

1. ETS nie ma jurysdykcji do badania zgodności decyzji Rady Bezpieczeństwa z prawem międzynarodowym – już MTS w dwóch sprawach stwierdził, że nie ma jurysdykcji w takich sprawach. W przypadku ETS nie można odnaleźć żadnej normy prawa mię-

⁴⁴ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS, C-84/95*, § 15, 24-25. W konkluzji stwierdził: *As compared with an objective of general interest so fundamental for the international community, which consists in putting an end to the state of war in the region and to the massive violations of human rights and humanitarian international law in the Republic of Bosnia-Herzegovina, the impounding of the aircraft in question, which is owned by an undertaking based in or operating from the Federal Republic of Yugoslavia, cannot be regarded as inappropriate or disproportionate.* Zob. również *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, T-184/95*.

⁴⁵ J. C. Barker, P. J. Cardwell, D. French, N. White, *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008*, „International and Comparative Law Quarterly” 2009, t. 58, s. 233.

dzynarodowego, która by zezwalała Trybunałowi na podjęcie takiej decyzji. Tymczasem ETS podejmuje się badania Karty NZ oraz zgodności decyzji Rady Bezpieczeństwa z art. 1 Karty, a tym samym prawami człowieka tak jak są one ujmowane w prawie wspólnotowym. Tak daleko idąca kompetencja nie znajduje żadnego uzasadnienia w prawie międzynarodowym;

2. w przypadku, w którym Trybunał bada zgodność prawa wtórnego z zasadami prawa wspólnotowego powinien również uwzględnić w swym badaniu normy prawa międzynarodowego. W sytuacji, w której ETS stwierdza naruszenie norm podstawowych porządku wspólnotowego, ma również obowiązek wzięcia pod uwagę zasadę przestrzegania prawa międzynarodowego. W tym kontekście szczególną uwagę należy zwrócić na system Narodów Zjednoczonych oraz art. 25 i art. 103 Karty. A zatem może dojść do sytuacji, w której, mimo iż prawo wtórne nie jest zgodne z prawem pierwotnym, to jednak należy zastosować normę wyższego rzędu zgodnie z treścią art. 103 Karty. Może w ten sposób dojść do sytuacji, w której (w ocenie ETS) podstawowe zasady prawa wspólnotowego będą stały w sprzeczności z prawem międzynarodowym, a w takiej sytuacji Trybunał powinien sam poczuć się w obowiązku poszanowania prawa międzynarodowego i zobowiązań państw członkowskich i zastosować normę wyższego rzędu.

Tymczasem – co jest bardzo zastanawiające – ETS nie odniósł się w zasadzie do argumentu o wyższości hierarchicznej zobowiązań płynących z Karty. Czy można zatem domniemać, że Trybunał przyjął hierarchiczną wyższość zasad podstawowych ponad podstawowe normy prawa międzynarodowego? Lektura wyroku w sprawie Kadi daje niejako sporo powodów na korzyść twierdzącej odpowiedzi. Warto by w tym miejscu zapytać się, gdzie znajduje się norma prawa międzynarodowego zezwalająca na przyjęcie takiego stanowiska. ETS niestety nie podaje żadnej podstawy powołując się jedynie na fundamentalny charakter podstawowych prawa chronionych przez porządek wspólnotowy, którego jest strażnikiem. W ten sposób zmienia aksjologię całego systemu i przypisuje najwyższą wartość prawom podstawowym (podsystemowi prawa międzynarodowego), które nie mogą być umniejszone przez powszechne prawo międzynarodowe. Można by rzec, że każdy system prawny – krajowy czy międzynarodowy (europejski, polski czy amerykański, system WTO czy regionalne systemy praw człowieka) mają takie zasady podstawowe. ETS przypisuje tym zasadom pierwszeństwo pomijając normy rządzące takim konfliktem wypracowane przez społeczność

międzynarodową. A zatem w pewnych przypadkach prawo wspólnotowe będzie zdaniem ETS przeważać nad prawem międzynarodowym wynikającym z Karty. Czy można zatem stwierdzić, że ETS zachował się jak sąd krajowy i zasłonił się prawem wewnętrznym w celu odmówienia stosowania prawa międzynarodowego? Nie da się bowiem ukryć, że sytuacja ta przypomina treść art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów oraz art. 3 Artykułów o odpowiedzialności państw.

Istotny jest jeszcze jeden aspekt sprawy. ETS w zasadzie nie uwzględnił stanowiska państw, szczególnie w przedmiocie jurysdykcji ETS i miejsca rezolucji Rady Bezpieczeństwa w porządku wspólnotowym⁴⁶. Można natomiast wywieść tezę, że stanowisko państw przed Trybunałem stanowią przekonania państw – podmiotów prawa międzynarodowego, w jaki sposób należy stosować powszechne prawo międzynarodowe (Kartę NZ) m.in. w ramach prawa wspólnotowego i jaką rangę należy mu nadać w ramach podsystemu prawa międzynarodowego. Tak znaczące pominięcie stanowisko państw mija się z pewną podstawową zasadą prawa międzynarodowego, mianowicie, że wywodzi się ono (odzwierciedla) wolę państw jako *Herren des Vertrags*.

Orzeczenia takie jak sprawa *Kadi* powodują rozczłonkowanie prawa międzynarodowego. Powodują one, że każdy podsystem kieruje się własnymi normami bez uwzględnienia w należyтым stopniu podstawowych norm prawa międzynarodowego. Orzeczenie takie jak *Kadi* podważa autorytet, stabilność, przewidywalność i wiarygodność prawa międzynarodowego. W ten sposób dochodzi do tego, że każda poszczególne podsystemy prawa międzynarodowego rozchodzą się i tworzą *self-contained islands of international law*⁴⁷.

Stąd jedną z podstawowych tez tej pracy jest założenie, że to sami prawnicy przyczyniają się do fragmentacji. Świadczy o tym chociażby postawa MTKJ oraz sprawa *Kadi*. Wydaje się, że dzieje się tak z następujących względów:

- szeroki zakres oraz duża objętość normatywna prawa międzynarodowego nie pozwala w zasadzie na poznanie całości tego prawa i wymaga dokonywania specjalizacji;
- ograniczenie się (czy też zapomnienie się) w swojej dziedzinie prawa międzynarodowego pomijając przy tym we własnych badaniach pozostałe normy i dziedziny prawa międzynarodowego;

⁴⁶ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, par. 262-277.

⁴⁷ J. Pauwelyn *Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*, „Michigan Journal of International Law” 2003-2004, t. 25, s. 904.

- nieszanowanie w pełni Karty Narodów Zjednoczonych (co jest w pewnej mierze spowodowane bezwładem decyzyjnym panującym w Radzie Bezpieczeństwa przy podejmowaniu najistotniejszych decyzji);
- brak właściwego rozwiązywania konfliktów norm (przy zachowaniu hierarchii norm) w prawie międzynarodowym.

Te wszystkie uwagi dotyczą w szczególności prawników pracujących w sądach międzynarodowych.

Obowiązkiem każdego prawnika międzynarodowego jest ciągle rozwijanie się w zakresie podstaw prawa międzynarodowego niezależnie od obranej specjalizacji. Uwaga zatem pozostaje taka, że każdy prawnik międzynarodowy (czy to osoba zajmująca się międzynarodowym prawem karnym, prawem europejskim, czy międzynarodowym prawem morza) musi się także rozwijać i utrzymywać kontakt z teorią prawa międzynarodowego i jego podstawami normatywnymi. Wydaje się też, że samo użycie słowa 'fragmentacja' ma niekorzystne konotacje związane z potocznym rozumieniem tego słowa, które jest związane z rozpadem (odłączaniem się) na wiele części bądź wyodrębnianiem z pewnej całości. Zakładając zatem, że prawo międzynarodowe ma charakter fragmentaryczny, przyjmujemy równocześnie, że jest ono złożone z fragmentów i urywków, które są wzajemnie mało lub w ogóle niepowiązane i które są również niepełne i wycinkowe.

Stąd można przyjąć, że fragmentacja nie jest zbyt szczęśliwym określeniem na procesy, które obecnie przechodzi prawo międzynarodowe. Warto się może dlatego zastanowić, czy – nie tylko ze względów językowych – nie powinno odstąpić od słowa 'fragmentacja' na rzecz pluralizmu norm prawa międzynarodowego. Zgodnie z definicją słownikową pluralizm oznacza pogląd przeciwstawny monizmowi, wg którego w rzeczywistości lub w poznaniu istnieje (działa) wiele różnych, niezależnych od siebie, podstawowych elementów – substancji, zasad, czynników, sił⁴⁸. Prawo w swym naturalnym biegu dąży raczej do pluralizmu niż monizmu (jednolitości hierarchicznej). Szczególnie prawo międzynarodowe odzwierciedla tę tendencję, są jednak wskazane wyżej instytucje normatywne, które przewidują pewną hierarchiczność norm. Dlatego w prawie międzynarodowym będziemy mogli specyficznie rozumować owo pojęcie i przyjąć, że zakłada ono istnienie wielu systemów prawnomiędzynarodowych, które mają charakter równorzędny przy równoczesnym oddaniu należytego szacunku i prymatu Kartie NZ oraz normom *ius cogens*.

⁴⁸ Encyklopedia PWN, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo.php?id=3958225>, 16 marca 2009 r.

Kończąc rozważania na temat sprawy *Kadi* warto zadać pewne hipotetyczne pytanie, co mają zrobić państwa członkowskie w przypadku konfliktu zobowiązań płynących z Karty ze zobowiązaniami prawa wspólnotowego. Możemy tutaj parafrazować wypowiedź sędziego Weeramantry i powiedzieć, że art. 25 Karty nakłada na państwa członkowskie NZ wiążące prawnie zobowiązanie do podejmowania działań zgodnych z decyzjami Rady Bezpieczeństwa. Art. 25 jest wzmocniony treścią art. 103 Karty w taki sposób, że w przypadku konfliktu ze zobowiązaniami pochodzącymi z jakichkolwiek innych porozumień, zobowiązania płynące z art. 25 przeważają. Stąd rezolucję 1267 (1999) należy traktować jako wiążącą zarówno państwa członkowskie Wspólnoty, jak i wszystkie państwa, zgodnie z art. 25 Karty oraz że zobowiązania płynące z rezolucji przeważają nad zobowiązaniami płynącymi z jakiegokolwiek innego porozumienia międzynarodowego. Oznacza to, że państwa członkowskie Wspólnoty są, *prima facie*, związane przepisami rezolucji, nawet jeśli pozostają one w konflikcie ze zobowiązaniami tych państw wynikającymi z TWE. Ta konkluzja wybitnie przedstawia negatywne skutki fragmentacji oraz decyzji ETS.

Źródła

Orzeczenia

- a) wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego do spraw Jugosławii, Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadić* (1999), „International Legal Materials”, t. 38.
- b) wyroki Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości
Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, „I. C. J. Reports” 1986.
Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, „I. C. J. Reports” 1981.
Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), „I. C. J. Reports” 2007.
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Order of 14 April 1992), „I. C. J. Reports” 1992, Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui; Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, „I. C. J. Reports” 1992.

Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi v Council and Commission, Al Barakaat International Foundation v Council and Commission.

- c) wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości
Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS, C-84/95
Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, T-184/95.

WYZWANIA

* * *

Prawo międzynarodowych organizacji sportowych a prawo krajowe

Wstęp

W dzisiejszym społeczeństwie niewiele jest zjawisk mających tak wielowymiarowy i dogłębny wpływ na ludzkie życie jak sport. Nie ulega wątpliwości, że w XX i u progu XXI wieku sport stał się fenomenem naszej kultury. Jak stwierdził J. A. Samaranch aktywność sportowa stanowi „największą siłę społeczną naszych czasów”¹. Sport może być z jednej strony uznawany za lustrzane odbicie sposobu funkcjonowania naszego społeczeństwa. Z drugiej zaś uważa się, że sportowe wydarzenia oddziałują na bieg spraw społecznych, niejednokrotnie przyczyniając się do pogłębiania dwuznaczności postaw występujących w relacjach międzyludzkich². Dlatego też dzisiaj prawo interweniuje w sport na wiele zróżnicowanych sposobów i w każdej z przestrzeni sportowego świata³. Niezwykle interesująco wypowiedział się w tej kwestii E. Grayson uznając, że: „(...) prawo może i powinno przychodzić sportowi z pomocą. Sport bez reguł i systemu kontroli ich przestrzegania zostaje ogarnięty chaosem. Społeczeństwo bez praw i możliwości ich egzekwowania oznacza anarchię”⁴. Zasada rządów prawa w sporcie powinna więc być tak samo ważna dla cywilizacji jak zasada rządów prawa w społeczeństwie w ogóle⁵.

Sport od zawsze uznawany był za dziedzinę życia cechującą się swoistą niezależnością, funkcjonującą w oparciu o charakterystyczne wyłącznie dla siebie zasady i reguły. Niezależność ta nie była jednak nigdy uznawana za wyraz oddzielenia sportu od innych dziedzin życia i zasad w nich panujących. Wręcz przeciwnie, jak twierdzi M. Mitten: „Istnieje wzajemna zależność pomiędzy sportem i wartościami społecznymi. Sport inkorporuje istniejące w społeczeństwie wartości i pogłębia te wartości na polu gry, poprzez swoje re-

¹ J. Nafziger, *International Sports Law*, New York 2004, s. 9.

² L. Halgreen, *European Sports Law: a Comparative Analysis of the European and American Models of Sport*, Copenhagen 2004, s. 19.

³ S. Gardiner (red.), *Sports Law*, New York 2006, s. 35.

⁴ E. Grayson, *Sport and the Law*, London 1994, s. 7.

⁵ S. Gardiner, *op. cit.*, s. 3.

guły i ustanowione instytucje. Sport także eksportuje swoje zasady i wnioski wyciągnięte z uczestniczenia w rywalizacji oraz podstawy swojej organizacji do społeczeństwa w ogóle⁶. Obecnie w związku z procesami profesjonalizacji i komercjalizacji zależność pomiędzy sportem a innymi sferami życia nabrała zdecydowanie bardziej formalnego charakteru. Sport został na stałe wpisany w kontekst ogólny i stał się przedmiotem zainteresowania wielu szczegółowych regulacji prawnych, wcześniej niemających żadnego wpływu na jego funkcjonowanie. Sytuacja powyższa, akcentując fakt wielości źródeł i różnorodności norm decydujących o obliczu sportu, na nowo rozbudziła dyskusję dotyczącą stopnia jego niezależności. Wewnętrzne unormowania sportu, będące wyrazem jego specyfiki i wynikające z przysługującej mu autonomii, przeciwstawione zostały normom prawnym stanowionym przez państwo, wyrażającym dążenie do sprawowania kontroli nad wszystkimi wydarzeniami odbywającymi się na jego terytorium i roszczącymi sobie przywilej nadrzędności. Właśnie w obszarze sportowych aren znakomicie odzwierciedlona została sprzeczność pomiędzy autorytatywną strukturą pozytywistycznie zorganizowanego prawa, a faktem, że prawo stało się jednym z najpotężniejszych instrumentów obrony wolności i demokratyzacji współczesnych społeczeństw⁷. Niezwykle aktualna wydaje się więc sugestia B. Zauliego mówiąca, że „uprawianie sportu jest prawem wynikającym z wolności osobistej człowieka i wszelkie formy organizacyjne powinny realizację tego prawa ułatwiać, nie zaś utrudniać”⁸.

Niewątpliwie największych zmian w kształcie porządku normatywnego obowiązującego w obszarze sportu należy upatrywać w związku z zachodzącymi w dzisiejszym świecie procesami globalizacyjnymi. Pojawienie się na światowej scenie nowych aktorów o znaczącej pozycji, jak organizacje międzynarodowe czy wielkie korporacje, przyczyniło się do osłabienia, fragmentacji, a nawet istotnej transformacji funkcji państw. Znaczenie tradycyjnych, hierarchicznych układów władzy zostało podważone na rzecz rozwoju systemów wielopoziomowego zarządzania i wzajemnie oddziałujących na siebie, konkurencyjnych regulacji⁹. Jak zauważył G. Teubner globali-

⁶ M. Mitten, T. Davis, R. K. Smith, R. C. Berry, *Sports Law and Regulation: Cases, Materials and Problems*, New York 2005, s. 4.

⁷ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 46.

⁸ S. Jędruch, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone w związku z uprawianiem sportu*, Warszawa 1972, s. 11.

⁹ F. Snyder, *Global Economic Networks and Global Legal Pluralism*, San Domenico 1999, European University Institute. Department of Law, Florence, „EUI Working Paper LAW” 1999, no. 6, s. 7.

zacja w istotny sposób przyczyniła się do zdecentralizowania procesu stanowienia prawa, który zaistniał w wielu sektorach społeczeństwa obywatelskiego, niezależnie od państwa¹⁰. Złożoność tworzenia i stosowania prawa, stanowiąca wynik rozproszenia suwerenności pomiędzy różne instytucje, z których żadnej nie przysługuje przywilej podejmowania decyzji ostatecznych we wszystkich sprawach, stała się jedną z najbardziej charakterystycznych cech ładu międzynarodowego także w dziedzinie sportu¹¹. Obecnie normatywny obraz sportu kształtowany jest w wyniku wzajemnego oddziaływania państw, organizacji ponadpaństwowych, międzynarodowych organizacji sportowych, a nawet struktur biznesowych. Określenie właściwego modelu wzajemnych relacji systemów normatywnych aspirujących do decydowania o sportowej rzeczywistości stanowi więc jedno z podstawowych wyzwań współczesnego prawa.

Pojęcie prawa sportowego

Antagonizm porządków normatywnych zgłaszających pretensje do rządzenia sportem ujawnia się znakomicie już podczas rozpatrywania pojęcia prawo sportowe. Rozstrzygnięcie powyższego konfliktu wymaga w pierwszej kolejności ustalenia warunków posługiwania się terminem prawo w odniesieniu do różnego rodzaju sportowych unormowań. Jeżeli za podstawę decyzji w tej kwestii przyjąć pozytywistyczną koncepcję prawa, powszechnie akceptowaną we wszystkich krajach naszego kręgu cywilizacyjnego, za którą opowiada się także Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku¹² oraz wielokrotnie opowiedział się Trybunał Konstytucyjny RP to z całą pewnością nie wszystkie normy mogą zostać zaliczone do prawa sportowego¹³.

Stanowisko powyższe zdominowało sposób postrzegania sportowej rzeczywistości normatywnej w Polsce. Jak zauważył A. Szwarc, jeden z klasyków przedmiotu, prawem sportowym należy określać tylko te normy, które rzeczywiście posiadają charakter norm prawnych. Prawo sportowe tworzą przede wszystkim normy ustanowione przez władze państwowe w ustawach lub innych powszechnie obowiązujących aktach prawnych oraz normy ustanowione przez inne władze, ale z upoważnienia władz państwowych. Omawianym

¹⁰ G. Teubner (red.), *Global Law without a State*, Dartmouth 1996.

¹¹ L. Morawski, *op. cit.*, s. 30.

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

¹³ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006, s. 23.

terminem można także określać inne normy pochodzące od podmiotów niebędących władzą państwową, jeśli jednak władza państwowa akceptuje te normy, traktuje je jak własne, nadając im w ten sposób rangę norm prawnych¹⁴.

Jeszcze bardziej rygorystycznie w omawianej kwestii wypowiedział się S. Jędruch, twierdząc, że o prawie sportowym można mówić jedynie wówczas, gdy prawo powszechne nadaje wyraźnie normom sportowym znaczenie norm własnych albo, gdy zawiera konkretne akty prawne dotyczące sportu lub akty prawne zawierające wyraźne przepisy regulujące sprawy i zagadnienia sportowe¹⁵. Ponadto autor ten uważa, że „przepisy dotyczące sportu, choćby wydane przez międzynarodowe władze sportowe, wiążą tylko sportowców, którzy się im dobrowolnie poddają, i tylko w kwestii uprawiania sportu. Natomiast nie mogą one wiązać władz państwowych i organów państwowych, gdyż byłoby to naruszeniem suwerenności i niezależności tych państw”. Międzynarodowy charakter sportu i reguł sportowych utrudnia więc powstawanie i stosowanie prawa sportowego¹⁶.

Pogląd o nadrzędnej roli państwa w kwestii decydowania o kształcie prawa sportowego obecny jest także w najnowszych analizach poświęconych temu problemowi w Polsce. Komentując przepis art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o sporcie kwalifikowanym (USKw)¹⁷ mówiący, że: „Uprawianie sportu kwalifikowanego odbywa się w zgodzie z przepisami ustawy, postanowieniami statutów i regulaminów związków sportowych, polskich związków sportowych oraz międzynarodowych organizacji sportowych.” W. Cajselski stwierdził, że normatywny porządek w sporcie kwalifikowanym tworzą dyspozycje prawa powszechnie obowiązującego (prawa pracy, prawa cywilnego, prawa handlowego, prawa podatkowego *etc.*), prawa sportowego powszechnego (USKw oraz akty wykonawcze wydane na jej podstawie) oraz prawa sportowego wewnętrznego, statutowo-regulaminowego, do którego należy zaliczyć prawo międzynarodowych organizacji sportowych zrzeszających właściwe polskie związki sportowe, prawo właściwych polskich związków sportowych zrzeszających właściwe związki sportowe i kluby sportowe, prawo właściwych związków sportowych zrzeszających kluby sportowe oraz prawo klubów sportowych¹⁸. Odnosząc się do dyspozycji art. 12 ust. 2 USKw stanowiącej: „Polski związek sportowy ma wyłączne pra-

¹⁴ A. Szwarec, *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977, s. 101.

¹⁵ S. Jędruch, *op. cit.*, s. 35.

¹⁶ *Ibidem*, s. 28.

¹⁷ Dz. U. z 2005 r. Nr 155, poz. 1298 ze zm.

¹⁸ W. Cajselski, *Ustawa o sporcie kwalifikowanym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 44- 45.

wo do podejmowania decyzji we wszystkich sprawach dotyczących danej dyscypliny sportu, niezastrzeżonych w ustawie dla organów administracji rządowej lub innych podmiotów.”, komentator odnotował fakt decentralizacji działalności w ramach sportu kwalifikowanego oraz podkreślił, że polski związek sportowy jest zasadniczo najważniejszym podmiotem w systemie¹⁹. Słusznie więc W. Cajsel zaakcentował znaczenie istnienia w sporcie różnych porządków normatywnych i nadał atrybut prawa sportowego także sportowym regulacjom nie pochodzącym bezpośrednio od państwa. Czyż jednak pogląd powyższy nie wynika wyłącznie z koncepcji ustawodawcy, który odsyłając do przepisów stanowiących przez właściwe organizacje sportowe uznaje je za element krajowego systemu prawnego, nie zaś z zaakceptowania niezależności prawa organizacji sportowych *per se*? Wątpliwości w powyższej kwestii nie powinna pozostawiać opinia mówiąca, że w sytuacji sprzeczności aktów prawa o randze ustawowej z prawem wewnętrznym, statutowo-regulaminowym polskich związków sportowych, związanych regulacjami międzynarodowych organizacji sportowych, decydujące znaczenie należy przyznać przepisom ustawowym²⁰.

Interesujące zmiany w postrzeganiu istoty prawa sportowego zauważyć można w długo oczekiwanym projekcie ustawy o sporcie z 4 czerwca 2009 roku (USport)²¹. Wydaje się, że inicjatywa ta prezentuje liberalne podejście w kwestii regulowania sportu, zdecydowanie bardziej adekwatne do naszych czasów. Jak można przeczytać już w założeniach do USport z 3 września 2008 roku „Uprawnienie do uprawiania sportu nie wynika z istnienia lub funkcjonowania jakichkolwiek instytucji publicznych, lecz wynika z niezbywalnej wolności każdego człowieka. Wszelka reglamentacja prawna wolności, jako dobra o charakterze osobistym, w tym również prawa do uprawiania sportu, zawsze prowadzi do ograniczenia tej wolności. Państwo powinno dbać o to dobro przede wszystkim poprzez powstrzymanie się od zbędnej reglamentacji. Należy więc przyjąć, że ustanawianie norm prawnych w omawianym zakresie jest uprawnione tylko i wyłącznie wtedy, gdy wynika z tego bezsporna korzyść społeczna. Ochrona określonych, uznanych ogólnospołecznych dóbr stanowi naczelną zasadę aksjologiczną reglamentacji prawnej sportu”. Zgodnie z założeniami projektodawcy regulowanie spraw sportu przez państwo powinno więc odbywać się w oparciu o zasadę *ultima ra-*

¹⁹ *Ibidem*, s. 90.

²⁰ *Ibidem*, s. 45- 47.

²¹ *Projekt ustawy o sporcie z 4 czerwca 2009*, www.msport.gov.pl

tio²². Dalej w uzasadnieniu do USport czytamy, że: „Obecnie główną negatywną cechą prawa sportowego w Polsce stanowi przeciążenie normami rangi ustawowej. (...) Obowiązujące ustawy zawierają regulacje wręcz hamujące organizacyjny, prawny i finansowy rozwój kultury fizycznej. (...) Niepotrzebnie często odnoszą się do kwestii szczegółowych lub technicznych, które powinny być i w rzeczywistości są domeną polskich związków sportowych, jako podmiotów samorządnych i lepiej rozpoznających potrzeby środowiska sportowego, szczególnie zaś biorąc pod uwagę specyficzne dla określonego sportu regulacje międzynarodowych organizacji sportowych”²³. Jedną z podstawowych przesłanek tworzenia nowej regulacji stanowi, że: „Zasady uprawiania sportu określają właściwe polskie związki sportowe uwzględniając zasady międzynarodowych organizacji sportowych. To na polskich związkach sportowych spoczywa zadanie ustanawiania norm w danym sporcie, w zakresie przypisanym im projektowaną ustawą”²⁴. Realizację powyższych założeń odnaleźć można w art. 14 ust. 1 pkt. 2 projektu USport brzmiącym: „Polski związek sportowy ma wyłączne prawo do organizowania określonego sportu w zakresie ustanawiania i realizacji reguł sportowych, organizacyjnych i dyscyplinarnych we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez związek.” Z kolei art. 12 ust. 2 pkt. 4 projektu USport mówi, że jednym z warunków uzyskania zgody na utworzenie polskiego związku sportowego, wyrażanej przez ministra właściwego do spraw kultury fizycznej, jest przynależność do międzynarodowej federacji sportowej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski (MKOl). Zdaniem projektodawcy: „Rozwiązanie takie daje rękojmię zachowania przez polski związek sportowy odpowiednich standardów etyczno-prawnych jako, że uznanie przez MKOl uwarunkowane jest przestrzeganiem postanowień Karty Olimpijskiej, światowego kodeksu antydopingowego oraz globalnym charakterem danego sportu”²⁵. Praktyka pokaże czy koncepcje powyższe dokonają przełomu w myśleniu o roli i charakterze prawa sportowego. Odpowiedzi w tej kwestii powinna udzielić przede wszystkim konfrontacja z przepisami art. 8-13 USport dotyczącymi uprawnień ministra właściwego do spraw kultury fizycznej w tworzeniu polskich związków sportowych oraz szerokimi kompetencjami kontrolnymi i nadzorczymi ministra określonymi w art. 17- 23 projektu.

²² Założenia do projektu ustawy o sporcie z 3 września 2008, www.msport.gov.pl, s. 4-5.

²³ Uzasadnienie do projektu ustawy o sporcie z 4 czerwca 2009, www.msport.gov.pl, s. 2-3.

²⁴ *Ibidem*, s. 8.

²⁵ *Ibidem*, s. 11.

Trudno nie zauważyć, że rzeczywistość współczesnego sportu coraz wyraźniej obnaża słabości pozytywistycznego sposobu rozumienia prawa. Tradycyjne koncepcje nie są w stanie w pełni wyjaśnić, a tym bardziej uporządkować procesów normatywnych dokonujących się aktualnie w świecie sportu. Systematyczne konflikty dotyczące zakresu wpływu na wydarzenia sportowe, które można zaobserwować na linii państwa- organizacje sportowe, są niejednokrotnie niemożliwe do rozstrzygnięcia przy pomocy istniejących mechanizmów prawnych. Wzajemne relacje najczęściej kształtowane są więc w oparciu o czynniki pozaprawne. Poszukiwania pragmatycznych środków rozwiązywania sporów skłaniają ku pluralistycznej wizji prawa. Nowoczesne i realistyczne spojrzenie na prawo wymaga zakwestionowania zarówno tezy zakładającej, że istnieje konieczny związek między prawem i państwem, jak i stwierdzenia mówiącego, że prawo stanowione przez państwo jest porządkiem nadrzędnym na jego terytorium i co do zasady nie istnieją żadne ograniczenia przedmiotowe zakresu jego obowiązywania. Przykład sportu znakomicie pokazuje, jak bardzo środek ciężkości prawnego rozwoju przesunął się obecnie w kierunku funkcjonalnie zróżnicowanych, autonomicznych sektorów społeczeństwa²⁶. Ewolucję powyższą trafnie skomentował H. Wilke, który zauważył, że nasze czasy zmusiły państwa by zasiadły do stołów rokowań²⁷. Nie pozostaje więc nic innego jak prześledzić przebieg owych rokowań w odniesieniu do sportu.

Międzynarodowe prawo sportowe

We współczesnym świecie głównym architektem sportowej rzeczywistości stały się międzynarodowe organizacje sportowe. Aktywność sportowa rozwinęła się bowiem od formy w znacznej mierze zlokalizowanej i nieskodyfikowanej do pozycji, w której większość dyscyplin sportu posługuje się zbiorem uniwersalnych zasad i reguł ustanawianych przez instytucje dążące do wpływania na sport, gdziekolwiek jest on rozgrywany²⁸. Faktycznie monopolistyczna pozycja i zasady funkcjonowania międzynarodowych organizacji sportowych sprawiają, że nie tylko żadne poważne wydarzenie sportowe o zasięgu światowym nie może odbywać się poza sferą ich kompetencji, ale także, poza pewnymi wyjątkami²⁹, działalność spor-

²⁶ G. Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, [w:] G. Teubner (red.), *Global Law without a State*, Dartmouth 1996, s. 3.

²⁷ L. Morawski, *Główne...*, s. 31.

²⁸ S. Gardiner, *op. cit.*, s. 171.

²⁹ W tym przypadku chodzi w głównej mierze o amerykańskie ligi zawodowe tzw. *major*

towa prowadzona na szczeblu krajowym podlega ściśle ich właściwości. Posługiwanie się terminem międzynarodowe organizacje sportowe nie oddaje jednak złożoności problemu, skomplikowanej struktury zarządzania sprawami sportu i wielowymiarowej polityki w tej dziedzinie. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że organizacje odgrywające wiodącą rolę we współczesnym sporcie i decydujące o jego normatywnym kształcie określane są mianem Ruchu Olimpijskiego³⁰. Prawnym fundamentem funkcjonowania Ruchu Olimpijskiego jest Karta Olimpijska, której legalna forma uznawana jest za *quasi-* umowną³¹. We wstępie do Karty można przeczytać, że służy ona trzem podstawowym celom:

- jako podstawowe narzędzie o charakterze konstytucyjnym, ustanawia i przywołuje fundamentalne zasady oraz podstawowe wartości olimpizmu;
- pełni rolę statutu MKOl;
- określa główne wzajemne prawa i obowiązki trzech głównych elementów Ruchu Olimpijskiego, których obowiązkiem jest postępowanie w zgodzie z Kartą, przestrzeganie postanowień Karty oraz stosowanie się do decyzji MKOl.

Karta przyjmowana jest lub zmieniana przez Sesję MKOl, będącą walnym zgromadzeniem jego członków. Dyspozycja art. 16. 1. 1 Karty stanowi, że członkami MKOl są osoby fizyczne, w liczbie

leagues, które są prywatnymi instytucjami o charakterze biznesowym, tzw. *closed corporations*, niezależnymi instytucjonalnie od międzynarodowych organizacji sportowych. Każda z tych lig posiada swoje odrębne rozwiązania prawne, niejednokrotnie zupełnie odmienne od międzynarodowych uregulowań sportowych. Warto jednak zwrócić uwagę, że w celu umożliwienia udziału sportowców, na co dzień rywalizujących w lidze zawodowej, w rozgrywkach międzynarodowych, jak np. Igrzyska Olimpijskie czy mistrzostwa świata, zawierane są odpowiednie porozumienia pomiędzy powyższymi organizacjami. Najlepszym przykładem wydaje się być najsilniejsza koszykarska liga świata - NBA, której koszykarze mogą uczestniczyć w większości wielkich międzynarodowych imprez sportowych. Należy jednak podkreślić, że warunki tych porozumień dyktowane są przez stronę cieszącą się większym uznaniem zarówno wśród sportowców, jak i kibiców. Poziom sportowy i finansowy amerykańskich lig zawodowych sprawia, że to właśnie one są zazwyczaj stroną decydującą. W skrajnych przypadkach, jak np. baseball i liga MLB, może to doprowadzić do absencji najlepszych zawodników na międzynarodowych imprezach sportowych.

³⁰ Nie wszystkie najważniejsze międzynarodowe organizacje sportowe działają jednak w ramach szeroko rozumianej sfery instytucjonalnej Ruchu Olimpijskiego. Najlepszym tego przykładem jest Międzynarodowa Federacja Samochodowa (FIA), posiadająca własne struktury zarządzające, własne organy rozstrzygania sporów i wyjątkowe uregulowania. Specyfika sportów samochodowych sprawia, że FIA i Ruch Olimpijski nie wchodzi sobie w drogę.

³¹ A. Mestre, *The Legal Basis of the Olympic Charter*, „International Sports Law Journal” 2008, no. 1-2, s. 101.

nieprzekraczającej 115. Wybór na członka MKOl uzależniony jest od spełnienia warunków określonych w art. 16 Karty i odpowiednich przepisach wykonawczych. Należy w szczególności podkreślić, że zgodnie z postanowieniami art. 16. 1. 5: *Członkowie MKOl nie przyjmą od rządów, organizacji lub innych stron, żadnego pełnomocnictwa czy polecenia, które mogłyby zakłócić wolność ich działania i głosowania.* Ponadto art. 16. 1. 7 mówi, że: *(...) każdy członek MKOl wybierany jest na trwającą osiem lat kadencję i może być ponownie wybrany na kolejną lub kilka następnych kadencji.*

W art. 1 Karty Olimpijskiej określone zostały trzy główne elementy składowe Ruchu Olimpijskiego - MKOl, Międzynarodowe Federacje Sportowe (MFS)³² i Narodowe Komitety Olimpijskie (NKOl). Ponadto Ruch Olimpijski obejmuje również Komitety Organizacyjne Igrzysk Olimpijskich, krajowe związki, kluby i osoby należące do Międzynarodowych Federacji i Narodowych Komitetów Olimpijskich, w szczególności sportowców, sędziów, trenerów, działaczy sportowych i personel techniczny, a także inne organizacje i instytucje, jak np. Międzynarodowy Komitet Paraolimpijski (IPC), Światowa Organizacja Antydopingowa (WADA) czy Sąd Arbitrażowy do spraw Sportu (CAS), uznane przez MKOl. Najwyższą władzą w hierarchicznie skonstruowanej strukturze Ruchu Olimpijskiego jest MKOl, mający swoją siedzibę w Lozannie, w Szwajcarii. Zgodnie z postanowieniami art. 15 Karty Olimpijskiej MKOl jest organizacją międzynarodową, pozarządową, nienastawioną na zysk, zarejestrowaną na czas nieokreślony, będącą osobą prawną o statucie stowarzyszenia uznaną przez Radę Federacji Szwajcarskiej zgodnie z umową zawartą w dniu 1 listopada 2000 roku. Celem MKOl jest przeprowadzenie Ruchoi Olimpijskiemu zgodnie z postanowieniami Karty Olimpijskiej.

Warunkiem uzyskania przynależności do Ruchu Olimpijskiego jest uznanie przez MKOl. Jak stanowi art. 26 Karty Olimpijskiej w celu rozwoju i propagowania Ruchu Olimpijskiego MKOl może uznać za Międzynarodową Federację Sportową międzynarodowe organizacje pozarządowe zarządzające jednym lub kilkoma sportami na szczeblu światowym i obejmujące organizacje kierujące takimi sportami na szczeblu krajowym. MFS zachowują niezależność i samodzielność w administrowaniu swoją dyscypliną sportu o ile ich

³² Wśród MFS wyróżnić należy federacje skupione w Związku Międzynarodowych Federacji Olimpijskich Sportów Letnich (ASOIF), federacje skupione w Związku Międzynarodowych Federacji Olimpijskich Sportów Zimowych (AIOWF) oraz federacje tzw. sportów rozpoznanych przez MKOl skupione w Związku Międzynarodowych Federacji Sportowych Rozpoznanych przez MKOl (ARISF), nieuwzględnionych w programie igrzysk, aczkolwiek podlegających postanowieniom Karty Olimpijskiej.

statut, sposób postępowania i działalność są zgodne z Kartą Olimpijską. W przypadku jakiegokolwiek naruszenia postanowień Karty Olimpijskiej, Światowego Kodeksu Antydopingowego lub jakichkolwiek innych przepisów, odpowiedni organ MKOl (Sesja, Komitet Wykonawczy, komisja dyscyplinarna) może w odniesieniu do MFS podjąć lub nałożyć sankcje polegające na: wycofaniu z programu Igrzysk Olimpijskich, cofnięciu tymczasowego uznania lub cofnięciu pełnego uznania, o czym mówi art. 23. 1. 2. Karty. Warto zwrócić uwagę, że sankcje powyższe *de facto* decydują o wykluczeniu poza ramy głównego nurtu światowego sportu i utracie wszelkich korzyści z tym faktem związanych. W rzeczywistości jednak MKOl musi liczyć się z żądaniami MFS, zwłaszcza reprezentujących największe sporty świata. Niewątpliwie najlepszym przykładem jest Międzynarodowa Federacja Piłki Nożnej (FIFA), która niejednokrotnie zmuszała MKOl do wprowadzenia zmian w programie Igrzysk Olimpijskich, uwzględniających szczególną pozycję piłki nożnej.

Zgodnie z postanowieniami art. 3 Karty Olimpijskiej MKOl może uznać za NKOl takie narodowe organizacje sportowe, których działalność ma związek z jego misją i rolą. Uznane NKOl powinny wszędzie, gdzie to jest możliwe posiadać status osób prawnych. Muszą także postępować zgodnie z Kartą Olimpijską, ich statuty zaś podlegają zatwierdzeniu przez MKOl. Jednym z podstawowych zadań NKOl jest współpraca i dążenie do stworzenia harmonijnych relacji z organami rządowymi państw ich siedziby, o czym mówi art. 28 ust. 5 Karty Olimpijskiej. Jednocześnie NKOl powinny chronić swoją niezależność i opierać się wszelkiego rodzaju naciskom natury politycznej, prawnej, religijnej i ekonomicznej, sprzecznym z postanowieniami Karty Olimpijskiej. W sytuacji, gdy konstytucja lub inne prawa obowiązujące w danym kraju, bądź działania organu rządowego wpływają na działalność danego NKOl lub przeszkadzają w wyrażeniu lub realizacji jego woli, MKOl może podjąć odpowiednie decyzje mające na celu ochronę Ruchu Olimpijskiego, w tym decyzję o zawieszeniu bądź cofnięciu uznania NKOl.

Jako przykład realizacji uregulowań Karty Olimpijskiej dotyczących NKOl może posłużyć statut Polskiego Komitetu Olimpijskiego (PKOl). Zgodnie z art. 1 ust. 1 statutu, PKOl jest autonomiczną organizacją pozarządową działającą w formie dobrowolnego związku stowarzyszeń i innych osób prawnych, realizujących cele i zadania Ruchu Olimpijskiego oraz zadania związane z rozwojem sportu polskiego. Z kolei art. 2 statutu mówi, że PKOl, zobowiązany jest nie tylko do przestrzegania postanowień Karty Olimpijskiej, lecz także,

jako osoba prawna, działa na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 roku Prawo o stowarzyszeniach³³ (Pr. stow.). Niezależność PKOl podkreślona została w art. 5 ust. 1 statutu mówiącym, że PKOl jest organizacją niezarobkową, samodzielnie wyznaczającą w granicach prawa swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne, a także samodzielnie ustalającą w drodze aktów wewnętrznych reguły swojego działania i formy realizacji statutowych zadań. PKOl strzeże swej niezależności od wszelkich nacisków w szczególności politycznych, prawnych, religijnych i ekonomicznych, o czym mowa w art. 5 ust. 2 statutu.

Jeśli chodzi o Narodowe Federacje Sportowe (NFS) to podlegają one zarówno NKOl, jak i MFS. W celu uznania przez MKOl i uzyskania członkostwa w Ruchu Olimpijskim NFS musi prowadzić określoną, faktyczną i ciągłą działalność sportową oraz być zrzeszona we właściwej MFS uznanej przez MKOl, musi być zarządzana oraz postępować w każdym aspekcie zgodnie z Kartą Olimpijską i regułami macierzystej MFS, o czym mówi art. 30 Karty Olimpijskiej. Egzemplifikację powyższych postanowień, dotyczących zależności obowiązujących w światowym sporcie, mogą stanowić przepisy organizacji sportowych działających na terenie Polski. Z jednej strony dyspozycja art. 8 ust. 1 statutu PKOl mówi, że członkami PKOl są m. in. polskie związki sportowe zrzeszone w MFS kierujących dyscyplinami objętymi programem Igrzysk Olimpijskich. Z drugiej zaś art. 4 § 2 statutu Polskiego Związku Piłki Nożnej stanowi, że PZPN jest członkiem FIFA i UEFA, w związku z czym PZPN, a także jego ligi, zawodnicy i działacze piłkarscy zobowiązują się m. in. do bezwzględnego respektowania statutów, przepisów i decyzji FIFA i UEFA. Warto także przytoczyć przepis art. 3 § 1 statutu PZPN stanowiący, że PZPN, który jest dobrowolną, samorządną i trwałą organizacją sportową działającą w oparciu o zrzeszonych w niej członków, posiada osobowość prawną. Jak stanowi art. 5 § 1 statutu PZPN działa zgodnie z Pr. stow., innymi przepisami prawa oraz niniejszym statutem. Ponadto członkiem PKOl mogą zostać także polskie związki sportowe zrzeszone w MFS uznanych przez MKOl, których dyscypliny nie są objęte programem Igrzysk Olimpijskich, o czym mówi art. 10 ust. 1. Jako przykład fakultatywnej kategorii członkostwa posłużyć może Polski Związek Rugby.

Karta Olimpijska wyznacza standardy, do których powinny odwoływać się organizacje zarządzające sprawami sportu. Jak zauważył w swoich orzeczeniach Sąd Arbitrażowy do spraw Sportu

³³ Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855.

(CAS), o którego niebagatelnej roli w kształtowaniu porządku normatywnego współczesnego sportu będzie jeszcze mowa, Karta jest stojącym najwyżej w hierarchii korpusem reguł regulujących aktywność Ruchu Olimpijskiego (*Beckie Scott 2003*), którego postanowienia mogą zostać derogowane jedynie przez bardziej restrykcyjne przepisy organizacji sportowych (*Nabokov 2002*)³⁴. Niezaprzeczną podstawę funkcjonowania Ruchu Olimpijskiego stanowi pozarządowy charakter i wynikające stąd roszczenie niezależności wewnętrznych unormowań w odniesieniu do porządków prawnych państw. Jednocześnie organizacje sportowe powinny zdawać sobie sprawę z nieodłącznej obecności unormowań prawnych stanowionych przez państwa, w obszarze których funkcjonują i związanej z tym faktem konieczności wypracowania prawidłowych zasad współpracy. Uwarunkowania powyższe sprawiają, że poszukuje się instytucjonalnego uzasadnienia fenomenu działalności organizacji tworzących Ruch Olimpijski. Międzynarodowy zasięg działalności sprawia, że najważniejsze podmioty Ruchu Olimpijskiego – MKOl i MFS, coraz częściej zaliczane są do kategorii międzynarodowych organizacji pozarządowych (NGO)³⁵, uznawanych za jedną z najdynamiczniej rozwijających się instytucji prawa międzynarodowego publicznego.

W ujęciu prawnomiędzynarodowym termin NGO wprowadzony został art. 71 Karty Narodów Zjednoczonych, a następnie zdefiniowany przez Radę Gospodarczą i Społeczną ONZ w rezolucji 288/X z 27 lutego 1950 roku uznającej, że międzynarodowa organizacja pozarządowa jest organizacją nieutworzoną na podstawie umowy międzynarodowej. Jak uważają J. Menkes i A. Wasilkowski ta negatywna definicja, poprzestająca na wskazaniu czym NGO nie jest, ujawnia jej położenie w stosunku do państwa. Zważywszy, że więzi pomiędzy członkami NGO realizowane są ponad granicami państw i bez ich udziału, na NGO patrzy się jako pomocnika bądź konkurenta państwa w rywalizacji o optymalne wykonywanie obowiązków nakładanych na władzę publiczną przez społeczeństwo obywatelskie, a także w działaniach prowadzonych w ramach i na rzecz społeczności międzynarodowej³⁶. W formule organizacji pozarządowych ludzie dążą do realizacji celów, których nie chcą lub nie mogą realizować z wykorzystaniem instytucji państwa bądź, które mogą być najefektywniej wykonane poza instytucjami państwa. Nie powin-

³⁴ A. Mestre, *op. cit.*, s. 102.

³⁵ W sferze międzynarodowej używa się terminu INGO, ang. *international non-governmental organization*.

³⁶ J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Warszawa 2006, s. 255.

no się więc traktować NGO jako podmiotu „gorszego” od państwa. Organizacje pozarządowe znajdują się bowiem w substancjalnej i trwałej interakcji z państwem i tak jak państwo stanowią instytucję samoorganizacji społeczeństwa powołaną do subsydiarnego wykonywania ściśle wyznaczonych funkcji. NGO przyczyniają się do budowania takiego modelu państwa i tylko w takim państwie realnie istnieją i funkcjonują³⁷.

Fenomen niezwykłego ożywienia działalności i rozwoju NGO w ostatnich latach sprawia, że szczególne znaczenie przywiązuje się do ich ewolucji w kierunku uzyskania statusu podmiotu prawa międzynarodowego, co miałyby spowodować wzrost ich rangi jako samodzielnych aktorów w obrocie międzynarodowym³⁸. W przypadku międzynarodowych organizacji sportowych problem osobowości prawnej wciąż pozostaje jednak zagadnieniem dyskusyjnym. Reprezentatywna w tej kwestii wydaje się opinia J. Foksa, który uważa, że o braku podmiotowości prawnej na gruncie prawa międzynarodowego publicznego przesądza fakt, że członkami międzynarodowych organizacji sportowych nie są państwa, lecz NFS bądź NKOl³⁹. Ponadto niezaprzeczalne jest, o czym była już wcześniej mowa, że osoby fizyczne będące członkami MKOl muszą być całkowicie niezależne od państw i jakichkolwiek innych podmiotów w podejmowaniu decyzji na forum sportowym. Międzynarodowe organizacje sportowe są więc „jedynie” osobami prawnymi działającymi na podstawie prawa państwa siedziby, o statusie tożsamym z innymi podmiotami wewnętrznymi tego państwa, mającymi tę samą formę prawną zorganizowania, w szczególności stowarzyszeniami⁴⁰. Coraz częściej jednak NGO postrzegane są jako jeden z podmiotów, oprócz państw i organizacji międzyrządowych, w katalogu podmiotów prawa międzynarodowego - z jednej strony pretendent do roli podmiotu równoprawnego, a z drugiej - konkurent w rywalizacji o rangę w katalogu podmiotów obecnych w obrocie międzynarodowym⁴¹. Opinia powyższa wydaje się szczególnie adekwatna w odniesieniu do MKOl. W debacie dotyczącej międzynarodowej osobowości prawnej tej organizacji sięgnięto do klasycznej definicji podmiotowości międzynarodowej, czyli zdolności do posiadania praw i obowiązków oraz zdolności do czynności prawnych, możliwości bezpośredniego

³⁷ *Ibidem*, s. 253.

³⁸ *Ibidem*, s. 255.

³⁹ J. Foks, *Prawo krajowe a prawo międzynarodowe w sporcie - casus Polska*, Sport Wyczerpnowy 2006, nr 1-2, s. 75- 76.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ J. Menkes, A. Wasilkowski, *op. cit.*, s. 255.

zaciągania praw i obowiązków, co związane jest ze zdolnością wchodzenia w relacje z innymi podmiotami prawa międzynarodowego⁴². Powszechnie uważa się, że MKOl spełnia powyższe kryteria⁴³. Jak zauważył J. Nafziger, prawdopodobnie największy autorytet w kwestii międzynarodowopravných aspektów sportu, MKOl przejawia cechy i działania charakterystyczne dla pełnoprawnych organizacji międzynarodowych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przeznaczony został do wykonywania funkcji, które można realizować jedynie w oparciu o posiadanie znacznych rozmiarów osobowości międzynarodowej i zdolności do funkcjonowania na płaszczyźnie międzynarodowej. Potwierdzenie ogólnie zaakceptowanego statusu prawnego MKOl w świetle prawa międzynarodowego może stanowić postawa państw, które zgadzają się z jego decyzjami i podejmują z nim stosunki dyplomatyczne. Najdobitniejszym przykładem tego stanu rzeczy wydaje się kwestia organizowania i udziału w Igrzyskach Olimpijskich, stanowiących największą sportową imprezę na świecie. Rządy państw ściśle współpracują w tej kwestii z MKOl i podporządkowują się stawianym wymaganiom. W orzeczeniu w sprawie *Martin v. IOC*, związanym z organizacją Igrzysk Olimpijskich w Los Angeles w 1984 roku, Federalny Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych Ameryki zauważył, że „Igrzyska Olimpijskie są organizowane i prowadzone w oparciu o warunki międzynarodowego porozumienia- Karty Olimpijskiej. Dlatego też jesteśmy wyjątkowo niepewni w zastosowaniu prawa ustanowionego przez państwo, ustawy państwowej, w celu modyfikacji wydarzenia, w którym uczestniczą rywalizujący z całego świata na podstawie postanowień tego porozumienia”⁴⁴. Wreszcie należy podkreślić, że Rada Federacji Szwajcarskiej na mocy ustawy nadała MKOl specjalny status prawny, który ma pozwalać na rozpoznanie tej instytucji jako organizacji międzynarodowej, ze względu na „uniwersalne powołanie w świecie sportu”⁴⁵. O ile pozycja MKOl, jako podmiotu prawa międzynarodowego, jest szeroko akceptowana, K. Foster uważa, że prawdziwość powyższego twierdzenia w odniesieniu do MFS jest o wiele mniej pewna⁴⁶. Wydaje się jednak, że o znaczeniu niektórych MFS na arenie międzynarodowej nie decyduje ich formalny status, lecz siła oddziaływania i kształtowania rzeczywistości normatywnej w obszarze sportu, którym zarządzają. Jak

⁴² Zob. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2002, s. 117; K. Foster, *Is There a Global Sports Law?*, „Entertainment Law” 2003, vol. 2, no. 1, s. 13.

⁴³ Zob. K. Foster, *op. cit.*, s. 13; J. Nafziger, *op. cit.*, s. 25- 26.

⁴⁴ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 25- 26.

⁴⁵ K. Foster, *op. cit.*, s. 13.

⁴⁶ *Ibidem*.

pokazuje przykład FIFA, organizacja ta wywiera niezwykle istotny wpływ na politykę państw w kwestiach instytucjonalnych dotyczących piłki nożnej. Brak porozumienia i zaakceptowania warunków proponowanych przez FIFA, skutkować może marginalizacją danego państwa w piłkarskim świecie, co ze względu na popularność tego sportu w naszych czasach, niewątpliwie doprowadzić może do negatywnych konsekwencji dla rządzących. Opisywanie relacji pomiędzy państwem a międzynarodowymi organizacjami sportowymi tylko i wyłącznie na bazie osobowości prawa międzynarodowego wciąż pozostawia wiele wątpliwości.

Problemem nierozzerwalnie związanym z międzynarodową pozycją prawną organizacji tworzących Ruchu Olimpijski jest kwestia prawa stanowionego przez te organizacje i ich wpływu na kształt prawa międzynarodowego. Ogólny pogląd dotyczący międzynarodowych organizacji pozarządowych sformułowany przez J. Menkesa i A. Wasilkowskiego zakłada, że NGO nie będąc typowym i formalnym uczestnikiem procesu wytwarzania prawa międzynarodowego, wnoszą znaczący wkład w proces prawotwórczy, współdziałając w tym zakresie z państwami i organizacjami międzypaństwowymi⁴⁷. W odniesieniu do MKOl podobną opinię wygłosił J. Nafziger uznając, że stanowi on znakomity przykład roli, jaką niektóre NGO odgrywają w procesie międzynarodowej integracji i stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego. Szczególne znaczenie odgrywa Karta Olimpijska, zawierająca priorytetowe unormowania wiążące wszystkich uczestników międzynarodowej rywalizacji sportowej i tym samym stanowiąca kamień węgielny międzynarodowego prawa sportowego. Zdaniem J. Nafzigers: „Chociaż akceptacja jej ważności wciąż nie jest uniwersalna, zaś naruszenia jej reguł są aż za bardzo widoczne, podstawowe zasady i reguły obowiązywania Karty Olimpijskiej sprawiają, że spełnia ona kryteria zwyczaju międzynarodowego- zgodność, jednolitość i trwałość praktyki stosowania oraz przekonanie, że praktyka ta jest obowiązującym prawem (opinio iuris vel necessitatis)”⁴⁸. Międzynarodowe prawo sportowe, jako gałąź prawa międzynarodowego publicznego powinno więc uwzględniać *ius commune*, czyli generalne źródła prawa międzynarodowego, których najszerzej akceptowaną listę można odnaleźć w art. 38 statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) - umowy międzynarodowe, zwyczaje międzynarodowe, generalne zasady prawa rozpoznane przez cywilizowane narody i jako źródło subsydiarne decyzje wy-

⁴⁷ J. Menkes, A. Wasilkowski, *op. cit.*, s. 261.

⁴⁸ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 2.

dane przez sądy zarówno na szczeblu międzynarodowym, jak i narodowym oraz poglądy doktryny⁴⁹. Potwierdzeniem tych słów może być opinia wyrażona w orzeczeniu w sprawie *AEK Athens & Slavia Prague v. UEFA* przez CAS: „(...) wszystkie instytucje sportowe, a w szczególności wszystkie federacje sportowe, muszą przestrzegać generalnych zasad prawa (...) Oczywiście zasady prawa wynikające z porównawczego lub wspólnego mianownika różnych systemów prawnych, a w szczególności zakaz stanowienia arbitralnych bądź bezzasadnych reguł, mogą zostać uznane za część takiego *lex ludica*”⁵⁰. Najważniejsze dla zrozumienia idei międzynarodowego prawa sportowego jest, w mniemaniu J. Nafzigera, uwzględnienie współzależności władzy prywatnej i publicznej w sporcie i wzrastającego znaczenia kompleksowości procesów stanowienia i stosowania prawa, stanowiących mieszankę kompetencji rządowych i pozarządowych⁵¹. Z jednej strony więc międzynarodowe prawo sportowe, jako fragment prawa międzynarodowego, powinno być stosowane w ramach porządków prawnych państw. Z drugiej zaś międzynarodowe organizacje sportowe nie mogą w pełni swobodnie stosować lub interpretować zasad i reguł prawnych, ze względu na ich uniwersalny charakter, co oznacza, że ich autonomia nie jest nieograniczona⁵².

W tym momencie warto po raz kolejny przytoczyć pogląd J. Nafzigera, który stwierdził, że międzynarodowe prawo sportowe, mimo swojego osobliwego instytucjonalnego umocowania w ramach prawa międzynarodowego, rozwija się o własnych siłach i cieszy się uznaniem państw i organizacji międzyrządowych jako porządek prawny *sui generis*. Uznanie, o którym mowa, może przybierać różne formy. Czasami odbywa się na drodze sądowej. Jak zaobserwował jeden z sędziów Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) „prawo Ruchu Olimpijskiego jest akceptowane, respektowane i stosowane jako niezależny od państwa porządek normatywny w coraz większej liczbie decyzji sądów lokalnych”⁵³. Najlepszym tego przykładem może być działalność Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (TSWE), który w swoim orzecznictwie dotyczącym spraw sportowych nie tylko uznał wewnętrzną władzę organizacji sportowych do stanowienia własnych reguł jako część wolności stowarzyszania się w rozumieniu prawa wspólnotowego, lecz także uznał, że określone działanie MFS, mimo potencjalnej sprzeczno-

⁴⁹ Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, www.icj-cij.org

⁵⁰ K. Foster, *op. cit.*, s. 7.

⁵¹ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 2.

⁵² K. Foster, *op. cit.*, s. 7.

⁵³ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 4.

ści z normami prawa UE, nie może być kwestionowane jeśli pewnej *stricte* prawno-sportowej materii nie można uregulować w odmienny sposób⁵⁴. Niekiedy uznanie przybiera charakter ustawy. Legislacja państwowa może przyznać jednolitą kontrolę nad poszczególnymi dyscyplinami sportu NFS, które są następnie związane regulami i decyzjami Ruchu Olimpijskiego⁵⁵. Rozwiązanie tego typu obowiązku m. in. w prawie polskim na mocy postanowień USKw. Jak zauważył J. Foks, polski ustawodawca, co jest raczej wyjątkiem niż regułą w porównaniu do prawodawstw innych państw, przepisami prawa powszechnie obowiązującego szeroko uregulował zasady stosowania aktów prawnych międzynarodowych organizacji sportowych przez podmioty prowadzące działalność w zakresie sportu kwalifikowanego, w szczególności przez polskie związki sportowe. Zważywszy, że stan ten nie wynika z międzynarodowych zobowiązań spoczywających na państwie, ani z formalnoprawnej mocy przepisów stanowionych przez międzynarodowe organizacje sportowe na gruncie prawa międzynarodowego należy przypuszczać, że ustawodawca kierował się faktyczną pozycją tych organizacji w międzynarodowym systemie współczesnego sportu, zwłaszcza w najbardziej popularnych i najatrakcyjniejszych ekonomicznie dyscyplinach⁵⁶. Podobne rozumienie roli międzynarodowych organizacji sportowych odnaleźć można w USport, o czym była już wcześniej mowa. Wreszcie uznanie może odbywać się na poziomie władzy wykonawczej, kiedy to rządy państw nawiązują bezpośrednie stosunki dyplomatyczne z międzynarodowymi organizacjami sportowymi, akceptując tym samym niezależność ich reżimów normatywnych. Wydaje się, że właśnie ta ostatnia forma akceptacji międzynarodowych unormowań sportowych, ze względu na stale rosnące znaczenie instytucji sportowych, nabrała w ostatnim czasie szczególnego wymiaru. Struktura międzynarodowego prawa sportowego w wyraźny sposób odkrywa więc zmniejszającą się niezawodność formalnych kryteriów prawa międzynarodowego jako podstawę jego ukonstytuowania oraz rozbieżność pomiędzy formalnym statusem a rzeczywistym znaczeniem⁵⁷.

Czy w takim przypadku posługiwanie się terminem „międzynarodowy” jest adekwatne w odniesieniu do porządku normatywnego tworzonego przez organizacje sportowe o światowym zasięgu? Nie

⁵⁴ M. Kędzior, *Autonomia organizacji sportowych w świetle prawa polskiego i Unii Europejskiej*, „Sport Wyczynowy” 2007, nr 1-3, s. 10-12.

