

**Miscellanea
Historico-Iuridica**

Współautorzy tomu XV, z. 1

Katarzyna Bagan-Kurluta (Uniwersytet w Białymstoku)
Joanna Banasiuk (Uniwersytet w Białymstoku)
Tadeusz Branecki (Wyższa Szkoła Humanistyczno-Przyrodnicza
w Sandomierzu)
Tomasz Ciesielski (Uniwersytet Opolski)
Maria Cudowska (Uniwersytet w Białymstoku)
Filip Cyuńczyk (Uniwersytet w Białymstoku)
Wiktoria Danilewicz-Prokorym (Uniwersytet w Białymstoku)
Adam Drozdek (TAX Leader. Glumińska-Pawlic, Szymik, Oleś. Kancelaria
Doradztwa Podatkowego sp.k.)
Urszula Drozdowska (Uniwersytet w Białymstoku)
Piotr Fiedorczyk (Uniwersytet w Białymstoku)
Paweł Gotowiecki (Wyższa Szkoła Biznesu i Przedsiębiorczości w Ostrowcu
Świętokrzyskim)
Agnieszka Ilendo-Milewska (Wyższa Szkoła im. B. Jańskiego w Warszawie)
José Luis Iriarte Ángel (Universidad Pública de Navarra)
Oskar Kanecki (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski)
Karolina Korol (Uniwersytet w Białymstoku)
Karol Łopatecki (Uniwersytet w Białymstoku)
Marcin Łysko (Uniwersytet w Białymstoku)
Elżbieta Makarewicz (Uniwersytet w Białymstoku)
Elsa Sabater Bayle (Universidad Pública de Navarra)
Łukasz Skarżyński (Uniwersytet Warszawski)
Renata Tanajewska (Uniwersytet w Białymstoku)
Ewa M. Vesper (Uniwersytet w Białymstoku)
Lynn D. Wardle (Brigham Young University)
Krystian Żelazny (Uniwersytet Śląski)

UNIwersytet w Białymstoku
Wydział Prawa
Katedra Nauk Historycznoprawnych i Komparatystyki Prawniczej
Zakład Historii Państwa i Prawa

Miscellanea Historico-Iuridica

Tom XV, z. 1
pod redakcją
Katarzyny Bagan-Kurluty
i
Piotra Fiedorczyka

Białystok 2016

Rada Naukowa/Scientific Board:

Adam Czarnota (University of Białystok and International Institute for the Sociology of Law, Oñati, Spain); Soazick Kerneis (Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France); Adam Lityński (Humanitas University, Sosnowiec, Poland); Marju Luts-Sootak (University of Tartu, Estonia); Piotr Niczyporuk (University of Białystok, Poland); Kenneth J. Pennington (The Catholic University of America, Washington, USA); Janis Pleps (University of Latvia); Anton D. Rudokvas (St. Petersburg University, Russia); Karel Schelle (Masaryk University, Brno, Czech Republic); Dariusz Szpopper (University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland); Charles Szymanski (Vytautas Magnus University, Kaunas, Lithuania); Jaroslav Volkonovski (University of Białystok, Faculty in Vilnius, Lithuania); Jan Zabłocki (Cardinal Stefan Wyszyński University, Warsaw, Poland)

Redakcja/Editors:

Piotr Fiedorczyk (redaktor naczelny/chief editor)
Katarzyna Bagan-Kurluta (redaktor tomu/issue editor)

Redakcja i korekta/Correction:

Janina Demianowicz (język polski/Polish),
Richard Crow (język angielski/English),

Adres Redakcji/Editors' Address:

Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku,
15-213 Białystok, ul. Mickiewicza 1; tel. (fax): (+48 85) 732 70 62
e-mail: miscellanea@uwb.edu.pl; <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea>

Recenzenci/Reviewers:

Marek Andrzejewski (University of Szczecin), Jacek Brezcko (Medical University, Białystok), Andrzej Gulczyński (Adam Mickiewicz University, Poznań), Zdeňka Králičková (Masaryk University, Brno, Czech Republic), Jerzy Krzynówek (University of Warmia and Mazury, Olsztyn), Marek Sobczyk (Nicolaus Copernicus University, Toruń), Anna Stawarska-Rippel (University of Silesia, Katowice), Renata Świrgoń-Skok (University of Rzeszów), Mariusz Załucki (Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Cracow), Zdzisław Zarzycki (Jagiellonian University, Cracow)

Projekt okładki: Teodor Worona

Skład i redakcja techniczna: Zbigniew Łaszcz

© Copyright by Uniwersytet w Białymstoku, Białystok 2016

„Miscellanea Historico-Iuridica” są umieszczone od 2008 r. w wykazie czasopism punktowanych przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego na potrzeby oceny parametrycznej jednostek naukowych (8 pkt)

Abstracts of articles published in “Miscellanea Historico-Iuridica” are available online by “The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (CEJSH) under: <http://cejsh.icm.edu.pl> and by Index Copernicus.

Publikacja w cenie 16,00 zł + VAT (5%) do nabycia:
15-097 Białystok, ul. Marii Skłodowskiej-Curie 14, p. 301
e-mail: ac-dw@uwb.edu.pl, tel. 857457102, 857457120

ISSN 1732-9132

Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku
15-097 Białystok, ul. M. Skłodowskiej-Curie 14
<http://wydawnictwo.uwb.edu.pl>; e-mail: ac-dw@uwb.edu.pl

Druk i oprawa: QUICK-DRUK, s.c., Łódź

Spis treści

ARTYKUŁY HISTORYCZNOPRAWNE

Ewa M. Vesper Antyczne inspiracje niemieckich regulacji prawnych w zakresie kazirodstwa.....	11
Adam Drozdek Cło w czasach panowania Piastów	33
Tadeusz Brancki List Federalny z 1 sierpnia 1291 r. – pierwszy akt ustrojowy Dawnej Konfederacji Szwajcarskiej.....	49
Karol Łopatecki Miejskie artykuły wojskowe w nowożytnej Europie – zarys problematyki	59
Oskar Kanecki Sejmiki zwoływane sposobem wojewódzkim jako szczególna forma samorządu stanowego w Wielkim Księstwie Litewskim.....	85
Tomasz Ciesielski Artykuły wojenne dla artylerii koronnej Augusta III z 1737 r.	95
Krystian Żelazny Status prawny mniejszości narodowych na obszarze Czech w byłej Republice Czechosłowacji w latach 1918-1992	117
Łukasz Skarżyński Dekret PKWN o reformie rolnej 1944 r. na przykładzie północnego Mazowsza – ziemia pułtuska	129
Joanna Banasiuk Skala i przyczyny powstawania zjawiska utworów osieroconych w aspekcie historycznym.....	155
Marcin Łysko Projekt ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń z 1970 r. w ocenie uczestników dyskusji społecznej	181
Paweł Gotowiecki <i>Restitutio ad integrum</i> – prawno-polityczna doktryna ośrodka legalistycznego polskiej emigracji politycznej na Zachodzie (1945-1990).....	205
Filip Cyuńczyk Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Odwołania do przeszłości w preambułach do konstytucji Łotwy i Węgier na tle innych państw postkomunistycznych	221

Katarzyna Bagan-Kurluta Swoboda wypowiedzi a teksty amerykańskich beatników. Obsceniczność a granice swobód?	235
---	-----

MATERIAŁY Z ZAKRESU EUROPEJSKIEGO PRAWA RODZINNEGO

José Luis Iriarte Ángel The Spanish Intercountry Adoption: an Approach to the Law 54/2007	249
---	-----

Katarzyna Bagan-Kurluta Czyje dziecko, czyje? Kilka uwag o pochodzeniu dziecka na tle umów macierzyństwa zastępczego.....	259
--	-----

Elsa Sabater Bayle Open Adoption.....	273
---	-----

Lynn D. Wardle Suffer the Little Children: Elective Abortion as a Sign of Diminished Societal Compassion	293
---	-----

Urszula Drozdowska Wykładnia art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i poglądów doktryny prawa	301
---	-----

Elżbieta Makarewicz, Agnieszka Hendo-Milewska Stan cywilny dziecka jako potwierdzenie przynależności do rodziny	317
---	-----

Renata Tanajewska Pozycja prawna <i>nasciturusa</i> przy dziedziczeniu ustawowym w sytuacji śmierci spadkodawcy przed uznaniem ojcostwa	339
--	-----

Maria Cudowska Mail-Order Brides and Marriage Migration: A Comparative Study of the Problems in the U.S., Great Britain and Ireland	351
--	-----

Wiktoria Danilewicz-Prokorym Władza rodzicielska a kontakty z małoletnim dzieckiem. Instytucja pieczy naprzemiennej na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2015, poz. 1062)	371
--	-----

Karolina Korol „Niebieski pokój” – czyli przyjazny dzieciom pokój przesłuchań w świetle obowiązujących przepisów.....	381
--	-----

ARTYKUŁY RECENZYJNE

Piotr Fiedorczyk

O niektórych zasadach polskiego procesu cywilnego w XX w. Uwagi w związku z pracą Anny Stawarskiej-Rippel, *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym w świetle prac kodyfikacyjnych w Polsce (1918-1964). Studium historycznoprawne*, Wyd. UŚ, Katowice 2015, 429 stron. 399

KRONIKA

Kronika Katedry Nauk Historyczno-Prawnych i Komparatystyki Prawniczej Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (rok 2015) (**Marcin Łysko**) 409

**ARTYKUŁY
HISTORYCZNOPRAWNE**

Ewa M. Vesper

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: ewa.vesper@gmx.de

telefon: +48 85 7457162

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.01

Antyczne inspiracje niemieckich regulacji prawnych w zakresie kazirodztwa

SUMMARY

The ancient inspirations for the German legal regulations on the incest

Since the German Ethic Council in September 2014 recommended revision of the incest law and questioned the justification for criminalising consensual sexual activity between siblings, the incest law became the subject of many public debates in Europe. This article is a contribution to show the evolution of the legal regulation of incest in Germany throughout the ages. A short overview of incest legislation in ancient cultures and in Roman law, shows that in nearly every past society, incest was considered taboo. Although, in theory, incest legislation in Roman law was very limited, it was in fact strictly forbidden. The present legal norms in Germany, which are based on Roman legal heritage and influenced by Christianity, also prohibit it. Incest is defined in § 173 of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch) as an act of sexual intercourse between lineal ancestors and descendants and between siblings. The penalisation of incest is justified by protection of the family unit. Nevertheless, due to the radical changes in moral values of society, the current German legislation is facing a crisis.

Key words: incest, Germany, offence of incest, roman law, §173 of German Criminal Code.

Słowa kluczowe: kazirodztwo, Niemcy, przestępstwo kazirodztwa, prawo rzymskie, §173 niemieckiego kodeksu karnego.

Wprowadzenie

Jedną z najstarszych i najbardziej rozpowszechnionych norm, towarzyszących człowiekowi od początkowego okresu rozwoju społecznego naszego gatunku, jest zakaz kazirodztwa. Niezależnie od obowiązujących regulacji prawnych, pozostało ono niewygodnym, kontrowersyjnym i trudnym tematem,

sytuującym się na styku etyki i prawa¹. Rozwijające się na przestrzeni dziejów społeczeństwa zaczęły wprowadzać zakaz stosunków kazirodczych pomiędzy krewnymi i tylko w nielicznych kulturach występowała akceptacja społeczna dla tego typu procederu².

Na wielowiekowy rozwój niemieckiej kultury prawnej największy wpływ obok chrześcijaństwa, wywarło prawo rzymskie. Pod koniec XV w. doszło do recepcji prawa rzymskiego w Niemczech. Zostało ono uznane jako prawo posiłkowe w praktyce wymiaru sprawiedliwości³. Miało to na celu kontynuację Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego. Dlatego warto byłoby przyjrzeć się bliżej, jak ukształtowało się zagadnienie intymnych relacji między osobami blisko ze sobą spokrewnionymi w antycznej kulturze prawnej, a w szczególności w starożytnym Rzymie.

Regulacje prawne kazirodztwa w świecie starożytnym

Kazirodztwo w społeczeństwach przedrzymskich

Przyjmuje się, że kazirodztwo było dość powszechnym zjawiskiem w starożytnym Egipcie⁴. Jednakże nie ma przekazów źródłowych potwierdzających, iż Egipcjanie dopuszczali się związków z bliskimi krewnymi w okresie Starożytności⁵. W czasie Średniego Państwa, związki kazirodcze istniały, ale nie były szeroko rozpowszechnione⁶. Natomiast w okresie Nowego Państwa, małżeństwa między rodzeństwem były dopuszczalne tylko w rodzinie królewskiej⁷. Taka praktyka była podyktowana utrzymaniem czystości krwi oraz przykładem pochodzącym od bogów, gdyż czczeni przez Egipcjan Ozyrys i Izйда pozostawali w małżeństwie⁸. Ponadto, kazirodztwo, praktykowane w rodzinie panującej, miało swoje oparcie w tradycjach dynastycznych⁹. Zawieranie związków małżeńskich między rodzeństwem było znane w rodzinie królewskiej

¹ J. Misztal-Konecka, *Zakaz kazirodztwa w prawie rzymskim i prawodawstwie kościelnym (III-VI w.)*, „Zeszyty Prawnicze” 2011, nr 11.1, s. 215. Por. M. Powirska, *Kazirodztwo w polskim prawie karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015 nr 2, s. 70.

² J. Eming, C. Jarzebowski, C. Ulbrich, *Historische Inzestdiskurse*, Königstein 2003, s. 29; J. Misztal-Konecka, *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin 2011, s. 45.

³ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2015, s. 56.

⁴ G. Kuleczka, *Prawo rzymskie epoki pryncypatu wobec dzieci pozamałżeńskich*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969, s. 44 i n.; A. Krzemińska, *Miłość w starożytnym Egipcie*, Warszawa 2004, s. 13.

⁵ J. Cerny, *Consanguineous Marriages in Pharaonic Egypt*, „Journal of Egypt Archeology” 1954, nr 40, s. 23 i n.; J. Misztal-Konecka, *Bigamia...*, s. 45.

⁶ R. Jasnow, *Egypt. Middle Kingdom and Second Intermediate Period*, [w:] *A History of Ancient Near Eastern Law*, red. R. Westbrook, t. 1, Leiden – Boston 2003, s. 275.

⁷ H. J. Bell, *Brother and Sister Marriage*, „Revue Internationale des Droits de l'Antiquité” 1949, nr 2, s. 86 i n.; J. Misztal-Konecka, *Bigamia...*, s. 45.

⁸ Diodor 1, 27. Por. K. Myśliwiec, *Eros nad Nilem*, Warszawa 1998, s. 72.

⁹ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków: Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 32.

Ptolemeuszów¹⁰. Związki kazirodcze znane były również w społeczeństwie egipskim¹¹.

W Babilonii już prawa króla Hammurabiego, panującego w latach 1792- 1750 p.n.e., zakazywały stosunków kazirodczych¹². Kodeks Hammurabiego za kontakty cielesne między bliskimi krewnymi przewidywał karę relegacji lub śmierci i to niekiedy wykonywaną w okrutny sposób¹³. Ojcu, który obcował cielesnie ze swoją córką groziło wygnanie¹⁴. Podobne regulacje króla Hammurabiego odnosiły się do stosunków kazirodczych z synową. Ojca, który utrzymywał kontakty intymne z narzeczoną syna, z którą tenże syn obcował cielesnie, groziła surowa kara. Takiego sprawcę należało związanego wrzucić do rzeki¹⁵. Szczególnie mocno były represjonowane stosunki płciowe z własną matką¹⁶. Obywatel, który po śmierci swego ojca obcował cielesnie ze swoją matką zostanie wraz z nią spalony żywcem¹⁷. Jeżeli syn, po śmierci swojego ojca, utrzymywał stosunki intymne z macochą, która urodziła mu dzieci, groziło mu wygnanie z domu ojcowskiego¹⁸.

Także w państwie hetyckim, którego władza w Anatolii rozciągała się od XVII do początku XIII w. p.n.e.¹⁹, istniał zakaz kazirodztwa. Prawo hetyckie zakazywało małżeństw między rodzeństwem i stosunków cielesnych między bliskimi krewnymi pod karą śmierci²⁰.

Również prawo hebrajskie uregulowało zakaz stosunków kazirodczych²¹, wskazując enumeratywnie krąg osób podlegających karze²². W III Księdze Mojżeszowej (*Leviticus*), nazywanej także Księgą Kapłańską, znajduje się

¹⁰ J. Misztal- Konecka, *Bigamia...*, s. 45. Inne stanowisko w tej materii zajmuje J. Modrzejewski, *Małżeństwo między bratem a siostrą w grecko-rzymskim Egipcie*, „Meander” 1955, nr 10.9-10, s. 432; idem, *Żyjący nad Nilem. Od Ramzesa II do Hadriana*, Kraków 2000, s. 83. Zob. H. Thierfelder, *Die Geschwisterehe im hellenistisch-romischen Ägypten*, Münster 1960, s. 4 i n.

¹¹ R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 247.

¹² R. Versteeg, *Law in the Ancient World*, Durham 2002, s. 70.

¹³ E. Meier Tetlow, *Women, Crime and Punishment in Ancient Law and Society*, t. 1, *The Ancient Near East*, Londyn 2004, s. 61 i n.

¹⁴ §154 KH [w:] *Kodeks Hammurabiego*, tłum. M. Stępień, edycja komputerowa, www.zrodla.histyczne.prv.pl (15.05.2016). Zob. G. R. Driver, J. C. Miles, *The Babylonian Laws. Edited with Translation and Commentary*, t. 1, Oxford 1952, s. 318; D. P. Wright, *Inventing God's Law: How the Covenant Code of the Bible Used and Revised the Laws of Hammurabi*, Oxford 2009, s. 148, 201.

¹⁵ §155 KH. Por. S. A. Cook, *The Laws of Moses and the Code of Hammurabi*, London 1903, s. 271; G. R. Driver, J. C. Miles, *The Babylonian Laws...*, t. 1, s. 250 i n.; s. 318.

¹⁶ D. H. Müller, *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur Mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien 1903, s. 131.

¹⁷ §157 KH. Zob. G. R. Driver, J. C. Miles, *The Babylonian Laws. Edited with Translation and Commentary*, t. 2, Oxford 1955, s. 231-232.

¹⁸ §158 KH. Por. S. A. Cook, op. cit., s. 271; G. R. Driver, J. C. Miles, *The Babylonian Laws...*, t. 1, s. 250 i n.; s. 320 i n.

¹⁹ E. Meier Tetlow, op. cit., s. 183; J. Misztal- Konecka, *Bigamia...*, s. 39.

²⁰ R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne...*, s. 247; D. P. Wright, op. cit., s. 148.

²¹ A. Chouraqui, *Życie codzienne ludzi Biblii*, tłum. L. Kossobudzki, Warszawa 1995, s. 118.

²² J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 5, s. 68.

szczególne wyliczenie kręgu osób, między którymi kontakty płciowe były zakazane. Dotyczyło to przede wszystkim, najbliższej rodziny²³, a więc zstępnych z wstępnymi i rodzeństwa rodzonego i przyrodniego²⁴. W stosunku do dalszych krewnych w linii bocznej zabronione było współżycie z siostrami ojca i matki, a także stryjem²⁵. Zakaz obejmował również osoby spowinowacone takie jak: macochę, synową, bratową i żonę stryja²⁶. Za nieprzestrzeganie norm groziła kara śmierci i podlegali jej zarówno kobieta, jak i mężczyzna²⁷. Dodatkowo każdemu naruszającemu nakazy groziło wyklęcie przez Boga i cały lud Izraela. Kara śmierci zazwyczaj była wykonywana przez ukamienowanie, spalenie bądź też powieszenie na drzewie²⁸. Należy również zauważyć, że w prawie hebrajskim istniało prawo lewiratu, nakazujące bratu bezdzietnie zmarłego, aby ożenił się z wdową. Miało to na celu zapewnienia potomstwa dla zmarłego²⁹.

Powszechna akceptacja zawierania związków kazirodczych istniała nie tylko w Egipcie, ale i w Persji, gdzie w okresie od V w. p.n.e. aż do średniowiecza związki między krewnymi były na porządku dziennym³⁰. Persowie dopuszczali nawet związki z krewnymi w linii prostej³¹. W Fenicji natomiast, choć najbardziej rozpowszechnione były małżeństwa między rodzeństwem, to dopuszczalne były również pomiędzy ojcem i córką czy też matką i synem³².

W starożytnej Grecji zabraniano stosunków cielesnych pomiędzy rodzicami a dziećmi³³. Grecy patrzyli przychylnie na małżeństwa osób spokrewnionych: kuzynów, stryjów z bratanicami, czy wujów z siostrzenicami. Było to związane z koncepcją rodziny endogamicznej³⁴. W Atenach prawo początkowo nie zabraniało stosunków kazirodczych, chociaż w opinii publicznej były one uznawane

²³ Kpł. 18, 6. R. De Vaux, *Les institutions de l'Ancien Testament*, t. 1, *Le nomadisme et ses survivances. Institutions familiales. Institutions civiles*, Paris 1958, s. 56; D. W. Rooke, *A Question of Sex?: Gender and Difference in the Hebrew Bible and Beyond*, Sheffield 2007, s. 21.

²⁴ Kpł. 18, 7-9. R. De Vaux, *Ancient Israel. Its Life and Instructions*, tłum. J. McHugh, London 1961, s. 32.

²⁵ Kpł. 18, 12-14. R. De Vaux, *Les institutions de l'Ancien Testament...*, s. 56.

²⁶ Kpł. 18, 14-16. H. d'Almeras, *Małżeństwo u różnych narodów*, tłum. M. Rodysowa, Warszawa 1904, s. 30.

²⁷ Kpł. 20, 11-14. D. H. Müller, op. cit., s. 130 i n.

²⁸ J. Warylewski, op. cit., s. 68.

²⁹ J. Misztal-Konecka, *Zakaz kazirodztwa w prawie rzymskim...*, s. 218.

³⁰ M. Szwejkowska, B. Sitek, *Karnoprawny zakaz stosunków kazirodczych*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2014, nr 23, s. 32.

³¹ J. Misztal-Konecka, *Bigamia...*, s. 48.

³² M. Szwejkowska, B. Sitek, op. cit., s. 32.

³³ F. Héritier-Augé, *L'inceste dans les textes de la Grèce classique et post-classique*, „*Mètis. Anthropologie des mondes grecs anciens*” 1994, nr 9-10, s. 99-115; S. Koper, *Miłość, seks i polityka w starożytnych Grecji i Rzymie*, Warszawa 1998, s. 12; J. Wilgaux, *Entre inceste et échange Réflexions sur le modèle matrimonial athénien*, „*L'homme*” 2000, nr 154-155, s. 659 i n.

³⁴ Por. A. Kaczmarczyk, *Prawo spadkowe kobiet według Kodeksu z Gortyny*, [w:] *Pozycja prawna kobiet w dziejach*, red. S. Rogowski, Kolonia 2010, s. 21, przyp. 52. Zob. także D. M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, Ithaca 1986, s. 82 i n.; idem, *Athenian Homicide Law. In the Age of the Orators*, Manchester 1999, s. 8 i n.

za odrażające i zasługujące na karę ze strony bogów³⁵. Natomiast w późniejszym okresie obcowanie między bliskimi krewnymi zostało zabronione pod groźbą kary śmierci lub wygnania³⁶. Elementy kazirodcze obecne były natomiast w mitach kosmologicznych, co miało być przestrogą dla śmiertelników. Najbardziej znanym przekazem jest mit o Edypie³⁷, przestrzegający przed stosunkami z bliskimi krewnymi, chociaż istnieją tezy, iż jego wygnanie miało związek z ojco-bójstwem, a nie z kazirodztwem³⁸.

Starożytny Rzym

W prawie rzymskim, już od czasów archaicznych, zostały określone granice w sferze życia intymnego i wyboru partnera. Społeczeństwo rzymskie przywiązywało zaś szczególną wagę do zasad etyki i zachowania obyczajów przodków, które znaczyły często więcej niż ustawy³⁹. Dlatego też Rzymianie zakazywali kontaktów seksualnych z najbliższymi krewnymi oraz zawierania między nimi związków małżeńskich⁴⁰.

³⁵ R. Flaceliere, *Życie codzienne w Grecji za czasów Peryklesa*, tłum. Z. Bobowicz, J. Targalski, Warszawa 1985, s. 58.

³⁶ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 82.

³⁷ Edyp zabił swojego ojca Lajosa i poślubił swoją matkę Jokastę, nieświadomy, że byli jego rodzicami. Por. R. Flaceliere, op. cit., s. 58; F. Héritier-Augé, op. cit., s. 107.

³⁸ E. Archibald, *Incest and the Medieval Imagination*, Oxford 2001 s. 12.

³⁹ Quint. Inst. orat. 5.10.13. Por. P. Niczyporuk, *Żaloba i powtórne małżeństwo wdowy w prawie rzymskim*, Białystok 2002, s. 35. O prawie i obyczajach zob. M. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994, s. 13 i n.

⁴⁰ W prawie rzymskim pokrewieństwo w linii prostej, nawet powstałe na skutek adopcji, wykluczało zawarcie małżeństwa (G. 1, 59: *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quavis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae seu neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quavis eam emancipaverim*). Dotyczyło to również krewnych w linii bocznej, a przede wszystkim rodzeństwa, bez względu na to czy pochodzili od tych samych rodziców, czy też urodziły się z *iustum matrimonium* lub ze związków pozamałżeńskich. Do końca okresu Republiki, związki między krewnymi były wykluczone, aż do trzeciego stopnia w linii bocznej. Dalsze stopnie pokrewieństwa, a także powinowactwo (*affinitas*) w linii prostej bez względu na stopień uniemożliwiało *iustum matrimonium*. Por. J. Misztal-Konecka, 'Incestum' w prawie rzymskim, Lublin 2007, s. 7, wraz z dalszą cytowaną literaturą, a także A. Romano, 'Matrimonium Iustum', Napoli 1996, s. 53; M. Kuryłowicz, *Wokół istoty małżeństwa rzymskiego*, [w:] 'Finitis legis Christus'. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, t. 2, Warszawa 2009, s. 1142-1153; Z. Benincasa, 'Deductio in domum mariti' and the conclusion of a 'iustum matrimonium', „Miscellanea Historico-Iuridica” (MH-I) 2012, nr 11, s. 14, przyp. 2; M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. 'Matrimonium iustum-matrimonium iniustum'*, Napoli 2012, s. 4 i n. wraz z dalszą cytowaną tam literaturą. O stosunkach powinowactwa zob. H. Kupiszewski, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte” 1960, nr 77, s. 128 i n.; idem, *Stosunki majątkowe między narzeczonymi w prawie rzymskim klasycznym (dos i donatio)*, „Prawo Kanoniczne” 1977, nr 20.3-4, s. 273-282; idem, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: „dos” e „donatio”*, „Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico” 1978, nr 29, s. 114-137; A. Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, s. 11 i n.; C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, t. 2, Sponsalia, matrimonio, dote, Roma 2005, s. 673 i n.

W starożytnym Rzymie kazirodztwo określano terminem *incestum*, choć w szerokim znaczeniu słowo to oznaczało każdy czyn niemoralny i haniebny. W ścisłym sensie termin ten obejmuje przestępstwo polegające na kontaktach seksualnym między bliskimi krewnymi i powinowatymi⁴¹, a także złamanie nakazu czystości przez Westalkę⁴². *Incestum* powstało na gruncie prawa sakralnego⁴³. Zakaz stosunków kazirodzczych miał więc znaczenie religijne i etyczne. Jako czyn powodujący odpowiedzialność karną uniemożliwiał także zaistnienie *iustum matrimonium* pomiędzy bliskimi osobami. *Incestum* nie było przestępstwem (*crimen*), a jedynie swego rodzaju zakazem kontaktów o charakterze kazirodzczym wywodzącym się z norm sakralnych (*fas*), związanych z naruszeniem ładu moralnego (*mos maiorum*)⁴⁴.

W związku z tym zakaz wszelkich stosunków kazirodzczych oparty był na zwyczaju⁴⁵, a usprawiedliwiano to przede wszystkim tym, że tego typu stosunki były sprzeczne z naturą⁴⁶. Nie miało znaczenia, czy było to zdarzenie jednorazowe, czy powtarzalne⁴⁷. Ważnym elementem *incestum* był *dolus*, czyli świadomość istnienia pokrewieństwa⁴⁸. Fakt kontaktu intymnego między osobami bliskimi podlegał surowym karom, a w literaturze przeważa pogląd, że za kazirodztwo groziła kara śmierci, polegająca na strąceniu ze Skały Tarpejskiej⁴⁹.

Sankcje etyczno-sakralne dominowały w sprawach o *incestum* prawie do końca Republiki. W okresie pryncypatu znaczne zmiany dotyczące kazirodztwa

⁴¹ W. Rein, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian. Ein Hilfsbuch zur Erklarung der Classiker*, Leipzig 1844, s. 869; A. Guarino, *Studi sull' incestum*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte“ 1943, nr 63, s. 175-267; H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, [w:] H. Insadowski, *Opera selecta*, red. J. Misztal-Konecka, Lublin 2014, s. 295.

⁴² R. Lorsch-Wildfang, *Rome's Vestal Virgins*, London 2006, s. 85; H. N. Parker, *Why Were the Vestals Virgins?*, [w:] *Virginity Revisited. Configurations of the Unpossessed Body*, red. B. Mac Lachlan, J. Fletcher, Toronto 2007, s. 78 i n.

⁴³ F. Moreau, *Incestus et prohibita nuptiae: conception romaine de l'inceste et histoire des prohibitions matrimoniales pour cause de parenté dans la Rome antique*, Paris 2002, s. 18.

⁴⁴ M. Szwejkowska, B. Sitek, op. cit., s. 33. Opierał się on na *veteres mores* oraz prawie sakralnym. Termin *nefariae et incestae nuptiae*, który używany był jako termin techniczny, zawierał *nefas*, które było naruszeniem swego rodzaju „boskiego tabu” czyli „tabu kazirodztwa” (J. Modrzejewski, *Die Geschwisterhe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte“ 1964, nr 81, s. 66). Pogwałcenie zasad społeczno-moralnych rozstrzygane było przede wszystkim przez *iudicium domesticum* (J. Misztal-Konecka, *'Incestum'*, s. 43). Na temat *iudicium domesticum* zob. W. Mossakowski, *'Iudicium domesticum' w okresie republiki rzymskiej*, [w:] *Rodzina w społeczeństwach antycznych i wczesnym chrześcijaństwie*, Bydgoszcz 1995, s. 86 i n. wraz z cytowaną tam literaturą. Zob. także P. Niczyporuk, *Kompetencje pater familias względem dzieci w ustawach królewskich (leges regiae) w starożytnym Rzymie*, [w:] *Mężczyzna, Etyka, Ekonomia*, Białystok 2011, s. 179-198.

⁴⁵ J. Misztal-Konecka, *Zakaz kazirodztwa w prawie rzymskim...*, s. 232.

⁴⁶ Cic. Iun. 2.22.65 oraz Rhet. Her. 2.13.19.

⁴⁷ M. Szwejkowska, B. Sitek, op. cit., s. 33.

⁴⁸ W. Rein, op. cit., s. 871; L. E. Caldwell, *The Female Transition to Adulthood in the Early Roman Empire*, Michigan 2004, s. 289.

⁴⁹ J. Misztal-Konecka, *'Incestum'...*, s. 163; M. Bradley, *Crime and Punishment on the Capitoline Hill*, [w:] *Rome, Pollution and Propriety. Dirt, Disease and Hygiene in the Eternal City from Antiquity to Modernity*, red. M. Bradley, Cambridge 2012, s. 108, przyp. 12.

przyniosła *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 r. p.n.e.)⁵⁰, chociaż nie unormowała ona w pełni zagadnień dotyczących *incestum*⁵¹. Sankcje karne nakładały sądy państwowe w ramach procesu *extra ordinem*⁵². Ustawa wprawdzie nie przewidywała kazirodztwa jako odrębnego czynu zabronionego, ale regulowała to zagadnienie przede wszystkim w zbiegu *adulterium* lub *stuprum*, czego skutkiem były o wiele surowsze kary⁵³. Główną sankcją była *deportatio in insulam*, która w przeciwieństwie do kary za *relegatio* z tytułu *adulterium*, wiązała się z utratą obywatelstwa i majątku⁵⁴. Obowiązujący zakaz małżeństwa między stryjem a bratanicą został zniesiony z inicjatywy cesarza Klaudiusza, który pragnąc poślubić córkę swojego brata, Agrypinę, doprowadził na mocy *SC Claudianum*⁵⁵ do legalizacji takich związków⁵⁶.

Istotne zmiany w stanie prawnym przyniosła konstytucja z 31 marca 342 r. uchwalona przez cesarzy Konstansa i Konstancjusza. Wprowadziła ona ponownie, zniesiony przez Klaudiusza, zakaz zawierania małżeństwa z córką brata lub siostry i ustanowiła karę śmierci⁵⁷. Konstancjusz, dodatkowo w konstytucji z 30 kwietnia 355 r. skierowanej do prefekta pretorianów, rozszerzył zakaz

⁵⁰ D. 48, 5 (*Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*); Coll. 4, 2, 1. Zob. także T. A. J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, Oxford 1998, s. 140; C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, t. 3, *Concubinato, divorzio, adulterio*, Roma 2005, s. 195; D. Tamer, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Istanbul 2007, s. 23-25; B. Levick, *Women and Law*, [w:] *A Companion to Women in the Ancient World*, ed. S. L. James, S. Dillon, Chichester 2012, s. 93; J. S. Richardson, *Augustan Rome 44 BC to AD 14. The Restoration of the Republic and the Establishment of the Empire*, Edinburgh 2012, s. 120; U. Babusiaux, *Regelbildung durch exempla – Papinians Quaestiones zur ‘lex Iulia de adulteriis’* (Pal. 378), [w:] *‘Argumenta Papiniani’*. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, red. J. D. Harke, Berlin 2013, s. 22; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 2-3. Zob. z polskiej romanistyki D. Stolarek, *‘Adultera’ w świetle ‘lex Iulia de adulteriis coercendis’*, Lublin 2012, s. 10 wraz z dalszą literaturą.

⁵¹ W. Rein, op. cit., s. 873; A. Mette-Dittmann *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der der Gesellschaftspolitik des Princesps*, Stuttgart 1991, s. 43.

⁵² M. Szwejkowska, B. Sitek, op. cit., s. 34.

⁵³ M. Zabłocka, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 68; M. Dyjakowska, *Rodzina rzymska w poezji Horacego*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Insadowski (1888-1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007, s. 87; U. Babusiaux, op. cit., s. 22.

⁵⁴ Skazaniem na *deportatio in insulam*, były karane przede wszystkim osoby, które dopuściły się cudzołóstwa lub nierządu (*adulterium* i *stuprum*) z osobą spokrewnioną. Czyn ten kwalifikowany był jako przestępstwo podwójne (*duplex crimen*), a więc dochodziło do zbiegu przestępstw *stuprum* i *adulterium* z *incestum*. Stąd też skutkiem były zaostrzone kary wygnania. Zob. W. Rein, op. cit., s. 873. Por. C. Fayer, op. cit., t. 3, s. 338; H. Insadowski, *Prawo rzymskie u Horacego*, [w:] H. Insadowski, *Opera selecta...*, s. 164 i n.

⁵⁵ Ulp. 16, 3: *...sed Claudiano senatus consulto maior sexagenario si minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur, ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem*. Por. M. Zabłocka, op. cit., s. 38; P. Niczyporuk, *Żaloba...*, s. 116. Zob. także J. C. Edmondson, *Granite Funerary Stelae from Augusta Emerita*, Madrid 2006, s. 100; C. Masi Doria, *‘Ancilla efficitur’... ‘In eo statu manebit’ le conseguenze del sc. claudianum per le donne di status libertino*, [w:] *‘Mulier’*. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano, red. R. Rodríguez López, M. J. Bravo Bosch, Madrid 2013, s. 157 i n.

⁵⁶ E. Volterra, *‘Senatus consulta’*, „Novissimo Digesto Italiano” 1969, nr 16, s. 1066 i n.

⁵⁷ C. Th. 3, 12, 1: *Impp. Constantius et Constans AA. ad provinciales Foenices. Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiae poena teneatur*. Por. W. Rein, op. cit., s. 874; G. Kuleczka, op. cit., s. 45.

związków między powinowatymi w drugim stopniu linii bocznej⁵⁸. Regulacje te dotyczyły jedynie zachodniej części Imperium. Teodozjusz Wielki, władający wschodnią częścią cesarstwa, nałożył natomiast karę śmierci w postaci spalenia i konfiskaty majątku na małżeństwa między dziećmi rodzeństwa (*consobrini*)⁵⁹. Zakaz tych małżeństw został potwierdzony przez Arkadiusza i Honoriusza w konstytucji z 396 r., przy czym złagodził sankcje przez wprowadzenie ograniczenia swobody testowania i rozporządzenia majątkiem w stosunku do dzieci pozamażeńskich i kazirodczego partnera. Również regulacje cesarzy Konstansa i Konstancjusza zostały potwierdzone w konstytucji Arkadiusza i Honoriusza⁶⁰, a następnie włączone do Kodeksu Teodozjańskiego z 15 lutego 438 r.⁶¹.

Justynian w konstytucji z 535 r.⁶² zakazał małżeństw z bratanicą lub siostrzenicą⁶³. Ponadto przywrócił małżeństwa między *consobrini* oraz dokonał pewnych zmian w zakresie sankcji za kazirodztwo. Cesarz określił, że mężczyźni mieli być karani wygnaniem (deportacją lub reglamentacją), jak również pozbawieniem urzędu, przejęciem majątku przez *fiscus* (jeżeli byli bezdzietni) i chłostą⁶⁴. Kobietom groziły te same kary, jeżeli miały świadomość swojego czynu⁶⁵. Ogólnym następstwem prawnym małżeństwa z osobą spokrewnioną była jego nieważność, a korzystanie z wszelkich uprawnień osobistych i majątkowych, przysługujących małżonkom, nie było możliwe⁶⁶. Dzieci zrodzone z takiego związku, ponosiły konsekwencje społeczne i prawne. Uważane były za pozamażeńskie, co prowadziło do tego, iż w świetle prawa nie posiadały żadnych uprawnień⁶⁷.

Starożytni Rzymianie nie akceptowali stosunków cielesnych z bliskimi krewnymi i takie właśnie zachowania postrzegali jako niegodziwe. Początkowo za *incestum* uważano pogwałcenie dobrych obyczajów i przepisów religijnych

⁵⁸ C. Th. 3, 12, 2: *Imppp. Constantinus et Constans AA. et Iulianus Caesar ad Volusianum Vicarium Urbis. Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nuptiis universi, nec aestiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit, qui nascentur.* Zob. J. Misztal-Konecka, 'Incestum'..., s. 70.

⁵⁹ J. Misztal-Konecka, *Zakaz kazirodztwa w prawie rzymskim...*, s. 223.

⁶⁰ C. Th. 3, 12, 4: *Imppp. Honor. et Theodos. AA. Aureliano II. pf. p. Panquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris coniugis amissionem sororem eius in matrimonium proprium crediderit sortendam; pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani eius nuptias crediderit adspirandum: illo sine dubio insecuturo, quod ex hoc contubernio nec filii legitimi habebuntur, nec in sacris patris erunt, nec paternam ut sui suscipient hereditatem.* Zob. H. Insadowski, *Rzymskie prawo...*, s. 297.

⁶¹ J. Misztal-Konecka, 'Incestum'..., s. 177.

⁶² Nov. 12.

⁶³ J. Misztal-Konecka, 'Incestum'..., s. 52 i n.

⁶⁴ Na temat kary chłosty zob. P. Kołodko, *Prawne aspekty ograniczenia chłosty w prawie rzymskim*, MH-I 2006, nr 4, s. 25-39; idem, *Chłosta jako dodatkowy środek karny zastrzegający dolegliwość kary właściwej*, [w:] *Salus rei publicae suprema lex: ochrona interesów państwa w prawie karnym Starożytnej Grecji i Rzymu*, red. A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz, Lublin 2007, s. 87-10.

⁶⁵ W. Rein, op. cit., s. 874; P. Kołodko, *Prawne aspekty...*, op. cit., s. 38.

⁶⁶ J. Misztal-Konecka, 'Incestum'..., s. 205; H. Insadowski, *Rzymskie prawo...*, s. 298.

⁶⁷ W. Rein, op. cit., s. 873.

i klasyfikowano je jako występki sakralny. Przez cały okres historycznego rozwoju prawa rzymskiego kazirodztwo podlegało surowym karom. Od pryncypatu aż po kodyfikację justyniańską cesarze dokonywali drobnych zmian w regulacjach prawnych odnośnie do *incestum*.

Kształtowanie się zakazu kazirodztwa na ziemiach niemieckich

Na przestrzeni wieków to właśnie prawo rzymskie i nauka Kościoła wywarły duży wpływ na kształt współczesnego ustawodawstwa europejskiego, a przede wszystkim niemieckiego. W Niemczech na określenie kazirodztwa (*Inzest*), używa się zwrotu *Beischlaf zwischen Verwandten*, który można identyfikować jako „obcowanie między krewnymi”. Termin zaś *Blutschande* w dosłownym tłumaczeniu oznacza „hańbę krwi”. Jest on obecnie używany w języku potocznym, chociaż do 1974 r. znajdował się w niemieckiej ustawie karnej jako pojęcie języka prawnego⁶⁸.

Zakaz stosunków intymnych między krewnymi ma w kulturze niemieckiej dość długą tradycję. Wprawdzie o regulacjach prawnych dotyczących zakazu kazirodztwa u pogańskich ludów germańskich niewiele wiadomo⁶⁹, ale istnieje przekonanie, że stosunki kazirodcze były zabronione i groziła za nie kara śmierci⁷⁰. Pierwsze przekazy z ziem niemieckich można odnaleźć już w VI w., gdzie w związku z rozprzestrzenianiem się chrześcijaństwa w Europie częściowo narzucone zostało prawo kościelne, które karało obcowanie z krewnymi karą śmierci. Zarządzeniem króla Childebert II⁷¹ z Austrazji⁷² z roku 597, które uchodzi za jedną z pierwszych germańsko-chrześcijańskich ustaw dotyczących kazirodztwa, wszelkie stosunki między bliskimi krewnymi karane były śmiercią⁷³. Przez kolejne stulecia wszystkie regulacje dotyczące zakazów kazirodztwa opierały się na prawie kanonicznym, które w okresie między 732 r. (Grzegorz III) a 1245 r. (Innocenty III)⁷⁴, zakazywało zawierania małżeństw, aż do siódmego stopnia linii bocznej⁷⁵.

⁶⁸ H. J. Albrecht, U. Sieber, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB- Beischlaf zwischen Geschwistern*, Frankfurt a Main 2007, s. 14.

⁶⁹ S. Bdeiwi, *Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB). Reform und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin 2014, s. 12.

⁷⁰ R. His, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, München-Berlin 1928, s. 147.

⁷¹ K. Modzelewski, *Barbarzyńska Europa*, Warszawa 2004, s. 91 i n.

⁷² Austrazja – wschodnia część państwa Franków obejmująca tereny nad Mozą, Mozela i środkowym Renem. Zob. K. Polek, *Frankowie a ziemie nad środkowym Dunajem: przemiany polityczne i etniczne w okresie merowińskim i wczesnokarolińskim (do początku IX w.)*, Kraków 2007, s. 94 i n.

⁷³ S. Bdeiwi, op. cit., s. 13.

⁷⁴ P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983, s. 54.

⁷⁵ S. Bdeiwi, op. cit., s. 14.

Późniejsza unifikacja prawa karnego, inspirowana prawem rzymskim, nie wprowadziła większych zmian do obowiązującego na ziemiach niemieckich prawa⁷⁶. *Constitutio criminalis Bambergensis* z 1507 r.⁷⁷ oraz *Constitutio criminalis Carolina* z 1532 r.⁷⁸, po raz pierwszy nie wiązały zakazu kazirodztwa z przeszkodami małżeńskimi, lecz zaczęły traktować go jako oddzielną instytucję prawną⁷⁹ i przewidywały szeroko zakreśloną karalność czynów o charakterze kazirodczym⁸⁰. Odpowiedzialność ponosiły wszystkie osoby, które według prawa kanonicznego nie mogły zawrzeć ważnego małżeństwa, a więc krewni w linii prostej i bocznej do 4 stopnia, a także spowinowaceni oraz pasierbica, pasierb, macocha i dzieci przybrane⁸¹. Penalizacja stosunków kazirodczych opierała się więc na prawie kanonicznym⁸², a na całym terytorium „Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego“, który cechował się partykularnością prawa, przewidziane były surowe kary za stosunki kazirodcze. Spółkowanie wstępnych i zstępnych karane było zwykle śmiercią „od miecza“, a za współzycie między rodzeństwem groziła kara konfiskaty mienia, chłosty lub banicja⁸³.

W Niemczech dopiero w okresie oświecenia rozgorzała dyskusja odnośnie do kazirodztwa jako przestępstwa seksualnego. Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) i Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), zainspirowani ideami oświeceniowymi i nauką niemieckiego filozofa Christiana Thomasiusa (1655-1728)⁸⁴, domagali się zniesienia karalności kontaktów seksualnych z krewnymi. Postulowali, iż takie zachowanie powinno być określane jako niemoralne i nieprzyzwoite⁸⁵, a państwo miało ingerować jedynie w przypadku zagrożenia trwałości rodziny lub porządku społeczno-ekonomicznego⁸⁶.

⁷⁶ F. Palmen, *Der Inzest – Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung*, Köln 1968, s. 46.

⁷⁷ K. Krasowski, B. Lesiński, K. Sikorska-Dzięgielewska, J. Walachowicz, *Powszechna historia państwa i prawa*, Poznań 1993, s. 309.

⁷⁸ M. Mikołajczyk, *O niektórych przestępstwach obyczajowych w prawie miejskim w Polsce XVI-XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1994, nr 20, s. 68.

⁷⁹ S. Bdeiw, op. cit., s. 14; F. Palmen, op. cit., s. 47.

⁸⁰ Art. 142 *Constitutio Criminalis Bambergensis*: „Item so einer unkeusch mit seiner stifttochter, mit seines suns eeweyb oder mit seiner stiftmutter, solche unkeusch solle dem eebruch gleych, wie an dem hundertn und fünfundvierzigsten artikel von dem eebruch geschriben steet, gestrafft werden, aber von neher unkeusch wirt umb zucht und ergernuß willen zu melden unterlassen: Wo aber noch nehere und bösslichere unkeusch geübt wurd, so sol die straff derhalb nach Radt der verstendigen beschwerdt werden”. § 117 *Constitutio Criminalis Carolina*: „Item so eyner unkeusch mit seiner stiefftochter, mit seines suns eheweib, oder mit seiner stieffmutter treibt, inn solchem und noch nehern sip-schafften soll die straff wie davon im unsern vorfarn unnd umsern Keyserlichen geschriben rechtem gesetzt, gebraucht, unnd derhalb bei den rechtsverstendigen radts gepflegt werden“.