⁵⁵ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 5.

⁵⁶ J. Foks, *op. cit.*, s. 80.

⁵⁷ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 6.

ulega wątpliwości, że prawo międzynarodowe szuka usankcjonowania procesów normatywnych dokonujących się w świecie sportu z perspektywy państwa. Słusznie jednak zauważył M. Beloff, że prawo międzynarodowych organizacji sportowych nie jest jedynie międzynarodowe, ale przede wszystkim pozapaństwowe i właśnie ten atrybut decyduje o jego wyjątkowości. Normatywne korzenie sportu nie wyrastają z jakichkolwiek traktatów pomiędzy suwerennymi państwami, lecz z międzynarodowych porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami, z których większość jest konstytucyjnie niezależna od rządów państw, na których obszarze działają⁵⁸. Specyfika instytucji kształtujących międzynarodowy porządek prawny w obszarze sportu, w której niektórzy widzą symbol rozwoju współczesnego prawa międzynarodowego, z innego punktu widzenia uznawana jest za źródło prawa globalnego. Mając na uwadze, że w dzisiejszym świecie wszelka różnorodność wynika nie z terytorialnych, lecz z funkcjonalnych podziałów, należy zastanowić się, czy międzynarodowe organizacje sportowe nie powinny być raczej nazywane „transnarodowymi”. Prawo, które stanowią natomiast, można by poczytywać, odwołując się do stwierdzenia G. Teubnera, za „globalne prawo poza państwem”⁵⁹.

Globalne prawo sportowe

Rozwijające się prawo globalne jest porządkiem normatywnym działającym na swoich własnych prawach, który nie powinien być mierzony standardami narodowych systemów prawnych⁶⁰. Kluczowe dla zrozumienia istoty prawa globalnego wydaje się porzucenie założenia, że jego ważność uzależniona jest od procesu państwowego stanowienia prawa i państwowego usankcjonowania, niezależnie od tego czy wynika ono ze źródeł wewnętrznych czy z oficjalnie zaakceptowanych źródeł międzynarodowych⁶¹. W powyższym kontekście globalne prawo sportowe należałoby uznać za transnarodowy, autonomiczny porządek prawny, stworzony przez prywatne instytucje zarządzające sportem na skalę światową, niepotrzebujący formalnego rozpoznania lub walidacji ze strony państwa⁶². Jak słusz-

⁵⁸ M. Beloff, T. Kerr, M. Demetriou, *Sports Law*, Oxford 1999, s. 5.

⁵⁹ G. Teubner, *Global Law...*, s. 1.

⁶⁰ G. Teubner, *Global Bukowina...*, [w:] G. Teubner (red.), *Global Law...*, s. 3.

⁶¹ A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime- Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law” 2004, summer, s. 1010.

⁶² Por. M. Beloff i in., *op. cit.*, s. 5 i n.; K. Foster, *op. cit.*, s. 2, 7- 8; B. Kolev, *Lex Sportiva and*

nie zauważył B. Houlihan proces powstawania globalnego prawa sportowego to nieodłączny efekt dokonujących się w świecie sportu zmian, przejawiających się z jednej strony malejącym znaczeniem narodowych tradycji i lokalnego zróżnicowania, z drugiej zaś dążeniem do uniwersalizacji zasad aktywności sportowej. Transnarodowy sport bazuje na komercyjnych, prywatnych instytucjach, nie zaś na państwach narodowych, ich strukturze regulacji i zasadach subsydiowania⁶³.

Opisując kształtowanie się globalnego systemu prawnego w dziedzinie sportu najczęściej używa się pojęcia *lex sportiva*, celowo nawiązując do historycznie ugruntowanej i rozwiniętej zarówno w teorii, jak i praktyce koncepcji *lex mercatoria*⁶⁴. *Lex sportiva* powstała bowiem jako prawo światowej społeczności sportowej, tak jak przed wiekami *lex mercatoria* ukształtowała się jako prawo klasy kupców. *Lex sportiva* zmuszona jest koegzystować z porządkami prawnymi państw i organizacji międzypaństwowych, tak jak *lex mercatoria* musiała od zarania współistnieć z prawem kościelnym, królewskim czy miejskim. Wreszcie, zarówno w przypadku *lex sportiva*, jak i *lex mercatoria* nie stworzono mechanizmu prawnego, który mógłby rozstrzygnąć ewentualny konflikt pomiędzy normami wywodzącymi się z różnych porządków normatywnych, w odmienny sposób regulujących daną sytuację społeczną⁶⁵. Należy jednak zauważyć, że istnieje pewna zasadnicza różnica w uzasadnianiu podstaw niezależności powyższych systemów prawnych. O ile *lex mercatoria* uznaje się za autonomiczne prawo globalne, gdyż oparte jest o umowy zawierane pomiędzy równorzędnymi, prywatnymi podmiotami, to stwierdzenie powyższe w przypadku *lex sportiva* nie sprawdza się. Stosunki pomiędzy międzynarodowymi organizacjami sportowymi a podmiotami biorącymi udział w rywalizacji sportowej nominalnie można uznać za posiadające charakter umowny. W rzeczywistości jednak relacje te nie są zrównoważone, lecz władczo kształtowane przez przyjmujące monopolistyczną postawę instytucje sportowe⁶⁶. *Lex sportiva* nie stanowi więc, niczym *lex mercatoria*, wyniku standardyzacji zwyczajów i praktyk kontraktowych transnarodowej wspólnoty o zbieżnych

Lex Mercatoria, „International Sports Law Journal” 2008, no. 1-2, s. 57 i n.

⁶³ B. Houlihan, *Governance, Globalisation and Sport*, wystąpienie na seminarium Prawa Sportowego na Anglia Polytechnic University, listopad 1991; cyt. za K. Foster, *op. cit.*, s. 3.

⁶⁴ Por. S. Gardiner, *op. cit.*, s. 175; K. Foster, *op. cit.*, s. 7-8; M. Beloff i in., *op. cit.*, s. 5 i n.; J. Nafziger, *op. cit.*, s. 48.

⁶⁵ Zob. H. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard 1983, s. 332 i n.; B. Kolev, *op. cit.*, s. 60.

⁶⁶ K. Foster, *op. cit.*, s. 15-16.

interesach, lecz powstaje w znacznej mierze w wyniku autorytatywnych regulacji międzynarodowych organizacji sportowych, nie zawsze w pełni korzystnych dla ich członków⁶⁷. Rozwój *lex sportiva*, jako w pełni autonomicznego reżimu prawnego przebiega więc samodzielnie i jedynie częściowo nawiązuje do tradycji *lex mercatoria*. Uwzględniając powyższe fakty K. Foster stwierdził, że globalne prawo sportowe cechuje się istnieniem:

- organizacji posiadającej kompetencję do sprawowania władzy w światowym sporcie;
- transnarodowych i jedynych w swoim rodzaju norm, generowanych przez legislację i praktykę tejże organizacji, wystarczająco ogólnych i zharmonizowanych w kontekście światowym i *last but not least*;
- globalnego forum rozwiązywania sporów, stanowiącego niezależny system międzynarodowego arbitrażu, działającego jako stała instytucja bądź w formie *ad hoc*, posiadającego jurysdykcję nad wszystkimi aspektami światowego sportu i orzekającego wyłącznie w oparciu o normy globalnego prawa sportowego.

Właśnie ostatni z powyższych elementów *lex sportiva* powszechnie uznawany jest za niezbędny warunek jego autonomii. Zdaniem G. Teubnera eksternalizacja, czyli umowne poddanie rozstrzygnięcia konfliktu zewnętrznej instytucji, nie tylko gwarantuje przezwyciężenie paradoksu samooceny danego porządku normatywnego, lecz przede wszystkim pozwala odróżnić oficjalne i zorganizowane prawo od spontanicznego porządku norm zwyczajowych, decydując tym samym o ukonstytuowaniu się samodzielnego systemu prawnego⁶⁸. We współczesnym świecie rolę bufora, izolującego sport od kontroli państwowej i gwarantującego jego w pełni niezależny status prawny, ma odgrywać CAS⁶⁹.

Sąd Arbitrażowy do spraw Sportu, utworzony w 1984 roku jako jedna z agend MKOl, miał stanowić odpowiedź międzynarodowej społeczności sportowej na narastającą liczbę sporów powstających na tle działalności sportowej. Aktywność CAS polegała na rozpatrywaniu spraw poddanych jego jurysdykcji na mocy zgodnego porozumienia spierających się stron oraz udzielaniu opinii prawnych każdej zainteresowanej osobie lub organizacji w kwestiach dotyczących aktywności sportowej. W 1991 roku CAS opublikował przewodnik po arbitrażu sportowym wskazujący kilka modeli klauzul

⁶⁷ B. Kolev, *op. cit.*, s. 60.

⁶⁸ Por. K. Foster, *op. cit.*, s. 12; G. Teubner, *Global Bukowina...*, s. 12-13.

⁶⁹ Zob. M. Beloff i in., *op. cit.*, s. 5 i n.; J. Nafziger, *op. cit.*, s. 48-49.

arbitrażowych. Jedna z nich dotyczyła rozpatrywania odwołań od orzeczeń dyscyplinarnych i regulaminowych międzynarodowych federacji sportowych. Przyjęcie zaproponowanych rozwiązań, po raz pierwszy w statucie i przepisach Międzynarodowej Federacji Sportów Konnych (FEI), zapoczątkowało nowe spojrzenie na rolę Sądu⁷⁰. Formalna i głęboka zależność od MKOl, przejawiająca się zwłaszcza w sposobie finansowania, procedurze wyboru arbitrów oraz uchwalania i zmiany statutu, stała się z czasem przyczyną podważania bezstronności CAS. W przełomowym wyroku z 15 marca 1993 roku w sprawie *Gundel v. FEI/CAS* Szwajcarski Trybunał Federalny potwierdził status CAS, jako ustanowionego i funkcjonującego zgodnie z prawem, neutralnego i niezależnego sądu arbitrażowego, którego decyzje spełniają warunki orzeczeń arbitrażowych na poziomie międzynarodowym. Jednocześnie stwierdził jednak, że w przypadku, kiedy jedną ze stron postępowania przed CAS jest MKOl, Sąd nie spełnia wymogu niezawisłości. W efekcie struktura organizacyjna i zasady funkcjonowania CAS uległy zmianie poprzez powołanie 22 czerwca 1994 roku na mocy tzw. „porozumienia paryskiego”⁷¹ Międzynarodowej Rady Arbitrażowej do spraw Sportu (ICAS). W skład Rady weszło 20 wysokiej klasy prawników, którzy mieli za zadanie zreformować CAS, powołać jego członków i wydobyć Sąd spod auspicjów MKOl. Obecnie ICAS zajmuje się administrowaniem i zarządzaniem funduszami CAS. Członkowie Rady nie mogą wchodzić do składów arbitrażowych, ani też reprezentować żadnej ze stron w postępowaniu przed Sądem. MKOl i inne międzynarodowe organizacje sportowe finansują ICAS i CAS, lecz nie posiadają żadnych kompetencji w zarządzaniu powyższymi instytucjami. Ostatecznie reformy CAS zostały przypieczętowane uchwaleniem przez ICAS 22 listopada 1994 roku Kodeksu Arbitrażu Sportowego (*ang. Code of Sports-related Arbitration*), regulującego wszelkie zasady działania instytucji. Kolejne próby kwestionowania zasad funkcjonowania CAS są uznawane za bezzasadne przez Szwajcarski Trybunał Federalny, stojący na stanowisku, że CAS gwarantuje obecnie wymóg niezależności i bezstronności nawet, kiedy jednym z uczestników sporu jest MKOl⁷². W kluczowych orzeczeniach w sprawach *Ruducan 2000* oraz *Lazutina and Danilova 2003* Trybunał stwierdził, że CAS „nie jest wasalem MKOl”, „jest wystarczająco niezależny zarów-

⁷⁰ Zob. www.tas-cas.org

⁷¹ „Umowa dotycząca ukonstytuowania Międzynarodowej Rady Arbitrażowej do spraw Sportu” zawarta została w Paryżu pomiędzy Prezydentami MKOl, ASOIF, AIWSF oraz Związku Narodowych Komitetów Olimpijskich (ANOC).

⁷² S. Gardiner, *op. cit.*, s. 243- 244.

no od MKOl, jak i wszelkich innych podmiotów”, zaś „jego orzeczenia porównywalne są z orzeczeniami sądów państwowych”. Ponadto Trybunał odnotował szerokie rozpoznanie CAS w międzynarodowej społeczności sportowej i prawdziwą potrzebę jego istnienia twierdząc: „Wygląda na to, że dla tej instytucji nie ma żadnej realnej alternatywy, mogącej rozwiązywać międzynarodowe dysputy dotyczące sportu równie szybko i niedrogo (...) Stopniowo budując zaufanie w świecie sportu, ta szeroko rozpoznawana instytucja (...) pozostaje jednym z zasadniczych podstaw zorganizowanego sportu”⁷³.

Zgodnie z postanowieniami art. R27 Kodeksu Arbitrażu Sportowego Sąd Arbitrażowy do spraw Sportu stanowi instytucję, której przysługuje jurysdykcja wyłącznie w zakresie rozstrzygania sporów prawnych związanych ze sportem. CAS uprawniony jest do orzekania zarówno w sporach wynikających ze stosunku prawnego łączącego strony, jeśli podjęły one decyzję o poddaniu sporu arbitrażowi lub mediacji⁷⁴, jak i w przypadku sporów, które były przedmiotem decyzji organów ostatecznej instancji organizacji sportowych, jeśli statut tych organizacji przewiduje następnie możliwość arbitrażu⁷⁵. Pierwsza kategoria spraw odnosi się przede wszystkim do sporów wynikających ze stosunków cywilnoprawnych, druga zaś dotyczy niemal wyłącznie odpowiedzialności dyscyplinarnej⁷⁶. Sąd może także rozpocząć na wniosek procedurę doradczą, w której wydaje niewiążące opinie dotyczące wszelkich problemów prawnych związanych ze sportem. Warte podkreślenia jest, że statuty niemalże wszystkich⁷⁷ MFS należących do Ruchu Olimpijskiego zawierają klauzule arbitrażowe zobowiązujące podmioty działające pod ich egidą do poddania ewentualnych sporów z federacją rozstrzygnięciu CAS. Każda osoba fizyczna, jak np. sportowiec czy trener, bądź osoba prawna, jak klub sportowy, organizator zawodów sportowych czy sponsor może również odwołać się do CAS dobrowolnie, w związku ze sporami bezpośrednio lub pośrednio związanymi ze sportem, a niedotyczącymi ich stosunków z federacją. W tym przypadku niezbędnym warunkiem zbadania sprawy jest umowna wola spierających się stron wyrażona

⁷³ M. Mitten, *Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations*, „Pepperdine Dispute Resolution Law Journal” 2009, April, s. 2-3.

⁷⁴ Sprawy te rozpatrywane są przez Wydział Arbitrażu Zwyczajnego CAS, ang. *Ordinary Arbitration Division*.

⁷⁵ Sprawy te rozpatrywane są przez Arbitrażowy Wydział Odwoławczy CAS, ang. *Appeals Arbitration Division*.

⁷⁶ R. Piechota, *Pozasądowe formy rozwiązywania sporów sportowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2006, vol. IV, s. 36- 37.

⁷⁷ Jedynym wyjątek stanowi AIBA - Międzynarodowa Federacja Boks.

w formie pisemnej. Zgodnie z postanowieniami art. R45 Kodeksu Arbitrażu Sportowego, skład orzekający w danej sprawie prowadzonej w ramach zwyczajnej procedury arbitrażowej stosuje prawo, na które zgodnie zdecydują się strony. W przypadku nie dokonania takiego wyboru, stosowane jest prawo szwajcarskie. Strony mogą także upoważnić CAS do rozstrzygnięcia sporu *ex aequo et bono*. W przypadku arbitrażowej procedury odwoławczej brak wyboru odpowiedniego prawa skutkuje rozstrzygnięciem sporu w oparciu o porządek prawny państwa- siedziby danej organizacji sportowej, której decyzja jest kwestionowana, bądź zgodnie z zasadami prawa, które skład orzekający uzna za odpowiednie, o czym mówi art. R58. Godne uwagi jest stwierdzenie zawarte w wyroku CAS w sprawie *B. v. FIBA* mówiące, że „prawo federacyjne zaadoptowane przez Międzynarodową Federację Koszykówki (FIBA) konstytuuje reżim prawny *de privati juris*, posiadający międzynarodowy, a nawet globalny zasięg (...) CAS będzie interpretował postanowienia tego prawa federacyjnego w świetle generalnych zasad prawa”⁷⁸. Główną siedzibą instytucji jest Lozanna, aczkolwiek ze względu na stale zwiększającą się ilość sporów sportowych, utworzono także stałe placówki Sądu w Sydney w Australii oraz w Nowym Jorku w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Na czas Igrzysk Olimpijskich powoływana jest sekcja *ad hoc*, ze szczególnymi kompetencjami. Zgodnie z postanowieniami art. 59 Karty Olimpijskiej wszelkie spory wynikłe z lub w związku z Igrzyskami Olimpijskimi będą kierowane wyłącznie do rozstrzygnięcia przez CAS zgodnie z Kodeksem Arbitrażu Sportowego.

Orzeczenia CAS, które zgodnie z art. 59 Kodeksu Arbitrażu Sportowego są ostateczne i wiążące dla stron od momentu ich ogłoszenia, stanowią podstawę rozwoju *lex sportiva*. Jak zauważył J. Nafziger, poszczególne orzeczenia Sądu „są wskazówkami w późniejszych sprawach, silnie oddziałują na późniejsze wyroki i często funkcjonują jako precedens”⁷⁹. W rezultacie, dzięki swojemu przewidywalnemu i stabilnemu orzecznictwu, CAS spełnia rolę prawotwórczą⁸⁰. Patrząc na rozwój orzecznictwa CAS w szerszej perspektywie wydawać się może, że jego podstawowym celem jest wzmocnienie i pomoc w osiągnięciu władczej pozycji regulacji stanowionych przez międzynarodowe organizacje sportowe. W opinii K. Fostera harmonizację standardów obowiązujących w świecie sportu można uznać za jedną z elementarnych funkcji CAS. Jeżeli więc MKOl, ustanawiając

⁷⁸ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 41.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 48.

⁸⁰ S. Gardiner, *op. cit.*, s. 239.

wspólne kanony dla wszystkich organizacji sportowych, zachowuje się jak światowy legislator, to CAS stanowiąc globalne forum rozwiązywania sporów wynikających z tejże legislacji sprzyja ujednoczeniu *lex sportiva*⁸¹. Z jednej strony więc orzecznictwo CAS może stanowić jeden z instrumentów służący rozwojowi samoregulacji organizacji sportowych. Z drugiej zaś środek obrony autonomii prywatnych instytucji sportowych, potwierdzający ich zdolność do tworzenia oficjalnego i zorganizowanego prawa, niezależnego od innych systemów prawnych⁸². W opinii M. Beloffa właśnie w tym fakcie upatrywać należy reguły uznania globalnego prawa sportowego⁸³. Z czasem więc właśnie *lex sportiva*, jako porządek prawny nadrzędny w obszarze sportu, mogłaby stanowić wyłączną podstawę orzeczeń CAS, co spowodowałoby przekształcenie CAS w „sąd najwyższy światowego sportu”. Jak zauważył K. Foster obecnie można zaobserwować pewne symptomy, które mogłyby przemawiać za powyższą tezą. Organizacje sportowe posługują się w swoich przepisach klauzulami, które czynią arbitraż CAS obowiązkowym i wyłącznym dla podległych im podmiotów w przypadku kwestionowania ich decyzji. Podstawowa zasada sądownictwa polubownego, a zarazem jego największa siła, jaką jest umowna wola stron, zostaje więc w tym przypadku podważona⁸⁴.

W orzeczeniu w sprawie *Canas v. ATP Tour* CAS stwierdził: „Oparty na współzawodnictwie sport charakteryzuje się niezwykle zhierarchizowaną strukturą zarówno na narodowym, jak i międzynarodowym szczeblu. Wertykalne relacje pomiędzy sportowcami a organizacjami zarządzającymi różnymi dyscyplinami sportu są odmienne od horyzontalnych relacji pomiędzy stronami kontraktu. Ta strukturalna różnica pomiędzy dwoma typami relacji ma wpływ na wolicjonalny proces prowadzący do zawarcia porozumienia. (...) W większości przypadków sportowcy nie mają wielkiego wpływu na swoją federację i muszą stosować się do jej życzeń czy tego chcą, czy nie. Dlatego też sportowiec, który chce uczestniczyć w zawodach organizowanych pod auspicjami federacji sportowej, której regulacje zawierają klauzulę arbitrażową zmuszony jest zaakceptować to rozwiązanie, szczególnie stosując się do uregulowań sportowej federacji

⁸¹ K. Foster, *Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court for Arbitration for Sport's Jurisprudence*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (red.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, Hague 2004, s. 438-439.

⁸² *Ibidem*, s. 439.

⁸³ M. Beloff i in., *op. cit.*, s. 4.

⁸⁴ Por. *Ibidem*, s. 437; A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005, s. 150.

w sprawach, w których klauzula arbitrażowa się pojawia”⁸⁵. Ponadto decyzje CAS mogą zostać egzekwowane w oparciu o Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzoną w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 roku i sygnowaną do chwili obecnej przez 142 państwa. Znakomitym przykładem realizacji postanowień Konwencji stanowią orzeczenia w sprawach *Slaney v. International Amateur Athletic Federation (IAAF)* czy *Gatlin v. U. S. Anti-Doping Agency, Inc.*, w których sądy amerykańskie odmawiały sportowcom, próbującym uciec od niekorzystnych wyroków, unieważnienia orzeczenia CAS i merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. W obydwu przypadkach sądy oddalały podnoszony przez sportowców zarzut niezgodności orzeczenia z prawem państwowym powołując się na wcześniejszy precedens mówiący, że może to nastąpić jedynie w przypadku „naruszenia najbardziej podstawowego poczucia moralności i sprawiedliwości” oraz najważniejszych zasad prawnych⁸⁶. Wreszcie należy podkreślić, że CAS widząc potrzebę jednolitego, globalnego prawa sportowego, niechętnie, poza ściśle określonymi przypadkami, stosuje prawo państwowe w celu unieważnienia jasno sformułowanych przepisów międzynarodowych organizacji sportowych⁸⁷. Słusznie jednak stwierdził J. Nafziger, że wciąż jest daleko do tego, aby *lex sportiva* traktowana była jako samodzielna podstawa rozstrzygnięcia. Istotnym problemem wydaje się przede wszystkim absencja demokratycznych procedur w procesie stanowienia i stosowania prawa międzynarodowych organizacji sportowych, mogących zagwarantować zasadę rządów prawa w sporcie i uwiarygodnić *lex sportiva*, broniąc tym samym idei jego pełnej autonomii. CAS w obecnej formule nie stanowi sądu konstytucyjnego, mogącego wpłynąć na uzupełnienie tych braków w działalności instytucji sportowych. Argument powyższy często wykorzystywany jest przez państwa jako przeszkoda w akceptacji dominującej pozycji *lex sportiva* i uzasadnienie interwencji prawnej w sprawę sportu⁸⁸.

Warte podkreślenia jest także, że CAS stara się stosować szeroko w swojej działalności generalne zasady prawa, które nie są całkowicie niezależne od narodowych systemów prawnych, a wręcz przeciwnie stanowią ich nieodzowną część. *Last but not least*, w pewnych szczególnych przypadkach, Szwajcarski Trybunał Federalny, na mocy art. 190 szwajcarskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 18 grudnia 1987 roku, jest w stanie podważyć orzeczenie CAS. Uprawnienia

⁸⁵ M. Mitten, *op. cit.*, s. 3.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 16.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 17.

⁸⁸ B. Kolev, *op. cit.*, s. 61.

Trybunału w powyższej kwestii nie są jednak nieograniczone i dotyczą ściśle sprecyzowanych problemów proceduralnych- nieprawidłowy wybór składu orzekającego, błędne rozstrzygnięcie kwestii jurysdykcji lub braku jurysdykcji w danej sprawie, zbyt szeroki lub wąski zakres orzeczenia w stosunku do żądania, pogwałcenie zasady równości stron, w szczególności prawa do wysłuchania przed sądem oraz problemu merytorycznego - niezgodności orzeczenia z porządkiem publicznym Szwajcarii⁸⁹. Zdaniem Sekretarza Generalnego CAS sytuacja ta może świadczyć o tym, że orzecznictwo CAS nie powinno być uznawane za część *lex sportiva*, lecz raczej jako element *lex arbitrii* prawa szwajcarskiego⁹⁰. Z jednej strony więc, jak zauważył jeden z arbitrów CAS M. Mitten: „Kontrolując orzeczenia CAS, zarówno Szwajcarski Trybunał Federalny, jak i sądy amerykańskie uznały, że nie ma miejsca ani na nacjonalizm, ani na etnocentryzm w prawnym regulowaniu międzynarodowego sportu”⁹¹. Z drugiej zaś interesująca wydaje się opinia K. Fostera mówiąca, że machina narodowych systemów prawnych jest wciąż potrzebna, aby czynić orzecznictwo CAS bardziej efektywnym⁹².

Prawo sportowe państw

Nie ulega wątpliwości, że paradoks prawa sportowego należy interpretować w świetle dwóch przeciwstawnych tendencji obserwowanych we współczesnym świecie - globalizacji i lokalizacji. Z jednej strony wydaje się oczywiste, że międzynarodowe organizacje sportowe są w stanie swoimi regulacjami pokonywać tradycyjne bariery. W efekcie globalne instytucje sportowe przewyżniają władzę państw i organizacji ponadpaństwowych, by samodzielnie i efektywnie regulować aktywność sportową⁹³. W takim przypadku wszelki opór lokalnych bądź regionalnych rządzących, jako relatywnie słaby, jest ignorowany przez globalne władze sportowe i zmuszani są oni do podporządkowania się globalnym standardom albo zaakceptowania izolacji na arenie międzynarodowej. Z drugiej strony siła lokalnego i regionalnego oporu może okazać się wystarczająca, aby wpłynąć na funkcjonowanie globalnego systemu jako całości⁹⁴. Re-

⁸⁹ Zob. Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) of December 18, 1987, www.umbricht.com

⁹⁰ J. Nafziger, *op. cit.*, s. 50.

⁹¹ M. Mitten, *op. cit.*, s. 16.

⁹² S. Gardiner, *op. cit.*, s. 240.

⁹³ *Ibidem*, s. 173.

⁹⁴ M. Ougaard, *Approaching the Global Polity*, Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation, „Working Paper” 1999, no. 42, s. 14, www.csgr.org

alizację tego drugiego scenariusza w sporcie można zaobserwować w procesie legislacyjnym państw oraz w działalności instytucji Unii Europejskiej.

Stosunek państwa do organizacji sportowych na szczeblu krajowym wyznaczany jest w oparciu o zasadę autonomii. Prawo wewnętrzne państw akceptując autonomię sportu udziela nie tylko gwarancji swobody zakładania klubów i związków sportowych, ale przede wszystkim zezwala na wewnątrzwiązkowe stanowienie prawa, daje swobodę wyboru formy prawno-organizacyjnej i ustanowienia wewnętrznych reguł postępowania, w formie statutu bądź regulaminu, zasadniczo niezależnie od zewnętrznego wpływu państwa⁹⁵. W większości nowoczesnych demokracji autonomia organizacji sportowych jest chroniona na poziomie konstytucyjnym bądź ustawowym, jednakże przy założeniu, że zainteresowany podmiot przestrzega zarówno ustanowione przez siebie prawo, jak i prawo państwa, na którego terenie działa⁹⁶. Zakres tejże autonomii można ustalić poprzez odwołanie do pojęć minimalnej i maksymalnej autonomii organizacji sportowych. Przyjmuje się odpowiednio, że granica maksymalnej autonomii sportu będzie przekroczona w sytuacji, w której związek sportowy narusza ogólne zasady porządku prawnego i łamie prawa jednostki. W takich przypadkach państwa zastrzegają sobie możliwość konkretyzowania, korekty norm i decyzji związkowych⁹⁷. Granica minimalnej autonomii zostanie natomiast naruszona, gdy zagrożona zostaje organizacyjna funkcjonalność związków sportowych, czyli ich niezależność i prawo do samostanowienia własnych norm. Na straży przestrzegania granicy minimalnej autonomii związków sportowych stoją międzynarodowe organizacje sportowe, stosując w razie potrzeby odpowiednie sankcje⁹⁸. Z punktu widzenia państwa zasada autonomii sportu posiada względny charakter, jest pożądana do momentu, w którym interes ogólny pozostaje nienaruszony⁹⁹. Prawo stanowione przez organizacje sportowe traktowane jest jako porządek normatywny powstały na bazie wolności stowarzyszeń i dlatego też stanowić powinien

⁹⁵ M. Kędzior, *op. cit.*, s. 7, cytując S. Zinger, *Diskriminierungsverbote und Sportautonomie*, Berlin 2003, Verlag Duncker & Humblot, s. 58.

⁹⁶ L. Halgreen, *op. cit.*, s. 26-27.

⁹⁷ M. Kędzior, *op. cit.*, s. 7, cytując K. Vieweg, *Die Gerichtliche Nachprüfung von Vereinsstrafen und -entscheidungen*, „Juristen Zeitung“ 1984, s. 167.

⁹⁸ M. Kędzior, *op. cit.*, s. 7, cytując K. Vieweg, *Normsetzung und anwendung deutscher und internationaler Sportverbaende*, Berlin 1990.

⁹⁹ D. Panagiotopoulos (red.), *Sports Law (Lex Sportiva) in the World- Regulations and Implementation*, Athens- Komotini 2005, s. 61.

prawo stowarzyszeniowe podległe prawu krajowemu¹⁰⁰. Możliwość samodecydowania instytucji sportowych wciąż nie jest procesem nieograniczonym i podlega różnorodnym formom kontroli ze strony państwa.

W dzisiejszym świecie państwa wybierają pomiędzy interwencjonistycznym bądź nie interwencjonistycznym modelem regulowania spraw sportu¹⁰¹. Pojęcia te odnoszą się do zakresu unormowań, jakie państwo pozostawia w swojej gestii oraz granicy swobód jakie zostają udzielone organizacjom sportowym. Należy podkreślić, że wybór interwencjonistycznego modelu nie oznacza całkowitego podporządkowania świata sportu prawu wewnętrznemu państwa. Z drugiej strony model nie interwencjonistyczny nie uzasadnia pełnej swobody organizacji sportowych. Rozróżnienie dokonywane jest poprzez ustalenie zakresu strukturalnych limitów nałożonych na ruch sportowy przez legislację wewnętrzną państwa. Niezależnie od przyjętych rozwiązań w kwestii zakresu prawnej interwencji państwa w sprawy sportu, przyjmuje się, że kontrola powinna dotyczyć całego systemu organizacji sportowych i odbywać się w zgodzie z wszystkimi normami prawa wewnętrznego, z uwzględnieniem zobowiązań międzynarodowych¹⁰².

Wybór odpowiedniego modelu regulowania sportu poprzedzany jest oceną korzyści płynących z danego modelu administrowania. Wydaje się, że rządy państw dokonują powyższej oceny przede wszystkim w oparciu o ogólną filozofię sprawowania władzy i rozumienie roli prawa. Państwa wybierające interwencjonistyczny model zazwyczaj opowiadają się za techniczną wizją prawa i poprzez coraz bardziej szczegółowe regulacje pragną kontrolować każdy rodzaj działalności na swoim terytorium. Podejście takie, zwłaszcza w sferze sportu, może zaowocować negatywnie i stać się przyczyną problemów na zinstytucjonalizowanej arenie międzynarodowej.

W ostatnim czasie w Polsce mieliśmy okazję przekonać się do jakich konsekwencji może doprowadzić zbyt daleko idąca ingerencja państwa w sferę autonomii organizacyjnej sportu. Problem dotyczył treści art. 23 USKw umożliwiającego zawieszenie w czynnościach władz polskiego związku sportowego i wyznaczenie kuratora przez organ sprawujący nadzór, w tym przypadku przez ministra właściwego do spraw kultury fizycznej i sportu, jeżeli działalność polskiego związku sporto-

¹⁰⁰ B. Kolev, *op. cit.*, s. 60.

¹⁰¹ Zob. A-N. Chaker, *Good Governance in Sport. A European Survey*, Strasburg 2004, Council of Europe Publishing, s. 10 i n.; J. Soek, *Sports in National Sports Acts and Constitutions: Definition, Ratio Legis and Objectives*, „International Sports Law Journal” 2006, no. 3- 4, s. 28 i n.

¹⁰² D. Panagiotopoulos, *op. cit.*, s. 48.

wego jest niezgodna z powszechnie obowiązującym prawem, postanowieniami statutu lub regulaminów związkowych. W związku z nieprawidłowościami w działalności PZPN, wynikającymi w głównej mierze z tzw. afery korupcyjnej w polskim futbolu, Minister Sportu Tomasz Lipiec zrealizował 19 stycznia 2007 roku swoje ustawowe uprawnienia, co zostało uznane przez FIFA za działanie naruszające wyłączną strefę jej regulacji. W przypadku braku cofnięcia powyższej decyzji w odpowiednim terminie FIFA zagroziła cofnięciem uznania dla PZPN, co wiązałoby się z wykluczeniem polskich drużyn piłkarskich z wszelkich rozgrywek międzynarodowych. W efekcie, w wyniku nacisków organizacji piłkarskich oraz na mocy porozumienia zawartego pomiędzy rządem polskim, prezydentem RP oraz władzami FIFA i UEFA, 5 marca 2007 roku Minister Lipiec zmuszony został do wycofania się ze swojej decyzji. Ponadto do życia powołana została Niezależna Komisja Wyborcza (NKW), w której skład weszli przedstawiciele każdej z negocjujących porozumienie stron. Podstawowym celem pracy Komisji stało się poprawienie sytuacji w polskim futbolu, w tym doprowadzenie do Nadzwyczajnego Zjazdu PZPN, mającego wyeliminować wykryte przez Ministra Sportu nieprawidłowości statutowe.

Niezwykle rozbudowany katalog środków kontroli i nadzoru administracyjnego władz państwowych w obszarze sportu, który został umieszczony w art. 18-24 USKw, od początku obowiązywania spotykał się z szeroką krytyką. W pierwszej kolejności swoje wątpliwości wyrazili przedstawiciele FIFA i UEFA, którzy niejednokrotnie sugerowali rządowi polskiemu konieczność zmian, a nawet zwrócili się do polskiego Rzecznika Praw Obywatelskich o interwencję w tej sprawie¹⁰³. Ponadto problematyczność omawianych przepisów została zauważona w komentarzach dotyczących USKw. Zwolennicy istnienia omawianej regulacji utrzymywali, że żaden akt prawny nie nakazuje, aby prawo polskie musiało być zgodne ze statutami międzynarodowych organizacji sportowych¹⁰⁴. Jak stwierdził J. Foks, Polska nie jest stroną zobowiązań o charakterze prawnomiędzynarodowym, nakładających nań obowiązek uwzględniania przepisów międzynarodowych organizacji sportowych, przy podejmowaniu przez właściwe organy czynności nadzorczych. Na gruncie prawa polskiego organy nadzoru administracyjnego bądź sądy stosujące środki nadzoru sądowego są związane wyłącznie przepisami składającymi się na krajowy porządek prawny¹⁰⁵.

¹⁰³ A. Wach, *Postulat zbliżenia naszego prawa do norm międzynarodowego ruchu sportowego oczekuje na realizację*, [w:] *Temat miesiąca: USKw- uwagi i opinie*, „Sport Wyczynowy” 2005, no. 9- 10, s. 44 i 47.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 47.

¹⁰⁵ J. Foks, *op. cit.*, s. 80.

Słusznie jednak zauważył, że ze względu na monopolistyczną pozycję organizacji sportowych, formalnoprawne podejście w powyższej kwestii jest niewystarczające, lecz konieczne wydaje się uwzględnienie czynników pozaprawnych, tzn. ekonomicznych, społecznych i politycznych¹⁰⁶. Z kolei A. Wach również uznał, że normy organizacji sportowych nie mają na gruncie prawa polskiego charakteru źródeł prawa, co czyni analizowany problem dyskusyjnym. Jednocześnie jednak stwierdził, że z formalnoprawnego punktu widzenia art. 23 USKw wykracza poza treść wielu innych przepisów prawnych, w tym konstytucji, ustawy Pr. Stow., USKw, a nawet sygnowanej przez Polskę Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.¹⁰⁷ Faktyczna pozycja międzynarodowych organizacji sportowych, która uwiarydociła się zwłaszcza w konflikcie z FIFA, legła u podstaw nowelizacji kontrowersyjnych przepisów USKw. W uzasadnieniu do projektu ustawy zmieniającej USKw stwierdzono m. in., że: „(...) ze względu na dobro polskiej piłki nożnej, która może zostać wyeliminowana z prestiżowych rozgrywek piłkarskich na szczeblu europejskim i światowym, należy liczyć się z regulacjami międzynarodowych federacji piłkarskich. Zarówno przepisy FIFA, jak i UEFA mówią, że zawiesić władze krajowej federacji może tylko niezawisły sąd, jeśli stwierdzi, że federacja nie realizuje zadań statutowych, bądź dopuszcza się działań niezgodnych z prawem”¹⁰⁸. Ustawą z dnia 23 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy o sporcie kwalifikowanym¹⁰⁹ znowelizowany został problematyczny art. 23 USKw i dodany art. 23a przyznający prawo do zawieszenia władz polskiego związku sportowego i wyznaczenia kuratora Trybunałowi Arbitrażowemu do spraw Sportu, na wniosek organu sprawującego nadzór, którym pozostał minister właściwy do spraw kultury fizycznej i sportu.

Kolejna odsłona piłkarskiego sporu rozpoczęła się 29 września 2008 roku, kiedy to Trybunał Arbitrażowy do spraw Sportu, działając na wniosek Ministra Sportu Mirosława Drzewieckiego dotyczący zawieszenia władz PZPN, zdecydował się ustanowić kuratora w związku piłkarskim. Działanie Trybunału oparte zostało o przepis art. 23a ust. 4 USKw, mówiący, że do czasu rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawieszenia w czynnościach władz polskiego związku sportowego, może zostać wyznaczony kurator. W efekcie jeszcze tego samego dnia kurator Robert Zawłocki stawiał się w siedzibie PZPN

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 81.

¹⁰⁷ A. Wach, *op. cit.*, s. 47- 48.

¹⁰⁸ *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o sporcie kwalifikowanym*, Sejm RP, Druk 1501, s. 3- 5.

¹⁰⁹ Dz. U. z 2007 r. Nr 172, poz. 1208.

z postanowieniem Trybunału, oświadczając, że przejmuje kompetencje zarządu PZPN, na co zezwala mu art. 23 ust. 6 USKw. Nie trudno domyślić się jaka była reakcja zarówno światowych, jak i krajowych władz piłkarskich. We wspólnym oświadczeniu z 30 września 2008 roku FIFA i UEFA nie uznały „*nominacji komisarza PZPN*” oraz zawieszenia władz związku. Ponadto, co wydaje się zupełnie irracjonalne, zakwestionowały wyrok niezależnego Trybunału Arbitrażowego wydany na mocy przepisów prawa polskiego, których zmianę same wcześniej przeforsowały. Wreszcie organizacje piłkarskie oświadczyły, że skontaktują się z MKOl „celem rozpoznania sytuacji w PKOl i naruszenia fundamentalnych zasad ruchu sportowego i olimpijskiego, takich jak autonomia federacji sportowych”, co miało stanowić wyraźny zarzut, dotyczący braku niezależności od polskiego rządu, skierowany do PKOl i Trybunału Arbitrażowego. Władze PZPN z kolei najpierw zakwestionowały zakres kompetencji kuratora i sprzeczność postanowienia Trybunału z USKw, dokonując zgoła absurdalnej wykładni art. 23a ust. 4 i 6 USKw mówiącej, że kurator nie ma prawa przejęcia jakichkolwiek praw i obowiązków władz PZPN i może działać jedynie łącznie z legalnie funkcjonującym zarządem. Następnie zaś zarząd PZPN podjął na nadzwyczajnym zebraniu decyzję o złożeniu wniosku o odwołanie kuratora lub osoby aktualnie pełniącej tę funkcję, *de facto* i *de jure* uznając postanowienie Trybunału Arbitrażowego¹¹⁰. Ostatecznie Sekretarz Generalny PZPN w liście skierowanym do Ministra Sportu w imieniu związku zgodził się z zarzutami, które legły u podstaw wniosku do Trybunału. Na mocy porozumienia pomiędzy ministrem a związkiem wznowione zostały prace NKW, mającej czuwać nad usunięciem uchybień w prawie związkowym i doprowadzeniem do zjazdu wyborczego w PZPN. Kompromis powyższy zaakceptowała FIFA, której przewodniczący Sepp Blatter zadeklarował, że po wycofaniu kuratora obejdzie się bez sankcji wobec polskiej federacji. W świetle powyższych okoliczności Minister Sportu zwrócił się 9 października 2008 r. do Trybunału o cofnięcie postanowienia o ustanowieniu kuratora. Następnie 17 października 2008 r. wycofał wniosek w sprawie zawieszenia władz PZPN, w związku z opinią NKW, która uznała, że wskutek naprawienia przez zarząd związku wszystkich uchybień wskazanych przez ministra, stał się on bezzasadny¹¹¹.

¹¹⁰ Zob. D. Bunikowski, *Ultimatum FIFA: straszak władz światowej piłki*, www.racjonalista.pl, s. 1- 3.

¹¹¹ Zob. Drzewiecki: *Będzie wniosek o wycofanie kuratora; PZPN uznał Niezależną Komisję Wyborczą*, www.wprost.pl

Doświadczenia wynikające z powyższej sytuacji pozwalają sformułować pewien ogólniejszy sąd w odniesieniu do pozycji instytucji sportowych działających na szczeblu krajowym. Mianowicie, oczywiście wydaje się, że znajdują się one pomiędzy młotem międzynarodowych organizacji sportowych, którym hierarchicznie podlegają, a kowadłem wewnętrznego porządku państw, w ramach którego funkcjonują. Z jednej strony jakiegokolwiek odstępstwa od reguł ustanowionych przez międzynarodowe federacje prowadzić mogą do zawieszenia, a nawet wykluczenia z ich grona. Ze sportowego punktu widzenia stanowi to poważny środek zapobiegawczy lub najsurowszą karę dla ludzi sportu, którym może zostać uniemożliwiona rywalizacja na poziomie międzynarodowym oraz zafascynowanych daną dyscypliną kibiców. Z drugiej strony nieprzestrzeganie krajowego systemu prawnego doprowadzić może do konfliktu krajowych organizacji sportowych z władzami państwowymi. W dalszej kolejności zaś instytucje sportowe mogą stanąć w obliczu niekorzystnych dla nich wyroków sądów powszechnych, posiadających pewne kompetencje kontrolne w obszarze sportu¹¹². Jak przykładowo stanowi art. 17 USKw polski związek sportowy podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego na zasadach określonych przepisami Pr. stow. i uzyskuje w związku z tym osobowość prawną. Z kolei art. 24 USKw mówi, że sąd na wniosek organu sprawującego nadzór może, w drodze postanowienia, rozwiązać polski związek sportowy, jeżeli swoją działalnością w sposób rażący narusza on przepisy prawa, a także w momencie, gdy organ sprawujący nadzór cofnął zgodę na utworzenie związku. Ponadto art. 6, 30 i 49 USKw przyznają klubowi sportowemu, zawodnikowi, trenerowi i sędziemu uprawnienie do złożenia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego od orzeczeń polskiego związku sportowego w sprawach przyznawania i pozbawiania licencji. Wreszcie od orzeczenia dyscyplinarnego lub regulaminowego wydanego przez Trybunał Arbitrażowy do spraw Sportu w sprawach, o których mowa w art. 34 USKw, przysługuje na mocy art. 44 USKw kasacja do Sądu Najwyższego w przypadku rażącego naruszenia przepisów prawa lub oczywiście niesłuszności orzeczenia. Co ciekawe USport, jak sam przyznaje w uzasadnieniu projektodawca, „(...) nie wprowadza istotnych zmian w odniesieniu do modelu nadzoru, którym objęta jest działalność polskich związków sportowych. Nadal nadzór ten spoczywał będzie w rękach ministra właściwego do spraw kultury fizycznej. W większej części

¹¹² K. Foster, *Is there...*, s. 14.

nie ulega również zmianie zakres i środki tego nadzoru¹¹³. O korzyściach lub wadach proponowanych rozwiązań będziemy mogli z pewnością przekonać się niejednokrotnie w przyszłości.

Interwencjonistyczny model legislacji może być wykorzystywany także w pozytywnym kontekście, tzn. w celu przyspieszenia reform i rozwoju ruchu sportowego¹¹⁴. Sytuacja taka ma miejsce zwłaszcza w młodych demokracjach, gdzie regulacje państwowe „(...) wynikają z potrzeby wprowadzenia zasad dobrego rządzenia *good governance* do statutów związków sportowych, na wzór funkcjonujących w gospodarce standardów ładu korporacyjnego *corporate governance*”¹¹⁵. Tym samym mają stanowić odpowiedź na sposób funkcjonowania i metody zarządzania związkami sportowymi przez ludzi pochodzących ze starej nomenklatury, które nie współgrają z obecnymi wymogami instytucjonalnymi i ekonomicznymi¹¹⁶. Ponadto interwencja państwa w świat sportu może być odpowiedzią na coraz częściej pojawiające się w sporcie nadużycia, stanowiące zagrożenie nie tylko dla samego sportu, ale generalnie dla porządku publicznego. W tym miejscu należy wspomnieć przede wszystkim o regulacjach prawa karnego, odnoszących się do pewnych szkodliwych zjawisk w sporcie, jak np. przekupstwa, ustawianie wyników meczów, nielegalny hazard sportowy, przemoc czy doping. Wyłączenie w obszarze sportu powyższych karnoprawnych unormowań wydaje się nie do przyjęcia ze względu na uniwersalny charakter chronionych dóbr¹¹⁷. Należy jednakże pamiętać, że stanowione prawa powinny brać pod uwagę specjalne warunki, w jakich sport jest prowadzony oraz wyjątkowość instytucji sportu i celów, którym ma ona służyć. Interwencjonizm prawa krajowego w świat sportu służyć ma uporządkowaniu spraw sportu, nie zaś podporządkowaniu sfery sportu władzy centralnej. Nie ulega wątpliwości, że postulat powyższy może zostać zrealizowany jedynie przy odrzuceniu autorytatywnego i monistycznego rozumienia prawa¹¹⁸.

Z kolei nie interwencjonistyczny model regulowania spraw sportu, występujący najczęściej w krajach o ugruntowanym porządku liberalno-demokratycznym, stwarza wiele elastycznych możliwości

¹¹³ *Uzasadnienie...*, s. 14-15.

¹¹⁴ A- N. Chaker, *op. cit.*, s. 10.

¹¹⁵ *Uzasadnienie...*, s. 11.

¹¹⁶ Zob. F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago 1994, s. 148 i n.; L. Morawski, *Główne...*, s. 301- 302; H. Radke, *Fighting Sport Corruption: Polish Experience of a Global Dilemma*, „International Sports Law Journal” 2008, no. 3-4, s.87.

¹¹⁷ M. Filar, *op. cit.*, s. 29.

¹¹⁸ Zob. H. Radke, *Fighting...*, s. 88.

w procesie stanowienia prawa. Brak specyficznej legislacji państwowej dotyczącej sportu i funkcjonowanie organizacji sportowych na zasadach ogólnych, absolutnie nie przeszkadza w państwach takich jak Niemcy czy Wielka Brytania. Kompromisowe podejście do kwestii sportowych unormowań sprawia, że rządy i pozarządowe organizacje sportowe mogą poszukiwać najlepszych rozwiązań dla sportu w drodze negocjacji i zawierania wzajemnych porozumień, unikając tym samym sformalizowanych procedur¹¹⁹. Znakomity przykład nowoczesnych rozwiązań w obszarze sportu stanowić mogą umowy o współpracy, wyznaczające wzajemne sfery wpływów normatywnych, zawierane pomiędzy FIFA a rządami państw. Jak stanowi art. 1 ust. 1 standardowej umowy o współpracy (*ang. standard cooperation agreement*) celem porozumienia jest zdefiniowanie zakresu odpowiedzialności i obowiązków narodowego związku piłkarskiego, rządowej instytucji odpowiedzialnej za sprawy sportu i innych organizacji zaangażowanych w zarządzanie piłką nożną. Umowa ma zapewnić lepszą współpracę i partnerstwo niezbędne dla dobrego zarządzania i optymalnego rozwoju piłki nożnej w oparciu o ustawy państwowe oraz zasady i reguły FIFA. Jednocześnie, o czym mówi art. 5 ust. 1, każda ze stron porozumienia zobowiązuje się respektować niezależność strony drugiej i powstrzymać się od bezpośredniej interwencji w zakres jej uprawnień¹²⁰.

Prawo sportowe Unii Europejskiej

Znamienne stanowisko odnośnie regulowania spraw sportu wyrażone zostało przez Unię Europejską. Rozpoznanie ekonomicznych uwarunkowań współczesnego sportu stało się *spiritus movens* podejmowania odpowiednich rozstrzygnięć prawnych przez instytucje UE. Fundamenty w powyższej kwestii ustanowione zostały przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Mimo, że orzeczenia TSWE są wiążące tylko w danej sprawie, w praktyce kształtują wykładnię prawa wspólnotowego w ramach całej Unii i wszystkich państw członkowskich¹²¹. Wyznaczają tym samym kierunek, w jakim powinny zmierzać przyszłe regulacje prawne na terenie UE i znacząco przyczyniają się do rozwoju prawa wspólnotowego. Stanowisko wypracowane w dotyczącej sportu linii orzecznictwa TSWE zostało w pełni potwierdzone w Białej Księdze na Temat Sportu,

¹¹⁹ A-N. Chaker, *op. cit.*, s. 10.

¹²⁰ *Standard Cooperation Agreement*, www.fifa.com

¹²¹ L. Morawski, *Wstęp...*, s. 113.

najnowszej inicjatywie Komisji Europejskiej, stanowiącej przegląd dotychczasowych interakcji pomiędzy sportem a prawem wspólnotowym i działalnością organów unijnych oraz ramowy program przewidywanych i pożądaných przedsięwzięć w sporcie UE i państw członkowskich¹²².

Rozstrzygając pierwszą sprawę dotyczącą sportu, *Walrave and Koch v. UCI*¹²³, TSWE wyraźnie stwierdził, że działalność sportowa jest przedmiotem prawa UE, o ile stanowi ekonomiczną aktywność w rozumieniu art. 2 Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej (obecnie Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)¹²⁴. Opinia ta pozwoliła na zastosowanie w odniesieniu do sportu regulacji UE dotyczących zakazu dyskryminacji narodowej, swobody przepływu pracowników i usług oraz swobody przedsiębiorczości. Ponadto TSWE uznał, że przepisy organizacji sportowych, krajowych i międzynarodowych powinny określać zasady uprawiania sportu w celach zarobkowych, zgodnie z postanowieniami prawa wspólnotowego. Trybunał nie pozostawił więc wątpliwości, że działalność sportowa prowadzona na terenie UE powinna respektować porządek prawny obowiązujący w ramach europejskiego wspólnego rynku. Wyrazem powyższego rozumienia sportu stały się kolejne orzeczenia w sprawach *Dona v. Mantero*¹²⁵ oraz *UNECTEF v. Heylens*¹²⁶. Największy wpływ na obecny prawny kształt sportu na terenie UE wywarł jednak wyrok z dnia 15 grudnia 1995 roku w tzw. „sprawie Bosmana”¹²⁷. W orzeczeniu powyższym TSWE ostatecznie potwierdził i przesądził o konieczności wcielenia w życie zasad ustanowionych we wcześniejszych sprawach dotyczących sportu zawodowego. Ponadto stwierdzenie TSWE mówiące, że przepisy transferowe związków i organizacji sportowych dotyczące zapłaty sumy transferowej na rzecz dotychczasowego klubu, w przypadku wygaśnięcia kontraktu i przejścia zawodnika do nowego klubu oraz przepisy międzynarodowych organizacji piłkarskich dotyczące ograniczeń liczby zawodników zagranicznych w danym klubie są niezgodne z prawem wspólnotowym, ostatecznie zburzyło aprobeowany wcześniej przez Komisję Europejską system transferowy obowiązujący w europejskim sporcie i przyczyniło się do ostatecznego uwolnienia

¹²² J. Foks, „*Biała Księga Sportu*” Komisji Europejskiej, „Sport Wyczynowy” 2008, nr 1-3, s. 100.

¹²³ C- 36/74, ECR 1974.

¹²⁴ J. Foks, *Sport wyczynowy w prawie Unii Europejskiej*, „Sport Wyczynowy” 2003, nr 3-4, s. 17.

¹²⁵ C- 13/76, ECR 1976.

¹²⁶ C- 222/86, ECR 1987.

¹²⁷ C- 415/93, ECR I 1995.

sportowego rynku¹²⁸. Warto podkreślić, że na mocy porozumienia z Komisją Europejską, FIFA dostosowała w 2001 roku swoje przepisy transferowe w skali światowej do prawa UE, co niewątpliwie stanowić może o sile Unii Europejskiej w omawianej kwestii¹²⁹.

Z drugiej strony TSWE niejednokrotnie podkreślał kwestię szczególnego charakteru sportu mimo, że traktaty europejskie nie zawierają szczególnej podstawy konstytucyjnej dla sportu, w związku z czym prawo UE nie czyni, żadnego ogólnego wyjątku dla sektora sportowego¹³⁰. Rozpatrując sprawy *Deliege*¹³¹ i *Lehtonen*¹³², TSWE uznał, że istnieją pewne obszary, w których władze sportowe utrzymują niepodważalne kompetencje do regulowania dyscyplin sportowych, za które są odpowiedzialne¹³³. W ten sposób ustanowione zostały specyficzne sportowe ograniczenia w zakresie stosowania zasady swobody przemieszczania się pracowników oraz wolnej konkurencji. Z kolei Komisja Europejska rozpatrując sprawę *ENIC v. UEFA*¹³⁴ uznała ustanowione przez UEFA ograniczenie dotyczące prawa współwłasności w dwóch rywalizujących ze sobą klubach, będące wyrazem polityki niedopuszczania do manipulowania wynikami meczów. Podstawą powyższego rozstrzygnięcia stało się przekonanie, że zakaz ten nie stanowi naruszenia zasady swobody konkurencji w świetle prawa wspólnotowego, a wręcz przeciwnie wspiera wolną konkurencję w dziedzinie sportu¹³⁵. Potwierdzenie specyficznego stanowiska instytucji UE odnośnie sportu odnaleźć można w Białej Księdze: „Komisja uznaje autonomię organizacji sportowych oraz struktur reprezentacyjnych (takich jak ligi sportowe). Ponadto uznaje również, że zarządzanie leży głównie w gestii organów zarządzających sportem oraz, w pewnym zakresie, państw członkowskich i partnerów społecznych. (...) Komisja stoi na stanowisku, że większość kwestii może zostać rozwiązana poprzez samoregulację uwzględniającą dobre praktyki zarządzania, przy przestrzeganiu prawa unijnego”¹³⁶.

¹²⁸ R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester 2003, s. 106.

¹²⁹ J. Foks, „Biała Księga Sportu” ..., s. 104.

¹³⁰ R. Siekmann, *Unia Europejska a sport - prawo i polityka*, [w:] J. Foks (red.), *Unia Europejska i Sport. Implikacje członkostwa Polski w Unii Europejskiej dla polskiego sportu*, Warszawa 2006, s. 15.

¹³¹ C- 51/96- 191/97, ECR I-2549.

¹³² C- 176/96, ECR I-2681.

¹³³ R. Parrish, *op. cit.*, s. 103-104.

¹³⁴ C- COMP/ 37 806: ENIC/ UEFA.

¹³⁵ R. Siekmann, *op. cit.*, s. 16.

¹³⁶ *Biała Księga na Temat Sportu*, s. 14, www.europa.eu

Wydaje się jednak, że TSWE powoli ogranicza pole działania międzynarodowych organizacji sportowych w dziedzinie tworzenia prawa i polityki w obszarze sportu. Znalazło to wyraz w orzeczeniu w sprawie *Meca-Medina and Majcen v. Comm'n of European Communities*¹³⁷, w którym stwierdzono, że koncepcja szczególnego charakteru sportu nie może być interpretowana zbyt szeroko, umożliwiając wyłączenie tej dziedziny z zastosowania prawa UE¹³⁸. W omawianym przypadku TSWE podważył orzeczenie CAS w sprawie związanej z dopingiem, uznając, że: „(...) swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług znajdują zastosowanie, ponieważ zakwestionowane reguły dopingowe, chociaż czysto sportowe w swoim charakterze, wpływają na aktywność ekonomiczną” i w związku z tym „restrykcje nałożone przez te reguły powinny zostać ograniczone do zapewnienia właściwego przebiegu rywalizacji sportowej”¹³⁹. Jednocześnie TSWE stwierdził, że niemożliwe jest sformułowanie ogólnych wytycznych w sprawie stosowania unijnego prawa konkurencji w sporcie i każdy przypadek powinien być rozpatrywany indywidualnie, ze szczególnym uwzględnieniem zasady proporcjonalności¹⁴⁰. W Białej Księdze możemy więc przeczytać: „Trybunał uznał, że specyfikę sportu należy uwzględniać w sensie skutków restrykcyjnych, tzn. restrykcyjne skutki wpływające na konkurencyjność i będące częścią organizacji oraz odpowiedniego prowadzenia danej dyscypliny sportu konkurencyjnego nie naruszają unijnych zasad konkurencyjności pod warunkiem, że skutki te są proporcjonalne do zgodnego z prawem i prawdziwie sportowego celu, który zamierza zrealizować dana strona”¹⁴¹. Mimo, że UE uznaje autonomię sportu, jednocześnie wyraźnie podkreśla, że organizacje sportowe powinny przed przyjęciem i wdrożeniem wszelkich nowych zasad i przepisów analizować je pod kątem kryteriów prawa wspólnotowego. Stanowisko zawarte w orzeczeniu TSWE w powyższej sprawie, które uznane zostało przez przeważającą część środowiska sportowego za kontrowersyjne, stanowi niewątpliwie krok wstecz w budowaniu poprawnych stosunków pomiędzy UE a organizacjami sportowymi¹⁴². W tym przypadku górę wzięła siła oddziaływania UE i organiza-

¹³⁷ C-519/04P, ECR I-6991.

¹³⁸ R. Siekmann, *op. cit.*, s. 16.

¹³⁹ M. Mitten, *op. cit.*, s. 19.

¹⁴⁰ J. Foks, „*Biała Księga Sportu*”..., s. 103.

¹⁴¹ *Biała Księga na Temat Sportu*, s. 14, www.europa.eu

¹⁴² Zob. J. Foks, „*Biała Księga Sportu*”..., s. 103; G. Infantion, *Meca-Medina: a Step Backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?*, UEFA 2006, s. 1; M. Mitten, *op. cit.*, s. 19.

cje sportowe zmuszone zostały zaakceptować nadrzędność prawa wspólnotowego w dotyczących sportu kwestiach ekonomicznych.