⁸¹ H.J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 6.

⁸² S. Bdeiw, op. cit., s. 15.

⁸³ W. Wittmann, *Die Blutschande – Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, unter Berücksichtigung der Nachkriegskriminalität in der Rheinpfalz*, Mainz 1953, s. 63.

⁸⁴ K. Luig, *Thomasius als Praktiker auf den Gebieten des Privatrechts*, [w:] *Christian Thomasius (1655-1728). Neue Forschungen im Kontext der Frühaufklärung*, red. F. Vollhardt, Tübingen 1997, s. 119 i n.

⁸⁵ E. Schramm, *Ehe und Familie im Strafrecht: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung*, Tübingen 2011 s. 405.

⁸⁶ F. Palmen, op. cit., s. 60; S. Bdeiw, op. cit., 18; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 6.

W XIX w. kodeksy karne Bawarii, Saksonii i Prus zaczęły odchodzić od koncepcji oświeceniowych, stojąc na stanowisku ochrony moralności i rodziny⁸⁷. Niemniej jednak, wpływy oświecenia doprowadziły do zawężenia grupy osób, dla których stosunki płciowe były zakazane oraz złagodzenia kar za kazirodztwo⁸⁸. W trzeciej części bawarskiego kodeksu karnego z 1813 r.⁸⁹ w artykułach 306 i 307 ustanowiona została kara za współżycie między osobami spokrewnionymi w linii prostej. Zakaz obcowania w dalszym ciągu obowiązywał rodzeństwo oraz dzieci z przybranymi rodzicami. Brak było natomiast zakazu stosunków seksualnych z osobami spowinowaconymi. Nowy kodeks karny Bawarii, który wszedł w życie w 1861 r., w artykułach 208 do 211, rozszerzał zakaz obcowania płciowego pomiędzy teściami a zięciem lub synową. Jako uzasadnienie karalności kazirodztwa w projekcie ustawy z 1854 r. przewidziano ochronę czystości obyczajów, spokój rodziny oraz zapobieganie degeneracji fizycznej i psychicznej przyszłych pokoleń⁹⁰. Wraz z utrzymaniem ochrony moralno-obyczajowych stosunków społecznych i rodzinnych, zaczęto zwalczać kazirodztwo jako przyczynę chorób dziedzicznych. Ustawa przewidywała karę więzienia od dwóch miesięcy do trzech lat w zależności od stopnia pokrewieństwa⁹¹.

W trakcie prac przygotowawczych do saksońskiego kodeksu karnego z 1855 r. dyskutowano jeszcze o ograniczeniu karalności kazirodztwa w stosunku do najbliższej rodziny⁹². Jednak końcowe przepisy oparły się na szerokiej regulacji, zakazującej zarówno stosunków seksualnych między krewnymi, jak i między osobami spowinowaconymi⁹³. Równie daleko idący zakaz kazirodztwa znaleźć można w powszechnym prawie krajowym dla państw królewsko-pruskich (*Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten*) z 1794 r. W trakcie opracowywania nowego pruskiego kodeksu karnego pojawiły się postulaty zniesienia karalności kazirodztwa, o ile nie zostaną pokrzywdzone prawa innych osób. Ostatecznie w nowym kodeksie karnym Prus z 1851 r. złagodzone zostały jedynie kary⁹⁴, a §141 stał się modelem dla § 173 kodeksu karnego Rzeszy Niemieckiej z 1872 (*RStGB*), który stanowi podstawę dzisiejszego przepisu § 173 niemieckiego kodeksu karnego (*StGB*)⁹⁵. Kazirodztwo w *RStGB* umiejscowione zostało w rozdziale dotyczącym przestępstwa przeciwko dobrym obyczajom („*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*”) i określane było terminem *Blutschande*. Normy prawne przewidywały karę ciężkiego więzienia do pięciu lat dla wstępnych,

⁸⁷ T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2004, s. 715.

⁸⁸ F. Palmen, op. cit., s. 65; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 8; E. Schramm, op. cit., s. 405.

⁸⁹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 49.

⁹⁰ F. Palmen, op. cit., s. 67; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 8; E. Schramm, op. cit., s. 405.

⁹¹ H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 8.

⁹² K. Tittmann, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle 1824, s. 613; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 8.

⁹³ W. Wittmann, op. cit., s. 69; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 8.

⁹⁴ E. Schramm, op. cit., s. 405.

⁹⁵ W. Wittmann, op. cit., s. 66.

dopuszczających się kazirodztwa w linii prostej oraz do dwóch lat dla zstępnych. Sankcją za czyn kazirodczy pomiędzy powinowatymi i rodzeństwem była kara dwóch lat pozbawienia wolności. Czyn natomiast był bezkarny, jeżeli krewni i powinowaci w linii zstępnej nie ukończyli 18 lat. Sąd mógł także fakultatywnie orzec utratę obywatelskich praw honorowych⁹⁶.

Na przestrzeni kilkudziesięciu lat, w nieustannie zmieniającej się sytuacji społeczno-politycznej, pojęcie kazirodztwa pozostawało nadal tematem tabu, a nowe projekty i zmiany ustawodawstwa karnego nadal sankcjonowały tego typu stosunki płciowe. W latach dwudziestych XX w. zarówno niemiecka doktryna prawna, jak i orzecznictwo coraz częściej za powód penalizacji czynów kazirodczych podawały ochronę zdrowia i moralności rodziny. W czasach dyktatury Hitlera, projekt zmian do ustawy karnej klasyfikował kazirodztwo jako swego rodzaju „atak na moralność” („*Angriff auf die Sittlichkeit*”), który był czynnikiem destabilizującym życie rodzinnego. Uważano, że to właśnie kazirodztwo jest jedną z głównych przeszkód do utrzymania czystości rasy, przez bardzo wysokie prawdopodobieństwo dziedziczenia chorób genetycznych przez potomstwo z takich właśnie związków⁹⁷. Dlatego też kary za stosunki z powinowatymi zostały znacznie złagodzone⁹⁸. Następnie na mocy zarządzenia z 1938 r.⁹⁹ obcowanie powinowatych w linii prostej pozostawało bezkarne, jeśli w momencie popełnienia czynu już ustało małżeństwo, które było podstawą stosunku powinowactwa.

Po II wojnie światowej początkowo nie dokonano żadnych z zmian w zakresie penalizacji kazirodztwa, a jedynie przepisy zarządzenia z 1938 r. zostały inkorporowane do obowiązującego kodeksu karnego¹⁰⁰. Regulacje karne w nowo powstałej Niemieckiej Republice Demokratycznej przewidywały, zgodnie z § 152 ustawy karnej¹⁰¹ dla NRD z 12 stycznia 1968 r. karę do dwóch lat więzienia w stosunku do pełnoletnich krewnych w linii prostej. Wobec rodzeństwa dopuszczającego się stosunków kazirodczych ustawodawca przewidział karę do dwóch lat więzienia z możliwością jej zawieszenia¹⁰². Uzasadnieniem zakazu obcowania z krewnymi miała być ochrona zdolności rodziny socjalistycznej do wychowania dzieci zgodnie z moralnością i etyką¹⁰³.

Rewolucja seksualna w latach sześćdziesiątych doprowadziła do zmiany mentalności oraz „seksualizację” całych społeczeństw. W konsekwencji czego coraz częściej dyskutowano na temat roli prawa karnego w sferze intymnej.

⁹⁶ H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 9.

⁹⁷ F. Palmen, op. cit., s. 84.

⁹⁸ E. Schramm, op. cit., s. 406.

⁹⁹ § 4 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung von Staatenlosen vom 23.04.1938.

¹⁰⁰ E. Schramm, op. cit., s. 406; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 12.

¹⁰¹ Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 12.01.1968 r.

¹⁰² §152 Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 12.01.1968 r.

¹⁰³ H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 12

W Niemczech rozpoczęto prace nad reformą prawa karnego, co w 1969 r. doprowadziło w pierwszej kolejności do zniesienia karalności bluźnierstwa i częściowe zniesienie karalności czynów homoseksualnych. W celach dodatkowego podniesienia świadomości w społeczeństwie wprowadzono w szkołach obowiązkowy przedmiot wychowania seksualnego. W tym samym roku Niemiecki Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*) w wyroku „Fanny Hill”¹⁰⁴ podkreślił również, że w obliczu zmieniających się obyczajów seksualnych prawo karne nie powinno pozostać bierne¹⁰⁵. W okresie międzywojennym, a także tuż po II wojnie światowej, po nieudanych próbach zniesienia karalności obcowania między osobami spowinowaconymi, po raz kolejny postulowano o dokonanie powyższej reformy. Nie spotkało się to z entuzjazmem ustawodawcy. W toku reform kodeksu karnego z 25 czerwca 1969 r. (1. StrRG) zniesiono jedynie § 173 ust. 3 *StGB*, który umożliwiał odebranie praw cywilnych osobom utrzymującym stosunki seksualne z krewnymi¹⁰⁶.

Współczesne niemieckie regulacje dotyczące kazirodztwa

Aktualna definicja przestępstwa kazirodztwa otrzymała swój kształt w związku z uchwaleniem czwartej ustawy o reformie prawa karnego 4. StrRG z 1972 r.¹⁰⁷ Należy zauważyć, że do momentu wspomnianej reformy przepisy dotyczące kazirodztwa prawie w niezmienionej formie obowiązywały od 1871 r. Do tej pory przestępstwo kazirodztwa określane jako „*Blutschande*” zostało zmienione na „*Beischlaf zwischen Verwandten*” czyli obcowanie płciowe z krewnymi. Przepisy te, zostały umiejscowione¹⁰⁸ w 12 rozdziale zatytułowanym „*Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie*” – *Czyny zabronione przeciwko stanowi cywilnemu, małżeństwu i rodzinie*. Również poddawana od wieków dyskusji odpowiedzialność karna za stosunki płciowe między powinowatymi została całkowicie zniesiona. Wprowadzono również pojęcie występku w stosunku do kazirodztwa. Ponadto, w toku zmian nad ustawą o przysposobieniu z 2 lipca 1976 r., dokonano dalszych modyfikacji § 173 *StGB*. W ustępie 1, określenie „rodzone potomstwo” („*leibliche Abkömmlige*”) zastąpiło obowiązujące określenie „zstępni w linii prostej” („*Verwandten der absteigenden Linie*”), natomiast w ustępie 2 zd. 2 wprowadzono określenie „rodzeństwo biologiczne” zamiast „rodzeństwo”, przez co niemiecki kodeks karny odszedł od karalności obcowania pomiędzy osobami pozostającymi w stosunku przysposobienia.

¹⁰⁴ Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 22.07.1969, BGH, Az.: 1 StR 456/68 (Fanny Hill). *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt)*, 23. Band (S. 40-46).

¹⁰⁵ F. Barabas, *Sexualität und Recht*, Frankfurt a. M. 2006, s. 35.

¹⁰⁶ E. Schramm, op. cit., s. 406; H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 14.

¹⁰⁷ Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23.11.1973, BGBl. I, S. 1725 (1726).

¹⁰⁸ Do tej pory umiejscowione były w rozdziale 13, zatytułowanym: *Przestępstwa przeciwko moralności*. Dzisiejsze brzmienie to: *Przestępstwa przeciwko samostanowieniu seksualnemu*.

Normy § 173 niemieckiego kodeksu karnego w obowiązującej postaci przewidują karę pozbawienia wolności do trzech lat lub karę pieniężną za obcowanie z własnym potomstwem¹⁰⁹, a w przypadku obcowania płciowego z zstępnyymi i między rodzeństwem, karę więzienia do dwóch lat, bądź też karę pieniężną¹¹⁰. Ponadto, potomstwo i rodzeństwo nie podlegają karze, jeżeli w momencie dokonania czynu nie mieli ukończonego 18. roku życia¹¹¹. Przepięstwo kazirodztwa jest więc przestępstwem indywidualnym i dotyczy jedynie osób wymienionych w dyspozycji przepisów prawnych. Niemiecki ustawodawca ustanowił zakaz obcowania płciowego, podlegającego karze tylko w stosunku do osób spokrewnionych w linii prostej czyli rodziców, dziadków, pradiadków, ich dzieci, wnuków, prawnuków, jak również między rodzeństwem rodzonym i przyrodnym. Zakaz nie dotyczy natomiast kontaktów seksualnych między rodzeństwem tej samej płci, jak również w stosunku do rodzeństwa przysposobionego. Stosunek płciowy definiowany jest jako pełny stosunek pochwoy (*vaginaler Verkehr*)¹¹², a inne praktyki seksualne pozostają bezkarne¹¹³.

Umieszczenie norm zakazujących stosunków kazirodczych w rozdziale 12. StGB, jednoznacznie wskazuje, iż intencją ustawodawcy było zapewnienie ochrony integralności rodziny¹¹⁴ wynikające z art. 6 ust. 1 Konstytucji niemieckiej¹¹⁵. Ponadto, Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*)¹¹⁶ podkreślił, że norma § 173 StGB stanowi instrument ochronny seksualnego samostanowienia, zdrowia publicznego, a w szczególności rodziny i pełni funkcję prewencyjną. Penalizację stosunków kazirodczych uzasadnił w kontekście kulturowo-historycznym, współczesnym przekonaniu społecznym o szkodliwości tych czynów, a także ogólnych standardów międzynarodowych. W literaturze przedmiotu nie ma jednoznaczności co do zasadności istnienia zakazu stosunków kazirodczych. Spotyka się w literaturze pogląd, iż kazirodztwo nie zakłóca funkcjonowania konkretnej rodziny jako jednostki, ale wynika już

¹⁰⁹ Art. 173 (1) StGB otrzymał następujące brzmienie: Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (Kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do rodzzonego potomstwa, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 albo karze grzywny- tłum. własne) – Art.173 ust.1 Strafgesetzbuch (StGB) vom 15.05.1871.

¹¹⁰ §173 ust.1 StGB: Wer mit einer leiblichen Verwandten aufsteigenden Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.

¹¹¹ § 173 ust. 3 StGB: Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.

¹¹² K. Leipold, M. Tsambikakis, M. A. Zöller, *AnwaltKommentar StGB – Mitgliederausgabe AG Strafrecht*, München 2014, s. 1269.

¹¹³ G. Best, *Zur Aktualisierung des Inzestverbots: eine Erörterung anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, Münster 2010, s. 21.

¹¹⁴ A. Al-Zand, J. Siebenhüner, § 173 StGB – Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots [w:] „Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ 2006, s. 72.

¹¹⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 r.

¹¹⁶ Federalny Trybunał Konstytucyjny, uchwała z 26.02.2008; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008- 2BvR 392/07 – http://www.bverfg.de/e/rs20080226_2bvr039207.html (25.05.2016).

z istniejących dysfunkcji w niej panujących¹¹⁷. Wątpliwości co do eugenicznych przesłanek zakazu kazirodztwa zostały rozwiane już w latach sześćdziesiątych poprzedniego stulecia. Odstąpienie natomiast niemieckiego ustawodawcy od sankcjonowania stosunków kazirodczych, gdzie nie istnieje naturalne pokrewieństwo uzasadnione jest małą szkodliwością społeczno-moralną¹¹⁸.

Zakaz kazirodztwa w prawie niemieckim pociąga za sobą również konsekwencje w prawie cywilnym. Paragraf 1307 niemieckiej ustawy cywilnej Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)¹¹⁹ zabrania zawierania małżeństw między krewnymi w linii prostej oraz między rodzeństwem. Zakaz jest bezwzględny, a otrzymanie dyspensy nie jest możliwe. W literaturze zakaz kazirodztwa coraz częściej tłumaczy się względami społecznymi, opartymi na znanych od starożytności przekonaniach etycznych, umożliwiających prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa. Zakaz ma również na celu gwarancję jednoznaczności roli członków rodziny, zapobiegania konkurencji płciowej w rodzinie, a także zmuszenie do zawierania związków poza obrębem osób spokrewnionych¹²⁰. Paragraf 1307 zakazuje zawierania małżeństw między krewnymi w linii prostej. Zgodnie §1589 zd. 1 BGB, osoby spokrewnione ze sobą w linii prostej, to te, które pochodzą jedna od drugiej¹²¹. Decydującym więc znaczeniem dla zakazu małżeństwa jest pokrewieństwo wynikające z więzów krwi, co pokrywa się z zakazem wynikającym z kodeksu karnego¹²². Również dawca nasienia nie może poślubić swojej córki, nawet jeżeli w świetle §1592 zd.1 uznana została za dziecko męża matki, jak również córka nie może poślubić przodków biologicznego ojca i jego synów¹²³. Wedle najnowszego orzecznictwa¹²⁴, identyfikacja dawcy została umożliwiona tym, iż instytucja pośrednicząca musi wydać dziecku dane osobowe jego ojca. Uzasadnia się to faktem, że zapewnienie mu w umowie anonimowości stanowiło tzw. umowę na niekorzyść osób trzecich, gdyż odbiera ona dziecku prawo do znajomości własnego pochodzenia, przysługującego mu na mocy konstytucyjnej ochrony godności ludzkiej i zasady swobodnego rozwoju osobowości¹²⁵.

Na ukształtowanie współczesnych poglądów dotyczących zachowań kazirodczych w Niemczech, które znalazły odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach wpłynęły przede wszystkim prawo rzymskie, doktryna

¹¹⁷ A. Al-Zand, J. Siebenhüner, op. cit., s. 72.

¹¹⁸ H. J. Albrecht, U. Sieber, op. cit., s. 16.

¹¹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) z 18.08.1896 r.

¹²⁰ B. Böckermann, A. Cuny, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar*, Berlin 1999, s. 44

¹²¹ Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt.

¹²² B. Böckermann, A. Cuny, op. cit., s. 44.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 28.01.2015, BGH, Az.: XII ZR 201/13.

¹²⁵ V. Weyrauch, *Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin 2003, s. 109.

chrześcijańska, a także uwarunkowania antropologiczne i socjologiczne. Nieprzerwanie od VI w., kazirodztwo było karane, a do 1873 r. kwalifikowane było jako ciężkie przestępstwo. Na przestrzeni wieków zmianom podlegał jedynie wymiar kary, który był stopniowo zmniejszany.

Do dziś w większości państw europejskich kazirodztwo jest karane. Niemniej jednak istnieją państwa, które nie podchodzą do tego zagadnienia już tak restrykcyjnie. Przykładem jest Francja, gdzie już od 1810 r. karalność kazirodztwa została zniesiona. Również w krajach, gdzie ustawodawstwo wzorowane było na systemie prawnym Francji (Belgia, Holandia, Luksemburg, Portugalia, Turcja) kazirodztwo nie stanowi przestępstwa i za dobrowolne stosunki seksualne pomiędzy krewnymi nie grozi żadna odpowiedzialność karna¹²⁶. Trzeba jednak wspomnieć, że w 2014 r. Niemiecka Rada Etyki apelowała o zmianę obowiązującego prawa w tym zakresie, uzasadniając nielogiczność zakazu kazirodztwa, co może w ostateczności doprowadzić do tego, iż obcowanie płciowe między krewnymi będzie dopuszczalne¹²⁷. Również niemiecki minister sprawiedliwości Heiko Maas odrzucił propozycje zniesienia § 173 Kodeksu Karnego we wrześniu 2014 r. Powołał się przede wszystkim na orzecznictwo Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka potwierdzających zasadność zakazu obcowania między krewnymi¹²⁸.

Od połowy XX wieku cała Europa znajduje się w trakcie wielkiego procesu, dokonującego głębokich zmian w sferze norm społeczno-moralnych. Jest to proces niezwykle skomplikowany i wywołujący szereg kontrowersji i emocji. Model rodziny i zadania przypisywane jej członkom uległ zdumiewającym przeobrażeniom. Głęboko zakorzeniona hierarchia wartości, zwyczaje i prawa,

¹²⁶ Inzeststrafbarkeit im internationalen Rechtsvergleich. https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/gemeinsame_projekte/inzest/inzeststrafbarkeit.html, (25.04.2016).

¹²⁷ W 2014 r. Niemiecka Rada Etyki, organ doradczy przy rządzie Republiki Federalnej Niemiec (G. Ezażi, *Ethikräte in der Politik: Genese, Selbstverständnis und Arbeitsweise des Deutschen Ethikrates*, Wiesbaden 2016, s. 54 i n.) ogłosiła (Deutscher Ethikrat, Inzestverbot, Stellungnahme 24. September 2014. Dostęp on line: <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-inzestverbot.pdf> 05.2016.) publicznie, że powinno się odstąpić od karania stosunków seksualnych między rodzeństwem, pod warunkiem że rezygnacja z kary ma dotyczyć tylko rodzeństw przyrodnych, które dorastały osobno, a spotkały się już w dorosłym życiu. Opinia rady była odpowiedzią na decyzje sądów niemieckich, które skazały P. Staubinga (w swoim wyroku z 2008 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny potwierdził skazanie Patrika S. za utrzymywanie stosunków płciowych ze swoją siostrą i spłodzenie czwórki dzieci. BVerfG 2 BvR 392/07 (Zweiter Senat) – Beschluss – 26.02.2008 (OLG Dresden/AG Leipzig)) za stosunki kazirodcze ze swoją przyrodnią siostrą na 3 lata więzienia oraz na decyzje Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (EGMR, Wyrok z 12.04.2012 – 43547/08 (Stübing v. Germany)), odrzucającego skargę na działania niemieckiego wymiaru sprawiedliwości. Rada uzasadniła swoją decyzję tym, że parom takim odmawia się podstawowych praw i wolności, a także zmusza się je do ukrywania się. W opinii rady, zakaz z § 173 narusza prawo do seksualnego samostanowienia, a wszelkie stosunki seksualne należą do sfery życia prywatnego. Ponadto Rada orzekła, że przepisy prawa karnego nie są właściwym środkiem do ugruntowywania społecznego tabu (Deutscher Ethikrat, Inzestverbot, Stellungnahme z 24.09.2014, s. 72-74). Opinia Rady nie ma mocy prawnej i została ostro skrytykowana przede wszystkim przez polityków partii rządzącej CDU/CSU, która potwierdziła, że istnieje szereg powodów, dla których kazirodztwo między rodzeństwem jest karane (www.faz.net/aktuell/politik/inland/debatte-ueber-inzestverbot-ethikrat-in-der-kritik-13173329.html (25.04.2016)).

¹²⁸ <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/debatte-ueber-inzestverbot-ethikrat-in-der-kritik-13173329.html> (25.04.2016).

w ciągu ostatniego półwiecza zostały podkopane. Radykalnie zmieniły się oceny społeczne w sferze zachowań seksualnych. W tych państwach europejskich gdzie stosunki płciowe między krewnymi są zakazane, coraz częściej pojawiają się głosy postulujące ich depenalizację. Również i w Niemczech problem ten jest coraz częściej poruszany. W literaturze przedmiotu przeważa stanowisko, przemawiające za zniesieniem kar za dobrowolne stosunki między krewnymi. Głównie, ustawodawcy zarzuca się, iż przepisy karne ograniczają prawo człowieka do samostanowienia w kontaktach seksualnych. Również negatywne konsekwencje dla rodziny i potencjalnego potomstwa nie są wystarczającym powodem do penalizacji tych czynów.

Bibliografia

- Albrecht H. J., Sieber U., *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB- Beischlaf zwischen Geschwistern*, Frankfurt a Main 2007.
- Al-Zand A., Siebenhüner J., § 173 StGB – Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots [w:] „Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ 2006.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989.
- Archibald E., *Incest and the Medieval Imagination*, Oxford 2001.
- Babusiaux U., *Regelbildung durch exempla – Papinians Quaestiones zur ‘lex Iulia de adulteriis’* (Pal. 378), [w:] ‘Argumenta Papiniani’. *Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, red. J. D. Harke, Berlin 2013.
- Barabas F., *Sexualität und Recht*, Frankfurt a. Main 2006.
- Bdeiwi S., *Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB). Reform und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin 2014.
- Bell H. J., *Brother and Sister Mariage*, «Revue Internationale des Droits de l’Antiquité» 1949, nr 2.
- Benincasa Z., ‘*Deductio in domum mariti*’ and the conclusion of a ‘*iustum matrimonium*’, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2012, nr 11.
- Best G., *Zur Aktualisierung des Inzestverbots: eine Erörterung anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, Münster 2010.
- Böckermann B., Cuny A., *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar*, Berlin 1999.
- Bradley M., *Crime and Punishment on the Capitoline Hill*, [w:] *Rome, Pollution and Propriety. Dirt, Disease and Hygiene in the Eternal City from Antiquity to Modernity*, red. M. Bradley, Cambridge 2012.
- Caldwell L. E., *The Female Transition to Adulthood in the Early Roman Empire*, Michigan 2004.

- Cerny J., *Connsanguineos Marriages in Pharaonic Egypt*, "Journal of Egypt Archeology" 1954, nr 40.
- Chouraqui A., *Życie codzienne ludzi Biblii*, tłum. L. Kossobudzki, Warszawa 1995.
- Cook S. A., *The Laws of Moses and the Code of Hammurabi*, London 1903.
- d'Almeras H., *Małżeństwo u różnych narodów*, tłum. M. Rodysowa, Warszawa 1904.
- De Vaux R., *Ancient Israel. Its Life and Instructions*, trans. J. McHugh, London 1961.
- De Vaux R., *Les institutions de l'Ancien Testament*, t. 1, *Le nomadisme et ses survivances. Institutions familiales. Institutions civiles*, Paris 1958.
- Driver G. R., Miles J. C., *The Babylonian Laws. Edited with Translation and Commentary*, t. 1, Oxford 1952, t. 2, Oxford 1955.
- Dyjakowska M., *Rodzina rzymska w poezji Horacego*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Insadowski (1888-1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007.
- Edmondson J. C., *Granite Funerary Stelae from Augusta Emerita*, Madrid 2006.
- Eming J., Jarzebowski C., Ulbrich C., *Historische Inzestdiskurse*, Königstein 2003.
- Ezazi G., *Ethikräte in der Politik: Genese, Selbstverständnis und Arbeitsweise des Deutschen Ethikrates*, Wiesbaden 2016.
- Fayer C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, t. 2, *Sponsalia, matrimonio, dote*, t. 3, *Concubinatio, divorzio, adulterio*, Roma 2005.
- Filar M., *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985.
- Flaceliere R., *Życie codzienne w Grecji za czasów Peryklesa*, tłum. Z. Bobowicz, J. Targalski, Warszawa 1985.
- Guarino A., *Studi sull' incestum*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte” 1943, nr 63.
- Héritier-Augé F., *L'inceste dans les textes de la Grèce classique et post-classique*, „Mètis. Anthropologie des mondes grecs anciens” 1994, nr 9-10.
- His R., *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, München – Berlin 1928.
- Insadowski H., *Prawo rzymskie u Horacego*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Insadowski (1888-1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007.
- Insadowski H., *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, [w:] H. Insadowski, *Opera selecta*, red. J. Misztal-Konecka, Lublin 2014.
- Jasnow R., *Egypt. Middle Kingdom and Second Intermediate Period*, [w:] *A History of Ancient Near Eastern Law*, red. R. Westbrook, t. 1, Leiden – Boston 2003.
- Kaczmarczyk A., *Prawo spadkowe kobiet według Kodeksu z Gortyny*, [w:] *Pozycja prawna kobiet w dziejach*, red. S. Rogowski, Kolonia 2010.
- Kodeks Hammurabiego*, tłum. M. Stępień, edycja komputerowa, www.zrodla.hitoryczne.prv.pl (15.05.2016).
- Kołodko P., *Chłosta jako dodatkowy środek karny zaostrzający dolegliwość kary właściwej*, [w:] *Salus rei publicae suprema lex: ochrona interesów państwa w prawie karnym*

- Starożytnej Grecji i Rzymu*, red. A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz, Lublin 2007.
- Kołodko P., *Prawne aspekty ograniczenia chłosty w prawie rzymskim*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2006, nr 4.
- Koper S., *Miłość, seks i polityka w starożytnych Grecji i Rzymie*, Warszawa 1998.
- Krajewski R., *Prawa i obowiązki seksualne małżonków: Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009.
- Krasowski K., Lesiński B., Sikorska-Dzięgielewska K., Walachowicz J., *Powszechna historia państwa i prawa*, Poznań 1993.
- Kruszyński P., *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983.
- Krzemińska A., *Miłość w starożytnym Egipcie*, Warszawa 2004.
- Kuleczka G., *Prawo rzymskie epoki pryncypatu wobec dzieci pozamałżeńskich*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969.
- Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014.
- Kupiszewski H., *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte” 1960, nr 77.
- Kupiszewski H., *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: „dos” e „donatio”*, „Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico” 1978, nr 29.
- Kupiszewski H., *Stosunki majątkowe między narzeczonymi w prawie rzymskim klasycznym (dos i donatio)*, „Prawo Kanoniczne” 1977, nr 20.3-4.
- Kuryłowicz M., *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994.
- Kuryłowicz M., *Wokół istoty małżeństwa rzymskiego*, [w:] *‘Finis legis Christus’. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, t. 2, Warszawa 2009.
- Leipold K., Tsambikakis M., Zöller M. A., *AnwaltKommentar StGB – Mitgliederausgabe AG Strafrecht*, München 2014.
- Levick B., *Women and Law*, [w:] *A Companion to Women in the Ancient World*, red. S. L. James, S. Dillon, Chichester 2012.
- Lorsch-Wildfang R., *Rome’s Vestal Virgins*, London 2006.
- Luig K., *Thomasius als Praktiker auf dem Gebiete des Privatrechts*, [w:] *Christian Thomasius (1655-1728). Neue Forschungen im Kontext der Frühaufklärung*, red. F. Vollhardt, Tübingen 1997.
- MacDowell D. M., *Athenian Homicide Law. In the Age of the Orators*, Manchester 1999.
- MacDowell D. M., *The Law in Classical Athens*, Ithaca 1986.
- Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2004.

- Masi Doria C., *'Ancilla efficitur'... 'In eo statu manebit' le conseguenze del sc. claudianum per le donne di status libertino*, [w:] *'Mulier'. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*, red. R. Rodríguez López, M. J. Bravo Bosch, Madrid 2013.
- McGinn T. A. J., *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, Oxford 1998.
- Meier Tetlow E., *Women, Crime and Punishment in Ancient Law and Society*, t. 1, *The Ancient Near East*, Londyn 2004.
- Mette-Dittmann A., *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart 1991.
- Mikołajczyk M., *O niektórych przestępstwach obyczajowych w prawie miejskim w Polsce XVI-XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1994, nr 20.
- Misztal-Konecka J., *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin 2011.
- Misztal-Konecka J., *'Incestum' w prawie rzymskim*, Lublin 2007.
- Misztal-Konecka J., *Zakaz kazirodztwa w prawie rzymskim i prawodawstwie kościelnym (III-VI w.)*, „Zeszyty Prawnicze” 2011, nr 11.1.
- Modrzejewski J., *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte” 1964, nr 81.
- Modrzejewski J., *Małżeństwo między bratem a siostrą w grecko-rzymskim Egipcie*, „Meander” 1955, nr 10.9-10.
- Modrzejewski J., *Żydzi nad Nilem. Od Ramzesa II do Hadriana*, Kraków 2000.
- Modzelewski K., *Barbarzyńska Europa*, Warszawa 2004.
- Moreau F., *Incestus et prohibita nuptiae: conception romaine de l'inceste et histoire des prohibitions matrimoniales pour cause de parenté dans la Rome antique*, Paris 2002.
- Mossakowski W., *'Iudicium domesticum w okresie republiki rzymskiej'* [w:] *Rodzina w społeczeństwach antycznych i wczesnym chrześcijaństwie*, Bydgoszcz 1995.
- Müller D. H., *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur Mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien 1903.
- Myśliwiec K., *Eros nad Nilem*, Warszawa 1998.
- Niczyporuk P., *Kompetencje pater familias względem dzieci w ustawach królewskich (leges regiae) w starożytnym Rzymie*, [w:] *Mężczyzna, Etyka, Ekonomia*, Białystok 2011.
- Niczyporuk P., *Żaloba i powtórne małżeństwo wdowy w prawie rzymskim*, Białystok 2002.
- Palmen F., *Der Inzest – Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung*, Köln 1968.
- Parker H. N., *Why Were the Vestals Virgins?*, [w:] *Virginity Revisited. Configurations of the Unpossessed Body*, red. B. Mac Lachlan, J. Fletcher, Toronto 2007.
- Polek K., *Frankowie a ziemię nad środkowym Dunajem: przemiany polityczne i etniczne w okresie merowińskim i wczesnokarolińskim (do początku IX w.)*, Kraków 2007.
- Powirska M., *Kazirodztwo w polskim prawie karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, nr 2.
- Rein W., *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian. Ein Hülfsbuch zur Erklärung der Classiker*, Leipzig 1844.

- Richardson J. S., *Augustan Rome 44 BC to AD 14. The Restoration of the Republic and the Establishment of the Empire*, Edinburg 2012.
- Romano A., *'Matrimonium Iustum'*, Napoli 1996.
- Rooke D. W., *A Question of Sex?: Gender and Difference in the Hebrew Bible and Beyond*, Sheffield 2007.
- Sanna M. V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. 'Matrimonium iustum-matrimonium iniustum'*, Napoli 2012.
- Schramm E., *Ehe und Familie im Strafrecht: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung*, Tübingen 2011.
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 2015.
- Stolarek D., *'Adultera' w świetle 'lex Iulia de adulteriis coercendis'*, Lublin 2012.
- Szwejkowska M., Sitek B., *Karnoprawny zakaz stosunków kazirodczych*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2014, nr 23.
- Tamer D., *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Istanbul 2007.
- Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.
- Thierfelder H., *Die Geschwisterchen im hellenistisch-römischen Ägypten*, Münster 1960.
- Tittmann K., *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle 1824.
- Versteeg R., *Law in the Ancient World*, Durham 2002.
- Volterra E., *'Senatus consulta'*, „*Novissimo Digesto Italiano*” 1969, nr 16.
- Warylewski J., *Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, „*Przegląd Sądowy*” 2001, nr 5.
- Watson A., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967.
- Weyrauch V., *Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin 2003.
- Wilgaux J., *Entre inceste et échange Réflexions sur le modèle matrimonial athénien*, „*L'homme*” 2000, nr 154-155.
- Wittmann W., *Die Blutschande – Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, unter Berücksichtigung der Nachkriegskriminalität in der Rheinpfalz*, Mainz 1953.
- Wright D. P., *Inventing God's Law: How the Covenant Code of the Bible Used and Revised the Laws of Hammurabi*, Oxford 2009.
- Zabłocka M., *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987.

Adam DrozdekTAX Leader. Glumińska-Pawlic, Szymik, Oleś.
Kancelaria Doradztwa Podatkowego sp.k.e-mail: adam_drozdek@poczta.onet.pl
telefon: +48 606093638

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.02

Cło w czasach panowania Piastów

SUMMARY

Duty during the reign of the Piast

Duty on goods is one of the oldest public taxes to be levied on Polish soil by "state authorities". The duty during the reign of the Piast served a purely fiscal purpose and provided reigning monarchs with a primary source of revenue. In the early Middle Ages it possessed the character of the duty charge we are all familiar with. Absorbed in the chambers of Customs (toll – may have been the name used) collection points were not only located at the country's external borders, but also internally.

Key words: duty, public tribute, the Middle Ages.

Słowa kluczowe: cło, danina publiczna, średniowiecze.

Cło jest jedną z najstarszych danin publicznych pobieranych na ziemiach polskich od towarów z tytułu przekroczenia granicy celnej przez upoważnione do tego „organy państwowe”. Cło w czasach panowania Piastów posiadało wyłącznie cel *stricte* fiskalny, stanowiąc w ten sposób podstawowe źródło dochodów skarbowych panujących władców. W okresie wczesnego średniowiecza cła posiadały charakter opłaty. Pobierano je w komorach celnych (mytniczych – stosowane były dwie nazwy) umieszczonych nie tylko na granicach wewnętrznych, ale również wewnętrznych.

Historia cła na ziemiach polskich sięga okresu rodowo-plemiennego, czasów w których zaczęło powstawać państwo polskie. Wymiana towarowa już wtedy należała do tego obszaru aktywności ludzkiej, dzięki której nowo powstające państwo – miasto uczestnicząc w układzie handlowym korzystały z różnic gospodarczych, kulturalnych oraz obyczajowych poszczególnych skupisk ludzkości. Dzięki korzystnemu położeniu geograficznemu ziem polskich na przełomie IX/X w. zaczął kształtować się handel z zagranicą¹.

¹ S. Waschko, *Celnicтво w Polsce przedrozbirowej (cła i polityka celna, instruktarze i postępowanie celne)*, Sopot – Poznań 1960, s. 9.

W pracach naukowych przedstawicieli nauk prawnych, ekonomicznych, historycznych nie zidentyfikowano istoty i charakteru prawnego cła pobieranego w czasach panowania Piastów. Pojawiają się prace nieliczne, a zarazem cząstkowe. Zasadniczym celem niniejszego opracowania jest wypełnienie tej luki oraz przedstawienie, czy i ewentualnie, w jakim zakresie cło w czasach panowania Piastów należy utożsamiać z podatkiem, opłatą czy może wręcz przeciwnie, była to odrębna danina publiczna.

Chcąc określić istotę piastowskiego cła, konieczne jest rozpoczęcie niniejszych rozważań od przeprowadzenia analizy pochodzenia etymologicznego terminu cło. W pracach naukowych o charakterze filologicznym istnieje zresztą pewna rozbieżność dotycząca pochodzenia polskiego słowa cło. Według A. Brücknera, bezpośrednim prazródłem pochodzenia słowa cło wydaje się być współczesny niemiecki wyraz *Zoll*², który wywodzi się z języka greckiego: *telos*, oznaczającego 'cło' oraz przyjętych z języka łacińskiego *teloneion*, *thelonea*, *theloneum*. Łacińskie określenie tego terminu było również identyfikowane z punktem poboru cła. Przykładem tego jest pogląd prezentowany przez A. Bańkowskiego, który utożsamia cło z komorą celną³. Z kolei inni wskazują, że polską nazwę terminu cło należy wywodzić od staroczeskiego słowa *clo*, które zostało zapożyczone ze starobawarskiego *cila*, gockiego *tila*, w końcu greckiego *teles* oznaczającego 'cel, koniec oraz cło'⁴. Natomiast I. Mirek odwołuje się do dorobku doktryny niemieckiej. Zauważa on, że już wcześniej, bo w IV w. n.e., na południowe tereny germańskie trafiło gockie pojęcie cła – *mota*. Następnie zostało ono przekształcone w *Maut* oznaczające myto⁵.

Z powyższej analizy można wyprowadzić wniosek, że cło należałoby identyfikować z pojęciem myta. Świadczenie to, jak wynika z przekazów historycznych, pobierane było w związku z zaistniałym zdarzeniem, którym było przekroczenie granicy celnej, jak również w związku z handlem towarami. Przedstawiony pogląd daje jednak pole do dyskusji. Nie można bowiem jednoznacznie przyjąć, że w przypadku przekroczenia granicy państwa (państwa) cło nie występowało niezależnie od myta. Zgodnie z E. Teglerem, cło było pobierane nie tylko w obrocie towarowym pomiędzy państwami, lecz często w postaci innego świadczenia, jakim było myto wewnątrz poszczególnych państw na drogach, rzekach czy mostach⁶.

W literaturze prawa celnego istnieją wątpliwości dotyczące pierwszych przekazów źródłowych mówiących o konkretnej dacie początków oraz genezy

² A. Brückner, *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Warszawa 1985, s. 65.

³ J. Walachowicz, *Monopole księżęce w skarbowości wczesnofeudalnej pomorza zachodniego*, Poznań 1963, s. 26; W. Czyżowicz, *Celnictwo na przestrzeni wieków – od starożytności do współczesności*, cz. 3, MPC 2008, nr 1, s. 15.

⁴ Por. A. Bańkowski, *Etymologiczny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000, t. 1, s. 197-198.

⁵ I. Mirek, *Czy cło jest podatkiem? Analiza na podstawie niemieckiego stanu prawnego*, MPC 1999, nr 3, s. 133; *Bundesministerium der Finanzen* (red.): *Unsere Steuern von A bis Z*, Bonn 1996, s. 159 i n.

⁶ E. Tegler, *Zarys prawa finansowego*, Szczecin 1988, s. 192.

instytucji piastowskiego cła. Pewne jest natomiast, że historia cła sięga początku państwa polskiego. Krzysztof Lasiński-Sulecki oraz Wojciech Morawski wskazują, że pierwsze regulacje celne na ziemiach polskich zawarte zostały w dokumentach, nadaniach oraz przywilejach świeckich i kościelnych⁷. Prezentowane są również poglądy, w których Jan Długosz w swojej *Kronice* podkreślał, że już Bolesław Śmiały nadał klasztorowi w Mogilnie prawo do pobierania połowy cła na rzece Bug. W dokumentach źródłowych zapisano również wiadomości o istniejącym na ziemiach polskich regale celnym, na podstawie którego, Książę miał prawo do ustanawiania i pobierania opłat mytniczych oraz celnych⁸. Zasadny wydaje się pogląd, wyrażony w tej kwestii przez M. Woźniczko, który zauważa, że pierwszą historyczną wzmiankę o kontaktach naszych przodków ze świadczeniem celnym zawierała pochodząca z 903 r. taryfa celna miasta Reffestaten nad rzeką Dunaj. Na podstawie tej taryfy zostały wprowadzone „indywidualne opłaty celne” na sól dla Słowian, dowiadujemy się równocześnie o pobieranych od kupców na rzecz panującego władcy licznych opłatach celnych oraz targowych⁹.

Jednak dopiero w XII w. odnajdujemy najwcześniejsze źródła mówiące o cłach pobieranych na ziemiach polskich. Pierwszym polskim dokumentem regulującym system celny była pochodząca z 1136 r. *Bulla Gnieźnieńska*. Zostały w niej wymienione liczne klasztory i opactwa pobierające „opłaty celne w komorach celnych”¹⁰. W 1367 r. pod koniec panowania Piastów w Polsce po raz pierwszy pojawia się termin cło, dotychczas zamiennie stosowano myto lub *theloneum*¹¹, które były synonimami.

Jedną z podstawowych instytucji związaną z piastowskim cłem były komory celne¹². Powstawanie nowych miast i rynków lokalnych stworzyło podstawę do ustanowienia komór, w których pobierano cło od przywożonych oraz przewożonych towarów¹³. Pierwsze informacje o komorze celnej na ziemiach polskich pochodzą z 3 lutego 1078 r., położonej w miejscowości Hradec. Była to komora

⁷ K. Lasiński-Sulecki, W. Morawski, *Problematyka definicji cła i prawa celnego*, [w:] *Prawo celne. Międzynarodowe, wspólnotowe, polskie*, red. K. Lasiński-Sulecki, Warszawa 2007, s. 28.

⁸ S. Waschko, *Handel zagraniczny Polski (od czasów najdawniejszych do najnowszych)*, Sopot 1963, s. 7; M. Woźniczko, *Polskie celnictwo w wiekach średnich i okresie nowożytnym do roku 1918. Rys historyczny*, cz. 1, „Monitor Prawa Celnego” 1996, nr 9, s. 350; M. Woźniczko, *Początki celnictwa na ziemiach polskich (średniowiecze)*, [w:] W. Czyżowicz, M. Woźniczko, *Cło i celnicy w historii. Struktury i mechanizmy działania*, Warszawa 2012, s. 36.

⁹ M. Woźniczko, *Początki celnictwa na ziemiach polskich...*, op. cit., s. 35.

¹⁰ S. Weymann, *Cła i drogi handlowe w Polsce Piastowskiej*, Poznań 1938, s. 17-18.

¹¹ Ibidem, s. 7; podobnie: A. Kuś, *Prawo celne*, Bydgoszcz – Lublin 2003, s. 21; G. Mosiej, *Pojęcie cła. Analiza doktrynalna i dogmatyczna w Polsce*, „Państwo i Prawo” (PiP) 2004, z. 4, s. 57; M. Woźniczko, *Polskie celnictwo w wiekach średnich...*, op. cit., s. 350.

¹² Komory celne były to punkty poboru cła zlokalizowane na szlakach komunikacji lądowej, tj. przy mostach, brodach, karczmach oraz w portach morskich i na rzekach (zob. J. Walachowicz, op. cit., s. 26).

¹³ J. Bardach, *Skarbowość*, [w:] *Historia ustroju i prawa polskiego*, red. J. Bardach, B. Leśniadorski, M. Pietrzak, Warszawa 1998, s. 73; A. Kuś, *Pojęcie i rodzaje cel*, „Prawo – Administracja – Kościół” (PAK) 2001, nr 4, s. 118.

ładowa usytuowana na trasie prowadzącej z Ołomuńca do miasta Toruń, w której pobierane było nie tylko cło, ale również myto¹⁴. W okresie panowania Piastów komory celne nazywano celnymi bądź mytnicznymi¹⁵. Powstawały one nie tylko na granicy kraju, ale również równoległe do najbardziej uczęszczanych szlaków handlowych w zlokalizowanych w głębi kraju, gdzie najłatwiej można było pobrać należności celne. Istniały komory lądowe i wodne (na rzekach)¹⁶. Na przełomie XII-XIII w. rozwinął się handel tranzytowy, miało to ważne znaczenie dla gospodarki¹⁷. Oznacza to, że już wtedy cło było łatwym, tanim oraz skutecznym instrumentem dostarczającym dochody do skarbcu¹⁸. Książę jako *dominus thelonei* dowolnie ustanawiał miejsca poboru cła, jak również wyznaczał kupcom odpowiednie trakty, których pod surowymi sankcjami byli zobowiązani się trzymać. Inaczej było z komorami prywatnymi, gdzie położenie ich przy uczęszczanej przez obcych kupców drodze celnej miało kapitalne znaczenie i decydowało o wartości danej komory. Właściciel komór prywatnych, w przeciwieństwie do „państwowych”, m.in. był związany przywilejem nadawczym, a więc nie wolno mu było bez zgody panującego przenieść komory celnej w inne miejsce¹⁹. Specyfiką każdej komory celnej była taryfa celna, która to określała istotę jak i cechy charakterystyczne pobieranej daniny²⁰, np. czy będzie pobierane cło lądowe, czy rzeczne.