Wnioski końcowe

We współczesnych świecie instytucje i struktury społeczne są coraz częściej skonstruowane w oparciu o więzi horyzontalne a nie wertykalne, i to sprawia, że wizja prawa jako rozkazu czy też wyrazu woli suwerena staje się anachroniczna i jest zastępowana wizją prawa jako systemu społecznych porozumień¹⁴³. Nie ulega wątpliwości, że słowa powyższe znajdują pełne uzasadnienie w ramach sportowej rzeczywistości. Zdaniem L. Halgreena bezdyskusyjne jest, że obecnie prawo sportowe stanowi wieloaspektową dyscyplinę, w sposób kompromisowy korzystającą z rozwiązań pochodzących z różnych obszarów prawa¹⁴⁴.

Przyglądając się dzisiejszemu porządkowi normatywnemu sportu nie sposób jednak nie odnieść wrażenia, że osiągnięcie tego kompromisu wciąż sprawia wiele trudności. Wydaje się, że jedną z największych przeszkód stanowi pozytywistyczne podejście do problemu regulacji prawnych. Z jednej strony sprawujący rządy niejednokrotnie zapominają, że we współczesnych państwach zdolność do rozwijania władzy i egzekwowania przestrzegania prawa powinna iść w parze z umiejętnością samoograniczania się¹⁴⁵. Z drugiej zaś, kiedy już zmuszone są zaakceptować zmiany dokonujące się we współczesnym świecie, próbują koniecznie uczynić to w ramach państwowych konstrukcji prawnych. Z kolei rosnące w siłę międzynarodowe organizacje sportowe, wykorzystując olbrzymie społeczne znaczenie rywalizacji sportowej, chcą uzyskać nie tylko niezależność, lecz wręcz dominującą pozycję w kwestii regulowania spraw światowego sportu. Paradoksalne może się wydawać, że instytucje sportowe uciekając od jednego hierarchicznego układu władzy, same starają się taki układ tworzyć. W efekcie nie trudno o konflikty, których rozstrzygnięcie, wiążące dla zainteresowanych, nie jest możliwe w oparciu o tradycyjne mechanizmy prawne. O możliwości rozwiązania problemu zadecydować mogą jedynie faktyczna siła lub uległość jednej ze stron. Dlatego też pluralizm prawny triumfuje.

¹⁴³ L. Morawski, *Główne...*, s. 28.

¹⁴⁴ L. Halgreen, *op. cit.*, s. 24.

¹⁴⁵ F. Fukuyama, *Dobry zły rząd*, „Wprost” 2007, nr 34, s. 89.

Akty

- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o sporcie kwalifikowanym,
Dz. U. z 2005 r. Nr 155, poz. 1298 ze zm.
- Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy o sporcie
kwalifikowanym, Dz. U. z 2007 r. Nr 172, poz. 1208.
- Projekt ustawy o sporcie z 4 czerwca 2009*, www.msport.gov.pl
Założenia do projektu ustawy o sporcie z 3 września 2008,
www.msport.gov.pl
- Uzasadnienie do projektu ustawy o sporcie z 4 czerwca 2009*,
www.msport.gov.pl
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o sporcie
kwalifikowanym*, Sejm RP, Druk 1501.
- Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 roku Prawo o stowarzyszeniach,
Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości,
www.icj-cij.org
- Umowa dotycząca ukonstytuowania Międzynarodowej Rady
Arbitrażowej do spraw Sportu* zawarta w Paryżu
pomiędzy Prezydentami MKOl, ASOIF, AIWSF oraz Związku
Narodowych Komitetów Olimpijskich (ANOC).
- Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) of
December 18, 1987, www.umbricht.com
- Standard Cooperation Agreement*, www.fifa.com

Orzecznictwo TSWE (ETS)

- Walrave and Koch v. UCI*, C- 36/74, ECR 1974.
- Dona v. Mantero*, C- 13/76, ECR 1976.
- UNECTEF v. Heylens*, C- 222/86, ECR 1987.
- „Sprawie Bosmana”, C- 415/93, ECR I 1995.
- Sprawa *Deliege*, C- 51/96- 191/97, ECR I-2549.
- Sprawa *Lehtonen*, C- 176/96, ECR I-2681.
- Meca-Medina and Majcen v. Comm'n of European Communities*,
C-519/04P, ECR I-6991.

Inne

<http://www.tas-cas.org/>

ENIC v. UEFA, rozstrzygnięcie Komisji Europejskiej, C- COMP/
37 806: ENIC/ UEFA.

Biała Księga na Temat Sportu, www.europa.eu

Pluralizm reguł antydopingowych

Wprowadzenie

Doping w sporcie, choć znany i praktykowany już w dobie starożytnych igrzysk olimpijskich, powszechny stał się dopiero w wieku XX, stuleciu globalizacji i ekonomizacji wszelkich dziedzin ludzkiej aktywności. Pojawienie się zjawiska profesjonalizacji w sporcie wraz ze wzrostem presji społecznych oczekiwań względem zawodników, sprzyjało skutecznie masowemu wykorzystaniu przez tych ostatnich substancji i metod zabronionych we współzawodnictwie sportowym, kreując wręcz dla tych potrzeb nową gałąź przemysłu farmaceutycznego. Powszechny charakter, jaki zjawisko to, poczynawszy od lat 60. XX w., zaczęło przyjmować, ujawnił w sposób zdecydowany słabości istniejącego systemu kontroli dopingowej, przyczyniając się stopniowo do jego całkowitej erozji. Proces ten, naznaczony spektakularnymi aferami dopingowymi, angażującymi już nie tylko gwiazdy sportu, ale i całe dyscypliny¹, nie mógł nie wzbudzić zainteresowania prawodawcy, tak krajowego, jak i międzynarodowego.

Sposób, w jaki kształtowały się tzw. reguły antydopingowe, a więc normy prawa, których *ratio legis* jest zapobieganie oraz zwalczanie zjawiska dopingowania w sporcie, zdeterminował ich charakter, a co najważniejsze, zadecydował o ich pluralizmie. Społeczność międzynarodowa oraz prawodawca krajowy podejmowali się trudu ich kształtowania i wprowadzania w życie w sposób nieregularny, niesystematyzowany, zazwyczaj w związku z kolejnymi zakrojonymi na dużą skalę aferami dopingowymi. Stąd też znamieny dla obecności reguł antydopingowych w porządku prawnym, zwłaszcza tym międzynarodowym, jest legislacyjny chaos. Poczynawszy od lat 60. XX w., tworzone coraz to bardziej efektywne mechanizmy prawne walki z dopingiem, próbując jednocześnie utrzymać je w ścisłym związku z już istniejącymi. Niejednokrotnie się to udawało. Częściej jednak prowadziło do sytuacji, w której obowiązki pozytywne

¹ Autor ma tu na myśli przede wszystkim kolarstwo, które od ponad wieku stanowi poligon doświadczalny dla stosowania środków zabronionych. W 1896 r. właśnie w kolarstwie odnotowano pierwszy przypadek śmierci w wyniku zażycia tych środków. Angielski kolarz Artur Linton zmarł w wyniku przyjęcia efedryny podczas wyścigu Paryż-Bordeaux.

państw pozostawały niedoprecyzowane, brak było spójności w zdefiniowaniu samego dopingu, a od tego, kto i na terytorium którego państwa organizował zawody, zależało, na jakich zasadach sportowcy odpowiadać będą za przewinienia dopingowe.

Geneza reguł antydopingowych

Reguły antydopingowe początkowo zaczęły pojawiać się jedynie w prawie wewnętrznym poszczególnych federacji sportowych². Eskalacja procederu dopingowego wskazała jednak szybko na potrzebę globalnej regulacji tego zjawiska w ramach ruchu sportowego. Zajął się tym Międzynarodowy Komitet Olimpijski, powołując najpierw w 1967 r. Komisję Medyczną, a następnie przyjmując pierwszą listę substancji zabronionych i przeprowadzając pierwsze kontrole dopingowe³. Wkrótce jednak okazało się, że ruch sportowy nie jest w stanie samodzielnie rozwiązać problemu dopingu w sporcie. W latach 80. wybuchły bowiem kolejne wielkie afery, na czele z dyskwalifikacją Bena Johnsona podczas Igrzysk XXIV Olimpiady w Seulu. Niezbędna okazała się pomoc społeczności międzynarodowej i wykorzystanie mechanizmów prawa międzynarodowego.

W 1989 r. Rada Europy, posiadająca bogate doświadczenie w dziedzinie legislacji antydopingowej⁴, opracowała i przyjęła Konwencję Antydopingową⁵. Dokument ten nie miał jednak służyć rozwiązaniu skomplikowanych problemów technicznych, związanych ze stosowaniem dopingu w sporcie, a zaprojektowany został jako instrument harmonizujący międzynarodową współpracę w tym zakresie. Celem dokumentu była bowiem i nadal pozostaje *eliminacja zjawiska dopingu ze sportu poprzez jak najdalej zintegrowane działania prawne i uporządkowaną na tym gruncie współpracę międzynarodową. Odnosi się to zarówno do ustanawiania przepisów i regulaminów walki z dopingiem, jak i procesu finansowania i kon-*

² W 1928 r. Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych (IAAF) stało się pierwszą międzynarodową federacją sportową, która zakazała stosowania dopingu.

³ Po raz pierwszy kontrole dopingowe przeprowadzono podczas Igrzysk XIX Olimpiady w Meksyku w 1968 r. oraz w czasie odbywających się w tym samym roku Zimowych Igrzysk Olimpijskich w Grenoble.

⁴ Por.: Rezolucja nr 1, przyjęta podczas VI Konferencji Ministrów do Spraw Sportu Krajów Europejskich w Reykiawiku w 1989 r., a także Rezolucję (67)12 o dopingu sportowców, Zalecenie nr R(79)8 w sprawie dopingu w sporcie, Zalecenie nr R(84)19 w sprawie Europejskiej karty antydopingowej i Zalecenie nr R(88)12 w sprawie przeprowadzania poza zawodami bez uprzedzenia kontroli antydopingowej, przyjęte przez Komitet Ministrów Rady Europy.

⁵ Dz. U. z 2001 r. Nr 15, poz. 149.

*trolowania realizacji programów antydopingowych, a także zawierania porozumień międzynarodowych o współpracy w zakresie kontroli zawodników i zespołów przebywających na terenie danego kraju oraz organizowania i subsydiowania laboratoriów*⁶.

W 1998 r. ujawniono stosowanie substancji zabronionych podczas kolarskiego Tour de France. Skala zjawiska była jak dotąd niespotykana. Skłoniło to ponownie społeczność międzynarodową i ruch sportowy do zrewidowania pozostających w ich dyspozycji mechanizmów prawnych i pozaprawnych. Okazało się bowiem, że instrument harmonizujący, jakim była Konwencja Antydopingowa, jest niewystarczający. Z drugiej strony, potwierdziła się teza o skazanej na niepowodzenie, chociażby z powodu braku mechanizmu przymusu, prowadzonej bez wsparcia państw kampanii ruchu sportowego przeciw dopingowi w sporcie. Nawiązanie ścisłego i efektywnego dialogu między tym ostatnim a władzami publicznymi stało się zatem więcej niż koniecznością.

Na początku 1999 r. Międzynarodowy Komitet Olimpijski zorganizował w Lozannie Światową Konferencję na temat Doping w Sporcie. Uczestniczyli w niej także przedstawiciele władz publicznych. Owocem Konferencji stała się tzw. Deklaracja Lozańska. Dokument ten przewidywał powołanie niezależnej międzynarodowej agencji antydopingowej gotowej do podjęcia działań już podczas Igrzysk XXVII Olimpiady w Sydney. Stosownie do postanowień Deklaracji, 10 listopada 1999 r. utworzono w Lozannie⁷ Światową Agencję Antydopingową (*World Anti-Doping Agency, WADA*). Agencja w 2003 r. przyjęła Światowy Kodeks Antydopingowy, po dziś dzień najważniejszy i najbardziej skonkretyzowany instrument międzynarodowej walki z dopingiem⁸.

Światowa Agencja Antydopingowa od momentu powstania wzbudza w doktrynie prawa międzynarodowego wiele kontro-

⁶ Opinię zaczerpnięto z portalu internetowego Ministerstwa Sportu i Turystyki: www.msport.gov.pl (stan na dzień 16.06.2006).

⁷ Początkowo siedziba Światowej Agencji Antydopingowej zlokalizowana była w Lozannie. Jednak 21 sierpnia 2001 r. Rada Założycielska Agencji, po przeprowadzeniu w tej sprawie głosowania, zdecydowała o przeniesieniu siedziby do Montrealu.

⁸ Kodeks to fundament prowadzonego przez WADA tzw. Światowego Programu Zwalczenia Doping, którego celem jest zapewnienie optymalnej harmonizacji działań w ramach krajowych strategii wykrywania i zapobiegania dopingowi w sporcie. Skuteczność tego procesu gwarantować ma wypracowany przez WADA mechanizm harmonizujący, oparty na dokumentach różnego szczebla, wyznaczających wspólne cele programu i techniki ich realizacji. Należą do nich właśnie Kodeks (dokument *poziomu 1*), a także międzynarodowe standardy (*poziom 2*) oraz modele najlepszych praktyk (*poziom 3*). Dokumenty poziomu 2 i 3 mają charakter techniczny.

wersji. Dotyczą one charakteru prawnego tej instytucji⁹. *Agencja jest bowiem fundacją – podmiotem powstałym w oparciu o przepisy prywatnego prawa szwajcarskiego. O ile zatem możliwość oddziaływania Agencji na organizacje i związki sportowe nie stwarza wielu problemów, to kłopotliwe bywają relacje między Agencją a rządami państw*¹⁰. Istnieje uzasadniona obawa co do charakteru tych relacji i co do możliwości wpływania Światowej Agencji Antydopingowej na przyjmowane przez państwa rozwiązania prawne w zakresie zwalczania dopingu w sporcie. Podobne wątpliwości towarzyszą też możliwości włączenia norm tworzonych przez Agencję, z Kodeksem na czele, do krajowych porządków prawnych.

W związku z powyższym, rozpoczęto prace nad nowym dokumentem. W 2005 r. na 33. Sesji Konferencji Generalnej UNESCO przyjęto Międzynarodową konwencję o zwalczaniu dopingu w sporcie¹¹. Weszła ona w życie rok później. Konwencja miała stanowić panaceum na wszelkie problemy, zwłaszcza natury prawnej, związane z funkcjonowaniem dotychczas obowiązującej regulacji antydopingowej. Miał to być dokument, który wprowadzając bezpośrednio zharmonizowane i zunifikowane standardy Światowego Kodeksu Antydopingowego, pozbawiony będzie wad tego ostatniego. Konwencja bowiem, jako umowa międzynarodowa, posiada w przeci-

⁹ Światowa Agencja Antydopingowa, określana we własnym statucie jako fundacja na prawie szwajcarskim, czyli międzynarodowa organizacja pozarządowa (podobnie jak choćby Międzynarodowy Komitet Olimpijski), jest w istocie międzynarodową organizacją pozarządową szczególnego rodzaju, w której istotną rolę odgrywa czynnik międzyrządowy. Statut Światowej Agencji Antydopingowej przewiduje istnienie w strukturze organizacji Rady Założycielskiej, która jest najwyższym organem decyzyjnym, a także Komitetu Wykonawczego, zajmującego się bieżącą działalnością Agencji oraz pięciu komitetów roboczych. W Radzie Założycielskiej zasiadać może co najwyżej czterdziestu członków, z których nie więcej niż osiemnastu reprezentuje ruch olimpijski, a kolejnych osiemnastu rekrutuje się spośród przedstawicieli władz publicznych (Europę reprezentują przedstawiciele Unii Europejskiej i Rady Europy). Regułą jest zatem utrzymanie równowagi w składzie Rady między reprezentantami sektora sportowego i władz publicznych. Podobnie w przypadku Komitetu Wykonawczego tej organizacji. Pomimo jednak udziału czynnika międzyrządowego, a także częściowego włączenia mechanizmu harmonizującego WADA do Międzynarodowej konwencji o zwalczaniu dopingu w sporcie (patrz przypis 14), nadal nie można postrzegać systemu reguł antydopingowych WADA w kategorii norm obowiązujących na płaszczyźnie prawa międzynarodowego. Światowa Agencja Antydopingowa nadal bowiem pozostaje organizacją pozarządową, a tworzone przez nią prawo (z pewnymi wyjątkami, patrz przypis 14), w tym przede wszystkim Kodeks, to w dalszym ciągu jedynie prawo wewnętrzne, pozbawione walurowi powszechnego obowiązywania.

¹⁰ T. Dauerman, *Doping w ujęciu międzynarodowym*. Felieton zamieszczono w wersji internetowej w 2004 r. Aktualnie miejsce publikacji nieznane.

¹¹ Dz. U. z 2007 r. Nr 142, poz. 999.

wieństwie do Kodeksu walor prawa powszechnie obowiązującego. Jednak idea, by Kodeks stanowił załącznik do Konwencji, będący jej integralną częścią, czy nawet został inkorporowany do treści Konwencji i przez to mógł być bezpośrednio stosowany w poszczególnych państwach, nie została zrealizowana¹². Wobec braku jednolitego stanowiska w tej sprawie, podjęto jedynie decyzję o dołączeniu Kodeksu w formie niewiążącego Strony dodatku¹³.

Przeprowadzona powyżej pobieżna analiza stanu międzynarodowej legislacji antydopingowej, jeśli dodać do tego zróżnicowaną strukturę i charakter norm prawa krajowego w tym zakresie, dowodzi wielości funkcjonujących w praktyce prawodawczej reguł antydopingowych. Rezultatem takiej sytuacji jest powstawanie stanów faktycznych, w których dają się zastosować reguły więcej niż jednego porządku prawnego, co prowadzi do kolizji tychże reguł. Przy częstym braku norm rozstrzygających o pierwszeństwie zastosowania którejs z nich, powoduje to sytuacje z prawnego punktu widzenia niekorzystne (patrz III.). Ponadto, niezwykle różny kształt i zakres reguł, tworzonych w ramach krajowych porządków prawnych, choć zwykle nie powoduje skutków wyżej opisanych, to jednak w przypadku rywalizacji sportowej, ze swej istoty mającej charakter międzynarodowy, prowadzi do ciągłego poddawania tej rywalizacji odmiennym, często skrajnie różnym regułom, co w makroskali postrzegane być może jako swoista ich sprzeczność¹⁴ (patrz IV.). Dodać też należy, iż reguły antydopingowe stosowane przez organizacje sportowe (tworzone przede wszystkim przez WADA), a więc nie mające waloru prawa powszechnie obowiązującego, częstokroć pozostają w sprzeczności z normami o takim właśnie charakterze, w tym w szczególności z prawem wspólnotowym. Mimo to stosowane są zwykle przed tymże prawem wspólnotowym, z powodów pozaprawnych. Jeśli dodać do tego różny charakter norm w obrębie reguł antydopingowych (normy karne, administracyjne, dyscyplinarne), to uzyskujemy pełen obraz pluralizmu tychże reguł.

¹² A. Wach, *Światowa Konwencja Antydopingowa*, „Sport Wyczynowy” 2007, nr 1-3, s. 138-139.

¹³ Do Konwencji w formie aneksów dołączono jedynie *Listę Zabronionych Substancji i Metod oraz Standardy Przynawania Wyłączeń dla Celów Terapeutycznych*. Kodeks został do Konwencji dołączony jedynie w formie dodatku, który na mocy postanowień samej Konwencji ma jedynie charakter informacyjny i nie stanowi jej integralnej części (art. 4 ust. 2), a przez to nie tworzy dla państw żadnych zobowiązań w sferze prawa międzynarodowego

¹⁴ Autor, co zostanie wyjaśnione w dalszej części niniejszego opracowania, ma na myśli przede wszystkim przepisy dotyczące charakteru odpowiedzialności za przewinienia dopingowe.

Pluralizm reguł antydopingowych w układzie wertykalnym

Jedną z najistotniejszych przedmiotowo kwestii, związanych z ewolucją reguł antydopingowych, jest definicja dopingu w sporcie. Początkowo w prawie międzynarodowym rozwinęła się koncepcja definicji o charakterze otwartym (abstrakcyjnej, ogólnej)¹⁵, która określa doping jako stosowanie środków (substancji i metod) służących poprawie osiąganych przez zawodnika wyników. Definicja abstrakcyjna pozostawia jednak bez odpowiedzi pytania, czym jest doping i jakie są jego granice, stąd musi być postrzegana jako niewystarczająco precyzyjna. Dlatego też systematycznie wprowadzać zaczęto do treści odpowiednich aktów prawnych tzw. definicje pragmatyczne (enumeratywne)¹⁶, które budowano w oparciu o listę substancji i metod zabronionych. Najczęściej jednak umieszczano w akcie prawnym obie definicje, przy czym abstrakcyjna odsyłała do pragmatycznej, definiując doping jako stosowanie substancji i metod służących poprawie osiąganych wyników, ale tylko substancji i metod ujętych w specjalnie na te potrzeby utworzonej liście.

Z czasem, kiedy koncepcję stosowania dopingu rozszerzono także o czyny inne niż używanie substancji i metod zabronionych, definicję dopingu zastępować zaczęto konstrukcją „przewinienia dopingowego”, które obok wymienionego wyżej używania mogło polegać także na innym zachowaniu¹⁷. Koncepcję taką przyjęto między innymi w Kodeksie Antydopingowym Ruchu Olimpijskiego, a następnie w obowiązującym w jego miejsce Światowym Kodeksie Antydopingowym, autorstwa WADA. Pojęcie stosowania dopingu zaczęło zatem obejmować już nie tylko używanie substancji i metod zabronionych, ale i, posługując się terminologią zaczerpniętą z polskiego prawa karnego, ich udzielanie, wprowadzanie do obrotu i obracanie nimi, a ponadto unikanie, czy manipulowanie kontrolą dopingową. Nadal jednak, przede wszystkim w zakresie przewinienia, polegającego na używaniu lub posiadaniu substancji i metod zabronionych, ich lista

¹⁵ K. Vieweg, Ch. Paul, *The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence*, „The International Sports Law Journal” 2002, no. 1, s. 2.

¹⁶ K. Vieweg, Ch. Paul, *op. cit.*, s. 2.

¹⁷ Światowy Kodeks Antydopingowy WADA jako doping definiuje w art. 2 używanie substancji lub metod zabronionych, a ponadto unikanie lub manipulowanie kontrolą dopingową, posiadanie substancji lub metod zabronionych, udzielenie zawodnikowi substancji lub metod zabronionych, posiadanie, podżeganie do użycia, wprowadzanie do obrotu i obracanie substancjami lub metodami zabronionymi.

stanowiła i stanowi element kluczowy i konieczny każdego systemu reguł antydopingowych.

Fakt ten nie powinien jednak prowadzić do sytuacji, w której w ramach różnych porządków prawnych czy, jak powiedziano, systemów reguł antydopingowych, konstruowane będą odmienne listy. Nie służy to bowiem pewności prawa. Dlatego też, po wprowadzeniu w życie Kodeksu Antydopingowego WADA¹⁸, przyjęto załączoną do niego listę substancji i metod zabronionych za najważniejszy dokument w tym zakresie. W konsekwencji hierarchicznej struktury organizacji sportowych, standard ten został zastosowany przez międzynarodowe federacje sportowe i organizacje krajowe. Również prawodawca międzynarodowy, a po części i krajowy, zastosowali takie rozwiązanie. Działająca na podstawie Konwencji Antydopingowej Rady Europy Grupa Monitorująca, zamiast opracowywać własną listę substancji i metod zabronionych, skupiła swoje wysiłki na opiniowaniu listy WADA. Ustawodawcy krajowi, w tych systemach, które zakładały tworzenie list takich substancji, opierali się na postanowieniach dokumentu WADA. Miało to zapobiec powstawaniu sytuacji kolizyjnych, w których decydować trzeba byłoby o obowiązaniu jednej ze sprzecznych ze sobą list. Pomimo zastosowania zabiegów harmonizujących tak się jednak nie stało.

Przyjętą w 2005 r. Konwencję UNESCO o zwalczaniu dopingu w sporcie opatriono załącznikami, w tym jednym w postaci Listy substancji i metod zabronionych, sporządzonej na rok 2005 przez WADA. Konwencja weszła w życie w 2007 r., w momencie kiedy obowiązywała już nowa lista WADA, na tenże rok 2007. Wadliwość konstrukcyjna określonych przepisów Konwencji¹⁹ sprawiła, że lista ta nie ulegała automatycznej aktualizacji i nie była zbieżna z obowiązującą listą WADA. Wymagało to przyjęcia każdorazowo protokołu zmieniającego, z których pierwszy datowany jest na 2008 rok, z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2009 r. (dopiero w tym roku listy stały się ponownie tożsame). Jednak i po tej dacie możliwe jest

¹⁸ Ujednoczenie listy substancji i metod zabronionych, stosowanej w ramach ruchu olimpijskiego, dokonywało się jeszcze przed utworzeniem WADA i przyjęciem Kodeksu, dzięki piramidalnej strukturze tego ruchu.

¹⁹ Art. 34 ust. 1 Konwencji stanowi: *W przypadku gdy WADA zmieni Listę Zabronionych Substancji i Metod lub Standardy Przyznawania Wyłączeń dla Celów Terapeutycznych, może poinformować o tym Dyrektora Generalnego UNESCO w drodze pisemnego zawiadomienia, przesłanego na jego ręce. Dyrektor Generalny niezwłocznie powiadomi wszystkie Państwa-Strony o wspomnianych zmianach, przedstawiając je jako proponowane zmiany stosownych Załączników do niniejszej Konwencji. Zmiany Załączników będą zatwierdzane przez Konferencję Stron na jednej z jej sesji lub w drodze pisemnej konsultacji.*

obowiązywanie na terytorium niektórych państw stron Konwencji UNESCO kilku list o odmiennym kształcie²⁰. Jeżeli dodać to tego opieszałość polskiego ustawodawcy, który od 2004 r. nie wydał, pomimo zobowiązania ustawowego, rozporządzenia w sprawie określenia środków farmakologicznych i metod uznanych za dopingowe²¹, to dochodzimy do wniosku, iż przez okres dwóch lat (2007-2008) w Polsce obowiązywały równoległe aż trzy listy substancji i metod zabronionych: z 2005 r. - na podstawie konwencji UNESCO, z 2004 r. - wprowadzona przez polskiego ustawodawcę oraz bieżąca lista WADA. Co ciekawe, pomimo iż dwie z nich miały walor prawa powszechnie obowiązującego, to jednak to ta trzecia, bieżąca lista WADA, stosowana była w praktyce.

Zdecydowały o tym czynniki pozaprawne. Otóż, istotną rolę w systemie kontroli dopingowej odgrywają tzw. narodowe organizacje antydopingowe (ang. *national anti-doping agencies*, np. w Polsce jest to Komisja do Zwalczania Doping w Sporcie). W wielu państwach organizacje te działają niezależnie od władz publicznych (często w ramach narodowych komitetów olimpijskich). W praktyce zatem powiedzieć można, przy dużej dozie uogólnienia, że system kontroli dopingowej funkcjonuje poza wiedzą i kontrolą państwa. W systemie takim największą rolę odgrywa prawo wewnętrzne organizacji sportowych, a więc standardy tworzone w ramach ruchu olimpijskiego przez WADA.

Pomny tych doświadczeń polski ustawodawca w projektowanej ustawie o sporcie²² wycofuje się z pomysłu wydawania rozporządzeń „transponujących” niejako bieżącą listę WADA do rodzimego porządku prawnego. Jest to bowiem zabieg z legislacyjnego punktu widzenia wysoce ryzykowny²³. Wspomniany projekt ustawy posłu-

²⁰ Art. 34 ust. 2 i 4 przewidują, że: *od dnia powiadomienia przez Dyrektora Generalnego Państwa-Strony mają 45 dni na zgłoszenie sprzeciwu wobec proponowanych zmian na piśmie Dyrektorowi Generalnemu (w przypadku konsultacji pisemnej) lub na sesji Konferencji Stron*” oraz, że: *„Państwo-Strona, które zawiadomiło Dyrektora Generalnego, że nie akceptuje zmiany zatwierdzonej zgodnie z poprzednimi ustępami, pozostaje związane Załącznikami w ich niezmienionej postaci.*

²¹ Wspomniane rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 13 sierpnia 2004 r. w sprawie określenia środków farmakologicznych i metod uznanych za dopingowe, których stosowanie jest zabronione (Dz. U. z 2004 r. Nr 195, poz. 2005) wydano na podstawie art. 48 ust. 3 ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 81, poz. 889, ze zm.). Obecnie delegacja do wydania tego rozporządzenia znajduje się w art. 52 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym (Dz. U. z 2005 r. Nr 155, poz. 1298).

²² Rządowy projekt ustawy o sporcie został złożony do łaski marszałkowskiej w sierpniu 2009 r.

²³ Zdaniem autora istnieje ryzyko błędu w „transpozycji” listy do tekstu rozporządzenia. Transpozycja, która występuje w kontekście prawa wspólnotowego, polega bowiem na prze-

guje się pojęciem substancji i metody zabronionej, odsyłając w tym zakresie do Listy Zabronionych Substancji i Metod, załączonej do Międzynarodowej konwencji o zwalczaniu dopingu w sporcie.

Pluralizm reguł antydopingowych w układzie horyzontalnym

W płaszczyźnie obowiązywania prawa krajowego, znamienne dla reguł antydopingowych jest brak jednolitego podejścia ustawodawstw do kwestii odpowiedzialności za przewinienia dopingowe. Prowadzi to, w połączeniu z międzynarodowym przeznaczeniem zawodowej rywalizacji sportowej, do przyjmowania każdorazowo względem zawodników, biorących w niej udział na ciągle tych samych zasadach, różnych rozwiązań prawnych, w zależności od miejsca przeprowadzenia tej rywalizacji. O ile cecha ta znamienna jest dla większości norm prawnych (ich zróżnicowanie w ramach krajowych porządków prawnych jest sprawą naturalną), o tyle w przypadku reguł antydopingowych zróżnicowanie zasad odpowiedzialności prowadzi w skali makro do przeświadczenia o sprzeczności tych reguł²⁴.

Część ustawodawstw krajowych²⁵ kwestię odpowiedzialności za przewinienia dopingowe pozostawia w gestii organizacji sportowych. Przyjmuje ona wówczas charakter odpowiedzialności dyscyplinarnej

niesieniu pewnych rozwiązań z prawa wspólnotowego na grunt prawa krajowego. Transpozycja dotyczy dyrektyw, a więc aktów prawa wspólnotowego wiążących co do celu. Zabroniona jest w przypadku rozporządzeń, które to bezpośrednio obowiązują na terytorium państw członkowskich UE. Zakaz transpozycji rozporządzeń (patrz wyrok ETS z 7 lutego 1973 r. w sprawie *Komisja przeciwko Republice Włoskiej*, sprawa 39/72) wynika z obawy przed przeniesieniem w sposób „niedosłowny” jego postanowień, a w rezultacie doprowadzeniem do obowiązywania dwóch różnych co do treści aktów prawnych. Do takiego samego rezultatu mogłaby prowadzić „transpozycja” listy substancji i metod zabronionych.

²⁴ Zawodnicy, szczególnie ci, biorący udział w zawodach cyklicznych, rozgrywanych na przestrzeni kilku dni na terytorium więcej niż jednego państwa (np. Puchar Świata w konkurencjach narciarskich, rajdy samochodowe, wyścigi kolarskie), gdzie współzawodnictwo odbywa się każdorazowo według tych samych reguł sportowych, wobec zastosowania względem nich różnych zasad odpowiedzialności za przewinienia dopingowe (odpowiedzialność dyscyplinarna lub karna, przy czym w ostatnim wypadku różnice dotyczyć mogą sankcji) popadają podświadomie w przeświadczenie o niespójności, sprzeczności stosowanych reguł antydopingowych.

²⁵ Sytuacja ta ma miejsce w większości ustawodawstw, w tym w polskim (choć już projektowana ustawa o sporcie przewiduje penalizację przewinień dopingowych, polegających na udzieleniu substancji lub metody zabronionej małoletniemu oraz udzieleniu jej bez wiedzy osobie, tym razem bez ograniczenia wiekowego, uczestniczącej lub przygotowującej się do uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym; przepisy te mają znaleźć się w nowoutworzonym rozdziale kodeksu karnego, poświęconym przestępstwom przeciwko rywalizacji sportowej).

i realizowana jest na zasadach określonych w Kodeksie Antydopingowym WADA²⁶. Oznacza to, w przypadku stwierdzenia przewinienia dopingowego, pozbawienie zawodnika możliwości udziału w rywalizacji sportowej²⁷ nawet do 4 lat i to już przy okazji pierwszego naruszenia reguł antydopingowych²⁸. Rozwiązania takie stosuje się przede wszystkim w państwach, w których przyjęto model zdecentralizowanego administrowania sportem, tzn. gdzie proces kształtowania reguł rywalizacji sportowej, zasad jej organizowania i ochrony przed naruszeniami powierza się organizacjom sportowym o charakterze pozarządowym, a nie organom administracji publicznej. Systemy takie doping traktują jako naruszenie zasad rywalizacji sportowej, a więc prawa wewnętrznego organizacji pozarządowych, postrzegając kwestię oceny takiego naruszenia w kategoriach odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Niektóre ustawodawstwa²⁹ przyjmują jednak, iż „czystość” rywalizacji sportowej traktowana powinna być jako dobro prawnie chronione i jako taka stanowić winna przedmiot ochrony w rozumieniu prawa karnego. Rozwiązanie takie sprawia, że ilekroć dochodzi do przewinienia dopingowego, sprawca poddawany jest odpowiedzialności o charakterze karnym. Tego rodzaju podejście legislacyjne wymaga opracowania w ramach krajowego porządku prawnego norm regulujących zasady tej odpowiedzialności. Trzeba przy tym powiedzieć, że mogą one mieć bardzo różnorodny kształt, w zależności od przyjętych w danym systemie prawnym założeń³⁰. Wprowadzenie odpowiedzialności karnej za przewinienia dopingowe znamienne jest dla tych krajowych porządków prawnych, które preferują upaństwowienie procesu administrowania sportem, a więc gdzie organi-

²⁶ Podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej są zwykle przepisy wewnętrzne poszczególnych międzynarodowych federacji sportowych, jednak ich treść i tak powiela w tym zakresie rozwiązania przyjęte w Kodeksie WADA.

²⁷ Okres pozbawienia zawodnika prawa udziału w rywalizacji sportowej potocznie określane jest mianem dyskwalifikacji. Jednak w rozumieniu reguł antydopingowych dyskwalifikacja to anulowanie osiągniętych do tej pory przez zawodnika wyników, nagród i wyróżnień.

²⁸ W przypadku kolejnych przewinień dopingowych możliwe jest nawet dożywotnie pozbawienie zawodnika prawa udziału we współzawodnictwie sportowym.

²⁹ Przede wszystkim prawo włoskie, hiszpańskie i francuskie.

³⁰ Przykładowo: prawo włoskie penalizuje wszelkie możliwe przewinienia dopingowe (używanie, udzielanie, posiadanie, wprowadzanie do obrotu i obrót substancjami lub metodami zabronionymi), przewidując ponadto typ kwalifikowany niektórych z nich (np. udzielanie nieletnim). Większość ustawodawstw (np. hiszpańskie, francuskie, holenderskie) nie penalizuje stosowania, a jedynie posiadanie (konstrukcja podobna do tej, przyjmowanej w przypadku zapobiegania i zwalczania narkomanii).

zaczom pozarządowym pozostawia się minimalną swobodę kształtowania reguł rywalizacji sportowej³¹.

Problem pluralizmu reguł antydopingowym w układzie horyzontalnym, jak to zostało powiedziane, nie jest jednak niczym szczególnym na tle norm innych gałęzi prawa (np. prawo handlowe, prawo lotnicze). Zróżnicowanie rozwiązań prawnych przyjętych w ramach poszczególnych ustawodawstw krajowych jest wręcz koniecznością, wynikającą z odmiennych uwarunkowań społecznych, politycznych, kulturowych, czy historycznych. Jednak w kontekście rywalizacji sportowej, ze swej istoty wykraczającej poza granice jednego państwa, często prowadzonej z dużym nasileniem w pewnych okresach czasu³², duże zróżnicowanie reguł antydopingowych między poszczególnymi krajowymi porządkami prawnymi, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności za przewinienia dopingowe, prowadzi do „pozornej” sprzeczności tych reguł, odczuwanej jedynie w świadomości uczestników takiej rywalizacji³³. Zjawisko to należy ocenić negatywnie, zwłaszcza, że żaden z mechanizmów prawa międzynarodowego nie wprowadza nakazu kryminalizacji, czy penalizacji przewinień dopingowym w prawie krajowym.

Kolizja reguł antydopingowych z normami różnych porządków prawnych

Reguły antydopingowe, ze względu na swoją specyfikę³⁴, mogą prowokować powstawanie sytuacji, w których ich stosowanie sprzeczne będzie z normami prawa powszechnie obowiązującego. Mieć będziemy wówczas do czynienia nie z kolizją reguł antydopingowych między sobą, a z sytuacją, polegającą na rzeczywistym konflikcie jednej lub wielu takich reguł z prawem powszechnym, czy to krajowym, czy to wspólnotowym, czy też międzynarodowym. Często z sytuacjami takimi spotykamy się w kontekście wzbudzającej wiele kontrowersji działalności legislacyjnej WADA.

Organizacja ta funkcjonowanie swoje opiera na kilku fundamentach prawnych. Najważniejszym z nich jest oczywiście Kodeks Antydopingowy. Poza nim wymienić należy jeszcze tzw. standardy międzynarodowe oraz modele najlepszej praktyki. Zadaniem tych pierwszych jest harmonizowanie krajowych rozwiązań w zakresie walki

³¹ W zasadzie ogranicza się ona jedynie do reguł gry, a i w tym przypadku występują ograniczenia, w związku z ustaleniami przyjętymi w tym zakresie przez międzynarodowe federacje sportowe.

³² Przykładowo odbywające się co kilka dni zawody Pucharu Świata w skokach narciarskich.

³³ Patrz przypis 25.

³⁴ Reguły antydopingowe mają charakter interdyscyplinarny (patrz VI.).

z dopingiem. Do dokumentów tych należą: lista substancji i metod zabronionych, standard w dziedzinie badań, standard dla laboratoriów, standard wyłączeń dla celów terapeutycznych oraz najnowszy, standard w dziedzinie prywatności i ochrony danych osobowych.

Ostatni z wymienionych standardów, przyjęty przez WADA w 2008 r., od początku wzbudzał kontrowersje. Jako jedyny dokument z grupy standardów międzynarodowych nie miał bowiem służyć harmonizacji rozwiązań krajowych, a jedynie ustanawiał w tym zakresie tzw. standard minimalny. Rozwiązania, przyjęte w jego treści, dla większości państw europejskich okazały się nie do zaakceptowania³⁵. To z kolei oznaczało niemożność formalnego uczestnictwa tych państw w budowaniu globalnego systemu informacji o sportowcach (ADAMS)³⁶, narzędzia umożliwiającego przeprowadzanie wśród zawodników skutecznych kontroli dopingowych poza zawodami, a opartego na wymianie informacji osobowych na ich temat. Z tego powodu pod adresem WADA i jej nowego dokumentu ruszyła lawina krytyki.

Standard uznano za sprzeczny z postanowieniami dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, a także z postanowieniami Konwencji Rady Europy Nr 108 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych. Opinię o sprzeczności standardu z dyrektywą 95/46/WE

³⁵ Standard zawęził znacząco krąg podmiotów, których dane osobowe podlegały ochronie w związku z realizowaną przez organizacje antydopingowe działalnością (ochroną objęto jedynie dane osobowe zawodników i ich personelu pomocniczego). Standard nieprecyzyjnie posługiwał się też pojęciem „strony trzeciej”, występującym w jego treści w kontekście przekazywania danych osobowych (pojęcie niezwykle istotne z uwagi na fakt, że prawo wspólnotowe zabrania przekazywania danych osobowych podmiotom o niższym standardzie ich ochrony). Dookreślenia wymagały też kryteria, według których ocenia się proporcjonalność pozyskiwanych i przetwarzanych informacji, a ponadto wątpliwości budziła przyjęta w treści standardu koncepcja zgody na przetwarzanie danych (dość iluzoryczna; brak praktycznej możliwości nieudzielenia tej zgody) oraz sposób uregulowania przez WADA kwestii niszczenia danych osobowych (brak określenia terminów przechowywania dla poszczególnych kategorii danych). Zastrzeżenia dotyczyły ponadto mechanizmu informowania o miejscu pobytu zawodników (ustanowionego na podstawie międzynarodowego standardu w dziedzinie badań) oraz niektórych postanowień Kodeksu w zakresie ochrony danych osobowych.

³⁶ ADAMS (ang. *Anti-Doping Administration & Management System*) to elektroniczny system zarządzania danymi o sportowcach, utworzony przez WADA. Zawiera on między innymi informacje na temat miejsca pobytu sportowców (umożliwiające przeprowadzanie kontroli dopingowych poza zawodami), a także na temat uzyskanych przez nich wyłączeń dla celów terapeutycznych (umożliwiających stosowanie substancji zabronionych w celach leczniczych).

wydała Grupa Robocza ds. Ochrony Osób Fizycznych w zakresie Przetwarzania Danych Osobowych, powołana na mocy art. 29 tejże dyrektywy. Analogiczną opinię, w kontekście zgodności z postanowieniami przytoczonej Konwencji Rady Europy, wydał Komitet Konsultacyjny Konwencji (T-PD). Opinię tą poparła następnie grupa doradcza do spraw prawnych przy Grupie Monitorującej Konwencję Antydopingową Rady Europy (T-DO LI) oraz Europejski Komitet Ad Hoc ds. WADA (CAHAMA), działający również w ramach Rady Europy. Do krytyki przyłączyli się też ministrowie UE do spraw sportu, podczas swojego nieformalnego spotkania w Biarritz w listopadzie 2008 r. Ponadto, negatywną opinię w sprawie standardu wydało wiele krajowych organów ochrony danych osobowych³⁷.

Pomimo rozlicznych prób, podjętych w 2008 r., jak i wcześniej³⁸, przez przedstawicieli kontynentu europejskiego w organach statutowych WADA³⁹, tak zrewidowania postanowień standardu, jak i zmiany zakresu terytorialnego jego obowiązywania, dokument wszedł w życie w zaproponowanym pierwotnie kształcie dnia 1 stycznia 2009 r. Doprowadziło to nie tylko do faktycznego obniżenia standardu ochrony danych osobowych części obywateli państw członkowskich UE i Rady Europy, tj. zawodników przygotowujących się do, oraz biorących udział w rywalizacji sportowej, ale i do rzeczywistej kolizji norm dwóch porządków prawnych.

W związku z faktem, iż standard posiada jedynie status aktu prawa wewnętrznego organizacji o charakterze pozarządowym, a pozostające z nim w sprzeczności normy prawa wspólnotowego i traktatowego to normy prawa powszechnie obowiązującego, standard nie powinien być stosowany na terytorium państw członkowskich, czy to UE, czy Rady Europy. Jak jednak wykazała praktyka⁴⁰, ponownie z powodów pozaprawnych⁴¹, częściowo już w niniejszym opracowa-

³⁷ Przede wszystkim stanowisko włoskiego organu ochrony danych osobowych, wyrażone przez przedstawicieli Włoch na posiedzeniu CAHAMA w listopadzie 2008 r.

³⁸ Podczas Światowej Konferencji WADA, w Madrycie, w 2007 r. głos w tej sprawie zabrała Pani Maud de Boer-Buquicchio, Zastępca Sekretarza Generalnego Rady Europy.

³⁹ Przedstawiciel Rady Europy w Komitecie Wykonawczym WADA otrzymywał w 2008 r. wielokrotnie od członków CAHAMA mandat upoważniający go do wyrażenia stanowiska europejskiego na forum tego organu.

⁴⁰ Niemcy na początku 2008 r. na forum CAHAMA przyznali, że organizacje antydopingowe tego kraju wbrew prawu wspólnotowemu wprowadzają dane do systemu ADAMS. Przyjęli oni koncepcję, iż dane osobowe przekazywane są do serwerów zlokalizowanych w państwach, gwarantujących należyty, z punktu widzenia prawa wspólnotowego, poziom ich ochrony (Szwajcaria, Kanada), ignorując zaś fakt, iż dzięki tym serwerom dane dostępne są także dla państw trzecich o często niskim standardzie takiej ochrony.

⁴¹ Nieprzestrzeżenie Kodeksu WADA lub któregoś ze standardów międzynarodowych tej

niu omówionych, standard ów stosowano, mimo jego sprzeczności z prawem powszechnie obowiązującym, oraz nie zważając na wrażliwą w tym wypadku materię regulacji. Nie bez znaczenia w tej sytuacji okazał się, ujawniający się nie po raz pierwszy, problem lojalności w ramach ruchu sportowego, związanej między innymi z jego piramidalną strukturą⁴², silniejszą od lojalności względem państwa i krajowego porządku prawnego.

Stan sprzeczności postanowień standardu z prawem wspólnotowym i międzynarodowym utrzymywał się aż do końca maja 2009 r. Wówczas to WADA⁴³, pod presją państw europejskich i w związku z osiągniętym w tej sprawie z nimi kompromisem⁴⁴, zdecydowała się na rewizję standardu. W nowym kształcie wszedł on w życie z dniem 1 czerwca 2009 r.. Jak się jednak okazuje, nie zakończyło to debaty nad ochroną danych osobowych, w związku z działalnością Światowej Agencji Antydopingowej. Ciągłe bowiem w mocy pozostają, kwestionowane przez Radę Europy i Unię Europejską⁴⁵,

organizacji prowadzi do stwierdzenia niezgodności działań legislacyjnych lub faktycznych państwa (formalnie organizacji antydopingowej tego państwa) z Kodeksem. Może to między innymi skutkować (choć nie jest to sankcja przypisana do danego stanu faktycznego) utratą przez laboratorium tego państwa akredytacji WADA. Ryzyko tego zdarzenia stanowi argument na rzecz stosowania Kodeksu i standardów WADA, nawet wbrew prawu wspólnotowemu. Posiadanie bowiem akredytowanego przez WADA laboratorium to dla państwa prestiż. Laboratorium nieposiadające takiej akredytacji w programie zwalczania dopingu w sporcie, przede wszystkim tym światowym, rozwijanym przez WADA, odgrywa rolę marginalną. Jedynie laboratoria akredytowane mogą przeprowadzać analizy próbek fizjologicznych, na podstawie których podejmowane są decyzje o wykluczeniu zawodników z rywalizacji sportowej. Tylko bowiem one gwarantują odpowiednio wysoki standard pracy.

⁴² Ruch sportowy cechuje struktura piramidalna, której podstawę stanowią zrzeszeni w klubach zawodnicy, a wierzchołek międzynarodowe federacje sportowe. Ogniwami pośrednimi w tej strukturze pozostają regionalne, krajowe i kontynentalne federacje. Podstawę lojalności w takim układzie stanowi groźba wykluczenia ze struktury.

⁴³ Ścisłej ujmując, Komitet Wykonawczy tej organizacji.

⁴⁴ W oparciu o przedstawioną 6 kwietnia 2009 r. drugą opinię Grupy Roboczej ds. Ochrony Osób Fizycznych w zakresie Przetwarzania Danych Osobowych, powołanej na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE, Grupa Monitorująca Konwencję Antydopingową Rady Europy przygotowała pierwszy, a następnie drugi projekt zrewidowanego standardu. Został on zaprezentowany 24 kwietnia 2009 r.. podczas spotkania w Madrycie, na które zaproszeni zostali przedstawiciele Rady Europy, Komisji Europejskiej oraz WADA. Podczas spotkania osiągnięto długo oczekiwany kompromis. Przedstawiciele WADA zaakceptowali wstępnie projekt zrewidowanego standardu i zobowiązali się do włączenia go do agendy najbliższego posiedzenia Komitetu Wykonawczego WADA. Ten dnia 9 maja 2009 r. podjął jednogłośnie decyzję o przyjęciu zrewidowanego standardu

⁴⁵ Zastrzeżenia UE w tym zakresie przedstawiono między innymi w opiniach Grupy Roboczej ds. Ochrony Osób Fizycznych w zakresie Przetwarzania Danych Osobowych, powoła-

postanowienia międzynarodowego standardu WADA w dziedzinie badań oraz samego Kodeksu.

Złożoność charakteru i budowy reguł antydopingowych

Pluralizm reguł antydopingowych, choć wykracza to nieco poza konwencję niniejszego opracowania, przejawia się także w złożoności ich charakteru oraz budowy. Otóż, reguły te to w istocie normy trojkiego rodzaju, stosowane na różnych etapach postępowania w sprawach o przewinienia dopingowe: reguły kontroli (dopingowe reguły policyjne), normy prawa materialnego oraz procedura antydopingowa. Pierwsze określają w szczególności sposób przeprowadzania kontroli dopingowej i stosowane są jeszcze przed rozpoczęciem właściwego postępowania dyscyplinarnego. Prawo materialne określa z kolei, jakie rodzaje zachowań i w jakich okolicznościach uznawane są za przewinienia dopingowe, a także jakie sankcje w związku ze stwierdzeniem tych przewinień należy zastosować. Procedura antydopingowa determinuje natomiast przebieg postępowania dyscyplinarnego w sprawach o przewinienia dopingowe, określając przy tym organy właściwe do rozpoznawania tych spraw.

Sprawy o przewinienia dopingowe rozpoznawane są w postępowaniu dyscyplinarnym przed organami organizacji sportowych⁴⁶. Postępowanie to ma prywatnoprawny rodowód⁴⁷ i prowadzone jest w oparciu o postanowienia aktu założycielskiego organizacji sportowej. Stąd też osoba podejrzana o stosowanie środków zabronionych nie cieszy się w postępowaniu tym takimi samymi prawami, jak oskarżony w procesie karnym, co jednak nie oznacza, że postępowanie dyscyplinarne w sprawach o przewinienia dopingowe pozbawione jest elementów karnoprawnych. Obecność pewnych reguł typowych dla prawa karnego w postępowaniu tego rodzaju, a także przyznanie podejrzanemu o popełnienie przewinienia dopingowego niektórych uprawnień z zakresu postępowania karnego, to efekt równoważenia pozycji „procesowej” stron. Stąd też na określenie norm postępowania dyscyplinarnego w sprawach o naruszenie reguł antydopingowych używa się niekiedy sformułowania „wewnętrzne (wewnątrzorganizacyjne) prawo

nej na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE

⁴⁶ Zwykle są to organy odpowiedzialne również za orzekanie w sprawach o naruszenie przepisów gry, jak chociażby Wydział Gier i Dyscypliny Polskiego Związku Piłki Nożnej.

⁴⁷ Po części ze względu na cywilnoprawny charakter statutu organizacji sportowej, a po części ze względu na takiż charakter łączącej zawodnika z tą organizacją umowy (kontraktu).

karne” (*organisational criminal law*), które więcej ma wspólnego z klasycznym prawem karnym (publicznym), niżli z cywilnym (prywatnym)⁴⁸.

Sankcje przewidziane w postępowaniu dyscyplinarnym w sprawach dopingowych nie mają charakteru cywilnoprawnego, nie służą bowiem przywróceniu stanu sprzed popełnienia przewinienia dopingowego. Kary dwuletniego (niekiedy czteroletniego) lub dożywotniego zakazu udziału we współzawodnictwie sportowym⁴⁹, bo takie właśnie przewiduje Kodeks Antydopingowy WADA, mają charakter represyjny, a ich natura polega na swoistym ograniczeniu wolności. Zgodnie zatem ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁵⁰, jeśli sankcje poprzez swoją dotkliwość, przyjmują charakter karny, a tak jest w tym przypadku, to i postępowanie winno być prowadzone zgodnie z przyjętymi dla procesu karnego zasadami. Stanowiska tego nie podzielili jednak szwajcarski Trybunał Federalny⁵¹, który jednoznacznie odrzucił możliwość stosowania przez Sportowy Sąd Arbitrażowy, w prowadzonym przez niego postępowaniu w sprawach o przewinienia dopingowe, reguł prawa karnego procesowego, w tym zasady domniemania niewinności i innych gwarancji przewidzianych postanowieniami Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵².

Podsumowanie

Rekapitulując, z całą stanowczością stwierdzić należy, iż pluralizm reguł antydopingowych występuje zarówno w układzie wertykalnym (prawo międzynarodowe – prawo krajowe – prawo organizacji sportowych), jak i horyzontalnym (normy różnych porządków krajowych). W pierwszym przypadku może to powodować stany faktyczne, w których dają się zastosować sprzeczne reguły kilku porządków prawnych. Sytuacje takie z prawnego punktu widzenia ocenić należy jako niekorzystne. Ich liczba w przypadku reguł antydopingowych uległa znacznej redukcji, szczególnie w związku z działalnością Światowej Agencji Antydopingowej⁵³, która dowiodła

⁴⁸ J. Soek, *The Legal Nature of Doping Law*, „The International Sports Law Journal” 2002, no. 2, s. 2.

⁴⁹ Patrz przypis 28.

⁵⁰ Patrz: wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie: *Engel i inni v. Holandia*, skargi nr 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

⁵¹ Orzeczenie z 15 marca 1993 r., I Wydział Cywilny Trybunału Federalnego Szwajcarii (sprawa *G. v Fédération Equestre Internationale & Court of Arbitration for Sport*).

⁵² Dz. U. z 1993 roku, Nr 61, poz. 284.

⁵³ Przed podjęciem przez WADA działań harmonizujących reguły antydopingowe, nawet w ramach poszczególnych międzynarodowych federacji sportowych miały one różny kształt

skuteczności procesów harmonizacji prawa jako metody zapobiegania kolizji przepisów różnych porządków prawnych. Ilość mechanizmów prawnych walki z dopingiem, a co za tym idzie ilość obowiązujących reguł antydopingowych, sprawia jednak, że mówić możemy nadal jedynie o ograniczeniu liczby sytuacji kolizyjnych, nie zaś ich wyeliminowaniu. Równie skuteczne dla zapobiegania stanom kolizji reguł antydopingowych okazało się ich tworzenie zgodnie z zasadą poszanowania dotychczasowego dorobku prawnego. Dlatego na przykład Komisja Europejska, powołując do życia w 2008 r. grupę roboczą do walki z dopingiem w sporcie, sformułowała jej mandat tak, by nie naruszał on kompetencji działających w tym obszarze organizacji międzynarodowych, zarówno międzyrządowych, jak i pozarządowych⁵⁴.

Pluralizm reguł antydopingowych w układzie horyzontalnym zwykle nie prowadzi do kolizji przepisów prawa⁵⁵, jako że nie prowokuje on co do zasady stanów faktycznych, w których zastosowanie znalazłyby normy kilku krajowych porządków prawnych. Mimo to, może on powodować pozorną sprzeczność tychże norm, ze względu na duże zróżnicowanie przyjętych w ramach krajowych porządków prawnych rozwiązań (szczególnie w zakresie zasad odpowiedzialności za przewinienia dopingowe). Oznacza to, że o ile „ten sam” stan faktyczny nie podlega zwykle ocenie z punktu widzenia kilku krajowych porządków prawnych, o tyle „takie same” stany faktyczne ocenie takiej są często poddawane. Właśnie ten fakt sprzyja owej pozornej sprzeczności reguł antydopingowych w układzie horyzontalnym. I tu jednak stosuje się w pewnym zakresie mechanizm harmonizacji⁵⁶.

Pluralizm reguł antydopingowych prowadzić też wreszcie może do kolizji tychże reguł z innymi normami różnych porządków prawnych, niemającymi charakteru reguł antydopingowych. Dzieje się

(np. duża rozpiętość stosowanych w ramach odpowiedzialności dyscyplinarnej sankcji).

⁵⁴ Grupa robocza Komisji Europejskiej do spraw walki z dopingiem w sporcie (zwana też grupą roboczą do spraw antydopingu) skupia się w swojej działalności przede wszystkim na problemie dopingu w sporcie powszechnym (amatorskim), a także na kwestii transportu lotniczego próbek fizjologicznych i możliwości zmian dostosowawczych prawa wspólnotowego w tym zakresie.

⁵⁵ Teoretycznie istnieje możliwość kolizji przepisów kilku krajowych porządków prawnych. Zagadnienie to należy do problematyki tzw. prawa karnego międzynarodowego (bliżej m.in. A. Świątłowski, *Miejsce popełnienia przestępstwa, a odpowiedzialność karna*, „Monitor Prawniczy” 1993, nr 4).

⁵⁶ Obowiązki pozytywne państw w tym zakresie harmonizuje Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie. Znaczącą rolę spełnia także sam Światowy Kodeks Antydopingowy WADA, choć nie ma on waloru prawa powszechnie obowiązującego.

tak przede wszystkim ze względu na szczególne podejście legislacyjne Światowej Agencji Antydopingowej, polegające na kompleksowym regulowaniu wszelkich kwestii związanych z dopingiem w sporcie, nawet, jeśli ten związek ma charakter tylko pośredni⁵⁷. Rozwiązaniem problemu jest w tym wypadku albo ograniczenie omnipotentnej działalności Światowej Agencji Antydopingowej, albo wypracowanie kompromisu, pozwalającego stosować, przede wszystkim w otoczeniu prawa wspólnotowego, norm z nim sprzecznych, jeśli zmierzają one do realizacji celu o dużym znaczeniu dla społeczności międzynarodowej. Pierwsze z przywołanych rozwiązań wydaje się jednak bardziej stosowne i prawdopodobne.

Orzecznictwo

Wyrok ETS z 7 lutego 1973 r. w sprawie *Komisja przeciwko Republice Włoskiej*, sprawa 39/72.

Orzeczenie z 15 marca 1993 r., I Wydział Cywilny Trybunału Federalnego Szwajcarii (sprawa *G. v Fédération Equestre Internationale & Court of Arbitration for Sport*).

⁵⁷ Przykładem może być kwestia ochrony danych osobowych sportowców, regulowana przez WADA w standardzie międzynarodowym, która *prima facie* nie ma nic wspólnego z problemem dopingu w sporcie.

Etyki deontologiczne. Prawo korporacji zawodowych

Kontrowersje wokół tworzenia zestawień etyki zawodowej

Współcześnie do porządku prawa pozytywnego przedostaje się coraz więcej pierwiastków autonomicznych, o znaczeniu faktów prawotwórczych, wywodzących się ze źródeł niesformalizowanych (np. na etapie oceny treści klauzul generalnych) albo sformalizowanych (np. zbiory zwyczajów, zbiory deontologiczne, kanony religijne). Unormowania autonomiczne pochodzą m.in. od korporacji zawodowych. W czasach nowożytnych korporacje zawodowe nabierają charakteru formalnych organizacji o wyraźnie określonej pozycji na gruncie prawa państwowego i ukształtowanej strukturze. Korporacje zawodowe są tworamii mniej lub bardziej samorządny-
mi. Autonomia korporacji zawodowych polega zwykle na możliwości decydowania o tak istotnych kwestiach, jak samoistne ustalanie własnych standardów postępowania, dopuszczanie do uprawiania danego zawodu, czy też stosowanie środków dyscyplinowania swoich członków¹. Jednym ze środków kształtujących pragmatykę środowiska zawodowego jest etyka zawodowa, częstokroć przybierająca formę kodeksu etyki zawodowej (kodeksu deontologicznego). Deontologia jako jeden z działów etyki normatywnej jest wiedzą o powinnościach, które należy spełniać występując w różnych rolach społecznych. Kodeks deontologiczny to sformalizowane zestawienie norm moralnych adekwatnych dla przedstawicieli określonego środowiska zawodowego.