W literaturze pochodzącej z lat trzydziestych ubiegłego wieku wskazuje się, że poborem cła w imieniu panującego władcy zajmowała się specjalnie do tego celu powołana „administracja celna”²¹. Podstawowym zadaniem celników (w źródłach historycznych zwani *theloneator* lub najczęściej – *thelonearius*) było²²:

- wymierzanie i pobór opłat celnych;
- sprawdzenie udzielonych kupcom ulg i zwolnień celnych,
- prowadzenie nadzoru nad drogami bocznymi, przez które kupcy mogli się przekradać w celu ominięcia przejazdu przez komorę celną.

W celu uniknięcia sytuacji, w której jadący z towarem kupcy omijaliby komory i uchylali się obowiązku uiszczenia cła, wprowadzony został przymus drogowy. Polegał na obowiązku przechodzenia z towarami określonym szlakiem. Za omijanie szlaku groziły nie tylko wysokie kary, ale również przepadek towaru, ewentualnie środka przewozowego, który wraz ze zwierzęciem

¹⁴ Historia celnictwa polskiego, „Wiadomości Celne” (WC) 2009, nr 7-8, s. 3.

¹⁵ S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 20.

¹⁶ J. Walachowicz, op. cit., s. 25; G. Mosiej, *Polityka celna polski w okresie transformacji systemowej*, Toruń 2004, s. 30; M. Woźniczko, *Początki celnictwa na ziemiach...*, s. 36.

¹⁷ M. Woźniczko, *Polskie celnictwo w wiekach średnich...*, s. 350.

¹⁸ A. Kuś, *Prawo celne...*, s. 22.

¹⁹ S. Weymann, op. cit., s. 90-93.

²⁰ Ibidem, s. 7.

²¹ Por. J. Kulicki, *Administracja danin publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 81.

²² S. Weymann, op. cit., s. 95-96.

pociągowym początkowo również stanowił towar podlegający uiszczeniu cła²³. Podróżować wyznaczonymi drogami celnymi musieli nawet kupcy posiadający zwolnienie celne „od obowiązku uiszczenia opłat celnych”.

Obowiązek uiszczenia cła powstawał nie tylko w komorach celnych granicznych, lecz także w komorach celnych wewnątrz państwa położonych wzdłuż dróg handlowych, przy każdorazowym przekroczeniu towaru przez komorę celną²⁴. Podstawą wymiaru cła początkowo był środek przewozowy sam lub łącznie ze zwierzęciem pociągowym, w zależności od liczby tych zwierząt²⁵. Charakterystyczną właściwością pierwszych polskich taryf celnych był fakt, iż cło było pobierane nie od towaru, ale od środków przewozowych, niezależnie od rodzaju i ilości przewożonego towaru²⁶. Z upływem czasu taryfy celne stały się bardziej precyzyjne, gdzie cłu podlegały wszystkie przewożone towary. Poszczególne komory celne posiadały odrębne taryfy celne. Towar mógł podlegać cłu na jednej komorze, na innej zaś mógł nie być w ogóle ujęty w taryfie celnej. Ponadto, jeden i ten sam towar przechodząc przez kilka komór celnych, podlegał cłu kilka razy. Brak było więc jednolitego obciążenia tych samych towarów²⁷. Początkowo zapłata cła następowała w naturze (przewożonych towarach) lub w monecie kruszcowej²⁸. Wraz z uiszczeniem opłaty władca gwarantował kupcom bezpieczny przejazd przez terytorium kraju po najważniejszych szlakach handlowych²⁹.

Mając na uwadze powyższe, należy podzielić pogląd, zgodnie z którym pobierane za czasów panowania Piastów cło było świadczeniem o właściwościach daniny powszechnej, pobieranej skutecznie od ogółu ludności³⁰. Obciążeni cłem byli zarówno kupcy trudniący się zawodowo handlem, jak i zwykli mieszkańcy w specjalnych do tego celu ustanowionych punktach poboru – komorach celnych (mytnicznych), na podstawie obowiązujących taryf celnych³¹. Stawki pobieranego świadczenia celnego były zróżnicowane w zależności od rodzaju oraz ilości przywożonego, bądź wywożonego towaru. Panujący władcy posiadali „monopol celny”, a cło stanowiło jedno z podstawowych źródeł dochodów

²³ S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 21; J. Walachowicz, op. cit., s. 26; M. Woźniczko, *Polskie celnictwo w wiekach średnich...*, s. 350; K. Włodkowski, *Historia taryf celnych w Polsce – do rozbiorów Polski*, – cz. 1, „Monitor Prawa Celnego i Podatkowego” (MPCiP) 2011, nr 11, s. 453.

²⁴ K. Włodkowski, *Zasada powszechności cła i jej ograniczenia w Polsce, Unii Europejskiej oraz wybranych krajach Europy Wschodniej*, Toruń 2009, s. 61.

²⁵ S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 21.

²⁶ K. Włodkowski, *Historia taryf celnych w Polsce...*, s. 453.

²⁷ K. Włodkowski, *Zasada powszechności cła...*, s. 61.

²⁸ Od XIV w. taryfy celne nakazywały płatność cła wyłącznie w formie pieniężnej (K. Włodkowski, *Historia taryf celnych...*, s. 453).

²⁹ J. Walachowicz, op. cit., s. 25; G. Mosiej, *Polityka celna polski...*, s. 30; M. Woźniczko, *Początki celnictwa na ziemiach polskich...*, s. 36.

³⁰ A. Drwiłło, *Postępowanie ochronne w prawie celnym*, Gdańsk 2003, s. 27; A. Drwiłło, *Geneza i cechy cła*, [w:] *Podstawy finansów i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Warszawa 2011, s. 275.

³¹ S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 20.

panującego³². Cła piastowskie miały niewątpliwie charakter cef tranzytowych. Obowiązek ich uiszczenia powstawał w każdym przypadku przewozu towarów przez komorę celną, które stosowały autonomiczne, a przy tym niejednolite taryfy celne.

Nie tylko w doktrynie prawa finansowego, ale również i w historii prezentowane są rozbieżne poglądy dotyczące charakteru i istoty pierwszych polskich cef. Zdaniem niektórych autorów piastowskie cło należy identyfikować z daniną publiczną. Przykładem tego jest pogląd wyrażony przez A. Drwiłło, który zauważa, że cło jest „świadczaniem o właściwościach daniny powszechnej, pobieranej od ogółu ludności. Powołany autor ponadto wskazuje, że stawki cła zostały zróżnicowane w zależności od rodzaju i ilości towaru przywożonego bądź wywożonego³³. Z kolei w rozważaniach prowadzonych przez G. Mosiej, w czasach panowania Piastów cła miały charakter myt, które były opłatą za prawo do jednorazowego przejazdu, pobierane na szlakach handlowych w komorach celnych³⁴, gdzie w przeciwieństwie do myta, cło miało charakter fiskalny³⁵. W literaturze historycznej prezentowany jest pogląd przeciwny, zgodnie z którym cła pojawiają się w czasach późniejszych, podczas gdy myta zasadniczo panują w XII stuleciu³⁶.

Powyższe poglądy prowadzą do wniosku, że cło w czasach piastowskich miało niewątpliwie charakter daniny powszechnej uiszczanej w zamian za przekroczenie komory celnej, miasta czy granicy państwa. Pobierane było od przewożonych towarów. Posiadało charakter fiskalny, a uzyskiwane dochody z cef stanowiły istotny dochód podmiotów je pobierających.

W literaturze przedmiotu prezentowane są również poglądy, które definiują cło jako opłatę. Stanowisko takie prezentuje m.in. S. Weymann, określający clem opłatę, która obciąża ruch towarowy (opłaty drogowe), jak również dziedzinę obrotu towarowego (opłata targowa)³⁷. Cło jako opłata pobierana jest od przedmiotów, które przechodzą przez komorę celną³⁸. Z kolei S. Waschko poprzez cło rozumie „opłatę niezwiązaną z żadnym świadczeniem bezpośrednim. Cła bowiem pobierane były w celach fiskalnych (cła fiskalne) lub polityczno-handlowych (cła gospodarcze), albo w obydwu tych celach (cła mieszane)”. Jego zdaniem cło można zdefiniować jako opłatę pobieraną przez uprawnione do tego czynniki z tytułu przekroczenia linii celnej (cła graniczne), ewentualnie z tytułu przejścia przez wewnętrzną komorę celną (cła wewnętrzne)³⁹. Pojęcia te

³² A. Drwiłło, *Postępowanie ochronne...*, s. 27.

³³ Idem, *Prawo celne*, Gdańsk 2001, s. 14.

³⁴ G. Mosiej, *Pojęcie cła...*, s. 57-58.

³⁵ W. Czyżowicz, *Celnictwo na przestrzeni dziejów – od starożytności do współczesności*, cz. 4, MPC 2008, nr 1, s. 8.

³⁶ J. Walachowicz, op. cit., s. 25.

³⁷ S. Weymann, op. cit., s. 1.

³⁸ S. Kutrzeba, *Taryfy celne i polityka celna w Polsce od XII do XV wieku*, „*Ekonomista*”, 1902, z. 2, 3, s. 188.

³⁹ S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 15.

wynikają nie tylko ze specyficznej istoty ceł⁴⁰, ale również z faktu, że cło przybrało postać opłaty pobieranej za prawo do jednorazowego przejazdu przez punkty poboru⁴¹. Powołany autor wskazuje ponadto, że pochodzące z pierwszych stuleci naszych dziejów polskie cło przyjmowało charakter opłaty, np. za utrzymanie dróg i bezpieczeństwa na drogach publicznych oraz za prawo nawiązywania stosunków handlowych. Stanowisko to można uznać za słuszne tylko w części, ponieważ stan dróg, choćby najgorszy, nie miał żadnego wpływu na pobieranie ceł. Były okresy w naszej historii, gdy panujący władca nie mógł zapewnić bezpieczeństwa na drogach, co w niczym nie zmniejszało obowiązku celnego. Pozostał więc tylko argument odpłatności za niezbyt przekonywujące prawo nawiązywania stosunków handlowych, ponieważ nie było żadnego zakazu nawiązywania stosunków. Nie można więc uznać tego za specjalne uprawnienie, które stanowiło tytuł do pobierania za nie opłaty w formie ceł⁴².

Analizując charakter ceł w czasach panowania Piastów istotny jest fakt, że oprócz ceł pobierane były również opłaty celne. Miały one szczególny charakter.

Pierwszą grupą pobieranych opłat o charakterze celnym były cła specyfikacyjne. Korzeniami swymi sięgają do opłat mytniczych, lecz w stosunku do nich przeszły drogę ewolucyjną w kierunku taryfikacji towarów. W opłatach mytniczych rodzaj przewożonego towaru nie odgrywał żadnej roli, ważna była tylko liczba przejeżdżających wozów czy idących koni. W wyniku stosowania coraz dokładniejszych taryf celnych zaczynają pojawiać się opłaty pobierane na komorach celnych, zróżnicowane w stosunku do przewożonego towaru, a z upływem czasu stają się coraz dokładniejsze. Pobierane są cła np. od cenarów, kamieni, beczek, sztuk⁴³. Na wyższym stopniu rozwoju znajdują się tzw. cła specyfikacyjne, ponieważ zbliżają się one swym charakterem do podatków, choć zawierają w sobie pewne cechy odpłatności. Cła specyfikacyjne, które zróżnicowane zostały zależnie od gatunku transportowanych towarów, spotykamy w taryfach celnych, a także w niektórych przekazach dyplomatycznych⁴⁴.

Drugą grupą opłat o charakterze celnym są rzeczne opłaty celne oraz opłaty targowe. Wzorowane były na cłach ustanawianych i pobieranych na drogach lądowych. Jak sama nazwa wskazuje, rzeczne opłaty wodne ustanawiane i pobierane było na drogach wodnych⁴⁵. Podstawę poboru cła przy tym typie opłat stanowiła łódź lub statek. Podkreślenia wymaga fakt, iż w taryfach celnych

⁴⁰ A. Kuś, *Cło i postępowanie celne w Polsce przedrozbiorowej*, „Roczniki Nauk Prawnych KUL” 2002, t. 3, z. 1, s. 168.

⁴¹ K. Włodkowski, *Zasada powszechności cła...*, s. 60-61.

⁴² S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 16.

⁴³ S. Weymann, op. cit., s. 5.

⁴⁴ J. Walachowicz, op. cit., s. 25; szerzej: S. Weymann, op. cit., s. 2 i powołana tam literatura.

⁴⁵ W źródłach łacińskich ten rodzaj cła figuruje pod nazwą: *theloneum navium* (rodzaj średniowiecznej opłaty pobieranej za przewóz lub spław rzeką), *theloneum de navibus* (rodzaj średniowiecznej cła pobieranego od statków i towarów), *theloneum aquaticum* (rodzaj średniowiecznej opłaty nawigacyjnej oraz opłaty za pojenie zwierząt), *theloneum fluviale* (rodzaj średniowiecznej opłaty pobieranej od tratw) – tłumaczenie własne.

gdańska, ponikowskiej i biskupstwa płockiego znajdują się specjalne pozycje dla pobieranego cła rzecznego. Uiszczane było od wszystkich importowanych i eksportowanych towarów. Taryfa celna Gdańska zawierała również specjalne pozycje dla cła morskiego⁴⁶.

Opłaty, które występowały na Pomorzu Zachodnim, podzielić należy na trzy grupy, niezależnie od tego, czy miały one najpierw postać myt, czy w późniejszym okresie przybrały postać ceł. Pierwszą grupą były świadczenia pobierane **na drogach lądowych**, drugą grupą były świadczenia uiszczane **na drogach wodnych** oraz pobierane **w miastach**: cła tranzytowe, cła targowe i *ungeld*⁴⁷.

Zdaniem S. Waschko, opłaty targowe z czasów piastowskich należy zaliczyć do ceł. Autor ten podkreśla, że w źródłach pochodzenia łacińskiego zostały oznaczone wspólną nazwą *theloneum*⁴⁸, dopiero z treści przekazów historycznych możemy wywnioskować, o jaki rodzaj opłaty chodzi, opłatę drogową czy targową⁴⁹. Poglądu w tym zakresie nie należy jednak uznać za słuszny. Argumentem przemawiającym za tym jest fakt, że pomiędzy opłatami drogowymi a opłatami targowymi jest znaczna różnica. Przy opłatach drogowych (myto, cło specyfikacyjne) podstawą poboru cła jest sam ruch towarowy. Natomiast w ramach opłat targowych podstawą poboru był obrót towarowy dokonywany w ramach umowy kupna-sprzedaży. Opłaty typu komunikacyjnego pobierane były przy drogach, mostach, groblach, opłaty targowe, jak już sama nazwa wskazuje, pobierane były na targach⁵⁰.

W czasach panowania Piastów na podstawie XII-wiecznej taryfy kołobrzeskiej pobierane były również „opłaty o charakterze mytniczym”. Wymienione w niej zostały myta pobierane od koni, wozów, ale również *pedagia*, które pobierano od solarzy kołobrzeskich⁵¹. Odmienny pogląd przedstawia J. Bardach, który w swych refleksjach zauważa, że *pedagium*⁵² była to opłata pobierana od osób idących pieszo, po szlakach handlowych, drogach oraz mostach. Ponadto, powołany autor podkreśla, że myta były formą podatku obrotowego pobieranego na targach⁵³. Z kolei S. Weymann, który w swych rozważaniach poświęconych

⁴⁶ Ibidem, s. 12-13.

⁴⁷ J. Walachowicz, op. cit., s. 29-37.

⁴⁸ S. Weymann, op. cit., s. 14. *Theloneum forense* (opłata targowa), *theloneum ius fori* (opłata prawa targowego), *theloneum foralia* (opłata od sprzedawanych na rynku towarów), *theloneum forense* (opłata targowa), *theloneum tributum in foro* (opłata targowa). Należy jednak zauważyć, iż pod pojęciem terminu *theloneum* mieściło się cło przewozowe oraz opłata – tłumaczenie własne.

⁴⁹ G. Mosiej, *Geneza i ewolucja polityki celnej w Polsce*, MPCiP 2001, nr 7, s. 185.

⁵⁰ S. Weymann, *Cła i drogi handlowe...*, s. 13-14.

⁵¹ J. Walachowicz, op. cit., s. 29-37.

⁵² Podobnie J. Sondel, z języka łacińskiego *pedagium* w średniowieczu oznaczało: drogowę, myto pobierane od pieszych (J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009, s. 723).

⁵³ J. Bardach, *Organizacja skarbowa*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, t. 1, *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1965, s. 145.

średniowiecznemu cłu zauważa, że wszelkie opłaty celne w postaci cła mostowego⁵⁴, cła grobowego, cła brona, cła przy przewozach rzecznych, cło pobierane przy drogach czy na skrzyżowaniach dróg oraz osobną opłatę celną *pedagium*, należy zaliczyć do opłat o charakterze mytniczym. Powodem tego stanu rzeczy jest fakt, że opłaty o charakterze mytniczym były tego samego rodzaju, co opłaty celne⁵⁵.

Powyższe skłania więc do wniosku, że cło w okresie panowania Piastów przybrało różne formy świadczenia o charakterze daninowym. Do takich świadczeń należy zaliczyć myta oraz różnego rodzaju opłaty o charakterze celnym. Były one pobierane od jednostki przewozowej takiej jak wóz, zwierzę juczne czy nawet człowiek idący pieszo. Wysokość cła była uzależniona od rodzaju oraz ilości przewożonego towaru.

Wraz z rozwojem cel postępował także rozwój innych danin publicznych, jakimi są podatki⁵⁶. W związku z czym w doktrynie prawa prezentowana jest również trzecia grupa poglądów, w których piastowskie cło identyfikowane jest z podatkiem. Stanowisko takie zdaje się prezentować A. Kuś, który zauważa, że cła pochodzące z czasów piastowskich są zbliżone do dzisiejszego pojęcia podatku⁵⁷. Cło jako świadczenie publicznoprawne było uiszczane z dwóch tytułów:

- przekroczenia przez towar tzw. linii celnej (w czasach współczesnych powiedzieliśmy byśmy że w związku z przekroczeniem granicy celnej państwa lub unii); w tym przypadku pobierano cła graniczne;
- zdarzenia, w związku z którym pobierane było cło jako prawo do jednorazowego przejazdu przez komorę celną, które znajdowały się wewnątrz kraju tzw. cła wewnętrzne⁵⁸.

Uwzględniając zaprezentowane stanowisko i konfrontując je z obowiązującym stanem prawnym, należałoby przyjąć, że cło zawsze było związane ze świadczeniem uiszczanym w związku z przekroczeniem towarów „granicy celnej” miasta, prowincji czy państwa oraz jednorazowym przejazdem przez komorę celną. W czasach współczesnych możemy powiedzieć, że jest to dokonanie odprawy celnej w granicznym urzędzie celnym lub w wewnętrznym urzędzie celnym. W okresie wczesnego panowania Piastów cła miały charakter myt, które charakteryzowały się cechą odpłatności, dopiero później w wyniku

⁵⁴ Jak zaznacza S. Kutrzeba, nazwą „mostowe” – *pontale a curribus* oznaczano również opłaty mytnicze pobierane przy bramach miejskich. Tłumaczyć należy to tym, iż przy każdej bramie znajdował się most. Dookoła murów miejskich znajdowała się zwykle fosa wypełniona wodą i stąd nazwa *pontale* na oznaczenie mytniczej opłaty pobieranej od wozów przy bramach miejskich (S. Kutrzeba, *Finanse Krakowa w wiekach średnich*, Kraków 1899, s. 48-49). Jednocześnie można to porównać z granicą celną, na której to, pobierane jest współczesne cło.

⁵⁵ S. Weymann, *op. cit.*, s. 3-4.

⁵⁶ Pierwszym stałym podatkiem na ziemiach polskich było świętopietrze (szer. o podatkach za panowania Piastów zob.: G. K. Walkowski, *System polskiego prawa podatkowego*, t. 7, *Źródła polskiego prawa podatkowego*, cz. 1. *Prawo zwyczajowe w początkach państwowości polskiej. Podatki w państwie Piastów*, Bydgoszcz 2012, s. 34, 97-126).

⁵⁷ A. Kuś, *Cło i postępowanie celne...*, s. 168.

⁵⁸ Idem, *Prawo celne...*, s. 20.

ewolucji powstały cła właściwe. W związku z czym nie należy podzielić poglądu, że cło przybrało postać podatku.

Z pojęciem ceł w średniowieczu wiąże się również grupa opłat pobierana od przewozu towarów zwana *ungeldem*. Występowała razem z cłem, stąd też wydaje się niesporny związek między obydwojma świadczeniami. Wykorzystywanie *ungeldu* opierało się na organizacji sieci komór, w których uiszczane było cło. Do płacenia *ungeldu* byli zobowiązani nie tylko kupcy i ludność miejska, ale również pobierane było od krajowych i zagranicznych kupców, którzy zajmowali się handlem i przewozem towarów. *Ungeld* był świadczeniem pieniężnym, a przedmiotem poboru były przede wszystkim produkty. Opłaty z tego tytułu były w każdej komorze inne, ale zawsze niższe od obowiązującego cła⁵⁹. Jerzy Walachowicz ponadto zauważa, że w literaturze przedmiotu *ungeld* określany bywa także jako podatek konsumpcyjny, czy po prostu jako opłata portowa⁶⁰. W tej kwestii należy podzielić pogląd, zgodnie z którym transakcje handlowe dokonywane na targu były właśnie obciążone *ungeldem*⁶¹. Było to świadczenie, którego nie należy utożsamiać z cłem. Stanowiło formę „opłaty celnej” pobieranej wraz z cłem, jako dodatkowe świadczenie obciążające przewożone towary.

Niezwykle istotnym pojęciem w analizie piastowskiego cła jest pojęcie myta, które w literaturze przedmiotu wywołuje rozbieżne poglądy. Myta utożsamiane bywały nie tylko z cłem, ale również z formą podatku obrotowego pobieranego na targach⁶². Tego poglądu nie należy uznać za słuszny, ponieważ jak już zauważono wcześniej, podatki stanowiły odrębne źródło dochodów panującego władcy. Popierając to stanowisko, wskazać można na kilka istotnych argumentów związanych z pobieraniem w czasach piastowskich mytem. Określić go należy, jako opłatę ekwiwalentną, pobieraną głównie w pieniądzu; zapewne bezpośrednie świadczenie związane np. z tytułu wybudowania lub utrzymania drogi, mostu⁶³. Tym samym pojęcie myta wykazuje duże podobieństwo do współczesnej opłaty. Myta początkowo pobierane były w naturze, od XIII w. w naturze i pieniądzu, a od XIV w. tylko w pieniądzu⁶⁴. Jak trafnie zauważa S. Waschko, myto było daniną publiczną pobieraną, jako opłata za pewne bezpośrednie świadczenie trzymywania drogi lub przejścia przez rzekę czy groblę⁶⁵ oraz od liczby i jakości środków przewozu, jak np.: wóz, łódź czy nawet zwierzę juczne⁶⁶. W przeciwieństwie do cła, myto stanowiło opłatę za korzystanie z infrastruktury komunikacyjnej. W związku z tym świadczenia te odróżnia cecha odpłatności. Podmiot uiszczający myto uzyskuje od podmiotu

⁵⁹ J. Walachowicz, op. cit., s. 29-37.

⁶⁰ Ibidem, s. 29-37.

⁶¹ Ibidem, s. 29-37.

⁶² J. Bardach, *Organizacja skarbowa...*, s. 145

⁶³ A. Kuś, *Cło i postępowanie celne...*, op. cit. s. 167.

⁶⁴ Idem, *Pravo celne...*, s. 21.

⁶⁵ S. Waschko, *Celnictwo w Polsce...*, s. 15.

⁶⁶ A. Drwiłło, *Postępowanie ochronne...*, s. 26.

publicznoprawnego (ewentualnie od podmiotu upoważnionego przez związek publicznoprawny, np. przedsiębiorcy administrującym płatną drogą) świadczenie wzajemne w postaci prawa do korzystania z infrastruktury komunikacyjnej⁶⁷. Myto uiszczane było niezależnie od rodzaju przewożonego towaru, opłacane nawet przez osoby idące pieszo. Istotne znaczenie miał przełom XIII i XIV w., w którym nastąpiło łagodne odróżnienie właściwych ceł (ceł specyficznych – jako opłat pobieranych od towarów) od myt (jako opłat za prawo do przeprawy, przejazdu, przewozu, uzależnionych od liczby i jakości środków transportu albo osób)⁶⁸. Podobnie jak w przypadku ceł, z upływem czasu myta stały się bardziej precyzyjne i pobierane były od ilości przewożonego towaru, w rezultacie przekształciły się w należność uiszczaną od wartości przewożonych dóbr, pobieraną w stosunku procentowym. Początkowo myto pobierane było od kupców z tytułu opieki nad osobą i przewożonym towarem, następnie przekształciło się w daninę niezwiązaną z żadnym bezpośrednim świadczeniem pobieranym do celów fiskalnych⁶⁹. Walachowicz zauważa, że w przeciwieństwie do cła, „wcześniejsze pod względem rozwojowym są myta, które stanowią opłaty zróżnicowane w zależności od przewożonego towaru, ale pobierane według liczby koni, wozów, a nawet ludzi (...) Taryfy mytnicze (...) ustalają stawki opłat, (...) które były uiszczane przez podróżujących w zamian jakoby za używanie dróg, mostów, czy bezpieczeństwo. Były zapłatą dla państwa za troskę o należyte funkcjonowanie komunikacji w kraju, bez której handel nie mógł się rozwijać. Myta były pobierane na prowincji, gdzie z czasem w zupełności straciły na znaczeniu”⁷⁰.

Badając myto w czasach piastowskich, próbę jego zdefiniowania z punktu widzenia nauki skarbowości przedstawił S. Weymann, który mytami określa opłaty, będące podstawą poboru od transportów kupieckich przemieszczających się drogą lądową (np. wozy, konie) oraz drogą wodną (np. statki lub łodzie). Istotnym jest fakt, że rodzaj wiezionego towaru przy tym typie opłat nie odgrywał żadnej roli⁷¹.

Zasadny wydaje się pogląd, że myto jako świadczenie odpłatne, zasilało nie tylko skarb królewski, książęcy, ale stanowiło dochód osób prywatnych. Panujący jako zwierzchnik administracji państwowej (celnej) miał prawo ustanowienia taryf i pobierania z tego tytułu myta. Podobnie jak w przypadku cła, towary mogły być transportowane tylko wyznaczonymi drogami morskimi lub lądowymi, tzw. przymus drogowy. Obowiązek uiszczenia myta spoczywał na wszystkich osobach korzystających z infrastruktury komunikacyjnej, było opłatą należną

⁶⁷ K. Lasiński-Sulecki, W. Morawski, T. Rudyk, *Wprowadzenie*, [w:] *Wspólnotowy kodeks celny. Komentarz*, red. W. Morawski, Warszawa 2007, s. 17-18; *Prawo celne. Międzynarodowe, wspólnotowe, polskie*, red. K. Lasiński-Sulecki Warszawa 2009, s. 26.

⁶⁸ G. Mosiej, *Geneza i ewolucja polityki...*, s. 185.

⁶⁹ K. Włodkowski, *Zasada powszechności cła...*, s. 61.

⁷⁰ J. Walachowicz, op. cit., s. 25.

⁷¹ S. Weymann, op. cit., s. 3.

za prawo do jednorazowego przejazdu, związane zawsze z jakimś wzajemnym świadczeniem. Współcześnie odpowiednikiem myta jest pobierana za przejazd po drogach krajowych lub ich odcinkach „opłata elektroniczna”⁷² (tzw. e-myto), jako prawo do korzystania z dróg czy mostów. W okresie panowania Piastów szlaki komunikacyjne należały do władcy, w czasach współczesnych drogi stanowią już własność Skarbu Państwa, województwa, powiatu oraz gminy. Opłata za korzystanie z infrastruktury komunikacyjnej również stanowi dochód związku publicznoprawnego. Korzystający z dróg publicznych mogą być obowiązani do ponoszenia opłat za przejazdy przez obiekty mostowe i tunele zlokalizowane w ciągach dróg publicznych oraz przeprawy promowe na drogach publicznych.

Powyższe argumenty wskazują wyraźnie, że przekroczenie granicy komory celnej bądź granicy, miasta czy państwa wiązało się uiszczeniem daniny w postaci cła lub myta. Wspólną cechą łączącą obie daniny publiczne był fakt, iż związane były z obrotem towarowym. Instytucji tych nie należy jednak utożsamiać (choć myto było synonimem cła), ponieważ pomiędzy cłem a mytem istniały istotne różnice. Po pierwsze – myto jako świadczenie odpłatne inaczej niż cło było uiszczane za korzystanie z drogi, infrastruktury komunikacyjnej. Traktowane było więc jako rodzaj rekompensaty za utrzymanie mostów czy dróg. Po drugie – pojęciem piastowskiego myta należy zdefiniować świadczenie pieniężne z tytułu wybudowania, utrzymania drogi, przejścia przez rzekę czy groblę. Jest to świadczenie o charakterze powszechnym, odpłatnym, obowiązkowym.

Reasumując dotychczasowe rozważania, należy wyprowadzić wnioski, że cło pobierane było już na ziemiach polskich niewątpliwie od czasów najdawniejszych, zanim powstała władza książęca i ustaliła podległe sobie obszary. Pierwsze organizacje państwowe na ziemiach polskich zaczęły się kształtować w momencie rozwoju handlu z zagranicą. Cło jest jednym z najstarszych świadczeń pieniężnych pobieranych od towarów z tytułu przekroczenia granicy celnej przez upoważnione do tego „organy państwowe”.

Od początków naszej państwowości mamy do czynienia z „mieszaniem” się terminów ceł i myt, względnie opłat o innych nazwach o charakterze mytniczym. Nie przypadkiem zatem w wielu językach słowiańskich pojęcia cła i myta były synonimami. Zamiennie używano terminu cło i myto, jednocześnie utożsamiając te dwa pojęcia. W tłumaczeniu tekstów łacińskich na język polski słowo *theloneum* tłumaczono jako ‘cło’, co również wskazuje na to, że wówczas nie rozróżniano pojęć ceł i myt.

W okresie wczesnego średniowiecza w Polsce cła miały charakter opłaty, dopiero później w wyniku ewolucji powstały cła właściwe. Regulacja oraz wybór ceł w czasach panowania Piastów były atrybutami władzy książęcej oraz

⁷² Por. art. 13ha ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. tj. z 2016 r., poz. 1440 z późn. zm.).

królewskie. Regulacja stanowiła niepodważalne prawo do nakładania przez monarchów różnego rodzaju ceł w tym okresie.

Regulacje celne okresu piastowskiego były ukierunkowane na dostarczenie środków na utrzymanie oraz rozbudowę nowo powstającego państwa polskiego. Cło miało wyłącznie cel *stricte* fiskalny, stanowiąc podstawowe źródło dochodów skarbowych panujących władców.

Cła były świadczeniem pieniężnym, powszechnym, jednostronnie ustanowionym, pobieranym na podstawie stawek zawartych w taryfach celnych. Powyższe stwierdzenia skłaniają więc do tezy, że cło okresu piastowskiego nie miało charakteru podatku, lecz przybrało postać opłaty. Jednakże, cło i myto posiadały istotne różnice. Cło było świadczeniem pobieranym w związku z przekraczaniem granicy osady, plemienia, miasta, państwa. Myto z kolei było opłatą, świadczeniem pieniężnym, powszechnym, ekwiwalentnym, obowiązkowym ustanowionym jednostronnie przez podmiot reprezentowany przez państwo za jednorazowy przewóz towarów przez most, groblę, promem lub przez roгатki przy wjeździe do miasta. W początkowym okresie cła były daninami publicznymi pobieranymi za prawo do jednorazowego przejazdu. Pobierana je w komorach celnych (mytniczych – stosowane były obydwie nazwy) umieszczonych nie tylko na granicach wewnętrznych, ale również wewnętrznych.

Bibliografia

- Bańkowski A., *Etymologiczny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000.
- Bardach J., *Organizacja skarbowa*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, t. 1, *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1965.
- Bardach J., *Skarbowość*, [w:] *Historia ustroju i prawa polskiego*, red. J. Bardach, B. Leśniadorski, M. Pietrzak, Warszawa 1998.
- Brückner A., *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Warszawa 1985.
- Bundesministerium der Finanzen (red.): *Unsere Steuern von A bis Z*, Bonn 1996.
- Czyżowicz W., *Celnictwo na przestrzeni wieków – od starożytności do współczesności*, cz. 3, „Monitor Prawa Celnego” 2008, nr 1.
- Czyżowicz W., *Celnictwo na przestrzeni dziejów – od starożytności do współczesności*, cz. 4, „Monitor Prawa Celnego” 2008, nr 1.
- Czyżowicz W., Woźniczko M., *Cło i celnicy w historii. Struktury i mechanizmy działania*, Warszawa 2012.
- Drwiłło A., *Prawo celne*, Gdańsk 2001.
- Drwiłło A., *Postępowanie ochronne w prawie celnym*, Gdańsk 2003.
- Drwiłło A., *Geneza i cechy cła*, [w:] *Podstawy finansów i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Warszawa 2011.
- Historia celnictwa polskiego*, „Wiadomości Celne” 2009, nr 7-8.

- Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, t. 1, *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1965.
- Kulicki J., *Administracja danin publicznych w Polsce*, Warszawa 2014.
- Kuś A., *Pojęcie i rodzaje ceł*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2001, nr 4.
- Kuś A., *Cło i postępowanie celne w Polsce przedrozbiorowej*, „Roczniki Nauk Prawnych KUL” 2002, t. 3, z. 1.
- Kuś A., *Prawo celne*, Bydgoszcz – Lublin 2003.
- Kutrzeba S., *Finanse Krakowa w wiekach średnich*, Kraków 1899.
- Kutrzeba S., *Taryfy celne i polityka celna w Polsce od XII do XV wieku*, „*Ekonomista*” 1902, z. 2, 3.
- Lasiński-Sulecki K., Morawski W., *Problematyka definicji cła i prawa celnego*, [w:] *Prawo celne. Międzynarodowe, wspólnotowe, polskie*, red. K. Lasiński-Sulecki, Warszawa 2007.
- Lasiński-Sulecki K., Morawski W., Rudyk T., *Wprowadzenie*, [w:] *Wspólnotowy kodeks celny. Komentarz*, red. W. Morawski, Warszawa 2007.
- Mirek I., *Czy cło jest podatkiem? Analiza na podstawie niemieckiego stanu prawnego*, „*Monitor Prawa Celnego*” 1999, nr 3.
- Mosiej G., *Geneza i ewolucja polityki celnej w Polsce*, „*Monitor Prawa Celnego i Podatkowego*” 2001, nr 7.
- Mosiej G., *Pojęcie cła. Analiza doktrynalna i dogmatyczna w Polsce*, „*Państwo i Prawo*” 2004, z. 4.
- Mosiej G., *Polityka celna polski w okresie transformacji systemowej*, Toruń 2004.
- Prawo celne. Międzynarodowe, wspólnotowe, polskie*, red. Lasiński-Sulecki K., Warszawa 2009.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009.
- Tegler E., *Zarys prawa finansowego*, Szczecin 1988.
- Walachowicz J., *Monopole książęce w skarbowości wczesnofeudalnej pomorza zachodniego*, Poznań 1963.
- Walkowski G.K., *System polskiego prawa podatkowego*, t. 7, *Źródła polskiego prawa podatkowego*, cz. 1, *Prawo zwyczajowe w początkach państwowości polskiej. Podatki w państwie Piastów*, Bydgoszcz 2012.
- Waschko S., *Celnictwo w Polsce przedrozbiorowej (cła i polityka celna, instruktarze i postępowanie celne)*, Sopot-Poznań 1960.
- Waschko S., *Handel zagraniczny Polski (od czasów najdawniejszych do najnowszych)*, Sopot 1963.
- Weymann S., *Cła i drogi handlowe w Polsce Piastowskiej*, Poznań 1938.
- Włodkowski K., *Zasada powszechności cła i jej ograniczenia w Polsce, Unii Europejskiej oraz wybranych krajach Europy Wschodniej*, Toruń 2009.
- Włodkowski K., *Historia taryf celnych w Polsce – do czasów rozbiorów Polski*, cz. 1, „*Monitor Prawa Celnego i Podatkowego*” 2011, nr 11.

Woźniczko M., *Polskie celnictwo w wiekach średnich i okresie nowożytnym do roku 1918. Rys historyczny*, cz. 1, „Monitor Prawa Celnego” 1996, nr 9.

Woźniczko M., *Początki celnictwa na ziemiach polskich (średniowiecze)*, [w:] W. Czyżowicz, M. Woźniczko, *Cło i celnicy w historii. Struktury i mechanizmy działania*. Warszawa 2012.

Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. tj. z 2016 r., poz. 1440 z późn. zm.)

Tadeusz Branecki

Wyższa Szkoła Humanistyczno-Przyrodnicza w Sandomierzu

e-mail: brantade@o2.pl

telefon: +48 15 8326081

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.03

List Federalny z 1 sierpnia 1291 r. – pierwszy akt ustrojowy Dawnej Konfederacji Szwajcarskiej

SUMMARY

The Federal Pact of 1 August 1291 – first regime act of the Old Swiss Confederation

Day 1 of August is celebrated in Switzerland as a public holiday to commemorate the conclusion in the year 1291 by the cantons of Uri, Schwyz and Unterwalden to conclude union (Bund). Included the Pact is basis system the Old Swiss Confederation and defence agreement against the Habsburgs. Its content includes a number of provisions of public, civil, criminal and international law. Today, however, disputes the fact is conclusion, but what has not been fully proven.

Key words: Swiss Confederation, history, state, regime.

Słowa kluczowe: Konfederacja Szwajcarska, historia, państwo, ustrój.

Dzień 1 sierpnia jest obchodzony w Szwajcarii jako święto państwowe – odpowiednik polskiego czy amerykańskiego Dnia Niepodległości. Stanowi on „pamiętkę” zawarcia w tym dniu w roku 1291 przez kantony Uri, Schwyz i Unterwalden związku (*Bund*), będącego załącznikiem państwa szwajcarskiego z jednej strony oraz porozumieniem obronnym przeciwko Habsburgom z drugiej strony. Rozważania dotyczące jego zapisów należy rozpocząć od przedstawienia sytuacji politycznej ówczesnych ziem szwajcarskich.

Począwszy od 1033 r. tereny obecnej Szwajcarii znalazły się w obrębie Świętego Cesarstwa Rzymskiego. Ówczesny cesarz Konrad II Salicki, jak pisze Wojtowicz „bardzo chętnie przebywał wraz z dworem w okolicach Zurychu, dokąd zwoływał często świeckich i duchownych feudałów na obrady”¹. Istotne znaczenie dla funkcjonowania Cesarstwa miało strategiczne położenie geograficzne ziem szwajcarskich. To właśnie przez nie, górskimi alpejskimi przełęczami, wiodła najkrótsza droga z Niemiec do Italii. To właśnie tutaj krzyżowały się ze sobą szlaki komunikacyjne wiodące nie tylko z północy na południe, ale także

¹ J. Wojtowicz, *Historia Szwajcarii*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1976, s. 26.

ze Wschodu na Zachód. Najsłynniejsza z nich, zwana Drogą św. Gottharda², wiodła przez Przełęcz św. Gottharda oraz rzekę Reuss. Pierwsze udokumentowane wzmianki o wykorzystaniu tej trasy pochodzą z kroniki opata Alberta von Stade z Bremy z 1236 r.³, jednakże istotnego znaczenia nabrała ona po wybudowaniu na rzece Reuss tzw. Mostu Diabelskiego (*Teufelsbrücke*)⁴, co istotnie skróciło czas podróży z Niemiec do Italii. Od podróżujących tą drogą, wiozących często towary handlowe, pobierane były opłaty i cła. I na te dochody bardzo liczyli zarówno lokalni możnowładcy, jak i sam cesarz.

Wśród wspomnianych możnowładców na pierwszym planie znajdowali się Habsburgowie. Ich ród wywodził się z „Zamku Jastrzębi” (*Habichtsburg*) leżącego w Argowii⁵. Hrabiowie z Habichtsburga⁶ w ciągu kilkunastu dziesięcioleci znacznie podnieśli swoją pozycję. W drodze korzystnych mariaży i spadków po wymarłych rodach stali się właścicielami ziem w Schwyz, Zug, Unterwalden, Lucernie i Fricktal. Jak pisze S. Grodzicki: „jeden z wnuków Guntrama, Werner ze Strassburga, doszedł do godności biskupiej i był przyjacielem cesarza Henryka II”⁷. Posiadanymi ziemiami Habsburgowie administrowali podległymi sobie wójtami, a wymiar sprawiedliwości sprawowali wybierani przez nich sędziowie, których polityka i „obcość” prowadziły do konfliktów z rdzenną ludnością.

Mieszkańcy alpejskich dolin cieszyli się wówczas dość znaczną niezależnością, a ich głównym zajęciem była hodowla oraz wypas bydła i owiec. Właśność ziemiska oraz zwierzęta należały do poszczególnych wsi, co powodowało konieczność wspólnego (kolektywnego) podejmowania strategicznych dla nich decyzji⁸. Powstawać więc zaczęły pierwsze lokalne wspólnoty (kolektywy, związki), które stały się protoplastami późniejszych gmin i kantonów. „Związki te u zarania swych dziejów zawiązywane były w celu wspólnego rozwiązywania problemów wynikających z posiadania gospodarstwa rolnego. Z czasem jednak,

² Gotthard był w latach 1022-1038 biskupem Hildensheim, a przeszło stulecie później został kanonizowany. D. Komorowski, *Mit Św. Gottharda i jego obecność w powieści Hermanna Burgera Die Künstliche Mutter*, [w:] *Ta Szwajcaria to nie Szwajcaria. Studia nad kulturową tożsamością narodu*, red. M. Hałub, D. Komorowski, U. Stadler, Wrocław 2004, s. 111.

³ F. Güterbock, *Wann wurde die Gotthardroute erschlossen?*, „*Zeitschrift für schweizerische Geschichte*” 1939, t. 19, s. 122.

⁴ Z mostem tym, zwanym też Mostem Bryzgającym (*Siebende Brücke*), związana jest bardzo interesująca legenda o jego budowie: „mieszkańcy kantonu Uri ze względów technicznych nie byli w stanie pokonać kipieli rwącego prądu rzeki Reuss. Żywo zainteresowani udostępnieniem przełęczy św. Gottharda dla handlu, postanowili wybudować most, choćby przy pomocy samego diabła. Ten oczywiście nie dał na siebie długo czekać i wkrótce mieszkańcy Uri dobili z nim targu. Za wybudowanie solidnego mostu diabeł miał dostać duszę pierwszego użytkownika, który przez niego przejdzie. Kiedy most stał już gotowy, sprytni Urneńczycy jako pierwszego przechodnia posłali kozła. Oszukany diabeł uniósł ogromną skałę, by zniszczyć most, gdy pewna staruszka zaznaczyła na niej krzyż, odbierając diabłu całą jego moc”. D. Komorowski, op. cit., s. 112.

⁵ Pierwszy znany przedstawiciel tego rodu to Guntram Bogaty, któremu przypisuje się ufundowanie klasztoru w Muri. S. Grodzicki, *Habsburgowie. Dzieje dynastii*, Kraków 2013, s. 20.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ A. Baur, *Szwajcarski fenomen*, Warszawa 1992, s. 16.

obok spraw związanych z prowadzeniem gospodarstw, rozpatrywały sprawy lokalnej społeczności, przekształcając się w związki o charakterze publiczno-prawnym. Te zaś dały początek pierwszym gminom ziem dzisiejszej Szwajcarii – gminom obywatelskim⁹. Organem decyzyjnym takich wspólnot były zgromadzenia wszystkich dorosłych mieszkańców zwane *Landsgemeinde*¹⁰.

Szwajcarzy dążąc do zachowania swojej niezależności i obrony swoich interesów, dając odpór lokalnym feudałom, korzystali z dwóch dróg postępowania. Z jednej strony starali się uzyskać od cesarza specjalny przywilej (tzw. *Freiheitsbrief*), na mocy którego dana ziemia (miejscowość, dolina) podporządkowywana była bezpośrednio władzy i sądownictwu cesarskiemu. Takie przywileje uzyskały Uri (1231) i Schwyz (1240). Drugim sposobem postępowania było zawieranie lokalnych związków – pierwszy udokumentowany zawarły ze sobą w 1115 r. Uri, Schwyz i Unterwalden, a jego głównym celem była obrona interesów Schwyz w jego sporze z klasztorem w Einsiedeln¹¹.

Związek zawarty przez kantony w 1291 r. był pierwszym, którego akt założycielski przetrwał do naszych czasów. Jednakże domniemywać można, mając na uwadze zawarty w nim zapis o „odnowieniu starego przymierza”¹², że pierwotny związek (również o antyhabsburskim charakterze) zawarto już wcześniej. Historycy szwajcarscy podają nawet przypuszczalne daty jego zawarcia: 1240, 1245, 1258, 1260 i 1273¹³. Najwięcej argumentów przemawia za przyjęciem daty 1273 r. Zawarty wówczas przez Burkharda Schüpfera (*Landammanna* z Uri) i Rudolfa von Stauffachera (rycerza ze Schwyz) pakt¹⁴, miał być przeciwwagą dla tzw. *Kaufbriefu* Rudolfa Habsburga, na mocy którego dokonywał on zakupu od Anny von Kiburg i jej męża Eberharda von Habsburg-Laufenburg (za cenę 14 tysięcy marek) ich szwajcarskich posiadłości rodocowych: Aarau, Arth, Kastellen, Lenzburg, Mellingen, wójtostwa Nidwalden, zamku Reinah, wójtostwa Schwyz, Sempach, Suhr, Suree, Villmergen, Willisau i Zug¹⁵. W tym samym roku Rudolf zasiadł na tronie Niemiec i rozpoczął proces

⁹ I. Rycerska, *Kierunki rozwoju federacji szwajcarskiej*, [w:] *Problemy rozwoju federalizmu we współczesnym świecie*, red. J. Jaskiernia, Kielce 2009, s. 111.

¹⁰ Więcej na ten temat: T. Branecki, *Landsgemeinde – najstarsza instytucja demokracji bezpośredniej w Konfederacji Szwajcarskiej*, [w:] *Dylematy współczesnej demokracji*, red. S. Wróbel, Toruń 2011, s. 244-256.

¹¹ J. Schollenberger, *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz. Geschichte und System*, Berlin 1902, s. 24.

¹² Y. Hangartner, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrecht*, Zürich 1980, s. 9.

¹³ Sz. Wachholz, *Geneza i rozwój Związku Szwajcarskiego*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1936, s. 98; Z. Czeszejko-Sochacki, *System konstytucyjny Szwajcarii*, Warszawa 2002, s. 5; H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte. Band I: Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe 1962, s. 248; U. Im Hof, *Geschichte der Schweiz*, Stuttgart 2007, s. 26; E. Meyer, *Das erste Bündniss der schweizerischen Urkantone*, „Der Geschichtsfreund: Mitteilungen des Historischen Vereins Zentralschweiz” 1908, nr 63, s. 3; K. Meyer, *Der Ursprung der Eidgenossenschaft*, „Zeitschrift für schweizerische Geschichte” 1941, nr 21, s. 289-292, 298 i 315. Patrz też T. Branecki, *Od konfederacji państw (kantonów) do federacji autonomicznych wspólnot. Kształtowanie się państwa szwajcarskiego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 3610. *Niemcoznawstwo* 22, Wrocław 2014, s. 12 i nast.; T. Branecki, *Powstanie i rozwój Konfederacji Szwajcarskiej w latach 1291-1515*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 19, s. 88.

¹⁴ Przedstawiciel Unterwalden nie jest znany z imienia i nazwiska. K. Meyer, op. cit., s. 423.

¹⁵ *Ibidem*, s. 405-407.

podporządkowywania sobie kolejnych terenów Szwajcarii. Oprócz bezpośredniego zwierzchnictwa nad miastami cesarskimi (m.in. Bazylea, St. Gallen, Zurych), nabył (poza wymienionymi wcześniej w *Kaufbrief* ziemiami) w roku 1283 wójtostwa Einsiedeln i Urseren oraz klasztory w Aarburgu, Lucernie, Rothenburgu, Sackingen, Wolhusen i Zofingen. W ten sposób stał się właścicielem części terenów przebiegających wzdłuż dochodowej trasy od Przełęczy św. Gottharda do Jeziora Czterech Kantonów¹⁶.

Jak wcześniej wspomniano, pierwszy udokumentowany związek Uri, Schwyz i Unterwalden datuje się na 1 sierpnia 1291 r. Stało się to w bardzo dogodnym, ale i niebezpiecznym dla nich okresie. Otóż, 15 czerwca tego roku zmarł cesarz Rudolf Habsburg. Z jednej strony ród ten utracił co prawda jednego ze swoich najważniejszych przedstawicieli, z drugiej zaś wykorzystując bezkrólewie zaczął intensywniej podporządkowywać sobie poszczególne tereny Helwecji. W tej sytuacji 1 sierpnia, uroczyście i wiecześnie zaprzysiężono pakt trzech kantonów i od tej daty można mówić o powstaniu konfederacji (*Eidgenossenschaft*)¹⁷.

Pakt ten, zwany Listem Federalnym¹⁸, zawarty został w tajemnicy i o tym fakcie Szwajcarzy dowiedzieli się kilkanaście lat później, po zwycięskiej dla nich bitwie pod Morgarten w 1315 r. Spisany został w powszechnie używanej wówczas łacinie¹⁹, chociaż brak na nim podpisów sygnatariuszy – opatrzony został jedynie pieczęciami kantonów. Warto odnotować, że kolejność umieszczenia pieczęci na dokumencie (Schwyz, Uri, Unterwalden) jest inna niż kolejność kantonów w jego treści (Uri, Schwyz, Unterwalden)²⁰ oraz, że faktycznie stroną był półkanton (Halbkanton) Nidwalden²¹, zaś Obwalden znalazł się w Pakcie na przełomie lat 1291/1292²².

Sygnatariusze Paktu, działając w imieniu mieszkańców dolin Uri i Schwyz oraz wspólnoty Unterwalden udzielili sobie wzajemnej gwarancji bezpieczeństwa w przypadku ataku na jednego z nich (na życie mieszkańców lub ich dobra). Każdy z pozostałych miał przyjść zaatakowanemu z pomocą w sposób

¹⁶ J. Wojtowicz, op. cit., s. 38 i O. F. B. Schönhuth, *Geschichte Rudolfs von Habsburg*, Leipzig 1844, s. 275 i nast.

¹⁷ W literaturze polskiej pojęcie to jest także tłumaczone jako 'sprzysiężenie' (P. Sarnecki, *Zgromadzenie Federalne. Parlament Konfederacji Szwajcarskiej*, Warszawa 2003, s. 6) lub 'związek ustanowiony pod przysięgą' (A. Baur, op. cit., s. 13).

¹⁸ M. Marczevska-Rytko, *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2001, s. 161; A. Baur, op. cit., s. 13.

¹⁹ Przekład na język niemiecki dokonany został dopiero w XVIII w. przez J. H. Glesera. J. Wojtowicz, op. cit., s. 40.

²⁰ W. Oechslis, *Die Benennungen der alten Eidgenossenschaft und ihrer Glieder: erster Teil*, „Jahrbuch für schweizerische Geschichte“ 1916, vol. 41, s. 88.

²¹ Od roku 1150 Unterwalden podzielone jest na dwa półkantony: Obwalden i Nidwalden. C. Staub, E. H. Gallieur, *Die Schweiz, ihre Geschichte, Geographie und Statistik, nebst einem Ueberblick über die Alterthümer, Literatur, Kunst und die Industrie der zweiundzwanzig Kantone. Zweite Abtheilung: Die Malerische Schweiz*, Genewa – Bazylea 1857, s. 238.

²² K. Meyer, op. cit., s. 296.

i zakresie umożliwiającym odparcie ataku, a także dokonanie pomsty za wyrządzone krzywdy²³.

Zawierający Pakt zobowiązywali się do niezaakceptowania sędziów, którzy zostaną im narzuceni (bez zgody mieszkańców i lokalnego Landammanna), oraz sędziów, którzy swój urząd otrzymać mieli w drodze zakupu bądź w zamian za usługi²⁴.

W przypadku, gdyby pomiędzy sprzysiężonymi powstać miały w przyszłości ewentualne spory, rozsądzić je mieli rozjemcy (zwani w tekście „najrozumniejszymi”), a ich rozstrzygnięciom winny podporządkować się wszystkie strony sporu²⁵.

W Pakcie znalazły się również uregulowania dotyczące postępowania w przypadku popełnienia najcięższych przestępstw (zabójstwa, podpalenia, rabunku bądź kradzieży) oraz wymiaru kary ich sprawcom:

- 1) w odniesieniu do zabójstwa (popełnionego podstępnie i niewynikającego ze szczególnych okoliczności), w przypadku udowodnienia winy przewidywano zastosowanie kary śmierci; jeżeli sprawca uciekł – dodatkowo obejmowała go banicja;
- 2) podpalacz był automatycznie wyłączany z kręgu osób posiadających bierne prawo wyborcze na urząd Landammanna – w przypadku udzielenia pomocy takiej osobie, pomocnik winien był pokryć poszkodowanemu szkody wyrządzone przez sprawcę podpalenia;
- 3) jeżeli jeden ze sprzysiężonych dokonał zaboru mienia lub wyrządził na nim szkodę, obejmowała go konfiskata posiadanego majątku i z niego właśnie miały być pokrywane dokonane szkody²⁶.

²³ „Dotąd każdy dowiedział się, że mężczyźni doliny Uri, gmina doliny Schwyz i wspólnota ludzi z Unterwalden w Nidwalden ze względu na czas, aby siebie i swojego mienia móc łatwiej obronić i we właściwym stanie utrzymać, w dobrej wierze obiecali sobie wzajemnie pomagać, własną radą i na żądanie osobą i dobrem pomagać, w obrębie i na zewnątrz dolin, z całą potęgą i mocą, przeciwko ogółowi lub przeciwko pojedynczemu, którzy im lub jednemu zadają gwałt, naprzykrzają się lub niesprawiedliwość wyrządzają i przeciwko ich życiu i dobrom złość swą kierują. I to ma każda gmina obiecać, że inne w każdym wypadku z pomocą jej pospieszą, jeżeli tylko pomoc taka potrzebna będzie, a mianowicie własnym kosztem i w rozmiarze, jaki konieczny będzie, aby oprzeć się atakowi najeźdźców i wyrządzoną przez nich krzywdę pomścić. Ponadto własną przysięgą potwierdzają ten układ bez ukrywania żadnych podstępnych myśli i przy tym treść wcześniejszego sojuszu obecni potwierdzają” – tłumaczenie własne autora, patrz też T. Branecki, *Powstanie i rozwój...*, s. 89.

²⁴ „Za wspólną radą i zgodą obiecujemy sobie i postanawiamy, że w dolinach nie zaakceptujemy i nie przyjmujemy żadnego sędziego, który swój urząd otrzymał bez zgody mieszkańców i Landmanna w zamian za usługi lub przez zapłatę pewnej sumy pieniężnej”. Ibidem, s. 90.

²⁵ „Jeżeli jednak powstaną spory pomiędzy poszczególnymi przysięgającymi, powinni najrozumniejsi z przysięgających spór pomiędzy stronami w najodpowiedniejszy w ich mniemaniu sposób załagodzić, a gdy jedna ze stron rozstrzygnięcie to odrzuci, powinni pozostali przysięgający przeciwko niej wystąpić”. Ibidem.

²⁶ „Ponadto powstaje pomiędzy nimi postanowienie następującej treści: Kiedy jeden drugiego podstępnie i niewinnie zabije, gdy zostanie schwytyany winien być pozbawiony życia, jak nie uda się udowodnić jego niewinności w popełnieniu przestępstwa. Jeżeli winny ucieknie, nie wolno mu wrócić. Wymieniony winowajca winien tak długo z dolin być wygnany, aż sprzymierzeńcy wyraźnie wezwą go z powrotem. Gdy jeden z przysięgających drugiemu w dzień lub cicho w nocy w podstępny sposób zaszkodzi poprzez podpalenie, nie może nigdy zostać Landmannem. I gdy jemu ktoś w obrębie dolin sprzyja i go ochrania, winien naprawić poszkodowanemu wyrządzone szkody. Ponadto, gdy

Pakt regulował także kwestie właściwości sądu i wprowadzał obowiązek respektowania jego orzeczeń. Na pozostałych sprzysiężonych nałożono obowiązek doprowadzenia do wynagrodzenia strat przez osobę, która spowodować je miała wskutek nierespektowania wyroków sędziowskich. Ponadto w przypadku, gdy jedna ze stron sporu nie będzie chciała respektować prawa i dokonać zasądzonego w wyroku zadośćuczynienia – pozostali sprzysiężeni obowiązani byli do pomocy drugiej (poszkodowanej) stronie sporu²⁷.

Reasumując, zawarte w Pakcie zapisy zebrać można w pięciu grupach:

- 1) gwarancje dla wzajemnej samopomocy (dotyczy to gwałtu lub „bezprawia” na osobie bądź majątku sprzysiężonych),
- 2) nieuznanie sędziów kupujących urzędy i jednocześnie niebędących obywatelami jednego z trzech sprzysiężonych kantonów,
- 3) powołanie rozjemców do rozstrzygania wzajemnych sporów,
- 4) uregulowanie procedury i wymiaru kary za najcięższe przestępstwa,
- 5) egzekwowanie wyroków²⁸.

W 1297 r. król Niemiec Adolf von Nassau potwierdził dotychczasowe przywileje Uri i Schwyz, co dla części badaczy historii szwajcarskiej jest tożsame z uznaniem (potwierdzeniem) istnienia dla całego zawartego 6 lat wcześniej związku²⁹. Z kolei uczeni niemieccy uznają to za prowokację wymierzoną w Albrechta I Habsburga, który rok później został wybrany (po detronizacji Adolfa przez zebranych w Moguncji elektorów) królem Niemiec³⁰.

Pakt z 1291 r. został kilkanaście lat później potwierdzony przez delegatów ze sprzysiężonych kantonów, którzy w 1307 r. zebrawi się na polanie Rütli nad Jeziorem Czterech Kantonów (tzw. *Rütlichwur*)³¹. Postanowili oni wówczas dokonać rewolucji i wystąpić zbrojnie przeciwko ciemiężącym ich lokalnym

jeden z przysięgających zagrabi mienie drugiego lub w inny sposób wyrządzi szkodę, jego majątek w obrębie dolin winien być skonfiskowany i poszkodowanemu, jeśli prawo tego wymaga winna być z niego krzywda naprawiona. Następnie nie powinien nikt swego majątku innym zastawiać, gdy powszechnie wiadomo, że wobec niego ujawnieni są dłużnicy lub gwaranci są. To winno działać się tylko za pozwoleniem właściwego sędziego”. Ibidem.

²⁷ „Prócz tego powinien każdy winien być posłuszny swojemu sędziemu chyba, że konieczne będzie, w obrębie dolin wyznaczyć tego sędziego, przed którym będzie miał on prawo. I gdy jeden przeciwko wyrokowi sędziego zbuntuje się i przez jego upórzywość dojdzie do szkody, pozostałe strony winny wdrożyć w życie postanowienia, co do wynagrodzenia strat. Gdy pomiędzy pojedynczymi przysięgającymi powstaną zatargi i waśnie i gdy jedna ze skłóconych stron wzbrania się do prawa stosowania i dokonania zadośćuczynienia, pozostali sprzymierzeńcy winni pomóc drugiej stronie sporu”. Ibidem.

²⁸ P. Dürnmatt, *Schweizer Geschichte*, t. 1, Zurych 1976, s. 87 i nast.; A. Heusler, *Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Basel 1920, s. 73-77; K. Dändliker i H. Flach, *Auszug aus der Schweizergeschichte*, Zurych 1969, s. 21; Z. Czeszejko-Sochacki, op. cit., s. 5.

²⁹ A. Porębski, *Wielokulturowość Szwajcarii na rozdrożu*, Kraków 2010, s. 28.

³⁰ F. H. Hye, *Die Habsburger zur Zeit König Albrechts I*, „Der Geschichtsfreund: Mitteilungen des Historischen Vereins Zentralschweiz” 1999, t. 152, s. 123.

³¹ Byli to Walter Fürst z Uri, Arnold z Melchtal reprezentujący Unterwalden oraz Werner Stauffacher ze Schwyz – A. Heusler, op. cit., s. 71-82; J. Schollenberger, *Geschichte der schweizerischen Politik*, t. 1, Frauenfeld 1906, s. 85; J. K. Vögelin, *Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, t. 1, Zurych 1855, s. 106.

urzędnikom narzuconym przez Habsburgów – początek walk zaplanowali na 1 stycznia 1308 r. Kilka dni później (8 stycznia) potwierdzili zawarty wcześniej związek i odnowili (na 10 lat)³² zawarte w nim postanowienia. Dodatkowo dołączyli jeszcze zapis mówiący, że poświęcą dobra i życie dla zachowania swojej „zjednoczonej” wolności, przy jednoczesnym przestrzeganiu wypełniania swoich obowiązków (wiernie i bez szwanku) wobec Cesarstwa i pozostałych uznanych władz³³.

Postanowienia Paktu z 1291 r. znalazły swe praktyczne zastosowanie w 1315 r., gdy wojska księcia Leopolda I Habsburga zostały pokonane przez górali ze Schwyz w bitwie pod Morgarten stoczonej 15 listopada tego roku. Wtedy właśnie oficjalnie ogłoszono istnienie Związku oraz potwierdzono jego dalsze istnienie Paktem z Brunnen (9 grudnia 1315 r.). Nowy Pakt zawierał „w swej treści powtórzenie zapisów o wzajemnej pomocy sygnatariuszy, a także zobowiązanie, że nikt z nich bez zgody pozostałych nie przyjmie obcego poddaństwa (władzy)”³⁴. Dał on jednocześnie początek wielu wojnom z Austriakami, które swoje zakończenie znalazły dopiero w 1499 r., gdy na mocy pokoju w Bazylei Szwajcaria została uznana na arenie międzynarodowej za państwo niezależne od Rzeszy Niemieckiej.

Obecnie fakt zawarcia Paktu w 1291 r. oraz autentyczność zachowanego do dziś egzemplarza z jego zapisami są podawane w wątpliwość. Szwajcarski historyk Georges Andrey zarzuca mu następujące „braki”:

- 1) brak dokładnej daty zawarcia (tekst Paktu mówi o początku sierpnia *initio Augusto*, nie wskazując konkretnie na datę 1 sierpnia)³⁵,
- 2) brak podpisów sygnatariuszy (podawane powszechnie 3 nazwiska są tylko hipotezą i nie występują w treści Paktu),
- 3) brak spójności tekstu (stanowi „zlepek” przepisów prawa publicznego, cywilnego, karnego, a nawet międzynarodowego),
- 4) brak błędów ortograficznych (powinny się pojawić, gdyż sporządzany był w tajemnicy i w pośpiechu)³⁶.

Roger Sablonier również ma poważne zastrzeżenia względem autentyczności Paktu. Uważa on, że przeciwko niemu przemawia fakt, że składa się on z dwóch różnych tematycznie części, zarzuca mu brak daty dziennej (inne dokumenty z tego okresu taką posiadają), zauważa problemy z kolejnością pieczęci na dokumencie i kolejnością kantonów w jego treści. Zwraca również uwagę na fakt, że późniejsze listy federalne nie odwołują się

³² *Allgemeine deutsche real-encyklopädie für die gebildeten Stände*, Brockhaus' konversations-lexikon, *Elfter Band: T bis U*, Neutlingen 1831, s. 543.

³³ F. Meisner, *Kleine Reisen in der Schweiz für die Jugend beschrieben*, Bern 1837, s. 23.

³⁴ T. Branecki, op. cit., s. 92.

³⁵ Data ta została umownie przyjęta przez rząd federalny w 1891 r., gdy ustanawiano święto narodowe Konfederacji.

³⁶ O. Pauchard, *Der Bundesbrief von 1291 unter der Lupe*, 01.08.2009, <http://www.swissinfo.ch/ger/der-bundesbrief-von-1291-unter-der-lupe/7533912> (20.08.2015).

do Paktu z 1291³⁷. Z kolei badania pergaminu zawierającego treść Paktu metodą radioaktywnego węgla C14 umiejscawiają okres jego powstania na lata 1252-1385, z dużym jednak prawdopodobieństwem jego pochodzenia z roku 1280³⁸.

Chociaż samo zawarcie Paktu w 1291 r. i autentyczność zachowanego do dnia dzisiejszego odpisu jest kwestionowana przez część naukowców, to stwierdzić należy, że niewątpliwie stanowi on pierwszą (bądź jedną z pierwszych) podwalin ustrojowych państwa szwajcarskiego. Zawarte w nim uregulowania dotyczące wzajemnej pomocy zostały powtórzone i rozszerzone w Pakcie z Brunnen (1315) i kolejnych umowach związkowych (*Bundesbriefe*), na mocy których do Związku Trzech Kantonów zaczęli dołączać nowi członkowie. Z kolei przez samych Szwajcarów jest uznawany za jeden z dokumentów rangi konstytucyjnej (tzw. *Verfassungsbrief*) regulujących ustrój Dawnej Konfederacji Szwajcarskiej w latach 1291-1798.

Bibliografia

- Allgemeine deutsche real-encyklopädie für die gebildeten Stände*, Brockhaus' konversations-lexikon, *Elfter Band: T bis U*, Neutlingen 1831.
- Baur A., *Szwajcarski fenomen*, Warszawa 1992.
- Branecki T., *Landsgemeinde – najstarsza instytucja demokracji bezpośredniej w Konfederacji Szwajcarskiej*, [w:] *Dylematy współczesnej demokracji*, red. S. Wróbel, Toruń 2011.
- Branecki T., *Od konfederacji państw (kantonów) do federacji autonomicznych wspólnot. Kształtowanie się państwa szwajcarskiego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 3610. Niemcoznawstwo 22, Wrocław 2014.
- Branecki T., *Powstanie i rozwój Konfederacji Szwajcarskiej w latach 1291-1515*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 19.
- Conrad H., *Deutsche Rechtsgeschichte. Band I: Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe 1962.
- Czeszejko-Sochacki Z., *System konstytucyjny Szwajcarii*, Warszawa 2002.
- Dändliker K., Flach H., *Auszug aus der Schweizergeschichte*, Zurych 1969.
- Dürenmatt P., *Schweizer Geschichte*, t. 1, Zurych 1976.
- Grodzicki S., *Habsburgowie. Dzieje dynastii*, Kraków 2013.
- Güterbock F., *Wann wurde die Gotthardroute erschlossen?*, „Zeitschrift für schweizerische Geschichte” 1939, t. 19.
- Hangartner Y., *Grundzüge des schweizerischen Staatsrecht*, Zürich 1980.
- Heusler A., *Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Basel 1920.

³⁷ B. Vonaburg, *Rütlichwur und böse Vögte – alles eine Erfindung*, 07.08.2008, <http://www.tagesanzeiger.ch/wissen/geschichte/Ruetlichwur-und-boese-Voegte-alles-eine-Erfindung/story/20656483> (20.08.2015).

³⁸ R. Sablonier, *Der Bundesbrief von 1291: eine Fälschung? Perspektiven einer ungewohnten Diskussion*, „Mitteilungen des historischen Vereins des Kantons Schwyz” 1993, t. 85, s. 13.

- Hye F. H., *Die Habsburger zur Zeit König Albrechts I*, „Der Geschichtsfreund: Mitteilungen des Historischen Vereins Zentralschweiz“ 1999, t. 152.
- Im Hof U., *Geschichte der Schweiz*, Stuttgart 2007.
- Komorowski D., *Mit Św. Gottharda i jego obecność w powieści Hermanna Burgera Die Künstliche Mutter*, [w:] *Ta Szwajcaria to nie Szwajcaria. Studia nad kulturową tożsamością narodu*, red. M. Hańub, D. Komorowski i U. Stadler, Wrocław 2004.
- Marczewska-Rytko M., *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2001.
- Meisner F., *Kleine Reisen in der Schweiz für die Jugend beschrieben*, Bern 1837.
- Meyer E., *Das erste Bündniss der schweizerischen Urkantone*, „Der Geschichtsfreund: Mitteilungen des Historischen Vereins Zentralschweiz“ 1908, nr 63.
- Meyer K., *Der Ursprung der Eidgenossenschaft*, „Zeitschrift für schweizerische Geschichte“ 1941, nr 21.
- Oechslis W., *Die Benennungen der alten Eidgenossenschaft und ihrer Glieder: erster Teil*, „Jahrbuch für schweizerische Geschichte“ 1916, t. 41.
- Pauchard O., *Der Bundesbrief von 1291 unter der Lupe*, 01.08.2009, <http://www.swissinfo.ch/ger/der-bundesbrief-von-1291-unter-der-lupe/7533912> (20.08.2015).
- Porębski A., *Wielokulturowość Szwajcarii na rozdrożu*, Kraków 2010.
- Rycerska I., *Kierunki rozwoju federacji szwajcarskiej*, [w:] *Problemy rozwoju federalizmu we współczesnym świecie*, red. J. Jaskiernia, Kielce 2009.
- Sablonier R., *Der Bundesbrief von 1291: eine Fälschung? Perspektiven einer ungewohnten Diskussion*, „Mitteilungen des historischen Vereins des Kantons Schwyz“ 1993, t. 85.
- Sarnecki P., *Zgromadzenie Federalne. Parlament Konfederacji Szwajcarskiej*, Warszawa 2003.
- Schollenberger J., *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz. Geschichte und System*, Berlin 1902.
- Schollenberger J., *Geschichte der schweizerischen Politik*, t. 1, Frauenfeld 1906.
- Schönhuth O. F. B., *Geschichte Rudolf's von Habsburg*, Leipzig 1844.
- Staub C., Gallieur E. H., *Die Schweiz, ihre Geschichte, Geographie und Statistik, nebst einem Ueberblick über die Alterthümer, Literatur, Kunst und die Industrie der zwei- und zwanzig Kantone. Zweite Abtheilung: Die Malerische Schweiz*, Genewa – Bazylea 1857.
- Vögelin J. K., *Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, t. 1, Zurych 1855.
- Vonaburg B., *Rütlichwur und böse Vögte – alles eine Erfindung*, 07.08.2008, <http://www.tagesanzeiger.ch/wissen/geschichte/Ruetlichwur-und-boese-Voegte-alles-eine-Erfindung/story/20656483> (20.08.2015).
- Wachholz S., *Geneza i rozwój Związku Szwajcarskiego*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne, Kraków 1936.
- Wojtowicz J., *Historia Szwajcarii*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1976.

Karol ŁopateckiUniwersytet w Białymstoku
e-mail: karollopatecki@gmail.com
telefon: +48 695 745 771

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.04

Miejskie artykuły wojskowe w nowożytnej Europie – zarys problematyki

SUMMARY

Urban military articles in modern Europe. An outline of the issues

Military laws, taking into account the entities issuing them, can be divided into five types. These are hetman's articles (announced by the chief commanders), royal articles (issued by the rulers), parliamentary articles (adopted by various representative bodies), confederate's articles (self-governing announced by all soldiers) and the urban articles, created by or under the authority of the city council. The paper presents characteristics of "urban military articles." These were the normative acts issued in the modern era directly by the city council or bodies acting under its authority. Promulgated acts were shorter than the other military articles, as in this case, military law was only complementary to the system of municipal law. These documents were primarily to ensure efficient supervision and control of the civilian municipal authorities over military troops. Civilians and private property was covered by special protection. Urban military articles imposed upon soldiers a fairly rigid moral framework, particular attention being given to the problems of alcoholism, prostitution, gambling, and even participation in urban amusements and festivities. More lenient penalties were applied in the urban military articles, which occurred the more strikingly the greater the proportion of urban citizens serving in the military. A sentence of imprisonment was provided more willingly, obviously using institutions operating in the cities.

Key words: military articles, law of the crew, municipal authorities, Bardejov, Prague, Gdansk, Genoa.

Słowa kluczowe: artykuły wojskowe, prawo załogi, władze miejskie, Bardejów, Praga, Gdańsk, Genua.

Od niedawna w polskiej historiografii funkcjonuje pojęcie „miejskich artykułów wojskowych”, które to miano nadano przepisom ogłoszonym dla oddziałów ryskich w 1600 r.¹ W założeniu pod tym pojęciem znaleźć się powinny akty normatywne regulujące zasady dyscypliny wojskowej w oddziałach

¹ K. Łopatecki, *Charakterystyka „miejskich artykułów wojskowych” na przykładzie Rigischer Artikelsbriefe z 1600 roku*, „Zapiski Historyczne” 2013, R. 78, z. 2, s. 5-36.

miejskich wydawane bezpośrednio przez lub z upoważnienia rady miejskiej². W niniejszym artykule analizuję, czy tego typu akty normatywne występowały (i w jakim zakresie) w nowożytniej Europie. Przeprowadzam charakterystykę najważniejszych artykułów ogłoszonych w różnych częściach Europy w celu ustalenia specyfiki tego typu dokumentów na tle ogłaszanego wówczas prawa wojskowego.

Genezy miejskich artykułów wojskowych należy szukać w początkach XVI stulecia, wraz z upadkiem średniowiecznej służby rycerskiej oraz rozwojem nowożytnego prawa wojskowego. Rozwijające się miasta na obszarach pozbawionych silnej władzy centralnej, w celu zapewnienia własnej niezależności wzmacniały istniejące od średniowiecza systemy obronne³. Z jednej strony podejmowano prace fortyfikacyjne, z drugiej powiększono miejskie siły wojskowe przez rozbudowę formacji milicyjnych lub zaciąg oddziałów najemnych⁴. Żołnierz zawodowy był werbowany na zasadach kontraktu *emptio-venditio* zawieranego pomiędzy radą miejską a kondotierem, co wymagało stworzenia odrębnych regulacji prawnych. Z jednej strony landsknechci artykuły wojskowe traktowali jako swoistą formę autonomii prawnej, z drugiej jej wprowadzenie było niezbędne w celu utrzymania żołnierzy w dyscyplinie wojskowej, dzięki której nie tylko walory bojowe jednostki były większe, ale zabezpieczano w ten sposób porządek w miastach⁵.

Przykładem takiego aktu są wydane przez radę miejską Bardejowa artykuły wojskowe z 1521 r. Dokument ten opublikowano na potrzeby niewielkiego 33-osobowego oddziału najemników składającego się z 26 żołnierzy, 4 woźniców, jednego pawężnika, puszkarza i jeźdźca. Ich dowódcą był kapitan (*Hauptmann*) Valentin Nigkysch, z miesięcznym wynagrodzeniem 3 zł, a do pomocy przydani mu byli dwaj dziesiętnicy. Dostrzec można wyjątkowość regulacji, gdyż rada miejska działała z upoważnienia króla Węgier Ludwika II Jagiellończyka, a zaciągnięty oddział miał wspomóc wojska państwowe⁶. Również treść aktu normatywnego jest charakterystyczna, gdyż miejskie władze większą rolę przykładały do poprawnych stosunków z ludnością cywilną, niż do narzucenia

² Por. ibidem, s. 29; K. Lopatecki, „*Disciplina militaris*” w wojskach Rzeczypospolitej do połowy XVII wieku, Białystok 2012, s. 703-704.

³ Odrębną tendencję polegającą na wykorzystaniu potencjału miejskiego do wzmocnienia władzy państwowej, w tym realizacji reform wojskowych prezentują Steven Gunn, David Grummitt i Hans Cools na przykładzie Anglii i habsburskich Niderlandów. S. Gunn, D. Grummitt, H. Cools, *War, State, and Society in England and the Netherlands, 1477-1559*, Oxford – New York 2007, s. 41-124.

⁴ Żołnierzy miejskich należy oddzielić od miejskich służ porządkowych – strażników dowodzonych z reguły przez kapitana lub hetmana ratusznego. Zob. J. Suproniuk, *Miejskie służby porządkowe a społeczeństwo w Polsce XIV-XVI w.*, „Przegląd Historyczny” 1999, t. 90, z. 2, s. 117-130.

⁵ K. Koranyi, *Żołnierz najemny a żołnierz zaciężny*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1948, R. 1, s. 105-108; P. Burschel, *Söldner im Nordwestdeutschland des 16. und 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1994, s. 129 i n.

⁶ K. Lopatecki, „*Disciplina militaris*”..., s. 145, 288-289. Akt prawny odkrył i jako pierwszy omówił: V. Segeš, *Mestá v uhorskom vojenstve na konci stredoveku*, [w:] *Armáda, mesto, spoločnosť od 15. storočia do roku 1918 (Vojenské, politické, hospodárske aspekty a súvislosti)*, Bratislava 2002, s. 23-27. Dokładną datację ustalono w pracy: *Pramene k vojenským dejinám slovenska*, t. 1/3: 1387-1526, oprac. V. Segeš, B. Šedová, Bratislava 2013, s. 315.

dyscypliny wewnątrz oddziału. Interesująca jest przy tym forma aktu, składającego się z dwóch części:

- pierwszej o charakterze porządkowym i dyscyplinarnym, gdzie odnotowano przestępstwa wojskowe;
- drugiej, w której miasto zagwarantowało żołnierzom kupno towarów po ustawowych cenach⁷.

Oprócz standardowych przepisów dotyczących posłuszeństwa (agresja wobec dowódcy i dziesiętnika zagrożona była karą śmierci, podobnie jak atak fizyczny skierowany na innego żołnierza; za wyciągnięcie broni groziło ucięcie ręki) istniały regulacje dotyczące stosunków z ludnością cywilną. Wprowadzono karę śmierci za gwałt wobec kobiet, a za naruszenie nietykalności osobistej chłopów powinno być wypłacone zadośćuczynienie. Pozostałe przepisy dotyczyły różnych form szkód oraz kradzieży wyrządzanych ludności cywilnej⁸. Kapitan był odpowiedzialny za kradzież i szkody poczynione przez podwładnych. Dotyczyło to nie tylko domów mieszczan i chłopów, gdzie żołnierze przebywali, ale również stawów. Dowódca mógł konfiskować wierzchowca lub rzeczy żołnierzy w celu pokrycia szkody. Na koniec wprowadzono instytucję gwarantującą sprawowanie właściwego nadzoru nad żołnierzami. Omnipotencję kapitana ograniczono podległością wobec urzędów królewskich: kwatermistrza (*Marckrichters*) zajmującego się zaopatrzeniem oddziałów oraz *oberst hauptmana* sprawującego ogólny nadzór nad zachowaniem żołnierzy, który uprawniony był do ukarania kapitana za brak kontroli wobec swoich podwładnych.

W drugiej części aktu normatywnego zawarowano kwestie aprowizacji. Żołnierze co do zasady powinni kupować produkty po cenach rynkowych, z uwzględnieniem zarządzeń organów kontrolnych. W kontrakcie zawarto jednak pewien katalog produktów, które najemnicy mogli nabywać po obniżonych cenach, dotyczyło to m.in. trzody, bydła, ptactwa hodowlanego, a także chleba, wina, piwa, miodu, siana oraz zboża.

Na podstawie powyższej charakterystyki można stwierdzić, iż już na początku XVI w. artykuły wojskowe wydawane przez organy miejskie znacznie różniły się od typowych aktów normatywnych kształtujących zasady dyscypliny wśród żołnierzy⁹. Widoczna jest duża ingerencja władz miejskich w ostateczny

⁷ Charakterystyka aktu normatywnego na podstawie: Štatny archiv v Prešove, pobočka Bardejov, Magistrat mesta Bardejova, č. 1987, s. [1-2]. Artykuły wojskowe zostały spisane w języku niemieckim, istnieje edycja źródłowa, w której dokument przetłumaczono na język słowacki. *Pramene k vojenským dejinám...*, s. 315-317.

⁸ Grabież z dworów szlacheckich i duchownych oraz kościołów zagrożona była karą śmierci. Za atak na kupca dowożącego żywność groziła surowa kara polegająca na wrzuceniu żołnierza do „wilgotnej jamy (piwnicy)”, co połączone było z publicznym przeprowadzeniem skazańca w miejsce kaźni. Dużo łagodniej potraktowano kradzież mienia będącego własnością chłopów, gdyż kara miała być uzależniona od wielkości przewinienia.

⁹ Najważniejszy ówczesny akt prawa wojskowego wydano w 1460 r. *Ordnung, die wir markgrafe Albrecht geseztz haben und wollen, dass sie von allen den unsern soll gehalten werden, in massen hernach geschrieben steht*, „Mitteilungsblatt der Fachgruppe Strafrecht in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung” 1912, t. 33, s. 387-390. Por. W. Beck, *Die ältesten Artikelsbriefe für das deutsche Fußvolk*, München 1908, s. 83-98;

kształt przepisów prawnych i szczególna dbałość o poprawne relacje pomiędzy żołnierzami a ludnością cywilną.

W wielu miejscach w Europie miejskie artykuły wojskowe nie zdążyły się w epoce nowożytnej wykształcić. Wynikało to z ograniczenia autonomii wojskowej miast polegającej na likwidacji przez państwa „prawa załogi” (*ius praesidii*)¹⁰ i umieszczania żołnierzy państwowych w garnizonach lub przylegających do miast zamków¹¹. Jest to proces widoczny w całej XVI-wiecznej Europie¹². To zaś prowadziło do coraz rzadszych przypadków tworzenia dużych zgrupowań wojskowych, które otrzymywały wydawane przez radę miejską przepisy porządkowe. Oczywiście nadal najpotężniejsze miasta wykorzystywały swoją uprzywilejowaną pozycję, a nawet rozszerzały zakres regulacji. Przykładem może być uchwalenie morskich artykułów wojskowych przez władze miejskie Rewla (Tallinna) 18 maja 1559 r.¹³

Analiza zasięgu geograficznego miejskich artykułów wojskowych ogłaszanych w XVI i XVII w. wskazuje na ich nierównomierne rozmieszczenie. Akty takie powstają na terenie Rzeszy Niemieckiej, Rzeczypospolitej szlacheckiej oraz Półwyspu Apenińskiego i Konfederacji Szwajcarskiej. Nie znam żadnego przykładu miejskich artykułów wojskowych na Półwyspie Iberyjskim oraz na Wyspach Brytyjskich¹⁴. Interesujące, iż pomimo ogromnych możliwości finansowych miast niderlandzkich, nie wydawały one własnych regulacji¹⁵. Charakterystykę przekształceń prawnoorganizacyjnych zachodzących w Zjednoczonych Prowincjach przeanalizował Erik Swart¹⁶. Badania wykazały, iż konieczność przeciwstawienia się potężnej armii Habsburgów, wymusiło na skonfederowanych prowincjach scentralizowanie armii oraz, co istotne, bezpośrednie

A. Stache, ... *der scharffe Sebel ist mein Acker...*: Alltags- und Sozialgeschichte frühneuzeitlicher Söldner in Bildquellen für die Sekundarstufe II, Potsdam 2005, s. 82 i n.

¹⁰ Przykładowo, na Śląsku jedynym miastem, które posiadało w okresie nowożytnym ten przywilej był Wrocław, utrzymujący nawet do 1500 żołnierzy. M. Kaczmarek, *Wrocław: dziedzictwo wieków*, Wrocław 1997, s. 90; M. Ujma, „*Nouvelles Ordinaires*” wobec problemów związanych ze Śląskiem doby kontrreformacji w latach 1631-1648, „*Studia Śląskie*” 2005, t. 64, s. 248.

¹¹ Żołnierze otrzymywali wówczas narzucane przez władze państwowe artykuły zamkowe lub garnizonowe. Zob. K. Lopatecki, „*Disciplina militaris*”..., s. 287-361.

¹² G. Pálffy, *Háborúk, hadsereg és város a 16. századi Magyarországon*, [w:] *Armáda, mesto, spoločnosť od 15. storočia do roku 1918 (Vojenské, politické, hospodárske aspekty a súvislosti)*, Bratislava 2002, s. 42-51; S. Gunn, D. Grummitt, H. Cools, op. cit., s. 41-42, 45-46, 75-77.

¹³ *Schiffsartikel der revalschen Freibeuter*, [w:] *Briefe und Urkunden zur Geschichte Livlands in den Jahren 1558-1562*, t. 3, 1559-1560, oprac. F. Bienemann, Riga 1868, s. 48-50.

¹⁴ W Anglii nawet podczas zagrożenia stolicy (w okresie wojny domowej) Robert Rich (drugi *Earl of Warwick*) ogłosił artykuły wojskowe, z charakterystycznym uzasadnieniem: „by Authority of Parliament, for the defence of the Cittie of London and the Covnitier Adjacent”. *Laves and Ordinances of Warre, Established for the better Conduct of the Army by His Excellency The Earle of Warwick*, London 1642, k. [A].

¹⁵ Zob. F.T.J. Godin, *Inventaris van de collectie: De Graaff (Militair straf- en tuchtrecht)*, Den Haag 2008, s. 4-23, gdzie zebrano 180 wojskowych aktów normatywnych wydanych do końca XVIII w.

¹⁶ E. Swart, *Krijgsvolk. Militaire professionalisering en het ontstaan va het Staatse leger, 1568-1590*, Amsterdam 2006; idem, *From „Landsknecht” to „Soldier”: The Low German Foot Soldiers of the Low Countries in the Second Half of the Sixteenth Century*, „*International Review of Social History*” 2006, R. 51.

podporządkowanie żołnierzy państwowemu aparatowi administracyjnemu. Ważnym elementem tych przemian było wykorzystanie instrumentów prawnych umieszczanych w artykułach wojskowych, reformie organów porządkowych i wymiaru sprawiedliwości, oraz umiejętnemu zastosowaniu polityki finansowej. Dzięki temu w ciągu 22 lat (1568-1590) zakończono proces przekształcenia najemnych oddziałów landsknechtów w jednolitą i sprawię zarządzaną armię państwową¹⁷. W takiej strukturze miasta stały się jedynie płatnikami podatków, choć również dzięki żołnierzom mieszczanie uzyskiwali korzyści. Wojska płacąc za żywność, artykuły rzemieślnicze, ewentualnie kwaterunek znacznie poprawiały sytuację ekonomiczną mieszczaństwa, a skuteczny, państwowy wymiar sprawiedliwości ograniczał lub eliminował nadużycia i patologie wobec ludności cywilnej¹⁸. Podobny, choć bardziej represyjny nadzór nad miastami sprawowali Szwedzi. Na władze miejskie przerzucano konieczność zaaprowiantowania i utrzymania żołnierzy. Państwo jednak tworzyło sprawny wymiar sprawiedliwości, dzięki czemu ograniczano nadużycia żołnierzy¹⁹. Oczywiście, o podporządkowanych bezpośrednio radzie miejskiej oddziałach nie mogło być mowy.

Proces likwidacji autonomii wojskowej miast przybierał często dramatyczny przebieg, czego najlepszym przykładem była rozprawa ze stworzonymi dla hugenotów miejscami bezpieczeństwa (*places de sûreté*) wprowadzonymi w myśl postanowień edyktu nantejskiego w 1598 r.²⁰ Zdobycie największej z nich – twierdzy La Roche w latach 1627-1628 – położyło kres niezależnym miejskim strukturom wojskowym we Francji²¹.

¹⁷ Oczywiście w okresie przejściowym zdarzały się przypadki, że władze miejskie nie chciały przyjąć w obręb murów oddziałów najemnych. J.D. Tracy, *The Founding of the Dutch Republic. War, Finance, and Politics in Holland 1572-1588*, Oxford – New York 2008, s. 88-89, 92.

¹⁸ M. C. Hart, *The Making of a Bourgeois State: War, Politics and Finance during the Dutch Revolt*, Manchester 1993, *passim*; eadem, *War and an economic miracle. How small differences added up to the prosperity of the Dutch Republic in the seventeenth century*. Referat wygłoszony 18 września 2005 r. na konferencji pt. *War and Economic Growth: Causes Costs, and Consequences* zorganizowanej w Toronto (s. 1-21). Zob. http://eh.net/eha/meetings/2005/program_info#session_2a (23.03.2012).

¹⁹ Tak sytuacja wyglądała w zdobytych miastach na terenie Prus i Pomorza. Przykładowo: M. Lorenz, *Schwedisches Militär und seine Justiz: Einblicke in das Verhältnis von Rechtsnorm und Alltag in der Garnison Stralsund ca. 1650 bis 1700*, [w:] *Gemeinsame Bekannte: Schweden und Deutschland in der Frühen Neuzeit*, red. I. Asmus, J. E. Olesen, Münster 2003, s. 419-439; N. Drabiński, *Z dziejów okupacji szwedzkiej Elbląga w latach 1626-1635*, „Rocznik Elbląski” 1963, R. 2, s. 153-165. Por. B. Whitelocke, *A Journal of the Swedish Embassy in the years 1653 and 1654*, oprac. C. Morton, H. Reeve, t. 2, London 1855, s. 138.

²⁰ Oczywiście stacjonujące w punktach bezpieczeństwa wojska miały inną organizację i genezę niż oddziały miejskie w pozostałej części kontynentu, opierając się na wykształconych przez Hugenotów strukturach wojskowych. O odrębnościach organizacyjno-prawnych w tych oddziałach: J. de Pablo, *Contribution à l'étude des institutions militaires huguenotes*, t. 2, *L'armée huguenote entre 1562 et 1573*, „Archiv für Reformationsgeschichte” 1957, R. 48, s. 192-216. Por. H. Lehr, *Les Protestants d'autrefois; vie et institutions militaires*, Paris 1901.

²¹ Należy pamiętać, iż przeciwko Francji jako sojusznicy wspólnie walczyły oddziały miejskie, posiłki hugenockie i angielskie. Każda armia posiadała odrębne regulacje. Przykładowo na potrzeby korpusu ekspedycyjnego Karol I Stuart wydał 21 sierpnia 1628 r. *Latus and Ordinances Military*, a książkę Buckingham George Villiers ogłosił uszczegóławiające *Instructions and articles*. Zob. *Calendar of State Papers, Domestic Series, of the Reign of Charles I. 1628-1629*, oprac. J. Bruce, London 1859, s. 261.

W innych regionach Europy władze centralne wyjątkowo dopuszczały możliwość ogłaszania przez miasta praw wojskowych. Oczywiście, w ten sposób przerzucano część ciężaru militarnego na gminy miejskie, które musiały zaciągnąć oddziały. Tak było m.in. w Pradze w 1631 r., wobec postępujących sukcesów wojsk koalicji antyhabsburskiej. Władze państwowe zgodziły się na sformowanie ośmiu miejskich chorągwi piechoty (cztery dla Starego Miasta, trzy dla Nowego Miasta i jedno dla Małej Strany). Za zgodą prokonsula i wiceregenta Czech (Karola I Liechtensteina) oraz pod nadzorem komisarzy cesarskich, rada miejska ogłosiła artykuły wojskowe. Nastąpiło to *v měsíci Máji leta minulého 1631 u přítomnosti Jich Mti pánův hejtmanův našich jsme zmustrovali, jim těžké arlykule vojenské, kteříž předešle při mustručních a hotovosti městské nikdyž užívání nebyli, pro dokázání a utvození hotovosti naši vydali, a k tomu přísahou těžkou je zavázavše v hotovosti k bránění jsme zůstávali*²². Rada miejska Starego Miasta wydała dla podległych sobie chorągwi, w obecności urzędników cesarskich artykuły wojskowe. Tym samym zachowane przepisy obowiązywały w połowie uformowanych wówczas oddziałów, zapewne zatem każda rada miejska (w Nowym Mieście i Małej Stranie) ogłaszała analogiczne przepisy.

Dokument składa się z 10 rozbudowanych, nienumerowanych artykułów uzupełnionych o rotę przysięgi²³. Zasady posłuszeństwa zostały określone w art. 1, gdzie żołnierzy zobowiązano do podległości i wykonywania rozkazów *nejvyššího strážmistra, leitenanta jeho, pana hejtmana a jiných důstojníkův*. Skonkretyzowanie tych zasad odnajdujemy w art. 2, w którym to przepisie grożono śmiercią bez możliwości jego złagodzenia za niewykonanie rozkazu. W art. 3 zobowiązano żołnierzy do wykonywania poleceń dotyczących wystawiania straży i wart we dnie oraz w nocy. Karę za niedbałe wykonywanie powierzonych powinności lub niepodporządkowanie się rozkazowi opisane było w art. 6 i ta niesubordynacja również groziła śmiercią. Dodatkowo zagrożone najwyższym wymiarem kary było przeszkadzanie organom wymiaru sprawiedliwości w sprawowaniu swoich obowiązków.

Kończący dokument przepis (art. 10) zobowiązywał do posłuszeństwa wobec rozkazów i uniwersałów wydawanych przez dowództwo, które wykraczało poza powinności opisane w artykułach. Z dokumentu wynika, iż oprócz artykułów wojskowych odwoływano się do innych regulacji mających za zadanie utrzymanie dyscypliny wojskowej. Była to przysięga wojskowa (art. 1), zwyczaj

²² *Snesení paměti, což jest se po odjezdu pana generála Don Balthasare s posádkou Pražskou, a při ujetí se měst Pražských od kurfršta Saského, až do šťastného J.M C. vítězství a zase dobytí měst Pražských s Pražany a obyvateli jich dále*, [w:] *Sašové v Praze léta 1631*, podał J. Erben, „Časopis Českého Museum” 1853, nr 27, s. 502-503.