Inspiracja inicjatywy deontologicznej wywodzi się z różnych źródeł. Środowiska zawodowe pragną – z różnych względów – kształtować swoje relacje z otoczeniem pod kątem przyjętych (i przeznaczonych do sformalizowania) rudymen-
tów moralnych, przy czym można spolaryzować główne argumenty *pro* i *contra* podnoszone w toku dyskusji na temat skłonności do formalizacji powszechnie obowiązujących norm moralnych na potrzeby przedstawicieli środowisk zawodowych.

¹ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 202.

Zwolennicy skodyfikowania zasad moralnych powołują się na występujące w praktyce dylematy niepoddające się znormalizowanemu przepisom². Kodeksy deontologiczne w założeniu ich twórców mają podsuwać rozwiązania problemów, których nie da się skodyfikować albo skodyfikowane – jak dotąd, z różnych względów – nie zostały. Deontologia uzupełnia więc literę prawa (*verba legis*), czego mogą oczekiwać i co postulują przedstawiciele różnych środowisk zawodowych, podnosząc argument zbyt szczupłej (niepełnej) regulacji normatywnej stosunków ze swoim udziałem (w płaszczyźnie wewnątrzśrodowiskowej oraz *pro foro externo*). Kodeksy deontologiczne stanowią zbiór akceptowanych zachowań zasługujących na pozytywną ocenę moralną i są jednocześnie źródłem ich poznania. Deontologia nie wyparła jednak – jak dotąd – litery prawa, chociaż pojawiają się skłonności w tym kierunku. Pogląd identyfikujący prawo ze zbiorem tekstów prawnych bywa kwestionowany z różnych stanowisk³, a środowiska zawodowe niekiedy w wyższym stopniu honorują samodzielnie opracowane zestawienia, niż prawo powszechnie obowiązujące (np. lekarze w sporach o uchylenie tajemnicy lekarskiej).

Problematyka etyki zawodowej jest szczególnie żywo dyskutowana w obliczu zauważanej od lat postępującej demoralizacji grup zawodowych. Powszechnemu wprowadzeniu zasad gospodarki rynkowej nie towarzyszy wiedza co do zasad etycznego postępowania w wielu, nie występujących wcześniej, sytuacjach konfliktowych⁴. Kodeksy etyki zawodowej są więc odpowiedzią na zmieniający się kontekst społeczny, polityczny, ekonomiczny, kulturalny, prawny i prawniczy⁵. Kodeksy deontologiczne są pożądane, ponieważ odzwierciedlają warunki społeczne z chwili ich uchwalania oraz spodziewane w wyobraźalnej przyszłości.

Inny motyw aktywności deontologicznej zasługujący na ocenę pozytywną wiąże się ze skryształizowaniem kręgosłupa moralnego przedstawicieli środowiska zawodowego, uporządkowaniem rozproszonych pryncypiów, które jednak przydają się w skomplikowanym świecie na potrzeby efektywnego wykonywania działalności. Efektywnego, czyli zorientowanego pragmatycznie, głównie na zysk i na pokonanie konkurencji.

² A. Machnikowska, *Etyka prawnicza*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2007, s. 75.

³ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 197.

⁴ Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *op. cit.*, s. 206.

⁵ Por. w zakresie etyki prawniczej R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2005, s. 59-60.

Analiza rozwiązań spotykanych w praktyce prowadzi także do wniosku, że kodeksy deontologiczne stanowią kodyfikację ustalonych zwyczajów środowiskowych, co najmniej niepełną. Normy moralności zawodowej zawarte w kodeksach deontologicznych mogą być postrzegane jako odzwierciedlenie długotrwałej praktyki postępowania przedstawicieli określonego środowiska oraz jako ekstrapolacja oczekiwań liderów bądź reprezentacji środowiska zawodowego względem przedstawicieli zawodu oraz względem ustawodawcy. Kodeksy deontologiczne koncentrują więc rozproszony materiał, co zasługuje na ocenę pozytywną. Tymczasem bywa też i tak, że wyobrażenia liderów nie pokrywają się z praktyką życia codziennego. Niekiedy szeregowi przedstawiciele środowiska traktują etykę zawodową fasadowo, podobnie jak rzeczników etyki zawodowej, często o tym pojęciu „zapominając”, a liderów ignorując.

Podstawowym kierunkiem krytyki kodeksów deontologicznych jest stanowisko argumentacji filozoficznej. Problemem, który ciągle powraca w dyskusjach etycznych jest kwestia tego, czy ogólne i szczegółowe zasady etyczne, dotyczące różnych zawodów, ról i pozycji społecznych, należy przekładać, i ewentualnie w jakim zakresie, na postanowienia o charakterze kodeksowym. Innymi słowy, czy reguły etyczne powinno się, na podobieństwo przepisów prawnych, kodyfikować w ramach „kodeksów etycznych”⁶. Skrajny absolutyzm moralny zakłada, że zasady etyczne mają charakter uniwersalny i ponadczasowy. Źródłem zasad moralnych jest rozum, normom zaś etycznym przysługuje walor powszechnego obowiązywania⁷. Pierwiastek etyczny ma utrwalone miejsce w porządku normatywnym, jako *ratio legis* oraz jako kryterium oceny stosunków prawnych z perspektywy klauzul generalnych oraz zwrotów niedookreślonych. Dla silnych osobowości kodeksy etyczne są raczej zbędne⁸.

Wciąż aktualne pozostają też pytania, w jakim zakresie następuje odkrywanie, a w jakim tworzenie norm etyki zawodowej⁹ oraz jak można sformalizować normy etyczne, gdy brak zgodności poglądów co do podstawowych funkcji zawodu¹⁰. Twórcy kodeksów etyki zawodowej kierują się niekiedy egoistycznym cynizmem moralnym,

⁶ A. Kojder, [w:] H. Izdebski, P. Skuczyński (red.), *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, Warszawa 2006, s. 15.

⁷ A. Kojder, *op. cit.*, s. 21.

⁸ Por. A. Oksiuta, *Wartości i normy dziennikarskiego etosu na podstawie kodeksów etyki dziennikarskiej*, [w:] *Kultura i prawo*, Lublin 2002, s. 251.

⁹ Por. A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 75.

¹⁰ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 58.

mającym zabezpieczać korporację zawodową przed zewnętrznymi ocenami moralnymi¹¹.

W związku z krytyką kodeksów deontologicznych pojawia się też problem wpływu relatywizmu etycznego, powodowanego mnożeniem takich opracowań, na pogłębiający się kryzys moralny w wielu zawodach. Chodziłoby tutaj o wyjaśnienie, czy odstępstwa kodeksów etyki zawodowej od norm etyki ogólnej są uzasadnione i nie przyczyniają się do pogłębiania wspomnianego kryzysu moralnego¹². Starania o skodyfikowanie norm moralnych oceniane są jako bezprzedmiotowe także w sytuacji, gdy ta grupa powinności zostaje włączona do zbioru współtworzonego przez sankcje prawne i odpowiedzialność dyscyplinarną¹³. Hipertrofia równoległych porządków normatywnych jest oceniana jako zjawisko niepożądane, a mnożące się kodeksy deontologiczne niepotrzebnie komplikują system źródeł prawa, ponieważ czynią wyłom w koncepcji układu hierarchicznego.

Skrajnie radykalna krytyka kodeksów deontologicznych wiąże inicjatywę w tym zakresie z próbami złagodzenia skutków obserwowanego kryzysu wartości. Reprezentowane jest niekiedy stanowisko, że etyka zawodowa to tylko swego rodzaju przykrywką dla zmylenia przeciwnika. Przedstawiciele różnych środowisk zawodowych tak naprawdę przechodzą do porządku dziennego w sprawie naruszeń określonego rodzaju zasługujących na ujemną ocenę moralną. W celu zachowania wyglądu fasady i ratowania wszelkimi sposobami etosu zawodowego uchwalane są więc zestawienia etyczne, a życie toczy się dalej, jak gdyby nigdy nic. W gruncie rzeczy kodeksy deontologiczne tak naprawdę niczego nie zmieniają. Moralność ma charakter refleksyjny i nieusuwalnie konfliktowy. Etyka zawodowa, zwłaszcza zaś jej forma (kodeks), opiera się na groźnym dla moralności założeniu, że świat wartości i obowiązków da się przekształcić w uporządkowany i czytelny instruktaż postępowania moralnego¹⁴.

Legitymacja do tworzenia kodeksów deontologicznych

Kodeksy deontologiczne są przyjmowane w różnych trybach, a mianowicie dobrowolnie, na ogół w wyniku podjęcia uchwał przez kompetentne organy (w przypadku kodeksów samorządowych) albo stanowią propozycję właścicieli (akcjonariuszy, udziałowców),

¹¹ *Ibidem*, s. 60.

¹² Por. *ibidem*, s. 61-62.

¹³ Por. A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 76.

¹⁴ Por. M. Środa, *Słowo wstępne. Biznes i cnoty*, [w:] J. Jackson, *Biznes i moralność*, Warszawa 1999, s. XV.

na ogół jednak szeroko konsultowaną (np. w gronie pracowników w przypadku kodeksów komercyjnych), albo też są narzucane *ex officio*. Akceptacja kodyfikacji deontologicznych wiąże się z wewnętrznym przekonaniem o słuszności takich a nie innych rozwiązań albo opiera się na akceptacji autorytetu autora. Brak podobnego przekonania u większości członków grupy albo kwestionowanie autorytetu prowadzi do odrzucenia przez środowisko nieakceptowanych zasad etycznych, co jednak nie oznacza jeszcze tego, że normy te są niewłaściwe¹⁵.

U podstaw opracowania i wdrożenia kodeksów deontologicznych leży sfera dozwolonego działania (autonomia) zapewniona przez ustawę albo wynikająca z kompetencji generalnej do samodzielnego kształtowania stosunków ze swoim udziałem. Kodeksy deontologiczne z założenia nie mogą być narzucone gremiom zawodowym, co nie oznacza jeszcze tego, że wszyscy adresaci (przedstawiciele profesji) wyrazili zgodę na jego uchwalenie oraz na treść poszczególnych wypowiedzi. Idea samorządu jest przejawem decentralizacji. Tendencja do tworzenia autonomicznych korporacji zawodowych jest zaś przejawem postępującej demokratyzacji państwa i dążenia do maksymalnego rozszerzenia sfery samorządowej¹⁶. Im wyższy stopień autonomii i samorządności zawodowej, tym wyższy prestiż społeczny, ale i tym wyższe standardy zachowań i tym większa odpowiedzialność wobec społeczeństwa¹⁷. Kodeksy deontologiczne bywają przedmiotem krytyki, nawet w łonie środowiska zawodowego (co również świadczy o sukcesie idei samorządności i autonomii).

Na gruncie prawa polskiego można *de lege lata* wyodrębnić sześć – przynajmniej – źródeł legitymacji do wiążącego uchwalania kodeksów deontologicznych.

Po pierwsze, upoważnienie może wynikać z ustaw wydanych na podstawie przepisu art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Chodzi tutaj o samorządy przewidujące obowiązek przymusowego członkostwa osób wykonujących zawód¹⁸. Takie samorządy reprezentują osoby wykonujące tzw. zawody zaufania publicznego i sprawują pieczę nad należytym wykonywaniem zawodu w granicach interesu publicznego

¹⁵ A. Oksiuta, *op. cit.*, s. 201.

¹⁶ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *op. cit.*, s. 204.

¹⁷ *Ibidem*, s. 203; por. także A. Oksiuta, *op. cit.*, s. 219.

¹⁸ Szerzej temat tego pojęcia M. Zięba-Załucka, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji RP*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 10, s. 493; T. Krawiel, *Czy Konstytucja chroni korporacje zawodowe? Kogo chroni art. 17 Konstytucji?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 12, s. 28.

i dla jego ochrony¹⁹. Kierując się tymi kryteriami ustawy kreujące samorząd zawodowy mogą przyznawać samorządowi kompetencje w sferze określania m.in. reguł odpowiedzialności dyscyplinarnej, zasad wykonywania zawodu oraz – nawet – reguł dostępu do zawodu (co jest obecnie przedmiotem kontrowersji konstytucyjnych).

Po drugie, upoważnienie może wynikać z ustaw wydanych na podstawie przepisu art. 17 ust. 2 Konstytucji RP. Chodzi tutaj o samorządy nie przewidujące obowiązku przymusowego członkostwa²⁰. Samorządy tej kategorii mogą samodzielnie kształtować reguły odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz zasady wykonywania zawodu, ale nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej.

Po trzecie, upoważnienie może przysługiwać organom reprezentującym imperium w zakresie ich zadań i celów ustawowych²¹.

Po czwarte, upoważnienie może wynikać ze statutów legalnie działających osób prawnych w zakresie ich zadań i celów ustawowych bądź statutowych i w zgodzie z tymi zadaniami i celami²².

Po piąte, upoważnienie może wynikać z generalnej kompetencji osób prawnych prawa prywatnego do autonomicznego kształtowania stosunków prawnych ze swoim udziałem i w tym zakresie²³.

Po szóste, upoważnienie może wynikać z generalnej kompetencji niesformalizowanych reprezentacji różnych osób do autonomicznego kształtowania stosunków prawnych ze swoim udziałem i w tym zakresie²⁴.

¹⁹ Np. Kodeks Etyki Adwokackiej z 1998 r., Kodeks Etyki Lekarskiej z 2004 r.

²⁰ Np. Zasady Dobrej Praktyki Bankowej z 2001 r., Branżowy Kodeks Etyczny Przedsiębiorstw Sektora Chłodniczego z 2001 r., Kodeks Etyki Dekarskiej z 2004 r.

²¹ Np. Kodeks Prezydencki Postępowania Etycznego dla Premiera i Rady Ministrów z 2005 r.; Kodeks Etyki Służby Cywilnej ustanowiony dnia 11 października 2002 r. zarządzeniem nr 114 Prezesa Rady Ministrów (M.P. z dnia 14 października 2002 r. Nr 46, poz. 683); Zasady Etyki Zawodowej Policjanta z 1999 r.; Zasady Etyki Funkcjonariusza Straży Granicznej z 2000 r.

²² Np. Akademicki Kodeks Etyczny Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie z 2003 r.; Akademicki Kodeks Etyczny Politechniki Śląskiej (załącznik do Uchwały Senatu nr XVI/104/2003/2004).

²³ Np. Kodeks Dobrych Praktyk Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. z 2004 r.; Kodeks Etyki Zawodowej Banku PEKAO S.A. z 1999 r.; Kodeks Etyczny Firmy Tesco z roku 2003; Kodeks Postępowania i Zasad Etyki Lear Corporation Poland sp. z o.o. z 2004 r.

²⁴ Np. Kanon Dobrych Praktyk Rynku Finansowego, opracowany wspólnie przez kilkadziesiąt podmiotów związanych z rynkiem finansowym, z udziałem ekspertów ze środowiska naukowego, wspierany i petryfikowany (zarekomendowany do stosowania) przez KNF uchwałą nr 99/08 z dnia 18 marca 2008 r. w sprawie rekomendacji stosowania Kanonu Dobrych Praktyk Rynku Finansowego, wydanej na podstawie przepisu art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. Nr 157, poz. 1119).

Powyższa propozycja ma oczywiście charakter konwencjonalny. Wspólną cechą kodeksów deontologicznych jest tetyczne uzasadnienie ich mocy wiążącej. Opracowanie, uchwalenie i promulgacja zestawienia etyki zawodowej, jako wykonanie kompetencji, *imperium* albo skorzystanie z autonomii, nie przesądza jednak charakteru prawnego takiego zestawienia, charakteru wypowiedzi w nim zawartych oraz zakresu jego mocy wiążącej. Także źródło legitymacji do wykreowania kodeksu deontologicznego nie ma wpływu na określenie skutków jego funkcjonowania w obrocie prawnym, a w szczególności – nie różnicuje skutków posługiwania się nim oraz nie różnicuje jego charakteru prawnego. Kodeksy deontologiczne wiążą, ponieważ do ich uchwalenia i wydania nie jest potrzebna szczególna podstawa wymagana w procesie prawotwórczym do osiągnięcia skutku w postaci ustanowienia normy prawnej. Z pewnością nie mamy więc tutaj do czynienia ze źródłem powszechnie obowiązującego prawa w rozumieniu przepisu art. 87 Konstytucji. Oznacza to, że kodeksom deontologicznym nie przysługuje atrybut państwowego aktu prawnego, a wypowiedzi zawarte w takich zestawieniach nie są normami prawnymi (normami zawartymi w źródłach prawa w rozumieniu ustawy zasadniczej). Środowiska zawodowe narzucają same sobie pewien porządek moralny oraz zawodowy, czego nie można oczywiście oceniać w negatywnym świetle. Równolegle rodzą się jednak liczne pytania o zakres zastosowania takich zestawień, ich charakter oraz o skutki posługiwania się nimi na płaszczyźnie wewnętrznej i *pro foro externo*.

Zakres zastosowania kodeksów deontologicznych

Jak się wydaje można wysunąć tezę, że wszystkie kodeksy deontologiczne wiążą, ponieważ do ich uchwalenia nie jest potrzebna szczególna podstawa normatywna wymagana w procesie prawotwórczym do osiągnięcia skutku w postaci ustanowienia normy prawnej. Podmiotowy zakres zastosowania kodeksów deontologicznych jest łatwo uchwytny. Kodeksy deontologiczne wiążą wszelako – w zasadzie bez zastrzeżeń – ich twórców. Kodeksy deontologiczne są zaadresowane do ich twórców bądź do osób twórcom podporządkowanych na podstawie różnych tytułów, innych niż uzasadnienie tetyczne związane z uchwaleniem takiego kodeksu i wdrożeniem do stosowania (np. na podstawie stosunku pracy, ze względu na przynależność do samorządu przymusową albo dobrowolną). Kodeksy deontologiczne wiążą głównie w zakresie spraw wewnętrznych leżących w sferze

autonomii bądź kompetencji przysługującej ich twórcom (autorom). Nie ma powodów by kwestionować moc wiążącą kodeksów deontologicznych w stosunkach wewnętrznych w zakresie niesprzecznym z prawem pozytywnym, a w stosunkach zewnętrznych – na korzyść osób trzecich (petentów, kontrahentów). Nie wchodzi więc w rachubę dopuszczalność stosowania kodeksów deontologicznych w sferze uregulowanej pozytywnie przez *ius cogens* oraz *pro foro externo* na niekorzyść osób trzecich. Kodeksy deontologiczne decydują więc w zasadzie jedynie o relacjach wewnętrznych pomiędzy przedstawicielami danego środowiska (np. stosunek lekarza do innego lekarza, stosunek pracodawcy do pracownika) oraz o relacjach zewnętrznych – pomiędzy przedstawicielami danego środowiska a osobami, które korzystają z ich usług (np. stosunek pośrednika giełdowego do klienta), pomiędzy samorządem a osobami, które aspirują do zawodu, pomiędzy przedstawicielami danego środowiska a organami państwa bądź samorządu terytorialnego, a także – coraz częściej – pomiędzy przedstawicielami danego środowiska zawodowego a środkami społecznego przekazu (tzw. mediami).

Pod względem przedmiotu regulacji kodeksy deontologiczne charakteryzują się tym, że przewidują głównie obowiązki adresatów, zarówno na płaszczyźnie wewnętrznej (np. obowiązki studenta względem studenta), jak i w relacji zewnętrznej (np. obowiązki biegłego rewidenta względem klienta)²⁵. Kodeksy deontologiczne nie mogą wpływać ujemnie na sytuację osób innych, niż adresaci. Kodeksy deontologiczne nie mogą kształtować powinności osób trzecich, lecz mogą przyznawać im pewne uprawnienia względem adresatów. Można powiedzieć, że kodeksy deontologiczne w relacjach *pro foro externo* zobowiązują tylko jedną stronę i mają charakter jednostronnie zobowiązujący (semiimperatywny). Skądinąd taka praktyka zasługuje na pozytywną ocenę moralną. Jak się wydaje, przeciwnie rozwiązanie jest niedopuszczalne. Kodeksy deontologiczne zobowiązują więc ich twórców do respektowania norm moralnych wobec innych przedstawicieli środowiska zawodowego, a także do respektowania norm moralnych *pro foro externo* oraz reguł wykonywania czynności zawodowych *pro foro externo*.

Pewne kontrowersje budzi problem rozciągnięcia mocy wiążącej kodeksów deontologicznych poza sferę zawodową, na sferę życia prywatnego. Jak się wydaje, ewentualna dyskusja w tym zakresie powinna uwzględniać źródło legitymacji do wiążącego uchwała-

²⁵ Zob. np. wyrok SN z dnia 1 grudnia 2006 r., I CSK 315/06 z glosą K. Zacharzewskiego, Glosa 2008, z. 4, s. 105 i n.

nia kodeksów deontologicznych. W przypadku samorządów konstytucyjnych zasługujących na miano zawodów zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP) rozciągnięcie zastosowania kodeksu deontologicznego na sferę życia prywatnego mogłoby znaleźć przychylnie argumenty. Przedstawiciele tych zawodów winni cieszyć się przeciwieństwem nieposzlakowanej opinii czy nieskazitelnym charakterem, a jest to nawet ustawowe kryterium selekcji kandydatów do zawodu. Rzecz jasna, trudno te właściwości osobiste traktować relatywnie i oczekiwać nieskazitelnego charakteru tylko przy wykonywaniu zawodu. Właśnie dlatego przedstawiciele tej grupy powinni cieszyć się atrybutem nieposzlakowania i nieskazitelności także w otoczeniu prywatnym, z tym skutkiem, że kodeks deontologiczny może być dodatkową wskazówką oceny zachowań w tym zakresie (prawo pozytywne przewiduje z reguły ostrzejsze sankcje, np. wydalenie z zawodu ze względu na popełnienie przestępstwa umyślnego). Natomiast w przypadku samorządów konstytucyjnych nie zasługujących na miano zawodów zaufania publicznego (art. 17 ust. 2) oraz innych gremiów kształtujących swoje relacje z otoczeniem za pomocą kodeksów deontologicznych rozciągnięcie ich mocy wiążącej na sferę życia prywatnego z pewnością nie zasługuje na aprobatę, jako próba wkroczenia w sferę normalnie niedostępną nawet dla ustawodawcy.

Status normatywny zbiorów etyki zawodowej

Trybunał Konstytucyjny w swoim dotychczasowym orzecznictwie konsekwentnie odmawia kodeksom deontologicznym atrybutu źródła prawa w rozumieniu konstytucyjnym, a wypowiedziom w nich zawartym atrybutu normy prawnej. Petryfikacja hierarchicznego układu źródeł prawa powstrzymuje presję tendencji prawnonaturalnych. W jednym z wyroków TK sformułował myśl, że normy deontologiczne same przez się charakteru prawnego nie posiadają. Należą bowiem do niezależnego od prawa zbioru norm etycznych. Etyka nie wymaga legitymacji legislacyjnej²⁶. Trudno odmówić trafności tym zapatrywaniom. Kodeksy deontologiczne nie mieszczą się, oczywiście, w hierarchicznie uporządkowanym katalogu źródeł prawa przewidzianym w Konstytucji RP, a wypowiedzi w nich zawarte nie są normami prawnymi. Brak też podstaw, by traktować wypowiedź deontologiczną jako nową i samodzielną ewentualnie kategorię jurydyczną (normę deontologiczną). Wypowiedzi deontologiczne nie są komponentem systemu prawa pozytywnego (państwowego).

²⁶ Postanowienie TK z dnia 7 października 1992 r., U 1/92, OTK 1992, nr 2, poz. 38.

W konsekwencji postawienia takiej tezy należałoby podjąć rozważania na temat istoty kodeksów deontologicznych oraz zawartych w nich wypowiedzi. Uzasadnienie mocy wiążącej kodeksów deontologicznych oraz określenie ich statusu normatywnego wymaga szerszych nawiązań do dorobku teorii prawa. Właśnie w tym momencie znajduje swoje uzasadnienie sięgnięcie do zarysów dwóch koncepcji teoretycznych, które, jak się wydaje, pozwalają spojrzeć na kodeksy deontologiczne jak na źródła faktów prawotwórczych i tym samym dostarczyć argumentów przełamujących paradygmat pozytywizmu prawniczego.

Pierwsza koncepcja teoretyczna²⁷ opiera się na założeniu, że we współczesnych systemach prawnych pojęcie prawa nie wyczerpuje się w pojęciu tekstów prawnych i musimy poddać rewizji pozytywistyczną doktrynę formalnych źródeł prawa. Stała się ona nazbyt symplicystyczna, by oddać złożoność i bogactwo materiałów, z których korzystają sądy i inne instytucje stosujące prawo przy podejmowaniu decyzji. Aby chociaż w pewnym stopniu zaradzić wadom teorii formalnych źródeł prawa należy odróżniać samoistne oraz niesamoistne źródła prawa. Samoistnym źródłem prawa nazwiemy każdą regułę lub zasadę, która może stanowić samodzielną podstawę decyzji sędziowskiej lub innego aktu stosowania prawa, a tym samym taką regułę lub zasadę, która może być samodzielnym źródłem praw lub obowiązków.

W naszym kręgu kulturowym kategoria samoistnych źródeł prawa obejmuje zasadniczo trzy następujące kategorie reguł: legislację, prawo zwyczajowe i wiążący precedens. Legislacja, jeżeli tą nazwą określić wszelkie formy prawa stanowionego w formie tekstów prawnych (*ius scripta*), to niewątpliwie najważniejszy i dominujący – tak w systemach *civil law*, jak i *common law* – sposób tworzenia prawa. Jeśli pominiemy legislację międzynarodową, to możemy wyróżnić cztery typy i zarazem poziomy legislacji: konstytucję, ustawy, legislację delegowaną oraz legislację autonomiczną. Właśnie ta fraza stanowi punkt zwrotny koncepcji i zbliża do przełamania paradygmatu pozytywistycznego ramieniem kodeksów deontologicznych.

Przyjmuje się, że legislacja autonomiczna to najbardziej zaniedbany w nauce prawa – ale w społeczeństwach postindustrialnych dynamicznie rozwijający się – rodzaj prawotwórstwa. Tą nazwą określa się zwykle wszelkie formy tworzenia prawa lub, jeśli ktoś tak woli, tworzenia ogólnych reguł przez instytucje pozapaństwowe, jak samorządy terytorialne, stowarzyszenia, korporacje zawodowe

²⁷ L. Morawski, *op. cit.*, s. 200 i n.

i gospodarcze, kościoły, wspólnoty religijne czy etniczne. Legislacja autonomiczna przybiera formy różnego rodzaju uchwał, statutów, kodeksów etyki zawodowej i opiera się zwykle na upoważnieniu ustawowym. Jest ona rezultatem procesów funkcjonalnej i społecznej dyferencjacji współczesnych systemów społecznych, wyrazem ich rosnącej autonomii, a zarazem fundamentem procesów decentralizacji i demokratyzacji struktur społecznych, dokonujących się na podstawie idei samorządu i samoorganizacji. Można więc powiedzieć, że legislacja autonomiczna to przejaw dążeń społeczeństwa obywatelskiego do uzyskania jak największej autonomii i niezależności w stosunku do państwa.

Druga koncepcja teoretyczna²⁸ wychodzi z założenia, że kodeksy etyki zawodowej aspirują do pełnienia funkcji, jaką zwykliśmy przypisywać aktom prawnym i to uzasadnia zwrócenie uwagi na ich status normatywny. Prezentowana koncepcja opiera się na odróżnieniu dwóch terminów: „akt prawny” i „akt normatywny”. Z punktu widzenia teorii prawa takie podejście stanowi zawężenie terminu „akt normatywny”. Zakres nazwy „akt prawny” jest węższy w stosunku do zakresu nazwy „akt normatywny”. Znaczy to, że każdy akt prawny jest aktem normatywnym, ale nie odwrotnie.

Aktem normatywnym *sensu largo* jest każdy akt zawierający jakiegokolwiek normy (moralne, obyczajowe, religijne) o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Akty takie mogą wydawać rozmaite organizacje społeczne: stowarzyszenia, związki wyznaniowe, organizacje polityczne, kluby itp. Natomiast akt prawny jest takim aktem normatywnym, z którego można odtworzyć normy prawne. Stąd dla uznania jakiegoś aktu normatywnego za akt prawny istotne jest, iż taki akt musi być wydany przez odpowiedni organ, w toku określonej procedury prawotwórczej.

Wobec powyżej dokonanego rozróżnienia aktów normatywnych *sensu largo* i aktów normatywnych *sensu stricto* nie ma wątpliwości, że akty samorządowych organizacji zawodowych są aktami normatywnymi *sensu largo* (nie zawierają norm prawnych). W każdym bowiem kodeksie etyki zawodowej zawarte są normy postępowania o charakterze generalnym i abstrakcyjnym (ale nie są to normy prawne).

Natomiast dużo trudniej jest odpowiedzieć na pytanie, czy akty korporacji zawodowych są aktami normatywnymi *sensu stricto*, tj. aktami prawnymi. W istocie bowiem, aby odpowiedzieć na to pytanie, należy uprzednio określić, jak szeroko rozumie się system prawny (porządek prawny). W teorii i praktyce ścierają się tutaj dwie

²⁸ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *op. cit.*, s. 209 i n.

orientacje. Wedle pierwszej z nich porządek prawny należy pojmować szeroko, tak aby do systemu prawnego obok norm (abstrakcyjnych i generalnych) wydawanych przez państwo zaliczać także normy rozmaitych organizacji społecznych. Drugi pogląd opowiada się za wąskim rozumieniem porządku prawnego, do którego należeć winny tylko normy prawne wydawane (lub wyraźnie uznane) przez odpowiednie organy państwa. Analiza norm zawartych w aktach normatywnych wydawanych przez korporacje zawodowe zdaje się wskazywać, że oba poglądy tylko częściowo są słuszne. W aktach normatywnych korporacji zawodowych mamy bowiem do czynienia zarówno z normami, które trudno uznać za normy prawne (np. lekarze wini okazywać sobie szacunek) oraz takie, które wyraźnie przypominają normy prawne (advokat nie może ujawniać informacji które powziął w związku z wykonywaniem zawodu, chyba że chce tego ustawa albo sąd, albo klient).

Wyłania się więc zagadnienie, jak odróżnić jedne od drugich. Aby odpowiedzieć na to pytanie zauważono, że istnieją korporacje zawodowe, które prawodawca wyraźnie upoważnia do ustanowienia aktu normatywnego regulującego zasady postępowania członków korporacji. Ponadto niektóre normy korporacyjne dotyczą bezpośrednio praw i obowiązków obywateli i tym samym wpływają na ich sytuację prawną. Wobec powyższego wyrażono przekonanie, że akty normatywne korporacji zawodowych, wydane na podstawie delegacji ustawowej i wpływające na prawa i obowiązki obywateli, winno się uznawać za akty należące do porządku prawnego państwa (w szerokim rozumieniu). Przyjęcie tego przekonania sprawia, że winno się traktować tego rodzaju normy prawne tak jak wszelkie inne przepisy prawne należące do porządku prawnego danego państwa.

Koncepcję pierwszą można uznać za przekonywającą bez zastrzeżeń. Przyjmując zaś trafność koncepcji drugiej można jedynie zgłosić mniemanie, że także na gruncie konkurencyjnej propozycji rozumienia systemu prawa (ujęcie węższe; system nie obejmuje norm autonomicznych) można uzasadnić normatywny charakter wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych. Jednocześnie można zaproponować podstawowe cechy takiego źródła prawa. Mianowicie, kodeksy deontologiczne – po pierwsze – nie nakładają żadnych obowiązków na podmioty zewnętrzne (np. na kontrahentów podmiotu posługującego się kodeksem), są – po drugie – źródłem uprawnień członków korporacji (w stosunku wewnętrznym), są też – po trzecie – źródłem powinności (wewnętrznych oraz *pro foro externo*) członków korporacji, na ogół sankcjonowanych w trybie dyscyplinarnym.

Charakter prawny wypowiedzi zawartych w zbiorach etyki zawodowej

Pod względem kompozycji treściowej kodeksy deontologiczne uległy w praktyce wyraźnej polaryzacji. Układ treściowy kodeksów deontologicznych jest powtarzalny i stypizowany²⁹. Jednolita ocena kodeksów deontologicznych, z uwypukleniem ich cech uniwersalnych, jest jednak utrudniona, gdyż zawierają one wypowiedzi o różnorodnym charakterze. W praktyce charakter wypowiedzi deontologicznych jest zróżnicowany, nawet z punktu widzenia nauki o języku. Niekiedy w kodeksach deontologicznych roi się od wyrażen o niejasnej funkcji pragmatycznej, kiedy to nie wiadomo, czy mamy do czynienia z normą, zaleceniem, postulatem, czy radą³⁰, przy czym doktryna podkreśla, że kodeks winien przede wszystkim normować, nie powinien zaś zawierać opisu wartości i ideałów, którym korporacja służy³¹. Umiejętność rozróżnienia (i zakwalifikowania) tych kategorii wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych ma podstawowe znaczenie w praktyce stosowania prawa i interpretacji stosunków prawnych z udziałem podmiotu, który posługuje się zestawieniem deontologicznym. Można konwencjonalnie przyjąć, że kodeksy deontologiczne zawierają wypowiedzi przynajmniej dwojakiemu rodzajowi.

Po pierwsze, trzonem treściowym kodeksów deontologicznych są normy moralne ogólne (powtórzone) oraz normy moralne doprecyzowane pod kątem szczególnych właściwości danej profesji (normy moralności zawodowej). Doktryna krytycznie ocenia praktykę polegającą na dublowaniu w kodeksach deontologicznych norm, które i tak tkwią w powszechnej moralności³². Na kodeksowe normy deontologiczne najczęściej składają się skonkretyzowane normy etyki ogólnej, dostosowane do specyfiki danego zawodu³³. Podstawowym składnikiem treściowym kodeksów deontologicznych są więc normy moralności zawodowej (środowiskowej), osadzone w moralności ogólnej, lecz doprecyzowane podmiotowo. W świetle poglądów dość radykalnych wszystkie zasady deontologii i kodeksy

²⁹ Szerzej K. Zacharzewski, *Wpływ kodeksów deontologicznych na powstawanie, treść i wykonywanie zobowiązań umownych*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań – współczesne dylematy prawne*, Warszawa 2010 (w druku).

³⁰ Zdaniem R. T. De George'a (cyt. za R. Sarkowicz, J. Stelmach, *op. cit.*, s. 206).

³¹ Zdaniem R. T. De George'a, *ibidem*.

³² Zdaniem R. T. De George'a, *ibidem*.

³³ A. Kojder, *op. cit.*, s. 24.

honorowe obowiązują jedynie w sumieniu i mają charakter moralny³⁴. Prezentowany pogląd jest jednak tylko częściowo słuszny.

Po drugie, kodeksy deontologiczne zawierają wypowiedzi, które kształtują pragmatykę zawodową i zasługują na miano reguł postępowania zawodowego (reguł wykonywania zawodu). Charakter tych wypowiedzi także nie jest jednolity i w pewnej mierze określenie ich statusu prawnego jest uzależnione od podmiotowego zakresu zastosowania kodeksu deontologicznego.

W zakresie wiążącym wewnątrznie kodeksy deontologiczne określają reguły postępowania przedstawicieli zawodu względem innych przedstawicieli tego środowiska zawodowego. W tej części kodeksy deontologiczne odnoszą się do wewnętrznej pragmatyki zawodowej i kształtują obowiązki przedstawicieli środowiska profesjonalnego w stosunku do innych członków społeczności zawodowej, a także uprawnienia względem innych członków społeczności zawodowej i środowiska traktowanego monolitycznie (solidarność zawodowa). Są więc kodeksy deontologiczne – w pewnym zakresie – obojętne *pro foro externo*, nie stanowią norm moralnych ogólnych, lecz są wyznacznikiem sposobu wykonywania czynności zawodowych (np. uczciwe zabieganie o klienta). Natomiast w zakresie relacji autora kodeksu deontologicznego oraz innych podmiotów *pro foro externo* nie można nawet wykluczyć tego, że kodeksy deontologiczne kształtują treść praw podmiotowych. Mogą być bowiem źródłem praw podmiotowych, przysługujących różnym osobom (m.in. samorządowi, członkom samorządu oraz klientom członków samorządu) o zróżnicowanej treści (m.in. jako źródło stosunku obligacyjnego)³⁵.

Okazuje się więc, że z punktu widzenia charakteru wypowiedzi deontologicznych kodeksy deontologiczne są zbudowane (przynajmniej) dwuwarstwowo, a wypowiedzi zawarte w kodeksie deontologicznym mają (przynajmniej) dwojaki charakter. Nazywanie zbiorów norm etyki zawodowej kodeksami etycznymi bywa mylące wtedy, kiedy nie są one *par excellence* zestawieniami norm moralnych, lecz głównie zestawieniami reguł postępowania zawodowego. Wówczas należałoby raczej nazywać je kodeksami postępowania (*code of conduct*) albo kodeksami praktyki (*code of practice*)³⁶. Skądinąd ma to odzwierciedlenie w praktyce³⁷. Wraz ze zmianą tytułatury np. na

³⁴ Por. A. Oksiuta, *op. cit.*, s. 203.

³⁵ K. Zacharzewski, *Wpływ kodeksów deontologicznych...*

³⁶ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 60.

³⁷ Np. Zasady Dobrej Praktyki Bankowej z 2001 r.; Zbiór Zasad Postępowania i Norm Etycznych Środowiska Archeologów w Polsce z 2004 r.; Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich z 2005 r.

zasady postępowania zawodowego, preferowane są reguły spełniające w możliwie najwyższym stopniu warunek komunikatywności, precyzyjności i zewnętrznej weryfikacji³⁸. W praktyce można więc wyróżnić kodeksy deontologiczne stosunkowo lakoniczne i bardziej komunikatywne, niosące ze sobą więcej precyzyjnej treści jurystycznej, którą można zweryfikować metodami normatywnymi. Pojawia się więc w związku z tym problem wykładni wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych.

Problem wykładni wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych

Funkcjonowanie w praktyce kodeksów deontologicznych zasługuje na analizę z punktu widzenia fazy stosowania prawa. W szczególności wylania się problem wykładni wypowiedzi zawartych w takich zestawieniach. Nie mamy tutaj wprawdzie do czynienia z normą prawną³⁹, ale wydaje się, że reguły wykładni norm prawnych mogą być, z formalnego punktu widzenia, pożyteczne także na etapie stosowania kodeksów deontologicznych – z kilkoma wszakże zastrzeżeniami natury fundamentalnej. Sędzia nie poszukuje tego, co słuszne, tego, co sprawiedliwe, ale normy, które wedle przyjętych definicji może wynikać z jej wydania lub usankcjonowania przez kompetentne organy. Przedmiotem wykładni jest zasadniczo norma. Sąd nie jest więc związany kodeksem deontologicznym i może go w ogóle zignorować, chyba że chodzi o spory, których *meriti* opiera się na rozpoznaniu normatywnej treści wypowiedzi zawartych w kodeksie deontologicznym, np. w związku z sądową kontrolą postępowania dyscyplinarnego. Nawet jeżeli zaś sąd zechce uwzględnić wypowiedzi zawarte w kodeksie deontologicznym (np. w ramach dokonywanej wykładni dynamicznej normy prawnej), to i tak nie jest związany ich brzmieniem. Nie można wykluczyć przy tej okazji błędnego zastosowania bądź błędnej wykładni wypowiedzi deontologicznej. Należałoby też mieć na względzie priorytet takiej wykładni wypowiedzi deontologicznych, która zapewni rezultat zgodny z Konstytucją, a ściślej – z pierwiastkiem moralnym zawartym w Konstytucji oraz nie wykroczy poza powszechnie uznawane reguły wykładni prawa. Taka oczywista wskazówka prowadzi zaś do wniosku, że rezultatem wykładni wypowiedzi deontologicznych po-

³⁸ A. Machnikowska, *op. cit.*, s. 77.

³⁹ Por. argumentacja TK w wyroku z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, z. 3, poz. 45.

winno być m.in. poszanowanie wolności i praw innych osób (zgodnie z art. 31 Konstytucji). Zawarte w kodeksach deontologicznych normy moralne raczej nie będą przedmiotem wykładni (nie leży to w kompetencji sądu), w przeciwieństwie do reguł wykonywania zawodu. Wykładnia może wszelako doprowadzić do wydobycia tylko takich norm, które w wypowiedzi deontologicznej są zawarte, co oznacza, że praktyczny wymiar problematyki wykładni wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych jest wydatnie zredukowany.

Jak się wydaje, problem wykładni wypowiedzi deontologicznych nie wystąpi w sferze prawa karnego i prawa administracyjnego, ponieważ deontologia ma w tych sektorach dość ograniczone znaczenie jako źródło praw podmiotowych bądź wyznacznik ich treści. Organy administracyjne działają w myśl zasady legalizmu, natomiast na obszarze prawnokarnym panują zasady *nullum crimen* oraz *nullo poena sine lege*. Oznacza to, że problem wykładni wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych może wyłonić się z zauważalnym nasileniem zasadniczo na gruncie prywatnoprawnym, głównie w pragmatyce pracowniczej, korporacyjnej, w sprawach związanych z określeniem treści stosunku prawnego, w sporach odszkodowawczych (*ex delicto* bądź *ex contractu*) oraz na płaszczyźnie ochrony dóbr osobistych.

Z zagadnieniem wykładni wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych wiąże się też kwestia kolizji różnych kodeksów deontologicznych stosowanych przez ten sam krąg podmiotów. Liczne są przykłady profesji, które opierają się w swojej działalności na kilku kodeksach deontologicznych (w Polsce np. banki, pośrednicy giełdowi, dziennikarze). W sytuacjach tego rodzaju ewentualnych rozbieżności wybór najbardziej odpowiednich norm dla określonej sprawy moralnej może powodować trudności, na przykład w wymiarze międzynarodowym⁴⁰. Wiąże się to z dodatkowymi komplikacjami w fazie egzekucji odpowiedzialności za naruszenie norm moralnych w innym kraju albo przez osobę zagraniczną⁴¹.

Skutki naruszenia postanowień kodeksu deontologicznego

Kodeksy deontologiczne zawierają wypowiedzi zasadniczo obojętne dla sfery praw podmiotowych (normy moralne) oraz wypowiedzi, które mogą kształtować prawa podmiotowe (reguły wykonywania zawodu). Zakres praktycznego zastosowania kodeksów deontologicz-

⁴⁰ Por. R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 61.

⁴¹ Por. *ibidem*, s. 61.

nych jest więc rozległy ze względu na potencjalne skutki naruszenia postanowień kodeksowych. Oddziaływanie kodeksów deontologicznych wzmacnia przysięga składana w związku z rozpoczęciem działalności zawodowej⁴². Prawo nie może jednak egzekwować spełnienia obowiązków moralnych⁴³. Kodeksy deontologiczne, za którymi nie idą określone sankcje, są nic nie znaczącym społecznie zbiorem pięknych ideałów, które mają niewielkie szanse być realizowane i realizacja których nie może być w żaden sposób kontrolowana przez społeczeństwo⁴⁴. Dlatego z naruszeniem wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych wiążą się sankcje. Prawne znaczenie idei kodeksów deontologicznych polega właśnie na tym, że naruszenie norm moralnych jest sankcjonowane na płaszczyźnie pozamoralnej (zewnętrznej). Kodeksy deontologiczne wiążą ze sobą te dwa parametry, a mianowicie niemożność egzekwowania spełnienia obowiązków moralnych oraz sankcję – także sformalizowaną – za ich naruszenie.

Sankcje związane z naruszeniem postanowień kodeksów deontologicznych mają niejednorodny charakter ze względu na zróżnicowany charakter wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych. W pierwszej kolejności należy odnieść się do skutków naruszenia włączonych do kodeksu deontologicznego norm moralnych, a następnie określić wybrane konsekwencje uchybienia regułom wykonywania zawodu.

Naruszenie norm moralności zawodowej może wiązać się z sankcją o zróżnicowanym charakterze. Podstawowe znaczenie mają sankcje swoiste dla norm moralnych (wewnętrzne). Karą za naruszenie norm moralnych jest niezadowolenie z siebie, wewnętrzna dysharmonia, wyrzuty sumienia, wstyd, jak również potępienie przez środowisko⁴⁵. Skutkiem naruszenia norm moralnych może być zaskarżenie negatywnej opinii i inne przejawy zawodowej bądź nawet społecznej dezaprobaty, odwrócenie środowiska, izolacja (ostracyzm), ograniczenie albo zupełna utrata możliwości uprawiania intratnej praktyki, uniemożliwienie członkostwa w korporacji zawodowej, odmowa dostępu do władzy, dochodów i prestiżu, przedłużenie ścieżki awansu zawodowego, usunięcie z zajmowanych stanowisk⁴⁶. W płaszczyźnie zewnętrznej naruszenie norm moralnych wiąże się więc z zastosowaniem sankcji środowiskowej w postaci rozsianej

⁴² Por. *ibidem*, s. 69.

⁴³ M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1995, s. 117.

⁴⁴ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *op. cit.*, s. 208.

⁴⁵ Por. M. Szyszkowska, *op. cit.*, s. 117.

⁴⁶ Por. R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 58.

oraz w postaci sformalizowanej (sankcje dyscyplinarne)⁴⁷. Dodatkowo naruszenie norm moralnych włączonych do osnowy kodeksu deontologicznego może wiązać się z sankcją normatywną, jeżeli doszło do bezprawności obiektywnej, głównie na gruncie kontraktowym albo deliktowym, bądź w sferze prawa karnego czy administracyjnego. Na gruncie kodeksów deontologicznych występuje zjawisko multisankcji, a różne typy sankcji związanych z naruszeniem tej samej normy moralnej mogą występować równolegle.

Natomiast typ sankcji związanej z naruszeniem reguł postępowania zawodowego w pewnej mierze zależy od typu stosunku prawnego, który został naruszony działaniem kwalifikowanym jednocześnie jako naruszenie reguł postępowania zawodowego. Jeżeli doszło do naruszenia reguły postępowania zawodowego, której wyrazem jest norma kształtująca cywilne prawo podmiotowe (np. przedmiot lub treść zobowiązania), to wraz z jej naruszeniem może pojawić się odpowiedzialność cywilnoprawna. W przypadku naruszenia reguły postępowania zawodowego, której wyrazem jest norma kształtująca prawo podmiotowe pracodawcy albo pracownika wraz z jej naruszeniem może pojawić się sankcja przewidziana w kodeksie pracy (np. podstawa obniżenia wynagrodzenia, ważna przyczyna wypowiedzenia). Jeżeli natomiast doszło do naruszenia reguły postępowania zawodowego, której wyrazem jest norma kształtująca prawo podmiotowe korporacyjne, to wraz z jej naruszeniem może pojawić się sankcja korporacyjna (np. dopuszczalność zaskarżenia uchwały spółki). Uchybienie regule postępowania zawodowego, której wyrazem jest naruszenie normy sankcjonowanej w przepisach prawa karnego, może przynieść ze sobą sankcję prawnokarną. Różne sankcje związane z naruszeniem tej samej reguły postępowania zawodowego mogą występować równolegle.

Wybrane skutki uchybień kanonom wykonywania zawodu można prześledzić też na gruncie cywilnoprawnym. Zakres potencjalnego wykorzystania kodeksów deontologicznych w praktyce kontraktowej oraz deliktowej jest nawet stosunkowo szeroki. W niektórych okolicznościach kodeks deontologiczny może kształtować przedmiot bądź treść prawa podmiotowego wynikającego z umownego stosunku obligacyjnego, sądowi zaś służy kompetencja do nadania treści klauzuli generalnej w oparciu o wypowiedzi zawarte w kodeksie deontologicznym oraz oceny uchybienia etycznego jako czynu niedo-

⁴⁷ Takie rodzaje sankcji wyróżnia m.in. Z. Ziemiński, *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa*, Warszawa 1995, s. 100. Por. także A. Kojder, *op. cit.*, s. 23.

zwolonego. Tak przedstawiają się założenia ogólne⁴⁸. Szczegółowe uwarunkowania wykorzystania kodeksów deontologicznych w praktyce prawa cywilnego zależą – między innymi – od typu stosunku obligacyjnego. Na przykład sfera praktycznego wykorzystania kodeksów deontologicznych w związku z działalnością usługodawców dokonujących czynności dla drugiego często wiąże się z negatywną oceną moralną zachowań nielojalnych. Autorzy kodeksów deontologicznych kładą duży nacisk na lojalność kontraktową przedstawicieli środowiska zawodowego w stosunkach z osobami trzecimi. Niezależnie od tego lojalność jest obowiązkiem kontraktowym np. agenta (i tutaj jest wyeksplikowana wprost; zob. art. 760 k.c.), ale również zleceniobiorcy, komisanta, czy wykonawcy dzieła (w świetle zgodnych zapatrywań doktrynalnych). Uchybienie obowiązkowi lojalności przybiera różną postać, jednakowoż najbardziej jaskrawym przejawem nielojalności jest chyba dopuszczenie się działań konkurencyjnych względem wierzyciela (usługobiorcy). Dłużnik (usługodawca) działa tutaj z widokiem korzyści własnej bądź korzyści osoby trzeciej, czym uchybia interesom wierzyciela. Taki przejaw zachowania nielojalnego jest kwalifikowany jednoznacznie negatywnie w świetle ocen moralnych, gdyż usługodawca nadużywa zaufania swojego kontrahenta. Podobne praktyki są na ogół ważnym komponentem treściowym kodeksów deontologicznych, są też źle widziane w środowiskach zawodowych (choć można wskazać wyjątki).

Sankcja dyscyplinarna jako sankcja szczególna (dyscyplinująca)

Ogólnie rzecz biorąc jeżeli doszło do naruszenia normy moralnej bądź reguły postępowania zawodowego zwerbalizowanej w kodeksie deontologicznym, to wraz z jej naruszeniem pojawia się przesłanka zastosowania sankcji dyscyplinarnej. W doktrynie trafnie rozróżnia się standard minimalnych zawodowych obowiązków moralnych, z drugiej zaś strony standard zawodowej doskonałości moralnej. Lżejsze uchybienia moralne pociągają za sobą łagodniejsze sankcje. Dopiero zejście poniżej owego standardu minimalnego powoduje wszczęcie postępowania dyscyplinarnego⁴⁹. Wyrażona myśl doktrynalna jest adekwatna także na gruncie naruszeń reguł wykonywania zawodu. Reakcję dyscyplinarną może wywołać naruszenie norm moralnych zawartych w kodeksach deontologicznych oraz na-

⁴⁸ Szerzej K. Zacharzewski, *Wpływ kodeksów deontologicznych...*

⁴⁹ Zdaniem L. L. Fullera (cyt. za R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 59).

ruszenie norm wykonywania zawodu, a w ramach tej drugiej kategorii – także naruszenie przepisów prawa pozytywnego (ze względu na ogólny wymóg prowadzenia działalności zgodnie z prawem). Nie każde naruszenie norm moralnych oraz reguł wykonywania zawodu wywoła sankcję sformalizowaną (dyscyplinarną). Kodeksy deontologiczne zawierają zresztą także takie wypowiedzi, których naruszenie wywoła jedynie sankcję wewnętrzną bądź rozsianą, bądź też jedynie sankcję normatywną – z pominięciem sankcji dyscyplinarnej. Sankcja wewnętrzna oraz rozsiana na ogół poprzedza zastosowanie sankcji sformalizowanej w trybie dyscyplinarnym. Z drugiej zaś strony sankcja dyscyplinarna bywa niekiedy ogłaszana na szerszym forum (zawodowym, lokalnym). Taka formuła praktyczna pociąga za sobą efekt wzmocnienia dokuczliwości związanych z oddziaływaniem sankcji wewnętrznej i rozsianej albo dopiero taką sankcję wywołuje, co zależy od predyspozycji osobistych osoby dotkniętej sankcją dyscyplinarną (osoba „niemoralna”) oraz od *morale* środowiska zawodowego (środowiskowa akceptacja zachowań niemoralnych).

Przewinienia opatrzone sankcją dyscyplinarną mogą godzić w osoby rekrutujące się z grona środowiska zawodowego (np. denuncjacja kolegi), mogą być źródłem uszczerbku środowiska zawodowego jako takiego (np. w związku z praktyką nieudolnego lekarza) bądź stanowić źródło uszczerbku osób trzecich (np. klienta banku). Katalog typowych przewinień sankcjonowanych na płaszczyźnie dyscyplinarnej można uporządkować według tego schematu i wypełnić go przykładami z praktyki, takimi jak niepłacenie składek członkowskich, nieprofesjonalne wykonywanie czynności zawodowych, niewykonanie zobowiązania przez profesjonalistę, popełnienie przestępstwa umyślnego itd. Każde przewinienie podważa wiarygodność zawodu (w różnym stopniu).

Kodeksy deontologiczne delegują uprawnienie do stosowania sankcji na reprezentację (np. uchwała samorządu) albo organ (np. werdykt sądu dyscyplinarnego). Samorząd może samodzielnie kształtować katalog sankcji (kar) dyscyplinarnych, może więc nawet – w pewnym zakresie – wchodzić w kompetencję ustawodawcy (ale tylko co do niektórych sankcji, z poszanowaniem reguły *nulla poena sine lege*). Niekiedy akty prawne upoważniają samorząd zawodowy do opracowania kodyfikacji deontologicznych i tym samym nadają kodeksom deontologicznym swego rodzaju umocowanie ustawowe, co wzmacnia prewencyjne oddziaływanie sankcji przewidzianych w takich zestawieniach⁵⁰. Swoją drogą, mamy tutaj ciekawy przy-

⁵⁰ Zob. np. przepis art. 70 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwesty-

kład delegacji ustawowej do uznawania w dziedzinie stosowania prawa mocy wiążącej norm innego systemu⁵¹.

Typowy katalog sankcji dyscyplinarnych obejmuje pouczenie (rozmowę wychowawczą), nagane, dolegliwość pieniężną, zakaz piastowania funkcji w organach samorządu (ograniczony temporalnie albo nie), ograniczenie albo zakaz wykonywania zawodu (ograniczony temporalnie albo nie), a nawet wykluczenie z samorządu zawodowego. Kodeksy deontologiczne upoważniają samorząd do stosowania sankcji dyscyplinarnej (włącznie z pozbawieniem prawa wykonywania zawodu) i samorządy zawodowe mogą z tej kompetencji legalnie korzystać. Naruszenie niektórych norm moralnych bądź reguł wykonywania zawodu nie wywoła jednak sankcji dyscyplinarnej, jeżeli nie jest ona adekwatna do rangi naruszenia. Sankcja jest stopniowana (według uznania), a zarzut naruszenia norm moralnych bądź reguł wykonywania działalności może być odpieryany, ponieważ w postępowaniu dyscyplinarnym przysługuje prawo do obrony. Kompetencja do zastosowania sankcji nie musi być zresztą wykonywana przez autora kodeksu deontologicznego. W praktyce kodeksy deontologiczne nie przewidują obowiązku wszczęcia postępowania dyscyplinarnego z urzędu, z reguły potrzebny jest wniosek, adresowany na ogół przez osobę dotkniętą do organu samorządu, który zajmuje się sprawą, o ile w strukturze samorządu brak miejsca dla sądu koleżeńkiego (dyscyplinarnego). Częstokroć samorządy odstepują od nałożenia sankcji, z różnych względów (np. bagatelizują znaczenie jednostkowego naruszenia wychodząc z trafnego założenia, że każdy może popełnić błąd). Taka praktyka wzbudza niepokój społeczny uzasadniony negatywnie zabarwionym hasłem solidarności zawodowej. Swoją drogą, sfera proceduralna jest w kodeksach deontologicznych ukształtowana na ogół w stopniu dalece niezadowolającym (włącznie z zupełnym brakiem jakichkolwiek reguł postępowania) i często występują praktyczne kontrowersje na tym tle (bezsilność proceduralna, negatywny zbieg kompetencji, inkwizycyjny charakter postępowania). Werdykt kończący postępowanie dyscyplinarne podlega wszelako kontroli sądów powszechnych.

Problematyka sankcji dyscyplinarnych przewidzianych w kodeksie deontologicznym nie jest wolna od poważnych kontrowersji. Dotyczą one głównie dopuszczalności stosowania sankcji dyscyplinarnej w postaci ograniczenia albo pozbawienia prawa wykonywania

cyjnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 146, poz. 1546); przepis art. 157 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655).

⁵¹ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 97.

zawodu ze względu na uchybienia niepenalizowane w prawie karnym, a mianowicie uchybienia moralne, które przestępstwem nie są. Kodeksy deontologiczne rozpościerają się na grunt opanowany przez zasadę *nullum crimen sine lege* (uchybienie moralne jako czyn zagrożony sankcją dyscyplinarną) oraz *nulla poena sine lege* (kara pieniężna; kara dodatkowa pozbawienia prawa wykonywania zawodu), co spotyka się z mniej lub – ostatnio – bardziej zdecydowanym oporem najwyższych instancji wymiaru sprawiedliwości (choć autorom kodeksów deontologicznych służy autonomia). Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie kwestionuje wkraczanie samorządów w sferę zarezerwowaną dla imperium⁵². Kontrowersyjny charakter sankcji dyscyplinarnej w postaci ograniczenia (pozbawienia) prawa wykonywania zawodu, zastrzeżonej w kodeksach deontologicznych wiąże się głównie z tym, że sankcję przewidzianą w prawie karnym może wprowadzić i zaordynować organ, który nie jest wyposażony w kompetencję do stosowania przymusu (aparatus państwa). Swoją drogą właśnie ten aspekt uzasadnia traktowanie kodeksów deontologicznych jako swoistej egzemplifikacji fenomenu pluralizmu prawnego.

Wpływ kodeksów deontologicznych ma przełamanie paradygmatu pozytywizmu prawniczego

Deontologia jest wkomponowana w katalog źródeł prawa w szerszym rozumieniu, jako jedna z postaci sformalizowanego przekazu reguł postępowania. Powołanie się na kodeks deontologiczny przynosi na ogół korzyści jako dodatkowe i trudne do odparcia uzasadnienie i wzmocnienie argumentacji. Kodeksy deontologiczne przedostały się do obiegu i funkcjonują w świadomości autorów, adresatów oraz osób trzecich jako źródło materiału normatywnego. Powinny być więc przedmiotem dociekań w fazie stosowania prawa przynajmniej ze względów pragmatycznych, jako środek lepszego uzasadnienia aktu konwencjonalnego (orzeczenia, decyzji). Niekwestionowany brak statusu oficjalnego źródła prawa nie ma dla tej kwestii kluczowego znaczenia. Jak się wydaje, nadanie kodeksom deontologicznym rangi źródła prawa oficjalnego nie przyniosłoby ze sobą istotnych konsekwencji dodatnich. Poszerzenie katalogu źródeł prawa nie byłoby raczej pożądane w dzisiejszych realiach, a nawet niesłoby ze sobą pewne praktyczne niebezpieczeństwa. Pojawienie się nowego źródła prawa w strukturze hierarchicznie upo-

⁵² Zob. wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, z. 3, poz. 45.

rządowanej przyniosłoby niepotrzebny przełom w naszym kręgu kulturowym, właściwie o znikomym wpływie na zmianę praktyki codziennych stosunków. Należy pogodzić się z usytuowaniem kodeksów deontologicznych poza hierarchicznie uporządkowanym katalogiem źródeł prawa i przyznać im pozycję niepierwszorzędną – w aktualnych stosunkach czasoprzestrzennych. Nie jest jednak przesądzone trwałe usytuowanie kodeksów deontologicznych na tej niewiele – jak na razie – znaczącej pozycji. Przede wszystkim autorzy kodeksów deontologicznych mają szersze aspiracje. Kodeksy deontologiczne zasadniczo nie komplikują bowiem hierarchicznego porządku źródeł prawa przewidzianego w Konstytucji. Znaczenie deontologii regularnie zatem wzrasta. Mnożą się przecież przykłady inicjatywy deontologicznej różnych gremiów, a różne osoby coraz częściej powołują się na kodeksy deontologiczne w poszukiwaniu korzystnych argumentów. Judykatura zauważyła już ten fenomen. Sady przejawiają współcześnie tendencję do orzekania z uwzględnieniem litery prawa natury, a kodeksy deontologiczne są pierwszorzędnym źródłem poznania aktualnych stosunków panujących w łonie środowiska zawodowego. Kodeksy deontologiczne nadają też treść ustawowym klauzulom generalnym, czyli siłą rzeczy są wplecione w główny nurt sporu naukowego pozytywistów z prawnonaturalistami. Prawo pozytywne wypiera znaczenie wypowiedzi zawartych w kodeksach deontologicznych i jest to tendencja ze wszechmiar uzasadniona. Tymczasem granice uznania organu stosującego prawo, kompetencja organu do nadawania treści klauzulom generalnym oraz kardynalny kanon praktyki administracyjnej w postaci działania *pro publico bono* otwierają drzwi dla deontologii we współczesnym porządku prawnym. Można zakonkludować, że w dniu dzisiejszym kodeksy deontologiczne to ciekawe zjawisko prawne, o poszerzającej się sferze zastosowania praktycznego, z obiecującymi perspektywami wpływu na porządek prawny i ocenę stosunków społecznych.

Źródła

Kodeks Etyki Adwokackiej z 1998 r., Kodeks Etyki Lekarskiej z 2004 r.

Zasady Dobrej Praktyki Bankowej z 2001 r.

Branżowy Kodeks Etyczny Przedsiębiorstw Sektora Chłodniczego z 2001 r.

Kodeks Etyki Dekarskiej z 2004 r.
Kodeks Prezydencki Postępowania Etycznego dla Premiera i Rady Ministrów z 2005 r.
Kodeks Etyki Służby Cywilnej ustanowiony dnia 11 października 2002 r. zarządzeniem nr 114 Prezesa Rady Ministrów (M.P. z dnia 14 października 2002 r. Nr 46, poz. 683).
Zasady Etyki Zawodowej Policjanta z 1999 r.
Zasady Etyki Funkcjonariusza Straży Granicznej z 2000 r.
Akademicki Kodeks Etyczny Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie z 2003 r.
Akademicki Kodeks Etyczny Politechniki Śląskiej (załącznik do Uchwały Senatu nr XVI/104/2003/2004).
Kodeks Dobrych Praktyk Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. z 2004 r.
Kodeks Etyki Zawodowej Banku PEKAO S.A. z 1999 r.
Kodeks Etyczny Firmy Tesco z 2003 r.
Kodeks Postępowania i Zasad Etyki *Lear Corporation Poland* sp. z o.o. z 2004 r.
Kanon Dobrych Praktyk Rynku Finansowego, wspierany i petryfikowany (zarekomendowany do stosowania) przez KNF uchwałą nr 99/08 z dnia 18 marca 2008 r. w sprawie rekomendacji stosowania Kanonu Dobrych Praktyk Rynku Finansowego, wydanej na podstawie przepisu art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. Nr 157, poz. 1119).
Zasady Dobrej Praktyki Bankowej z 2001 r.
Zbiór Zasad Postępowania i Norm Etycznych Środowiska Archeologów w Polsce z 2004 r.
Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich z 2005 r.

Orzeczenia

Wyrok SN z dnia 1 grudnia 2006 r., I CSK 315/06.
Postanowienie TK z dnia 7 października 1992 r., U 1/92, OTK 1992, nr 2, poz. 38.
Wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, z. 3, poz. 45.
Wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, z. 3, poz. 45.

Nowa *lex mercatoria* w orzecznictwie międzynarodowego arbitrażu handlowego¹

Wprowadzenie

Nowa *lex mercatoria* (nowe prawo kupieckie) to zespół reguł ponadnarodowych, wciąż budzący dyskusje natury teoretycznej. W sporach na temat jego istoty i znaczenia poddawano w wątpliwość zasadność określania tych norm mianem prawa; piętnowano ich mglisty charakter jako naruszający zasadę pewności prawa; prowadzono polemiki na temat katalogu źródeł (wiedzy o) nowym prawie kupieckim; wreszcie rozważano, czy nowa *lex mercatoria* stanowi zespół norm materialnych, czy też jedynie technikę orzekania, jaka rozwinęła się w międzynarodowym sądownictwie polubownym.

W sporach tych prezentowano rozległą gamę stanowisk – od apologetycznych, przedstawiających *lex mercatoria* jako wzorcowe „globalne prawo bez państwa”² po redukcjonistyczne, minimalizujące znaczenie nowego prawa kupieckiego jako akademickiej fantazji o wątpliwym znaczeniu praktycznym³. Mimo tych kontrowersji, nowe prawo kupieckie okazało się jednak zjawiskiem nieoczekiwanie trwałym. Jego rozwój to w znakomitej mierze zasługa orzecznictwa, przede wszystkim arbitrażowego. Odegrało ono kluczową rolę w ustalaniu korpusu norm nowej *lex mercatoria*, umożliwiając w istotnym zakresie podjęcie prywatnych przedsięwzięć kodyfikacyjnych. Porządkujący, formułujący oraz niekiedy także kreatywny charakter wykładni arbitrażowej w zakresie reguł nowego prawa kupieckiego nie ustał jednak wraz z rozwojem ruchu kodyfikacyjnego.

Niniejszy rozdział stanowi próbę uchwycenia tego zjawiska, ustalenia jego przyczyn oraz wskazania jego aktualnego znaczenia w kontekście rozwoju nowego prawa kupieckiego na drodze arbitrażowego *case law*. Głównym celem jest zatem nie analiza treści

¹ Cytaty z obcojęzycznego orzecznictwa oraz literatury zostały zamieszczone w tłumaczeniu autorki.

² G. Teubner, *Global Bukowina*: *Legal Pluralism in the World Society*, [w:] G. Teubner (red.), *Global law without a state. Studies in modern law and policy*, Aldershot 1997, s. 3.

³ Por. R. Herber, *Lex mercatoria und ‚Principles‘ - Gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht*, „Internationales Handelsrecht” 2003, vol. 3.

transnarodowych zasad handlu światowego, lecz rozważenie metod, jakimi posługiwała się praktyka arbitrażowa stosując i rozwijając nową *lex mercatoria*, a także zbadanie, jakie było znaczenie orzecznictwa arbitrażowego dla konsolidacji tej dyscypliny.

Nowa *lex mercatoria* a samoregulacja prawna handlu światowego

Koncepcja prawa kupieckiego jako zbioru reguł specyficznych dla osób trudniących się handlem, wykraczającym poza granice jednego państwa, sięga czasów średniowiecza; choć niektórzy autorzy są skłonni wywodzić tę tradycję normatywną jeszcze z rzymskiego *ius gentium*⁴, a nawet z egipskich i fenickich zwyczajów handlowych⁵. W średniowiecznej Europie *lex mercatoria* stanowiła zbiór zwyczajów, wypracowany i przestrzegany przez wspólnotę kupiecką (*societas mercatorum*), niezależnie od miejsca zawierania i wykonywania transakcji, co dawało zainteresowanym poczucie uniezależnienia się od lokalnych, feudalnych partykularizmów prawnych. Z założenia konsensualny system *lex mercatoria*, stworzony przez kupców i dla kupców, był też samowystarczalny w sensie proceduralnym i instytucjonalnym – w większych miastach targowych Europy działały bowiem specjalne trybunały, rozstrzygające spory na podstawie tych zwyczajów. Zmierzch historycznej *lex mercatoria*, datowany zwykle na XVII wiek, wiązał się z instytucjonalizacją państw nowożytnych i z dążeniem monarchii absolutnych do nie pozostawiania istotnych sfer regulacji poza kontrolą państwową.

Wizja zbioru ponadnarodowych reguł, stworzonych w wyniku bezpośredniej działalności samych zainteresowanych, czyli podmiotów profesjonalnie uczestniczących w międzynarodowej wymianie ekonomicznej, odżyła w XX wieku. W 1956 roku francuski uczyony Berthold Goldman zauważył, że także w przypadku współczesniejszych przedsięwzięć zdarzają się takie, które nie dają się sprowadzić do ram jednego, państwowego reżimu prawnego, ich charakter jest bowiem zarazem prywatny i wyraźnie transnarodowy. Przykładem, wskazanym przez Goldmana, była utworzona w XIX wieku Spółka Kanału Sueskiego, nie dająca się, jego zdaniem, jednoznacznie określić ani jako podmiot egipski, angielski lub francuski ani też mieszany, lecz właśnie, zdaniem Goldmana, ze swej natury międzynarodowy⁶.

⁴ Por. B. Goldman, *Lex mercatoria*, „Forum Internationale” 1983, no. 3, s. 3-4.

⁵ G. Miller, *The legal and economic basis of international trade*, Westport, CT 1996.

⁶ Za: K.P. Berger, *The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century*

Bezpośrednim bodźcem dla rozwoju nowego prawa kupieckiego stał się wzrost międzynarodowej wymiany gospodarczej po II wojnie światowej oraz nasilenie się w ostatnich dziesięcioleciach procesów globalizacyjnych. W przedsięwzięcia o charakterze komercyjnym coraz częściej zaangażowane były strony wywodzące się nie tylko z odmiennych systemów, ale często także z różnych tradycji prawnych. Przedsiębiorcy ci z natury rzeczy często nie byli zainteresowani poddawaniem swoich relacji obcemu reżimowi prawnemu, co mogłoby prowadzić do zachwiania równowagi pomiędzy stronami umowy. W konsekwencji, poszukiwanie w takich przypadkach neutralnego forum, nie faworyzującego (choćby pośrednio) żadnej ze stron ewentualnych sporów, a także potrzeba znalezienia wspólnego gruntu w zakresie reguł materialnych rządzących umową, stały się bodźcem do rozwoju z jednej strony międzynarodowego arbitrażu handlowego, z drugiej zaś zjawiska, określanego jako nowe prawo kupieckie.

Obie te sfery rozwinęły się dzięki masowemu wykorzystywaniu przez przedsiębiorców, uczestniczących w międzynarodowym obrocie gospodarczym, zasady swobody umów dla celów regulacyjnych. Warto zauważyć, że dążenie do osiągnięcia efektu harmonizacji zasad handlu międzynarodowego, jest realizowane na różnorakie sposoby, zarówno w drodze stosowania tradycyjnych instrumentów prawa międzynarodowego publicznego (jak konwencje międzynarodowe bądź ustawy modelowe), jak też wskutek tak zwanej samoregulacji handlu światowego, zarówno spontanicznej (poprzez wykształcenie się zwyczajów handlowych w drodze praktyki), jak i zamierzonej⁷. Do narzędzi tej ostatniej zaliczane są takie środki jak:

- wzorce umów, w tym standardowe klauzule umowne (np. INCOTERMS);
- umowy samoregulujące się (*self-regulatory contracts*) lub samowystarczalne, w których strony dążą do wyłączenia możliwości zastosowania zasad nie przewidzianych w kontrakcie (w szczególności przepisów prawa krajowego) w celu oceny łączącego ich stosunku prawnego;
- zasady organizacji handlowych;
- techniki proceduralne (arbitraż i ADR);

View of Transnational Commercial Law, [w:] K. P. Berger (red.), *The Practice of Transnational Law*, Hague, London, Boston 2001.

⁷ F. de Ly, *Globalisation and International Self-Regulation*, [w:] R. Appelbaum, W. L. F. Felstiner, V. Gessner (red.) *Rules and networks : the legal culture of global business transactions*, Oxford 2001.

- reguły o charakterze materialnym (autonomiczne prawo handlu światowego, *lex mercatoria*), wyrażone poprzez orzecznictwo, głównie arbitrażowe, oraz poprzez prywatne kodyfikacje.

Nowe prawo kupieckie w swoim współczesnym kształcie jest więc jedną z postaci zjawiska, określanego jako samoregulacja handlu światowego i silnie powiązanego z orzecznictwem arbitrażowym. Co więcej, jak zostanie to przedstawione w dalszym toku wywodu, rozwój strategii legitymizacyjnych, wdrażanych przez sądy polubowne dla orzekania na podstawie reguł nowej *lex mercatoria*, jest odzwierciedleniem emancypacji tej dziedziny regulacji i jej „przesuwania się” ze sfery zwyczajowej do sfery samoregulacji zamierzonej.

Źródła nowej *lex mercatoria*

Heterogeniczność źródeł nowego prawa kupieckiego stanowiła główny powód sceptycyzmu doktryny wobec autonomicznego charakteru tego zjawiska. Autorzy broniący samodzielnego statusu *lex mercatoria* jako prawa, zakładali zazwyczaj, że ma ona charakter zwyczajowy (obejmując zwyczaje handlowe oraz ogólne zasady wspólne dla różnych tradycji prawnych)⁸. Jednakże, jak zauważa Philippe Kahn, źródła zwyczajowe były następnie w coraz większym stopniu uzupełniane przez orzecznictwo międzynarodowego arbitrażu handlowego⁹. Filip De Ly odnotowuje w tym kontekście wpływ, jaki reguły nowej *lex mercatoria* wywarły na państwowe systemy prawne, w szczególności na regulacje prawa stanowionego, odnoszące się do sądownictwa arbitrażowego¹⁰. Warto wreszcie wspomnieć o stanowisku, zajęтым przez Günthera Teubnera, który nie przypisuje zwyczajom decydującej roli w kształtowaniu się korpusu nowego prawa kupieckiego. Upatruje jej natomiast w międzynarodowej praktyce kontraktowej, dostrzegając także, sugerowany, prawotwórczy charakter orzecznictwa arbitrażowego¹¹.

Specyfika nowej *lex mercatoria*, w szczególności zaś prywatne pochodzenie jej norm oraz kluczowa rola sądów arbitrażowych w ich ustalaniu, sprawiła, że w opinii zwolenników pozytywistycznej koncepcji źródeł prawa owego zbioru reguł nie można uznać za

⁸ Por. J. D. M. Lew, *Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards*, Dobbs Ferry, N.Y 1978, s. 100.

⁹ P. Kahn, *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1987.

¹⁰ F. de Ly, *International business law and lex mercatoria*, Amsterdam, New York 1992, s. 249-252.

¹¹ G. Teubner, 'Global Bukowina'..., s. 15 i n.

prawo¹². Pogląd ten, jeszcze w latach 60 XX wieku, wyraził dobitnie Francis Mann:

[n]ikt nigdy i nigdzie nie był w stanie wskazać przepisu bądź zasady prawa, która pozwalałaby jednostkom na działanie poza granicami państwowego systemu prawa; nawet idea autonomii woli stron istnieje wyłącznie z mocy konkretnego systemu prawa państwowego i w różnych systemach posiada różne cechy i konsekwencje. Podobnie, każdy arbitraż jest w sposób konieczny przedmiotem regulacji prawnej danego państwa. Żadna osoba prywatna nie posiada ani prawa ani władzy by działać na jakimkolwiek poziomie innym, niż prawa państwowego¹³.

Mimo postępującego ustalania się korpusu transnarodowych reguł handlowych, debata na temat ich autonomicznego charakteru wobec braku zaangażowania autorytetu państwowego, wciąż jeszcze czasem powraca w doktrynie¹⁴. Zdaniem Teubnera ma to dowodzić słabości teorii prawa, która sięga wciąż po dawne narzędzia, nieadekwatne do opisu zmiany, mającej charakter nie tylko ilościowy (w sensie powszechnego i innowacyjnego korzystania z zasady autonomii woli stron), ale również jakościowy¹⁵. W tym ujęciu można ją zatem scharakteryzować, za Kahnem, jako zmianę paradygmatu międzynarodowego prawa handlowego¹⁶.

Znaczna część doktryny wydaje się jednak skłonna przyjąć za Dasserem¹⁷ i Bergerem¹⁸, iż spór o autonomiczny charakter nowej *lex mercatoria* ma w dużej mierze charakter nie tylko rytualny i bezproduktywny, lecz również dosyć przebrzmiały. Wypracowane na gruncie praktyki arbitrażowej, pragmatyczne *status quo*, jest w istocie uchYLENIEM się od rozstrzygnięcia tej kwestii w sposób definitywny i opiera się na założeniu zwyczajowego charakteru *lex mercatoria* – w znacznej mierze, jak się zdaje, fikcyjnym. Zarazem, mimo owego

¹² Por. m. in. T. E. Carbonneau, *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny*, [w:] T. E. Carbonneau (red.), *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, Yonkers, N.Y., Cambridge, Mass. 1998. R. B. Lillich, C.N. Brower, *International arbitration in the 21st century: towards "judicialization" and uniformity?*, New York, N.Y. 1994.

¹³ F. Mann, *Lex Facit Arbitrum* [w:] M. Domke, P. Sanders, L. B. Sohn (red.), *International arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, Hague 1967, s. 157.

¹⁴ Por. G.-P. Calliess, *Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 2002, vol. 23, no. 2, s. 185.

¹⁵ G. Teubner, *op. cit.* s. 9.

¹⁶ P. Kahn, *op. cit.*, s. 26.

¹⁷ F. Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zürich 1989.

¹⁸ K. P. Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, Hague, Boston 1999, s. 228.

unikania zajęcia jednoznacznego stanowiska co do statusu nowego prawa kupieckiego, zagwarantowanie możliwości jego zastosowania co najmniej korygującego stało się współcześnie standardem w regulacjach dotyczących arbitrażu. Stąd zatem nakładanie na sąd polubowny obowiązku uwzględniania z urzędu międzynarodowych zwyczajów handlowych, a także określanie swobody wyboru przez strony reguł materialnych w odniesieniu do przedmiotu sporu jako dotyczącej „zasad prawa”, nie zaś tylko „prawa” (jako bezsprzecznie autonomicznego systemu). W praktyce arbitrażowej daje się również zaobserwować tendencja do rozszerzania kompetencji sądów co do stosowania reguł transnarodowych wprost, także w przypadku braku takiego wskazania przez strony.

Stosunkowo ostrożne wydaje się w tym zakresie brzmienie art. 28 Ustawy modelowej UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym¹⁹. Akt ten stał się wzorcem dla rozwiązań przyjętych w licznych ustawodawstwach krajowych, w tym także polskim. Postanowienia art. 28 ustawy modelowej znajdują swój bezpośredni odpowiednik w art. 33 Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL²⁰, stosowanego wprost między innymi przez Hongkońskie Centrum Arbitrażu Międzynarodowego²¹. Liberalniejsze rozwiązania, pozwalające nie tylko stronom, ale – w braku odpowiedniego wyboru stron – także sądowi arbitrażowemu na zastosowanie „zasad prawa” jako reguł rządzących rozpatrywanym stosunkiem, zostały natomiast przyjęte w regulaminach licznych instytucji arbitrażowych, między innymi Międzynarodowej Izby Handlowej²², Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego²³, Instytutu Arbitrażowego Sztokholmskiej Izby Handlowej²⁴, a nawet, od 2006 r., stosunkowo restrykcyjnego wcześniej Centrum Arbitrażu Międzynarodowego Austriackiej Federalnej Izby Gospodarczej²⁵.

Konsekwencją wspomnianego impasu teoretycznego (który wszakże, jak wskazano, nie hamuje rozwoju praktyki orzeczniczej) wydaje

¹⁹ 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006., art. 28.

²⁰ 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, art. 33.

²¹ Hong Kong International Arbitration Centre.

²² International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, in force as from 1 January 1998 (1998), art. 17.

²³ London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules, effective 1 January 1998, (1998). art. 22.3.

²⁴ Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (1999), art. 22.1.

²⁵ Rules of Arbitration of the International Arbitration Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (2006), art. 24.

się również przyjmowanie „bezpiecznych” konwencji terminologicznych także w literaturze i zaznaczanie, iż wymieniane zazwyczaj źródła nowej *lex mercatoria* mogą być pojmowane jako źródła wiedzy o (*sources of knowledge and evidence of*) nowej *lex mercatoria*, ona sama bowiem ma charakter zwyczajowy²⁶.

Ustalenie katalogu owych źródeł stanowi odrębny problem. W zależności od przyjęcia węższej lub szerszej definicji nowego prawa kupieckiego, lista jego źródeł jest albo ograniczona do międzynarodowych zwyczajów handlowych i ogólnych zasad prawa²⁷ albo też obejmuje także inne elementy, takie jak zasady międzynarodowych organizacji handlowych, wzorce umów, orzecznictwo arbitrażowe oraz prywatne kodyfikacje, a przy szczególnie szerokim zakresie przyjętej definicji, także publicznoprawne instrumenty służące uniformizacji standardów handlu światowego, takie jak konwencje międzynarodowe (w szczególności Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów²⁸) i ustawy modelowe²⁹.

Nowe prawo kupieckie można zatem najogólniej scharakteryzować jako:

*zespół reguł o różnym pochodzeniu i treści, tworzony przez międzynarodową społeczność kupiecką, by służyć potrzebom handlu międzynarodowego*³⁰.

Jego charakterystyczne cechy, jak wskazano powyżej, to zatem: po pierwsze, prywatny charakter; po drugie, różnorodność źródeł; i po trzecie, zakres regulacji (międzynarodowe stosunki handlowe). Z cechami tymi ściśle związany jest, często wskazywany „miękki” charakter tej dyscypliny, jej niedookreśloność (nowe prawo kupieckie jest często nazywane *soft law*). Jest to jednak zarazem zaleta nowej *lex mercatoria*, pozwalająca na zachowanie elastyczności przy ocenie szybko zmieniających się warunków i form międzynarodo-

²⁶ Por. O. Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, „International and Comparative Law Quarterly” 1985, vol. 34, no. 4, s. 748.

²⁷ Por. B. Goldman, *The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria*, [w:] J. D. M. Lew (red.), *Contemporary problems in international arbitration*, London 1986.

²⁸ 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

²⁹ K. Siehr, *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und Lex Mercatoria*, [w:] W. Holl, U. Klinka (red.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht: Referate eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 26. bis 30. September 1983 in Ludwigsburg*, Köln 1985, s. 114.

³⁰ A. M. López Rodríguez, *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*, Copenhagen 2003, s. 90.

wej wymiany gospodarczej³¹. Ponadto, rozwój tej dziedziny w ciągu ostatniego półwiecza sprawił, że jej korpus zdołał zostać w dużej mierze ustalony³².

Dokonało się to w znacznym stopniu dzięki praktyce arbitrażowej. Niektórzy autorzy są skłonni postrzegać prowadzone od lat 80. XX wieku przedsięwzięcia kodyfikacyjne za kolejną (po zwyczajowej i arbitrażowej) fazę rozwoju nowej *lex mercatoria*³³. Jej przejaw stanowią inicjatywy takie jak przygotowanie Zasad Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT³⁴ (Zasad UNIDROIT), Zasad Europejskiego Prawa Kontraktów (PECL)³⁵ czy bazy CENTRAL³⁶ (*Transnational Law Database*, opartej na koncepcji „kulejącej kodyfikacji”, stworzonej przez Klausa Petera Bergera). Na ich podjęcie wpłynęła bezpośrednio praktyka arbitrażowa, sięgająca po ponadnarodowe standardy obrotu handlowego i płynąca stąd potrzeba ich uporządkowania. Wydaje się jednak, że ruch kodyfikacyjny nie zastąpił aktywnej roli orzecznictwa w zakresie *lex mercatoria*, lecz stanowi jej uzupełnienie, a obydwie sfery nawzajem na siebie wpływają. Jest to widoczne między innymi w indukcyjnej metodologii, stosowanej przy rozwoju bazy CENTRAL, gdzie kolejne, wprowadzane do niej zasady, są wywodzone z dorobku orzecznictwa.

Przyczyny stosowania nowej *lex mercatoria* przez praktykę arbitrażową

Wzajemne powiązanie praktyki arbitrażowej i nowej *lex mercatoria*, choć niewątpliwe, wymaga bliższego sprecyzowania. Te dwie sfery regulacji i instytucjonalizacji rozstrzygania międzynarodowych sporów gospodarczych rozwijały się równolegle, lecz nie równie intensywnie; jak zostanie wskazane w dalszej części rozdziału, niezwykłemu sukcesowi arbitrażu (który w ciągu ostatnich kilku dekad z alternatywnej stał się dominującą metodą rozstrzygania międzynarodowych sporów handlowych) towarzyszył raczej umiarkowany,

³¹ Por. F. de Ly, *International business law...*, s. 21.

³² B. Goldman, *Introduction* [w:] T.E. Carbonneau (red.), *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, Yonkers, N.Y., Cambridge, Mass. 1998, s. xvi;

³³ Por. Dasser, *op. cit.*, s. 296.

³⁴ 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (Rome: International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT)); 2004 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts', (Rome: International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT)).

³⁵ Principles of European Contract Law (PECL). Commission on European Contract Law.

³⁶ <http://www.tldb.net>

ale stabilny rozwój orzecznictwa, eksplikującego normy nowego prawa kupieckiego i opartego o ich zastosowanie. Ana M. López Rodríguez³⁷ wskazuje, iż na początku XXI wieku odsetek kontraktów handlowych w obrocie międzynarodowym, zawierających klauzulę arbitrażową, szacuje się na 95%. López Rodríguez odnotowuje też, za Brækhusem, iż spory pozostawiane przez strony jurysdykcji krajowej, dotyczą obecnie wyłącznie:

*środowisk mniej profesjonalnych, które zawierają transakcje z wykorzystaniem tworzonych własnym sumptem lub przestarzałych wzorców umów*³⁸.

Globalna popularność arbitrażu pozwoliła Pierre'owi Lalive już w 1987 roku stwierdzić, że jest on:

*obecnie znany jako "ta [właściwa]", pospolita i zwykła metoda rozstrzygania sporów z zakresu handlu międzynarodowego*³⁹.

Jak wskazano powyżej, za jedną z głównych przyczyn tego stanu rzeczy uznaje się neutralność forów arbitrażowych, wynikającą z ich apaństwowości. Jak zauważa Filip De Ly, anarodowy ('pływający', 'dryfujący') charakter arbitrażu oznacza stan, w którym żaden narodowy system prawny nie będzie ani wspierał ani też kontrolował procedury arbitrażowej; nie będzie też interweniować w fazie wykonania orzeczenia⁴⁰. Problem ten należy zatem oddzielić od kwestii zastosowania norm narodowych do rozstrzygnięcia o istocie sporu. Zdaniem Alberta van den Berga, rozróżnienie to można scharakteryzować jako dychotomię:

procedura versus materia: [pojęcie] "a-narodowego" orzeczenia (i stąd: od-narodowionego⁴¹ arbitrażu) odnosi się do ram proceduralnych międzynarodowego arbitrażu; w przeciwieństwie do tego, takie koncepcje jak Lex mercatoria dotyczą istoty tego, co ma być rozstrzygnięte przez trybunał arbitrażowy⁴².

Intencją stron sporu może być zatem (i często jest) skorzystanie z anarodowego forum, bez jednoczesnego przystania na transnarodowe reguły materialne jako prawo rządzące ich stosunkiem praw-

³⁷ A. M. López Rodríguez, *op.cit.*, s. 67

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ P. Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, [w:] P. Sanders (red.), *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration. ICCA congress series*, no. 3, Boston 1987, s. 293

⁴⁰ F. de Ly, *op. cit.*, s. 87.

⁴¹ oryg. 'de-nationalized'.

⁴² A. J. Berg, *109 I. Arbitral Award: "A-National" Award* [w:] *Consolidated Commentary on New York Convention. Yearbook Commercial Arbitration* 2003, s. 576.

nym. Sytuacja odwrotna (zastosowanie *lex mercatoria* jako prawa właściwego bezpośrednio przez sąd państwowy i nie w drodze procedury odwoławczej od wyroku sądu polubownego), choć możliwa, jest jednak wciąż dość rzadka.

Jedną z przyczyn owego stanu rzeczy jest wciąż ograniczona w wielu ustawodawstwach krajowych możliwość zastosowania przez sąd systemu reguł transnarodowych jako wyłącznego (a nie tylko suplementarnego) porządku normatywnego, rządzącego stosunkiem pomiędzy stronami, nawet w przypadku dokonania takiego wyboru przez same strony. Tymczasem, jak już wcześniej wzmiankowano, zgodnie z regulaminami wielu międzynarodowych instytucji arbitrażowych wybór taki jest uznawany za ważny. Ponadto, jak wskazano wcześniej, wyraźną tendencją w regulaminach instytucji arbitrażowych stało się uznanie, że w ramach dyskrecjonalnej władzy arbitra przy ustalaniu prawa właściwego w braku wyboru stron, leży również możliwość orzekania bezpośrednio na podstawie ogólnych zasad prawa.

Stan ten powoduje, iż, wbrew wspomnianym wcześniej zarzutom, wyrażanym głównie w latach 80. XX wieku, iż nowa *lex mercatoria* jest wysoce mglistym konceptem, obecnie coraz częściej pojawiają się głosy, że możliwość jej zastosowania w istocie zwiększa stopień pewności prawa przy rozstrzyganiu międzynarodowych sporów gospodarczych. Zarówno bowiem na poziomie stwierdzenia jurysdykcji; następnie, ustalenia odpowiednich norm kolizyjnych; jak i wreszcie wskazania materialnego prawa właściwego, rozstrzygnięcie sporów z zakresu międzynarodowych stosunków handlowych może być dla stron nie do końca przewidywalne. Prowadzi to zresztą także do niepożądanych, „spekulacyjnych” praktyk proceduralnych, takich jak zjawisko *forum shopping* (konkurencyjnych wysiłków stron, by wszcząć proces rozpatrywania ich sporu przed takim sądem, który ma największe szanse wydać orzeczenie przychylne dla danej strony)⁴³. Zwiększają one, już i tak wzmożony, stopień niepewności prawa w międzynarodowych sporach gospodarczych.

Dążenie do wyeliminowania tego negatywnego efektu to jedna z przyczyn popularności arbitrażu, ale także ważny czynnik wpływający na kształtowanie się i stosowanie transnarodowych reguł materialnych. To powód, dla którego rozmaite teorie nowej *lex mercatoria* wydają się posiadać:

wspólny mianownik. Jest nim mianowicie stwierdzenie, iż tradycyjne techniki prawa międzynarodowego prywatnego dostarcza-

⁴³ A. S. Bell, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford, New York 2003, s. 275 i n.

ją transakcjom międzynarodowym niepewnych ram prawnych, że prawo krajowe nie odpowiada zmieniającym się potrzebom prawa kontraktów międzynarodowych i że, w rezultacie, preferowane są rozwiązania z zakresu prawa materialnego, które wywodzą się z praktyki i odpowiadają interesom przedsiębiorców⁴⁴.

Wczesne orzecznictwo oparte na *lex mercatoria*.

Niechęć do poddania stosunku umownego ograniczeniom konkretnego reżimu państwowego leżała już u korzeni nowej *lex mercatoria*. Historycznie, za jej początki uznaje się serię rozstrzygnięć, datujących się od lat 50. XX wieku, w tak zwanych „sprawach o ropę” (*oil cases*⁴⁵). Zaangażowani w międzynarodowe przedsięwzięcia, zachodni inwestorzy w krajach regionu Zatoki Perskiej byli zdecydowanie nie zainteresowani poddaniu ewentualnych sporów prawu Szariatu. Stąd też w m.in. w kolejnych umowach koncesyjnych na wydobycie ropy, zawartych w latach 40 pomiędzy Petroleum Development Ltd. a szejkiem Abu Dhabi, znalazły się zapisy, zinterpretowane przez trybunał arbitrażowy w wyroku *ad hoc* z 1951 roku jako jednoznacznie wskazujące na wolę stron:

zastosowania zasad zakorzenionych w zdrowym rozsądku⁴⁶ i wspólnej praktyce ogółu cywilizowanych narodów, rodzaju ‘nowoczesnego prawa natury’⁴⁷.

Podobnie, w wyroku *ad hoc* w sprawie *Sapphire International Petroleum v. NIOC*⁴⁸, klauzula kontraktowa, przewidująca wykładnię umowy w duchu rozsądku i uniwersalnej integralności oraz dobrej woli stron, została uznana przez sąd polubowny za podstawę do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o ogólne standardy, powszechnie uznane przez „cywilizowane narody”.

Wyroki te stały się inspiracją dla doktryny, zwłaszcza francuskiej, która, jak wspomniano wcześniej, była skłonna dostrzec w nich przejawy renesansu średniowiecznej idei uniwersalnego prawa kupieckiego. Co ciekawe, orzeczenia w „sporach o ropę”, uznawa-

⁴⁴ A. M. López Rodríguez, *op. cit.*, s. 85.

⁴⁵ C. N. Brower, J.K. Sharpe, *International Arbitration and the Islamic World: the Third Phase*, „American Journal of International Law” 2003, vol. 97, s. 643.

⁴⁶ oryg. *good sense*.

⁴⁷ *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, in 1 *International Comparative Law Quarterly* (1952).

⁴⁸ *Sapphire International Petroleum v. NIOC*, [w:] *International Law Reports (ad hoc award, 1967)*.

ne w zachodniej literaturze za pionierskie w dążeniu do przekraczania lokalnych partykularyzmów prawnych oraz będące pierwszymi jaskółkami globalizacji współczesnych reguł obrotu gospodarczego⁴⁹, nie są w taki sposób postrzegane przez specjalistów z zakresu prawa islamskiego i arbitrażu w tradycji arabskiej. W klasycznym ujęciu Bertholda Goldmana, *lex mercatoria* to ‘*arrière-plan*’ – zestaw uniwersalnych reguł mających stać za każdym orzeczeniem w międzynarodowym arbitrażu handlowym⁵⁰; minimalne, wspólne jądro odmiennych tradycji prawnych. Tymczasem w odbiorze doktryny islamskiej, omawiana praktyka kontraktowa i wyniki z niej rozstrzygnięcia stanowiły świadectwo próby narzucenia zachodnich standardów i były w istocie wyrazem post-kolonialnego podejścia zachodnich przedsiębiorców do stosunków prawnych, nawiązywanych i wykonywanych w krajach muzułmańskich.

Jak zauważają Brower i Sharpe⁵¹, były one charakterystyczne dla pierwszej fazy rozwoju arbitrażu międzynarodowego z udziałem podmiotów z państw islamskich (cechującej się dominacją wzorców zachodnich), która zakończyła się w latach 70. XX wieku, wraz z wejściem w kolejną fazę - konfrontacji. Jej kulminację stanowił światowy kryzys naftowy w latach 70, który doprowadził zarazem do znacznego wzrostu znaczenia geopolitycznego krajów OPEC. Jedną z jego konsekwencji było podważanie dotychczasowych zobowiązań umownych, nacjonalizacja przedsiębiorstw wydobywczych oraz uchylanie się od poddania się procedurom arbitrażowym, wszczętym z inicjatywy zachodnich partnerów. Charakterystyczne dla fazy drugiej było zatem przekształcenie funkcjonujących w państwach islamskich, importowanych ram prawnych, chroniących dotąd dość jednostronnie międzynarodowe przedsiębiorstwa z kapitałem zachodnim, zajmujące się poszukiwaniem, wydobywaniem i obrotem ropą naftową⁵². Za przełom i rozpoczęcie trzeciej fazy uczestnictwa krajów islamskich w systemie międzynarodowego arbitrażu handlowego, już na zasadach partnerskich, uznaje się utworzenie w 1981 roku stałego trybunału do rozpatrywania sporów amerykańsko-irańskich (the Iran-United States Claims Tribunal) oraz korzystne dla Kuwejtu rozstrzygnięcie sprawy przeciwko spółce AMINOIL⁵³.

⁴⁹ A. M. López Rodríguez, *op.cit.*, s. 113.

⁵⁰ B. Goldman, *Frontiers du droit et "lex mercatoria"*, „Archives de philosophie du droit” 1964, vol. 9, s. 183.

⁵¹ C. N. Brower, J. K. Sharpe, *op. cit.*, s. 643.

⁵² W. M. Reisman, *International Arbitration and Sovereignty*, „Arbitration International” 2002, vol. 18, s. 243.

⁵³ Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL), Award of 24

Zakładany przez teoretyków koncept *lex mercatoria* jako zbioru uniwersalnych zwyczajów handlowych i elementarnych zasad wspólnych dla prawa kontraktów różnych tradycji okazał się zatem u swego zarania zasadniczo europocentryczny⁵⁴. Abdul Maniruzzaman przypomina w tym kontekście klasyczną uwagę Johna Westlake'a iż do stwierdzenia istnienia prawa zwyczajowego:

*wystarcza wykazanie ogólnej zgodności opinii w ramach granic cywilizacji europejskiej na korzyść danej reguły*⁵⁵.

Entuzjastycznie przyjęte przez teoretyków nowej *lex mercatoria*, wyroki sądów arbitrażowych w sporach naftowych w latach 50. i 60. XX wieku, wydane na podstawie „nowoczesnego prawa natury”, opierały się w istocie na zbliżonych założeniach – zasady wspólne „cywilizowanym narodom” miały być bowiem przede wszystkim zasadami uznawanymi przez zachodnie tradycje prawne. Rozszerzenie tego paradygmatu to efekt procesów politycznych i gospodarczych, jakie dokonały się dopiero w kolejnych dziesięcioleciach.

Lex mercatoria w orzecznictwie – faza stabilizacji

Za kolejny ważny krok w rozwoju nowego prawa kupieckiego na drodze orzecznictwa należy uznać rozpoznanie, iż swoboda wyboru prawa materialnego przez strony umowy (uprawnienie generalnie uznawane zarówno na gruncie ustawodawstw krajowych, jak i instrumentów międzynarodowych⁵⁶), obejmuje także możliwość wyboru reguł ponadnarodowych, a nie tylko wskazania właściwego systemu prawa krajowego. Kwestia ta stała się przedmiotem dyskusji przede wszystkim ze względu na, omawiane wcześniej, kontrowersje, dotyczące autonomicznego statusu nowego prawa kupieckiego. Za przełomowy w tej mierze uznaje się szeroko dyskutowany wyrok sądu egipskiego, który uchylił orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Chromalloy Aeroservices v. the Arab Republic of Egypt* z uwagi na pominięcie przez sąd polubowny wyrażonej wprost woli stron co do poddania ich stosunku regułom trans-

March 1982, [w:] *21 International Legal Materials* (1982).

⁵⁴ A. F. M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge For International Commercial Arbitration?*, „American University International Law Review” 1999, vol. 14, s. 690 i n.

⁵⁵ J. Westlake, *International law*, Cambridge 1904, s. 16.

⁵⁶ Por. G. A. Alvarez, *To What Extent Do Arbitrators in International Cases Disregard the Bag and Baggage of National Systems?*, *Seoul: ICCA Congress series 8* 1996.

narodowym⁵⁷. Jak wskazał sąd w uzasadnieniu, nie ma bowiem powodu, by nie respektować zasady ogólnego uznawania autonomii woli stron w zakresie wyboru prawa właściwego, gdy zgodną intencją stron jest wybór transnarodowego systemu reguł⁵⁸.

W braku takiego wyboru, ustalenie prawa właściwego stanowi zadanie sądu polubownego. Derains i Schwartz⁵⁹ odnotowują znamienne ewolucję, jaka dokonała się w ciągu ostatnich dziesięcioleci w regulacjach instytucji arbitrażowych i w doktrynie międzynarodowego arbitrażu handlowego. Podczas gdy początkowo prawo właściwe musiało być ustalane zgodnie z regułami kolizyjnymi *legis loci arbitri*, obecnie standardem stało się przyznanie arbitrom w tej mierze kompetencji samodzielnego decydowania o tym, jakie normy kolizyjne powinny być zastosowane dla przeprowadzenia procesu ustalania właściwych reguł materialnych⁶⁰. Co więcej, „odlokálnienie” arbitrażu w regulacjach instytucjonalnych coraz częściej przybiera w tej sferze postać jeszcze dalej idącej kompetencji *voie directe* (bezpośredniego wyboru), dającej arbitrom możliwość bezpośrednio wyboru reguł materialnych, które zostaną przez nich uznane za właściwe, z pominięciem fazy zastosowania reguł kolizyjnych⁶¹. Za pragmatyczne ograniczenie władzy dyskrecjonalnej arbitra, zabezpieczające przed nadmierną dowolnością wyboru, uznaje się zwykle obowiązek sporządzenia uzasadnienia orzeczenia arbitrażowego⁶². Oba te uprawnienia – kompetencja samodzielnego wyboru reguł kolizyjnych oraz *voie directe* – sprzyjają możliwości zastosowania transnarodowych reguł materialnych w celu rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty.

Problemem praktycznym, wynikającym z kontrowersji co do autonomicznego charakteru nowej *lex mercatoria*, była niewątpliwie

⁵⁷ Za: P. Wahl, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin - The Chromalloy Case Revisited*, „Journal of International Arbitration” 1999, 16/4.

⁵⁸ Należy jednak zaznaczyć, że wyrok sądu arbitrażowego został uznany przez sądy francuskie; sąd Pierwszej instancji, a następnie sąd apelacyjny stwierdził, że jego wykonanie we Francji nie będzie stanowiło naruszenia międzynarodowego porządku publicznego – por. *Chromalloy Aeroservices v. the Arab Republic of Egypt*, [w:] *International Arbitration Report* (Cour d’Appel, Paris, 1997).

⁵⁹ Y. Derains, E. A. Schwartz, *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Hague, Boston 1998, s. 221-222.

⁶⁰ Por. m.in. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Art. 28(2); UNCITRAL Arbitration Rules Art. 33(1).

⁶¹ Por. m.in. ICC Arbitration Rules Art. 17.1; Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Art. 22.1; 2006 Rules of Arbitration of the International Arbitration Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (Vienna rules), Art. 24.2.

⁶² A. M. López Rodríguez, *op. cit.*, s. 77.

możliwość jej zastosowania przez sąd arbitrażowy w braku stosownego wyboru stron i w charakterze jedyne (nie zaś uzupełniającego lub modyfikującego) systemu reguł, rządzących umową. Chodziło w szczególności o sytuacje, w których arbitrom nie została udzielona przez strony wprost kompetencja do działania w charakterze *amiable compositeurs*⁶³ i orzekania bezpośrednio na podstawie względów słuszności. Istotnym problemem było tu rozważenie, czy zastosowanie w takich okolicznościach bezpośrednio nowego prawa kupieckiego nie stanowi przekroczenia granic władzy dyskrecyjnej arbitra. Zwłaszcza dla tradycyjnie nastawionych przedstawicieli doktryny, nie uznających *lex mercatoria* za odrębny system prawny, jej zastosowanie miało charakter niebezpiecznie bliski (jeśli nie identyczny z) *amiable composition*, wymagającą wszak uprzedniego wyrażenia zgody przez zainteresowane strony. Argument ten podnoszono zwłaszcza we wczesnej fazie rozwoju transnarodowego prawa handlowego⁶⁴. Jak jednak zauważa Marc Blessing:

w celu uniknięcia możliwych nieporozumień, należy podkreślić, że decyzja oparta na ogólnych zasadach prawa lub lex mercatoria w oczywisty sposób pozostaje decyzją wydaną na gruncie "reguł prawa"; nie powinna być mylona z decyzją ex aequo et bono lub z amiable composition, dla których praktycznie wszystkie prawodawstwa krajowe oraz regulaminy arbitrażowe wiodących instytucji arbitrażowych wymagają wyraźnej zgody stron dla odpowiedniego umocowania trybunału [arbitrażowego]⁶⁵.

Pogląd ten odnaleźć można w rozstrzygnięciach, dotyczących jednego z najszerzej komentowanych sporów z zakresu transnarodowego prawa handlowego, *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.* W obliczu niemożności ustalenia woli stron, rozpatrujący sprawę trybunał arbitrażowy ICC zadecydował o zastosowaniu *lex mercatoria* w miejsce krajowego systemu prawa⁶⁶. Wydany wyrok był następnie ponownie rozpatrywany przez sądy austriackie⁶⁷ w związku z podnoszonym przez spółkę Norsolor argumentem, iż:

⁶³ Możliwość odstąpienia od ścisłego zastosowania przepisów prawa, w celu osiągnięcia słuszniejszego i bardziej sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu – jest to kompetencja przyznawana arbitrom co do zasady wyłącznie w drodze *explicite* wyrażonej woli stron w tej mierze.

⁶⁴ Por. *Mechema Ltd. v S. A. Mines, Minerai et Métaux. Award of 3 November 1977*, [w:] P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration*.

⁶⁵ M. Blessing, *Choice of substantive law in international arbitration*, „Journal of International Arbitration” 1997, vol. 14, no. 2, s. 39-66.

⁶⁶ *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.*, [w:] P. Sanders (red.), *Yearbook Commercial Arbitration*, (Oberster Gerichtshof Österreich, November 18 1982, 1984).

⁶⁷ Por. *ibidem*.

[a]rbitrzy, którzy nie byli umocowani do działania w charakterze „*amiables compositeurs*”, nie zastosowali prawa francuskiego ani tureckiego, lecz, powołując się na „zasadę dobrej wiary, która jest inspiracją międzynarodowej *lex mercatoria*” zasądziła odszkodowanie na podstawie względów słuszności⁶⁸.

Wiedeński Sąd Apelacyjny podzielił to stanowisko, uznając, iż zastosowanie *lex mercatoria* – „prawa światowego o dyskusyjnej mocy wiążącej” (*ein Weltrecht von fraglicher Geltung*)⁶⁹ stanowiło naruszenie granic władzy trybunału arbitrażowego. Austriacki Sąd Najwyższy nie przychylił się jednak do tej opinii, orzekając, że w omawianym przypadku nie doszło do przekroczenia przez trybunał granic jego kompetencji⁷⁰. Warto także zauważyć, że na gruncie obecnych regulacji głównych instytucji arbitrażowych, dopuszczających wyraźnie (jak wspomniano wcześniej) orzekanie na podstawie reguł prawa, także transnarodowych, wspomniany spór nie miałby już równie kontrowersyjnego charakteru.

O ile jednak orzekanie wyłącznie na podstawie norm transnarodowych wydaje się nadal praktyką stosunkowo rzadką, uzupełniające i korygujące zastosowanie reguł nowego prawa kupieckiego względem prawa krajowego stało się rozwiązaniem dosyć popularnym. Niezależnie od sprzyjających regulacji instytucji arbitrażowych., znajduje to odzwierciedlenie także w praktyce kontraktowej, gdzie strony coraz częściej wyraźnie zaznaczają, iż ich intencją jest poddanie łączącego je stosunku regułom transnarodowym obok wskazanego reżimu krajowego⁷¹. Ustalenie, czy wola stron w konkretnym przypadku było potraktowanie nowej *lex mercatoria* jako porządku wyłącznie suplementarnego wobec norm krajowych (uwzględniane go tylko w takim stopniu, w jakim prawo krajowe pozostawia kwestie będące przedmiotem sporu poza zakresem regulacji), czy też dopuszczenie jego działania korygującego względem norm krajowych, stanowi przedmiot odrębnych dyskusji. Zagadnienie to jest istotne także w przypadku braku stosownej klauzuli umownej, gdy decyzja o uzupełniającym zastosowaniu nowej *lex mercatoria* jest dokonywana w ramach władzy dyskrecjonalnej arbitra⁷². Zdaniem Blessinga, zastosowanie w jednej sprawie reguł pochodzących z dwóch porządków normatywnych (krajowego i transnarodowego), jakkolwiek

⁶⁸ *Ibidem*, s. 159.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 160.

⁷¹ M. Blessing, *op. cit.*, s. 42.

⁷² Por. np. ‚Partial Award in Cases Nos. 74 76 81 150 (311-74/76/81/150-3) of 14 July 1987’, [w:] *Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.) (Iran-US Claims Tribunal 1988)*.

budzące niegdyś opory bardziej tradycyjnie zorientowanych przedstawicieli doktryny, znajduje głębokie, pragmatyczne uzasadnienie, jako że regulacje krajowe są ze swej istoty zorientowane lokalnie i okazują się często wysoce nieadekwatne względem potrzeb obrotu międzynarodowego⁷³. Uzupełniająca i korygująca rola *lex mercatoria* jest zatem pożądana i wartościowa; znajduje też umocowanie w obecnym brzmieniu stosownych postanowień regulaminów arbitrażowych.

Metoda komparatywna

Od lat 90. XX wieku – równoległe z prywatnym ruchem kodyfikacyjnym nowego prawa kupieckiego - można też zaobserwować istotną konsolidację reguł nowego prawa kupieckiego. Pewna mglistość, tradycyjnie zarzucana tej dziedzinie, jest zjawiskiem coraz bardziej ustępującym; transnarodowe *soft law* wydaje się stawać coraz mniej *soft*. W pracach kodyfikacyjnych wykorzystuje się też obszernie rozwiniętą przez orzecznictwo arbitrażowe metodę prawoporównawczą, której celem ma być ustalenie wspólnego jądra norm, wywodzących się z różnych systemów prawnych. Znane określenie przez Petera Bergera Zasad UNIDROIT i PECL jako „komparatywnych migawek” (*comparative snapshots*)⁷⁴ prawa kontraktów wywodzącego się z różnych tradycji wydaje się nie do końca oddawać pragmatyczny charakter tych przedsięwzięć. Zgodnie z oświadczeniem Governing Council of UNIDROIT, towarzyszącym pierwszej edycji Zasad w 1994 roku:

*[w] przeważającej mierze Zasady UNIDROIT odzwierciedlają koncepcje, które odnaleźć można w wielu, jeśli nie we wszystkich, systemach prawnych. Jako że jednak Zasady mają z założenia dostarczać systemu reguł przygotowanego specjalnie dla potrzeb międzynarodowych kontraktów handlowych, wcielają one także to, co jest postrzegane jako najlepsze rozwiązania, nawet jeśli nie zostały one jeszcze powszechnie przyjęte*⁷⁵.

Wykorzystanie we wskazany powyżej sposób metody porównawczej dla wyrażania i uściślenia treści reguł nowej *lex mercatoria* to praktyka stosowana od dziesięcioleci przez orzecznictwo arbitrażo-

⁷³ M. Blessing, *op. cit.*, s. 42.

⁷⁴ K. P. Berger, *The Concept of the “Internationally Useful” Construction of Domestic Law*, Center for Transnational Law Database (TLDB) <http://tladb.uni-koeln.de/> (2002).

⁷⁵ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. (Rome: International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT), 1994). s. viii.

we. Przykładem takiej działalności może być sformułowanie na drodze *case law*, jako jednej z reguł transnarodowego prawa handlowego, zasady znanej w systemach kontynentalnych jako *non concedit venire contra factum proprium* (i uznawanej za szczególny aspekt zasady dobrej wiary)⁷⁶, a chronionej w systemie *common law* przez zastosowanie instytucji *equitable estoppel*⁷⁷. Powszechnie obecnie akceptowana i zamieszczana praktycznie we wszystkich kodyfikacjach *lex mercatoria*⁷⁸ zasada zakazu czerpania przez stronę korzyści z własnego, niespójnego zachowania, została ustalona i wyrażona w szeregu, datujących się od końca lat 70. XX wieku, orzeczeń sądów polubownych w międzynarodowych sprawach gospodarczych. Estoppel jako zasada o charakterze transnarodowym został sformułowany w orzeczeniach arbitrażowych, dotyczących przede wszystkim sporów na tle inwestycji gospodarczych, w które włączone były państwa (m.in. Indonezja, Iran, Pakistan) oraz ich emanacje w postaci przedsiębiorstw państwowych⁷⁹. Jak zauważa Paul Bowden, sądy polubowne w tych pionierskich wyrokach sięgnęły po konstrukcję estoppel (w kilku jej odmianach – nie zawsze zresztą, jak w sprawie *Amco Asia*, precyzyjnie je różnicując), by powstrzymać państwa przed wykorzystywaniem władzy, należącej do sfery *imperium*, w prywatnych transakcjach zaliczanych do sfery *dominium*:

⁷⁶ A. Teichmann, *Venire contra factum proprium - ein Teilaspekt rechtsmißbräuchlichen Handelns*, „Juristische Arbeitsblätter” 1985, s. 497-502.

⁷⁷ Por. P. Feltham, D. Hochberg, T. Leech., *The law relating to estoppel by representation: the original text*, London 2003, par 1.2.2.

⁷⁸ Por. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (Rome: International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT), 2004). art. 1.8; CENTRAL List of *lex mercatoria* principles, rules and standards, (http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_toc.php). Rule No. 1.7. Por. też uwagi na temat uznania *non concedit venire contra factum proprium* za jedną z „zasad indukcyjnych” na gruncie Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów U. Magnus, *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1995, vol. 59, s. 481 i n.; M. P. van Alstine, *Dynamic Treaty Interpretation*, “University of Pennsylvania Law Review” 1998, vol. 146, s. 751.

⁷⁹ Por. *Dalmia Dairy Industries v National Bank of Pakistan Secondary Preliminary Award* 14 January 1970, I.C.C. Case No. 1512, in *Yearbook of Commercial Arbitration* (1980); *Framatome and others v The Atomic Energy Organisation of Iran Award* of 30 April 1982 I.C.C. Case No. 3896 (1983) 94, in *J.D.I. 1984* 58, published in English under pseudonym in *VIII Yearbook Commercial Arbitration* (1983); *Woodward-Clyde Consultants v Atomic Energy Organisation of Iran and another Award* in Case No. 67 of 2 September 1983, in *Iran-US Claims Tribunal Reports* (1983); ‘*Amco Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia and another Award* of 25 September 1983’, in *I.L.M.* (1984); *Benteler v Belgium Award* of 18 November 1983, extract published in English in *J. Int. Arb.* 184, (1983).

powstaje silne wrażenie, iż arbitrzy handlowi odwoływali się do transnarodowej zasady *estoppel*, ponieważ narodowe prawa właściwe były albo nieadekwatne by wydać w oczywisty sposób „sprawiedliwe rozstrzygnięcie”, do którego osiągnięcia dążył arbiter, albo też to one same stanowiły prawdziwą przyczynę problemu – jak w sprawie *Framatome*⁸⁰.

Przykład sformułowania i adaptacji reguły *non concedit venire contra factum proprium* jako zasady transnarodowej przez orzecznictwo arbitrażowe wydaje się szczególnie ilustratywny dla wykazania roli, jaką pełni obecnie *case law* w rozwoju nowego prawa kupieckiego. Uznanie w kolejnych orzeczeniach (a następnie także w kodyfikacjach) instytucji *estoppel* za zasadę transnarodowego prawa handlowego stanowi nie tylko przykład zastosowania metody komparatywnej w arbitrażu w celu sformułowania treści reguł *lex mercatoria*. Jest ono również ilustracją praktycznego podejścia do norm transnarodowych, mających pełnić funkcję uzupełniającą i korygującą względem prawa państwowego. Wreszcie, transnarodowy *estoppel* w praktyce arbitrażowej można postrzegać jako „technikę stosowania” ogólnej zasady ochrony dobrej wiary (stanowiącej podstawę międzynarodowych zwyczajów handlowych i nowej *lex mercatoria*) w przypadkach szczególnych – orzecznictwo spełniło więc tutaj rolę uściślającą i precyzującą.

Uwagi końcowe

Kluczowa rola praktyki arbitrażowej w formułowaniu reguł nowej *lex mercatoria* wydaje się bezdyskusyjna. Jak starano się pokrótce przedstawić w niniejszym rozdziale, ulegała ona jednak ewolucji w miarę globalnej popularyzacji arbitrażu i stopniowego konsolidowania się korpusu nowego prawa kupieckiego. Znajduje to odzwierciedlenie między innymi w przemianach strategii legitymizacyjnych, stosowanych przez sądy arbitrażowe dla umocowania zastosowania reguł transnarodowych: od argumentów aksjologicznych (dominujących w pionierskim okresie rozstrzygnięć „sporów o ropę”) po szeroką gamę stosowanych współcześnie uzasadnień proceduralnych i systemowych, co wydaje się odpowiadać ugruntowaniu pozycji nowego prawa kupieckiego jako nie wymagającego już dodatkowej,

⁸⁰ P. Bowden, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration*, [w:] E. Gaillard, P. Bernardini (red.), *Transnational rules in international commercial arbitration*, Paris 1993, s. 135.

„zewewnętrznej” walidacji⁸¹. Zarazem, jak już wspomniano, praktyka arbitrażowa przez dziesięciolecia stosowała i rozwijała handlowe reguły transnarodowe, niejako omijając toczącą się w doktrynie dyskusję co do ich autonomicznego charakteru. Pragmatyczne rozwiązania, przyjęte w tej mierze przez regulaminy światowych instytucji arbitrażowych, wydają się odzwierciedlać ten stan rzeczy: umożliwiają bowiem stosowanie reguł transnarodowych w praktyce, bez aspirowania do przesądzenia co do ich statusu.

Decydująca rola arbitrażu w formułowaniu zasad nowego prawa kupieckiego (zwłaszcza przy użyciu omawianej powyżej metody komparatywnej) sprawiła, że zarówno sama praktyka arbitrażowa, jak i doktryna, zaczęły stosunkowo szybko postrzegać współczesną *lex mercatoria* jako *case law*. Jak wskazał trybunał arbitrażowy ICC w orzeczeniu w sprawie *Dow Chemical v Isover Saint Gobain*, wyroki sądów polubownych wydane na podstawie reguł transnarodowych:

*stopniowo tworzą prawo precedensowe które powinno być brane pod uwagę, ponieważ wyciąga wnioski z rzeczywistości ekonomicznej i dostosowuje się do potrzeb handlu międzynarodowego, którym reguły charakterystyczne dla międzynarodowego arbitrażu, same w sobie rozwijane w sposób sukcesywny, powinny odpowiadać*⁸².

Orzeczenia sądów polubownych, rozwijające reguły nowej *lex mercatoria* nie mają oczywiście charakteru *case law* w ścisłym sensie, nie posiadają bowiem mocy wiążącego precedensu. Należy jednak zauważyć, że linie rozumowań, prezentowane w rozstrzygnięciach opartych na transnarodowym prawie handlowym, są często powtarzane i rozwijane w kolejnych orzeczeniach, co pozwala na prześledzenie historii krystalizowania się konkretnej reguły jako zasady nowego prawa kupieckiego. Podobnie jak w prawie precedensowym *sensu stricto*, można tu odtworzyć sekwencje podobnych rozstrzygnięć i odniesienia do wcześniejszych orzeczeń⁸³. Jeśli jednak nową *lex mercatoria* można scharakteryzować, w dużej mierze adekwatnie, mianem arbitrażowego *case law*, to z podstawowym zastrzeżeniem, iż oddziałuje ono na dalsze orzecznictwo wyłącznie siłą perswazyjności przeprowadzonego rozumowania.