²³ Analiza aktu normatywnego na podstawie: *Aneks A (bez tytułu)*, [w:] *Sašové v Praze...*, s. 719-721.

(art. 6 – *podlé vojenského obyčeje*)²⁴, oraz wola hetmanów (art. 9), którzy byli uprawnieni do zastosowania kar dyscyplinarnych²⁵.

Sposób pełnienia służby określony był w art. 1. Interesujące, iż żołnierze podlegali zarówno cesarzowi, jak i gminie miejskiej. Przepis zawierał również klauzulę generalną, zobowiązywała do powiększania korzyści oraz minimalizowania szkód wobec kontraktora. W oddziałach ogłoszono mir wojskowy, który polegał na wprowadzeniu zakazu kłótni i walk pomiędzy żołnierzami. Wszelkie agresywne czyny powinny stać się podstawą do osądzenia przez przełożonych (art. 7)²⁶.

Rola chorągwi jako symbolu honoru żołnierskiego została opisana w art. 2, w którym nakazano żołnierzom walczyć przy niej aż do śmierci. Dezercja, a nawet samowolne oddalenie wiązało się z bezwzględną karą śmierci. W art. 3 zakazano kontaktowania się z nieprzyjacielem, zobowiązano wszelkie zdobyte informacje przekazywać do dowództwa i zachować je w dyskrekcji wobec współtowarzyszy. Działania te również były zagrożone najsurowszym wymiarem kary. Rygorystycznie uregulowano kwestię spożycia alkoholu. Generalnie zakazano żołnierzom upijania się, w szczególności zakazano spożywania wódki. Prześstępstwem był wyjście na wartę pod wpływem alkoholu, ale rodzaj sankcji uzależniony był od woli przełożonego (art. 5). Również niedookreślona była kara za strzelanie bez pozwolenia przełożonych, tak w dzień, jak i w nocy (art. 8)²⁷.

Charakterystyczny dla omawianego typu aktów normatywnych jest art. 3. Przepis ten brał w pełną ochronę wszystkich mieszczan miast praskich, kaźniście podkreślono, że dotyczy to również kobiet, oraz ludzi wszystkich stanów. Zakazano wszelkich czynów, które powodowałyby jakiegokolwiek szkody i krzywdy, ze szczególnym uwzględnieniem zabierania (konfiskowania) majątku ruchomego. W akcie normatywnym występuje nie tylko bardzo szeroki zakres podmiotowy i przedmiotowy ochrony, ale również przewidziano niezwykle surową sankcję bezwzględnej kary śmierci za naruszenie tych przepisów. Dodatkową ochroną objęto osoby duchowne, księży oraz zakonników, którym nie wolno było ubliżać i naruszać godności osobistej (art. 4).

Szereg bardzo surowych sankcji wskazywał, że pod względem represyjności nie różniły się one od innych artykułów wojskowych. W rzeczywistości ocenę aktu całkowicie zmienia art. 9, który odbierał wojskowym organom sądowym uprawnienia do wydawania wyroków skazujących na karę śmierci, *poněvadž mají pod svými praporci mnohé poctivé měštany, a pořádného a holého práva polního*

²⁴ O roli przysięgi i zwyczaju w prawie wojskowym: K. Łopatecki, „*Disciplina militaris*”..., s. 96-130.

²⁵ Por. J. Muszyński, *Przestępstwa wojskowe a przewinienia dyscyplinarne w polskim prawie wojskowym*, Warszawa 1967, s. 103-111.

²⁶ Instytucja miru wojskowego: K. Łopatecki, „*Disciplina militaris*”..., s. s. 35-41, 704.

²⁷ Ten powszechny w prawie wojskowym epoki nowożytnej zakaz „jest szczególnie zabiegający zdradzie, która być może ukryta pod krzyknieniem, rozruchem lub strzelaniem umyślnym podczas wojny, skąd częstokroć pochodzi ruina miejsc i całego więc wojska”. Archiwum Główne Akt Dawnych, Archiwum Radziwiłłów, dz. VII, sygn. 711, s. 39.

nemají; protož takové hrdelní pokuty páni s staršími obecniými sobě v moci zůstavovali ráčí. W praktyce oznaczało to, że stosunkowo surowe w treści artykuły, nabierały łagodnego charakteru, właściwego również innym miejskim artykułom wojskowym.

Przykład praski z 1631 r. uzewnętrznia proces przejściowy zmierzający do likwidacji praw przysługujących radzie miejskiej do wydawania artykułów wojskowych. Oczywiście, w poszczególnych państwach miało to miejsce w różnym czasie. Przykładowo Szwedzi już w latach siedemdziesiątych XVI w. starali się ograniczać kompetencje Rewla²⁸. Natomiast w Rzeczypospolitej próby likwidacji przywileju „prawa załogi” wobec Torunia, Gdańska i Elbląga podjęto w latach pięćdziesiątych, sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XVII w.²⁹

Nadal jednak w XVII i na początku XVIII w. istniały miejsca, gdzie dynamicznie rozwijały się miejskie artykuły wojskowe. Wobec słabości władzy cesarskiej, w szczególności wolne miasta Rzeszy samodzielnie rozbudowywały regulacje wojskowe. Proces ten nasilił się w okresie wojny 30-letniej, a w kolejnych dziesięcioleciach utrzymywał się na wysokim poziomie³⁰. Warto podkreślić, że dla tego typu aktów normatywnych Johann Christian Lünig poświęcił cały 5 rozdział w II tomie dzieła zatytułowanego *Corpus Iuris Militaris*. Odnotował tam artykuły wojskowe m.in. Augsburga (wydane w 1649 r. – składające się z 32 artykułów), Bremy (1723 r. – 34 art.), Frankfurtu nad Menem (1644 r. – 26 art.), Hamburga (b.d. pocz. XVIII w. – 53 art.), Lubeki (1692 – 42 art.), Norymbergi (1709 – 21 art.) i Ulm (1709 – 83 art.)³¹. Wszystkie wymienione dokumenty były stosunkowo krótkie, pomimo postępującej w czasie ich rozbudowy. Ich skromna treść związana była z tym, iż pomijano lub ograniczano problematykę ciągnięcia i zaopatrzenia armii. Ponadto z artykułów wojskowych zaczęto wyłączać spójne tematycznie problemy. Tak dla oddziałów służących we Frankfurcie nad Menem prócz artykułów wojskowych opublikowano również regulamin

²⁸ Miasto nadal zaciągało landsknechtów, którym wydawano artykuły wojskowe. Szwedzi obsadzili jednak zamek własnymi oddziałami pod dowództwem Clausa Akesena i Pontusa de La Gardie. T. Schiemann, *Revaler Landsknechte zur Zeit der ersten Russennoth*, [w:] *Baltische Monatsschrift*, red. F. Bienemann, t. 32, Reval 1885, s. 231-232.

²⁹ B. Dybaś, *Fortece Rzeczypospolitej. Studium z dziejów budowy fortyfikacji stałych w państwie polsko-litewskim w XVII wieku*, Toruń 1998, s. 317, 320-322; idem, *Wielkie miasta Prus Królewskich w dobie wojny północnej*, „Czasy Nowozytne” 2001, t. 10, s. 47-53; M. Wagner, *Prawa i obowiązki oficerów armii koronnej w drugiej połowie XVII w. Ze studiów nad rozwojem prawa wojskowego w dawnej Rzeczypospolitej*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” 1994, t. 36, s. 38-40; E. Cieślak, *Walki społeczno-polityczne w Gdańsku w drugiej połowie XVII wieku: interwencja Jana III Sobieskiego*, Gdańsk 1962, s. 199, 207; idem, *Wojskowo-polityczne i gospodarcze znaczenie Gdańska w wojnie polsko-szwedzkiej*, [w:] *Wojna polsko-szwedzka 1655-1660*, red. J. Wimmer, Warszawa 1973, s. 358-381.

³⁰ Zob. W. Ebel, *Die Kriegsartikel der Rostocker Soldaten im 30-jährigen Kriege*, „Beiträge zur Geschichte der Stadt Rostock” 1940/41, R. 22, s. 33-40, gdzie omówiono artykuły wojskowe miasta Rostock z 1623 r. Rada miejska Wrocławia artykuły wojskowe ogłosiła w 1621 r. C. A. Menzel, *Topographische Chronik von Breslau*, t. 1, Breslau 1805, s. 234.

³¹ *Corpus Iuris Militaris*, t. 2, oprac. J. C. Lünig, Leipzig 1723, nr 410, 413, 415, 418, 421, 423, 427, s. 1227-1262 (rozdział zatytułowany: *Von Reichs- und Hansee-Städten*). Omówienie prawa wojskowego obowiązującego w Lubece: T. Schwark, *Lübecks Stadtmilitär im 17. und 18. Jahrhundert: Untersuchungen zur Sozialgeschichte einer reichsstädtischen Berufsgruppe*, Lübeck 1990, s. 120 i n.

odprawiania warty (1669 r.)³² oraz zasad przeprowadzania werbunku (1668 r.), Norymberga posiadała zaś regulaminy służby wojskowej. Miejskie artykuły wojskowe były – bardziej niż typowe prawa wojskowe – zbiorem przepisów prawa karnego, natomiast pozbawione były norm prawnych, które w dzisiejszej terminologii zaliczylibyśmy do regulacji regulaminowych³³. Wszystkie ogłoszone przez Lüniga dokumenty zawierały przysięgi wojskowe, w których żołnierze zobowiązywali się do wierności wobec miasta i jego organów – rady miejskiej, burmistrzowi itp. Bez wyjątku ogłaszane były albo bezpośrednio przez radę miejską albo inne organy miejskie działające z upoważnienia rady. Należy podkreślić, że siły zbrojne podlegające miastom nie były bardzo liczne, stąd nie występowała konieczność wydawania ich drukiem. Najstarsze znane mi wydrukowane miejskie artykuły wojskowe pochodzą z 1644 r. i obowiązywały dla wojsk Frankfurtu nad Menem³⁴.

W kontekście miast Rzeszy należy zestawić prawa wojskowe ogłaszane w Gdańsku, Rydze i Toruniu³⁵. Wobec konfliktu Szwecji z Rzeczypospolitą ryckie władze miejskie zdecydowały się pod koniec 1600 r. ogłosić składające się z 29 jednostek redakcyjnych artykuły wojskowe. Około 800 żołnierzy miejskich złożyło na nie przysięgę 12 stycznia 1601 r. Przepisy obowiązywały przynajmniej do 1621 r., kiedy to Ryga została zdobyta przez armię Gustawa II Adolfa³⁶. W Toruniu wobec zagrożenia szwedzkiego w 1629 r. władze miejskie zdecydowały się wydać szereg regulacji: odnośnie zaprowiantowania, wyjazdów z miasta, zgromadzeń czeladników, ochrony przeciwpożarowej itp. 15 maja ustalono, że klucze do bram miejskich złożone zostaną u burmistrza, a dnia następnego wydano artykuły wojenne dla wojsk miejskich³⁷.

W Gdańsku trudno jednoznacznie określić kiedy rada miejska przejęła inicjatywę w ogłaszaniu artykułów wojskowych. Jeszcze w XVI stuleciu władze miejskie akceptowały posiadane przez kompanie *Artikelbrief*, na które żołnierze

³² Istnieją liczne starodruki z 2 połowy XVI i 1 połowy XVII w. regulujące tę problematykę w poszczególnych miastach, które nie zostały włączone przez Lüniga do *Corpus Iuris Militaris*. Zob. *Eines Ehrnvesten Hochweisen Raths der Stadt Leipzig, [et]c. Wacht-Ordnung*, Lepipzig 1631, s. 1-7; *Eines Erbarh Rahts dero Stadt Hildeſheimb WachtOrdnung*, [Hildeſheimb] 1626, s. [1-16]; *Eines Erbarh Raths Dieres Statt Franckfurt erneuerte Wachtordnung, Wornach sich die Capitain, Leutenant, und andere Befelchshabere/ wie auch die jenigen, welche zu den Wachten auß der Bürgerschaft allhier verordnet werden/ jedesmal gemäß verhalten*, [Frankfurt, Main] 1621, s. 1-7; *Neue gemeine Wachtordnung wie sie ein Erb-Rath der St. Cölln hat aufgericht*, Cölln 1586, s. [1-61].

³³ Por. Z. Spieralski, *Z problematyki wzajemnych kontaktów między polską i husycką sztuką wojenną*, „Wojskowy Przegląd Historyczny” 1957, R. 2, z. 2, s. 261-262.

³⁴ *Articuls-Brieff und Kriegs-Ordnung Wornach E.E. Raths dieser Stadt Franckfurt geworbenes Kriegs-Volck zu Fuß, sich richten und verhalten sollen*, Frankfurt 1644, s. 1-7 (na ostatniej stronie odnotowano herb miasta).

³⁵ Bardzo prawdopodobne, że ten typ aktów normatywnych nie występował w Małopolsce, nawet w największych ośrodkach jak Kraków. Zob. M. Mikołajczyk, *Proces kryminalny w miastach Małopolski XVI-XVIII wieku*, Katowice 2013, *passim* (w szczególności s. 84).

³⁶ K. Łopatecki, *Charakterystyka...*, s. 12-31.

³⁷ J. E. Wernicke, *Geschichte Thorns aus Urkunden, Dokumenten und Handschriften*, t. 2, *Die Jahre 1531-1840*, Thorn 1842, s. 219-221; B. Dybaś, *Dzieje wojskowe Torunia w latach 1548-1660*, [w:] *Historia Torunia*, t. 2, cz. 2: *W czasach renesansu, reformacji i wczesnego baroku (1548-1660)*, red. M. Biskup, Toruń 1994, s. 151.

składali przysięgę. Starano się jednak podporządkować żołnierzy bezpośrednio Gdańskowi z pominięciem organów państwowych. Komisarze Zygmunta Augusta prezentujący na sejmie warszawskim w 1570 r. stosunki panujące w mieście podkreślali: *Ludzie służebne nad zakazanie W.K.Mci. przyjmowali. Od postronnych ludzi, których wieksza cześć iest niżli tutecznych, przysięgi na imie Krolow Polskich niebrali, co byli winni czynic. Hetmany w Mieście wedle upodobania swego ludzie obcego narodu stawili, y przysięgę ie sobie wiazali*³⁸.

Niewątpliwie konieczność narzucenia skutecznego nadzoru nad zachowaniem żołnierzy było istotne dla utrzymania niezależności sądowniczej miasta. Brak skutecznego wymiaru sprawiedliwości oprócz problemów wewnętrznych, mógł powodować m.in. skargi, które rozpatrywane byłyby na dworze królewskim³⁹. Zmiana jakościowa nastąpiła w latach dwudziestych i trzydziestych XVII w. Utrzymywano wówczas stale ok. 600-osobowy garnizon, który w okresach zagrożenia powiększono nawet dziesięciokrotnie. Od 1624 r. funkcjonowała permanentnie Rada Wojenna, która sprawowała nadzór wojskowy nad oddziałami, z wyjątkiem załogi Wisłoujścia, które podlegało bezpośrednio burmistrzowi⁴⁰. Już w 1626 r. ogłoszono drukiem porządek straży i wart⁴¹. Nie posiadał on jeszcze szczegółowych regulacji dotyczących dyscypliny wojskowej, jednakże dziesięć lat później powstały najstarsze stworzone przez gdańską radę miejską artykuły wojskowe⁴². W 1646 r. zostały one gruntownie przeredagowane i rozszerzone. Wydano je pod tytułem: *Der Stadt Dantzick Kriegs-Artickel für ihre Vnterhaltene Soldaten zu Ross und Fuss*⁴³. Regulacje te w niezmienionej formie powtórnie wydano dwa lata później⁴⁴.

³⁸ *Relacja spraw gdańskich na sejmie walnym warszawskim roku 1570*, b.m.w. [1570], k. B₂v-B₃.

³⁹ Przykładowo, w 1595 r. w wyniku odmowy rozpatrzenia pozwu przeciwko żołnierzom gdańskim o zranienie i obrabowanie szlachcica, pisarz kancelarii koronnej – Stanisław Roszkowski – oskarżył Gdańsk przed sądem asesorskim. Z. Rymaszewski, *Sprawy gdańskie przed sądami zadwornymi oraz ingerencja królów w gdański wymiar sprawiedliwości XVI-XVIII w.*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 31.

⁴⁰ W. Hahlweg, *Das Kriegswesen der Stadt Danzig: durch eine Einführung und einen Dokumenten-Anhang erweiterter Neudruck der Ausgabe Berlin 1937*, t. 1, *Das Kriegswesen der Stadt Danzig: Die Grundzüge der Danziger Wehrverfassung 1454-1793*, Osnabrück 1982, s. 47 i n. Tak w 1626 r. Gdańsk zaciągnął ok. 5000 żołnierzy, na którą w ciągu roku miano przeznaczyć 960 tys. zł. J. Seredyka, *Sejm w Toruniu w 1626 roku*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1966, s. 50. Por. T. Węsierska-Biernatowa, J. Czaplicka, M. Sławoszewska, *Archiwum miasta Gdańska. Przewodnik po zespołach 1253-1945*, Warszawa 1970, s. 83.

⁴¹ *Wacht-Ordnung, darnach sich ein jeder Rottmeister, Bürger und Einwohner der königlichen Stadt Dantzick, in der Nachtwache, zurichten und zuverhalten wird wissen: Wie auch auff was weise der Rottmeister die Wacht heget*, Danzig 1626, k. [1-4].

⁴² *Articulsbrieff der Konigl. Statt Dantzick, darauff die löbliche Soldatesca alda mitt Eisdspflicht verbunden ist z 26 II 1636*, Biblioteka PAN Gdańsk, 2903 (Ms Ortm q 6), k. 1-4v; *Danziger Stadtbibliothek verfertigt und herausgegeben im Auftrage der städtischen Behörden*, t. 2, *Katalog der Handscliriften*, cz. 2, oprac. O. Günther, Danzig 1903, s. 527.

⁴³ *Der Stadt Dantzick Kriegs-Artickel für ihre Vnterhaltene Soldaten zu Ross und fuss verfasst im Anfang des Jahres 1646*, [w:] W. Hahlweg, op. cit., s. 17-24; Archiwum Państwowe w Gdańsku, 300, 18, III, k. 627a-627d.

⁴⁴ *Der Stadt Dantzick Kriegs-Artickel*, [w:] W. Hahlweg, op. cit., s. 24; Biblioteka PAN Gdańsk, 1204, s. 557.

Analiza gdańskich artykułów wojskowych wymaga odrębnego studium. W tym miejscu zaznaczę jedynie, iż nie różniły się one pod względem formy i treści od niemieckich miejskich praw wojennych. Bliskość regulacji jest tak duża, iż może sugerować wspólne wzorce przy redakcji aktów normatywnych. W tym miejscu przybliżę jedynie najważniejsze rozwiązania prawne wprowadzone w 1646 r. Wydany wówczas akt normatywny składał się z 21 rozbudowanych przepisów prawnych wraz z dołączonym wzorem przysięgi żołnierskiej⁴⁵. W tym przypadku również wielką wagę przywiązano do podporządkowania żołnierzy radzie miejskiej oraz urzędnikom wojskowym (m.in. komendant – *Ober Commandeur* oraz Rada Wojenna – *Kriegs Commisarien*)⁴⁶.

Pewną odrębnością w stosunku do innych miejskich artykułów wojskowych było uwzględnienie, oprócz piechoty i ewentualnie artylerii, również formacji jazdy i dragonii (art. 6, 8, 9, 16, 18). Norma m.in. w art. 6 nakazywała utrzymywanie broni w dobrym stanie u rajtarów (dwa pistolety, arkebuz – *Carabin* oraz koń), dragonów (muskiet i torba na naboje, a także koń,) i muszkietierów (muskiet, bandolet, broń boczna). Jeźdźcy wyruszający na zwiad poza obręb murów miejskich nie powinni przebywać w karczmach oraz napadać na podróżnych, zobowiązani zostali do powrotu przed zamknięciem bram miejskich. Interesujący był art. 18, w świetle którego, jeżeli chory lub ranny koń będzie podlegał miesięcznej rekonwalescencji, to miasto przekaże na ten czas do dyspozycji żołnierza zdatnego do służby wierzchowca. Gdyby koń zdechł, władze miejskie zobowiązywały się do wypłacenia jeźdźcy kwoty o równowartości dwumiesięcznego żołądu.

Na uwagę zasługuje art. 2, który opisuje przykładowy katalog przestępstw pospolitych (zabójstwo, gwałt, cudzołóstwo, podpalenie, atak na drodze, kradzież, najazd, znęcanie się), które uznano, że naruszają normy religijne oraz *sollen bey Kriegs üblicher leibes und lebens strafe verboten sein*. Mamy więc do czynienia z klauzulą generalną, w której przestępstwa pospolite mogły być karane nawet śmiercią na podstawie zwyczaju, reguł prawa miejskiego oraz norm religijnych. Uzupełnieniem tej regulacji jest art. 10, który wprowadzał dwa rodzaje odpowiedzialności. Żołnierz plądrujący lub grabiący ludność cywilną, na skargę pokrzywdzonych uiszczal karę pieniężną potrącaną z żołądu, zobowiązany był również do zwrotu zabranych rzeczy. Ponadto, mógł być ukarany nawet śmiercią i utratą czci. W czasie wojny zdobywanie łupów wojennych było oczywiście dozwolone, jednakże pod ścisłą kontrolą komisarza wojennego. Postulatem badawczym jest umiejscowienie tych przepisów w systemie prawnym

⁴⁵ *Artikelbrief* z 1636 r. składa się z 16 jednostek redakcyjnych oraz dwóch rodzajów przysięgi wojskowej: pełnej (*Der Soldaten Eid*) i skróconej (*Summarisser Soldaten Eid*). Biblioteka PAN Gdańsk, 2903 (Ms Ortm q 6), k. 3v-4v.

⁴⁶ Reguluje tę kwestię art. 20: „Alle Ordnung und befehl welche ein Rahtt ins künftige nach gelegenheit der Zeit, Kriegs üblicher gewonheit gemess, verordnen, auffsetzen und sämtlicher soldatesca durch die verordnete Herren Commissarien publiciren lassen möchte, die soll ein jeder getrewlich zu halten schuldig sein, nicht anders alls wenn sie alhier eigentlich specificiret weren”.

Gdańska oraz ustalenie zakresu stosowania artykułów wojskowych w szczególności w sprawach mieszanych: wojskowo-cywilnych⁴⁷.

Ważne znaczenie odgrywał art. 14, który regulował kwestię kwaterunku. Wzorem wojsk holenderskich i szwedzkich, żołnierze mieszkali u gospodarzy⁴⁸. Powinni oni w obejściu zachowywać się wzorowo. W tym celu wprowadzono przymus przebywania w domu w porze nocnej (od 21 zimą lub 22 latem), opuszczanie miejsca zamieszkania było możliwe jedynie na podstawie pisemnego dokumentu oficera. Specjalną ochroną objęto wdowy, kobiety w ciąży i wychowujące potomstwo oraz dzieci, wobec tych grup nie powinno się stosować jakiegokolwiek przemocy fizycznej (art. 3). Zakazano pijaństwa (art. 12), w szczególności wartowania i używania broni pod wpływem alkoholu, co zagrożone było nawet karą śmierci. Niedozwolone były również pojedynki, bójki, hazard (art. 13). Mieszkańcom miasta pozwalano zabijać dezertersów i uciekinierów z pola bitwy/oblężenia (art. 15)⁴⁹.

Również oficerom narzucono ścisłe reguły zachowania. Nie wolno im było uwalniać podwładnych i ich wierzchowców od służby, co zagrożone było karą miesięcznego aresztu lub wydalenia z wojska (art. 8). Wszystkich żołnierzy zobowiązano do stawiania się na musztrę ogłoszoną przez radę miejską lub komisarzy wojennych (art. 19). Konieczność podporządkowania się organom miejskim oraz dowódcom odnotowano w art. 4. Zakłócanie pokoju miejskiego, wszczynanie niepokojów traktowane było jak bunt i wobec prowodyrów egzekwowana być powinna kara śmierci (art. 16).

Podsumowując gdańskie artykuły wojskowe, miały one na celu nie tylko zapewnienie sprawności bojowej armii, ale również powinny zapewnić spokój i utwierdzić porządek miejski. Podobnie jak w przepisach dla wojsk praskich wiele miejsca poświęcono cywilnym organom nadzorczym czuwającymi zarówno nad żołnierzami jak i oficerami.

Konfederacja trzynastu kantonów szwajcarskich była obszarem, gdzie miejskie artykuły wojskowe ogrywały największą rolę w stosunku do całokształtu ogłaszanych praw, choć i tu nie stanowiły większości⁵⁰. Podstawę pod rozwój artykułów wojskowych było przymierze w Sempach z 1393 r. (*Sempacherbrief*), gdzie ustanowiono podstawowe zasady związane z działaniami wojennymi⁵¹.

⁴⁷ Zob. E. Rozenkranz, *Gdańska archeologia prawna*, Gdańsk 1993, s. 66 i n.

⁴⁸ Por. B. Dybaś, *Fortece Rzeczypospolitej...*, s. 319-322.

⁴⁹ Por. K. Łopatecki, *Przestępstwo ucieczki z pola bitwy w Rzeczypospolitej szlacheckiej – z badań nad karą śmierci wymierzaną w trybie pozasądowym*, [w:] *Culpa et poena. Z dziejów prawa karnego*, red. M. Mięka, Kraków 2009, s. 189-204.

⁵⁰ *Code militaire des suisses, pour servir de suite a l'Histoire Militaire des Suisses, au service de la France*, par B.F. Zurlauben, t. 1-2, Paris 1764; M. de Rainmontler, *Histoire Militaire de la Suidde et celle des Suisses dans les Diferens services de L'Europe*, t. 4, Lausanne 1788, s. 185-187, 445-599; ibidem, t. 6, passim, (dotyczy oddziałów szwajcarskich służących we Francji).

⁵¹ K. Stehlin, *Der Sempacherbrief*, „Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde” 1925, R. 23, s. 166-178; B. Stettler, *Der Sempacher Brief von 1393: ein verkanntes. Dokument aus der älteren Schweizergeschichte*, „Schweizerische Zeitschrift für Geschichte” 1985, R. 35, s. 1-20; T. Branekci, *Powstanie i rozwój Konfederacji Szwajcarskiej w latach 1291-1515*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, R. 19, s. 93-94.

Jednakże każdy kanton posiadał odrębną armię z niezależną organizacją i prawem wojskowym. Część jednostek politycznych rządzona była przez republiki miejskie, które utrzymywały siły zbrojne i wydawały artykuły wojskowe⁵². O specyfice uchwalania miejskich artykułów wojskowych może świadczyć przykład praw wojskowych ogłoszonych dla kantonu Zürich w 1444 r. (*Zürcher Kriegsordnung*). Wówczas rada miejska uwzględniając tragiczne wydarzenia z poprzedniego lata (podczas wojny zginął burmistrz Rudolf Stüssi, a jego zwłoki zostały sprofanowane), wydała przepis zakazujący znęcania się nad ciałami poległych żołnierzy⁵³. Dalszy rozwój praw wojskowych nastąpił w okresie bratobójczych wojen kappelskich (1529-1531)⁵⁴. Najbardziej znanymi w epoce nowożytnej szwajcarskimi „miejskimi artykułami wojskowymi”, był akt ogłoszony przez kanton Zürich w 1656 r.⁵⁵ Na tle stosunkowo prostych miejskich artykułów wojskowych były one bardzo rozbudowane i liczyły aż 85 jednostek redakcyjnych. Dodatkowo, jak wykazał Karol Koranyi, były one częściowo wzorowane na rozwiązaniach szwedzkich⁵⁶. Recepcję rozwiązań ogłoszonych przez Gustawa II Adolfa dostrzec można również w artykułach kantonu Berno z początku XVIII w.⁵⁷

Miejskie artykuły wojskowe występowały również na półwyspie apenińskim. Część suwerennych państw znajdujących się na tym obszarze była republikami miejskimi, stąd rady miejskie zajmowały się problematyką dyscypliny wojskowej. Ton na tym obszarze nadawały jednakże przepisy porządkowe wydawane przez Habsburgów, Stolicę Apostolską⁵⁸ oraz władców Sabaudii. Pomiędzy faktem, iż w państwach tych żołnierze werbowani byli przede wszystkim na

⁵² W odróżnieniu od „kantonów miejskich”, w „kantonach leśnych” funkcjonowała demokracja bezpośrednia, polegająca na podejmowaniu wszelkich wspólnych decyzji na wiecach kantonalnych. Kantony posiadały pełną suwerenność w sprawach wojskowych. Pierwsze znaczne ograniczenia pojawiły się dopiero w 1647 r. J. Wojtowicz, *Historia Szwajcarii*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1976, s. 36-52, 56-67, 79-81, 103-105. Zob. T. Brancki, op. cit., s. 96-97, gdzie autor podaje trzy typy rządów, gdyż przy rządach miejskich wyróżnia urząd cechowy i rządy patrycjatu.

⁵³ *Zürcher Kriegsordnung von 1444*, [w:] J. Hane, *Militärisches aus dem Alten Zürichkrieg. Zur Entwicklungsgeschichte der Infanterie*, Zurich 1928, s. 104-106; O. Landolt, *Die Kriminalisierung von Kriegsverbrechen. Das Beispiel der spätmittelalterlichen Eidgenossenschaft*, [w:] *Kriminalisieren – Entkriminalisieren – Normalisieren*, red. C. Opitz, B. Studer, J. Tanner, Zürich 2006, s. 94-96.

⁵⁴ J. Häne, *Zürcher Militär und Politik im zweiten Kappelerkrieg: eine neue Kriegsordnung*, „Jahrbuch für schweizerische Geschichte” 1915, R. 38, s. 3-72.

⁵⁵ *Kriegs-Articul des Cantons Zürich*, [w:] *Corpus Iuris Militaris*, t. 2, s. 1391-1398; J.H. Würz, *Einrichtung und Disciplin eines Eidgenössischen Regiments zu Fuß und zu Pferd*, cz. 2, Zürich 1759, s. 358-375; por. *Archiv für schweizerische Geschichte herausgegeben auf Veranstaltung der allgemeine geschichtsforschende Gesellschaft der Schweiz*, t. 12, Zürich 1858, s. 86; L. Haas, *Schweden und die Schweiz: ein Rückblick in die Vergangenheit*, „Schweizerische Zeitschrift für Geschichte” 1964, R. 14, s. 54-55.

⁵⁶ K. Koranyi, *Über schweizerische Kriegsartikel besonders im 17. Jahrhundert*, „Allgemein Schweizerische Militärzeitschrift” 1939, nr 85, s. 823.

⁵⁷ *Articuls-Brieff worzu die Oficers und Soldaten, so dem Canton Bern dienen, schweren sollen, de Anno 1708*, [w:] *Corpus Iuris Militaris*, t. 2, s. 1399-1401; *Neuer und verbesserter Articuls-Brieff nach welchem die Officierr und Soldaten, do in des Canton Berns Disnten sind*, [w:] ibidem, s. 1401-1404; K. Koranyi, *Über schweizerische Kriegsartikel...*, s. 823.

⁵⁸ Zob. G. Brunelli, *Soldati del papa: politica militare e nobiltà nello Stato della Chiesa: 1560-1644*, Rome 2003, s. 156-164.

potrzeby obrony miast i twierdz sposób ich ogłaszania różnił się od „miejskich artykułów wojskowych”⁵⁹. Również przepisy porządkowe wydawane przez dożę weneckiego zaliczyć należy do artykułów ogłaszanych przez głównodowodzących armią, jak miało to miejsce w Rzeczypospolitej czy w Zjednoczonych Prowincjach. Na terenie Półwyspu Apenińskiego wielkim reformatorem armii i dyscypliny wojskowej był Karol Emanuel II książę Sabaudii⁶⁰. Po przejęciu władzy od swojej matki – regentki Krystyny Marii Burbon w 1663 r. utworzył pięć regimentów piemonckich, regiment kirasjerów oraz wydał artykuły i liczne edykty wojskowe. Jego celem było zdobycie kosztem Genui dostępu do morza. Wojna z lat 1672-1673 nie przyniosła korzyści, zmusiła jednakże republikę genueńską do reform również w aspekcie prawa wojskowego.

W konsekwencji Genua wytworzyła w mojej ocenie jednej z najlepiej zredagowanych, przy tym oryginalnych miejskich artykułów wojskowych. Ich treść odnotował pułkownik Lorenzo Maria Zignago na początku XVIII stulecia⁶¹. Należy podkreślić, że armia Genui w okresie pokoju liczyła zaledwie 3-4 tys. żołnierzy, mimo to zdecydowano się wydać książkę zawierającą całokształt dyscypliny wojskowej drukiem. Publikacja ta zawierała oprócz regulaminu także artykuły wojskowe wydane przez *Magistrato di Guerra* i zatwierdzone przez *Serenissimi Collegi*⁶². Dzięki dużej liczbie egzemplarzy (I wyd. 1710, II wyd. 1722) możliwe było wręczanie wszystkim oficerom *Instituti et Ordini militari* w wersji książkowej⁶³. Przepisy nakazywały przeprowadzenie cyklicznego czytania (raz w miesiącu) artykułów wojskowych dla wszystkich oddziałów, co oczywiście

⁵⁹ W szczególności akty ogłaszane przez organy administracyjne Stolicy Apostolskiej, mimo, iż zbliżone formą i treścią do omawianych aktów normatywnych, w rzeczywistości nimi nie były. Najstarsze zachowane instrukcje, bestalungi oraz regulaminy obejmujące zasady postępowania oddziałów stacjonujących w miastach będących pod kontrolą papieża pochodzą dopiero z 1663 r. Przechowywane są w: Archivio Segreto Vaticano, Commissariato delle Armi 46, k. 425-430, 432-435v, 450-454, 468-469v.

⁶⁰ A. de Saluces, *Histoire Militaire du Piémont*, t. 1, Turin 1818, s. 235-250.

⁶¹ Charakterystykę tego aktu normatywnego zaprezentował: G. Rapetti, *Una esatta disciplina. La giustizia militare al tempo del Re Sole: il caso dell'esercito genovese*, „Storiadelmondo” 2004, R. 20 [czasopismo wydawane w wersji elektronicznej: <http://www.storiadelmondo.com/20/rapetti.esercitogenovese.pdf>, 10.03.2013].

⁶² Do 1528 r. w Genui zaciągano oddziały najemne, które stacjonowały w Pałacu Dożów i strategicznych zamkach. Od 1529 r. Republika zaczęła ingerować w zasady rekrutacji i organizacji najczęściej niemieckich żołnierzy. Jednocześnie, podobnie jak w innych włoskich państwach zorganizowano krajową milicję. W republice Genui doża od 1630 r. był losowany z *Serenissimi Collegi*. Nie pełnił on najwyższej władzy wojskowej, gdyż już 31 X 1551 r. stworzono kolejalny urząd l'Ufficio di Milizia, który następnie przekształcono 13 XII 1625 r. w *Magistrato di Guerra*. Składał się on z 5-szlachetnie urodzonych obywateli wybieranych na dwa lata wśród *Serenissimi Collegi*. Oprócz opisywanych artykułów wojskowych urzędy te wydawały również edykty i rozporządzenia dotyczące dyscypliny wojskowej o czym informuje art. 25 i 27 analizowanych artykułów. Por. M. Schnettger, „Principe sovrano” oder „Civitas imperialis”? *Die Republik Genua und das Alte Reich in der frühen Neuzeit (1556-1797)*, Mainz 2006.

⁶³ Nie była to sytuacja wyjątkowa, na co wskazują losy dzieła *Учение и хитрость ратного строения пехотных людей* (Moskwa 1647). W Carstwie rosyjskim książkę wydrukowano w 1200 egzemplarzach i około 1000 egzemplarzy rozdawano oficerom w ceremonii związanej z wręczeniem chorągwi. Ф. И. Калинычев, *Правовые вопросы военной организации русского государства второй половины XVII века*, Moskwa 1954, s. 134-135. Opis ceremonii: С. А. Белокуров, *Дневальные записки Приказа тайных дел. 1665-1718 гг.*, Moskwa 1908, s. 120.

dotyczyło żołnierzy werbowanych na terenie republiki – katolików znających język włoski⁶⁴.

Nadal większość z 48 jednostek redakcyjnych aktu normatywnego dotyczyła kwestii występujących we wszystkich współczesnych artykułach wojskowych⁶⁵. Wiele przepisów prawnych ma jednak interesującą treść, ukazującą specyfikę miejskich artykułów wojskowych.

Na początku aktu normatywnego, tak jak w ogromnej większości tego typu dokumentów, zajęto się przestępstwami o charakterze religijnym. Miasta jako mniejsze organizmy polityczne objęte były w większym stopniu konfesjonalizacją, co znajduje przełożenie w prawie wojskowym⁶⁶. Z myślą o ładzie religijnym wprowadzono trzy pierwsze artykuły. Nakazywały one żołnierzom przynajmniej raz w roku przystępowanie do spowiedzi i komunii świętej, czego pilnować powinni oficerowie. Wobec osób naruszających normy religijne mogli oni zastosować karę kilkudniowego pozbawienia wolności wraz z ograniczeniem przysługujących im porcji żywności. Błuznierstwo przeciwko Bogu, Marii z Nazaretu, świętych lub relikwii oznaczało uwięzienie na 8 dni, a recydywistów na 15 dni łącznie z karą pręgi. Represyjne podejście łączono z czarami i magią, co mogło wiązać się z zesłaniem na galery na okres pięciu lat⁶⁷.

⁶⁴ Charakterystyka aktu normatywnego na podstawie: L.M. Zignago, *Instituti et Ordini militari da osservarsi dalle truppe della Serenissima Repubblica di Genova*, Genova 1722, s. 72-84.

⁶⁵ Typowy był m.in. obowiązek czytania raz w miesiącu artykułów (wstęp), wprowadzenie zasady analogii i sposobu sądenia wykroczeń (art. 48), wprowadzenie pokoju pospolitego oraz ochrony organów policyjnych i przełożonych (art. 14-16, 20, 34, 41). Odnotowano również powszechnie występujące przestępstwa wojskowe: wartownicze (art. 22-23, 31, 38, 44), przeciwko religii (art. 1-3), związane z ciszą nocną (art. 38), komunikacją z wrogami republiki (art. 24), a także: rozruchy i bunty (art. 19, 28, 32, 36, 39), dezercje (art. 25-27, 29, 37), nieposłuszeństwo (art. 30), nieposzanowanie chorągwi (art. 37), pojedynki (13) oraz zbrodnie popełniane podczas działań wojennych (art. 42-43).

⁶⁶ Generalnie w armiach europejskich propagowano religijność i pobożność, lecz nie wiązało się to z pełną konfesjonalizacją, w szczególności wobec oddziałów najemnych. Przykładowo dla Rzeczypospolitej: R. I. Frost, *Confessionalisation and the army in the Polish-Lithuanian Commonwealth, 1550-1667*, [w:] *Konfessionalisierung in Ostmitteleuropa. Wirkungen des religiösen Wandels im 16. und 17. Jahrhunderts in Staat, Gesellschaft und Kultur*, red. J. Bahlcke, A. Strohmeyer, Stuttgart 1999, s. 139-160; K. Łopatecki, *Cuius regio eius religio w wojskach Rzeczypospolitej? Kwestia wolności głoszenia wiary wśród żołnierzy w latach dwudziestych XVII wieku*, [w:] *Studia nad Reformacją*, red. E. Bagińska, P. Guzowski, M. Liedke, Białystok 2010, s. 37-50. Interesujące analizy dla armii angielskiej i rosyjskiej: M. Griffin, *Regulating Religion and Morality in the King's Armies, 1639-1646*, Leiden-Boston 2004, passim (w szczególności s. 212-217); P. Krokosz, *Aspekt religijny w strukturach rosyjskich sił zbrojnych za panowania Piotra I, „Україна в Центрально-Східній Європі” 2015, Вып. 15, s. 211-236.*

⁶⁷ Por. K. Łopatecki, *Charakterystyka...*, s. 30.

Tabela 1. Przeszypstwa r33nych form kradzieży wraz z przewidzianą sankcją karną.

Artykuł	Rodzaje kradzieży	Sankcja
4	popelnione w garnizonie i na kwaterach	kara na cieie lub zwolnienie ze słuźby
5	popelnione w warsztatach rzemieślniczych i gospodarstwach rolnych	trzy lata galery
6	popelniane w kościołach	kara na cieie lub kara śmierci
7	popelniane w pałacach, domach i ogrodach	trzy lata galery z możliwością zastosowania w późniejszym okresie kary śmierci ⁶⁸
8	połączone z atakiem na drodze lub związane ze zniszczeniem drzwi lub podpaleniem pomieszczenia	kara śmierci
9	rzeczy niechronionych jak owoce i warzywa	zakucie w kajdany „o chlebie”
9	związana z wykorzystaniem funkcji strażnika lub wartownika	pięć lat galery
10	broni, ekwipunku i amunicji będącej własnością państwa	1 x zakucie w kajdany „o chlebie”; 2 x dodatkowo kara drewnianego konia

Źródło: opracowanie na podstawie: L. M. Zignago, op. cit., rozdz. VII, s. 72-84.

Niezwykle rozbudowany katalog dotyczył r33nych form kradzieży (tabela 1). Powyższe zestawienie wykazuje zupełnie inną filozofię karania niż w typowych artykułach wojskowych. W założeniu najbardziej srogie sankcje powinny występować w tych przestępstwach, które skutkowały obniżeniem sprawności bojowej armii⁶⁹. Wiązało się to z funkcją celowościową prawa wojskowego, która miała zapewnić możliwie najwyższe walory bojowe zarówno całych oddziałów, jak i pojedynczych żołnierzy. W Genui mamy zupełnie inne założenie – celem jest ochrona własności prywatnej. Zwraca uwagę fakt, że najłagodniej karane były kradzieże lub defraudacja broni i ekwipunku wojskowego, ewentualnie kradzieże wśród samych żołnierzy! Natomiast naruszenie majątków kupców, rzemieślników i gospodarzy wiejskich mogło pociągać za sobą karę śmierci, która w tym akcie była rzadko stosowana. Bardziej chronione były domy mieszczan i gospodarzy oraz kościoły niż budynki wojskowe.

Nietypowy był art. 12, który zakazywał żołnierzom w uczestniczeniu w miejskich lub wiejskich uroczystościach. Osoba wymykająca się nocą z garnizonu

⁶⁸ Prawodawca przewidział, że jeżeli skazany w czasie zesłania na galery kogoś zaatakuje zostanie powieszony.

⁶⁹ Zob. A. B33dyrew, *Tedy na garle ma być karan. Kara śmierci w polskich ustawach i artykułach wojskowych za ostatnich Jagiellonów*, [w:] *Zabijać i umierać. Aspekty społeczno-kulturowe*, red. B. Płonka-Syroka, A. Szlagowska, Wrocław 2010, s. 49.

lub kwatery w celu uczestnictwa w zabawie mogła być skazywana na galery, a osoby udzielające w tym pomocy lub jedynie oglądające uroczystości powinny zostać zakute w kajdany na miesiąc. Najbardziej obawiano się rozruchów podczas zabaw z udziałem żołnierzy, dlatego każdy kto wyciągnął i użył broni w pobliżu tego typu imprez powinien zostać dożywotnio skazany na galery.

Nietypowy charakter na tle prawa wojskowego miały przepisy zakazujące agresji wobec mieszczan i chłopów, co można zaliczyć do przestępstw pospolicznych. Najpoważniejsze zbrodnie (morderstwo i zabójstwo) opisane zostały w art. 40, a w art. 15 odnotowano przestępstwo pobicia i zranienia. Artykuł 17 wprowadzał ograniczenia w noszeniu broni przez żołnierzy w zakazanych częściach miasta (z wyjątkiem oficerów), a złamanie tego przepisu mogło wiązać się z karą zesłania na galery na pięć lat.

Starano się ograniczyć wpływ niekorzystnego oddziaływania uroków miejskich na żołnierzy. Zakazano zaciężnym pod karą galer chodzenia nocą po mieście. Przestrzegać tego powinni kapitanowie i sierżanci, a brak właściwego nadzoru u podoficerów mógł grozić nawet dwumiesięczną utratą żołdu i więzieniem (CAP. VI oraz art. 22). Starano się również wprowadzić ścisłą kontrolę, która prowadziła do wykrycia i karania hazardu, kradzieży, pijaństwa oraz korzystania z prostytutek (art. 11, 21, 44). Gwałt zagrożony był karą śmierci, a molestowanie seksualne karą dwóch lat pozbawienia wolności. Nie było kar za seks pozamałżeński z wyjątkiem kontaktów homoseksualnych, które zagrożone były karą śmierci (art. 35)⁷⁰.

Przestępstwo dezercji było charakterystyczne dla wszystkich nowożytnych regulacji prawa wojskowego, jednakże w artykułach geneueńskich w art. 32 przybrały one nietypową formę, polegającą na porzuceniu swych posterunków podczas zamieszek w miastach. Podobnie oprócz zwykłej zbrodni buntu, wprowadzono przestępstwo spisku przeciwko władzy, w tym przypadku pod karą śmierci nakazano stosowanie denuncjacji (art. 36).

Charakterystyczne dla miejskich artykułów wojskowych było znaczne ograniczenie surowości stosowanych kar. W analizowanych przepisach geneueńskich z początku XVIII w. dodatkowo pojawił się czynnik oświeceniowy⁷¹. Kara śmierci przewidziana była w zaledwie kilku sytuacjach (art. 6, 22, 35, 40, 43), w większej liczbie przypadków dopuszczono najwyższy wymiar kary, choć sugerowano zastosowanie łagodniejszej sankcji, tym samym sankcja powinna być

⁷⁰ W tym kontekście warto zwrócić uwagę na powstałą wówczas kodyfikację rosyjskiego prawa wojskowego (1716 r.). W rosyjskiej regulacji nie było również kar za seks pozamałżeński z wyjątkiem sytuacji, kiedy w wyniku aktu kobieta urodziła dziecko, a żołnierz nie chciał się z nią ożenić. *Памятники русского права*, Вып. 8: *Законодательные акты Петра I, первая четверть XVIII в.*, oprac. К. А. Софроненко, Москва 1961, art. 176, s. 362, 443. Wynikało to z woli Piotra I, który gdy dowiedział się, że Karol V Habsburg karał nielegalne kontakty płciowe nawet śmiercią sarkastycznie stwierdził: „может быть, он думал, что в его Государстве больше лишнего народа, чем в Моём”. С. К. Викторский, *История смертной казни в России*, Москва 1912, с. 116.