⁸¹ J. Jemielniak, *Legitimization Arguments in the Lex Mercatoria Cases*, „International Journal for the Semiotics of Law” 2005, vol. 18, s. 188 i n.

⁸² ‘Dow Chemical v Isover Saint Gobain, ICC Interim Award of September 23 1982 No. 4131’, [w:] *Yearbook Commercial Arbitration*, P. Sanders (ed.) (1984). s. 135

⁸³ P. Duprey, *Do Arbitral Awards Constitute Precedents?*, [w:] E. Gaillard, A.V. Schlaepfer, P. Pinsolle, L. Degos, *Towards a uniform international arbitration law?: YAP seminars: Paris, March 28, 2003; Geneva, March 26, 2004. IAI series on international arbitration; no 3*. Huntington, N.Y, Bern 2005., s. 255 i n.

Warto także zaznaczyć, że dążenie do wyjścia z teoretycznego impasu (wyczerpany merytorycznie spór co do autonomicznego charakteru reguł transnarodowych przy ich jednoczesnym niewątpliwym i rosnącym znaczeniu praktycznym) doprowadziło do wykształcenia koncepcji nowej *lex mercatoria* nie jako samodzielnego zbioru norm materialnych, ale jako metody orzekania w arbitrażu, opartej na analizie prawnoporównawczej i prowadzącej do ustalenia norm najpowszechniej akceptowanych w regulacjach dotyczących obrotu międzynarodowego⁸⁴. Jak uściśla Ana López Rodríguez, nowa *lex mercatoria* stanowi rezultat takich zabiegów, stosowanych w arbitrażu w miejsce tradycyjnych technik kolizyjnych:

*dzięki przekonującemu charakterowi rozumowań zawartych w niektórych orzeczeniach arbitrażowych, stopniowo rozwija się ona w zbiór case law, które w rozstrzyganiu międzynarodowych sporów handlowych pełni de facto tę samą funkcję co prawo krajowe*⁸⁵.

To koncyliacyjne stanowisko, mimo swych słabości (jak pominięcie tradycyjnie podnoszonej różnorodności źródeł nowego prawa kupieckiego), pozwala na uchwycenie decydującej roli, jaką orzecznictwo arbitrażowe odegrało w kształtowaniu się korpusu nowego prawa kupieckiego. Warto przytoczyć w tym kontekście wyrok międzynarodowego Sportowego Sądu Arbitrażowego (CAS) z 20 sierpnia 1999 roku. Sąd stwierdził w nim, iż w ostatnich latach doszło do wykształcenia się ponadnarodowego prawa sportowego (*lex ludica*), przede wszystkim w drodze orzecznictwa arbitrażowego oraz jako zbioru niepisanych zasad zwyczajowych. System ten został określony jako „rodzaj *lex mercatoria* dla sportu”⁸⁶. Jak się okazuje, fenomen nowej *lex mercatoria* jako specyficznego *case law* stał się już zatem na tyle stabilny, by stanowić wzorzec transnarodowej samo-regulacji w dziedzinach innych, niż handel międzynarodowy.

Orzecznictwo

Amco Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia and another Award of 25 September 1983. 1984. In *I.L.M.*

Benteler v Belgium Award of 18 November 1983, extract published in English in *J. Int. Arb.* 184. 1983.

⁸⁴ Por. A. M. López Rodríguez, *op.cit.* s. 109 i nast.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 111

⁸⁶ CAS Award 98/200 of 20 August 1999, in *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998-2000*, Matthieu Reeb (Ed.) (2002), s. 103.

- CAS Award 98/200 of 20 August 1999. 2002. In *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998-2000*, Matthieu Reeb (Ed.).
- Chromalloy Aeroservices v. the Arab Republic of Egypt. 1997. In *International Arbitration Report: Cour d'Appel, Paris*.
- Dalmia Dairy Industries v National Bank of Pakistan Secondary Preliminary Award 14 January 1970, I.C.C. Case No. 1512,. 1980. In *Yearbook of Commercial Arbitration*.
- Dow Chemical v Isover Saint Gobain, ICC Interim Award of September 23 1982 No. 4131. 1984. In *Yearbook Commercial Arbitration*, P. Sanders (ed.).
- Framatome and others v The Atomic Energy Organisation of Iran Award of 30 April 1982 I.C.C. Case No. 3896 (1983) 94. 1983. In *J.D.I. 1984 58*, published in English under pseudonym in *VIII Yearbook Commercial Arbitration*.
- Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMI-NOIL), Award of 24 March 1982. 1982. In *21 International Legal Materials*.
- Mechema Ltd. v S. A. Mines, Minerai et Métaux. Award of 3 November 1977. In *Yearbook Commercial Arbitration. P. Sanders (ed.)*.
- Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A. 1984. In *Yearbook Commercial Arbitration, P. Sanders (ed.)*: Oberster Gerichtshof Österreich, November 18 1982.
- Partial Award in Cases Nos. 74 76 81 150 (311-74/76/81/150-3) of 14 July 1987. 1988. In *Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.)*: Iran-US Claims Tribunal
- Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi. 1952. In *1 International Comparative Law Quarterly*
- Sapphire International Petroleums v. NIOC. 1967. In *International Law Reports: ad hoc award*.
- Woodward-Clyde Consultants v Atomic Energy Organisation of Iran and another Award in Case No. 67 of 2 September 1983. 1983. In *Iran-US Claims Tribunal Reports*.

Rola poza-państwowych aktorów w formowaniu struktur globalnego systemu finansowego

Wprowadzenie

Narastający stopniowo od 2007 r. międzynarodowy kryzys finansowy uwidoczniał, iż sfera finansów międzynarodowych (bankowości i spekulacji), stanowiąca dawniej raczej ekonomiczny „system wspomagania” wobec tradycyjnego wymiaru produkcji towarów oraz usług, dziś jest w centrum gospodarek w zasadzie wszystkich państw świata¹. Kryzys ukazuje, że ów dawny instytucjonalny „system wspomagania” stał się czymś na kształt rdzenia gospodarczej rzeczywistości. Konstatacja ta, badawczo bardzo inspirująca, skłania do podjęcia próby wskazania źródeł tego stanu. Nie chodzi jednak o szukanie przyczyn obecnego kryzysu, ale raczej o identyfikację społecznych procesów strukturalnie istotnych dla formowania warunków brzegowych takiej gospodarki.

Obecny stan globalnego systemu finansowego może wydawać się wyłącznie historycznym skutkiem strukturalnej zmiany społecznej zmniejszającej dystanse geograficzne i przestrzenne, zwanej potocznie globalizacją. Niniejsza analiza wychodzi jednak z założenia, że można zidentyfikować podmiotowe aspekty procesu kształtowania globalnego systemu finansowego, a więc konkretne instytucje, które współtworzą ramy tego systemu.

Celem niniejszej analizy jest zatem wskazanie, że globalny system finansowy jest ukształtowany w znacznej mierze przez impulsy strategiczne i interesy grupowe tzw. poza-państwowych aktorów. Przyjmuje założenie, że proces kształtowania struktur i reguł ramowych globalnego systemu finansowego jest ściśle powiązany z działaniami poza-państwowych aktorów, a reguły gry ekonomicznej można powiązać z ich interesami grupowymi. Ponadto w duchu opracowania, w ramach którego przedstawiona jest niniejsza analiza, moim celem jest również ukazanie, iż struktury kształtowane i wzmacniane przez poza-państwowych aktorów czynią z nich podmioty uprzywilejowane w systemie gospodarczym i grze politycznej

¹ Poza systemami państwowymi izolującymi się od międzynarodowej gospodarki, jak Kuba czy Korea Północna.

oraz wytwarzają strukturalną asymetrię pomiędzy nimi a lokalnymi podmiotami. Analiza nie będzie jednak skupiać się na lokalnych rozwiązaniach i lokalnych regulacjach prawnych, ale raczej na zjawisku kreowania warunków strukturalnych, które współdecydują o dominującej, uprzywilejowanej pozycji poza-państwowych aktorów w stosunku do innych typów instytucji w globalnym systemie finansowym.

Poza-państwowi aktorzy – charakterystyka podmiotowości

Kategoria poza-państwowych aktorów nie jest powszechnie znana w polskiej literaturze przedmiotu. Z tego też powodu swoją analizę zacznę od przedstawienia charakterystyki tej grupy instytucji.

Poza-państwowi aktorzy (dalej PPA) to organizacje w dużym stopniu lub całkowicie autonomiczne wobec finansowania i kontroli centralnego rządu; działające na przecięciu granic dwóch lub więcej państw, zaangażowane w transnarodowe stosunki, łączące systemy polityczne, ekonomiczne i społeczne, których działania posiadają polityczne konsekwencje dla jednego państwa, grupy państw lub instytucji ponadnarodowych - dzieje się to czasem na drodze celowych lub quasi-celowych działań, bywa więc ich głównym celem, lecz bywa również pobocznym efektem ich funkcjonowania². Daje się wyodrębnić następujące dwa typy PPA:

a) organizacje nastawione na osiągnięcie zysku:

- produkcyjne korporacje transnarodowe (np. korporacje motoryzacyjne, odzieżowe, medialne);
- usługowe korporacje transnarodowe (firmy ratingowe, firmy sektora audytu, konsultingu i public relations, międzynarodowe kancelarie prawnicze);
- finansowe korporacje transnarodowe (banki inwestycyjne, fundusze inwestycyjne);

b) organizacje typu interlocking:

- umiędzynarodowione think tanki (np. Heritage Foundation);
- prywatne szczyty światowe³ (np. World Economic Forum in Davos);

² D. Josselin, W. Wallace, Non-state actors in world politics: A Framework, [w:] D. Josselin, W. Wallace (red.), *Non-state actors in world politics*, London 2001, s. 1-20.

³ Określenie „prywatne szczyty światowe” podaję za – K. Ronit, V. Schneider, *Private organizations and their contribution to problem-solving in the global arena*, [w:] K. Ronit, V. Schneider (red.), *Private Organizations in Global Politics*, London 2005, s. 1-33.

- transnarodowe stowarzyszenia korporacyjne⁴ (np. International Chamber of Commerce).

PPA posiadają liczne możliwości realizowania własnej podmiotowości⁵ oraz charakteryzują się następującymi umiejętnościami:

- a. umiejętność wyznaczania i zabezpieczania realizacji własnych celów;
- b. umiejętność artykulacji i ochrony własnych interesów (w tym interesów grupowych)⁶;
- c. umiejętność organizowania potrzebnych zasobów (kapitału społecznego, ekonomicznego, symbolicznego i kulturowego)⁷;
- d. umiejętność rekonwersji kapitałów;
- e. zdolność do wytwarzania podmiotowości do wewnątrz⁸;
- f. zwiększoną odporność na zaburzenia zewnętrzne⁹;
- g. zdolność do działania i planowania w perspektywie ponadpokoleniowej;

⁴ Określenie „stowarzyszenia korporacyjne” podają za – K. Marzęda, *Proces globalizacji korporacyjnej*, Warszawa-Bydgoszcz 2006.

⁵ Odwołuję się tu do teoretycznych prac nad problemem podmiotowości oraz problematyką działań organizacyjnych takich autorów jak m.in. P. Clark, J. Wilson, *Incentive Systems: A Theory of Organizations*, [w:] R. M. Alexander (red.), *The Classic of Interest Group Behavior*, Belmont 2006, s. 99-123; M. Crozier, E. Friedberg, *Człowiek i system*, Warszawa 1982; A. Giddens, *Nowe zasady metody socjologicznej*, Kraków 2001; R. H. Hall, *Organizations. Structures, Processes and Outcomes*, New Jersey 1996; J. Meyer, R. Jepperson, *The “Actors” of Modern Society: The Cultural Construction of Social Agency*, „Sociological Theory” 2000, vol. 18, no. 1, s. 100-120; R. Sojak, D. Wincenty, *Zagubiona rzeczywistość. O społecznym konstruowaniu niewiedzy*, Warszawa 2005; P. Sztompka, *Socjologiczna teoria podmiotowości*, „Studia. Młodzież i Wieś” 1989, nr 3, s. 11-28.

⁶ Przykładowo umiędzynarodowione *think tanki* zatrudniając polityków, którzy aktualnie są poza „karuzelą stanowisk”, tworzą sobie zaplecze gwarantujące wsparcie polityczne na wypadek zmiany władzy – zob. A. Rich, *Think tanks, public policy and the politics of expertise*, Cambridge University Press 2004.

⁷ W duchu koncepcji kapitałów Pierra Bourdieu – zob. P. Bourdieu, *The Social Structure of the Economy*, Polity Press 2005.

⁸ Sensem tej zdolności jest wykorzystanie podmiotowości jednostek (członków organizacji) dla realizacji instytucjonalnego celu, np. poprzez mechanizmy kultury organizacyjnej.

⁹ Jest to zdolność do minimalizowania strat wywołanych nieprzewidywanymi czynnikami zewnętrznymi. Przykładem takiej odporności jest historia firmy chemicznej Union Carbide. W roku 1984 w mieście Bhopal w Indiach doszło do wybuchu instalacji w fabryce pestycydów Union Carbide. W wyniku tego zmarło natychmiastowo ok. 3 tys. osób, a prawie 20 tys. zmarło w wyniku powikłań wywołanych wdychaniem chemicznych trucizn. Jak pokazywały niezależne (prowadzone m.in. przez Greenpeace) dochodzenia, w fabryce, nie stosowano należnych środków ostrożności i oszczędzano na procedurach zabezpieczających. Pomimo ogromu nieszczęść spowodowanych katastrofą oraz fali krytyki, firma Union Carbide nadal funkcjonuje, podejmuje współpracę z innymi transnarodowymi korporacjami – Exxon, Dow Chemicals. Katastrofą w Bhopalu jedynie chwilowo obniżyła wartość firmy. Elementem, który wspomógł m.in. wyjście z kryzysu, było wykorzystanie firmy konsultingowej, która przeprowadziła kampanię ochronną wobec interesów Union Carbide (zob. oficjalna strona Union Carbide na temat katastrofy - <http://www.bhopal.com/irs.htm> odwiedzona w marcu 2008 r.).

- h. umiejętność działania i planowania w skali ponadnarodowej;
- i. umiejętność wysyłania tzw. impulsu strategicznego.

Wśród wymienionych tu umiejętności i zdolności najważniejszą jest ostatnia, czyli możliwość wysyłania impulsu strategicznego. Pod tą kategorią kryje się dotąd niescharakteryzowany w literaturze tematu typ działania, który, moim zdaniem, stanowi o prawdziwej wyjątkowości PPA.

Impuls strategiczny to organizacyjny manewr związany z dążeniem do ukształtowania środowiska zewnętrznego według sprzyjających dla danej organizacji reguł, pozwalających uzyskać jej przewagę, w sposób, który utrudnia innym podmiotom (także o zbliżonej randze) orientację co do prawdziwej natury impulsu. Wysłanie impulsu strategicznego jest związane z uruchomieniem skoordynowanych wewnętrznie i kompleksowych działań, dających szansę efektywnego wykonania ważnych i złożonych zadań podmiotu wysyłającego ów impuls. Przykładami takich impulsów mogą być:

- Działanie, które determinuje sytuację ekonomiczną obcego podmiotu i podnosi zapotrzebowanie na usługi instytucji wysyłającej impuls – publicysta Thomas Friedman opisuje sytuację sprzed kilku lat, gdy międzynarodowa agencja ratingowa Moody's obniżyła ocenę obligacji indyjskich po tym, jak Indie dokonały próby z bronią jądrową. W wyniku tego jednego, wcale nieekonomicznego zdarzenia, cała gospodarka indyjska została zaklasyfikowana jako „spekulacyjna”, co przyniosło spadki na indyjskich giełdach¹⁰. Działanie takie jak to, zwiększając obszar niepewności w gospodarce, spowodowało *de facto* zwiększenie zapotrzebowania na usługi agencji ratingowych. Oznaczając określone gospodarki jako spekulacyjne, Moody's tworzy przekonanie o powszechnej niestabilności systemu, w którym tylko agencje takie właśnie jak Moody's mogą stanowić drogowskazy do bezpiecznej sfery.
- Wprowadzenie nowych zasad działania – międzynarodowe firmy audytorsko-konsultingowe, doradzając największym korporacjom produkcyjnym, wprowadzają do obiegu instytucjonalnego komplety reguł prawnych i organizacyjnych, które są kopiowane następnie przez kolejne podmioty gospodarcze – przykładem jest koncepcja „kreatywnej księgowości”, która stała się na wiele lat znakiem firmowym i głównym narzędziem zysku dla firm konsultingowych¹¹.

¹⁰ T. Friedman, *Lexus i drzewo oliwne. Zrozumieć globalizację*, Poznań 2001.

¹¹ W. Madsden, *Williams Companies: Enron II*. Źródło <http://www.corpwatch.org/article.php?id=1788> (odwiedzona w listopadzie 2007 r.).

- Działanie maskujące – przykładem jest list, który szef wielkich funduszy hedgingowych – George Soros – opublikował w „Financial Times” w 1998 r., w apogeum kryzysu finansowego w Rosji. W sierpniu 1998 r. fundusze Sorosa zaczęły tracić na wartości z powodu rosyjskiego kryzysu. W opublikowanym liście Soros nawoływał międzynarodowe organizacje, zajmujące się systemem walutowym i wspieraniem rozwoju gospodarczego, do wsparcia finansowego Rosji i do zatrzymania spirali kryzysu w systemie bankowym i na giełdzie. List Sorosa uruchomił lawinę działań krajów Grupy G7, w efekcie czego podjęto serię formalnych rozwiązań, które wyhamowały kryzys. List był zatem impulsem strategicznym, który rozpoczął proces ekonomiczno-polityczny czyniący z Sorosa bezpośredniego beneficjenta wprowadzanych regulacji¹².

Poza możliwościami wysyłania takich impulsów, PPA to organizacje, które charakteryzuje znacząca, zarysowana „na plus”, asymetria w stosunku do państw narodowych w zakresie posiadanych możliwości kontroli ogólnie rozumianej globalnej mobilności osób, zasobów i idei, czyli np. mobilności kapitału spekulacyjnego, inwestycji bezpośrednich, towarów, trendów kulturowych czy pracowników. Przykładowo PPA sektora produkcyjnego wpływają na mobilność zasobów i osób poprzez decyzje o skierowaniu swoich bezpośrednich inwestycji do określonych regionów świata, co w dalszej konsekwencji wpływa na kierunki przestrzennej mobilności siły roboczej¹³. PPA sektora usługowego wpływają natomiast na mobilność idei i informacji poprzez swój wpływ na kształtowanie się wiedzy o bezpiecznych (gwarantujących zyski) obszarach inwestowania.

Ta przewaga PPA wiąże się z możliwościami szerszego wykorzystania głównych globalnych strategii (czyli prywatyzacji, depolityzacji¹⁴ i sekurytyzacji¹⁵), a także z możliwościami korzystania z państwowych zasobów, podczas gdy państwa mają problemy z wykorzystaniem zasobów należących do poza-państwowych aktorów¹⁶.

¹² G. Soros, *Kryzys światowego kapitalizmu*, Warszawa 1999, s. 202-213.

¹³ S. Sassen, *Globalizacja. Eseje o nowej mobilności ludzi i pieniędzy*, Kraków 2007.

¹⁴ Depolityzacja to proces odsuwania określonych decyzji do tej pory związanych z polityką narodową w kierunku innych (prywatnych lub ponadpaństwowych) ośrodków decyzyjnych. W procesie depolityzacji nierzadko sami politycy prezentują siebie jako ośrodek decyzyjny niemogący dłużej ponosić odpowiedzialności za określone decyzje i przesuwający je w związku z tym do innych instytucji funkcjonujących poza nurtem polityki. W procesie depolityzacji ważne jest przeniesienie decyzji na inną arenę i pojawienie się nowych narzędzi realizacji zadań z nimi związanych. Zob. M. Flinders, J. Buller, *Depoliticization: Principles, Tactics and Tools*, „British Politics” 2006, vol. 1, no. 3, s. 293-318; por. M. Łoś, A. Zybortowicz, *Privatizing the Police-State. The Case of Poland*, New York 2000.

¹⁵ Sekurytyzacja to proces przenoszenia różnych społecznych problemów (np. kwestii zdrowotnych czy emigracyjnych) na obszar problematyki bezpieczeństwa.

¹⁶ Przykładem czego jest chociażby najnowszy tzw. plan Paulsona i tzw. pakiet Obamy przekazujące niespotykane dotąd państwowe środki finansowe na rzecz podupadających

Kluczowe znaczenie dla uzyskiwania przewagi przez PPA nad innymi podmiotami ma elastyczna formuła organizacyjna PPA oraz umiejętność wykorzystania obecności tzw. globalnych nomadów instytucjonalnych¹⁷, czyli osób, które działają na różnych, międzynarodowych polach aktywności, ale utrzymują podstawową lojalność względem swojego „kręgu społecznego”, a nie instytucji, przy której są aktualnie afiliowani. Nomadzi, wchodząc do różnych instytucji, poszukują w nich zasobów, które mogą być przydatne dla ich „rodzimej instytucji”¹⁸.

Realizując swoje interesy grupowe PPA, posługują się dwoma typami władzy – wpływem korekcyjnym (wyrażającym się w takich formach, jak bezpośrednia kontrola, przymus, przemoc) oraz wpływem perswazyjnym (bazującym na odwołaniu do autorytetu, legitymizacji działań przez ideologię, tworzenie publicznych scenariuszy)¹⁹. Wydaje się, że bazując na elastycznej formule organizacyjnej i szerokich możliwościach działania, PPA najsprawniej wykorzystują wpływ perswazyjny i jego odmianę, czyli władzę strukturalną. Globalna władza strukturalna to zaś połączenie synergiczne fragmentarycznych mechanizmów kontroli realizowanej przez globalne podmioty oraz wprowadzanych jednocześnie na globalną skalę rozwiązań, które strukturyzują przepływy zasobów, osób i idei.

Globalny system finansowy – strukturalna charakterystyka

Z punktu widzenia interesów PPA istnienie międzynarodowego systemu przepływu zasobów jest sprawą kluczową. Szeroko pojmowana mobilność rozciągnięta do granic możliwości stanowi bowiem rdzeń istoty funkcjonowania PPA. Jakikolwiek w pełni stabilny,

w USA prywatnych finansowych korporacji transnarodowych.

¹⁷ Pojęcie nomadów instytucjonalnych podają za: A. Z. Kamiński, J. Kurczewska, *Main actors of Transformation: The Nomadic Elites*, [w:] W. Wesolowski (red.), *The General Outlines of Transformation*, Warszawa 1994, s. 132-153.

¹⁸ Przykładem może być osoba Roberta Rubina - sekretarza skarbu w administracji Billa Clintona i jednocześnie byłego członka zarządu banku inwestycyjnego Goldman Sachs. W połowie lat 90-tych amerykańskie banki inwestycyjne (w tym Goldman Sachs) zorganizowały wspólną kampanię na rzecz zniesienia tzw. Ustawy Glassa-Steagalla, która od 1933 roku zabraniała łączenia amerykańskim bankom działalności komercyjnej i inwestycyjnej (czyli prowadzenia indywidualnych kont bankowych razem z prowadzeniem emisji akcji i obligacji). W wyniku zmasowanego lobbingu i silnego poparcia m.in. właśnie ze strony Roberta Rubina — ustawa została uchylona i doprowadziła do największych fuzji w sektorze finansowych korporacji. Zob. J. Stiglitz, *Szalone lata dziewięćdziesiąte*, Warszawa 2006, s. 160; por. S. Strange, *Casino capitalism*, Manchester University Press 1997.

¹⁹ Zob. J. Scott, *Władza*, Warszawa, 2006.

w pełni przewidywalny system pozbawiłby wielu z PPA (na przykład agencji ratingowych, międzynarodowych kancelarii) możliwości zwiększania swojej puli kapitałów. Dlatego też aktorzy ci są zainteresowani ekspansją systemu kapitalistycznego, którego istotą jest właśnie zmiana.

W literaturze analizującej historię rozwoju kapitalizmu wielokrotnie wskazywano na czynnik nieuchronnej, immanentnej zmiany charakteryzującej kapitalizm. Czynił tak na przykład Joseph Schumpeter, opisując zjawisko „kreatywnej destrukcji”, czy Immanuel Wallerstein, pisząc o „przeskokach strukturalnych” zmieniających zasady działania „kapitalistycznej gospodarki-świata”²⁰. Wielowiekowa ewolucja systemu kapitalistycznego w ramach cywilizacji zachodniej doprowadziła do stanu, w którym „rynek” stał się bardziej społecznym systemem reguł i instytucji, przestał natomiast być postrzegany tylko w kategoriach konkretnych przestrzennych rozwiązań (rynek jako targowisko). Wynik tej ewolucji zaraz obok czynnika mobilności tworzy dziś w sensie strukturalnym warunki ramowe dla codziennego działania systemów kapitalistycznych.

Chciałabym jednak zwrócić uwagę na wkomponowane w tą historyczną ewolucję czynniki podmiotowe. Gdy dziś zadamy sobie pytania o to, jakie są najważniejsze, strukturalne elementy składowe globalnego systemu finansowego, jakie podmioty i zjawiska tworzą to, co nazywa się międzynarodowym systemem gospodarczym, musimy wskazać na konkretne instytucje i podejmowane przez nie działania. Aktualny kryzys finansowy ujawnił zaś dobitnie, że „serce” systemu bije tam, gdzie inicjowane są i wzmacniane narzędzia tzw. ekonomii kasynowej. Szukając odpowiedzi na pytania o zaangażowanie się PPA w formowanie globalnego systemu finansowego, można wskazać dwa, strukturalnie istotne elementy, które wpływają dziś na formę kapitalizmu. Te dwa elementy to Bank Rozliczeń Międzynarodowych oraz działania PPA wpływające na globalną mobilność finansowych zasobów.

1. Banki centralne i Bank for International Settlements (BIS) – źródła impulsów strategicznych.

Udział państw w międzynarodowym systemie bankowym realizuje się przede wszystkim poprzez państwowe banki centralne, czyli

²⁰ I. Wallerstein, *Analiza systemów-światów. Wprowadzenie*, Warszawa 2007. Nawet metafora przyrównywania kapitalizmu do roweru, który musi mieć dostarczaną nieustannie energię, żeby się nie przewrócić, wydaje się trafnie pokazywać, że mobilność i zmiana muszą być uznane za fundamenty tego typu gospodarki.

instytucje publiczne stanowiące fragment infrastruktury finansowej państw narodowych. Poprzez takie narzędzia ekonomiczne - będące w posiadaniu banków centralnych - jak emisja pieniądza i kontrola stóp procentowych, państwa narodowe regulują częścią swojej gospodarki, w szczególności gospodarkę pieniężną. Jak pisze autor książki o bankach centralnych - Steven Solomon:

Wraz z ostatecznym zerwaniem z powojennym, ustalonym w Bretton Woods systemem monetarnym „sztywnych kursów” walutowych w 1973 roku faktyczna odpowiedzialność za sterowanie masą pieniądza papierowego w skali całego świata stała się funkcją niezawisłej oceny dokonywanej przez bankierów centralnych²¹.

Idąc tropem analizy Solomona, warto zwrócić uwagę na instytucję spajającą banki centralne, czyli na Bank Rozliczeń Międzynarodowych (BIS). BIS jest jedną z najważniejszych instytucji międzynarodowego sektora bankowego, obok Międzynarodowego Funduszu Walutowego. Bank powołano do życia w 1930 r., wyposażając tę instytucję w narzędzia umożliwiające jej zdystansowanie się wobec państw-założycieli (m.in. dając BIS możliwość częściowego samofinansowania ze środków zarobionych na działalności bankowej). Bank zrzesza 55 banków centralnych, a głosy na zebraniu ogólnym zależne są od procentowego wkładu poszczególnych banków centralnych w udziały BIS²². Zadaniem BIS jest stabilizacja systemu bankowego i monetarnego krajów członkowskich, m.in. poprzez dostarczanie wsparcia finansowego bankom centralnym w momentach kryzysowych, poprzez tworzenie infrastruktury eksperckiego wsparcia dla tych banków, organizację grup roboczych oraz proponowanie konkretnych finansowych rozwiązań dla wybranych problemów związanych działalnością tych banków. W swych działaniach BIS współpracuje z MFW, np. przy dostarczaniu pożyczek krajom zagrożonym w kryzysie. Tak działo się np. w 1982 r. podczas kryzysu w Meksyku i w 1998 r. w Brazylii²³.

BIS jest organizacją, w której - jak pisze Solomon - kluczową rolę odgrywają banki centralne grupy G10²⁴. Centralne banki zebrane w grupę G10 współpracują ze sobą poprzez cykliczne spotkania w Bazylei. Ich spotkania mają charakter półoficjalny, gdyż jak po-

²¹ S. Solomon, *Gra o zaufanie. Jak szefowie banków centralnych rządzą gospodarką globalną*, Warszawa 2000, s. 38.

²² *Ibidem*, s. 138. Por. strona www.bis.org (odwiedzona w październiku 2007 r.).

²³ Strona http://www.bis.org/about/global_financial_stability.htm (odwiedzona w październiku 2007 r.).

²⁴ Grupę tworzy *de facto* jedenaście krajów - USA, Wielka Brytania, Japonia, Belgia, Holandia, Włochy, Szwajcaria, Szwecja, Kanada, Francja, Niemcy (źródło strona www.bis.org), por. S. Solomon, *op. cit.*, s. 141.

wiedział wieloletni dyrektor Banku Rezerw Federalnych USA – Paul Volcker:

*Centralni bankierzy mają skłonność do trzymania się razem [...]. Czują niechęć ze strony własnych rządów i niezrozumienie ze strony opinii publicznej*²⁵.

Spotkania te nie zawsze owocują konkretnymi, oficjalnymi decyzjami, ale:

*Chociaż głosowanie i konkretne decyzje zdarzały się bardzo rzadko, konsensus formował się w jakiś sposób. [...] Pojawił się swoisty rodzaj kooperacji monetarnej, działający na zasadzie osmozy. Nikt w gruncie rzeczy nie wie, w jaki sposób dochodzono do decyzji*²⁶.

Przykładem takiej decyzji jest tzw. umowa z Bazylei z 1987 r. (tzw. *Basel Accord I*), która regulowała problem ryzyka kredytowego i poziomu kapitału bankowego²⁷. Jej wprowadzenie tak opisuje Solomon:

*Mimo, że decyzja ta nie była wiążąca pod względem prawnym i została podjęta bez głosowania w legislatywach krajów demokratycznych, za sprawą kodeksu honorowego klubu bankierów stała się równie dobra jak formalna ustawa*²⁸.

Po wejściu w życie, umowa z Bazylei odcisnęła ogromne piętno na międzynarodowych inwestorach i skłoniła ich do samoistnie podejmowanych działań będących zgodnych z duchem Bazylei²⁹. Przykład ten pokazuje, jak duża jest autonomia działania BIS. Umowa z Bazylei była zatem impulsem strategicznym wysłany przez zarządzających bankami centralnymi. Impulsem, który skłonił banki inwestycyjne oraz prywatnych inwestorów do wdrożenia „dobrych praktyk” zmieniających funkcjonowanie rozmaitych instytucji finansowych³⁰.

Ten, a także inne przykłady podane przez Solomona skłaniają nas do uznania BIS bardziej za poza-państwowego aktora niż za klasyczną organizację międzynarodową. BIS ma znaczący wpływ na „psychologię” globalnego rynku – wzmagając, inicjując lub neutralizując określone zjawiska makroekonomiczne, sprawia, że inni PPA podejmują określone działania. Wreszcie BIS, a poprzez niego banki centralne, podejmuje próby regulowania międzynarodowych przepływów kapitałowych w ramach własnej logiki mobilności³¹.

²⁵ S. Solomon, *op. cit.*, s. 33.

²⁶ *Ibidem*, s. 140.

²⁷ Por. http://www.bis.org/about/global_financial_stability.htm (odwiedzona w październiku 2007 r.).

²⁸ S. Solomon, *op. cit.*, s. 546.

²⁹ Por. J. Stiglitz, *op. cit.*, s. 159.

³⁰ S. Solomon, *op. cit.*, s. 549.

³¹ Instytucje te odgrywają na przykład kluczową rolę w kształtowaniu Europejskiego Systemu

Specyfika funkcjonowania BIS, który tworzy hybrydową platformę dla działań z jednej strony państwowych (bankierzy reprezentują przecież państwowe instytucje), a z drugiej strony dla działań oderwanych od bezpośrednich politycznych nacisków i obecności liderów politycznych, nie jest z pewnością jedynym przykładem mieszania różnych rodzajów podmiotowości w świetle problemów międzynarodowego systemu bankowego, ale przykładem o niezwykle fundamentalnym znaczeniu.

2. Kasynowy kapitalizm oraz lobbing – dwa oblicza mobilności zasobów.

Zjawisko spekulacji jest niemal tak stare jak gospodarka, ale jak pisze badaczka międzynarodowych stosunków finansowych Susan Strange, od początku lat 70. XX w. w kapitalistycznej gospodarce tradycyjna produkcja i tradycyjny handel międzynarodowy zostały wyparte przez narzędzia spekulacyjne³². Gwałtowność zmian systemu ekonomicznego przybrała, według Strange, od tego czasu na sile, w coraz bardziej zdecydowany sposób wpływając na całokształt gospodarki, zmieniając ją w końcu w tzw. kasynowy kapitalizm, w którym wirtualne przepływy finansowe mają decydujący wpływ na całokształt ekonomii³³.

Kasynowy kapitalizm jest systemem doskonale sprzyjającym interesom grupowym większości PPA z sektora usług i finansów. W systemie tym mobilność idei i zasobów jest wprost skorelowana z działaniami inicjowanymi właśnie przez takie instytucje jak banki inwestycyjne, międzynarodowe kancelarie prawnicze czy umiędzynarodowione think tanki. Przyjrzyjmy się więc, jak powstawał ten system i jaki udział w tym mieli PPA.

W centrum kasynowego kapitalizmu niewątpliwie znajdują się największe giełdy papierów wartościowych. Rozbudowa międzynarodowego systemu giełd papierów wartościowych i wzrost znaczenia tych podmiotów dla ekonomii wielu krajów świata nie mógłby nastąpić, gdyby nie zainteresowanie PPA i wsparcie instytucji silnych gospodarczo państw. Podmioty takie jak amerykańskie banki inwestycyjne, umiędzynarodowione think tanki czy część transnarodowych stowarzyszeń korporacyjnych wspierały ideę uwolnienia systemu finansowego i stworzenia mechanizmów dla bardziej swobodnych przepływów kapitałowych. Dlatego też decyzja prezydenta Richarda

mu Walutowego (zob. L. Gruber, *Ruling The World. Power Politics and the Rise of Supranational Institutions*, Princeton University 2000, s. 171-248).

³² Por. E. Chancellor, *Historia spekulacji finansowych*, Warszawa 2001.

³³ S. Strange, *op. cit.*

Nixona (tzw. *Nixon Shock*) o uwolnieniu w 1971 r. amerykańskiej waluty i zerwaniu systemu stałych kursów z Bretton Woods, decyzja, która w opinii wielu badaczy leży u podstaw dzisiejszej gwałtownie zmiennej gospodarki, spotkała się wówczas z dosyć szeroką aprobatą amerykańskich instytucji finansowych, które już wtedy odgrywały znaczącą rolę w systemie międzynarodowych finansów. „Szok Nixona” był bowiem impulsem strategicznym dla zwiększenia mobilności kapitału³⁴. Impuls ten zaś zwiększał znaczenie sektora prywatnego kosztem możliwości działania instytucji publicznych.

Podobnie działo się w przypadku serii deregulacji giełdy londyńskiej - tzw. Big Bang londyńskiego City w 1986 r. – przeprowadzonej przez administrację Margaret Thatcher³⁵. Zwiększenie swobody obrotów na giełdzie londyńskiej zwiększyło możliwości działania nie tylko PPA z sektora finansów (jak banki inwestycyjne i duże grupy kapitałowe), ale także z sektora usług (kancelarie prawnicze, firmy audytorskie, firmy międzynarodowych PR)³⁶. Big Bang dał im bowiem większy, bardziej złożony rynek i międzynarodową klientelę.

Strukturalną konsekwencją tych decyzji było uruchomienie międzynarodowego, swobodnego przepływu spekulacyjnych transakcji. PPA z sektora finansowego zabezpieczały swoje interesy grupowe, wspierając się na tych regulacjach. Banki inwestycyjne wspierały finansowo ośrodki badawcze, które legitymizowały spekulację i doktrynę monetaryzmu³⁷. W ten sposób zabezpieczały sobie przychyłność polityków, którzy wiele decyzji podejmują, kierując się analizami generowanymi przez think tanki³⁸. Później zaś utrzymując się na fali postępu technologicznego w telekomunikacji, przez całe lata 90.

³⁴ Co prowadzi do konkluzji, iż impulsy strategiczne mogą być wysyłane również przez instytucje niektórych państw. Państwa te można nazwać państwami-katalizatorami. *Catalytic states* to termin ukoję przez Michaela Lindę, który przywołuję za książką Lindy Weiss „The myth of the powerless state. Governing the economy in a global era” (1998, s. 209). Są to, jak pisze Weiss, państwa: *...starające się osiągnąć swoje cele, polegając mniej na własnych zasobach, a więcej na osiąganiu dominującej pozycji w koalicjach z innymi państwami, transnarodowymi instytucjami lub grupami prywatnego sektora.*

³⁵ A. Smith, *The New Capital of Capital*, „Time”, 31 stycznia 2007 r., strona: www.time.com (odwiedzona w grudniu 2008 r.).

³⁶ H. McRae, *Big Bang propelled the City into the firmament, but can it keep its lead?* „The Independent”, 15 października 2006 r., strona: <http://www.independent.co.uk> (odwiedzona w grudniu 2008). Por. A. Smith, *op. cit.*

³⁷ E. Chancellor, *op. cit.*, s. 328. Chancellor nie wyraża tej opinii wprost, raczej ją sugeruje, natomiast opinię identyczną z przedstawioną powyżej wygłosiła Susan George, autorka książki „The Lugano Report” (1999), podczas konferencji zorganizowanej przez organizację War on Want w Londynie, w lutym 2004 r. (źródło: notatki autorki rozprawy z wystąpienia George). Por. N. Klein, *Doktryna Szoku*, Warszawa 2008.

³⁸ O roli międzynarodowej sławy ekonomistów w kształtowaniu przychyłności politycznej dla międzynarodowego kapitału pisze również Robert Kuttner, *The Role of Governments in the Global Economy*, [w:] W. Hutton, A. Giddens (red.), *On the Edge. Living with Global Capitalism*, London 2000, s. 147-163.

utrzymywały spekulacyjne trendy w gospodarce światowej, posługując się wizją szybkich i łatwych indywidualnych zysków³⁹.

Ponadto podmioty te wymyślały nowe narzędzia inwestycyjne, które poszerzały zakres spekulacji i mobilności kapitału. Narzędzia te były następnie przyjmowane i wdrażane przez inne instytucje działające na rynkach finansowych. Na przykład bank inwestycyjny Salomon Brothers wprowadził w latach 80. narzędzie o nazwie *debt swap*, „konwersja długów”, narzędzie stosowane przez wiele instytucji państwowych i prywatnych w sytuacjach kryzysowych w następnych latach, a legendarny inwestor lat 80. Michael Miliken wprowadził tzw. „obligacje śmieciowe”⁴⁰. Za pomocą takich między innymi narzędzi podmioty te utrzymywały realizację swojego długofalowego celu, jakim jest poszerzenie pola działalności i pozyskiwanie nowych klientów. Przykładem takich innowacji jest także wprowadzenie w 2002 r. przez międzynarodową kancelarię prawniczą Allan&Overy rządu Malezji do globalnej gry na rynku obligacji. Allan&Overy doradzała bowiem rządowi Malezji przy przeprowadzaniu pierwszej na świecie międzynarodowej emisji obligacji rządowych zgodnych z prawem koranicznym. Prawo koraniczne oficjalnie zabrania emitowania obligacji w formie takiej, jak czyni się to w świecie zachodnim. Istnieje jednak forma zbliżona do obligacji – tzw. sukuk. Pierwszym rządem, który wyemitował te papiery wartościowe był właśnie rząd Malezji⁴¹. W ten sposób do globalnej gry rynkowej aktywniej podłączyło się państwo, które do tej pory ograniczone było przez własne wymogi kulturowe.

„Szok Nixona” czy Big Bang w Londynie mogą być oczywiście postrzegane jako wyłącznie polityczne decyzje, w których politycy kierowali się interesem narodowym. Jednak analizy dotyczące lobbingu prowadzonego przez PPA muszą kierować w stronę postawienia pytania: skoro decyzje te były korzystne dla PPA, to czy nie powstały one z inicjatywy niektórych PPA? Zjawisko korporacyjnego lobbingu wydaje się być dziś, obok zjawiska spekulacji, drugą ścieżką dla PPA do wypracowania dla siebie innych zasad przepływu kapitału.

Przykładem niech będzie ujawniana stopniowo od 2004 r. przez brytyjską gazetę „The Guardian” sprawa tajnego lobbingu produkcyjnych i finansowych PPA prowadzonego wobec premierów Blaira i Browna (gazeta uzyskała pewne dane, bazując na ustawie

³⁹ T. Friedman, *op. cit.* Por. A. Zybala, *Globalna korekta. Szanse Polski w zglobalizowanym świecie*, Wrocław 2004, s. 148-150.

⁴⁰ E. Chancellor, *op. cit.*, s. 334-337, 347-351.

⁴¹ Allen&Overy doradzała później w tym samym zakresie rządowi Kataru i Pakistanu (*Allan&Overy Annual Report 2007*).

o dostępie do informacji publicznej). „The Guardian” ujawnił, że za rządów premiera Wielkiej Brytanii Tony’ego Blaira grupa około dziesięciu prezesów największych korporacji transnarodowych miała bezpośredni dostęp do premiera i prowadziła na tajnych spotkaniach z premierem bezpośredni lobbing na rzecz swoich korporacji⁴². Spotkania te, jak ujawnił „The Guardian”, są kontynuowane przez nowego premiera – Gordona Browna. W tajnych spotkaniach uczestniczyli m.in. prezesi BP, Unilever, Shell i banku HSBC. Mieli oni skłaniać premierów do wprowadzania korzystnych dla korporacji regulacji podatkowych, a także do innych form wspierania ich firm przez rząd. Jak podają dziennikarze, bezpośredni lobbing tych PPA u premiera Blaira obejmował szeroki wachlarz problemów – od deregulacji systemu pocztowego, do liberalizacji rynku energetyki. Ważną grupą lobbingową stanowi również zwłaszcza środowisko finansowych korporacji, które korzystają jak na razie w londyńskim City z licznych ulg podatkowych, w tym ulg wspieranych i zaproponowanych przez Gordona Browna⁴³. Z ujawnionych przez dziennikarzy skutków lobbingu strukturalne konsekwencje ujawnia sprawa z 2003 r., gdy grupa prezesów przekonywała premiera Blaira do rezygnacji z 60% podatku od dochodów powyżej 1.4 mln funtów. Autor propozycji tego podatku – wówczas minister finansów Gordon Brown – ugiął się pod naciskiem lobbystów i podwyższył próg z 1.4 mln na 1.8 mln funtów, jednocześnie przesuwając wprowadzenie tej regulacji na rok 2010 i obniżając stawkę podatkową do 55%⁴⁴. Podsumowując te zdarzenia, można powiedzieć, że dokonała się tu w wyniku lobbingu specyficzna depolityzacja. *De facto* bowiem decyzja dotycząca znaczących środków finansowych została zainicjowana przez prywatne instytucje, a politycy stali się bardziej wykonawcami decyzji, niż ich inicjatorami.

Pojawianie się korzystnych dla PPA rozwiązań zarówno o globalnym wymiarze strukturalnym (Big Bang), jak lokalnym (efekty lobbingu u brytyjskich premierów) prowadzą do zwiększenia swobody działania PPA oraz szybciej czynią z nich beneficjentów systemu ekonomicznego. W każdym przypadku chodzi bowiem o możliwość uzyskania większej mobilności niż tradycyjne, działające tylko lo-

⁴² R. Evans, D. Leigh, *Downing St forced to reveal secret meetings*, „The Guardian”, 16 marca 2004 r. Źródło strona: www.guardian.co.uk (odwiedzona w kwietniu 2008 r.). Por. R. Cookson, R. Evans, T. Levene, *Ultra-rich lobby group with influence at No 10*, „The Guardian”, 12 lutego 2008 r., źródło: www.guardian.co.uk (odwiedzona w marcu 2008 r.).

⁴³ K. Robinson, *Spotlight: Lord mayor of London plugs city's financial center*, „International Herald Tribune”, 2 lutego 2007 r. Źródło strona: <http://www.iht.com/articles/2007/02/02/business/wbspot03.php> (odwiedzona w kwietniu 2008 r.).

⁴⁴ R. Cookson, R. Evans, T. Levene, *op. cit.*

kalnie (czyli na poziomie państw narodowych) podmioty. Kasynowy kapitalizm wsparty przez zjawisko tajnego lobbingu daje moim zdaniem PPA narzędzia kreowania własnej dominującej pozycji w globalnym systemie finansowym.

Podsumowanie

Mobilność zawsze była jedną z ważniejszych i bardziej pożądanых cech w historii ludzkości. Rewolucje, bunt i protesty społeczne można przecież postrzegać właśnie jako nieustającą walkę o większą mobilność określonych aktorów społecznych oraz ich idei i zasobów. Także dzisiaj mobilność idei, ludzi i zasobów jest niezwykle pożądanym zjawiskiem, gdyż oznacza wolność i szansę na realizację własnych celów (tak w wymiarze jednostkowym jak i organizacyjnym). PPA w swoim dążeniu do uzyskania jak największej mobilności posługują się trzema strategiami – prywatyzacją, sekurytyzacją oraz depolityzacją. Strategie te – a przede wszystkim prywatyzacja i depolityzacja – są również używane na polu globalnego systemu finansowego i powinny być postrzegane jako czynniki współdecydujące o dominującej pozycji PPA zaangażowanych w ten system. Każda z nich prowadzi bowiem do zwiększenia możliwości oddziaływania PPA na rzeczywistość, często zaś dzieje się to kosztem możliwości działania instytucji państwowych lub firm prywatnych działających jedynie lokalnie.

Strukturalnie istotne dziś elementy globalnego systemu finansowego, jak swobodny przepływ kapitału inwestycyjnego, prywatyzacja i depolityzacja wielu decyzji gospodarczych są powiązane z działaniami PPA i ich interesami grupowymi. Narzędzia finansowe, które uczyniły z globalnych rynków finansowych płynne środowisko przepływu zasobów, zostały zainicjowane i wprowadzone do systemu właśnie przez PPA. Dziś narzędzia te czynią z prywatnych poza-państwowych podmiotów głównych uczestników kasynowego kapitalizmu. Gdy konieczność wsparcia finansowego systemu bankowego bywa przedstawiana opinii publicznej jako element wzmocnienia bezpieczeństwa infrastruktury instytucjonalnej państwa, to mamy do czynienia z procesem sekurytyzacji przeprowadzanej przez PPA i w zgodzie z ich potrzebami. Za pomocą inicjowanych przez siebie reguł PPA uzyskują dziś zatem dla siebie przestrzeń, w której mobilność jest kształtowana przez ich własne innowacje i ich impulsy strategiczne, a powstające w wyniku tego gospodarcze struktury uprzywilejowują podmioty poza-państwowe.

Tego typu działania podejmowane przez PPA nabierają tym większego znaczenia, gdy uświadomimy sobie, że prawa i reguły proponowane przez PPA nie dotyczą tylko ich wąskich interesów grupowych, ale mają bezpośrednie nieraz przełożenie na jakość funkcjonowania instytucji państwowych. Impulsy strategiczne oraz podejmowane przez PPA strategie działania przyczyniają się do stworzenia swoistych enklaw prawno-organizacyjnych, w których globalne podmioty lokują się na uprzywilejowanej pozycji. Tworzący się w ten sposób na obszarze gospodarki i finansów międzynarodowy pluralizm prawny jest wewnętrznie „skażony” niezdrową asymetrią wpływów. Asymetria ta faworyzuje PPA, umacnia ich dominującą pozycję poprzez wprowadzanie do systemów prawnych rozwiązań inicjowanych przez PPA lub wprost dla nich wyłącznie korzystnych (jak w przypadku lobbingu na 10 Downing Street). Zjawiska lobbingu czy nowatorskich rozwiązań w finansach (jak koncepcja kreatywnej księgowości czy obligacje typu sukuk) zmieniają prawny krajobraz wielu krajów jednocześnie. Proces ten wydaje się narastać, a wpływy PPA w systemy prawno-organizacyjne, w lokalne porządki prawne, mimo kryzysu nie zmieniają się. Jednym z głównych powodów takiego stanu wydaje się być obecność globalnych nomadów instytucjonalnych, którzy migrując pomiędzy sektorem państwowym a prywatnym, inicjują powstawanie sytuacji uprzywilejowanych PPA. Nomadzi czynią to nawet kosztem publicznych środków, ostatecznie „zanurzając” ideę pluralizmu prawnego w sytuację potencjalnych, coraz liczniejszych konfliktów interesów, z którymi instytucje państw będą musiały sobie radzić, jeśli chcą efektywnie rozwijać własny potencjał.

Czy w Internecie panuje pluralizm prawny?

Trudno o wyznaczenia precyzyjnych cezur czasowych przejścia od epoki nowoczesnej do ponowoczesnej. Nie było to zjawisko nagłe, jednorazowe, nie ujawniło swojego oblicza w jednym momencie wobec ogółu ludzkości i we wszystkich dziedzinach życia. W tym sensie zwrot ku ponowoczesności nie był zjawiskiem totalnym. Można raczej wskazać na różnorodne symptomy interesującej nas tu transformacji, pojawiające się w ciągu ostatnich dziesięcioleci w różnym nasileniu i w różnej postaci. Wystarczy wspomnieć chociażby o kryzysie państwa narodowego, wzrastającej wielokulturowości i wieloetniczności współczesnych społeczeństw, nasilającej się gwałtownie funkcjonalnej dyferencjacji i wzrastającej nieprzewidywalności życia zbiorowego, a także pojawieniu się tzw. nowych ruchów społecznych. Istotne przemiany zachodzą w sferze technicznej życia społeczeństw. Towarzyszyły one i towarzyszą wymienionym wcześniej zjawiskom, ale również, w wielu przypadkach, są ich swoistym katalizatorem. Mechanizm ten dobrze widać na przykładzie Internetu oraz jego wpływu na kształt struktury społecznej – spontanicznego organizowania się transnarodowego społeczeństwa obywatelskiego nowego typu, formowania się nowych rodzajów sieci społecznych, służących koordynacji zbiorowych działań.

Gwałtowny rozwój technik informatycznych i telekomunikacyjnych, w połączeniu z pewnymi przemianami instytucjonalnymi doprowadził pod koniec XX wieku do powstania pierwszego medium horyzontalnej, wielokanałowej komunikacji o prawdziwie globalnym zasięgu. Poprzez użycie wspólnego protokołu komunikacyjnego dochodzi do powiązania w jedną sieć logiczną wielu sieci komputerowych, połączonych za pomocą przewodów, włókien światłowodowych lub bezprzewodowej transmisji danych. Powstał nieograniczony przestrzennie kanał transmisji różnorodnych treści, wyrażonych w formie cyfrowej, kanał dostępu do informacji, ich dystrybucji i sprzedaży przy bardzo niskich kosztach reprodukcji. Poszczególne fragmenty Sieci są zarządzane w sposób autonomiczny. Nie istnieje centralny ośrodek decyzyjny kontrolujący wszystkie aspekty funkcjonowania Internetu. Warunkiem włączenia do Sieci jest

przestrzeganie wspólnych standardów transmisji pozwalających wymieniać dane.

Istotnym momentem, który zaważył na zwiększeniu się społecznego znaczenia i rozwoju Internetu okazała się popularyzacja *World Wide Web*¹, co nastąpiło w połowie lat 90. wraz z prywatyzacją sieci szkieletowej². Gdy w jednym momencie Internet stał się przystępny dla mas i dostępny dla biznesu, systemy informatyczne i teleinformatyczne stały się elementem współkonstituującym wszystkie niemal obszary życia społecznego. Internet przyspieszył procesy globalizacji w takich dziedzinach, jak gospodarka, rynek, polityka i prawo. Przemianie ulega baza materialna społeczeństwa – industrializm, jako jego dawna zasada organizacyjna zaczął być wypierany przez informacjonizm³. Tak jak wieki XVIII i XIX były okresem rewolucji przemysłowej i energetycznej, przełom wieków XX i XXI jest naznaczony przez rewolucję informatyczną⁴. Nowo opracowywane teorie społeczne silnie akcentują powiązanie życia zbiorowości z kształtem jej otoczenia technicznego w postaci infrastruktury informatycznej i komunikacyjnej. Społeczeństwo organizujące się wokół sieci teleinformatycznych (komputerowych, telefonii komórkowej, telewizji cyfrowej) jest jednym z oryginalnych przejawów epoki postindustrialnej⁵.

Socjologowi prawa narzucają się w tym miejscu pytania o to, czy przełom w komunikacji społecznej i gospodarce prowadzi do

¹ WWW umożliwiła dostęp do zapisanych w odpowiednim formacie dokumentów hipermediałnych (takich jak dźwięk, tekst, obraz, grafika, animacja) połączonych poprzez hiperłącza z innymi dokumentami. U uruchomienie hiperłącza powoduje automatyczne przejście do danych znajdujących się w dowolnym miejscu sieci. *World Wide Web* stała się niezwykle popularnym sposobem korzystania z zasobów informatycznych zgromadzonych w ramach sieci Internet.

² W końcu kwietnia 1995 roku finansowana przez rząd USA szkieletowa sieć komputerowa Narodowej Fundacji Nauki przestała funkcjonować. Miejsce dotychczasowej infrastruktury zastąpiły usługi świadczone przez prywatne firmy.

³ Pojęcie „informacjonizmu” (ang. *informacionalism*) w używanym tu znaczeniu wprowadziła Mirosława Marody, redaktor naukowy polskiego tłumaczenia trylogii Manuela Castellsa – por. tenże, *Społeczeństwo sieci*, Warszawa 2007. Biorąc pod uwagę to, jak wielki wpływ mają nowe media na ludzkie wybory w kwestiach politycznych, ideologicznych, światopoglądowych, ale też w zakresie upodobań czy mody napędzającej gospodarkę można wręcz twierdzić, że sfery produkcji materialnej i politycznej stanowią funkcję i pochodną sfery władztwa duchowego.

⁴ W ramach „gospodarki opartej na wiedzy” głównym źródłem akumulacji kapitału staje się przetwarzanie symboli i idei. Por. J. Ober, *Etyka w rozwoju informatyki*, „Nauka”, 1/1999, s. 152; R. Florida, *The Rise of the Creative Class*, New York 2002.

⁵ J. Naisbitt, *Megatrends*, New York 1982.

przełomu w prawie, a jeżeli tak, to czym taki przełom miałby się przejawiać. Czy sięgnie on tak głęboko, aby przyczynić się do podważenia pozytywistycznego paradygmatu oraz czym można by ten paradygmat zastąpić? Dyskusje nad tym, kto i przy pomocy jakich środków może i powinien regulować Internet toczą się na łamach prawniczej literatury amerykańskiej i europejskiej od wczesnych lat dziewięćdziesiątych.⁶ W ich ramach powstała wątpliwość, czy regulacyjną działalność państwa można pogodzić z właściwościami globalnej Sieci? Jak w nowych warunkach powinno się tworzyć prawo? Czy tradycyjne, osadzone terytorialnie, systemy prawotwórcze utrzymają swoją dotychczasową pozycję? Czy nadal będą w stanie skutecznie kształtować postawy społeczne i kontrolować zachowania członków społeczeństwa?

Teorie pluralizmu prawnego a Internet

Dla wyjaśnienia i zinterpretowania mechanizmów regulacji Internetu pomocne są teorie Neila MacCormicka i Günthera Teubnera – koncepcja prawa jako instytucjonalnego porządku normatywnego uznająca istnienie wielości porządków prawnych oraz koncepcja konstytucjonalizmu społecznego – w ramach której pluralizm stanowi funkcjonalną właściwość formującego się prawa globalnego. MacCormick traktuje prawo państwowe jako jeden z wielu „podgatunków” należących do szerszej kategorii określanej jako „instytucjonalne porządki normatywne”. Dopuszcza możliwość występowania pluralizmu prawnego, to znaczy sytuacji, gdy położenie prawne jednostki jest wyznaczane jednocześnie przez więcej niż jeden instytucjonalny porządek normatywny, a konflikt norm nie może być rozwiązany przy użyciu metod prawniczych. W przypadku kolizji rozstrzygnięć przyjętych w ramach

⁶ Por. J. R. Reidenberg, *Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigms*, „Harvard Journal of Law & Technology” 1992-1993, vol. 6; T. I. Hardy, *The Proper Legal Regime for “Cyberspace”*, „University of Pittsburgh Law Review”, vol. 55 1993-1994; E. Volokh, *Technology and the Future of Law*, „Stanford Law Review” 1994-1995, vol. 47; P. Borsook, *How Anarchy Works? On location with the Masters of the Metaverse, the Internet Engineering Task Force*, „Wired” 3 X 1995; D.R. Johnson, D. Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, „Stanford Law Review”, 1995-1996, vol. 48; M. E. Katsh, *Law in a Digital World*, New York: Oxford University Press, 1995; J. R. Reidenberg, *Governing Networks and Rule-making in Cyberspace*, „Emory Law Journal”, 1996, vol. 45; W.H. Boom, J.H.M. Erp, *Electronic Highways: On the Road to Liability* [w:] V. Bekkers (ed.), *Emerging Electronic Highways: New Challenges for Politics and Law*, 1996.

konkurencyjnych porządków nie jest możliwe przyznanie jednemu z nich pierwszeństwa na podstawie instrumentarium wnioskowań prawniczych. Niezbędne staje się odwołanie do kryteriów zewnętrznych wobec systemów; przykładowo, rozważenie stosunków siły, struktur władzy, która wspiera ten lub inny porządek⁷.

Fakt, iż, w powszechnym rozumieniu, prawo państwowe stało się synonimem prawa w ogóle, wynika z tego, że władza polityczna, która zdominowała wszelkie inne porządki normatywne, była w długim okresie historycznym skupiona przede wszystkim w rękach organizacji terytorialnych. Jednak, jak zasadnie zauważa MacCormick, „państwo i prawo są konceptualnie odrębne choć empirycznie współobecne”⁸. Ścisły związek między nimi zachodził w konkretnym czasie, na określonym obszarze. Obserwowane współcześnie przemiany w strukturach władzy, sposobie jej postrzegania i sprawowania, związane np. z procesami globalizacji, mogą już w niedalekiej przyszłości zmienić relacje sił stojących za poszczególnymi porządkami normatywnymi, w tym także wyobrażenia o ich wzajemnym podporządkowaniu i zależności. Rozważania MacCormicka prowadzą do wniosków, które przedstawiam poniżej.

- a) Prawo i państwo nie są tożsame. Może istnieć więcej niż jeden porządek przymusu, konstytuujący ludzką zbiorowość⁹. Nie istnieje żaden analityczny związek pomiędzy prawem i państwem, gdyż należy rozróżnić normatywne formy władzy od form nienormatywnych, tj. władzy w sensie faktycznym, społecznym. Prawo państwowe to zaledwie jedna z form prawa, a tzw. państwo prawne to co najwyżej jedna z form państwa, w której stosunki władzy są zapośredniczone przez prawo. Pośrednio prowadzi to do wniosku, że porządek światowy może być zbudowany poza koncepcją suwerenności państwowej jako takiej¹⁰.
- b) Różne systemy normatywne mogą współistnieć. Uznanie ważności jednego z nich nie musi koniecznie prowadzić do odbierania innym normatywnego charakteru lub podważania ich niezależności.

⁷ N. MacCormick, *Institutional Normative Order: A Conception of Law*, „Cornell Law Review” 1996-1997, vol. 82, s. 1058.

⁸ Idem, *Institutions and Laws Again*, „Texas Law Review” 1998-1999, vol. 77, s. 1434.

⁹ Podważa tym samym tezę H. Kelsena, zgodnie z którą „państwo pojęte jako osoba nie oznacza nic innego jak uosobienie porządku prawnego, a państwo pojęte jako moc nie jest niczym innym, jak skutecznością tego porządku” oraz „każde państwo musi być państwem prawnym” - *op.cit.*, s. 65-66.

¹⁰ N. MacCormick, *Institutional...*, s. 1067.

c) Rozstrzygnięcie konfliktów międzysystemowych jest domeną polityki, a nie prawa.

Z kolei według Günthera Teubnera, postęp procesów globalizacyjnych, znacznie szybciej niż w obrębie prawa państwowego, dokonuje się w ramach poszczególnych sektorów społecznych. Polega on na tym, że obszary życia społecznego, takie jak ekonomia, medycyna, edukacja, technika, transport przekraczają swoje granice regionalne i organizują się w skali globalnej z właściwą sobie dynamiką, w sposób autonomiczny względem polityki. Tworzą w ten sposób autonomiczne sektory światowego społeczeństwa, ulegające stopniowej jurydyzacji. Kierując się różnymi odmianami globalnej racjonalności wytwarzają one własne „reżimy” reguł, które powstają w drodze porozumień pomiędzy „prywatnymi” uczestnikami stosunków transnarodowych¹¹. Stopniowo – zdaniem Teubnera – tradycyjna dyferencjacja na relatywnie autonomiczne narodowe porządki prawne jest zastępowana zasadą dyferencjacji sektorowej – dyferencjacji globalnego prawa na transnarodowe reżimy prawne, których zakres przebiega według linii przedmiotowych, a nie terytorialnych i które roszczą sobie prawo do ogólnoświatowej ważności¹². W ten sposób powstają porządki prawne globalne, ale zarazem partykularne. Jednym z głównych zadań teorii konstytucyjnej u progu nowego stulecia jest więc, zdaniem Teubnera, uogólnienie i przeformułowanie pojęcia konstytucji państwa narodowego na potrzeby wypracowania modelu uniwersalnej konstytucji światowej. Jedną z takich konstytucji jest „konstytucja cyfrowa”, powstająca dla sektora organizującego się wokół transnarodowego Internetu.

Potencjał regulacyjny Internetu

Niektóre aspekty funkcjonowania Internetu można uznać za potwierdzenie tezy o wyłomie dokonującym się w jednym z podstawowych założeń pozytywizmu prawniczego – zakładającego monopol i onnipotencję państwowej regulacji prawnej. W obrębie Sieci

¹¹ G. Teubner, *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, [w:] K.-H. Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot 2004.

¹² A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 25, s. 1009.

zauważalny jest swoisty pluralizm systemów regulacji oraz pewne wyraźne zaczątki procesu formowania się prawa globalnego.

Niektóre zjawiska, obserwowane w związku z rozwojem Internetu świadczą o zacieraniu się wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy państwami i rynkami, pomiędzy sferą publiczną a prywatną. Przykładowo, państwa dostosowują prawo zgodnie z technicznymi standardami ustalonymi przez transnarodowe ciała złożone z niepaństwowych aktorów. Czynią tak w obawie przed marginalizacją na globalnym rynku, wkraczającym w fazę informacjonizmu. Ciała formalnie pozarządowe, o trudnej do jednoznacznego zaklasyfikowania tożsamości i podmiotowości (takie jak np. ICANN¹³) współpracują z rządami w tworzeniu reguł odnoszących się do niektórych aspektów funkcjonowania globalnej struktury informatycznej, stanowiącej, aby rzecz jeszcze skomplikować, w większości własność prywatną. W dodatku, znaczenie tych reguł, np. w odniesieniu do domen internetowych i tak w znacznej mierze zależy od konwencji technicznej akceptowanej dobrowolnie przez operatorów.

Spółeczność użytkowników Internetu stanowi taki typ organizacji, w którym kontrola zachowań następuje poprzez wykorzystanie szerokiej gamy procesów sterowania, a nie jedynie wskutek użycia prawa państwowego. Prawo pełni funkcję jednego z wielu systemów kontrolnych. Towarzyszą mu różnorodne formy i procedury tworzenia reguł, m.in. kontrakty, standardy techniczne, normalizacja. Istnieje wiele mechanizmów kontroli i wiele ośrodków kontroli, np. ponadnarodowe zrzeszenia, organizacje pozarządowe, itp.¹⁴. Prawo jest więc tylko jedną z taktyk rządzenia, która dodatkowo przejmuje metody sterowania od innych systemów, np. zapożycza instrumenty regulacyjne z dziedziny ekonomii czy edukacji (sterowanie przez bodźce ekonomiczne, kampanie społeczne, itp.)¹⁵. W dobie informacjonizmu katalog potencjalnych środków kontroli poszerza się dodatkowo o rozwiązania techniczne, wykorzystywane w informatyce.

Twierdzenie o „pluralizmie systemów regulacji” w Internecie powinno zostać poprzedzone zdefiniowaniem podstawowego pojęcia. W szerokim znaczeniu dowolny „system regulacji” można zreduko-

¹³ *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

¹⁴ Por. C. Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, [w:] J. Jordana (red.), D. Levi-Faur (red.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, 2005.

¹⁵ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 93-102.

wać do trzech komponentów, tj. (1) standardu (celu, zbioru wartości) stanowiącego wzorzec oceny dla sytuacji poddawanych kontroli, (2) mechanizmu monitorującego, (3) określonej formy działań podejmowanych w celu dostosowania zachowań kontrolowanych podmiotów, rejestrowanych przez komponent drugi, do wzorca określonego w komponentcie pierwszym.

We współczesnych systemach prawnych, obok regulacji opartej na prostych nakazach i zakazach, występuje regulacja poprzez bodźce. Wyrafinowane instrumenty regulacyjne przybierają postać np. sterowania przez stymulacje ekonomiczne (ulgi, subwencje) albo sterowania infrastrukturalnego (jak chociażby tworzenie stref gospodarczych)¹⁶. Doświadczany globalnie przewrót informatyczny uczynił rzeczywistość społeczną jeszcze bardziej złożoną i w konsekwencji jeszcze mniej podatną na kształtowanie jej za pośrednictwem prostych nakazów i zakazów. W takim stanie rzeczy, w sposób naturalny powstała potrzeba wynalezienia mechanizmów kontroli, dostosowanych do transnarodowego charakteru relacji społecznych występujących w ramach cyfrowego środowiska komunikacyjnego¹⁷.

Jednym z nich jest proces „wpisywania” czy też „wkomponowywania” reguł postępowania w architekturę systemów teleinformatycznych¹⁸. Projekt techniczny może „ucieleśniać” preferencje i wartości, które odpowiadają interesom jego twórców (*codewriters*). Środki o charakterze technicznym spełniają funkcję medium sterowania. Konfiguracja systemów teleinformatycznych wyznacza zakres nie tylko dozwolonych, ale i fizycznie możliwych działań użytkowników. Zasięg tego rodzaju regulacji nie jest ograniczony pod względem terytorialnym. Kontrola przestrzegania „wbudowanych” w technikę reguł następuje w sposób zautomatyzowany, poprzez odpowiednią konfigurację lub rekonfigurację ustawień terminala przynależnego do pojedynczego użytkownika, systemu służącego potrzebom danej grupy albo wręcz całej po-

¹⁶ Ibidem, s. 93-100.

¹⁷ L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, „Harvard Law Review” 1999-2000, vol. 113, s. 502.

¹⁸ J.R. Reidenberg, *Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigms*, „Harvard Journal of Law & Technology” 1992-1993, vol. 6; idem, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, „Texas Law Review” 1998, vol. 76, no. 3. Stosunkowo wcześniej temat ten poruszali także: W.M. Mitchell, *City of Bits: Space, Place and the Infobahn*, Cambridge Mass. 1995; M.E. Katsh, *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, „The University of Chicago Legal Forum” vol. 1996.

pulacji. Ośrodki władzy politycznej lub ekonomicznej mogą pośrednio lub bezpośrednio oddziaływać na projektowanie architektury systemów elektronicznych i w ten sposób przeciwdziałać określonym typom transmisji danych, a promować inne.

„Kod/Kodeks Zachodniego Wybrzeża...”

Badający to zjawisko konstytucjonalista Lawrence Lessig wyróżnił dwa rodzaje mechanizmów regulacyjnych, które, w warunkach amerykańskich, określił jako: *East Coast Code* i *West Coast Code*¹⁹. „Kod Zachodniego Wybrzeża” to zasady funkcjonowania systemów komputerowych określające również pośrednio zakres możliwych działań ich użytkowników. Tworzy je przemysł informatyczny skupiony przede wszystkim w Kalifornii. Z kolei na Wschodnim Wybrzeżu, w Waszyngtonie, powstają ustawy (kody prawne)²⁰. Kod pierwszego rodzaju jest medium sterowania zachowaniem ludzi przez technikę (regulacja pozanormatywna), w drugim znaczeniu denotuje tradycyjne stanowienie norm behawioralnych. „Kod Zachodniego Wybrzeża” kształtuje architekturę cyfrowego środowiska, które może podlegać daleko idącym, dynamicznym i celowym transformacjom. Lessig przedstawia, w jaki sposób przemiany w obrębie Kodu wpływają na zachowania użytkowników Internetu, jak determinują one zakres wolności i skalę możliwej kontroli zachowań. Architektura cyfrowego środowiska Internetu może ułatwiać państwu kontrolę zachowań, albo też stwarzać warunki do unikania wymiaru sprawiedliwości, zapewniając anonimowość wszelkich transmisji danych. Sposób w jaki Kod wpływa na zachowanie się jednostek jest różny w zależności od tego, czy znają one jego założenia konstrukcyjne, czy też są tej wiedzy pozbawione. Kod jest medium sterowania, które, w odróżnieniu od np. języka, ma „samowystawczą” naturę. Z punktu widzenia kryterium skuteczności jest rozwiązaniem niemal optymalnym. Łączy w sobie funkcje tworzenia, stosowania i egzekwowania reguł.

W kontekście rozważań o różnych systemach regulacji Internetu – oryginalnych z racji swego powiązania z Kodem cyberprzestrzeni, będącym środkiem i nośnikiem egzekucji reguł – nowego wymiaru nabiera samo zjawisko pluralizmu. Wprowadzony przez Griffiths’a podział na pluralizm prawny w wąskim sensie (sytuację wielości

¹⁹ W języku angielskim termin *code* oznacza zarówno „kod” jak i „kodeks”.

²⁰ L. Lessig, *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, New York 1999, s. 53.

norm na jakimś terytorium) oraz pluralizm w znaczeniu głębokim, opierający się na uznaniu podstawowej roli prawa niepaństwowego i faktu wielości nakładających się porządków prawnych, traci niejako na znaczeniu²¹. Na boczny tor zostają odsunięte rozważania nad tym, czy źródeł pluralizmu szukać należy w tradycji, kulturze, naturze człowieka czy też społecznej istocie prawa. Pojawia się nowa, intrygująca warstwa regulacyjna – pluralizm prawny przeradza się w pluralizm „systemów regulacji”, systemów operujących nie tylko w kategoriach stanowienia czy uznawania formalnych i nieformalnych reguł postępowania, ale również planowej i celowej implementacji ograniczeń o charakterze technicznym i infrastrukturalnym. Internet posiada *sui generis* potencjał regulacyjny, związany z plastycznością jego „architektoniki”, która może stanowić medium sterowania. Ten swoisty aspekt funkcjonalny regulacji zasługuje na szersze omówienie.

Niezależna od państwa regulacja Internetu może następować w różny sposób, zarówno przez akty jednostronnego stanowienia, jak i w drodze uzgodnień pomiędzy twórcami norm i ich adresatami (podmioty związane regułami postępowania uczestniczą w tworzeniu i egzekucji tych reguł)²². W krajach rozwiniętych, wraz z prywatyzacją Internetu pojawiła się potrzeba wypracowania nowych mechanizmów podejmowania decyzji o technicznych i administracyjnych funkcjach tworzącego się systemu w celu m.in. zachowania i podtrzymywania interoperatywności²³ Sieci oraz ochrony pewnych interesów grupowych. Konieczne stało się ciągle doskonalenie reguł w zakresie m.in. rozwoju protokołów komunikacyjnych, zarządzania nazwami i adresami. Nie wszystkie tego rodzaju decyzje mogły zapadać na poziomie rozproszonych terytorialnie prywatnych dostawców usług internetowych i administratorów sieci lokalnych. W rezultacie wyłoniło się co najmniej kilka porządków normatywnych o różnym stopniu in-

²¹ J. Griffiths, *What is legal pluralism ?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, vol. 24, no 1, s. 2-55.

²² J. W. Maxwell, T. P. Lyon, S. C. Hackett, *Self-regulation and social welfare: the political economy of corporate environmentalism*, „The Journal of Law and Economics” 2000, vol 43, no 2, s. 584.

²³ Interoperatywność oznacza zdolność systemów technologii informacyjnej i komunikacyjnej (ICT) oraz procesów, jakie one wspierają do wymiany danych oraz do zapewnienia możliwości wymiany informacji i wiedzy. Definicja za: Decyzja 2004/387/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie interoperatywnego świadczenia ogólnoeuropejskich usług eGovernment dla administracji publicznej, przedsiębiorstw i obywateli (IDABC).

stytucjonalizacji, które objęły swoim zasięgiem różne wymiary Internetu: od kwestii czysto technicznych zaczynając, na zagadnieniach własności intelektualnej kończąc. Przedmiotowy zakres zastosowania tych reguł dotyczy zaangażowania użytkowników Sieci w procesy komunikacji elektronicznej, a więc tej części aktywności intelektualnej, która w dobie informacjonizmu związana jest z elektronicznym przetwarzaniem danych. Przykłady takich dziedzin to: zarządzanie dobrami twórczości intelektualnej, korzystanie z różnorodnych form ekspresji indywidualnej i zbiorowej oraz ochrona prywatności i tożsamości informacyjnej. Egzekucja tych reguł często następuje poprzez wykorzystanie właściwości architektury, czy też Kodu Internetu. Do tego celu używane są środki sterowania infrastrukturalnego. Stanowią one swoiste „tworzywo” do budowania systemów kontroli ludzkich zachowań.

Wybrane systemy regulacji „między-sieci”

(I)

Wobec zwiększającego się i różnicującego grona użytkowników Internetu jedną z nielicznych kwestii bezspornych pozostała troska o zachowanie unikalnych właściwości nowej formy komunikacji – interoperatywności poszczególnych części systemu, a także jego funkcjonalności. Niezmiernie wzrosło społeczne znaczenie procesów decyzyjnych w zakresie technicznych i organizacyjnych funkcji systemu, służących likwidowaniu przeszkód w swobodnej i bezpiecznej komunikacji. Odpowiedzialność za tworzenie tego rodzaju standardów Internetu spoczęła na *Internet Engineering Task Force* (IETF), grupie, w której skład weszli uznani eksperci, od lat zaangażowani w tą działalność. Powstanie IETF nie było w żaden sposób stymulowane lub nadzorowane przez organy polityczne²⁴. W niedługim czasie większość organizacji pełniących podobne funkcje, działających przy innych sieciach zaczęła włączać się w prace IETF, które stało się głównym ośrodkiem technicznej standaryzacji w obrębie infrastruktury Internetu²⁵.

Wraz z rozrostem Internetu, szybko okazało się, że standaryzacja techniczna jest tylko pozornie neutralna względem sfery polityki i gospodarki. W obliczu zmian społecznych wywołanych przez re-

²⁴ Praktykę działania IETF opisuje Paulina Borsook, *How Anarchy Works? On location with the Masters of the Metaverse, the Internet Engineering Task Force*, „Wired” 3 X 1995.

²⁵ *The Internet Standards Process – Revision 2*, Network Working Group RFC 1602 (dostępne pod adresem: <http://ietf.org/rfc/rfc1602.txt>)

wolucję informatyczną, Standardy przestają pełnić jedynie funkcje kontrolne wobec techniki, ale stają się również formą kontroli nad jej użytkownikiem.²⁶ Istnieje wiele organizacji zajmujących się czuwaniem nad tym, by Standardy Internetu były honorowane. Podmioty czy, ogólniej mówiąc, „miejsca” w Sieci, które nie podporządkowują się tym zaleceniom mogą trafić na tzw. czarne listy (*black lists*). Dane osób lub instytucji niestosujących się do tych wymogów są ujawniane publicznie. W komentarzu dodanym do jednej z tego rodzaju list zapisano: „*należy zauważyć, że nikt nie ma obowiązku stosowania się do RFC (Request for Comments), jednakże »kooperatywna interoperatywność«, warunkująca przetrwanie Sieci, wymaga, żeby każda jej część funkcjonowała na podstawie tych samych reguł technicznych.* Umieszczenie na liście samo w sobie nie tworzy blokady komunikacyjnej, służy jedynie rejestracji tych, którzy postanowili nie wdrażać protokołów opisanych w dokumentach *Request for comments*. Każdy użytkownik lub operator systemu może samodzielnie podjąć decyzję, czy nadal chce komunikować się z systemami wyłamującymi się z ustalonego standardu.”²⁷

(II)

Digital Rights Management Systems jest zbiorczym określeniem technik umożliwiających wykrywanie, śledzenie i, w miarę możliwości, powstrzymanie niepożądanych transmisji treści informacyjnych. Techniki DRM wytyczają możliwy zakres korzystania z produktów cyfrowych. Pełnią głównie funkcje prewencyjne, chroniąc przed naruszeniami prawa własności intelektualnej. Służą również do cyfrowego oznaczania uprawnionych podmiotów i potwierdzania oryginalności produktu²⁸. Umożliwiają kontrolowanie dostępu i bezpieczną komunikację pomiędzy dostawcą a konsumentem. Ich wszechstronność polega m.in. na tym, że mogą zostać wykorzystane do obsługi różnych rodzajowo produktów (muzycznych, graficznych, filmowych). Zautomatyzowane zarządzanie prawami własności intelektualnej obejmuje swoim zakresem np. ustalanie ceny, dopuszczalnej wielokrotności użycia, przekazania do korzystania osobom trzecim czy też czasu trwania licencji. Podmioty kontrolujące systemy DRM mogą wpływać na zachowania użytkowników poprzez umiejętne operowanie „regułami użycia”, zawartymi w konstrukcji informacyjnych produktów. Zgodnie z oficjalną wykładnią, kon-

²⁶ J. Abbate, *Inventing the Internet*, Cambridge, Mass. 1999, s. 147.

²⁷ <<http://www.rfc-ignorant.com/>>

²⁸ Por. E. G. Thornburg, *Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution*, „University of California Davis Law Review” 2000-2001, vol. 34, s. 174-179.

tolne funkcje wbudowane w poszczególne produkty są legitymizowane aktem dobrowolnej zgody użytkownika i mieszczą się w ramach swobody kontraktowej. W praktyce techniki monitorowania i zautomatyzowanych sankcji prowadzą często do naruszenia stanu równowagi pomiędzy stronami umowy. Niektóre systemy DRM zostały zaprojektowane w taki sposób, by mogły generować tzw. raporty zwrotne na temat zachowań i preferencji użytkownika, transmitowane następnie automatycznie do dostawcy produktu. Raport taki może ograniczać się do danych potrzebnych przy zawarciu umowy. Może też zawierać informacje o szczególnych upodobaniach nabywcy produktu, jak też o tym jakie inne produkty czy aplikacje są utrwalone na danym urządzeniu odbiorczym i czy są one legalne²⁹. Rozbudowane raporty zwrotne mogą posłużyć do budowania profili osobowych użytkownika w zakresie jego upodobań (rodzaju preferowanego medium, gatunku twórczości, zwykłej pory konsumpcji itd.). Wyposażony w taką wiedzę dostawca ma możliwość dostosowania własnej oferty albo może sam profil uczynić przedmiotem obrotu.

Zaprojektowany na zlecenie producenta dóbr intelektualnych system DRM samodzielnie wymierza kary, czyni korzystanie z produktu bardziej uciążliwym, napomina, blokuje. Przemysł informacyjny zdobywa przewagę nad konsumentami dóbr intelektualnych, a jego reprezentanci będący podmiotami prywatnymi tworzą autonomiczne systemy ochrony własności intelektualnej. Dodatkowo, większość państwowych porządków prawnych traktuje systemy DRM w szczególny sposób, przyznając ich twórcom i koordynatorom prawnie chronioną autonomię. Prawo państwowe wzmacnia i chroni funkcjonowanie systemów DRM, tak iż często naruszenie tego rodzaju reguł stanowi również naruszenie prawa, nawet jeżeli wykraczają one poza zakres prawnej regulacji.

(III)

Ważnym aktorem instytucjonalnym w zakresie regulacji Internetu jest Korporacja ds. Rozdziału Nazw i Adresów (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, w skrócie ICANN). ICANN powstała w 1998 roku w Kalifornii, jako organizacja pożytku publicznego działająca na zasadach *non-profit*. Korporacja wzięła czynny udział

²⁹ Por. J.E. Cohen, *DRM and Privacy*, „Berkeley Technology Law Journal” 2003, vol. 18, s. 587. „Szpiegowskie” oprogramowanie (tzw. *rootkit*) instalujące głęboko w systemie się bez wiedzy i zgody użytkownika zostało wykryte w 2005 r. m.in. w systemach DRM stosowanych przez Sony, dodawanych do płyt audio (por. <http://www.sysinternals.com/blog/2005/10/sony-rootkits-and-digital-rights.html>)

w prywatyzacji Internetu, przejmując od rządu Stanów Zjednoczonych odpowiedzialność w zakresie koordynowania systemu adresów internetowych (*Domain Name System, DNS*). Na system ten składa się zbudowana na zasadach hierarchicznych baza danych oraz funkcjonalnie z nią powiązany układ urządzeń teleinformatycznych, pozwalający użytkownikom lokalizować dane. DNS radykalnie usprawnia i upraszcza korzystanie z zasobów Internetu. Korporacja kontroluje zatem kluczowy aspekt architektoniki Sieci, a jej oddziaływanie ma zasięg globalny. W ramach ICANN powstał system międzynarodowego arbitrażu dla rozstrzygania niektórych sporów dotyczących funkcjonowania systemu adresów internetowych. Doprowadziło to do wykształcenia się niepublicznego, autonomicznego systemu tworzenia i egzekucji reguł. Przyjmują one postać aterytorialnej, czyli niezależnej od względów geografii politycznej regulacji zachowań przy wykorzystaniu technik informatycznych kontrolowanych przez ICANN.

Status porządku normatywnego tworzonego przez ICANN nie jest zdefiniowany przez prawo międzynarodowe. Niektórzy autorzy uznają wręcz, że mamy tu do czynienia ze sztuką prawną administracji USA, która chce z jednej strony utrzymać kontrolę na systemem rejestracji domen a jednocześnie uniknąć odpowiedzialności politycznej i prawnej za jego funkcjonowanie. Według tej wizji, rzeczywistą przyczyną silnej pozycji ICANN jest to, że posiada on nieformalne poparcie ze strony rządu amerykańskiego, który dyskretnie dokonał delegacji kompetencji prawotwórczych, zyskując jednocześnie wpływ na Internet w skali globalnej.³⁰

Wyzwanie dla pozytywizmu

Pozapaństwowa regulacja Internetu pozostaje w stanie relatywnej autonomii względem systemów prawno-politycznych i służy do kontrolowania zachowań użytkowników Internetu w skali globalnej. W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku niektóre państwa, np. USA, wyzbywały się władztwa publicznego nad infrastrukturą informatyczną w drodze prywatyzacji, podczas gdy wiele innych pozostawało w stanie swoistej dezorientacji co do oceny rodzącego się, aterytorialnego żywiołu. Dla rozwoju reguł

³⁰ A.M. Froomkin, *Form and Substance in Cyberspace*, „The Journal of Small & Emerging Business Law” 2002, vol. 6, s. 117; idem, *Wrong Turn in Cyberspace...*, *passim*. Polemika z tym stanowiskiem: J. Sims, C.L. Bauerly, *A Response to Professor Froomkin: Why ICANN Does Not Violate The APA or The Constitution*, „The Journal of Small & Emerging Business Law” 2002, vol. 6.

i środków egzekucji autonomicznego prawa Internetu konieczna była bierna postawa najbardziej rozwiniętych państw, tzn. powstrzymanie się od ingerencji w te procesy. Podobnie jak to było niegdyś z *lex mercatoria* (powszechnym prawem średniowiecznych kupców), także zróżnicowane systemy regulacji Internetu mogły rozwijać się w stanie przyzwolenia, neutralności bądź braku zainteresowania ze strony ośrodków władzy politycznej. Niekiedy przyjmowało to postać *ko-regulacji*, czyli współwystępowania prywatnego i publicznego stanowienia reguł.

Przedstawione przykłady skłaniają do postawienia tezy o możliwości współistnienia różnych podmiotowo i rodzajowo form regulacji Internetu, w tym również samoregulacji w ramach transnarodowych globalnych reżimów prawnych, wykorzystujących środki kontroli technicznej. Stanowisko to daje się pogodzić z faktem, że po okresie „programowej de-regulacji” Internetu, obecnie wiele państw szybko dostosowuje prawo do potrzeb przewrotu informatycznego, przez co czynią one swoje panowanie w Sieci coraz bardziej skutecznym i widocznym. Mimo sukcesów państwowej regulacji wciąż istnieją obszary, w ramach których dochodzi do zjawisk społecznych i wywoływanych przez nie zjawisk prawnych, wykraczających poza ramy pozytywistycznego paradygmatu. Pozostają granice, których państwa nie chcą (ze względów ideowych czy ekonomicznych) bądź też nie są w stanie przekroczyć (np. z uwagi na konflikty interesów na poziomie międzynarodowym, własną słabość gospodarczą itp.).

Z racji wyznaczonego zakresu przedmiotowego tej wypowiedzi, koncentrującego się na zjawisku pluralizmu regulacyjnego, nie zostały w tym miejscu poruszone zagadnienia funkcjonowania Internetu w państwach totalitarnych. Przyjmują one zazwyczaj postać państwocentryczną i monistyczną – bazującą na trybie zakazowym w sferze normatywnej i blokadowym w obrębie regulacji technologicznej. Z uwagi na globalny charakter Internetu systemy te muszą funkcjonować niejako „w sąsiedztwie” systemów pluralistycznych, co niekiedy prowadzi do interesujących interakcji międzysystemowych. Temat ten zasługuje niewątpliwie na odrębne opracowanie.

PODSUMOWANIE

* * *

Słowo od redaktorów

Na nas, jako na redaktorach zbiorowego dzieła, ciążył obowiązek właściwego sformułowania problemu badawczego. W przypadku tematyki „pluralizmu prawnego” wyzwaniem była panująca obecnie moda na to zagadnienie. Zajmowanie się tematami modnymi rodzi ryzyko otarcia się o „naukowy banał”¹, którego staraliśmy się uniknąć. Wypowiedzi formułowane przez poszczególnych autorów powinny być tak dobrane, aby wzajemnie się dopełniały, a przy tym w swojej różnorodności tworzyły nową jakość.

U kresu dzieła, należy udzielić odpowiedzi na pytanie, jaka jest wartość poznawcza zestawionych w książce faktów i ocen oraz czy badane zjawisko „pluralizmu prawnego” warte było w ogóle prowadzenia nad nim interdyscyplinarnych badań? Jaka nowa wartość wynika z tej książki dla nauki prawa? Czy publikacja rozwija dostępną wiedzę na obrany temat? Naszym zadaniem w tym miejscu jest zebranie i uporządkowanie najważniejszych tez postawionych przez autorów.

Należy zaznaczyć, iż publikacja, którą otrzymał Czytelnik, nie jest zbiorem przypadkowych, niespójnych tekstów, jakie niejednokrotnie stają się owocem przeróżnych konferencji czy seminariów. Staranny dobór autorów, których poproszono o podjęcie się opracowania konkretnych zagadnień, miał na celu koncentrację na kilku kluczowych dla tematu problemach, ujętych w czterech częściach książki: I – „Pojęcie”, II – „Tradycja”, III – „Transformacje” i IV – „Wyzwania”. W obrębie każdej części Czytelnik znajduje wnioski badawcze, komentarze na ich temat, a także hipotezy, pomyslane jako zasygnalizowanie nowych problemów do rozwinięcia w przyszłości.

I.

Autorzy książki zgodnie na ogół zauważają, że w literaturze przedmiotu terminowi „pluralizm prawny” zwykło się nadawać różnorodne znaczenia. Wprawdzie na poziomie najbardziej ogólnym panuje zgoda, że wyrażenie „pluralizm prawny” oznacza po prostu wielość form prawa albo zjawisko występowania wielości i różnorodności

¹ Por. M. Grabowski, *Istotne i nieistotne w nauce*, Toruń 1998.

prawa (jego form) w ramach tego samego systemu prawnego; przy zagłębieniu się w badaną materię daje się jednak szybko zauważyć wspomnianą niejasność. W naszej ocenie, systematyzacja i analiza różnych, formułowanych w nauce definicji pluralizmu prawnego może przyczynić się do przesunięcia debaty nad pluralizmem prawnym na wyższy poziom, uchroni ją od nieporozumień i manewrów semantycznych nie wnoszących wiele do istoty rozważań. Nie do przecenienia pozostaje więc walor porządkujący niniejszej pracy. W szczególności, J. Winczorek wyodrębnia dwie dychotomie: „policentryzm” *versus* „monocentryzm” oraz pluralizm prawny (w wersji szerokiej lub wąskiej) *versus* monizm (centralizm) prawny.

Pierwsze rozróżnienie wydaje się szczególnie przydatne dla rozważań nad pluralizmem prowadzonych w ramach dyskursu prawniczego na poziomie nauk dogmatycznych. Nauki te nie wchodzą zazwyczaj w „głęboką strukturę prawa” i operują nomenklaturą pojęciową dostarczoną im przez teorię prawa. Dychotomia ta pozwala jednak, nawet na gruncie nauk dogmatycznych, wyróżnić i odróżnić sytuacje, w których instytucjonalny wymiar prawa jest zintegrowany (monocentryzm), od tych, w których nie istnieje hierarchia źródeł prawa, organów orzeczniczych i ustawodawczych (policentryzm). Z punktu widzenia analitycznej teorii prawa, o policentrycznym porządku prawnym możemy mówić wówczas, gdy obowiązuje w nim więcej niż jedna reguła uznania (w rozumieniu Hartowskim). Reguła ta określa cechę lub cechy, których posiadanie przez daną normę jest traktowane jako konkluzywne potwierdzenie, iż norma ta należy do systemu. Monocentryzm obejmuje zaś sytuacje zintegrowania instytucjonalnego wymiaru prawa. Co istotne, dany system prawa nie traci swego monocentrycznego charakteru przez fakt występowania w nim sprzeczności, o ile mogą być one rozstrzygane metodami wnioskowań prawniczych, ani też przez inkorporowanie do systemu prawa fragmentów innych porządków normatywnych. Współcześnie porządki prawa pozytywnego dopuszczają coraz więcej pierwiastków autonomicznych. Unormowania tego rodzaju pochodzą m.in. od korporacji zawodowych, decydujących o tak istotnych kwestiach, jak ustalanie własnych standardów postępowania, dopuszczanie do uprawiania danego zawodu, czy też stosowanie środków dyscyplinowania swoich członków (K. Zacharzewski).

A. Kustra zwraca uwagę na działalność sądów i trybunałów konstytucyjnych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, które stymulują postrzeganie relacji prawo krajowe-prawo wspólnotowe poprzez pryzmat koncepcji policentryzmu. *W konsekwencji* – pisze

– mamy aktualnie do czynienia z sytuacją, w której w ramach europejskiej przestrzeni konstytucyjnej obowiązuje wiele niespójnych ze sobą reguł uznania. Jednocześnie jednak, w razie rzeczywistej kolizji między krajową normą konstytucyjną a normą prawa UE, państwa członkowskie dostosowują swoje konstytucje do standardu normatywnego wyznaczonego przez UE. Tak więc mimo teoretycznego, koncepcyjnego rozdźwięku między ETS a sądami krajowymi, w praktyce niespójne ze sobą reguły uznania współobowiązują i są współstosowane, co przecież stanowi trzon definicji pluralizmu prawnego.

Do podobnych konkluzji dochodzi N. Barber, który porównuje sytuację w krajach członkowskich UE, do sytuacji w państwach afrykańskich (np. Rodezji) w trakcie dekolonizacji, gdy w okresie przejściowym mieliśmy do czynienia ze sprzecznymi regułami uznania funkcjonującymi w ramach jednego terytorium. Podobnie jak w Rodezji, sprzeczności tej nie sposób rozwiązać poprzez odwołanie się do określonego organu wyższego rzędu, ponieważ pociąga to za sobą potrzebę rozstrzygnięcia kwestii supremacji. Podobnie jak w Rodezji, ostateczne rozstrzygnięcie sporu zależy od lojalności funkcjonariuszy publicznych – w szczególności, choć nie wyłącznie, sędziów. Zdaniem Barbera uniknięcie kryzysu jest możliwe, jeżeli ETS i dany sąd krajowy będą starały się podejmować zgodne i kompatybilne decyzje.

Zjawisko policentryzmu lub słabych wersji pluralizmu daje się zaobserwować także w europejskim prawie karnym, które jest z natury swojej „wieloskładnikowe”. A. Ornowska zauważa, że wielość podmiotów dokonujących wykładni jego reguł (pluralizm jurysdykcyjny) przekłada się w konsekwencji na różnorodność standardów interpretacyjnych (pluralizm interpretacyjny). Powoduje to, że sędzia może selektywnie podejść do sposobu wykładni w danej sprawie karnej i duże znaczenie ma jego osobisty stosunek do naczelných organów sądowniczych, których linię orzecniczą ma obowiązek uwzględniać (Europejski Trybunał Praw Człowieka, Europejski Trybunał Sprawiedliwości oraz krajowe sądy konstytucyjne).

W odróżnieniu do dotąd opisanych, tzw. mocne (głębokie) teorie pluralizmu prawnego uznają różnorodność form prawa za naturalną, immanentną cechą prawa. Wskazują na podstawową rolę prawa niepaństwowego. Z kolei pluralizm postrzegany wąsko opiera się na przekonaniu o pozaprawnych, przygodnych i historycznych źródłach współczesnego pluralizmu, np. osłabieniu państwa na rzecz rynku, procesów integracyjnych, globalizacji, rewolucji informatycznej itp. Pluralizm prawny stanowi w tym ujęciu zaledwie refleks czy produkt

uboczny bardziej zasadniczych więzi społecznych. Opierając się na tym podziale, należy zauważyć, iż jedynie na gruncie „wąskiej” teorii można sensownie mówić o ewolucji danego systemu od centralizmu prawnego do pluralizmu i *vice versa* lub formułować oceny, czy pluralizm jest zjawiskiem pożądanym.

W kontekście rozważań na temat różnych systemów regulacji Internetu (K. Dobrzeniecki) pojęcie pluralizmu nabiera jeszcze innego zabarwienia. W środowisku globalnej sieci komputerowej, jako środek i nośnik egzekucji reguł pochodzących od różnych ośrodków może zostać użyta infrastruktura techniczna, tzn. odpowiednio zaprojektowany *hardware* i *software*. W takim stanie rzeczy, wprowadzony przez Griffithsa podział na pluralizm prawny w wąskim sensie oraz pluralizm w znaczeniu głębokim, opierający się na uznaniu podstawowej roli prawa niepaństwowego i faktu wielości nakładających się porządków prawnych, traci niejako na znaczeniu. Na boczny tor zostają odsunięte rozważania nad tym, czy źródeł pluralizmu szukać należy w tradycji, kulturze, naturze człowieka czy też społecznej istocie prawa. Pojawia się nowa, intrygująca warstwa regulacyjna – pluralizm prawny przeradza się w pluralizm „systemów regulacji”, systemów operujących nie tylko w kategoriach stanowienia czy uznawania formalnych i nieformalnych reguł postępowania, ale również planowej i celowej implementacji ograniczeń o charakterze technicznym i infrastrukturalnym.

II.

Teza o istnieniu mocnych i słabych form pluralizmu prawnego łączy się w książce z rozważaniami na temat występowania tego zjawiska w tradycji europejskiej i koniecznością ukazania złożonych relacji pomiędzy pluralizmem prawnym a pluralizmem politycznym. Transformacje porządków prawnych w kierunku monizmu lub pluralizmu, dające się zaobserwować na przestrzeni dziejów, towarzyszą przeistaczaniu się władzy politycznej – jej centralizacji bądź decentralizacji czy fragmentacji. Nie sposób jednoznacznie wyrokować, czy mamy tu do czynienia z pierwotnością przemian w obrębie polityki względem prawa, czy ze stanem przeciwnym. Jak zauważa Harold J. Berman, identyfikując cechy zachodniej tradycji prawnej: *Pluralizm prawa zachodniego – który nie tylko odzwierciedlał, ale i umacniał pluralizm zachodniego życia politycznego i gospodarczego – był kiedyś źródłem rozwoju czy też wzrostu, zarówno w dziedzinie prawa, jak polityki i gospodarki.*²

² H.J. Berman, *Prawo i rewolucje. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 24.

Obowiązywanie prawa rzymskiego w różnych formach i w różnych postaciach przez wieki po upadku imperium potwierdza ontologiczną możliwość przetrwania prawa bez państwa, z którego ono pochodziło. Jak pokazuje historia wczesnego średniowiecza, upadek państwa nie musiał prowadzić do upadku jego prawa, a wręcz przeciwnie, prawo to rozszerzyło obszar swego oddziaływania (istotną rolę w jego „przetrwaniu” odegrały uniwersytety). W owym czasie szczególne relacje istniały pomiędzy prawem rzymskim, prawem kanonicznym i prawem państwowym. Jak pisze E. Gajda, *recepja prawa rzymskiego w kręgu kultury łacińskiej polegała, albo na bezpośrednim inkorporowaniu prawa rzymskiego do państwowego systemu prawa albo następowała za pośrednictwem prawa kanonicznego – któremu w średniowiecznej Europie trzeba przypisać charakter ius commune – rzymskie instytucje prawne ‘współistniały’ z innymi systemami prawnymi, wpływając na kształtowanie się systemu praw świeckich i na europejską kulturę prawną.*

W. Mossakowski rozważa teoretyczny problem istnienia i obowiązywania w społeczeństwie obywatelskim, nie tylko systemu norm prawa tworzonego przez państwo, ale także systemów prawa wewnętrznego kościołów i innych związków wyznaniowych, w szczególności reguł prawa kanonicznego (*ius canonicum*) kościoła katolickiego. Zarówno władza państwowa, jak i kościelna, w oparciu o prawo oraz na podstawie prawa sprawuje jurysdykcję i wykonuje funkcje wykonawcze. Obydwa systemy charakteryzuje tetyczność stanowionych w ich obrębie norm. Tworzeniem prawa zajmują się właściwa władza prawodawcza, następuje rozwój prawa w czasie; systemy te w podobny sposób operują kategoriami terytorialności i personalności prawa. Z tych i innych powodów, prawo państwowe i prawo kanoniczne można uznać za analogiczne fenomeny normatywne, które dają się porównywać na podstawie wyraźnych kryteriów, typowych dla nauki prawa. Tym samym otwierają się możliwości interpretacji natury koegzystencji tych praw, obowiązujących w tym samym miejscu i czasie.

W kontekście rozważań nt. relacji „pluralizm prawny” – „pluralizm polityczny” należy wspomnieć, że potoczne znaczenie terminu „pluralizm polityczny” jest nieco odmienne od tego zaprezentowanego powyżej. Pluralizm polityczny zwykle się łączy z reżimem demokratycznym – liberalnym, w którym gwarantowane są wolności obywatelskie (w tym szczególnie wolność słowa, zrzeszania się i zgromadzeń), możliwość istnienia i swobodnego działania opozycji politycznej, parlamentaryzm oraz rządy prawa. Nie sposób nie za-

uważyć, że reżim tego rodzaju będzie na ogół przychylny idei pluralizmu prawnego, choć, stosując przyjętą wcześniej nomenklaturę, chodzi tu o pluralizm w słabej wersji, czy wręcz monocentryzm z selektywnym dopuszczeniem inkorporacji innych niż liberalne porządków normatywnych do systemu prawa. W każdym razie akceptowalny pluralizm prawny nie może wykraczać poza warunki brzegowe liberalnie postrzeganej wolności jednostki i standardy współczesnych zachodnich demokracji, w szczególności zasady rządów prawa. Przejawem tego rodzaju postawy przychylniej pluralizmowi jest akceptacja i poszanowanie praw i zwyczajów tzw. ludności rdzennej czy też praw mniejszości narodowych i etnicznych. Przychylność międzynarodowej ochrony praw człowieka wobec różnorodności, wynikającej z podporządkowania się różnym systemom normatywnym i systemom wartości kończy się w momencie, gdy systemy te ograniczają prawa innych ludzi lub mogą doprowadzić do zniweczenia istoty społeczeństwa demokratycznego, wyrażającej się m.in. w zasadzie sekularyzmu. Autonomia dla pozapaństwowych systemów prawnych wyznaczona przez prawa człowieka jest więc ograniczona. Jeśli konsekwencją pluralizmu prawnego byłaby sytuacja zagrażająca bezpieczeństwu państwa, porządkowi publicznemu czy prawom i wolnościom innych osób – należy spodziewać się, że międzynarodowe systemy ochrony praw człowieka nie będą przeszkodą dla działań władzy publicznej służących obronie tych wartości (M. Balcerzak).

Pewnym wyłomem od bezwzględnego stosowania „zasady krzywdy” (czyli zasady: wolność innego granicą twojej wolności) w liberalnych demokracjach, szczególnie w USA jest instytucja tzw. *cultural defence*, czyli powołanie się na reguły własne jakiejś grupy etnicznej lub religijnej, jako na okoliczność łagodzącą w prawie karnej. Jak pokazuje szereg orzeczeń w ramach okoliczności wpływających na rodzaj i wielkość kary, sądy biorą pod uwagę fakt, iż determinacja sprawcy była wywołana imperatywem kulturowym i pomimo że sprawca zdawał sobie sprawę z przestępnego charakteru czynu, przez co zasługuje na mniejszą karę niż w normalnych okolicznościach. (S. Sykuna)

Instytucja *cultural defence* przypomina nieco średniowieczną praktykę „poszukiwania schronienia” przed odpowiedzialnością wynikającą z treści reguł jednego porządku prawnego poprzez oddanie się pod osąd innego porządku. W średniowieczu pluralizm prawny był uznawany za potencjalne źródło wolności: *Poddany mógł uciec do miasta i tam szukać ochrony przed swym panem. Wasal odwołać się*

mógł do sądu królewskiego w obronie przed swym seniorem. Duchowny szukać mógł w sądzie królewskim ochrony przed władzą królewską³.

Z drugiej strony nie sposób przyjąć, że jeżeli dany reżim nie akceptuje pluralizmu politycznego we współczesnym, demoliberalnym rozumieniu, wykluczyć należy *ex definitione* występowanie w nim pluralizmu prawnego. Najlepiej o tym świadczy głęboko pluralistyczny system prawny średniowiecznej Europy. Jak zauważa A. Madeja w swoim artykule, *tradycja europejska wyłoniła się z wielości systemów, a nie w opozycji wobec tego zjawiska. Była to wielość ponadnarodowych i lokalnych praw, a nie wielość prawnych porządków narodowych.* W średniowieczu państwo miało charakter korporacyjny. Każda ze struktur społeczeństwa (terytorialnych, stanowych, zawodowych, religijnych) posiadała w pewnym zakresie autonomię prawną oraz określone przywileje względem monarchy. Struktury te przenikały się wzajemnie, formując twory terytorialne lub jedynie hierarchiczne. Monarcha w istocie sprawował władzę jedynie nad własną prywatną domeną i nad wasalami podległymi mu bezpośrednio, co nie wykluczało sytuacji, że sam mógł być wasalem swojego wasala na innym terytorium.

Zarówno we współczesnych liberalnych demokracjach jak i ustrojach niedemokratycznych nieliberalnych występują, niekiedy na znaczą skalę, zjawiska określone przez D. Bunikowskiego mianem „prawa hegemonu”, które również mieszczą się w zakresie pojęcia pluralizmu prawnego. Pod tym pojęciem rozumie się porządki normatywne tworzone przez ośrodki tzw. realnej władzy (o proweniencji politycznej, religijnej, gospodarczej itp.) „Hegemon” posiada zazwyczaj autorytet w danej grupie adresatów norm; mimo że jego dyspozycje nie mają podstawy materialnej i proceduralnej w prawie oficjalnym, są one wykonywane przez organy państwa lub obywateli. Hegemon i jego otoczenie może się ujawniać, może wybrać też bardziej mu przychylną pozycję kierującego decyzjami formalnych władz różnego szczebla niejako „z tylnego siedzenia”. Może występować kilku hegemonów w różnych relacjach ze sobą, dzielących sfery życia społecznego i wpływy w nich. Wyznaczające swoje porządki reguł partyjne politbiura rządzące zamiast oficjalnych władz konstytucyjnych, ajatollahowie, partyjni liderzy, oligarchowie i klanowi przywódcy to tylko niektóre przykłady tego rodzaju hegemonii.

³ *Ibidem*, s. 24.

III.

We współczesnej filozofii prawa panuje dość powszechne przekonanie o dysfunkcjonalności tych wersji pozytywizmu prawnego, które opierają się na wizji wewnątrznie niesprzecznego systemu prawnego. Wiele przykładów wskazuje na to, iż prawo może być tworzone poza państwem oraz, że porządki powstające w ten sposób mogą współzysztować na jednej przestrzeni.

H. Radke i R. Piechota dowodzą, że normatywny wymiar współczesnego sportu kształtowany jest w skali globalnej w wyniku wzajemnego oddziaływania państw, organizacji ponadpaństwowych, międzynarodowych organizacji sportowych oraz struktur biznesowych. Wielości podmiotów towarzyszy wielość porządków normatywnych przez nie tworzonych. Niewątpliwie dominującą pozycję w tym zestawieniu mają obecnie pozarządowe międzynarodowe organizacje sportowe. Wykorzystując społeczne znaczenie rywalizacji sportowej i niechęć światowej publiczności do angażowania się polityków w sprawy sportu, umacniają one swoją niezależną względem rządów pozycję. Żadne poważne wydarzenie sportowe o zasięgu światowym nie może odbywać się poza sferą ich kompetencji. Także działalność sportowa prowadzona na szczeblu krajowym podlega ściśle ich właściwości. Paradoksalnie, instytucje sportowe, uciekając od państwowego hierarchicznego układu władzy, same podobny układ tworzą. W efekcie nie trudno o konflikty pomiędzy różnymi porządkami reguł *lex sportiva* powstającymi w ramach systemów krajowych, międzynarodowych, czy w systemie prawa wspólnotowego. Ich rozstrzyganie, w sposób wiążący dla zainteresowanych, nie jest zazwyczaj możliwe w oparciu o tradycyjne mechanizmy prawne (H. Radke).

Jedną z kwestii spornych w tej dziedzinie są regulacje antydopingowe. Pluralizm reguł antydopingowych tworzą regulacje prawa międzynarodowego, prawo wspólnotowe, prawa krajowego i prawa organizacji sportowych. Rezultatem takiej sytuacji jest pojawianie się stanów faktycznych, w których dają się zastosować reguły więcej niż jednego porządku prawnego, co prowadzi do kolizji. W efekcie, wobec braku norm rozstrzygających o pierwszeństwie zastosowania jednego z nich, powstały stan rzeczy może być uznany za przypadek pluralizmu prawnego. Reguły antydopingowe tworzone przez organizacje sportowe, a więc nie mające waloru prawa powszechnie obowiązującego, częstokroć pozostają w sprzeczności z normami o takim właśnie charakterze. Jednak to one uzyskują bardzo czę-

sto pierwszeństwo zastosowania, a wynika to z racji prestiżowych, albo też z racji faktycznego układu sił w świecie globalnego sportu (R. Piechota).

Innym, dynamicznie rozwijającym się globalnym pozapaństwowym porządkiem normatywnym jest tzw. nowe *lex mercatoria*. W wiekach średnich było to prawo wiążące kupców niezależnie od miejsca zawierania i wykonywania transakcji. Miało do dyspozycji własne trybunały w miastach dające zainteresowanym poczucie niezależności od lokalnych, feudalnych partykularyzmów prawnych. Prawo kupieckie odrodziło się w drugiej połowie XX wieku. W związku z rozwojem międzynarodowej wymiany gospodarczej powstała potrzeba znalezienia neutralnego forum rozstrzygania sporów dla stron wywodzących się z różnych tradycji prawnych oraz wyspecjalizowanych reguł materialnych rządzących umową. Tak powstał, z jednej strony międzynarodowy arbitraż handlowy, z drugiej zaś zjawiska, określane jako nowe prawo kupieckie. Praktyka orzecznicza sądów polubownych doprowadziła do konsolidowania się korpusu nowego transnarodowego prawa kupieckiego, którego legitymizacja ogranicza się obecnie do uzasadnień proceduralnych i systemowych. Ma ono na tyle ugruntowaną pozycję, że nie wymaga dodatkowej, „zewnętrznej” walidacji. Jak podkreśla J. Jemielniak, *praktyka arbitrażowa przez dziesięciolecia stosowała i rozwijała handlowe reguły transnarodowe, niejako omijając toczącą się w doktrynie dyskusję co do ich autonomicznego charakteru*. Fenomen tego prawa polega na tym, że reguły transnarodowe są stosowane w praktyce, bez aspirowania do przesądzenia co do ich statusu.

IV.

Jak już wspomnieliśmy, ocena występowania pluralizmu prawnego, krytyczna czy aprobatywna, ma sens na gruncie słabej wersji pluralizmu, tzn. takiej, gdzie pluralizm prawny postrzega się jako efekt oddziaływania sił zewnętrznych wobec prawa, a nie coś immanentnie i nierozdzielnie z prawem związanego. W wielu artykułach przewijają się akcenty krytyczne pod adresem rozwoju zasady pluralistycznej w prawie i teorii pluralizmu prawnego. Autorzy wskazują na negatywne zjawiska towarzyszące rozwojowi pluralizmu, szczególnie te zachodzące w wymiarze politycznym.

Interesujący przypadek stanowią relacje idei pluralizmu prawnego do założeń prawa międzynarodowego, które pozostawało w przeciągu całej swej historii prawem horyzontalnym i zdecentra-

lizowanym, lecz mimo to zachowywało spoistość. W drugiej połowie XX wieku nastąpiło załamanie jedności prawa międzynarodowego i przybranie przez nie postaci pluralistycznego porządku, który tworzą *nieregularne bloki normotwórcze, uniwersalne, regionalne lub nawet dwustronne podsystemy i pod-podsystemy prawnomiędzynarodowe pozostające na różnym poziomie integracji* (M. Kałduński). Skutkiem fragmentacji było powstanie *wielu porządków międzynarodowych, które rządzą się – w większym lub mniejszym stopniu – własnymi regułami niezależnymi od powszechnego prawa międzynarodowego i innych porządków prawnych*. Stają się niejako kompletnymi i samowystarczalnymi podsystemami. Pluralizm prawny w prawie międzynarodowym jest efektem przede wszystkim działalności różnorodnych sądów międzynarodowych, stających niejednokrotnie na stanowisku, że każdy podsystem kieruje się własnymi normami bez uwzględnienia w należyтым stopniu podstawowych norm prawa międzynarodowego. Autor dostrzega zagrożenia płynące z takiego stanu rzeczy dla bezpieczeństwa międzynarodowego i pokoju i uważa, że jedność prawa międzynarodowego powinna zostać odbudowana na fundamencie Karty Narodów Zjednoczonych.

Z kolei J. Szalacha zauważa, że transnarodowe, uniezależnione praktycznie od rządów banki, korporacje, firmy, kancelarie międzynarodowe czy agencje ratingowe, posiadają znaczne możliwości realizowania własnej podmiotowości posługując się trzema strategiami – prywatyzacją, sekurytyzacją oraz depolityzacją. Podmioty te uzyskują dla siebie przestrzeń, w której mobilność jest kształtowana przez ich własne innowacje i ich impulsy strategiczne, a powstające w wyniku tego gospodarcze struktury uprzywilejowują podmioty poza-państwowe. Autorka podnosi, że działania takie często odbywają się kosztem państwa, co skłania ją do konkluzji, iż idea pluralizmu prawnego jest „zanurzona” w konflikty interesów, a państwa nie zawsze potrafią sobie z taką sytuacją poradzić.

Ambiwalentny stosunek do pluralizmu systemów kontroli i regulacji rysuje się także w tekście poświęconym Internetowi. Niektóre pozapaństwowe systemy regulacji i kontroli Sieci oceniane są krytycznie, inne aprobatywnie. Wpływ *technik informatycznych i komunikacyjnych* na życie społeczne nieustannie wzrasta, co może przyspieszać powstawanie nowych form panowania totalitarnego, jak i stworzyć nieznane wcześniej możliwości w zakresie dobrowolnej koordynacji złożonych procesów społecznych.

Z kolei N. Barber przytacza szereg argumentów przemawiających za utrzymaniem obecnego multicentrycznego charakteru prawa

europejskiego. Niedookreślona hierarchia źródeł tego prawa może, w jego ocenie, wspierać skłonność do politycznego kompromisu między zwolennikami supremacji ETS i zwolennikami supremacji prawa narodowego. Model pluralistyczny tworzy strukturę, w ramach której sprzeczne roszczenia mogą współegzystować. *Zaletą tego jest unikanie niepotrzebnego i potencjalnie destruktywnego konfliktu, co pozwala na skupienie uwagi jego uczestników na współpracy w obszarach, gdzie możliwe jest porozumienie.* (N. Barber). Konkurencyjne roszczenia do supremacji skłaniają krajowe i europejskie sądy do przyjęcia postawy wzajemnego szacunku i powściągliwości. Jeżeli nie jest jasne, kto zwycięży w sporze o pierwszeństwo, jedna i druga strona ma interes w unikaniu konfrontacji. Konkurencyjne roszczenia do supremacji mogą więc służyć tworzeniu atmosfery kooperacji pomiędzy sądami, dać im motywację do poszanowania pozycji i tradycji adwersarza.

* * *

Centralizm, czy też monizm prawny, jako wciąż dominujący w naszych czasach sposób postrzegania prawa, zestawiony z równie silnie zakorzenioną w powszechnej świadomości teorią suwerenności państwowej, czyni trudnymi do wyobrażenia wszelkie alternatywne układy relacji między państwem i prawem. W takiej sytuacji intelektualnym *katharsis* może być poszukanie inspiracji do refleksji teoretycznej w całkowicie odmiennej od współczesnej rzeczywistości społecznej z dalekiej przeszłości. To bowiem w warunkach politycznego rozdrobnienia doby feudalnej aktualizował się stan, w którym *mnogość panów pozwalała przenosić się z łatwością od jednego do drugiego*⁴. Epoka średniowieczna nie знаła jeszcze władzy politycznej w ścisłym sensie, wyzwolonej z nakazów religii, moralności i obyczajów, zdepersonalizowanej i przyobleczonej w formę prawa, tzn. ukrytej za systemem jednolitego publicznego prawa stanowiącego⁵. W następstwie dążeń monarchii absolutnych, a następnie państw nowoczesnych do niepozostawiania istotnych sfer regulacji poza kontrolą państwową nastąpił zmierzch wielości form prawa

⁴ N. G. Dávila, *Następne scholia do tekstu implicite*, Warszawa 2006, s. 105.

⁵ Por. J. Bartyzel, *Władza* [w:] J. Bartyzel, B. Szlachta, A. Wielomski, *Encyklopedia polityczna* Tom 1, Radom 2007, s. 440.

Ten stan rzeczy nie wydaje się być jednak wieczny, a jednolity gmach prawa państwowego zaczyna nieuchronnie pękać. Od ponad półwiecza obserwujemy jego erozję, o czym świadczy chociażby rozwój transnarodowego korporacjonizmu w sporcie i gospodarce, integracja polityczna i ekonomiczna państw, depolityzacja istotnych obszarów życia społecznego, czy też popularyzacja nowych, transgranicznych technologii komunikacyjnych. Zjawiska te, którym towarzyszy proces kształtowania się nowego typu porządków normatywnych, mogą doprowadzić do odwrócenia dominujących obecnie trendów w postrzeganiu prawa. Stanie się tak jednak dopiero wówczas, gdy do powszechnej świadomości trafi to, co dotychczas zauważali tylko nieliczni, tzn. że *pluralizm prawny jest faktem, zaś centralizm prawny mitem, postulatem i ideologią*⁶ oraz, że teoria pozytywizmu prawniczego kreśli fałszywy obraz rzeczywistości prawnej.

Redaktorzy

⁶ J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, vol. 24, no 1, s. 4.

Nota biograficzna o Autorach

Michał Balcerzak

– doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Nick Barber

– Senior Law Fellow, Trinity College, University of Oxford.

Dawid Bunikowski

– doktor nauk prawnych, teoretyk prawa, adiunkt w Wyższej Szkole Bankowej w Toruniu, prodziekan Wydziału Finansów i Zarządzania.

Karol Dobrzeński

– doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Teorii Prawa i Państwa Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Ewa Gajda

– doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Kanonicznego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Joanna Jemielniak

– doktor nauk prawnych, Associate Professor na Wydziale Prawa Uniwersytetu Kopenhaskiego.

Marcin Kałduński

– doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Aleksandra Kustra

– doktor nauk prawnych, asystent w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Andrzej Madeja

– magister prawa, asystent w Katedrze Doktryn Polityczno-Prawnych Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wiesław Mossakowski

– dr hab. nauk prawnych, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, kierownik Katedry Prawa Kanonicznego Wydziału Prawa i Administracji UMK.

Alicja Ornowska

– magister prawa, doktorantka w zakresie nauk prawnych w Katedrze Prawa Karnego i Polityki Kryminalnej Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Rafał Piechota

– magister prawa, doktorant w zakresie nauk prawnych w Katedrze Prawa Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu; pracownik Departamentu Współpracy Międzynarodowej w Ministerstwie Sportu i Turystyki.

Hubert Radke

– magister prawa, doktorant w zakresie nauk prawnych w Katedrze Prawa Karnego i Polityki Kryminalnej Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu; reprezentant Polski w koszykówce.

Sebastian Sykuna

– doktor nauk prawnych, adwokat, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański.

Joanna Szalacha

– socjolog, doktor nauk humanistycznych w zakresie socjologii, adiunkt w Wyższej Szkole Bankowej w Toruniu.

Jan Winczorek

– socjolog, doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Socjologii Prawa Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski.