⁷¹ Por. W. Organiściak, *Wojskowe prawo karne a idee humanitarne w Rzeczypospolitej XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1993, R. 19, s. 145-150.

proporcjonalna do wielkości przestępstwa (art. 7, 13, 15, 23, 24, 26, 30, 31, 39, 42). Wśród rodzajów egzekucji wymieniano powieszenie i arkebuzowanie⁷². Kary cielesne – przywiązania do pręgierza i bicie rzemieniem, pałą lub kijem po nagim ciele – były jeszcze stosunkowo rozpowszechnione (art. 2, 4, 6, 9, 20, 22, 23, 38, 42, 47)⁷³. Stosowano również specyficzną karę drewnianego konia, czyli konieczności spędzenia około godziny, siedząc okrakiem na dwóch deseczkach zbitych pod kątem ostrym (art. 10, 11, 22)⁷⁴. Nie występowały kary mutylacyjne, rzadko stosowano kary na honorze (art. 34, 47, 10). Bardzo rozpowszechnione były kary pozbawienia wolności. W założeniu ten typ sankcji polegał na karze więzienia, która miała dość krótki, kilkutygodniowy wymiar (znajduje się informacja o 2-miesięcznej karze pozbawienia wolności – art. 17, inne przykłady, art. 1, 2, 14, 25, 27, 30, 45). Surowszy charakter miała kara zakucia w kajdany, która trwała najczęściej przez 8 lub 15 dni, ewentualnie wymierzano ją na miesiąc (art. 2, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 21, 22). Innym obostrzeniem było wyznaczanie więźniom zmniejszonej porcji żywności („o chlebie” – art. 1, 2, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 21, 22). Długotrwałe kary pozbawienia wolności wiązano z zesłaniem na galery, a zatem pozbawienie wolności łączono z pracą przymusową⁷⁵. Okres katorgi mieścił się w przedziale od 1 roku do dożywocia, przy czym najczęściej wymieniano kary od 2 do 5 lat zesłania (art. 3, 5, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 25, 26, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 45, 46). Należy podkreślić, że bardzo szerokie zastosowanie kar pozbawienia wolności był czynnikiem oświecenia, przede wszystkim wiązało się jednak z możliwościami miasta do przechowywania takich zbrodniarzy, co oczywiście w armii polowej było bardzo trudne do realizacji.

Nadal rozpowszechniona była inkwizycyjna forma śledztwa, powszechnie stosowano tymczasowe aresztowanie⁷⁶. W związku z powyższym zakazywano udzielania pomocy osobom aresztowanym. Natomiast z uwagi na plagę

⁷² Zob. idem, *Kara śmierci w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej od XVI do XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1994, R. 20, s. 81-82, 84.

⁷³ W tym czasie bardzo popularną karą było „bieganie przez szeregi”, być może pod ogólnymi sformułowaniami mówiącymi o karze cielesnej, należy rozumieć ten sposób egzekucji. W. Organiściak, *Z badań nad karami na ciele w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej w XVI-XVIII wieku*, [w:] *Z dziejów prawa*, red. A. Lityński, cz. 3, Katowice 2002, s. 33-35.

⁷⁴ Sankcja ta była powszechnie używana w praktyce sądowniczej wobec żołnierzy werbowanych przez miasta. Przykładowo w 1621 r. w Norymbergii skazano za nieposłuszeństwo 12 żołnierzy na siedzenie na drewnianym koniu. H. Knapp, *Das alte Nürnberger Kriminalrecht. Nach Rats-Urkunden Erlautert*, Berlin 1896, s. 300.

⁷⁵ Kara galery była pod koniec XVIII w. likwidowana podobnie jak inne sankcje, które uznawały służbę wojskową jako represję. S. Salmonowicz, *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przelomu XVIII/XIX w.*, Toruń 1966, s. 70 i n. Należy jednak uznać, że w tym przypadku stanowi to niewątpliwie realizowany oświeceniowy postulat łagodzenia kar, przede wszystkim eliminowania kary śmierci.

⁷⁶ Charakterystyka dla wojska polskiego i litewskiego: W. Organiściak, *Z badań nad karą pozbawienia wolności w wojskowym prawie karnym Rzeczypospolitej szlacheckiej*, [w:] *Z dziejów sądów i prawa*, red. A. Lityński, Katowice 1992, s. 36-53; idem, *O inkwizycji generalnej w XVIII-wiecznym wojskowym procesie karnym*, [w:] *Z dziejów prawa*, red. A. Lityński, cz. 4, Katowice 2004, s. 21-29; idem, *Tymczasowe aresztowanie w polskim prawie wojskowym w XVIII wieku*, [w:] *Z dziejów prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Lityński, Katowice 1991, s. 89-103.

ucieczek z więzienia lub spod warty przewidziano przestępstwo dla wartowników niedbale pilnujących więźniów. W obu przypadkach naruszających normę prawną żołnierz mógł zostać skazany na galery lub więzienie (art. 33, 46).

* * *

Podsumowując powyższe rozważania, uważam wydzielenie „miejskich artykułów wojskowych” za uzasadnione i potrzebne w badaniach historyczno-prawnych. Biorąc pod uwagę współczesny dorobek historiografii powinniśmy wyróżnić artykuły⁷⁷: hetmańskie (ogłaszane przez naczelnych wodzów)⁷⁸, królewskie (wydawane przez władców), parlamentarne (aprobowane lub uchwalane przez różnego rodzaju organy przedstawicielskie)⁷⁹, konfederackie (samorządnie ogłaszane przez ogół żołnierzy)⁸⁰ oraz miejskie, tworzone przez lub z upoważnienia rady miejskiej⁸¹.

Podział taki ma bardzo duże znaczenie dla przeprowadzania krytyki źródłowej, gdyż różne organy wydające przepisy porządkowe miały odmienne cele dotyczące ich funkcjonowania. Aby to zobrazować warto przywołać przypadki istniejący w Rzeczypospolitej. Naczelnicy wodzowie ogłaszali tzw. artykuły hetmańskie, które stanowiły szkielet organizacyjny i dyscyplinarny wojska, a ich priorytetem było zapewnienie sprawności w prowadzeniu działań operacyjnych i militarnych. Natomiast społeczeństwo szlacheckie poprzez działanie sejmu starało się ingerować w ich treść w szczególności w odniesieniu do relacji wojsko – ludność cywilna⁸². Generalnie samorządnym żołnierzom zależało przede wszystkim na aspekcie propagandowym⁸³, naczelnicy wodzowie dążyli do

⁷⁷ Zob. G. Błaszczyk, *Artykuły wojskowe i ich rola dla ustroju polskich sił zbrojnych i prawa wojskowego (do końca XVII wieku)*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1979, R. 31, z. 2, s. 81-85.

⁷⁸ K. Łopatecki, *Wydawanie artykułów wojskowych jako element walki politycznej i działalności propagandowej magnatów – przykład Jana Zamoyskiego*, [w:] *Wobec Króla i Rzeczypospolitej. Magnateria w XVI-XVIII wieku*, red. E. Dubas-Urwanowicz, J. Urwanowicz, Kraków 2012, s. 611-636. W artykule zaprezentowano charakterystykę „artykułów hetmańskich” na tle europejskim.

⁷⁹ K. Łopatecki, W. Organiściak, *Udział parlamentu angielskiego i sejmu Rzeczypospolitej szlacheckiej w pracach nad artykułami wojskowymi*, [w:] *Kultura parlamentarna epoki staropolskiej*, red. A. Stroynowski, Warszawa 2013, s. 421-436; K. Łopatecki, *Najstarsze północnoamerykańskie artykuły wojskowe*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, R. 65, z. 1, s. 175-200.

⁸⁰ K. Łopatecki, *Udział „sejmików” wojskowych przy tworzeniu i ogłaszaniu artykułów wojskowych w XVI i XVII stuleciu*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, R. 12, s. 75-102; W. Magnuszewski, *Z dziejów eleatów polskich. Stanisław Stroynowski lisowski zagończyk, przywódca i legislator*, Warszawa – Poznań 1978, s. 120-176.

⁸¹ K. Łopatecki, *Charakterystyka...*, s. 5-38.

⁸² Zwraca na to uwagę Stanisław Koniecpolski: „po congressach publicznych fremitus y acclamatie, na Sejmikach żarliwe artykuły, a na Sejmach nowe y coraz ostrzejsze prawa ex eo fonte wynikają”. *Pamiętniki o Koniecpolskich. Przyczynek do dziejów polskich XVII wieku*, wyd. S. Przyłęcki, Lwów 1842, s. 283. Pierwsze konstytucje o tym charakterze pojawiły się pod koniec lat osiemdziesiątych XVI w. M. Ciara, *Konfederacje wojskowe w Polsce w latach 1590-1610*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” 1988, R. 31, s. 64-65.

⁸³ K. Łopatecki, *Religijność żołnierzy w świetle artykułów wojskowych – założenia metodologiczne*, „Orientalia Christiana Cracoviensia” 2014, R. 6, s. 90.

maksymalnego wykorzystania zdolności bojowych armii, zgromadzenia przedstawicielskie oraz władze miejskie chciały zapewnić możliwie najszerszą ochronę ludności cywilnej przez swawolą żołnierzy, co przede wszystkim dotyczyło grup uprzywilejowanych (szlachty lub mieszczan). Władca zaś wydając przepisy porządkowe dla wojsk musiał zbilansować wszystkie powyższe elementy. Należy podkreślić, że w tym ostatnim przypadku bezpośrednie kontakty z innymi państwami prowadziły do tego, że stosunkowo chętnie recypowano przepisy prawne z innych systemów prawnych⁸⁴.

Miejskie artykuły wojskowe nie miały wspólnego, zawsze występującego katalogu przepisów prawnych, lecz możemy mówić o kilku charakterystycznych rozwiązaniach, które występujące łącznie stanowiły o specyfice tych aktów normatywnych. Przede wszystkim miały one zapewnić sprawny nadzór i kontrolę cywilnych władz miejskich nad oddziałami wojskowymi. Akty normatywne były znacznie krótsze od swoich odpowiedników, gdyż prawo wojskowe jedynie uzupełniało system prawa miejskiego. Szczególną ochroną obejmowano różne grupy ludności cywilnej (kupcy, rzemieślnicy, gospodarze wiejscy, kobiety, dzieci itp.), co dotyczyło nie tylko nietykalności cielesnej i czci, ale również starano się w możliwie szeroki sposób zabezpieczyć własność prywatną. Ponadto narzucano żołnierzom dosyć sztywne ramy obyczajowe, w szczególności uwagę zwrócono na problem alkoholizmu, prostytucji, hazardu, a nawet uczestnictwa w miejskich zabawach i uroczystościach. Oczywiście artykuły wojskowe mogły być instrumentem w bieżącej polityce miejskiej, np. w działaniach konfesjonalizacyjnych. W miejskich artykułach wojskowych stosowano łagodniejsze kary, co występowało tym jaskrawiej im większy był odsetek obywateli miejskich w oddziałach. Dużo chętniej korzystano z kary pozbawienia wolności, wykorzystując co oczywiste, instytucje działające na terenie miast⁸⁵.

Bibliografia

Źródła archiwalne

Archivio Segreto Vaticano: Commissariato delle Armi 46.

Archiwum Główne Akt Dawnych: Archiwum Radziwiłłów, dz. VII, sygn. 711.

Archiwum Państwowe w Gdańsku: 300, 18, III.

Biblioteka PAN Gdańsk: 1204, 2903.

⁸⁴ Widoczne jest to m.in. w Rzeczypospolitej, gdzie Władysław IV Waza i August II Mocny ogłaszając artykuły wojskowe wykorzystali odpowiednio przepisy szwedzkie i saskie. Natomiast Piotr I Wielki wydając ustawy wojskowe z 1716 r. w części dotyczącej prawa materialnego wykorzystał dorobek szwedzki według redakcji z 1683 r. K. Łopatecki, *Artykuły wojskowe autoramentu cudzoziemskiego Władysława IV – okoliczności powstania i ich charakterystyka*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, R. 11, z. 2, s. 235-255; E. Anners, *Den Karolinska Militarstraffrätten och Peter den Stores Krigsartiklar*, Uppsalla 1961, passim.

⁸⁵ E. Rozenkranz, op. cit., s. 113-124.

Štatny archiv v Prešove, pobočka Bardejov: Magistrat mesta Bardejova, č. 1987.

Źródła drukowane

Archiv für schweizerische Geschichte herausgegeben auf Veranstaltung der allgemeine geschichtforschende Gesellschaft der Schweiz, t. 12, Zürich 1858.

Articuls-Brieff und Kriegs-Ordnung Wornach E.E. Raths dieser Stadt Franckfurt geworbenes Kriegs-Volck zu Fuß, sich richten und verhalten sollen, Frankfurt 1644.

Белокуров С.А., *Дневальные записки Приказа тайных дел. 7165-7183 гг.*, Москва 1908.

Briefe und Urkunden zur Geschichte Livlands in den Jahren 1558-1562, t. 3, 1559-1560, oprac. F. Bienemann, Riga 1868.

Calendar of State Papers, Domestic Series, of the Reign of Charles I. 1628-1629, oprac. J. Bruce, London 1859.

Code militaire des suisses, pour servir de suite a l'Histoire Militaire des Suisses, au seroive de la France, par B. F. Zurlauben, t. 1-2, Paris 1764.

Corpus Iuris Militaris, t. 2, oprac. J. C. Lünig, Leipzig 1723.

Eines Ehrvesten Hochweisen Raths der Stadt Leipzig, [et]c. Wacht-Ordnung, Lepipzig 1631.

Eines Erborn Rahts dero Stadt Hildeßheimb WachtOrdnung, [Hildeßheimb] 1626.

Eines Erborn Raths Dieser Statt Franckfurt erneuerte Wachtordnung, Wornach sich die Capitain, Leutenant, und andere Befelchshabere/ wie auch die jenigen, welche zu den Wachten auß der Bürgerschaft allhier verordnet werden/ jedesmalls gemäß verhalten, [Frankfurt, Main] 1621.

Lawes and Ordinances of Warre, Established for the better Conduct of the Army by His Excellency The Earle of Warwick, London 1642.

Neue gemeine Wachtordnung wie sie ein Erb-Rath der St. Cölln hat aufgericht, Cölln 1586.

Ordnung, die wir markgrafe Albrecht gesetzt haben und wollen, dass sie von allen den untern soll gehalten werden, in massen hernach geschrieben steht, „Mitteilungsblatt der Fachgruppe Strafrecht in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung“ 1912, t. 33.

Pamiętniki o Koniecpolskich. Przyczynek do dziejów polskich XVII wieku, wyd. S. Przyłęcki, Lwów 1842.

Памятники русского права, Вып. 8: Законодательные акты Петра I, первая четверть XVIII в., oprac. К. А. Софроненко, Москва 1961.

Pramene k vojenským dejinám slovenska, t. 1/3: 1387-1526, oprac. V. Segeš, B. Šedová, Bratislava 2013.

Relacja spraw gdańskich na sejmie walnym warszawskim roku 1570, b.m.w. [1570].

Sašové v Praze léta 1631, podal J. Erben, „Časopis Českého Museum“ 1853, nr 27.

Wacht-Ordnunge, darnach sich ein jeder Rottmeister, Bürger und Einwohner der königlichen Stadt Dantzick, in der Nachtwache, zurichten und zuverhalten wird wissen: Wie auch auff was weise der Rottmeister die Wacht heget, Danzig 1626.

Whitelocke B., *A Journal of the Swedish Embassy in the years 1653 and 1654*, t. 2, oprac. C. Morton, H. Reeve, London 1855.

Wirz J.H., *Einrichtung und Disciplin eines Eidgenössischen Regiments zu Fuß und zu Pferd*, cz. 2, Zürich 1759.

Учение и хитрость ратного строения пехотных людей, Москва 1647.

Zignago L.M., *Instituti et Ordini militari da osservarsi dalle truppe della Serenissima Repubblica di Genova*, Genova 1722.

Opracowania

Anners E., *Den Karolinska Militarstraffratten och Peter den Stores Krigsartiklar*, Uppsalla 1961.

Beck W., *Die ältesten Artikelsbriefe für das deutsche Fußvolk*, München 1908.

Błaszczuk G., *Artykuły wojskowe i ich rola dla ustroju polskich sił zbrojnych i prawa wojskowego (do końca XVII wieku)*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1979, R. 31, z. 2.

Bołdyrew A., *Tedy na garle ma być karan. Kara śmierci w polskich ustawach i artykułach wojskowych za ostatnich Jagiellonów*, [w:] *Zabijać i umierać. Aspekty społeczno-kulturowe*, red. B. Płonka-Syroka, A. Szlagowska, Wrocław 2010.

Branecki T., *Powstanie i rozwój Konfederacji Szwajcarskiej w latach 1291-1515*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, R. 19.

Brunelli G., *Soldati del papa: politica militare e nobiltà nello Stato della Chiesa: 1560-1644*, Rome 2003.

Burschel P., *Söldner im Nordwestdeutschland des 16. und 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1994.

Ciara M., *Konfederacje wojskowe w Polsce w latach 1590-1610*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” 1988, R. 31.

Cieślak E., *Walki społeczno-polityczne w Gdańsku w drugiej połowie XVII wieku: interwencja Jana III Sobieskiego*, Gdańsk 1962.

Cieślak E., *Wojskowo-polityczne i gospodarcze znaczenie Gdańska w wojnie polsko-szwedzkiej*, [w:] *Wojna polsko-szwedzka 1655-1660*, red. J. Wimmer, Warszawa 1973.

Danziger Stadtbibliothek verfertigt und herausgegeben im Auftrage der städtischen Behörden, t. 2, *Katalog der Handschriften*, cz. 2, oprac. O. Günther, Danzig 1903.

Drabiński N., *Z dziejów okupacji szwedzkiej Elbląga w latach 1626 – 1635*, „Rocznik Elbląski” 1963, R. 2.

Dybaś B., *Dzieje wojskowe Torunia w latach 1548-1660*, [w:] *Historia Torunia*, t. 2, cz. 2, *W czasach renesansu, reformacji i wczesnego baroku (1548-1660)*, red. M. Biskup, Toruń 1994.

- Dybaś B., *Fortece Rzeczypospolitej. Studium z dziejów budowy fortyfikacji stałych w państwie polsko-litewskim w XVII wieku*, Toruń 1998.
- Dybaś B., *Wielkie miasta Prus Królewskich w dobie wojny północnej*, „Czasy Nowożytne” 2001, t. 10.
- Ebel W., *Die Kriegsartikel der Rostocker Soldaten im 30-jährigen Kriege*, „Beiträge zur Geschichte der Stadt Rostock” 1940/41, R. 22.
- Frost R. I., *Confessionalisation and the army in the Polish-Lithuanian Commonwealth, 1550-1667*, [w:] *Konfessionalisierung in Ostmitteleuropa. Wirkungen des religiösen Wandels im 16. und 17. Jahrhunderts in Staat, Gesellschaft und Kultur*, red. J. Bahlcke, A. Strohmeyer, Stuttgart 1999.
- Godin F. T. J., *Inventaris van de collectie: De Graaff (Militair straf- en tuchtrecht)*, Den Haag 2008.
- Griffin M., *Regulating Religion and Morality in the King's Armies, 1639-1646*, Leiden-Boston 2004.
- Gunn S., Grummitt D., Cools H., *War, State, and Society in England and the Netherlands, 1477-1559*, Oxford – New York 2007.
- Haas L., *Schweden und die Schweiz: ein Rückblick in die Vergangenheit*, „Schweizerische Zeitschrift für Geschichte” 1964, R. 14.
- Hahlweg W., *Das Kriegswesen der Stadt Danzig: durch eine Einführung und einen Dokumenten-Anhang erweiterter Neudruck der Ausgabe Berlin 1937*, t. 1, *Das Kriegswesen der Stadt Danzig: Die Grundzüge der Danziger Wehrverfassung 1454-1793*, Osnabrück 1982.
- Hane J., *Militärisches aus dem Alten Zürichkrieg. Zur Entwicklungsgeschichte der Infanterie*, Zurich 1928.
- Häne J., *Zürcher Militär und Politik im zweiten Kappelerkrieg: eine neue Kriegsordnung*, „Jahrbuch für schweizerische Geschichte” 1915, R. 38.
- Hart M. C., *The Making of a Bourgeois State: War, Politics and Finance during the Dutch Revolt*, Manchester 1993.
- Kaczmarek M., *Wrocław: dziesięć wieków*, Wrocław 1997.
- Калинычев Ф. И., *Правовые вопросы военной организации русского государства второй половины XVII века*, Москва 1954.
- Knapp H., *Das alte Nürnberger Kriminalrecht. Nach Rats-Urkunden Erlautert*, Berlin 1896.
- Koranyi K., *Über schweizerische Kriegsartikel besonders im 17. Jahrhundert*, „Allgemein Schweizerische Militärzeitschrift” 1939, nr 85.
- Koranyi K., *Żołnierz najemny a żołnierz zaciężny*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1948, R. 1.
- Krokosz P., *Aspekt religijny w strukturach rosyjskich sił zbrojnych za panowania Piotra I*, „Україна в Центральньо-Східній Європі” 2015, Вип. 15.
- Landolt O., *Die Kriminalisierung von Kriegsverbrechen. Das Beispiel der spätmittelalterlichen Eidgenossenschaft*, [w:] *Kriminalisieren – Entkriminalisieren – Normalisieren*, red. C. Opitz, B. Studer, J. Tanner, Zürich 2006.

- Lehr H., *Les Protestants d'autrefois; vie et institutions militaires*, Paris 1901.
- Lorenz M., *Schwedisches Militär und seine Justiz: Einblicke in das Verhältnis von Rechtsnorm und Alltag in der Garnison Stralsund ca. 1650 bis 1700*, [w:] *Gemeinsame Bekannte: Schweden und Deutschland in der Frühen Neuzeit*, red. I. Asmus, J. E. Olesen, Münster 2003.
- Lopatecki K., *„Disciplina militaris” w wojskach Rzeczypospolitej do połowy XVII wieku*, Białystok 2012.
- Lopatecki K., *Artykuły wojskowe autoramentu cudzoziemskiego Władysława IV – okoliczności powstania i ich charakterystyka*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, R. 11, z. 2.
- Lopatecki K., *Charakterystyka „miejskich artykułów wojskowych” na przykładzie Rigi-scher Artikelsbrieff z 1600 roku*, „Zapiski Historyczne” 2013, R. 78, z. 2.
- Lopatecki K., *Cuius regio eius religio w wojskach Rzeczypospolitej? Kwestia wolności głoszania wiary wśród żołnierzy w latach dwudziestych XVII wieku*, [w:] *Studia nad Reformacją*, red. E. Bagińska, P. Guzowski, M. Liedke, Białystok 2010.
- Lopatecki K., *Najstarsze północnoamerykańskie artykuły wojskowe*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, R. 65, z. 1.
- Lopatecki K., Organiściak W., *Udział parlamentu angielskiego i sejmu Rzeczypospolitej szlacheckiej w pracach nad artykułami wojskowymi*, [w:] *Kultura parlamentarna epoki staropolskiej*, red. A. Stroynowski, Warszawa 2013.
- Lopatecki K., *Przestępstwo ucieczki z pola bitwy w Rzeczypospolitej szlacheckiej – z badań nad karą śmierci wymierzaną w trybie pozasądowym*, [w:] *Culpa et poena. Z dziejów prawa karnego*, red. M. Mikuła, Kraków 2009.
- Lopatecki K., *Religijność żołnierzy w świetle artykułów wojskowych – założenia metodologiczne*, „Orientalia Christiana Cracoviensia” 2014, R. 6.
- Lopatecki K., *Udział „sejmików” wojskowych przy tworzeniu i ogłaszaniu artykułów wojskowych w XVI i XVII stuleciu*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, R. 12.
- Lopatecki K., *Wydawanie artykułów wojskowych jako element walki politycznej i działalności propagandowej magnatów – przykład Jana Zamoyskiego*, [w:] *Wobec Króla i Rzeczypospolitej. Magnateria w XVI-XVIII wieku*, red. E. Dubas-Urwanowicz, J. Urwanowicz, Kraków 2012.
- Magnuszewski W., *Z dziejów elearów polskich. Stanisław Stroynowski lisowski zagończyk, przywódca i legislator*, Warszawa-Poznań 1978.
- Menzel C. A., *Topographische Chronik von Breslau*, t. 1, Breslau 1805.
- Mikołajczyk M., *Proces kryminalny w miastach Małopolski XVI-XVIII wieku*, Katowice 2013.
- Muszyński J., *Przestępstwa wojskowe a przewinienia dyscyplinarne w polskim prawie wojskowym*, Warszawa 1967.
- Organiściak W., *Kara śmierci w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej od XVI do XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1994, R. 20.
- Organiściak W., *O inkwizycji generalnej w XVIII-wiecznym wojskowym procesie karnym*, [w:] *Z dziejów prawa*, red. A. Lityński, cz. 4, Katowice 2004.

- Organiściak W., *Tymczasowe aresztowanie w polskim prawie wojskowym w XVIII wieku*, [w:] *Z dziejów prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Lityński, Katowice 1991.
- Organiściak W., *Wojskowe prawo karne a idee humanitarne w Rzeczypospolitej XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1993, R. 19.
- Organiściak W., *Z badań nad karami na ciele w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej w XVI-XVIII wieku*, [w:] *Z dziejów prawa*, red. A. Lityński, cz. 3, Katowice 2002.
- Organiściak W., *Z badań nad karą pozbawienia wolności w wojskowym prawie karnym Rzeczypospolitej szlacheckiej*, [w:] *Z dziejów sądów i prawa*, red. A. Lityński, Katowice 1992.
- Pablo J. de, *Contribution à l'étude des institutions militaires huguenotes*, t. 2, *L'armée huguenote entre 1562 et 1573*, „Archiv für Reformationsgeschichte” 1957, R. 48.
- Pálffy G., *Háborúk, hadsereg és város a 16. századi Magyarországon*, [w:] *Armáda, mesto, spoločnosť od 15. storočia do roku 1918 (Vojenské, politické, hospodárske aspekty a súvislosti)*, Bratislava 2002.
- Rainmontler M. de, *Histoire Militaire de la Suidde et celle des Suisses dans les Diferens services de L'Europe*, t. 4 i 6, Lausanne 1788.
- Rapetti G., *Una esatta disciplina. La giustizia militare al tempo del Re Sole: il caso dell'esercito genovese*, „Storiadelmondo” 2004, R. 20, [czasopismo wydawane w wersji elektronicznej: <http://www.storiadelmondo.com/20/rapetti.esercitogenovese.pdf>].
- Rozenkranz E., *Gdańska archeologia prawna*, Gdańsk 1993.
- Rymaszewski Z., *Sprawy gdańskie przed sądami zadwornymi oraz ingerencja królów w gdański wymiar sprawiedliwości XVI-XVIII w.*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1985.
- Salmonowicz S., *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.*, Toruń 1966.
- Saluces A. de, *Histoire Militaire du Piémont*, t. 1, Turin 1818.
- Schiemann T., *Revaler Landsknechte zur Zeit der ersten Russennoth*, [w:] *Baltische Monatschrift*, red. F. Bienemann, t. 32, Reval 1885.
- Schwark T., *Lübecks Stadtmilitär im 17. und 18. Jahrhundert: Untersuchungen zur Sozialgeschichte einer reichsstädtischen Berufsgruppe*, Lübeck 1990.
- Schnettger M., *„Principe sovrano“ oder „Civitas imperialis“? Die Republik Genua und das Alte Reich in der frühen Neuzeit (1556-1797)*, Mainz 2006.
- Segeš V., *Mestá v uhorskom vojenstve na konci stredoveku*, [w:] *Armáda, mesto, spoločnosť od 15. storočia do roku 1918 (Vojenské, politické, hospodárske aspekty a súvislosti)*, Bratislava 2002.
- Seredyka J., *Sejm w Toruniu w 1626 roku*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1966.
- Spieralski Z., *Z problematyki wzajemnych kontaktów między polską i husycką sztuką wojenną*, „Wojskowy Przegląd Historyczny” 1957, R. 2, z. 2.
- Stache A., *... der scharffe Sebel ist mein Acker...: Alltags- und Sozialgeschichte frühneuzeitlicher Söldner in Bildquellen für die Sekundarstufe II*, Potsdam 2005.

- Stehlin K., *Der Sempacherbrief*, „Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde“ 1925, R. 23.
- Stettler B., *Der Sempacher Brief von 1393: ein verkanntes. Dokument aus der älteren Schweizergeschichte*, „Schweizerische Zeitschrift für Geschichte“ 1985, R. 35.
- Swart E., *From „Landsknecht“ to „Soldier“: The Low German Foot Soldiers of the Low Countries in the Second Half of the Sixteenth Century*, „International Review of Social History“ 2006, R. 51.
- Swart E., *Krijgsvolk. Militaire professionalisering en het ontstaan va het Staatse leger, 1568-1590*, Amsterdam 2006.
- Suproniuk J., *Miejskie służby porządkowe a społeczeństwo w Polsce XIV-XVI w.*, „Przegląd Historyczny” 1999, t. 90, z. 2.
- Tracy J. D., *The Founding of the Dutch Republic. War, Finance, and Politics in Holland 1572-1588*, Oxford – New York 2008.
- Wagner M., *Prawa i obowiązki oficerów armii koronnej w drugiej połowie XVII w. Ze studiów nad rozwojem prawa wojskowego w dawnej Rzeczypospolitej*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” 1994, t. 36.
- Wernicke J.E., *Geschichte Thorns aus Urkunden, Dokumenten und Handschriften*, t. 2, *Die Jahre 1531-1840*, Thorn 1842.
- Węsierska-Biernatowa T., Czaplicka J., Sławoszewska M., *Archiwum miasta Gdańska. Przewodnik po zespołach 1253-1945*, Warszawa 1970.
- Викторский С. К., *История смертной казни в России*, Москва 1912.
- Wojtowicz J., *Historia Szwejcarii*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1976.
- Ujma M., „*Nouvelles Ordinaires*” wobec problemów związanych ze Śląskiem doby kontrreformacji w latach 1631-1648, „Studia Śląskie” 2005, t. 64.

Oskar KaneckiUniwersytet Warmińsko-Mazurski
e-mail: oskar.kanecki@wp.pl
telefon: +48 602 294 005

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.05

Sejmiki zwoływane sposobem wojewódzkim jako szczególna forma samorządu stanowego w Wielkim Księstwie Litewskim

SUMMARY

Regional councils summoned within provinces as a special form of state self-government in the Grand Duchy of Lithuania

A particularly difficult time for the Grand Duchy of Lithuania was the period of interregnum following the death of Zygmunt August. It led to the introduction of special forms of gatherings by the nobility. Summoning regional councils within provinces allowed for speeding up the decision-making process, which at the time was necessary. It was also a convenient way for the dominant elites of that period (the magnates) to control the nobility. It was an original contribution of Lithuania to the form of the regional council of nobility, which was adopted from the Kingdom of Poland. The Regional Council of Vilnius, held in the said form, was sometimes taking decisions applicable for the whole country.

Key words: Grand Duchy of Lithuania, regional councils of nobility, interregnum, gathering of nobility, state self-government.

Słowa kluczowe: Wielkie Księstwo Litewskie, sejmiki szlacheckie, bezkrólewie, zgromadzenie szlacheckie, samorząd stanowy.

Choć konwokacja wileńska, jako szczególna forma litewskiej odrębności ustrojowej doby pierwszych bezkrólewí, została dokładnie opracowana w literaturze przedmiotu¹, to innemu *novum* tego okresu, jakim były sejmiki zwoływane

¹ A. Rachuba, *Wielkie Księstwo Litewskie w systemie parlamentarnym Rzeczypospolitej w latach 1569-1763*, Warszawa 2002, s. 243-284. Zob. także: H. Wisner, *Rzeczpospolita Wazów*, t. 3, *Sławne Państwo Wielkie Księstwo Litewskie*, Warszawa 2008, s. 145-157; idem, *Konwokacja Wileńska. Z dziejów parlamentaryzmu litewskiego w czasach Zygmunta III*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” (CzP-H), t. 20, z. 2, Warszawa 1968, s. 75-80; idem, *Sejm litewski czy konwokacja wileńska?*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej im. Powstańców Śląskich w Opolu, Historia. Studia z historii Polski i powszechnej od czasów najdawniejszych do XVIII wieku”, t. 12, Opole 1974, s. 111-120; J. Serezyka, *Konwokacja wileńska, ale jaka?*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej im. Powstańców Śląskich w Opolu, Historia. Studia z historii Polski i powszechnej od czasów najdawniejszych do XVIII wieku”, t. 12, Opole 1974, s. 121-139; H. Wisner, *Sejmiki litewskie w czasach Zygmunta III i Władysława IV. Konwokacja wileńska oraz sejmiki przedsejmowe i relacyjne*, „Miscellanea Historica-Archivistica” (MH-A), t. 3, Warszawa – Łódź 1989, s. 51-66; A. B. Zakrzewski, *Wielkie Księstwo Litewskie (XVI – XVIII w.). Prawo-ustrój-społeczeństwo*,

sposobem wojewódzkim, poza cennymi uwagami Henryka Lulewicza² oraz Andrzeja Zakrzewskiego³ nie poświęcono w dotychczasowej historiografii zbyt wiele miejsca ani tym bardziej odrębnej publikacji⁴. Celem niniejszego opracowania jest syntetyczne ujęcie tego zagadnienia.

Ustrój Wielkiego Księstwa Litewskiego na przestrzeni wieków formował się nie tylko dzięki rozwojowi urzędów rodzimych, ale także przez recepcję instytucji ruskich, krzyżackich, czeskich, a po zawarciu aktu krewskiego także koronnych⁵. Do istotnej jego reformy doprowadził sejm wileński obradujący w latach 1565-1566, który wprowadził nową strukturę administracyjną. Odtąd na mocy wzorowanych na Koronie postanowień Litwa została podzielona na województwa składające się z powiatów⁶. Co więcej, monarcha postanowił uwzględnić wnoszone na sejmie wileńskim prośby szlachty i na podstawie wydanego 30 grudnia 1565 r. przywileju ustanowił w Wielkim Księstwie Litewskim sejmiki, na które miano się zbierać według zwyczajów właściwych dotąd Królestwu Polskiemu⁷. Organizacja Litwy przewyższała jednak porządek koronny pod względem ujednoczenia. Powiat stał się podstawową częścią struktury terytorialnej⁸. W każdym z nich funkcjonowało odrębne sądownictwo ziemskie, grodzkie i podkomorskie, chorągiew, pod którą szlachta odbywała wyprawy wojenne, a także administracja oraz sejmik⁹. Zgodnie z przywilejem Zygmunta Augusta z 1565 roku prawo do uczestniczenia w nim przysługiwało jedynie szlachcie osiadłej w danym powiecie¹⁰. Postanowienia te potwierdził następnie II *Statut* litewski z 1566 roku stanowiąc, iż na „sejmiki mają się zieżdzac

Warszawa 2013, s. 106-109; J. Kiaupienė, *Pirmieji tarpvaldžiai: 1572-1573, 1574-1576, 1586-1587 metai*, [w:] J. Kiaupienė, I. Lukšaitė, *Lietuvos istorija*, t. 5: *Veržli Naujųjų laikų pradžia. Lietuvos Didžioji Kunigaikštystė 1529-1588 metais*, Vilnius 2013, s. 239.

² H. Lulewicz, *Gniewów o unię ciąg dalszy. Stosunki polsko-litewskie w latach 1569-1588*, Warszawa 2002, s. 75; idem, *Wstęp*, [w:] idem, *Akta zjazdów stanów Wielkiego Księstwa Litewskiego*, t. 1: *Okresy bezkrólewia*, Warszawa 2006, s. 8.

³ A. B. Zakrzewski, *Recepcja ustroju i prawa w Wielkim Księstwie Litewskim, XIV-XVIII wiek*, „*Studia Iuridica*” (SI) 2002, t. 40, s. 251; idem, *Wielkie...*, s. 43-44; 102.

⁴ W. Zakrzewski, *Po ucieczce Henryka: dzieje bezkrólewia 1574-1575*, Kraków 1878, s. 164.

⁵ A. B. Zakrzewski, *Recepcja...*, s. 250; 251.

⁶ Idem, *Sejmiki Wielkiego Księstwa Litewskiego XVI-XVIII w. Ustrój i funkcjonowanie: sejmik trocki*, Warszawa 2000, s. 20.

⁷ F. Piekosiński, *Statut litewski*, cz. 1, Kraków 1899, s. 61. Zob. także: A. B. Zakrzewski, *Sejmiki...*, s. 21; S. Plaza, A. Sucheni-Grabowska, *Z badań nad polskim parlamentaryzmem XVI wieku*, CzP-H 1974, t. 26, z. 1, s. 78; A. E. Priesnjakow, *Litowosko-russkoje gosudarstwo w XIII-XVI ww.*, Minsk 2013, s. 242.

⁸ M. W. Martinowicz, *Wielikoje Kniażestwo Litowoskoje, Russkoje i Żemajtskoje. Ot priedposyłok k sozdaniju do Ljublinskoj unii 1569 goda*, Minsk 2014, s. 576.

⁹ A. Rachuba, op. cit., s. 52-53. Zob. także: M. W. Downar-Zapolski, *Istorija Bielorusii*, Mińsk 2005, s. 144; A. B. Zakrzewski, *Wielkie...*, s. 60.

¹⁰ D. Konieczna, *Ustrój i funkcjonowanie sejmiku brzeskolitewskiego w latach 1565-1763*, Warszawa 2013, s. 40.

y bywać wojewodowie y kastelanowie y urzędnicy ziemscy, potym iusz kniazowie, panowie y szlachta tego powiatu y województwa”¹¹.

Zdarzały się jednak wyjątki od powyższych reguł. Poza sprowadzaniem przez możnych na sejmiki nieposesjonatów, czy też uczestniczeniem w ich obradach osób nieosiadłych w danym powiecie¹², dochodziło także do odstępstw wymuszonych nietypową sytuacją. Szerzący się w 1571 r. mór wykorzystano dla zebrania sejmików w szczególny sposób. Zamiast przeprowadzenia ich odrębnie dla poszczególnych powiatów, odbyły się one w ramach całych województw, co więcej, ze względu na zarazę w nietypowych miejscowościach. W ten sposób w grudniu 1571 r. miał miejsce sejmik województwa trockiego w Somiliszkach. Także do województwa wileńskiego został wysłany uniwersał zwołujący na sejmik w grudniu 1571 r. szlachtę pochodzącą ze wszystkich powiatów tego województwa¹³.

Inne wyjątki od reguły, zgodnie z którą na sejmiku zbierał się tylko jeden powiat, zaistniały w szczególnych dla państwa okresach, jakim były bezkrólestwa w drugiej połowie XVI w. Śmierć ostatniego z Jagiellonów była bowiem dla Wielkiego Księstwa Litewskiego czasem istotnej próby funkcjonowania przejętych zaledwie kilka lat wcześniej z Korony wzorców¹⁴. Zaistniała sytuacja spowodowała przy tym zarówno wykształcenie się nowych instytucji, jak i dostosowanie tych istniejących do bieżących potrzeb. Znaczącym *novum* był nietypowy zjazd większości litewskich senatorów i przedstawicieli szlachty, który odbył się 24-27 września 1572 r. w Rudnikach. Wprawdzie w sporządzonych na nim dokumentach zebrani pisali o „sejmiku naszym w Rudnikach, sejmiku u nas w Rudnikach”¹⁵, bądź wprost o „sejmiku wileńskim i trockim”¹⁶, to jednak zgromadzenie tak znacznej liczby decydentów w jednym miejscu oraz forma

¹¹ F. Piekosiński, *Statut litewski drugiej redakcji (1566)*, [w:] *Archiwum Komisji Prawniczej*, t. 7, Kraków 1900, s. 45. Zob. także: A. B. Zakrzewski, *Sejmiki...*, s. 41; S. Plaza, A. Sucheni-Grabowska, op. cit., s. 79.

¹² A. Lityński, *Sejmiki ziemskie 1764-1793. Dzieje reformy*, Katowice 1988, s. 113. Autor upatruje przyczyn tego stanu w braku zinstytucjonalizowanej formy kontroli osób przybywających na sejmiki, a także nieprzejawianiu zainteresowania tym stanem przez uczestniczącą w nich szlachtę, która usiłowała w ten sprzeczny z prawem sposób oddziaływać na podejmowane decyzje. Zob. także: D. Konieczna, op. cit., s. 40. Musiały także zdarzać się przypadki uczestniczenia w obradach sejmikowych osób nienobilitowanych, skoro szlachta brzeska domagała się, aby prawem głosu dysponowali przedstawiciele stanu szlacheckiego. Adam Lityński akcentuje wprawdzie, iż urodzenie przybywających na sejmik nie było weryfikowane, jednak zwłaszcza w okresie kształtowania się reguł funkcjonowania samorządu stanowego musiały być to przypadki incydentalne, bowiem stosunkowo nieduża liczba jego uczestników sprawiała, że okoliczna szlachta się znała; A. B. Zakrzewski, *Sejmiki...*, s. 49.

¹³ H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 70-73. Zob. także: A. B. Zakrzewski, *Sejmiki...*, s. 21; idem, *Recepcja...*, s. 251; I. I. Łappo, *Wielikoję Kniażestwo Litowskoje za wriemnia ot zakluczenija Lublinskoj unii do smierti Stefana Batorija (1569-1586)*, t. 1, Sankt-Peterburg 1901, s. 87.

¹⁴ O. Balzer, *Początek sądów kapturowych*, „Ateneum” 1885, t. 2, s. 147-150, okres bezkrólestwa łączył się m.in. z zawieszeniem funkcjonowania sądów, które działały w imieniu władcy i wraz z jego śmiercią, stanowiąc zarazem wygaśnięcie tego umocowania, ich jurysdykcja ustawała.

¹⁵ *List senatorów litewskich do senatorów koronnych, Rudniki, 25 IX 1572 r.*, [w:] H. Lulewicz, *akta zjazdów stanów [Wielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1..., s. 29-30.

¹⁶ *List senatorów litewskich do Macieja Żalińskiego w sprawie ustąpienia dzierżawy żyźmorskiej dla Krzysztofa Radziwiłła, Rudniki, 26 IX 1572 r.*, [w:] ibidem, s. 38.

tego zebrania wychodząca poza ramy nakreślone przez postanowienia unii lubelskiej i nieprzewidziana przez *Statut litewski*, a także waga podejmowanych wówczas decyzji prowadzi do konstatacji, iż należy w nim upatrywać załączków nowej instytucji. Z czasem utrwalała się dla niej nazwa konwokacji wileńskiej¹⁷.

Nie była ona jednak jedynym odstępstwem od dotychczasowej, zaledwie kilkuletniej praktyki. Już w czasie bezkrólewia po śmierci Zygmunta Augusta doszło bowiem do zjazdu szlachty z całego województwa wileńskiego. Pochodząca z niego instrukcja dana posłom na sejm koronacyjny wymienia wśród obecnych trzech senatorów (biskupa wileńskiego Waleriana Protasewicza, wojewodę wileńskiego i zarazem kanclerza Mikołaja Radziwiłła oraz podskarbiego Mikołaja Naruszewicza), a także urzędników ziemskich i dworskich, kniaziów, panów i całe rycerstwo oraz szlachtę „ziemli województwa wileńskiego”¹⁸. W dalszej treści wydanego aktu zebrani wspominają również o skargach na przestępstwa, jakie wpłynęły podczas ich obecności na sejmiku wileńskim¹⁹. Nie chodziło tu bynajmniej o sejmik powiatu wileńskiego, jak często określano zjazd głównego powiatu w województwie²⁰. Świadczy o tym nie tylko odwołanie w intytulacji, ale również dalsze treści instrukcji przywracające w wyznaczonych sprawach funkcjonowanie urzędów grodzkich „w każdym powiecie tego województwa wileńskiego”²¹.

Także po wyjeździe króla Henryka Walezego, w celu zapobieżenia negatywnym konsekwencjom związanym z przedłużającym się okresem nieobecności władcy, odbył się 10 sierpnia 1574 r. zjazd w Wilnie. Formalnie obrad tych nie określono mianem sejmiku²². Dostrzegł to także Wincenty Zakrzewski, akcentując jednak równocześnie jego odrębność od sejmików koronnych²³. Ponownie

¹⁷ H. Lulewicz, *Zjazd w Rudnikach we wrześniu 1572 roku*, „Przegląd Historyczny” (PH) 2000, t. 91, z. 2, s. 218-219; zob. także H. Wisner, *Konwokacja...*, s. 80; idem, *Zakres i efektywność uchwał konwokacji wileńskiej*. Czasy Zygmunta III, [w:] *Kultura polityczna w Polsce*, t. 6: *Litwa w polskiej tradycji i kulturze politycznej*, cz. 2, red. M. Kosman, Poznań 2006, s. 59; A. Rachuba, op. cit., s. 215-216.

¹⁸ *Instrukcja dana posłom województwa wileńskiego na sejm koronacyjny Henryka Walezego, Wilno 11 X 1573 r.*, [w:] H. Lulewicz, *akta zjazdów stanów W[ielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1..., s. 75; 81. Zob. także: H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 146-147. Obecność na sejmiku około pięćdziesięciu przedstawicieli stanu szlacheckiego została potwierdzona przez przybite pieczęcie, a ich szacunkowa liczba wynika z zachowania trzech oryginalnych egzemplarzy instrukcji zawierających jednak ich różną liczbę.

¹⁹ *Instrukcja dana posłom województwa wileńskiego na sejm koronacyjny Henryka Walezego, Wilno 11 X 1573 r.*, [w:] H. Lulewicz, *akta zjazdów stanów W[ielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1..., s. 81.

²⁰ A. B. Zakrzewski, *Sejmiki...*, s. 21.

²¹ *Instrukcja dana posłom województwa wileńskiego na sejm koronacyjny Henryka Walezego, Wilno 11 X 1573 r.*, [w:] H. Lulewicz, *akta zjazdów stanów W[ielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1..., s. 81. Zob. także: A. Szalanda, *Grodski sąd Garadzianskaga pawietu W[ielkiego] K[niaźstwa] L[itowskiego] u drugiej połowie XVI-XVII st.*, cz. 2: *Funkcyjnanawannie garadzianskaga grodzkaga suda u peryjad pierwszych beskaraleujau 1572-1576 gg.*, [w:] „Garadzianski palimpsest 2011”, Minsk 2012, s. 112; H. Lulewicz, *Wstęp*, [w:] idem, *akta zjazdów stanów W[ielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1..., s. 8. O wileńskim sejmiku wojewódzkim wspomina także: U. Padalinski, *Stanowisko szlachty Wielkiego Księstwa Litewskiego wobec instytucji sejmku walnego w końcu XVI wieku*, [w:] *Kultura parlamentarna epoki staropolskiej*, red. A. Stroynowski, Warszawa 2013, s. 154.