Konrad Zacharzewski

– doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i Bankowego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Bibliografia pluralizmu prawnego

- Adamski A., *Europeizacja prawa karnego*, [w:] Adamski A., Bojarski, J., Chrzczonowicz P., Filar M., Girdwoyń P. (red.), *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej*, Toruń 2007.
- Albrecht P., Braum S., *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, „European Law Journal” 1999, vol. 5, issue 3.
- Alegre S., Leaf M., *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step too Far too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant*, „European Law Journal” 2004, vol. 10, no. 2.
- van Alstine M. P., *Dynamic Treaty Interpretation*, „University of Pennsylvania Law Review” 1998, vol. 146.
- Alter K., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford 2001.
- Alvarez G. A., *To what extent do arbitrators in international cases disregard the bag and baggage of national systems?*, „Report. Seoul: ICCA Congress” 1996, series 8.
- Ardito W., *Right to Self-Regulation – Legal Pluralism and Human Rights in Peru*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1997, no. 39.
- Arnaud A., *Legal interpretation and sociology of law at the beginning of the post-modern era*, [w:] Arnaud A. (red.), *Sociology of Law. Splashes and Sparks*, Onati 1990.
- Arnaud A., *Legal Pluralism and the Building of Europe*, [w:] H. Petersen, H. Zahle (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth Publishing 1994.
- Arnold R., *The Competence System under the European Constitution*, [w:] Piontek, E., (red.), *Reformowanie Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne okresu przemian*, Kraków 2005.
- Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954.
- Avbelj M., Komárek J. (red.), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, „EUI Working Papers Law” 2008, no. 21.
- Bachrach B. S., *Mounted Shock Combat, the Stirrup, and Feudalism*, „Studies in Medieval and Renaissance History” 1970, t. 7.
- Balcerzak M., *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, Toruń 2007.

- Baldwin J., *Studium et Regnum*, „Revue des études islamiques” 1976, nr 44.
- Baldwin J. W., *The Government of Philip August. Foundations of French Royal Power in Middle Ages*, Berkeley 1991.
- Banakar R., *Integrating reciprocal perspectives: on Gurvitch’s theory of immediate jural experience*, „Canadian Journal of Law and Society” 2001, vol. 16, no. 1.
- Barber N. W., *Legal pluralism and the European Union*, „European Law Journal” 2006, vol. 12, no. 3.
- Barber N.W., *Sovereignty Re-Examined: The Courts, Parliament and Statutes*, „OxfordJournal of Legal Studies” 2000, vol. 20.
- Barber N. W., Young, A.L., *Prospective Henry VIII Clauses and their Implications for Sovereignty*, „Public Law” 2003, vol. 112.
- Barker J. C., Cardwell, P.J., French, D., White N., *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008*, „International and Comparative Law Quarterly” 2009, t. 58.
- Barone – Adesi G., *L’età della Lex Dei*, Napoli 1992.
- Bartelson J., *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge 1995.
- Bartocetti V., *De regulis iuris canonici. Regulam in Libro VI Decretalium earumque praesertim cum CIC relationum brevis explanatio*, Romae 1955.
- Baszkiewicz J., Wójtowicz A., *Z zagadnień ideologii ustawodawczej wieków średnich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. XXVI, z. 1 1974.
- Baszkiewicz J., *Młodość uniwersytetu*, Warszawa 1963.
- Baszkiewicz J., *Myśl polityczna wieków średnich*, Warszawa 1970.
- Baszkiewicz J., *Omnia sunt principis*, „ZN UWr”, Prawo, t. VIII, 1961.
- Baszkiewicz J., *Problemy technik rządzenia w średniowiecznej doktrynie politycznej*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Konstantego Grzybowskiego*, Kraków 1971.
- Bator A., Gromski W., Kaźmierczyk S., Kozak A. *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, [w:] Stelmach J. (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003.
- Bauman Z., *Intimations of Postmodernity*, London 1992.
- Bell A. S., *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford, New York 2003.

- Beloff M., Kerr T., Demetriou M., *Sports Law*, Oxford 1999.
- von Benda-Beckmann F., *Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht*, „Zeitschrift fuer Rechtssoziologie“ 1991, vol. 12, no. 1.
- von Benda-Beckmann F., *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law“ 2002, no. 47.
- von Benda-Beckmann K., *Globalisation and legal pluralism*, „International law FORUM de droit international“ 2002, vol. 4.
- Benson B., *Justice without Government. The Merchant Courts of Medieval Europe and Their Modern Counterparts*, [w:] Beito, D.T., Gordon, P., Tabarrok, A. (red.), *The Voluntary City*, San Francisco 2006.
- Benson B., *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, „Social Economy Journal“ 1989, t. 55.
- Benton L. A., *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*, Cambridge 2002.
- Benvenisti E., Downs G. W., *The Empire's New Clothes. Political Economy and the Fragmentation of International Law*, „Stanford Law Review“ 2007-2008, t. 60.
- van den Berg A. J., *109 I. Arbitral Award: "A-National" Award*, [w:] Tenze (red.), *Consolidated Commentary on New York Convention. Yearbook Commercial Arbitration* 2003.
- Berger K. P., *The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, [w:] K. P. Berger (red.), *The Practice of Transnational Law*, Hague/London/Boston 2001.
- Berger K. P., *The Concept of the „Internationally Useful“ Construction of Domestic Law*, *Center for Transnational Law Database (TLDB)* <http://tldb.uni-koeln.de/> 2002.
- Berger K. P., *The creeping codification of the lex mercatoria*, Hague, Boston 1999.
- Berman H. J., *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995.
- Berutti Ch., *Institutiones iuris canonici*, t. I: *Normae generales*, Taurini – Romae 1936.
- Besson J., *Folk Law and Legal Pluralism in Jamaica. A View from the Plantation-Peasant Interface*, „Journal of Legal Pluralism“ 1999, no. 43.

- Bisson T. N., *The Military Origins of Medieval Representation*, „American Historical Review” 1966, t. 71.
- Black A., *Guild and State*, New Brunswick 2003.
- Black A., *Guilds and Civil Society in European Thought from the Twelfth Century to the Present*, New York 1984.
- Black A., *Political Thought in Europe 1250-1450*, Cambridge 1992.
- Blankenburg E., *The selectivity of legal sanctions: an empirical investigation of shoplifting*, „Law & Society Review” 1976, vol. 11, no. 1.
- Blessing, M., *Choice of substantive law in international arbitration*, „Journal of International Arbitration” 1997, vol. 14, no. 2.
- Bloch M., *Spółeczeństwo feudalne*, Warszawa 1981.
- Bogdanowicz P., *Niekonstytucyjność europejskiego nakazu aresztowania*, „Palestra” 2005, nr 3-4.
- Bosl K., *Zu einer Geschichte der bauerlichen Repräsentation in der deutschen Landgemeinde*, „Studies Presented to the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions” 1963, t. 26.
- Bouckaert B., *Between the Market and the State: the World of Medieval cities*, [w:] Radnitzky G. (red.), *Values and the Social Order*, t. III, Aldershot 1997.
- Bouckaert B., *The Roots of our Liberties: On the Rise of Civil Society in the Medieval West*, „New Perspectives on Political Economy” 2007, t. 3.
- Bowden P., *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration*, [w:] Gaillard, E., Bernardini, P., (red.), *Transnational rules in international commercial arbitration*, Paris 1994.
- Boziewicz W., *Polski kodeks honorowy*, Warszawa-Kraków 1939.
- Brodecki Z., *Europa sędziów*, Warszawa 2007.
- Brodecki Z., Koncewicz T. T., „Wspólnotowa rozumność” w *Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich* [w:] Wyrzykowski M., (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008.
- van Broeck J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2001, no. 9.
- Brower Ch. N., Sharpe K. J., *International Arbitration and the Islamic World: the Third Phase*, „American Journal of International Law” 2003, vol. 97.

- Bunikowski D., *Instrumentalizm prawa, prawo hegemonu a polityka władzy*, „Jurysta” 2007, nr 2.
- Bunikowski D., *Prawo hegemonu w „Polsce piłsudczykowskiej” po 1935 roku*, [w:] Wołos M., Kania D., (red.), *Polska bez Marszałka. Dylematy piłsudczyków po 1935 r. Zbiór studiów*, Toruń 2008.
- Bunikowski D., *Ultimatum FIFA: straszak władz światowej piłki*, www.racjonalista.pl
- Bunikowski D., *Wolność słowa, prawo o informacji a prawo hegemonu*, [w:] Marszałek-Kawa J., Chłudziński B. (red.), *Znaczenie informacji w społeczeństwie obywatelskim. Wybrane aspekty prawne*, Toruń 2007.
- Bunn-Livingstone S. L., *Juricultural Pluralism Vis-a-Vis Treaty Law*, Hague, Boston, London 2002.
- Burke-White W. W., *International legal pluralism*, „Michigan Journal of International Law” 2004, vol. 25, no. 3.
- Caiger A., Simon G., *Professional Sport in the EU: Regulation and Re-regulation*, Haga 2000.
- Calliess G.-P., *Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 2002, vol. 23, no. 2.
- Canning J.P., *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries*, „History of Political Theory” 1980, t. 1.
- Canning J. P., *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge 1987.
- Cantor N. F., *The Civilization of Middle Ages*, New York 1993.
- Caravale M., *Giustizia e legislazione nelle assise di Ariano*, [w:] *Alle origini del costituzionalismo Europeo: Le assise di Ariano, 1140-1990*, Ariano Irpino 1996.
- Carbonneau T. E., *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny*, [w:] T. E. Carbonneau, *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, Yonkers, N.Y., Cambridge, Mass. 1998.
- Care J. C., Zorn J. G., *Statutory „Developments” in Melanesian Customary Law*, „Journal of Legal Pluralism” 2001, no. 46.
- Caron P. G., *La competenza dell’ „episcopalis audientia” nelle legislazioni degli imperatori romani cristiani*, [w:] *IX Colloquio internazionale romanistico canonico, 9 – 11 grudnia 1993: Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell’Oriente Me-*

- diterraneo. Utrumque Iuris. Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis.* "Institutum Utriusque Iuris" 1994, no. 26.
- Castells M., *Spółeczeństwo sieci*, Warszawa 2007.
- Chaker A.-N., *Good Governance in Sport. A European Survey*, Strasbourg 2004.
- Chancellor E., *Historia spekulacji finansowych*, Warszawa 2001.
- Charney J. I., *The Implication of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea*, „American Journal of International Law” 1996, t. 90.
- Cheyette F. L., *Custom, Case Law, and Medieval „Constitutionalism”*, „Political Science Quarterly” 1963, t. 78.
- Chiba M., *Legal pluralism: toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokyo 1989.
- Chiba M., *Other phases of legal pluralism in the contemporary world*, „Ratio Juris” 1998, vol. 11, no. 3.
- Chodorow S., *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century*, Berkeley 1972.
- Cicognani H. J., *Commentarium ad Librum primum Codicis Iuris Canonici*, t. I, Romae 1939.
- Cierkowski S., *L'impedimento di parentela legale. Analisi storico – giuridica del diritto canonico e del diritto statale polacco*, Roma 2006.
- Cimma M., *L'Episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989.
- Clark P., Wilson J., *Incentive Systems: A Theory of Organizations*, [w:] Alexander R. M. (red.), *The Classic of Interest Group Behavior*, Belmont 2006.
- Cobban A. B., *The Medieval Universities: Their Development and Organization*, London 1975.
- Cohen E., *The Crossroad of Justice. Law and Culture in Late Medieval France*, Leiden 1993;
- Cohen J.E., *DRM and Privacy*, „Berkeley Technology Law Journal 2003”, vol. 18.
- Coleman J., *The Practice of Principle*, Oxford 2001.
- Conte a Coronata M., *Institutiones iuris canonici. Introductio ad ius publicum ecclesiasticum*, Romae 1947.
- Coornaert E., *Les ghildes médiévales (Ve-XIVe siècles): définition – évolution*, „Revue Historique” 1947, t. 199.

- Coornaert E., *Les corporations en France avant 1789*, Paris 1968.
- Coppel J., O'Neill A., *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, „Legal Studies” 1992, vol. 12
- Cotterrell R., *A legal concept of community*, „Canadian Journal of Law and Society” 1997, vol. 12, no. 2.
- Coussa A., *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali, vol III: De matrimonio*, Romae 1950.
- Cowen D. V., *African legal studies. a survey of the field and the role of the United States*, „Law and Contemporary Problems” 1962, vol. 27, no. 4.
- Craig P. P., *National Courts and Community Law*, [w:] Hayward J. E. S., Menon A. (red.), *Governing Europe*, Oxford 2003.
- Crifò G., *Romanizzazione e cristianizzazione, certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni*, [w:] Bonamente, G., Gestori, A. (red.), *Atti del Convegno, Macerata, 17–18 grudnia 1987. Università degli Studi Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Lettere e Filosofia* 1988, t. 47.
- Cruz J. B., *The legacy of the maastricht-urteil and the pluralist movement*, „European Law Journal”, vol. 14 no. 4 2008.
- Czapliński W., *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*, [w:] Kolasa J., Kozłowski A. (red.), *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007.
- Dasser F., *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: recht-svergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, *Schweizer Studien zum Internationalen Recht*, „Études suisses de droit international” 1989, vol. 59.
- Dean J., *Hatred, Ridicule or Contempt*, Londyn 1953.
- Delmas-Marty M., *Towards a truly common law: Europe as a laboratory for legal pluralism*, Cambridge 2002.
- Delmas-Marty M., Vervaele A. E. (red.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, t. I, Antwerpen 2000.
- Denning A., *Memorandum on The Strauss Case*, „Public Law” 1985.
- Derains Y., Schwartz E.A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Hague, Boston 1998.
- Deutsch B. F., *Ancient Roman Law and Modern Canon Law. Part I*, „The Jurist” 1967, vol. 27; *Part II*, „The Jurist” 1968, vol. 28; *Part III*, „The Jurist” 1968, vol. 28; *Part IV*, „The Jurist” 1968, vol.

28; Part V, „The Jurist” 1969, vol. 29; Part VI, „The Jurist” 1969, vol. 29; Part VII, „The Jurist” 1970, vol. 30; Part VIII, „The Jurist” 1971, vol. 31.

Dębiński A., *Ecclesia vivit lege romana. Znaczenie prawa rzymskiego dla rozwoju prawa łacińskiego*, [w:] Dębiński A. (red.), *Starożytne kodyfikacje prawa. Materiały z konferencji zorganizowanej 10–11 kwietnia 1999 w Lublinie*, Lublin 2000.

Dębiński A., *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2007.

Dębiński A., *Papiestwo a nauka prawa rzymskiego w XII–XIII wieku*, [w:] Dębiński A., Wacik M. (red.), *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, Lublin 2004.

Dębiński A., *Problematyka religijna w ustawodawstwie rzymskich cesarzy chrześcijańskich*, [w:] Krukowski, J., Lempa F. (red.), *Kościół i prawo*, t. 7: *Filozofia prawa. Historia prawa. Prawo kanoniczne. Prawo karne i kryminologia. Prawo porównawcze*, Lublin 1990.

Dickinson J., *The Law Behind Law*, „Columbia Law Review” 1929, vol. 29.

Dobrzeńcki K., *Lex informatica*, Toruń 2008.

Dobrzeńcki K., *Kwestia pluralizmu prawnego a proces integracji europejskiej*, [w:] Bunikowski D., Musiałkiewicz R. (red.), *Koncepcje integracji w Europie w XX i XXI wieku. Prawo i stosunki międzynarodowe*, Toruń 2008.

Doehring K., *Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1993.

Dolcini C., *Pepo, Innerio, Graziano. Alle origini dello Studium di Bologna*, [w:] Capitani, O., *L’Università a Bologna. Personaggi, momenti e luoghi dalle origini al XVI secolo*, Bologna 1987.

Downing B. M., *Medieval Origins of Constitutional Government in the West*, „Theory and Society” 1989, t. 18.

Dundes Renteln A., Dundes A. (red.), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta: volume I*, Wisconsin 1994.

Dupret B., *Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, critiques, and praxiological re-specification*, “European Journal of Legal Studies” 2007, vol. 1, no. 1.

Duprey P., *Do Arbitral Awards Constitute Precedents?*, [w:] Gailard E., Schlaepfer A.V., Pinsolle P., Degos L., *Towards a uniform international arbitration law?: YAP seminars: Paris, March 28, 2003; Geneva, March 26, 2004*, “IAI series on international arbitration”, no. 3., Huntington, N.Y. Bern, Switzerland 2005.

- Duryea E.D., *The Academic Corporation*, New York 2000.
- Dworkin R., *On Gaps in the Law*, [w:] Amselek P., MacCormick N. (red.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh 1991.
- Dworkin R., *No Right Answer?*, [w:] Hacker P. M. S., Raz J. (red.), *Law, Morality and Society*, Oxford 1978.
- Edgeworth B., *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change in the Contracting State*, Aldershot 2003.
- Eekelaar J., *Splitting the Grundnorm*, „Modern Law Review” 1967, vol. 30
- Eekelaar J., *Rhodesia: Abdication of Constitutionalism*, „Modern Law Review” 1969, vol 32.
- Ehrlich E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1913.
- Eid E., *Le droit latin et les droits orientaux*, „Ius canonicum” 1975, vol. 25.
- Erdö P., *Sopravvivenza del diritto romano in Ungheria e in Polonia nel Medioevo*, [w:] Dębiński A., Wójcik M. (red.), *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, Lublin 2004.
- Erdö P., *Storia della scienza del diritto canonico. Una introduzione*, Roma 1999.
- Falk Moore S., *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field As an Appropriate Subject of Study*, „Law and Society Review” 1973, Summer.
- Fallers L., *Customary law in the new African states*, „Law and Contemporary Problems” 1962, vol. 27.
- Farran S., *Is Legal Pluralism and Obstacle to Human Rights? Considerations from the South Pacific*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2006, no. 52.
- Feltham P., Hochberg D., Leech T., *The law relating to estoppel by representation : the original text*, London 2003.
- Ferruolo S.C., *The Origins of the University: The Schools of Paris and Their Critics*, Stanford 1985;
- Filar M., *Herosi zinstytucjonalizowanej agresji. Problemy odpowiedzialności karnej zawodowych sportowców za wypadki sportowe*, „Przegląd Prawa Karnego” 1997.
- Flinders M., Buller J., *Depoliticization: Principles, Tactics and Tools*, „British Politics” 2006, vol. 1, no. 3.
- Finnis J., *Revolutions and Continuity of Law*, [w:] Simpson, A. (red.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford 1973.

- Fischer-Lescano A., Teubner G., *Regime- Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law”, summer 2004.
- Foks J. (red.), *Unia Europejska i Sport. Implikacje członkostwa Polski w Unii Europejskiej dla polskiego sportu*, Warszawa 2006.
- Foks J., *Prawo krajowe a prawo międzynarodowe w sporcie - casus Polska*, „Sport Wyczynowy” 2006, nr 1-2.
- Foot P., *Moral Realism and Moral Dilemma*, „Journal of Philosophy” 1983, vol. 80.
- Foster K., *Is There a Global Sports Law?*, „Entertainment Law” 2003, vol. 2, no. 1.
- Foster K., *Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court for Arbitration for Sport's Jurisprudence*, [w:] Siekmann R., Soek J. (red.), *The Court of Arbitration for Sport 1984- 2004*, Hague 2004.
- Fouracre P., *Eternal Light and Earthly Needs: Political Aspects of the Development of Frankish Immunities*, [w:] Davies D., Fouracre P., *Property and Power in the Early Middle Ages*, Cambridge 2002.
- Fourneret J., *France: Banning Legal Pluralism by Passing a Law*, „Hastings International and Comparative Law Review” 2005-2006, vol. 29.
- Friedman L. M., *Legal culture and social development*, „Law & Society Review” 1969, vol. 1, no. 1,
- Friedman L. M., *Republika wyboru: prawo, autorytet, kultura*, Warszawa 1993.
- Friedman L. M., *The legal system*, London 1975.
- Froomkin A. M., *Form and Substance in Cyberspace*, „The Journal of Small & Emerging Business Law” 2002, vol. 6.
- Fürst C. G., *Ecclesia vivit lege romana?*, „Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung” vol. 61 1975.
- Gajda E., *Problem dopuszczalności małżeństwa katolika z prawosławnym w prawie kanonicznym*, Toruń 2001.
- Galanter M., *Competing equalities: Law and the backward classes in India*, Berkeley 1984.
- Galanter M., *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, „Journal of Legal Pluralism” 1981, vol. 19.
- Galligan D. J., *Law in Modern Society*, Oxford 2006.

- Galtier F., *Le mariage. Discipline orientale et discipline occidentale: la réformé du 2 Mai 1949*, Beytouth 1950.
- Ganshof F.L., *Benefice and Vassalage in the Age of Charlemagne*, „Cambridge Historical Journal” 1939, t. 6.
- Gardiner S. (red.), *Sports Law*, New York 2006.
- Garlicki L., *Francuska Rada Konstytucyjna a Traktat z Maastricht*, [w:] Trzeciński J., Jankiewicz A. (red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania*, Warszawa 1996.
- Gaudemet J., *Elementi giuridici romani nella formazione del diritto ecclesiastico dei primi secoli* [w:] *Mondo classico e cristianesimo*, Roma 1982.
- Glosy do wyroku TK z 11 maja 2005 r. (J. Barcza, S. Biernata, W. Czaplińskiego, A. Wyrozumskiej)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 4.
- Glosy do wyroku TK z 27.04.2005 r. (P 1/05) (W. Czaplińskiego, P. Hofmańskiego, M. Płachty, R. Wieruszewskiego)*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 9.
- Głowa S., I. Bieda (opr.), *Breviarium fidei. Wybór doktrynalnych wypowiedzi Kościoła*, Poznań 1988.
- le Goff, J., *Time, Work, and Culture in Middle Ages*, Chicago 1982;
- Goldman B. *Introduction*, [w:] T. E. Carbonneau (red.), *Lex mercatoria and arbitration : a discussion of the new law merchant*, Yonkers, N.Y., Cambridge, Mass. 1998.
- Goldman B., *Frontiers du droit et “lex mercatoria”*, „Archives de philosophie du droit” 1964, vol. 9.
- Goldman B., *Lex mercatoria*, „Forum Internationale” 1983, vol. 3 no. 3.
- Goldman B., *The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria*, [w:] Lew J. D. M. (red.), *Contemporary problems in international arbitration*, London 1986.
- Góralski W., *Nova et vetera. Kodyfikacja prawa kanonicznego w XX stuleciu*, [w:] Dębiński A. (red.), *Starożytne kodyfikacje prawa. Materiały z konferencji zorganizowanej 10–11 kwietnia 1999 r. w Lublinie*, Lublin 2000, s. 45–62.
- Graveson R. H., *Comparative Conflict of Laws. Selected Esseys*, vol. 1, Amsterdam – New York – Oxford 1977.
- Grayson E., *Sport and the Law*, London 1994.
- Greenwalt K., *Hart’s Rule of Recognition and the United States*, „Ratio Juris” 1988, vol. 1.

- Griffiths J., *What is legal pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, vol. 24, no. 1.
- Gruber L., *Ruling The World. Power Politics and the Rise of Supranational Institutions*, Princeton University 2000.
- Guillet D., *Rethinking Legal Pluralism: Local Law and State Law in the Evolution of Water Property Rights in the Northwestern Spain*, „Comparative Studies in Society and History” 1998, vol. 40, no. 1.
- Haack S., *The pluralistic universe of law: Towards a neo-classical legal pragmatism*, „Ratio Juris” 2008, vol. 21, no. 4.
- Hafner G., *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, „Michigan Journal of International Law” 2004, t. 25.
- Halberstam D., *Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend*, [w:] Maduro, M. P., Azoulai L. (red.), *The Past and the Future of the EU Law. Revisiting the Classics n the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford 2008.
- Halgreen L., *European Sports Law: a Comparative Analysis of the European and American Models of Sport*, Copenhagen 2004.
- Hall R.H., *Organizations. Structures, Processes and Outcomes*, New Jersey 1996.
- Harding A., *Political Liberty in the Middle Ages*, „Speculum” 1980, t. 55.
- Harris J., *Kelsen and Normative Consistency*, [w:] Tur R., Twining W. (red.), *Essays on Kelsen*, Oxford 1986.
- Hart, H. L. A., *Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law*, [w:] Hart H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983.
- Hartley T. C., *The Foundations of the Community Law*, Oxford 1993
- Haskins G. L., *Executive Justice and the Rule of Law*, „Speculum” 1955, t. 30.
- Hass L., *Masoneria polska XX wieku. Losy, loże, ludzie*, Warszawa 1993.
- Hass L., *Wolnomularstwo w Europie Środkowo-Wschodniej w XVIII i XIX wieku*, Wrocław 1982.
- Hayek F. A., *The Road to Serfdom*, Chicago 1994.
- Hefendehl R. *ETS stawia na głowie przyporządkowanie kompetencji w zakresie prawa karnego i dziwi się krytycy*, [w:] Szwarc A., Joerden J. C. (red.) *Europeizacja prawa karnego w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucyjno-prawne*, Poznań 2007.
- Hellum A., *Actor Perspectives on Gender and Legal Pluralism in Africa*, [w:] Petersen H., Zahle H. (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth Publishing 1994.

- Hellum A., *Human Rights and Gender Relations in Postcolonial Africa: Options and Limits for the Subjects of Legal Pluralism*, „Law and Social Inquiry” 2000, no. 25.
- Helmholz R.H., *Western Cannon Law*, [w:] White J., Alexander Jr. F.S. (red.), *Christianity and Law*, Cambridge 2008.
- Herber R., *Lex mercatoria und „Principles” - Gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht*, „Internationales Handelsrecht“ 2003, vol. 3.
- Hessen R., *In Defence of Corporation*, Stanford 1979.
- Hinschis P., *System des katholischen Kirchenrecht*, t. III, Berlin 1883.
- Hintze O., *The Nature of Feudalism*, [w:] Chayette F. L. (red.), *Lordship and Community*, New York 1968.
- van Hoecke M., *European Legal Cultures in a Context of Globalisation*, [w:] Gizbert-Studnicki T., Stelmach J. (red.), *Law and Legal Cultures in the 21th Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007.
- Honoré T., *How is Law Possible ?*, [w:] Honoré, T., *Making Law Bind*, Oxford 1987.
- Hooker M. B., *Legal pluralism. An introduction to colonial and neo-colonial laws*, Oxford 1975.
- van Hove A., *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, v. I, t. I, Mechliniae – Romae 1928.
- Hryniewicz, E., *Europejskie przestępstwa, europejskie dobra prawne*, [w:] Szwarc A., Joerden J. C. (red.), *Europeizacja prawa karnego w Polsce i Niemczech – podstawy konstytucyjno-prawne*, Poznań 2007.
- Hunt E. S., Murray J. M., *A History of Business in Medieval Europe, 1200-1550*, Cambridge 1999.
- Hymas P. R., *What did Edwardian Villagers Understand by Law?*, [w:] Razi Z., Smith R. (red.), *Medieval Society and the Manor Court*, New York 1996.
- Infantio G., *Meca-Medina: a Step Backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?*, UEFA 2006.
- Insadowski H., *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935.
- Izdebski H., Skuczyński P. (red.), *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, Warszawa 2006.
- Jakubowski W., *O, Roma felix. Geneza, specyfika i przeobrażenia instytucji politycznych Państwa Miasta Watykańskiego*, Warszawa 2005.

- Janin H., *University in Medieval Life, 1179-1499*, Jefferson 2008.
- Jankowski H. (red.), *Etyka*, Warszawa 1973.
- Jasiński F., *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie w praktyce*, [w:] Barcz J., *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Jemielniak J., *Legitimization Arguments in the Lex Mercatoria Cases*, "International Journal for the Semiotics of Law" 2005, vol. 18.
- Johnson D. H., *The Root Causes of Sudan's Civil Wars. Updated to the Peace Agreement*, Malaysia 2007.
- Jok Madut J., *Sudan. Race, Religion, Violence*, Oxford 2007.
- Jones P. J., *The Italian City-State*, Oxford-New York 2004;
- Josselin D., Wallace W., *Non-state actors in world politics: A Framework*, [w:] Josselin D., Wallace W. (red.), *Non-state actors in world politics*, London 2001.
- Jørgensen J., *Imperatives and Logic*, „Erkenntnis” 1937-38, vol. 7.
- Kahn P., *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1987.
- Kamiński A. Z., Kurczewska J., *Main actors of Transformation: The Nomadic Elites*, [w:] Wesołowski W. (red.), *The General Outlines of Transformation*, Warszawa 1994.
- Kantorowicz E., *Dwa ciała króla*, Warszawa 2007;
- Katsh M.E., *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, "The University of Chicago Legal Forum" 1996.
- Kelly J. M., *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006.
- Kelsen H., *General Theory of Law and the State*, Cambridge Mass. 1945.
- Kelsen H., *The Pure Theory of Law*, University of California Press 1967.
- Kennedy D., *One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and The Cosmopolitan Dream*, „N.Y.U. Review of Law and Social Change” 2007, vol. 31.
- Kennedy P., *The Parliament of Man: The Past, Present and Future of the United Nations*, Nowy Jork 2006.
- Kern F., *Kingship and Law in the Middle Ages*, Clark 2005.
- Kędzior M., *Autonomia organizacji sportowych w świetle prawa polskiego i Unii Europejskiej*, „Sport Wyczynowy” 2007, nr 1-3.
- Kibre P., *Scholarly Privileges in the Middle Ages*, Cambridge 1962.
- King P. D., *Law and Society in Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972.

- Kojder A., *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa*, [w:] Flis A. (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40- lecia pracy naukowej*, Kraków 2006.
- Kolasa J., *Normatywne podstawy jedności prawa międzynarodowego. Zarys problemu*, [w:] Kolasa J., Kozłowski A. (red.), *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007.
- Kolev B., *Lex Sportiva and Lex Mercatoria*, „International Sports Law Journal” 2008, no. 1-2.
- Komarek J., *European constitutional pluralism and the European arrest warrant: Contrapunctual principles in disharmony*, „Jean Monnet Working Paper” 2005, vol. 10.
- Koschaker P., *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1958.
- Koskenniemi M., Leino P., *Fragmentation of International Law? Post-modern Anxieties*, „Leiden Journal of International Law” 2002, t. 15.
- Koskenniemi M., *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, „Modern Law Review” 2007, t. 70.
- Kotarbiński T., *Problematyka etyki niezależnej (1)*, [w:] J. Smoczyński (red.), *Pisma etyczne*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1987.
- Kowalski J., *O więzi prawoznawstwa z innymi, a zwłaszcza społecznymi naukami*, „Studia Iuridica” 2003, vol. XLII.
- Kowalski J., Lamentowicz, W., Winczorek, P., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1981.
- Krawiel T., *Czy Konstytucja chroni korporacje zawodowe? Kogo chroni art. 17 Konstytucji?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 12.
- Kroeschell K., *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrh.*, [w:] *Probleme des 12. Jahrhunderts*, Konstanz-Stuttgart 1968.
- Krukowski J., *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999.
- Krukowski J., *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 1993.
- Kruszyński P., *Glosa do wyroku TK z 27.04.2005 r. (P 1/05)*, „Palestra” 2005, nr 7-8.
- Kuciński J., *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003.

- Kühn Z., *The Application of European Law in the New member States: Several (Early) Predictions*, "German Law Review" 2005, vol. 6, no. 3.
- Kumm M., *The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional treaty*, "European Law Journal" 2005, vol. 11, no. 3.
- Kumm M., *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?*, „Common Market Law Review” 1999, vol. 36
- Kumm M., *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice and the Fate of the European Market Order for Bananas*, „Common Market Law Review” 1999, no. 36.
- Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988.
- Kupperman J. J., *Classic Asian Philosophy: A Guide to the Essential Texts*, Oxford 2001.
- Kuryłowicz M., *Prawo rzymskie. Historia. Tradycja. Współczesność*, Lublin 2003.
- Kustra A., *Autonomia prawa wspólnotowego*, „Jurysta” 2007, nr 7.
- Kustra A., *Ewolucja wykładni art. 11 Konstytucji Włoch z 1947 r. w orzecznictwie Sądu Konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, wrzesień.
- Kustra A., *Kolizje norm konstytucyjnych i wspólnotowych w ujęciu teoretyczno prawnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 5/2007.
- Kustra A., *Koncepcje pluralizmu prawnego a problem ustalenia ostatecznego strażnika legalności prawa w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008.
- Kustra A., *Metody dostosowywania porządków konstytucyjnych państw członkowskich do zasady supremacji prawa wspólnotowego*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Suwalsko-Mazurskiej im. Papieża Jana Pawła II w Suwałkach” 2006, nr 14.
- Kustra A., *Wokół problemu multicentryczności prawa*, „Państwo i prawo” 2006, nr 6.
- Kustra A., *Współczesny paradygmat nadrzędności konstytucji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2008, tom 4.
- Kuttner R., *The Role of Governments in the Global Economy*, [w:] Hutton W., Giddens A. (red.), *On the Edge. Living with Global Capitalism*, London 2000.

- Kuttner S., *The Revival of Jurisprudence*, [w:] Benson, R. L., Constable G. (red.), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Harvard 1991.
- Kwiecień R., *The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty*, „German Law Journal” 2005, vol. 6, no. 11.
- de Lange R., *Divergence, Fragmentation and Pluralism*, [w:] Petersen H., Zahle H. (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* 1994, Boston.
- Lalive P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, [w:] Sanders P. (red.), *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, “ICCA congress series” no. 2 Boston 1987.
- Lander G. B., *Aspects of Medieval Thought on Church and State*, „Review of Politics” 1947, t. 9.
- Lando, O., *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, “International and Comparative Law Quarterly” 1985, vol. 34 no. 4.
- Lang W., *Wokół multicytryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7.
- Lee van Cott D., *A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia*, „Journal of Latin American Studies” 2000, vol. 32, no. 1.
- Lerche P., *„Kompetenz-Kompetenz” und das Maastricht Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, [w:] Ipsen J., Rengeling H. W., Mössner J. M., Weber A. (red.), *Verfassungsrechts im Wandel Wiedereinigung Deutschlands. Deutschland in der Europäischen Union. Verfassungsstaat und Föderalismus. Zum 180jährigen Bestehen der C. Heymanns Verlag K.G., Köln* 1995.
- Lessig L., *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, New York 1999.
- Lessig L., *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, “Harvard Law Review” 1999-2000, vol. 113.
- Levine D., *At the Dawn of Modernity*, Berkeley, Los Angeles - London 2001.
- Lew J. D. M., *Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards*, Dobbs Ferry, N.Y. 1978.
- Lewellyn K. N., *The Normative, The Legal, and The Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, „The Yale Law Journal” 1940, vol. 49, no. 8.

- Llewellyn K. N., Hoebel A. E., *The Cheyenne way: conflict and case law in primitive jurisprudence*, Norman 1941.
- Lillich R.B., Brower Ch. N., *International arbitration in the 21st century : towards „judicialization” and uniformity? : the Twelfth Sokol Colloquium*, New York, N.Y. 1994.
- López Rodríguez A. M., *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*, Copenhagen 2003.
- Lopez R.S., *The Commercial Revolution of the Middle Ages, 950-1350*, Cambridge 1998.
- Lubman S. B. *Bird in a cage: Legal reform in China after Mao*, Stanford University Press 1999.
- Ludwikowski R.R., *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000.
- de Ly F., *Globalisation and International Self-Regulation*, [w:] Appelbaum, R.P., Felstiner, W.L.F., Gessner, V. (red.), *Rules and networks : the legal culture of global business transactions*, Oxford, Portland, Or. 2001.
- de Ly F., *International business law and lex mercatoria*, Amsterdam, New York 1992.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4.
- Łoś M., Zybortowicz A., *Privatizing the Police-State. The Case of Poland*, New York 2000.
- MacCormick N., *Beyond the Sovereign State*, „The Modern Law Review” 1993, vol. 56, no. 1.
- MacCormick N., *Institutions and Laws Again*, “Texas Law Review” 1998-1999, vol. 77.
- MacCormick N., *Institutional Normative Order: A Conception of Law*, „Cornell Law Review” 1996-1997, vol. 82.
- MacCormick N., *The Concept of Law and ‘The Concept of Law’*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1994, vol. 12.
- MacCormick N., *Questioning sovereignty: Law, state, and nation in the European commonwealth*, Oxford 1999.
- Macdonald R. A., Kleinhans M.-M., *What is a „critical” legal pluralism?*, „Canadian Journal of Law and Society” 1997, vol. 12, no. 2.
- Macdonald R. A., *Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” 1998, vol. 15, no. 1.

- Maceratini R., *Ricerche sullo status giuridico dell'eretico nel diritto romano – cristiano e nel diritto canonico classico (da Graziano ad Ugucione)*, Milano 1994.
- Maduro M. P., *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, [w:] Walker N. (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003.
- Maduro M. P., *Interpreting European law- Judicial Adjudication in context of Constitutional pluralism*, "European Journal of Legal Studies" 2007, vol 1, no. 2
- Magnus U., *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht“, vol. 59 1995.
- Mahmud T., *Jurisprudence of Successful Treason*, "Cornell International L. J." 1994, vol. 27.
- Maiolo F., *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Delft 2007.
- Maitland F., *Roman Canon Law in the Church of England*, Union 2006.
- Malinowski B., *Crime and custom in savage society*, Patterson, N.J. 1959.
- Maniruzzaman A. F. M., *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge For International Commercial Arbitration?*, "American University International Law Review" 1999, vol. 14.
- Mann F., *Lex Facit Arbitrum*, [w:] Domke M., Sanders P., Sohn L. B. (red.), *International arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, Hague 1967.
- Marshall G., *Constitutional Theory*, Oxford 1971.
- Marzęda K., *Proces globalizacji korporacyjnej*, Warszawa-Bydgoszcz 2006.
- Maxwell J. W., Lyon T. P., Hackett S. C., *Self-regulation and social welfare: the political economy of corporate environmentalism*, „The Journal of Law and Economics”, vol 43, no 2, 2000.
- May E. *Parliamentary Practice*, Londyn 1997.
- McIlwain C. H., *Medieval Institutions in the Modern World*, [w:] Dannenfeldt, K.H., *The Renaissance. Medieval or Modern?*, Boston 1959.
- McKeon P. R., *The Status of University as Parens scientiarum*, „Speculum” 1964, t. 39.

- Menkes, J., Wasilkowski, A., *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Warszawa 2006.
- Meredith M., *The Fate of Africa. From the Hopes of Freedom to the Heart of Despair. A History of Fifty Years of Independence*, New York 2005.
- Meron T., *The Ad Hoc International Criminal Tribunals and the Proposed International Criminal Court*, „ASIL Bulletin” 1995, nr 9.
- Merry S. E., *Law and colonialism*, „Law & Society Review” 1991.
- Merry S. E., *Legal pluralism*, „Law & Society Review” 1988, t. 22.
- Merzbacher F., *Die Paröme: Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil*, „Studia Gratiana” 1967, t. 13.
- Merzbacher F., *Die Parömie Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil*, „Studia Gratiana” 1967 vol. 13 .
- Mestre A., *The Legal Basis of the Olympic Charter*, „International Sports Law Journal” 2008, no. 1-2.
- Meyer J., Jepperson R., *The „Actors” of Modern Society: The Cultural Construction of Social Agency*, „Sociological Theory” 2000, vol. 18, no. 1.
- Michaud-Quantin P., *Universitas: Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge*, Paris 1970.
- Mik C., *Zasada przestrzegania prawa międzynarodowego przez Wspólnotę Europejską w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu I Instancji*, [w:] Mik, C. (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, Toruń 2001.
- Mik C., *Zbirowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1991.
- Mikłaszewicz P., *Pozycja sądów konstytucyjnych w następstwie integracji w Unię Europejską*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 3.
- Milašc N., *Das Kirchenrecht der morgeländischen Kirche*, Monstar 1905.
- Miller G., *The legal and economic basis of international trade*, Westport, CT 1996.
- Minattur J., *The Nature of Malay Customary Law*, [w:] Dundes Renteln A., Dundes A. (red.), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta: volume I*, Wisconsin 1994.
- Mitsilegas, V., *Constitutional Principles of the European Community and the European Criminal Law*, „European Journal of Law Reform” 2006, vol. 8, no. 2/3.

- Mitten M., Davis T., Smith R. K., Berry R. C., *Sports Law and Regulation: Cases, Materials and Problems*, New York 2005.
- Mitten M., *Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations*, „Pepperdine Dispute Resolution Law Journal” 2009, April.
- Modzelewski K., *Legem ipsam vetare non possumus. Królewski kodyfikator wobec potęgi zwyczajaju*, [w:] *Historia, idee, polityka*, Warszawa 1995.
- Moore S. F., *Certainities undone: fifty turbulent years of legal anthropology: 1949-1999*, „Journal of the Royal Anthropological Institute” 2001, vol. 7.
- Moore S., *Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, „Law and Society Review” 1973, vol. 7.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005.
- Morsink J., *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia 1999.
- Moulin L., *Średniowieczni szkolarze i ich mistrzowie*, Gdańsk-Warszawa 2002.
- Müller W. P., *The Recovery of Justinian’s Digest in the Middle Ages*, „Biulletin of Medieval Canon Law” 1990, t. 20.
- Mulholland M., *Trial in Manorial Courts in late Medieval England*, [w:] Mulholland M., Pulman B. (red.), *Judicial Tribunals in England and Europe*, Manchester 2002.
- Munro C., *Studies in Constitutional Law*, Londyn 1999
- Munzer S., *Validity and Legal Conflicts*, „Yale Law Journal” 1973, vol. 82.
- Nafziger J., *International Sports Law*, New York 2004.
- Nagel T., *The Fragmentation of Value*, [w:] Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge 1979.
- Nitobe I., *Bushido – duch Japonii. Wykład o sposobie myślenia Japończyków*, Bydgoszcz 2008
- Oksiuta A., *Wartości i normy dziennikarskiego etosu na podstawie kodeksów etyki dziennikarskiej*, [w:] *Kultura i prawo*, Lublin 2002
- Oliver P., *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and new Zealand*, Oxford 2005.

- Olivier P., *The French Constitution and the Treaty of Maastricht*, „International and Comparative Law Quarterly” 1994.
- Oliver P., *Sovereignty in the Twenty-First Century*, „King’s College Law Journal” 2003, vol. 14.
- Össenbühl F., *Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungrechtliche Wende?*, „Deutsches Verwaltungsblatt“ 1993, vol. 12.
- Ougaard M., *Approaching the Global Polity*, „Working Paper” 1999, no. 42.
- Padoa-Schioppa A., *Legislation and Justice*, Oxford-New York 1997.
- Painter S., *Feudalism and Liberty*, Baltimore 1961.
- Panagiotopoulos D. (red.), *Sports Law (Lex Sportiva) in the World – Regulations and Implementation*, Athens-Komotini 2005.
- Parrish, R., *Sports law and policy in the European Union*, Manchester 2003.
- Paul Ch., Vieweg K., *The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence*, „The International Sports Law Journal” 2002, no. 1.
- Pauwelyn J., *Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*, „Michigan Journal of International Law” 2003-2004, t. 25.
- Pauwelyn J., *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2004.
- Pennington K., *The Canonists and Pluralism in the Thirteenth Century*, „Speculum” 1976, t. 51.
- Pennington K., *The Normans in Palermo: King Roger II’s Legislation*, [w:] Morillo S, Korngiebel D. (red.) „Haskins Society Journal” Woodbridge 2007.
- Perez O., *Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2003, vol. 10.
- la Pergola A., del Duca P., *Community Law, International Law and the Italian Constitution*, „American Journal of International Law” 1985, vol. 79.
- Perrin J. W., Azo, *Roman Law, and Sovereign European States*, „Studia Gratiana” 1972, t. 15.
- Petrażycki L., *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Warszawa 2002.
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki prawa i moralności*, Warszawa 1959.

- Petriccione R., *Italy: Supremacy of Community Law over National Law*, „European Law Review” 1986, vol. 11.
- Piechota R., *Pozasądowe formy rozwiązywania sporów sportowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2006, vol. IV.
- Pirenne H., *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade*, Princeton 1974.
- Podgórecki A., *Socjologiczna teoria prawa*, Warszawa 1998.
- Pollicino O., *Dall’Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale ceca)*, „Il Diritto dell’Unione Europea” 2006, no. 4.
- Pospisil L., *Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies*, „Journal of Conflict Resolution” 1967, vol. 11, no. 2.
- Pospisil L., *Kapauku Papuans and their law*, New Haven 1958.
- Post G., *Studies in Medieval Legal Thought, Public Law and State, 1100-1322*, Princeton 1964.
- Puder M. G., *Supremacy of the Law and Judicial Review in the European Union: Celebrating Marbury v. Madison with Costa v. E.N.E.L*, „George Washington International Law Review” 2004, vol. 36, no. 3.
- Radke H., *Fighting Sport Corruption: Polish Experience of a Global Dilemma*, „International Sports Law Journal” 2008, no. 3-4.
- Rait R. S., *Life in Medieval University*, Cambridge 2007.
- Ratner S. R., *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, „Yale Law Journal” 2001-2002, no. 111.
- Ray D. I., *Divided Sovereignty. Traditional Authorities and the State in Ghana*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1996, no. 37-38.
- Raz J., *The Authority of Law*, Oxford 1979.
- Raz J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford 1995.
- Raz J., *The Concept of a Legal System*, Oxford 1980.
- Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994.
- Reeb M., *The Role and Functions of the Court of Arbitration for Sport (CAS)*, „The International Sports Law Journal” 2002, no. 2.
- Reh F. E., *The Rules of Law and Canon Law*, Rzym 1939.

- Reidenberg J. R., *Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigms*, "Harvard Journal of Law and Technology" 1992-1993, vol. 6.
- Reidenberg J. R., *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, "Texas Law Review" 1998, vol. 76 no. 3.
- Renteln A. D., *The cultural defense*, New York 2004.
- Rich A., *Think tanks, public policy and the politics of expertise*, Cambridge University Press 2004.
- Richard J., *The Latin Kingdom of Jerusalem*, New York 1979.
- Richmond C., *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, „Law and Philosophy” 1997, vol. 16.
- Ronit K., Schneider V., *Private organizations and their contribution to problem-solving in the global arena*, [w:] Ronit, K., Schneider, V. (red.), *Private Organizations in Global Politics*, London 2005.
- Safian M., *Niezależność Trybunału Konstytucyjnego i suwerenność konstytucyjna RP*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6.
- Sassen S., *Globalizacja. Eseje o nowej mobilności ludzi i pieniędzy*, Kraków 2007.
- von Savigny F., *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, t. I, Heidelberg 1834.
- Schaefer A., *Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law*, „European Law Journal” 2006, vol. 12, no. 2.
- Schwarze J., *Das Staatsrecht in Europa*, „Juristen Zeitung“ 1993, vol. 12.
- Scott C., *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, [w:] Jordana J., Levi-Faur D. (red.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, 2005.
- Scott H., Barber N. W., *State Liability Under Francovich for Decisions of National Courts*, "Law Quarterly Review" 2004, vol. 120.
- Seligman C. G., *Ludy Afryki*, Warszawa 1972.
- Shadid W., van Koningsveld P. S., *Muslim Dress in Europe: Debates on the Headscarf*, „Journal of Islamic Studies” 2005, vol. 16.
- Shah P., *Legal pluralism in conflict: Coping with cultural diversity in law*, Cavendish Pub Ltd, 2005.
- Shany Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford 2003.

- Sharafi M., *Justice in Many Rooms since Galanter: De-Romanticizing Legal Pluralism through the Cultural Defense*, „Law and Contemporary Problems” 2008, no. 71.
- Siehr K., *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und Lex Mercatoria*, [w:] Holl W., Klinke U., *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht: Referate eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 26. bis 30. September 1983 in Ludwigsburg*, Köln 1985.
- Siekmann R., Soek J. (red.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, Hague 2004.
- Siekmann R., *Unia Europejska a sport - prawo i polityka*, [w:] Foks J. (red.), *Unia Europejska i Sport. Implikacje członkostwa Polski w Unii Europejskiej dla polskiego sportu*, Warszawa 2006.
- Siraisi N.G., *The Institutional Setting: The Universities*, [w:] Lindberg D. C. (red.), *Science in the Middle Ages*, Chicago 1980.
- de Smith S. A. *Parliamentary Privilege and the Bill of Rights*, „Modern Law Review” 1958, vol. 21.
- Snyder F., *Global economic networks and global legal pluralism*, „EUI Working Papers in Law” 1999, vol. 99, no. 6.
- Snyder F., *Global Economic Networks and Global Legal Pluralism*, „EUI Working Paper LAW” 1999, no. 6.
- Snyder F., *Governing economic globalisation: global legal pluralism and European law*, [w:] Snyder F. (red.), *Regional and Global Regulation of International Trade*, Oxford 2002.
- Sobański R., *Europa obojga praw*, Katowice 2006;
- Sobański R., *Kościół jako podmiot prawa*, Warszawa 1983.
- Sobański R., *Kulturowe uwarunkowania prawa*, [w:] Dębiński A. (red.), *Starożytne kodyfikacje prawa. Materiały z konferencji zorganizowanej 10 – 11 kwietnia 1999 r. w Lublinie*, Lublin 2000.
- Sobański R., *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 1992.
- Soek J., *Sports in National Sports Acts and Constitutions: Definitio, Ratio Legis and Objectives*, „International Sports Law Journal” 2006, no. 3-4.
- Soek J., *The Legal Nature of Doping Law*, „The International Sports Law Journal” 2002, no. 2.
- Soek J., Vrijman E., *The Shepherd’s Courage. The Olympic Movement Anti-Doping Code*, „The International Sports Law Journal” 2002, no. 1.

- Solomon S., *Gra o zaufanie. Jak szefowie banków centralnych rządzą gospodarką globalną*, Warszawa 2000.
- Sołtys A., *Spór o zasadę supremacji*, [w:] Biernat S. (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2000.
- Soon-Tay E., *China and Legal Pluralism*, „Bull. Austl. Soc. Leg. Phil.” 1984, vol. 8, no. 23.
- Soros G., *Kryzys światowego kapitalizmu*, Warszawa 1999.
- Sorrietino F., *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, „Quaderni Costituzionali” 1993, vol. 1.
- de Sousa Santos B., *Law: a map of misreading. toward a post-modern conception of law*, „Journal of Law and Society” 1987, vol. 14, no. 3.
- de Sousa Santos B., *The Heterogenous and Legal Pluralism in Mozambique*, „Law and Society Review” 2006, vol. 40, no. 1.
- de Sousa Santos B., *Toward a new legal common sense : law, globalization, and emancipation*, London 2002.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984.
- Stephenson C., *Medieval Feudalism*, Cornell 2007.
- Stith R., *Securing the rule of law through interpretive pluralism: An argument from comparative law*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2008, vol. 35, no. 3.
- Strayer J. R., *Feudalism*, London-Toronto 1965.
- Strayer J.R., *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, 1970.
- Subera I., *Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, Warszawa 1970.
- Sur S., *The State between Fragmentation and Globalization*, „European Journal of International Law” 1997, vol. 8.
- Simonides J., *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (po 60 latach od jej przyjęcia)*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 12.
- Syryjczyk J., *Kanoniczne prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 2003.
- Sztompka P., *Socjologiczna teoria podmiotowości*, „Studia. Młodzież i Wieś” 1989, nr 3.
- Szwajc A., *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977.
- Szymoszek E., *Iurisdictio w poglądach glosatorów*, Warszawa-Wrocław 1976.

- Szyszkowska M., *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1995.
- Tamanaha B. Z., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, no. 30.
- Tamanaha B., *A non-essentialist version of legal pluralism*, „Journal of Law and Society” 2000, vol. 27, no. 2.
- Tamanaha B., *The folly of the „social scientific” concept of legal pluralism*, „Journal of Law and Society” 1993, vol. 20, no. 2.
- Teichmann A., *Venire contra factum proprium - ein Teilaspekt rechtsmißbräuchlichen Handelns*, „Juristische Arbeitsblätter“ 1985.
- Teubner G. (red.), *Global Law without a State*, Dartmouth 1996.
- Teubner G., *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, [w:] Ladeur K.-H. (red.), *Public Governance in the Age of Globalisation*, Aldershot 2004.
- Teubner G., *Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergencies*, „Modern Law Review” 1998, vol. 61, no. 1.
- Teubner G., *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, „Cardozo Law Review” 1991-1992, vol. 13.
- Thornburg E.G., *Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution*, „University of California Davis Law Review” 2000-2001, vol. 34.
- Tierney B., *Divided Sovereignty at Constance*, „Annuaire Historiae Conciliorum” 1975, t. 7.
- Tierney B., *Foundations of the Conciliar Theory*, Brill, Leiden 1998.
- Tierney B., *Natural Law and Natural Rights*, [w:] White J., Alexander Jr. F.S. (red.) *Christianity and Law*, Cambridge 2008.
- Tönnies F., *Teoria wspólnoty*, [w:] Godlewski G., Kolankiewicz L., Mencwel A., Pęczak M. (red.), *Wiedza o kulturze, cz. 1: Antropologia kultury. Zagadnienia i wybór tekstów*, Warszawa 2001.
- Tontti J., *European Legal Pluralism as a Rebirth of Ius commune*, „Retfaerd – Nordisk Juridisk Tidsskrift” 2001, t. 94.
- la Torre M., *Institutionalism old and new*, „Ratio Juris” 1993, vol. 6, no. 2.
- la Torre M., *Legal pluralism as evolutionary achievement of community law*, „Ratio Juris” 1999, vol. 12, no. 2.
- Trakman L.E., *The Law Merchant: the Evolution of Commercial Law*, Colorado 1983.
- Twining W., *Diffusion of law: A global perspective*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 2004, vol. 49.

- Ullmann W., *Law and Politics in the Middle Ages*, London 1975.
- Ullmann W., *The Prohibition of Roman Law at Paris*, „Juridical Review” 1948, t. 60.
- Vanderlinden J., *Le Pluralisme Juridique: Essai de Synthèse*, [w:] Gilissen, J. (red.), *Le Pluralisme Juridique*, Bruksela 1971.
- Vanderlinden J., *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, „Journal of Legal Pluralism” 1989, no. 28.
- Verger J., *Les universités françaises au Moyen Âges*, Boston 1997.
- Vieweg K., *Die Gerichtliche Nachprüfung von Vereinsstrafen und -entscheidungen*, „Juristen Zeitung“ 1984.
- Vieweg K., *Normsetzung und anwendung deutscher und internationaler Sportverbaende*, Berlin 1990.
- de Vries K., *Medieval Military Technology*, Toronto, 2003.
- Volpe G., *A Minimalist Solution to Jørgensen’s Dilemma*, „Ratio Juris” 1999, vol. 12.
- Wach A., *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005.
- Wach A., *Postulat zbliżenia naszego prawa do norm międzynarodowego ruchu sportowego oczekuje na realizację „Sport Wyczynowy”* 2005, nr 9-10.
- Waley D., *The Italian City-Republics*, London 1971.
- Walker N., *The idea of constitutional pluralism*, „Modern Law Review” 2002, vol. 65, no. 3.
- Walker N., *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, „European Law Journal” 1998, vol. 4.
- Walter Ch., *Die drei Entscheidungen des französischen Verfassungsrats zum Vertrag von Maastricht über die Europäische Union*, „Europäische Grundrechte Zeitung“ 1993.
- Weile J., *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999.
- Weiler J., *The Reformation of European Constitutionalism*, „Journal of Common Market Studies” 1997, vol. 35.
- Weiler J., Wind M. (red.), *European Constitutionalism Beyond The State*, Cambridge 2003.
- Weiler J., Lockhart N., *‘Taking Rights Seriously’ Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*, „Common Market Law Review” 1995, vol. 32.
- Weiss L., *The myth of the powerless state. Governing the economy in a global era*, Polity Press 1998.

- Werner K. F., *La genèse des duchés «nationaux» en France et en Allemagne*, [w:] *Nascita dell'Europa e Europa carolingia*, t. 1, Spoleto 1981.
- Westermarck E., *Customs Connected with Homicide in Morocco*, [w:] Dundes Renteln A., Dundes A. (red.), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta: volume I*, Wisconsin 1994.
- Where L., *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford 1960.
- Wilks M. J., *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge 1963.
- Winczorek J., *Zagnięcie dwunastego wielbłąda. O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*, Warszawa 2009.
- de Windt A.R., *Local Government in a Small Town: A Medieval Leet Jury and Its Constituents*, „Quarterly Journal Concerned with British Studies” 1991, t. 23.
- Witkowska-Chrzczonek K., *Konstytucyjne aspekty członkostwa Republiki Czeskiej w Unii Europejskiej w świetle orzecznictwa czeskiego Sądu Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2008, vol. 88.
- Wittke C., *The History of English Parliamentary Privilege*, Ohio 1921.
- Wolfram H., *The Shaping of Early Medieval Principality as a type of Non-Royal Rulership*, „Viator” 1971, t. 2.
- Wong K. C., *Black's theory of the behavior of law revisited ii: a restatement of Black's concept of law*, “International Journal of the Sociology of Law” 1998, vol. 26.
- Wood M., *Article 63*, [w:] Pettiti, L. E., Decaux, E., Imbert, P. H. (red.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris 1995.
- Woodman G., *Ideological combat and social observation*, “Journal of Legal Pluralism” 1998, vol. 42.
- Wójtowicz A., *Model normy stanowionej i niektóre problemy stosowania prawa w doktrynie postglosatorów*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1971, t. XXIII, z. 2.
- Wróblewski W., *Rozwój idei społeczeństwa obywatelskiego w Atenach w wieku VI i V przed Chrystusem*, Toruń 2004,
- Wyrozumka A., *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] Wójtowicz K. (red.), *Otwarcie konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Warszawa 2006.

- Zabłocki J., *Consensus facit nuptias*, [w:] Służewska Z., Urbanik J. (red.), *Marriage. Ideal – Law – Practice. Proceedings of a Conference held in Memory of Henryk Kupiszewski*, Warsaw 2005.
- Zajadło J., *Filozofia prawa międzynarodowego?*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 2.
- Zajadło J., *Moua zniewala Xeng Xiong*, [w:] Zajadło J. (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008.
- Zhishman J., *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien 1864.
- Ziegert K. A., *The sociology behind Eugen Ehrlich’s sociology of law*, „International Journal of the Sociology of Law” 1979, vol. 7.
- Ziemiński Z., *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa*, Warszawa 1995.
- Ziemiński Z., *Teoria prawa*, Warszawa – Poznań 1972.
- Zięba-Załucka M., *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji RP*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 10.
- Zimmermann R., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, „Juristenzeitung“ 1992.
- Zinger S., *Diskriminierungsverbote und Sportautonomie*, Berlin 2003.
- Znamierowski C., *Szkoła prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1988.
- Zuleeg M., *The European Constitution Under Constitutional Constraints: The German Scenario*, „European Law Review” 1997, vol. 22
- Žužek I., *The oriental Sources of Canon Law and the modern legislation for oriental Catholics*, [w:] *Kanon. Jahrbuch der Gesellschaft für das Recht der Ostkirchen*, t. 1 (1973): *Acta congressus*, Wien 1973.
- al-Zwaini L., Berger M., Dupret B. (red.) *Legal pluralism in the Arab world*, Dordrecht 1999.