²² H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 168. Autor zwraca jednak uwagę, iż podjęta na nim uchwała zdaje się sugerować tę właśnie formę.

²³ W. Zakrzewski, *Po ucieczce...*, s. 164.

w podjętej na nim uchwale znajduje się informacja o uczestniczeniu przy jej wydaniu szlachty „ziemi województwa wileńskiego”²⁴. Także dalsze jej postanowienia odnoszą się do „okrągu tego województwa wileńskiego”, a ich wykonanie gwarantowali przysięgą „wszyscy obywatele województwa”²⁵. Szczególna charakterystyka sejmiku wileńskiego wynikała ponadto z faktu, iż reprezentował on jedno z czołowych województw Wielkiego Księstwa Litewskiego. Stąd też faktyczny zakres zapadających na nim decyzji był niekiedy nader szeroki, obejmując swymi rozwiązaniami cały kraj. Co więcej, w trudnych dla niego sytuacjach sejmik ten występował z inicjatywą zwołania zjazdu stanów, a nawet wskazywał na problematykę jego obrad. Tego rodzaju sytuacja miała miejsce także w 1574 r. po opuszczeniu przez Henryka Walezego Królestwa Polskiego²⁶.

Wojewódzki sposób odbywania sejmiku nie był też obcy dla innego głównego sejmiku litewskiego, który po śmierci Stefana Batorego odbył się w Trokach. Zebrana na nim 22 stycznia szlachta z całego województwa trockiego podjęła trzy dni później uchwałę, na mocy której skasowano, jako naruszający równowagę wewnątrz stanu szlacheckiego, kaptur powiatu grodzieńskiego. Z uwagi jednak na szczególnie czas bezkrólewia i związane z tym liczne naruszenia porządku, zarówno przedstawiciele duchowieństwa, jak i szlachty zdecydowali o powołaniu sądu kapturowego, który pozwoliłby na powrót do sytuacji zgodności z prawem. Podkreślenie w uchwalonym laudum odstąpienia przez zebranych od dotychczasowych zajęć w celu przybycia na zjazd zdaje się wskazywać, iż zaistniałe wydarzenia wymagały szybkiego podjęcia środków zaradczych²⁷. Zapadłe postanowienia odnosiły się przy tym nie tylko do powiatu trockiego, ale również kowieńskiego, upickiego i grodzieńskiego²⁸. Ponadto, podczas gdy sejmik grodzieński odbył się bez przyzwolenia miejscowego wojewody, to pod uchwałą trocką podpis piastującego ten urząd Jana Hlebowicza widnieje na pierwszym miejscu, a skład powołanych na jej podstawie jurysdykcji kapturowych wymagał jego zatwierdzenia²⁹.

Jak dowodzi przykład uchylenia postanowień kaptura grodzieńskiego przez sejmik trocki w styczniu 1587 r., dominacja niewielkiej grupy magnatów sprawujących przy tym znaczące funkcje urzędnicze wciąż pozostawała w Wielkim

²⁴ *Laudum (kaptur) województwa wileńskiego po odejściu Henryka Walezego, Wilno, 10 VIII 1574 r.*, [w:] H. Lulewicz, *Akta zjazdów stanów W[ielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1..., s. 95.

²⁵ *Laudum (kaptur) województwa wileńskiego po odejściu Henryka Walezego, Wilno, 10 VIII 1574 r.*, [w:] ibidem, s. 98.

²⁶ H. Lulewicz, *Wstęp*, [w:] idem, *Akta zjazdów stanów W[ielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*..., s. 8. Zob. także: idem, *Gniewów...*, s. 168.

²⁷ Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie, rkps, Archiwum Radziwiłłów, dział II, sygn. 164, *Uchwała kapturowa województwa trockiego, Troki, 24 stycznia 1587 roku*, s. 1; zob. także H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 360; 361.

²⁸ Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie, rkps, Archiwum Radziwiłłów, dział II, sygn. 164, *Uchwała kapturowa województwa trockiego, Troki, 24 stycznia 1587 roku*, s. 2.

²⁹ Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie, rkps, Archiwum Radziwiłłów, dział II, sygn. 164, *Uchwała kapturowa województwa trockiego, Troki, 24 stycznia 1587 roku*, s. 6, 8. Zob. także H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 360, 361.

Księstwie Litewskim zauważalna. Podobny wpływ przedstawicieli głównych rodzin (Radziwiłłów i Chodkiewiczów) na decyzje podejmowane przez litewskie sejmiki przed sejmem w 1572 r. dostrzegł Henryk Lulewicz³⁰. Stan ten wynikał niewątpliwie z ukształtowanej dalece przed zmianami z siódmej dekady XVI w. formy rządów – silnej monarchii dziedzicznej wspartej wyodrębnionymi ze stanu szlacheckiego arystokratami, którzy dysponowali z woli hospodara znaczącą władzą. Wprawdzie dokonana wówczas reforma administracyjna i będące jej następstwem wprowadzenie sejmików wzmocniło pozycję szlachty litewskiej, jednak wciąż nie posiadała ona doświadczenia, które pozwalało jej koronnym odpowiednikom na egzekwowanie przynależnych praw³¹. Nagłe wprowadzenie nowych instytucji w drodze recepcji nie zdołało w szybkim czasie zmienić wykształconego na przestrzeni wieków oligarchicznego układu stosunków w Wielkim Księstwie Litewskim³². Wciąż trwająca dominacja możnowładztwa wraz ze specyfiką zaistniałego okresu *interregnum* doprowadziła do praktyki szczególnego sposobu odbywania sejmików.

Dogodność tego rozwiązania dla magnaterii wynikała z możliwości łatwiejszego oddziaływania na szlachtę. Istotna była tu przede wszystkim sposobność do osobistego wpływania na podejmowane decyzje bez konieczności długotrwałego podróżowania pomiędzy kolejnymi właściwymi dla poszczególnych powiatów miejscowościami, w których odbywały się lokalne sejmiki³³. Co więcej, w przypadku tożsamy lub zbliżonych do siebie terminów ich złożenia tego rodzaju osobiste oddziaływanie byłoby niemożliwe. Natomiast w praktyce zwoływania sejmików sposobem wojewódzkim Henryk Lulewicz dostrzegł nawiązanie do czasów sprzed reformy w drugiej połowie XVI w., „kiedy wojewodowie wileński i trocki oraz starosta żmudzki sprawowali nad szlachtą podległych sobie obszarów niemal pełnię władzy”³⁴.

Nie była to jedyna przyczyna popularności tego rozwiązania. Istotny był także czas, w którym korzystano z odbywania sejmików w ramach województw. Pierwsze okresy bezkrólewi znamionowało poszukiwanie przez Litwinów dogodnych form podejmowania decyzji, a wojewódzki sposób sejmikowania stwarzał możliwość relatywnie szybkiej reakcji, co wobec licznych w owym czasie odstępstw od norm regulujących porządek w państwie nabierało szczególnego znaczenia. Ustanie w okresie *interregnum* sądownictwa sprawowanego

³⁰ H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 73; 360-361.

³¹ A. S. Kamiński, *Historia Rzeczypospolitej Wielu Narodów 1505-1795. Obywatele, ich państwa, społeczeństwo, kultura*, Lublin 2000, s. 49. Autor podkreśla wręcz, że ustrój Litwy do lat sześćdziesiątych XVI wieku był bliższy Anglii Henryka VIII i Rosji Wasyla III niż Koronie. Zob. także: H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 84; M. A. Jucas, *Litowskoje Wielikoje Kniażestwo wo wtoroj połowinie XIV – naczale XV w.[ieka] i borba litowskogo naroda za niezawisimost. Awotoreferat dissertacii na soiskanie uczzonej stepieni kandidata istoriceskich nauk*, Moskwa 1956, s. 5.

³² J. Kiaupienė, op. cit., s. 238. Zob. także: H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 75; 84-85; A. B. Zakrzewski, *Wielkie...*, s. 100- 102; W. Zakrzewski, *Po ucieczce...*, s. 164.

³³ A. B. Zakrzewski, *Recepcja...*, s. 251

³⁴ H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 75.

w imieniu króla powodowało, iż na zwoływanych wówczas sejmikach lokalna szlachta niejednokrotnie alarmowała o dokonywanych przestępstwach kryminalnych, nie wyłączając z tego nawet zabójstw³⁵. Objęcie mocą zapadłych postanowień znaczącego obszaru województwa umożliwiało stosunkowo szybkie opanowanie sytuacji, a nie bez znaczenia pozostawała też jednolitość przyjmowanych rozwiązań. Zwłaszcza bowiem okresy pierwszych bezkrólewii w Wielkim Księstwie Litewskim nie były określane przez tożsame decyzje tamtejszej szlachty. Jedynie część sejmików zdecydowała o powołaniu sądów kapturowych³⁶.

Powszechną praktyką rozpowszechniania informacji o uchwalonych w wyniku obrad sejmikowych rozwiązaniach (poza publikacją) był ich pisemny lub ustny przekaz przez uczestników. Ten nieformalny sposób rozprzestrzeniania wiadomości skutecznie dopełniał oficjalną drogę³⁷. Wydaje się, że zebranie w jednym miejscu szlachty pochodzącej z całego województwa stwarzało dogodną możliwość, by informacja o zjeździe dotarła do możliwie szerokiego grona odbiorców, tym bardziej, że zgromadzenia te skupiały większą niż zazwyczaj liczbę nobilitowanych³⁸. Skoro natomiast już sama śmierć władcy powodowała konieczność zapobiegania „wszeliakim swowolienstwom, gwałtom y naiezdrom ktore pod czasem takowym gdy pana [...] w panstwie niemasz od ludzিয়ে swowolnych [...] bywaią”, to nawet doniesienia o wznowieniu jurysdykcji sądów, które docierały także do przedstawicieli innych stanów, powinny odnieść przynajmniej częściowo odwrotny skutek³⁹.

Sejmiki pełniły w Rzeczypospolitej różnorodne funkcje, zarówno samorządowe, jak i polityczne, a w przypadkach nagłych potrzeb przejmowały także rolę „organizatora lokalnego życia publicznego, stróża porządku i prawa”⁴⁰. Trudne warunki pierwszych bezkrólewii wraz z zastąpieniem w kształtowaniu ustroju Wielkiego Księstwa Litewskiego powolnej ewolucji instytucji samorządowych przez recepcję urządzeń polskich sprawiły, że pozbawiona niezbędnego doświadczenia szlachta nie była w stanie odegrać znaczącej roli, a inicjatywa podejmowania decyzji spoczęła przede wszystkim na magnaterii oraz grupie centralnych i lokalnych urzędników⁴¹. Stąd m.in. głównie w tym czasie

³⁵ A. Szałanda, op. cit., s. 112-113; H. Lulewicz, *Funkcjonowanie sądownictwa szlacheckiego w Wielkim Księstwie Litewskim w okresie pierwszych bezkrólewii (1572-1576)*, [w:] *Z dziejów kultury prawnej: studia ofiarowane Profesorowi Juliuszowi Bardachowi w dziewięćdziesiątym roku urodzin*, Warszawa 2004, s. 364.

³⁶ H. Lulewicz, *Funkcjonowanie...*, s. 362.

³⁷ J. Chojińska-Mika, *Między społeczeństwem szlacheckim a władzą: problemy komunikacji, społeczności lokalnej – władza w epoce Jana Kazimierza*, Warszawa 2002, s. 57-59. Zob. także: A. B. Zakrzewski, *Sejmiki...*, s. 103-106.

³⁸ W. Czaplński, *Historia sejmu polskiego*, t. 1: *Do schyłku szlacheckiej Rzeczypospolitej*, red. J. Michalski, Warszawa 1984, s. 224. Zdaniem autora frekwencja na sejmikach powiatowych odbywających się w Wielkim Księstwie Litewskim była zdecydowanie niższa niż w Koronie.

³⁹ Archiwum Narodowe w Krakowie, rkps, Zbiór Rusieckich, sygn. 155, *Kaptur województwa brzeskiego, Brześć Litewski, 29 grudnia 1586 roku*, s. 211. Zob. także: J. Chojińska-Mika, op. cit., s. 59.

⁴⁰ J. Chojińska-Mika, op. cit., s. 84.

⁴¹ J. Kiaupienė, op. cit., s. 238.

inicjowano zwoływanie stwarzających relatywnie dużą możliwość oddziaływania na decyzje podejmowane przez szlachtę sejmików obradujących w ramach województw, które stały się oryginalną formą ingerencji Litwy w konstrukcje przejętych z Korony instytucji⁴². Jednak popularność innego wykształconego w owym czasie zjazdu, zwanego konwokacją wileńską sprawiła, że wojewódzki sposób sejmikowania, mimo odwoływania się do niego przez litewską szlachtę w drugiej połowie XVI w., nie zdołał ostatecznie wyrzucić znaczącego wpływu na kształt ustroju Wielkiego Księstwa Litewskiego. Pomimo tego rozwój obu powyższych form zgromadzeń dowodził, jak dalece ówczesni decydenci wykraczali poza zakres przyjętych form ustrojowych, potrafiąc dostosować je do wymagań konkretnych sytuacji⁴³.

Bibliografia

Źródła rękopiśmienne

Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie

Archiwum Radziwiłłów, dział II, sygn. 164.

Archiwum Narodowe w Krakowie

Zbiór Rusieckich, sygn. 155.

Źródła drukowane

Lulewicz H., *Akta zjazdów stanów W[wielkiego] K[sięstwa] L[itewskiego]*, t. 1: *Okresy bezkrólewia*, Warszawa 2006.

Piekosiński F., *Statut litewski*, cz. 1, Kraków 1899.

Piekosiński F., *Statut litewski drugiej redakcyi (1566)*, [w:] *Archiwum Komisji Prawniczej*, t. 7, Kraków 1900.

Literatura przedmiotu

Balzer O., *Początek sądów kapturowych*, „Ateneum” 1885, t. 2.

Choińska-Mika J., *Między społeczeństwem szlacheckim a władzą: problemy komunikacji, społeczności lokalne – władza w epoce Jana Kazimierza*, Warszawa 2002.

Czapliński W., *Historia sejmu polskiego*, t. 1: *Do schyłku szlacheckiej Rzeczypospolitej*, red. Michalski J., Warszawa 1984.

Downar-Zapolski M. W., *Istoriija Bielorusсии*, Mińsk 2005.

⁴² H. Lulewicz, *Gniewów...*, s. 75.

⁴³ Idem, *Zjazd...*, s. 219.

- Juczak M. A., *Litowskoje Wielikije Kniażestwo wo wtoroj połowinie XIV – naczale XV w.[ieka] i borba litowskiego naroda za niezawisimost. Awtoferat dissertacii na soiskanie uczonej stepieni kandidata istoriczeskich nauk*, Moskwa 1956.
- Lappo I. I., *Wielikije Kniażestwo Litowskoje za wriemia ot zakluczenija Lublinskoj unii do smierti Stiefana Batorija (1569-1586)*, t. 1, Sankt-Peterburg 1901, s. 87.
- Kamiński A. S., *Historia Rzeczypospolitej Wielu Narodów 1505-1795. Obywatele, ich państwa, społeczeństwo, kultura*, Lublin 2000.
- Kiaupienė J., *Pirmieji tarpuvaldžiai: 1572-1573, 1574-1576, 1586-1587 metai*, [w:] Kiaupienė J., Lukšaitė I., *Lietuvos istorija*, t. 5: *Veržli Naujųjų laikų pradžia. Lietuvos Didžioji Kunigaikštystė 1529-1588 metais*, Vilnius 2013.
- Konieczna D., *Ustrój i funkcjonowanie sejmiku brzeskolitewskiego w latach 1565-1763*, Warszawa 2013.
- Lityński A., *Sejmiki ziemskie 1764-1793. Dzieje reformy*, Katowice 1988.
- Lulewicz H., *Funkcjonowanie sądownictwa szlacheckiego w Wielkim Księstwie Litewskim w okresie pierwszych bezkrólewi (1572-1576)*, [w:] *Z dziejów kultury prawnej: studia ofiarowane Profesorowi Juliuszowi Bardachowi w dziewięćdziesięciolecie urodzin*, Warszawa 2004.
- Lulewicz H., *Gniewów o unię ciąg dalszy. Stosunki polsko-litewskie w latach 1569-1588*, Warszawa 2002.
- Lulewicz H., *Zjazd w Rudnikach we wrześniu 1572 roku*, „Przegląd Historyczny” 2000, t. 91, z. 2.
- Martinowicz M. W., *Wielikije Kniażestwo Litowskoje, Russkoje i Żemajtskoje. Ot priedpoyłok k sozdaniju do Ljublinskoj unii 1569 goda*, Minsk 2014.
- Padalinski U., *Stanowisko szlachty Wielkiego Księstwa Litewskiego wobec instytucji sejmku walnego w końcu XVI wieku*, [w:] *Kultura parlamentarna epoki staropolskiej*, red. A. Stroynowski, Warszawa 2013.
- Płaza S., Sucheni-Grabowska A., *Z badań nad polskim parlamentaryzmem XVI wieku*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1974, t. 26, z. 1.
- Priesnjakow A. E., *Litowsko-russkoje gosudarstwo w XIII-XVI ww.*, Minsk 2013.
- Rachuba A., *Wielkie Księstwo Litewskie w systemie parlamentarnym Rzeczypospolitej w latach 1569-1763*, Warszawa 2002.
- Seredyka J., *Konwokacja wileńska, ale jaka?*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej im. Powstańców Śląskich w Opolu, Historia. Studia z historii Polski i powszechnej od czasów najdawniejszych do XVIII wieku”, t. 12, Opole 1974.
- Szałanda A., *Grodski sud Garadzienskaga pawieta W[ielikogo] K[niażestwa] L[itowskiego] u drugoj pałowie XVI-XVII st., cz. 2, Funkcjanawannie garadzienskaga grodskaga suda u peryjad pierszych beskaraleujau 1572-1576 gg.*, „Garadzienski palimpsest 2011”, Minsk 2012.
- Wisner H., *Konwokacja Wileńska. Z dziejów parlamentaryzmu litewskiego w czasach Zygmunta III*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1968, t. 20, z. 2.
- Wisner H., *Rzeczpospolita Wazów, t. 3: Sławne Państwo Wielkie Księstwo Litewskie*, Warszawa 2008.

- Wisner H., *Sejmiki litewskie w czasach Zygmunta III i Władysława IV. Konwokacja wileńska oraz sejmiki przedsejmowe i relacyjne*, „Miscellanea Historica-Archivistica” 1989, t. 3.
- Wisner H., *Sejm litewski czy konwokacja wileńska?*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej im. Powstańców Śląskich w Opolu, Historia. Studia z historii Polski i powszechnej od czasów najdawniejszych do XVIII wieku”, t. 12, Opole 1974.
- Wisner H., *Zakres i efektywność uchwał konwokacji wileńskiej. Czasy Zygmunta III*, [w:] *Kultura polityczna w Polsce*, t. 6: *Litwa w polskiej tradycji i kulturze politycznej*, cz. 2, red. M. Kosman, Poznań 2006.
- Zakrzewski A. B., *Recepcja ustroju i prawa w Wielkim Księstwie Litewskim, XIV-XVIII wiek*, „Studia Iuridica” 2002, t. 40.
- Zakrzewski A. B., *Sejmiki Wielkiego Księstwa Litewskiego XVI-XVIII w. Ustrój i funkcjonowanie: sejmik trocki*, Warszawa 2000.
- Zakrzewski A. B., *Wielkie Księstwo Litewskie (XVI-XVIII w.). Prawo – ustrój – społeczeństwo*, Warszawa 2013.
- Zakrzewski W., *Po ucieczce Henryka: dzieje bezkrólestwa 1574-1575*, Kraków 1878.

Tomasz CiesielskiUniwersytet Opolski
e-mail: ciesielski2@wp.pl
telefon: +48 605 361 693

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.06

Artykuły wojenne dla artylerii koronnej Augusta III z 1737 r.

SUMMARY

Articles of war for the artillery of Augustus III from 1737

During the reigns of Augustus II and Augustus III (both Polish) – the Lithuanian Commonwealth's armies were modernized. As early as during the Great Northern War the armies were equipped with relatively modern military devices, and within the following decades efforts were made to keep the equipment in line with European standards. As far as the financial and organizational aspects were concerned, the most significant were the reforms of the Silent Sejm from 1717. Moreover, it was signalled that the military law should be thoroughly modernized by means of developing general and detailed codes determining the rules of military service and principles of everyday life for the soldiers of both Commonwealth's armies. Although a few, or perhaps several drafts of such codes were developed, what finally happened was that the military law applicable in 1753-1755 was codified (three codes, two of which were prepared for printing by Samuel Brodowski), and foremostly, three new normative acts regulating the principles of organization and discipline in the Commonwealth's army were issued. One of them was authored by Augustus II, who in 1698 announced new Military Articles. His son and heir to the Commonwealth's throne, Augustus III made an attempt to modify those articles by means of issuing his own War Articles in 1749. However, it does not seem that they were widely adopted in the royal and Lithuanian armies or that they supplanted the articles of Augustus II. They shared the fate of an earlier attempt made by Augustus III in order to modify the applicable military law, i.e. the Articles for artillery issued in 1737. In fact, the only proof of their existence is the royal diploma establishing those articles stored in the National Archives in Cracow and reprinted in this article. I did not access any source materials confirming that the articles of Augustus III were presented to artillery officers in either royal or Lithuanian armies, or that they were ever applied in the court practice. From the preamble it may be concluded that the articles were published at the request of the head of the Polish artillery, Zygmunt Adolf Rybiński, and developed on the basis of the royal articles for artillery from the first half of 17th century. In fact, although there were numerous common elements with the articles issued by Władysław IV, their construction and number of paragraphs were different, and most importantly so were the definitions of disciplinary rules and the punishments catalogue. In fact, the articles of Augustus III were modelled upon the normative acts regulating the provisions of criminal law applicable in the Saxon army artillery. However, the obligations

imposed upon the soldiers, the same as in the case of other military articles announced for the Commonwealth's army since the mid-16th century and by the 1780s: loyalty to the King and the Commonwealth; absolute obedience to the King and all army superiors along with following their orders; diligent fulfilment of duties, especially during watch and war time; taking good care of military equipment; modest and proper behaviour within stationing and accommodation sites. The articles also regulated the principles of concluding marriages, which was only possible upon obtaining permission from the superiors. The articles also strictly prohibited initiating riots, brawling among the soldiers, duelling, causing harm to the civilians, committing criminal offences, cowardice or desertion while facing the enemy, spying for the enemy and destroying public utility facilities along with mills, ploughs and bakery ovens both within the territory of their own and enemy countries. Failure to comply with the obligations and duties resulted in severe punishments, both financial and corporal, imprisonment combined with heavy physical work or even capital punishment.

Key words: Polish-Lithuanian Commonwealth, army, August III, military law.

Słowa kluczowe: Rzeczpospolita Obojga Narodów, armia, August III, prawo wojskowe.

W czasach panowania Augusta II i Augusta III dokonał się proces modernizacji obu armii Rzeczypospolitej Obojga Narodów. Jeszcze w okresie wielkiej wojny północnej przebrojono wchodzące w ich skład oddziały autoramentu cudzoziemskiego w nowoczesną skałkową broń palną oraz pałasze i szable wzorowane na używanych w armii saskiej. W skali całych formacji, piechoty i dragonii, ujednolicono pod względem kroju umundurowanie – w poszczególnych regimentach różniło się barwą sukna kamizelek i wyłogów – obuwiu (trzewiki i kamasze) oraz tzw. ledewerk (pasy, ładownice, tornistry). Wprowadzono też jako obowiązkowy sprzęt obozowy i wozy transportowe (choć nie występowały we wszystkich regimentach)¹. W zakresie finansowym i organizacyjnym największe znaczenie miały reformy sejmu niemego z 1717 r. Wprowadziły one stałe budżety dla obu armii, do których dostosowano ich komputy, czyli liczebność wyrażoną w stawkach żołdowych (było ich więcej niż ludzi, gdyż podoficerowie i oficerowie pobierali odpowiednie do stopnia wielokrotności stawki żołnierskiej). Każdemu oddziałowi przypisano konkretne ziemie, powiaty i starostwa, z których podatki przeznaczono na ich utrzymanie. Utrzymano podział obu armii na artylerię oraz dwa autoramenty: cudzoziemski i narodowy. Ten ostatni tworzyły niewielkie chorągwie husarii, jazdy pancernej (Korona) lub

¹ J. Wimmer, *Wojsko Rzeczypospolitej w dobie wojny północnej*, Warszawa 1956, s. 147-169, 259, 449-451, 470-471; W. Dziewanowski, *Zarys dziejów uzbrojenia w Polsce*, Warszawa 1935, s. 127 n; M. Wagner, *Zmiany w uzbrojeniu wojsk polskich na początku XVIII wieku*, [w:] *Technika a wojna X-XX w.*, red. P. Matusek, J. Piłatowicz, Siedlce 2000, s. 123-155; T. Ciesielski, *Armia koronna w czasach Augusta III*, Warszawa 2009, s. 445-486; idem, *Wojsko litewskie w latach 1698-1709*, [w:] *Wojny północne w XVI-XVIII wieku*, red. B. Dybaś, A. Ziemlewska, Toruń 2007, s. 177-178; T. Ciesielski, R. Sachs, *Breslau als Lieferant für die königlichen polnische Armee*, [w:] *Amator Scientiae. Festschrift für Dr. Peter Ohr*, oprac. R. Sachs, Breslau 2003, s. 185-193; M. Siciński, *Umundurowanie armii Wielkiego Księstwa Litewskiego w okresie panowania Augusta II i Augusta III Wettinów oraz panowania Stanisława Augusta do czasów reform Sejmu Wielkiego 1717-1791*, „Studia do dziejów dawnego uzbrojenia i ubioru wojskowego”, cz. 13, Kraków 2011, s. 125-132.

petyhorskiej (Wielkie Księstwo Litewskie), kawalerii lekkiej sformowanej na modłę kozacką czy tatarską, a także piechoty typu węgierskiego lub janczarskiego. W skład autoramentu cudzoziemskiego wchodziły 300-1200-porcjowe regimenty piechoty i dragonii, a artyleria dzieliła się na sztab, korpus kanonierski i bombardierski (obsługa armat i moździerzy) oraz tzw. freikompanię, czyli samodzielną kompanię dragońską, piechoty lub o mieszanym składzie². W trakcie reformowania armii na podstawie konstytucji sejmowych opracowano dla regimentów autoramentu cudzoziemskiego założenia tzw. regulamenów, czyli regulaminów organizacyjnych, w których opisano struktury organizacyjne oddziałów, ich skład osobowy oraz wyposażenie. Wspominano w nich o kwestiach dyscypliny i wyszkolenia żołnierzy, tak indywidualnego, jak i „zespołowego” – ale ogólnikowo, zapowiadając opracowanie regulaminów opisujących reguły służby i życia wszystkich żołnierzy obu armii Rzeczypospolitej³. I choć powstało kilka, może kilkanaście projektów takich regulaminów⁴, to ostatecznie skończyło się jedynie na sporządzeniu zbiorów obowiązującego prawa wojskowego w latach 1753-1755 (dwa przygotował do druku Samuel Brodowski)⁵, a przede wszystkim na ustanowieniu przez króla Augusta III Wettina dwóch nowych aktów normatywnych regulujących zasady organizacji i dyscypliny w wojsku Rzeczypospolitej: „Artykułów Wojskowych dla Artylerii Koronnej” z 1737 r. i „Artykułów Wojennych” wydanych w 1749 r.

W Rzeczypospolitej tytuły „artykuły wojskowe” lub „artykuły wojenne” nadawano aktom normatywnym wydawanym początkowo przez rotmistrzów, a następnie przez hetmanów i królów, które określały podstawowe obowiązki służbowe żołnierzy oraz zasady organizacji i dyscypliny w wojsku. Były odpowiednikiem niemieckich „Artikelbrief”, francuskich „ordinances militaires”, czy szwedzkich „kriegsartiklar”. W Koronie i Wielkim Księstwie Litewskim wydawane były, jak ustalił Karol Łopatecki, od pierwszych dekad XVI w.⁶ Początkowo miały „charakter kontraktu zawiązywanego z żołnierzami, w świetle którego przyjmowali oni reguły wymierzania kar i zobowiązywali się do właściwego

² T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 19-112; idem, *Armia Wielkiego Księstwa Litewskiego w latach 1717-1775*, [w:] *Studia z dziejów Wielkiego Księstwa Litewskiego (XVI-XVIII wieku)*, red. S. Górzyński i M. Nagielski, Warszawa 2104, s. 59-94 (w obu pracach wycieczona starsza literatura przedmiotu).

³ T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 209-215; idem, *Armia Wielkiego...*, s. 73-85; V. Rakutis, *Lietuvos kariuomenės organizaciją reglamentuojantys dokumentai 1717-1775 m.*, „Karo archyvas”, t. 18, Vilnius 2003, s. 79-100.

⁴ Projekty regulaminów służby dla regimentów piechoty i dragonii, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, 2630; Archiwum Narodowe w Krakowie (ANKr), Archiwum Podhoreckie (APodh), I, 120; II, 8, 32, 52 (s. 138-149), 172, 175, 183, 186, 229; Archiwum Państwowe w Poznaniu, Archiwum Antoniego Kossowskiego, 10. T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 434-435.

⁵ T. Ciesielski, *Samuel Brodowski – kodyfikator prawa wojskowego w czasach panowania Augusta III*, [w:] *Historia testis temporum, lux veritatis vita memoriae, nuntia vetustatis. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Włodzimierzowi Kaczorowskiemu*, red. E. Kozerska, M. Maciejewski, P. Stec, Opole 2015, s. 399-402, 411-417.

⁶ K. Łopatecki, *„Disciplina militaria” w wojskach Rzeczypospolitej do połowy XVII wieku*, Białystok 2012, s. 10 n., zwłaszcza Aneks I i II

zachowania. Artykuły musiały być przez żołnierzy poznane i zaakceptowane⁷. W drugiej połowie XVI w. przekształciły się w zbiory prawa wojskowego, które obowiązywało wszystkich żołnierzy oraz osoby towarzyszące wojsku w trakcie przemarszów i prowadzenia działań wojennych⁸. Do początków XVII w. nabrały rangę swoistych krótkich kodeksów wojskowego prawa karnego obowiązującego także w czasie pokoju, a proces ten zwieńczyło potwierdzenie powagą sejmu Rzeczypospolitej „Artykułów wojskowych hetmańskich” wydanych w 1609 r.⁹ Zysały przez to status prawa publicznego i stały się na długo podstawową wykładnią prawa wojskowego w armii polskiej i litewskiej¹⁰. Pod tym względem mniejsze znaczenie miały artykuły królewskie, które jak te ustanowione przez Władysława IV dla autoramentu cudzoziemskiego, mogły być uznawane za akty prawne wydane przez króla *private autoritate*¹¹. Dlatego też nie miały mocy obowiązującej wszystkich żołnierzy armii, a tym bardziej ludności cywilnej. Ponadto nie był określony zasięg terytorialny ich stosowania¹².

W praktyce życia wojskowego w autoramentach cudzoziemskich i korpuscach artylerii obu armii Rzeczypospolitej stosowano artykuły królewskie, na pewno te wydane w pierwszych latach rządów przez Władysława IV i Augusta II. Dowodzą tego choćby zbiory prawa wojskowego z połowy XVIII w., w których znalazły się artykuły wojskowe obu tych władców¹³. Pominęto w nich

⁷ Ibidem, s. 703.

⁸ G. Błaszczyk, *Artykuły wojskowe i ich rola dla ustroju sił zbrojnych i prawa wojskowego*, [w:] „Czasopismo Prawno-Historyczne” (CzP-H) 1979, t. 2, s. 101-103.

⁹ S. Kutrzeba, op. cit., s. XIV-XVIII; W. Organiściak, *Artykuły wojenne króla Augusta III z 1749 roku*, „Z Dziejów Prawa” (ZDP) 2010, t. 3 (11) [Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 2763], s. 170.

¹⁰ Okoliczności powstania artykułów hetmańskich, charakterystyka i ich stosowanie: J. Muszyński, *Zagadnienie służby wojskowej w Artykułach hetmańskich z 1609 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawny” (WPP), 1961, nr 1, s. 110-120; K. Łopatecki, „*Disciplina militaria*”..., s. 617-637; przedruk S. Kutrzeba, op. cit., s. 176-206; opis: W. Organiściak, *Geneza i znaczenie „Artykułów wojennych hetmańskich” z 1609 roku*, ZDP 2006, nr 8, s. 69-84.

¹¹ W. Organiściak, *Kodeksy wojskowe w Polsce roku 1775*, Katowice 2001, s. 52; idem, *Artykuły wojenne Augusta III Sasa z 1749 roku...*, s. 173.

¹² Artykuły cudzoziemskie opracował: K. Łopatecki, *Artykuły wojskowe autoramentu cudzoziemskiego Władysława IV – okoliczności powstania i ich charakterystyka*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” (ZPUKSW) 2011, t. 11, nr 2, s. 235-254; pokazując ich wzorcową treść; określając czas powstania na rok 1633 (prawdopodobnie 6 IX), pierwotnie obowiązywały w regimencie królewskim (1633 r.) w wojskach pieszych i dragonii (bez rajtarii); w 2 połowie XVII w. ich stosowanie zostało rozszerzone na Wielkie Księstwo Litewskie.

¹³ Artykuły Władysława IV dla oddziałów autoramentu cudzoziemskiego po raz pierwszy zostały wydane drukiem w zbiorze Michała Kazimierza Paca, Wilno 1673, k. K2-M2. Następnie opublikowane w: *Artykuły wojenne powagą Rzpltey, królów polskich y hetmanów W. X. Lit. różnymi czasy ustanowione, teraz zaś z rozkazu JO. Xiążęcia Jegomości Michała V. Kazimierza Radziwiłła wojewody Wileńskiego, hetmana W. X. Lit. Przedrukowane*, Nieśwież 1754, s. 40-92. Po raz kolejny wydane w poprawionej przez S. Brodowskiego kodyfikacji prawa dla wojska litewskiego, w której zamieszczone zostały też artykuły Władysława IV dla artylerii oraz artykuły wojskowe Augusta II: *Artykuły wojenne powagą Rzpltey, królów polskich y hetmanów W. X. Lit. różnymi czasy ustanowione z rozkazu JO. Xiążęcia Jegomości Michała V. Kazimierza Radziwiłła...* (dalej [S. Brodowski], *Artykuły wojenne...*), Elbląg 1755, s. 35-68 („Artykuły wojsku cudzoziemskiemu ... Władysława IV”), 165-181 („Artykuły Przesławnej Artyleryi ... Władysława IV”), 182-192 („Artykuły Wojskowe” Augusta II). Artykuły Augusta II S. Brodowski opublikował w wydanym dwa lata wcześniej w: *Corpus Juris Militaris Polonicum w którym się znajdują Artykuły Woienne Hetmańskie...*, Elbląg 1753, s. 450-454.

natomiast artykuły Augusta III, choć opublikowane one zostały kilka – kilkanaście lat wcześniej w kompendiach prawa wojskowego „radziwiłłowskim” i Samuela Brodowskiego. Rodzi to wątpliwości, co do rangi i mocy obowiązywania artykułów drugiego Wettina w armiach Rzeczypospolitej.

Z dwóch królewskich aktów normatywnych większe znacznie winny mieć *Artykuły Wojenne*, które August III podpisał w Warszawie 31 VIII 1749 r.¹⁴ Niewątpliwie ustanowione zostały w celu zastąpienia artykułów wojskowych Augusta II, które jako wydane w 1698 r.¹⁵, wymagały uzupełnienia i dostosowania do potrzeb armii nieprzeznaczonych do prowadzenia wojny, a pozostających na usługach państwa nastawionego na politykę pokojową. *Artykuły Wojenne* Augusta III miały więcej paragrafów, które opisywały postawy żołnierzy w trakcie wykonywania zadań związanych ze służą garnizonową. Zmieniono w nich też wymiar kar grożących za część przestępstw i wykroczeń – w większości złagodzone grożące sankcje¹⁶. Ponadto zamierzeniem Augusta III było, aby akt normatywny obowiązywał wszystkich żołnierzy pozostających w służbie Rzeczypospolitej, w obu autoramentach i korpusach artylerii armii koronnej i litewskiej. Znalazło to swój wyraz w tytule odpisu tych artykułów, który zachował się do dnia dzisiejszego: „Najlaskawsze Nowo potwierdzone Woienne Artijkułij, dla Wijższych, ij Niskich officerow, ij prostich żołnierzow tak od Infanteriejij iako też Kawaleriejij, Dragunów ij Artelleriejij od całejj Respubliki”¹⁷. Według Wojciecha Organiściaka niewiele z tych zamierzeń wyszło. Rozważając kwestię zakresu terytorialnego obowiązywania artykułów Augusta III stwierdził

¹⁴ W. Organiściak, *Artykuły wojenne króla Augusta III*, „Z Dziejów Prawa”, t. 3 (11), Katowice 2010 [Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 2763], s. 177-184.

¹⁵ Z datacją 22 II 1698 r. „Artykuły Woyskowe, i Rota Przysięgi, na które Naiśnieyszemu i Naypotężniejszemu Krolowi Jmci Polskiemu, Augustowi II Panu Naszemu Miłościwemu, y Prześwietniewy Rzeczypospolitey Polskiej, wszyscy wobec, w służbę zaciągnieni Żołnierze y Officyerowie, przysięg y one dotrzymać powinni”, bo pod takim tytułem się ukazały, zostały opublikowane w XVIII w. przez S. Brodowskiego najpierw w 1753 r. w: *Corpus...*, s. 450-454, a następnie w: [S. Brodowski], *Artykuły wojenne...*, s. 182-192. Wydania te stały się podstawą ich przedrukowania przez S. Kutrzebę, *Polskie ustawy i artykuły wojskowe od XV do XVIII wieku*, Kraków 1937, s. 292-296. Ta ostatnia praca stanowi od blisko 80 lat wojskowości podstawowe źródło informacji o zabytkach prawa wojskowego doby staropolskiej. Wojciech Organiściak opierając się na dwóch kodeksach prawa wojskowego wydanych w 1723 r. i 1724 r. przez J.Ch. Lüniga i T. Fritscha uważa, że August II wydał swoje artykuły blisko 4 miesiące wcześniej, gdyż 1 XI 1697 r. w Krakowie: W. Organiściak, *Kodeksy wojskowe...*, s. 24 oraz *Artykuły wojenne Augusta III Sasa z 1749 roku...*, s. 166. Jednak należy zaznaczyć, że w pracy J. Ch. Lüniga, *Corpus juris militaris des Heill[igen] Roemischen Reichs*, T.1, Leipzig 1723, s. 818 znajduje się jedynie informacja o wydaniu przez Augusta II „Articulis-Briefff” w Krakowie 1 XI 1698 r. Opatrzono nią przedruk artykułów wojskowych Augusta II wydanych w Warszawie 30 XI 1700 r., niemal identycznych z tymi opublikowanymi przez S. Brodowskiego i później S. Kutrzebę, ale z zastąpieniem odwołania do Rzeczypospolitej przez tytuł „Jaśnie oświecony książę elektor Saksonii” (Churf[ürst][ich] Durch[aut] zu Sachsen). J.Ch. Lünig, op. cit., s. 816-818.

¹⁶ W. Organiściak, *Artykuły wojenne króla Augusta III...*, s. 177-184; S. Kutrzeba, op. cit., s. 292-296.

¹⁷ Cytat za wydaniem artykułów Augusta III przygotowanym przez W. Organiściaka, *Artykuły wojenne króla Augusta III...*, s. 177. Niestety badacz ten nie dostosował się do wymogów edycji źródeł z doby staropolskiej, co poważnie utrudnia lekturę *Artykułów Wojennych*, zwłaszcza w obliczu nieodróżniania litery „y” od złożenia liter „yj” czy „ij”. Karol Łopatecki zmodernizował tytuł aktu normatywnego i podał go w formie „Najlaskawsze nowo potwierdzone wojenne artykuły, dla wyższych i niskich oficerów, i prostych żołnierzów tak od infanterii jako też kawalerii, dragunów i artylerii od całejj Respubliki wielce pochwalone”. K. Łopatecki, „*Disciplina militaria*”..., s. 585.

co prawda, że obejmował tak Koronę, jak i Litwy¹⁸. Jednocześnie dostrzegając brak ich przedruku w zbiorach prawa wojskowego z lat pięćdziesiątych XVIII w. i czasów stanisławowskich, stwierdził, że ze względu na „brak większej liczby śladów ich stosowania” nie sposób jednoznacznie rozwikłać problemu obowiązywania *Artykułów Wojennych* Augusta III w obu armiach Rzeczypospolitej¹⁹. Uzupełniając wywody tego badacza mogę stwierdzić, że w spuściznach po hetmanach koronnych Janie Klemensie Branickim i Wacławie Rzewuskim nie znalazłem przypadków stosowania tych przepisów w praktyce sądownictwa wojskowego²⁰. Nie można więc wykluczyć, że odmówiono im mocy wiążącej, a sprawcami tego byli hetmani Rzeczypospolitej, przede wszystkim głównodowodzący wojskiem koronnym w latach 1733/1735-1751 Józef Potocki, który od początku lat czterdziestych XVIII w. pozostawał w zdecydowanej opozycji do dworu królewskiego²¹.

Te same zastrzeżenia należy zgłosić do obowiązywania artykułów wojskowych Augusta III dla artylerii koronnej. Z ich preambuły wynika, że zostały w kwietniu 1737 r. wydane na prośbę ówczesnego generała artylerii polskiej Zygmunta Adolfa Rybińskiego, który w dokumencie występuje pod powszechnie używanym przez samego generała imieniem Jan („Johanne”)²². Opracowane zostały „na wzór” artykułów wojskowych dla artylerii Zygmunta III i Władysława IV. Jeżeli chodzi o pierwszego z tych władców, to nie znamy specjalnych przepisów prawnych opracowanych za jego panowania dla artylerii. Możliwe więc, że chodziło o „Artykuły dla puszkarzy” wydane przez Zygmunta Augusta w Lebedziowie 20 XI 1567 r., a potwierdzone przez Zygmunta III w 1589 r.²³ Kolejnym aktem normatywnym adresowanym do korpusu artyleryjskiego były *Artykuły Przesławnej Artylerii* wydane przez Władysława IV w obozie pod Smoleńskiem 6 stycznia 1634 r. Zawierały one zebrane w 24 punktach obowiązki i normy zachowania żołnierzy artylerii, tak w trakcie działań bojowych czy wypełniania obowiązków służbowych w okresie pokoju, jak i w czasie wolnym od służby. Integralną częścią tego aktu normatywnego była rozbudowana rota przysięgi. Autorstwo artykułów wojskowych przypisuje się pułkownikowi Gotthardowi Janowi Platerowi²⁴, a zaaprobowane i nieznacznie rozbudowane przez

¹⁸ W. Organiściak, *Artykuły wojenne Augusta III Sasa z 1749 roku...*, s. 172, 175.

¹⁹ Ibidem, s. 174-175 (cytat ze s. 174).

²⁰ W przypadku badań nad prawem wojskowym i jego praktycznym zastosowaniem największe znaczenie mają akta wojskowe zebrane w Archiwum Główne Akt Dawnych (AGAD), Archiwum Roskie, Militaria, pudła 4-22 (J. K. Branicki) oraz w ANK, APOdh I, II i IV.

²¹ T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 118-120; idem, *Działalność wojskowa hetmana wielkiego koronnego Józefa Potockiego i jego kręgu klientalno-rodzinnego*, [w:] *Władza i prestiż. Magnateria Rzeczypospolitej w XVI-XVIII wieku*, red. J. Urwanowicz, E. Dubas-Urwanowicz, P. Guzowski, Białystok 2003, s. 267-273.

²² ANK, Archiwum Potockich z Krzeszowic, 3209, s. 225-235

²³ S. Kutrzeba, op. cit., s. 138-142; K. Łopatecki, „*Disciplina militaria*”..., s. 557-566.

²⁴ [S. Brodowski], *Artykuły wojenne...*, s. 178; K. Łopatecki, „*Disciplina militaria*”..., s. 570, 575-577, 580.

Władysława IV stały się jednym ze wstępnych elementów przeprowadzonej przez niego reformy artylerii²⁵.

Zdaniem K. Łopateckiego „przepisy z lat 1633-1634, mimo pewnych niedociągnięć redakcyjnych, należy ocenić bardzo wysoko na tle tych z 1567 r. Po pierwsze, omawiane artykuły regulowały szerszy zakres spraw. Po drugie, umiejętnie opracowano w nich system kar i nagród – sankcją zaostrzono, rozbudowano katalog przestępstw zagrożonych karą więzienia i wskazano przestępstwa ściągające na winowajcę karę śmierci, którą wcześniej stosowano w wyjątkowych przypadkach. Za najcięższe przestępstwa (...) uznano dezercję oraz zdradę. (...) na uwagę zasługuje również: wyeksponowanie nagród, które w innych artykułach odgrywały marginalną rolę; (...) usankcjonowanie zwyczajów artyleryjskich, ustalenie płacy za wykonywanie dodatkowych usług na rzecz wojska, zapewnienie opieki na wypadek starości i kalectwa, nowa, rozbudowana rota przysięgi, dostosowana w treści do warunków bojowych”²⁶. Wydanie nowych praw wojskowych, w połączeniu z reformami organizacyjno-finansowymi podniosło dyscyplinę w tej elitarniej formacji sił zbrojnych, co szybko dostrzegła szlachta, która po 1641 r. przestała się interesować dyscypliną w wojskach artyleryjskich²⁷. Zapewniło to długie trwanie artykułów artyleryjskich Władysława IV, do których zmiany czy zmodernizowania nie przymierzano się także w czasach Augusta II. Zapewne dopiero po wpływie kompromitującej postawy nie tylko artylerii, ale praktycznie całego wojska Rzeczypospolitej w trakcie tzw. wojny o sukcesję polską (1733-1735), dostrzeżono potrzebę wydania nie tyle całkowicie nowych, co zmodernizowanych artykułów artyleryjskich. Porównując akt normatywny z 1737 r. z tym z 1634 r. trudno nie zauważyć wielu elementów wspólnych, choć niewątpliwe „augustowskie” są znacznie uboższe pod względem literackim. Zawierają jednak zbliżony katalog obowiązków artylerzystów i grożących im kar. Opracowane przez Augusta III rozpoczynały się od wezwania żołnierzy do życia bogobożnego i „przystojnego”, które w tych z 1634 r. znajduje się w art. 3. W tych z 1737 r. dodatkowo obowiązki natury wyznaniowej i obyczajowej zostały poszerzone o stanowcze zakazy nadużywania imienia boskiego, złorzeczenia, bluźnienia, przeklinania, a także bałwochwalstwa, czarów, zabobonów, „zaklinania broni” i sięgania po inne „czartowskie” praktyki (art. 4 i 5)²⁸. W artykułach artyleryjskich 1634 r. ważniejsze od tych praktyk było unikanie sodomii i „życia nieczystego” (art. 3). Kolejne paragrafy zobowiązywały żołnierzy do wierności oraz oddania królowi i

²⁵ K. Łopatecki, *„Disciplina militaria”...*, s. 583-584.

²⁶ Ibidem, s. 578-579.

²⁷ Ibidem, s. 584.

²⁸ Karanie za czary w wojsku było obce polskiej i litewskiej kulturze prawnej, występowało one natomiast w artykułach wojskowych dla oddziałów ryskich, w tym artylerzystów z 1600 r., oraz autoramencie cudzoziemskim: S. Kutrzeba, op. cit., s. 210; K. Łopatecki, *Charakterystyka „miejskich artykułów wojskowych” na przykładzie „Rigischer Artikelsbrieff” z 1600 roku*, *„Zapiski Historyczne” (ZH)*, 2013, R. 78, nr 2, s. 28.

Rzeczypospolitej, a także bezwzględności posłuszeństwa wobec przełożonych i wykonywania wszystkich ich rozkazów (1634 art. 2; 1737 art. 3). Z tą jedynie różnicą, że w artykułach artyleryjskich z 1634 r. wyliczanie przełożonych rozpoczyna się od pułkownika artylerii, a w 1737 r. od generała artylerii koronnej, ale urząd ten został ustanowiony dopiero w 1635 r. W artykułach artyleryjskich z 1634 r. król zapewniał szczególną ochronę całej kadrze dowódczej i wszystkim urzędnikom artylerii wykonującym obowiązki służbowe (art. 26). W obu aktach normatywnych określono warunki zakończenia służby. Było to możliwe tylko po uzyskaniu abszejtu, który zgodnie z przepisami z 1634 r. należało wydać każdemu żołnierzowi mogącemu wykazać się „dostateczną przyczyną”, chęcią poszukania gdzie indziej lepszych warunków służby czy z powodu złego stanu zdrowia (art. 2). W artykułach artyleryjskich z 1737 r. nie określono warunków otrzymania dymisji, a jedynie stwierdzono, że bez jej uzyskania nie wolno było oddalić się z oddziału i podjąć służby w innym regimencie pod groźbą kar groźących za dezercję (art. 26). W obu artykułach wojskowych zakazywano żołnierzom gier, zwłaszcza hazardowych, a także nadużywania alkoholu i pełnienia, gdy znajdowali się pod jego wpływem, służby wartowniczej. W akcie opublikowanym przez Władysława IV zakazywano także pobytu w miejscach, w których organizowano gry hazardowe, opowiadania o swojej służbie w karczmach oraz poniżania, czy gardzenia współtowarzyszami służby (1634 art. 4 i 5, 1737 art. 6 i 7). W artykułach artyleryjskich z 1737 r. surowe kary „na czci, ciele i życiu” groziły za przekazywanie cudzoziemcom i obcym ludziom informacji o stanie artylerii (art. 13). Zakazane pod groźbą kary więzienia (1634 art. 7), a nawet śmierci (1737 art. 8) były kłótnie, bójki, a zwłaszcza pojedynki. Dopilnować tego mieli przełożeni. W obu artykułach dużą wagę przywiązywano do należytego wypełniania obowiązków służbowych oraz troski o powierzony sprzęt wojskowy. Jeżeli chodzi o pierwszą kategorię, to szczególną wagę przywiązywano do służby wartowniczej. W artykułach artyleryjskich z 1634 r. żołnierzom nakazano obowiązkowe jej pełnienie przez cały wyznaczony czas aż do zluźnienia; niepodmieniania się i wynajmowania zastępców; stawiania się na wartę w stanie nietrzeźwości, a w trakcie jej pełnienia spożywania alkoholu; wpuszczania nieznanymi osobami do arsenału, na baterie, jak i zezwalanie im na oglądanie, dotykanie i mierzenie dział czy moździerzy (art. 9, 10, 11, 12). W sposób bardzo zwięzły (z wyjątkiem ostatniej powinności) powtórzono to w 1737 r. (art. 15, 16, 24). W obu aktach wprowadzono obowiązek bezwłocznego przybycia z całym wyposażeniem do arsenału, magazynu lub na wyznaczone miejsce w polu w czasie pożaru, a w 1737 r. także na wypadek innej klęski żywiołowej (1634, art. 20). W prawach wojskowych z 1634 r. sporo przy tym uwagi poświęcono innym niż wartowniczym obowiązkom służbowym, gdyż wprowadzono nakaz stawiania się wszystkich żołnierzów rano i wieczorem przed kwaterą dowódcy w celu wysłuchania rozkazów dziennych (art. 15); oraz pozostawianie po zejściu z warty w stałej gotowości do podjęcia służby, także bojowej

i związanej z obsługą dział. Stawiać się mieli z bronią, ładownicami, lontami i innym sprzętem artyleryjskim (art. 15, 16, 17). Nawet gdy zwolnieni byli od jakichkolwiek obowiązków służbowych, nie mogli bez wiedzy przełożonych oddalać się w dzień od fortecy czy obozu na odległość strzału armatniego (art. 19). Samowolne opuszczenie bez urlopu miejsca pełnienia służby karane miało być zakuciem w kajdany i więzieniem (art. 20). Szczególną gotowość do pełnienia służby i troskę o bezpieczeństwo mieli artylerzyści wykazywać w trakcie obecności króla lub cudzoziemców w arsenale (art. 18). Wszystkim artylerzystom nakazano, aby „pilnie się ćwiczyli w swoich sztukach i naukach i sposabiali się do tego wszystkiego, co po każdym wyciąga jego służba i powinności”²⁹ (art. 33). W artykułach artyleryjskich z 1737 r. od artylerzystów wymagano jedynie umiejętności obsługi dział, zakazując im ładowania i strzelania z nich bez wiedzy i rozkazu przełożonego oficera (art. 11 i 19). W trakcie pełnienia zwykłej, pokojowej służby jedynym obostrzeniem była konieczność przebywania po capstrzyku w swoich gospodach (art. 20). Szczególnym okresem pełnienia służby był czas wojenny. W 1634 r. król, choć przepisy prawne wydane zostały w trakcie walk o Smoleńsk z Rosjanami, poświęcił temu tylko dwa artykuły. Podkreślono w nich, że każde oddalenie się z oddziału, a tym bardziej przejście na stronę nieprzyjaciela będzie karane „na ciele i życiu” (art. 21). Takie same kary groziły za utrzymywanie kontaktów z nieprzyjacielem, a także za niezadenuncjowanie współtowarzyszy szykujących się do zdrady czy podejmujących jakieś podejrzanе działania (art. 22). Praktycznie identyczne były postanowienia w tych materiałach artykułach artyleryjskich z 1737 r., w których dodano wśród katalogów kar przybicie do szubienicy tabliczki z imieniem nieujętego dezertera (art. 14, 21). Surowo karane miało być też porzucenie posterunków ochraniających własny obóz, a nawet spanie w trakcie pełnienia na nich służby (art. 24). Zakazane było udawanie się w trakcie prowadzonych działań bojowych na rabunek i po łupy, ale dozwolone to było „po wygranej sprawie” i za przyzwoleniem dowódców (art. 25). Wiele uwagi w 1737 r. poświęcono należytej trosce o arsenały i prochownie, sprzęt i amunicję artyleryjską, a także broń osobistą. Musiała być starannie czyszczona i konserwowana, zabezpieczona przed uszkodzeniem czy zniszczeniem. O zauważonych uszkodzeniach żołnierze zobowiązani byli bezzwłocznego zameldować przełożonym – gdy byli winni szkody ponosili odpowiedzialność materialną, a w przypadku zniszczenia sprzętu artyleryjskiego groziła im nawet śmierć (art. 9, 10, 12, 19). Stosunkowo lakonicznie i tylko w odniesieniu do sprzętu artyleryjskiego omówiono to w prawach ogłoszonych przez Władysława IV (art. 13), przez co można odnieść wrażenie, że w drugiej ćwierci XVIII w. szczególną bolączką był brak należytej troski o sprzęt artyleryjski. I tak w rzeczywistości było, a artylerzystów służących w Kamieńcu Podolskim, Białej Cerkwi, Okopach Świętej Trójcy tłumaczy fakt, że praktycznie wszystkie działa i moździerze ustawione były na bateriach. W innych zaś

²⁹ S. Kutrzeba, op. cit., s. 230.

arsenałach, z wyjątkiem Warszawy, pod ich pieczę znajdował się sprzęt zdecydowanie przestarzały, niekompletny, uszkodzony lub wręcz nadający się jedynie na przetopienie (złomowanie)³⁰. W artykułach artyleryjskich z 1634 r. pojawiły się natomiast przepisy o obowiązkach cejkwartów (cejgwartów) i fajerwerków (ogniomistrzów). Pierwsi jako gospodarze arsenału mieli pod swoją pieczę klucze do jego pomieszczeń (art. 14). Do zadań fajerwerków należało czyszczenie i mielenie saletry, aby stała się zdatna do produkcji dobrego prochu, a także wykonywanie różnych prac naprawczych w arsenałach. Wykraczało to poza ich obowiązki służbowe i dlatego mieli otrzymywać dodatkową zapłatę w wysokości 24 groszy za każdy przygotowany cetnar saletry oraz 54 grosze tygodniowo za prace wykonane w arsenałach (art. 24). Artykuły wojskowe z 1634 r. zawierały też gwarancje dla artylerzystów należycie wywiązujących się ze swoich obowiązków – była to wypłata żołdu co miesiąc lub kwartalnie, wymiana munduru raz do roku (art. 25), a także wolności i przywileje, z których korzystały korpusy artylerii w innych państwach europejskich (zakończenie). Ponadto artylerzyści, którzy odnieśli w trakcie wypełniania obowiązków rany uniemożliwiające im dalsze służbę, mieli otrzymać dożywotnie utrzymanie, a gdyby zdecydowali się opuścić Rzeczpospolitą odprawę („słuszną nagrodę” – art. 2). W artykule 8 zapowiedziano też, że artylerzyści mogli otrzymać od króla pardon (zapewne za sumienną służbę), który kasował wszystkie popełnione przez nich występki przed podjęciem służby wojskowej. Takich sytuacji nie przewidywały artykuły artyleryjskie z 1737, który nakazywał bezwzględne usuwanie bez dymisji (czyli i odprawy) z artylerii wszystkich żołnierzy, którzy popełnili jakiegokolwiek przestępstwa. Jeżeli w grę wchodziły czyny kryminalne (zabójstwo, kradzież, rozbój, a także cudzołóstwo), żołnierz podlegał pod prawo pospolite (art. 23, 30). Takich szczegółowych zapisów regulujących obowiązki i przywileje żołnierzy artylerii nie ma w prawach Augusta III. Jedynie w artykule 34 zagwarantowano im regularne wypłacanie żołdu i lenungu, a także wydawanie munduru i bielizny („przymunderunek”). W kilku przepisach prawnych zawarto natomiast restrykcyjne postanowienia dotyczące się obowiązków i zachowania żołnierzy w miejscach stacjonowania, które jak wynika z artykułu 29 obowiązywały ich od chwili odebrania pierwszego lenungu, czyli wyprowiantowania. Od tego momentu nie mogli pozostawać w jakichkolwiek związkach z kobietami podejrzanej konduity, a gdy chcieli zawrzeć związek małżeński, musieli uzyskać zgodę bezpośredniego przełożonego, potwierdzoną następnie przez generała artylerii (art. 17)³¹. Zadbać musieli o utrzymywanie dobrych relacji z właścicielami domów, w których zostali zakwaterowani, unikać wszelkich „niepoczciwych akcji” oraz szkodenia osobom zaopatrującym armię w żywność i inne

³⁰ T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 150-198.

³¹ T. Ciesielski, *Rodzina wojskowa w połowie XVIII wieku*, [w:] *Rodzina i gospodarstwo domowe na ziemiach polskich w XV-XX wieku. Struktury demograficzne, społeczne i gospodarcze*, red. C. Kukło, Warszawa 2008, s. 231-246; K. Łopatecki, *Związki małżeńskie i pozamałżeńskie w armii koronnej i litewskiej w XVI i XVII stuleciu – prawo i stan faktyczny*, „Miscellanea Historico-Iuridica” (MH-I) 2014, t. 13, z. 2, s. 47-71.

„towary” (art. 29, 30, 31). Surowo zakazane było grabienie i niszczenie kościołów, klasztorów, ratuszy, magazynów, młynów, piekarni, kuźni i innych obiektów użyteczności publicznej (art. 27). Za wszystkie wykroczenia groziły surowe kary, od degradacji w przypadku nienależytego wykonywania obowiązków służbowych aż po utratę życia w przypadku zdrady w trakcie wojny, dezercji czy popełnienia przestępstw kryminalnych. W przypadku tych ostatnich nawet uzyskanie pardonu nie skutkowało całkowitym uwolnieniem od kary (art. 32, 33).

Artykuły artyleryjskie Augusta III były znacznie bardziej dostosowane do realiów służby czasu pokoju niż wydane przez Władysława IV. Jednak nie stały się prawem obowiązującym w wojsku koronnym, o czym świadczy nie tylko brak ich przedruków w zbiorach prawa wojskowego, odpisów w spuściznach archiwalnych komendantów twierdz, dowódców arsenałów czy oddziałów artylerii. Nie zachowały się też żadne przekazy źródłowe świadczące, że zapoznawano z nimi artylerzystów w wojsku koronnym czy litewskim, czy o ich wykorzystywaniu w praktyce sądowniczej. I w ich przypadku należy domniemywać, że do wprowadzenia w życie tej niewielkiej, a potrzebnej reformy prawa wojskowego nie dopuścił hetman wielki koronny Józef Potocki. Choć w 1737 r. był jednym z przywódców stronnictwa pozostającego w sojuszu z dworem królewskim, to jako głównodowodzący armią koronną skwapliwie strzegł zakresu swojej władzy wojskowej, ostro reagując na wszelkie próby jej naruszenia. Jego stosunek do Zygmunta Adolfa Rybińskiego był nieufny od samego momentu jego nominacji na generała artylerii, a w niektórych okresach wręcz wrogi. Nie mogło jednak być inaczej, skoro po nadaniu 9 XII 1735 r. Rybińskiemu urzędu generała artylerii koronnej mówiło się w Warszawie, że August III wybrał go, gdyż „sam chce w artylerii koronnej porządek uczynić”³². Nic więc dziwnego, że Potocki uważnie kontrolował poczynania Rybińskiego, podkreślając jego zależność służbową od siebie. Gdy generał artylerii podejmował działania, które wzbudzały podejrzenia hetmana, ten nie wahał się udzielać mu ostrych reprymend oraz grozić zastosowaniem sankcji karnych i to z całą surowością artykułów wojskowych. W kwietniu 1737 r. pretekstu do tego dostarczyła sprawa kapitana Antoniego Arciszewskiego, który za swoje wykroczenie został, zdaniem Potockiego, zbyt łagodnie ukarany. Hetman zażądał zaostrzenia kary, grożąc Rybińskiemu w liście napisanym w Stanisławowie 27 IV 1737 r., że „mam władzę i potrafię jej zażyć”³³. Nie można wykluczyć, że artykuły dla artylerii zostały wydane jako reakcja dworu na ten spór hetmana z generałem artylerii w celu wzmocnienia pozycji tego ostatniego. Niezależnie od motywów ich powstania, nadanie im mocy obowiązującej w wojsku koronnym było dla Józefa Potockiego nie do przyjęcia. Skutecznie przeciwstawił się monarsze, a Rybińskiego zmusił

³² A. F. Cichocki do J. A. Załuskiego, Warszawa 21 XII 1735, [w:] *Korespondencja Józefa Andrzeja Załuskiego*, wyd. B. S. Kupyś i K. Muszyńska, Warszawa 1968, s. 517; T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 148.

³³ J. Potocki do Z. A. Rybińskiego, Stanisławów 23 IV 1737, AGAD, Archiwum Publiczne Potockich (APPot), 127, s. 172; T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 150.

latem 1738 r. do uległości. Doszło do tego po ostrej reprimendzie udzielonej przez hetmana generałowi artylerii, gdy ten bez skonsultowania się z nim nakazał przewieźć 6 armat z Kamieńca Podolskiego do Lwowa³⁴.

Ukorzenie się Zygmunta Adolfa Rybińskiego zapewne ostatecznie przekreśliło zamiary nadania mocy obowiązującej w wojsku koronnym artykułom artyleryjskim Augusta III, o których szybko zapomniano, jak o każdej nieudanej próbie reformatorskiej. Zwłaszcza, że 12 lat później król podjął kolejną próbę zmiany obowiązującego prawa wojskowego. Jak wynika z tytułów opracowanych w 1749 r. *Artykułów Wojennych* obowiązywać one miały także w korpusach artylerii. Wraz z ich wydaniem nastąpił „De iure koniec ery funkcjonowania odrębnych artykułów artyleryjskich”³⁵. Dyplomy królewskie z 1737 r. wylądowały w archiwach – w 1765 r. w tzw. Archiwum Artylerii Koronnej znajdowała się „kopia artykułów artylerii koronnej, anno 1737”³⁶. Karol Łopatecki na podstawie tego zapisu w inwentarzu archiwalnym zadał sobie pytanie „Czy mowa tu o kolejnych artykułach artyleryjskich?” I kierując się brakiem wzmianki o nich w pracach Brodowskiego opublikowanych w latach 1753-1754 stwierdził: „Wydaje się to wątpliwe, chodzi raczej o odpis przepisów z 1634 r.”³⁷.

Aneks

ARTYKUŁY WOJSKOWE ARTYLERII KORONNEJ, DREZNO 27 IV 1737

opracował Tomasz Ciesielski

W spuściźnie archiwalnej po Potockich z Krzeszowic, przechowywanej obecnie w Archiwum Narodowym w Krakowie, zachował się dyplom królewski z 1737 r. ustanawiający *Artykuły Wojskowe Artylerii Koronnej* (sygn. 3209, s. 225-235), który niewątpliwie zasługuje na opublikowanie, choć od jego powstania minęło blisko 300 lat i zapewne nigdy nie stał się obowiązującym prawem. Stanowi jednak cenny zabytek polskiego prawa wojskowego zasługujący na wprowadzenie do obiegu naukowego. Tekst źródła został opracowany zgodnie z obowiązującymi zaleceniami wydawniczymi źródeł staropolskich³⁸. Przede wszystkim

³⁴ Z. A. Rybiński do J. Potockiego, Warszawa 19 VI 1737; J. Potocki do Z. A. Rybińskiego, Stanisławów 1 i 10 VII 1737, AGAD, APPot, 127, s. 633-634, 645; T. Ciesielski, *Armia koronna...*, s. 150.

³⁵ K. Łopatecki, „*Disciplina militaria*”..., s. 585.

³⁶ S. Skrzyński, *Inwentarz archiwum artylerii koronnej z 1765 r.*, „*Studia i Materiały do Historii Wojskowości*” 1960, t. 6, cz. 1, s. 278-279.

³⁷ K. Łopatecki, „*Disciplina militaria*”..., s. 585.

³⁸ Przede wszystkim: *Instrukcja wydawnicza dla źródeł historycznych od XVI do połowy XIX wieku*, red. K. Lepszy, Wrocław 1953.

zadbałem o zachowanie brzmienia języka źródła, ale starając się zastosować, w miarę możliwości, współczesną pisownię i interpunkcję. W przypadku tej ostatniej zakres ingerencji jest dość spory, gdyż nie zawsze znaki interpunkcyjne zostały w źródle zastosowane zgodnie ze współczesnymi regułami, a niekiedy też ich brakuje. Przetastawienie lub wprowadzenie tych znaków było konieczne, aby ułatwić zrozumienie poszczególnych zdań, nie zmieniając jednak sensu przekazu tekstu. Skrótury zostały rozwinięte, a zaznaczono to przez umieszczenie nawiasu kwadratowego. W ten sam sposób zaznaczono wprowadzenie brakujących w wyrazie liter. Spójnik „y” zastąpiłem przez „i”. Zmodernizowałem pisownie złożzeń składających się z liter „yi”, „yj”, „ji” na „ji”, „ii”, „tt”, na „t”, a tam gdzie to było potrzebne, zamieniłem litery s, a i e na ś, ą i ę. Występujące w oryginalnym zapisie „bydź” zastąpiłem przez „być”; a „ciężkim” przez „ciężkim”.

Augustus III Dei Gratia Rex Poloniae, Magnus Dux Lithuaniae, Russiae, Prussiae, Masoviae, Samogitiae, Kyoviae, Volhyniae, Podoliae, Poldachie, Livoniae, Smolensciae, Severiae, Czerniechoviaequae, Nec Non Haereditarius Dux Saxoniae et Principes Elector¹

Significamus praesentibus Litteris Nostris quorum interest universis et singulis. Supplicatum Nobis esse a Generoso sincere Nobis dilecto Johanne Rybiński², Artilleriae sive Rei tormentariae Nostrae et Regni Generali Pra[e]fecto ut subsequentes Articulos Militares Artilleriae Nobis exhibitos ad exemplum Serenissimum Antecessorum Nostrorum Regum Poloniae Sigismundi III^{ti} et Vladislai IV^{to} approbare confirmamre et ratificare dignemur; quorum Articulorum tenor de Verbo ad Verbum est talis³

ARTYKUŁ PIERWSZY. Ponieważ wszelkie Błogosławieństwo, szczęście i powodzenie dobre, szczególnie i jedynie od samego Najdobrotliwszego Boga

¹ August III Z Bożej Łaski Król Polski, Wielki Książę Litewski, Ruski, Pruski, Mazowiecki, Żmudzki, Kijowski, Wołyński, Podolski, Podlaski, Inflancki, Smoleński, Siewierski i Czernichowski, Jak Też Książę Saksonii i Książę Elektor

² Zygmunt Adolf Rybiński, który objął ten urząd 1 XII 1735 r. po Janie Klemensie Branickim (otrzymał buławę polną koronną) i dowodził artylerią do śmierci 29 VIII 1746. W latach 1714-1724 generałem artylerii koronnej był inny Rybiński, brat Zygmunta Adolfa, Jakub Zygmunt: *Urządnicy centralni i nadworni Polski XIV-XVIII wieku. Spisy*, red. A. Gąsiorowski, oprac. K. Chłapowski, S. Ciara, L. Kądziała, T. Nowakowski, E. Opaliński, G. Rutkowska, T. Zielińska, Kórnik 1992, nr 107 i 110, s. 38.

³ Oznajmiamy niniejszym Pismem Naszym, które do wszystkich i do każdego zainteresowanego jest (adresowanego wszem i wobec). Upraszeni byliśmy przez szlachetnego szczerze przez Nas umiłowanego Jana Rybińskiego, artylerii czyli ludwisarza Naszego i Królestwa Generalnego Zwierzchnika, żeby następujące Artykuły Wojskowe Artylerii Naszej ogłosić na wzór Najjaśniejszych Poprzedników Naszych Zygmunta III-ego i Władysława IV-ego, aprobować, utwierdzić i ratyfikować autorytetem naszym (godnością naszą), których Artykułów brzmienie (zawartość) słowo w słowo jest takie (taka):

pochodzi zaczyn każdy ober i unter officier⁴, tudzież i prosty artyllerysta⁵ i wszyscy puszkarze⁶, i każdy pod artyllerią Koronną służący powinien nade wszystko bogobojnie i przystojnie żyć i sprawować się.

ARTYKUŁ WTÓRY. Przy tym J. K. M. Augustowi i Najjaśniejszej Rzeczypolitej we wszystkim wiernie, ohotnie, poczciwie i szczerze służyć, wszelkie dobro i commodo⁷ w każdej okazji, według możności usilnie pomnażać, a za wszelkim szkodom, stratom i niebezpieczeństwom ze wszystkich sił zabiegać i od nich ochraniać, i jeżeliby co takowego do wiadomości jego przyszło, bez najmniejszego omieszkania przełożonym swoim objawić i opowiedzieć powinien.

ARTYKUŁ TRZECI. Teraźniejszemu Generałowi Artylerii Koronnej, albo [s. 228] któryby onemu w tym urzędzie kiedykolwiek sukcedował⁸ i wszystkim przełożonym ober i unter officierom, aby każdy powinien i należyty respekt, i posłuszeństwo pełnił, wydane od nich rozkazy i zakazy punktualnie wykonywał i wszystko, cokolwiek tylko bądź w fortcach, bądź w cekhauzach⁹ lub obozie według okoliczności czasu i potrzeby ordynować będą, durante tempore¹⁰ służby swojej jako najlepiej, tak jak każdemu poczcliwość kochającemu i doskonałemu artylleryście należy, we wszystkim bez żadnego sprzeciwienia się obserwował, a kto by przeciwko temu wykroczył, takowy pro per juro ma być poczytany, przed sąd stawiony i według trybu wojskowego za uznaniem karany.

ARTYKUŁ CZWARTY. Żaden nie powinien Najwyższego Boga zapominać, a tym mniej Świętego Imienia i słowa Jego brać nadaremno, albo bluźnić, ale od przeklinania i swawolnej mowy powinien się wstrzymać pod karą na ciele i życiu.

ARTYKUŁ PIĄTY. Wszelkie bałwochwalstwa, czary, zabobony, zamawiania strzelby i inne podejrzone czartowskie kunszta, przy których Najświętsze Imię Boskie nadaremnie brane, albo łzone bywa mają nade wszystko zakazane.

ARTYKUŁ SZÓSTY. Każdy pod artyllerią służący, tak konny, jako i pieszy, czy to feierwerk¹¹, czyli puszkarz, albo jaki inny rzemieś[.]nik i wszystkie do artylerii należące osoby, bądź kto chce, będący czy to w fortcach, czy w obozie, powinny się wstrzymać od nienależytego grania i kosterstwa¹², przez które

⁴ Oficer i podoficer.

⁵ Artylerzysta.

⁶ Artylerzysta obsługujący działa – kanonier.

⁷ Wygody.

⁸ Tu: „któryby po nim ten urząd przejął”.

⁹ Arsenalach.

¹⁰ W czasie trwania.

¹¹ Kanonier.

¹² Oszustwa (szulerstwa).

często nieszczęścia pochodzą, kto by zaś przeciw temu zakazaniu wykroczył ma być więzieniem, albo według okoliczności surowszą karą karany.

ARTYKUŁ SIÓDMY. Zbyteczne pijaństwo, osobliwie będącym na warcie, w fortcach, cekhauzach¹³ et laboratoriiis¹⁴, także w obozie na bateriach¹⁵ wcale się zakazuje, a który przeciw wykroczy, ma być serio karany, ile gdy takowy, który w pijaństwie excess¹⁶ popełni, tym się wymawiać nie może, ale tym bardziej dlatego, że przez pijaństwo [s. 229] zgrzeszył, surowej karze podlegać będzie.

ARTYKUŁ ÓSMY. Wszelkie zwady, swary, kłótnie, niepotrzebne hałasy, za łby rwanie, passowania¹⁷ i pojedynki na każdym miejscu wszystkim prostym artyllerystom, jako też i unter officierom absolute¹⁸ zakazuje się pod karaniem na ciele i na życiu. In quantum by się zaś przytrafiło, żeby między dwiema lub trzema wszczęła się jaka niezgoda, tedy zaraz powinno być o tym doniesiono officierowi i według jego zdania i dyspozycji ma być rzecz rozprawiona.

ARTYKUŁ DZIEWIĄTY. Żaden nie powinien powierzonej sobie broni, munderunku¹⁹ i innych requizytów²⁰ bez potrzeby zażywać, pasować, łamać lub inszym jakim sposobem w nich szkodę uczynić, dopieroż [s]przedać, zastawić lub przegrać, albo w inszy jaki nienależyty sposób stracić, pod ciężkim aresztem i restytucją z własnych swoich pieniędzy zgubionej rzeczy. A jeżeliby który nie miał sposobu do restytucji, ma być onemu co miesiąc proporcjonalnie odciążone z jego traktamentu póty, póki rzeczy zgubionej nie będzie bonifikacja.

ARTYKUŁ DZIESIĄTY. Każdy powinien to, cokolwiek z amunicji, prochów, ołowiu i innych do artylerii należących materiałów powierzono mu będzie, z jak największą pilnością i staraniem konserwować i przypilnować, a jeżeliby się przez nie dozór i z okazji czyjej stała jaka szkoda, za to odpowiadać, i według circumstances²¹ rzeczy, karania spodziewać się ma.

ARTYKUŁ JEDENASTY. Żaden nie powinien powierzonej mu armaty, móżdżierzy nabijaniem przesadzać, bez potrzeby i wiadomości przełożonego officiera swego ognia nie dawać, owszem to wszystko, do czego kto komenderowany będzie i powinien, aby przy armacie żadnego nie było omieszkania, kto by zaś przeciw temu wykroczył na honorze, ciele i na życiu ma być karany.

¹³ Arsenałach.

¹⁴ Tu: warsztatach wyrabiających proch, prochowaniach.

¹⁵ W tekście jest „batteriach”.

¹⁶ Wykroczenie.

¹⁷ Tu: siłowanie.

¹⁸ Kategorycznie.

¹⁹ Munduru.

²⁰ Tu: i innego wyposażenia.

²¹ Okoliczności.

ARTYKUŁ DWUNASTY. Wszyscy generaliter²² przy cekhauzach znajdujący się kommenderujący²³ ober officierowie, osobliwe kommendę mając, także unter officierowie i prości [s. 230] pilne staranie o tym mieć powinni, aby armaty, strzelby²⁴, amunicje i inne do artylerii należące instrumenta²⁵, armatury²⁶ i rzeczy należycie dozierane czysto, polerownie i w dobrym porządku utrzymywane były. A jeżeliby się to stać nie miało, tedy bez odwłoki Przełożonemu officierowi doniesiono ma być. A gdyby przez którego niedozór szkoda i niebezpieczeństwo stało się, takowy za to odpowiadać i na życiu karany być ma.

ARTYKUŁ TRZYNASTY. Żaden z officierów, unter officierów i prostych, tak cekhauzów²⁷, jako i samej artylerii sytuacji i dyspozycji, obcym i zagranicznym ludziom objawić nie ma i opisywać, ale to wszystko w zamilczeniu wiernie u siebie zachować, a kto by przeciwko temu wykroczył, ma być na czci, ciele i życiu karany.

ARTYKUŁ CZTERNASTY. Z nieprzyjacielem, aby żaden nie miał komunikacji, rokowania i korespondencji, ani żadnego innego porozumienia, a jeszcze tym mniej, aby nieprzyjacielskiego znaczką nie nosił, inaczej takowy każdy na czci i życiu swoim karany będzie.

ARTYKUŁ PIĘTNASTY. Bez wiadomości kommendę mającego officiera, aby żadnych obcych i nieznanomych osób do cekhauzów nie wprowadzano, ani onych wpuszczano, także i na bateriach blisko armat i moździerzów chodzić i onych zapałów, ani samych rur dotykać się i mierzyć żadną miarą nie pozwalano. A kto by się ważył to czynić, aby takowego zaraz w areszt wziąć, i o tym officierowu kommendę mającemu do dalszych disquizycji²⁸ donieść, pod karą noszenia kul i pod więzieniem.

ARTYKUŁ SZESNASTY. Żaden nie powinien sobie straży i warty, ani innej jakiegokolwiek powinności, do której kommenderowany będzie, opuścić póki teje służbie i powinności swojej za dosyć nie uczyni, a który przeciwko temu postąpi, takowy przed sąd stawiony i według okoliczności rzeczy, na honorze, ciele i życiu karany być ma.

ARTYKUŁ SIED[E]MNASTY. Swywolnych i podejrzanych białogłów albo wszetecznic i konkubin, aby żaden do artylerii przy sobie nie chował, ani w obozie, ani w kwaterach i onych z sobą nie [s. 231] woził, alias²⁹ należytej podlegać będzie karze. Jeżeliby zaś który z artylleryzystów w poczcwiwy stan małżeński

²² Ogólnie, tu: bez wyjątku.

²³ Dowodzący.

²⁴ Tu: inna broń palna.

²⁵ Tu: wyposażenie.

²⁶ Tu: narzędzia.

²⁷ Arsenałów.

²⁸ Tu: podjęcia dalszych kroków dyscyplinarnych.

²⁹ Inaczej.

wstąpić chciał, tedy powinien to wprzód samemu przełożonemu officierowi opowiedzieć i o pozwolenie upraszać. A za tym jeżeli to postanowienie będzie dla niego pożyteczne, onemu in scripto konsens³⁰ od Generała Artyllerii ma być dany.

ARTYKUŁ OS[IE]MNASTY. Kiedy się jaka trwoga, pożar albo burza przytrafi, lub w takowych miejscach, gdzie się cekhauz, albo też magazyn znajduje lub też w polu, czy to w dzień, czyli w nocy, tedy powinni wszyscy z bronią, lontami, cyntrutami³¹ i innemi do artyllerii należącemi instrumentami zaraz przed gospodę officiera kommendę mającego stawać i tam dalszego oczekiwać ordynansu, jeżeliby zaś który albo przez niedbalstwo tam się nie stawił, albo też bez pozwolenia stamtąd odszedł, to takowy za nieposłusznego uznany i na przykład innym surowo ma być karany.

ARTYKUŁ DZIEWIĘTNASTY. Każdy który będzie komenderowany czy to w pole, czy to do fortecy do dania ognia z armat, albo też do rzucania moździerza, takowy powinien według należytej proporcji i kunsztu artyllerycznego, tak jako się najlepiej nauczył wyrzuchiwać i palić oraz jeżeliby potrzeba tego wyciągała, aby wiedział znowu wyładować. Kiedy zaś który powierzoną mu armatę lub moździerz znajdzie w czym szkodliwie nadpsowany, powinien zaraz officierowi swojemu o tym oznajmić i pokazać pod karaniem według uznania jego niedbalstwa i okoliczności rzeczy.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY. Żaden nie ma w nocy z swojej absentować się gospody, ale zaraz po wybitym capstrichu³² w niej się znajdować, w czym, gdy kto wykroczy, płazowaniem albo noszeniem kul karany będzie.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY PIERWSZY. Nie powinien żaden bez wyraźnie na piśmie otrzymanego pozwolenia absentować się od swojej kompanij i uchodzić, bo takowy, który by to uczynił i kryjomym sposobem od artyllerii uciekł, w gospodzie nie nocował, albo w cale do nieprzyjaciela przebiegł, albo z pola uciekł, według trybu wojskowego, [s. 232] gdy będzie złapany, bez żadnego miłosierdzia ma być obwieszony. A jeżeliby osoby jego nie można było dostać, tedy przez edykt cytowany³³, pro invindicabili capite³⁴ uznany, szelmowany i imię jego przez kata do szubienicy ma być przybite.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY WTÓRY. Wszyscy artylleryzystowie generalnie powinni się od buntowania i rozruchów, jak najpilniej wstrzymywać i żądnych schadzek bez wiadomości officierów nie miewać pod karaniem na ciele i na

³⁰ Pisemna zgoda.

³¹ Zapalami armatnimi?

³² Capstrzyku.

³³ Tu: w edykcie wymieniony z imienia.

³⁴ Tu: za takiego, którego zabicie nie będzie karane.

życiu, a ci którzy by się buntować i rebelizować³⁵ ważyli, a osobliwie authores³⁶ i namówcy, bez żadnego pardonu rozstrzelani będą.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY TRZECI. Wszelkie insze pospolite, a nieszczęśliwie żołnierskie przestępstwa, jako to: złodziejstwo, zabójstwo, cudzołóstwo, rozboje i tym podobne mają być według prawa pospolitego w Koronie Polskiej sądzone i karane.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY CZWARTY. Nie powinien także żaden powierzony sobie poczty albo straży porzucić, ani na niej dać się śpiącym znaleźć, a kto przeciwko temu wykroczy, ma być sądzony i według trybu wojkowego karany. Delinquent³⁷ zaś na szyldwachu bez żadnej klemencji gardło tracić.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY PIĄTY. Podczas wojny, gdy fortece albo obozy nieprzyjacielskie odbierane będą, nie ma się żaden od artylerii na łup i rabunki udawać, ale tylko to czynić, co mu rozkazano będzie. A pierwaj do niczego się nie odważać aż po wygranej sprawie, ubezpieczenie stanie, albo mu na to od officierów komendę mających pozwolenie dane będzie, a to pod karą gardła.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY SZÓSTY. Żaden w służbie pod artyllerią zostający, pierwaj póki formalnego nie otrzyma abszejtetu³⁸ pod inszy regiment albo w inszą służbę zaciągiwać się nie powinien, a kto by to uczynił, takowy jako krzywoprzysięzca i zbieg sądzony i karany być ma.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY SIÓDMY. Kościoły, klasztory, ratusze, magazyny, młyny, piekarnie, kuźnie i inne do pospolitego używania potrzebne domy [s. 233] i miejsca warują się, aby onym swywolnie żadnej nikt nie czynił szkody i ruiny, inaczej contra veniens³⁹ surowo karany będzie.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY ÓSMY. Powinien także każdy w naznaczonej onemu gospodzie z gospodarzem i jego ludźmi uczciwie i zgodnie się obchodzić, a kto by się inaczej sprawował, ma być według uznania okoliczności rzeczy arezstem, albo jeszcze i surowiej karany.

ARTYKUŁ DWUDZIESTY DZIEWIĄTY. Wszyscy generaliter, którzy w przyszły czas pod artyllerią zawerbowani będą, jak prędko pierwszy lenung⁴⁰ odbiorą, choćby się jeszcze i przysięgą nieobowiązali, przeciej według tych artykułów sprawować się powinni i obowiązani są, a in casu contrawencji⁴¹, karom w nich opisanym podlegać mają

³⁵ Wszczynać rebelię.

³⁶ Autorzy.

³⁷ Winowajca.

³⁸ Dymisji ze służby.

³⁹ Podążający drogą.

⁴⁰ Wyprowiantowanie.

⁴¹ A w przypadku przeciwnego postępowania.

ARTYKUŁ TRZYDZIESTY. Żaden, który jaką niepoczciwą popełnił akcją, albo był w katowskich rękach, nie ma być pod artyllerią cierpiący, ale bez abszejtu od niej odegnany.

ARTYKUŁ TRZYDZIESTY PIERWSZY. Ludziom prowiant i towary przywożącym nikt nie powinien czynić krzywdy, inaczej za to surowej karze podpadać będzie.

ARTYKUŁ TRZYDZIESTY WTÓRY. In quantum by ktokolwiek służby swojej według powinności szarży swej należycie nie obserwował i onej nie pełnił, takowy według circumstancji rzeczy degradowany, kassowany, albo jeżeli występki będzie wielki, na czci i życiu ma być karany.

ARTYKUŁ TRZYDZIESTY TRZECI. Jeżeliby się przytrafiło, że który unter officier albo puszkarz główne jakie delictum⁴² popełni, dla którego by życie stracić musiał, jednakże z ważnych jakich przyczyn był pardonowany i uwolniony, tedy takowy miasto traceniu gardła, degradacją i bieganiem przez różgi, tak jako to mu według zważenia okoliczności rzeczy przysądzone będzie, karany być ma.

ARTYKUŁ TRZYDZIESTY CZWARTY. Wzajemnie zaś każdemu Artylleryście obiecuje i deklaruje się, że mu jego naznaczony lenung i traktament⁴³, także munderunek⁴⁴ i przymunderunek⁴⁵, zawsze jako się rozporządziła i postanowił punktualnie płacony i dawany będzie.

[s. 234]

Te wszystkie wzwyz opisane ARTYKUŁY ordynuje i rozkazuje Naj[j]aśniejszy Król Je[go] M[ość], aby w całej Artyllerii Koronnej publikowane i na zawsze obserwowane były, których contenta⁴⁶ wszyscy pod artyllerią zostający officierowie, unter officierowie i prości we wszystkim wykonać według rozkazu i zakazu onych sprawować się powinni, dlaczego też z nich każdy przysięgą obowiązany być powinien, w ten tudzież następujący sposób.

Formula Juramenti⁴⁷. Wszystko to, co mi tu teraz wzwyz opisanych Artykułach wyrażonemi słowy przeczytano, chcę zawsze statecznie i nieprzełomnie⁴⁸ dotrzymać i temu wszystkiemu za dosyć uczynić albo w nie dotrzymaniu tego postanowionemu w nich karaniu podlegać. Tak mi Panie BOŻE W TRÓJCY ŚWIETEJ JEDYNY dopomóż i niewinna męka CHRYSYTA PANA, Amen.

⁴² Przepięstwo.

⁴³ Żołd.

⁴⁴ Mundur.

⁴⁵ Bieliznę.

⁴⁶ Zawartość, tu: postanowienia.

⁴⁷ Rota Przysięgi.

⁴⁸ Niezłomnie.

Cui quidem Supplication benigne annuentes, Artilleriam[ue] Nostram et Reipublicae circa bonum ordinem et exactam disciplinam conservaturi. Nos Augustus III Rex Poloniae, praenominatos Articulos hic insertos omnis et singulos, in omnibus eorum punctis, clausulis, conditionibus, singulisque et universis contentis, quantum Juris ratio et usus eorundem Articulorum paritur auctoritate Nostras Regias, approbamus, confirmamus et ratificamus eos robor debite firmitatis habere volentes. In cujus rei fidem praesentes Manum Nostras subscriptas, Sigillo Regni communiri jussimus. Datum Dresdae Die XXVIIIa Mensis Aprilis Anno Domini MDCCXXXVIImo Regni vero Nostri IVto Anno

Augustus Rex⁴⁹

Joannes Wolski Subdapifer Districtus et Notarius Castrensis Chencinensis S[acr]ae N[ostr]ae M[ajest]atis Sigilli Regni Secretarius⁵⁰

Articuli Militaris Artilleriae Regni⁵¹

Bibliografia

- Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie, Archiwum Potockich, 127.
 Archiwum Narodowe w Krakowie, Archiwum Podhoreckie, I, 120; II, 8, 32, 52, 172, 175, 183, 186, 229.
 Archiwum Narodowe w Krakowie, Archiwum Potockich z Krzeszowic, 3209
 Archiwum Państwowe w Poznaniu, Archiwum Antoniego Kossowskiego, 10.
 Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, 2630.

Artykuły wojenne powagą Rzpltey, królów polskich y hetmanów W. X. Lit. różnymi czasy ustanowione, teraz zaś z rozkazu JO. Xiążęcia Jegomości Michała V. Kazimierza

⁴⁹ Do której oczywiście prośby łaskawie przychyliwszy, i Artylerii Naszej i Rzeczypospolitej wokół dobrego porządku dobra publicznego i właściwej dyscypliny zachowania. My August III Król Polski, przesławne Artykuły tu wprowadzone wszystkim i każdemu z osobna, we wszystkich punktach, klauzulach, warunkach, i pojedynczej i całkowitej zawartości, jako Prawo sądowe i praktykowane tak samo na równi z artykułami powagą (władzą) Naszą Królewską aprobujemy, umacniamy i ratyfikujemy ich siłą obowiązującą stanowczo chcemy mieć. Na wiarę czego obecnie Ręką Naszą podpisujemy, Pieczęcią Królewską przywieszoną potwierdzamy. Dane w Dreźnie dnia 28-go miesiąca kwietnia Roku Pańskiego 1737-go Panowania zaś Naszego 4-go roku, August Król.

⁵⁰ Jan Wolski podstoli powiatu i pisarz grodzki checiński, Świętego Naszego Majestatu Sekretarz Pieczęci Królewskiej. Jan Wolski był sekretarzem pieczęci wielkiej koronnej i pisarzem grodzkim checińskim. Urząd podstolego checińskiego sprawował od 19 VII 1736 r. do 31 X 1746 r., gdy awansował na stolnika checińskiego. Zmarł przed 20 VIII 1748 r., gdy stolnikostwo checińskie zostało nadane „po śmierci poprzednika”, Stefanowi Konarskiemu, *Urzednicy województwa sandomierskiego XVI-XVIII wieku. Spisy*, red. A. Gąsiorowski, oprac. K. Chłapowski, A. Falniowska-Gradowska, Kórnik 1993, nr 41, s. 29 i nr 81, s. 33.

⁵¹ Artykuły wojskowe artylerii koronnej.

- Radziwiłła wojewody Wileńskiego, hetmana W. X. Lit. Przedrukowane, Nieśwież 1754.*
- Artykuły wojenne powagą Rzpltey, królów polskich y hetmanów W. X. Lit. różnymi czasy ustanowione z rozkazu JO. Xiążęcia Jegomości Michała V. Kazimierza Radziwiłła..., wyd. S. Brodowski, Elbląg 1755.*
- Corpus Juris Militaris Polonicum w którym się znajdują Artykuły Woienne Hetmańskie..., oprac. S. Brodowski, Elbląg 1753.*
- Korespondencja Józefa Andrzeja Załuskiego, wyd. B.S. Kupyś i K. Muszyńska, Warszawa 1968*
- Kutrzebę S., Polskie ustawy i artykuły wojskowe od XV do XVIII wieku, Kraków 1937.*
- Lünniga J. Ch., Corpus juris militaris des Heil[igen] Roemischen Reichs, t.1, Lepizig 1723.*
- Błaszczyc G., Artykuły wojskowe i ich rola dla ustroju sił zbrojnych i prawa wojskowego, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1979, t. 2.*
- Ciesielski T., Armia koronna w czasach Augusta III, Warszawa 2009.*
- Ciesielski T., Armia Wielkiego Księstwa Litewskiego w latach 1717-1775, [w:] Studia z dziejów Wielkiego Księstwa Litewskiego (XVI-XVIII wieku), red. S. Górczyński, M. Nagielski, Warszawa 2014.*
- Ciesielski T., Działalność wojskowa hetmana wielkiego koronnego Józefa Potockiego i jego kręgu klientalno-rodzinnego, [w:] Władza i prestiż. Magnateria Rzeczypospolitej w XVI-XVIII wieku, red. J. Urwanowicz, E. Dubas-Urwanowicz, P. Guzowski, Białystok 2003.*
- Ciesielski T., Rodzina wojskowa w połowie XVIII wieku, [w:] Rodzina i gospodarstwo domowe na ziemiach polskich w XV-XX wieku. Struktury demograficzne, społeczne i gospodarcze, red. C. Kukło, Warszawa 2008.*
- Ciesielski T., Samuel Brodowski – kodyfikator prawa wojskowego w czasach panowania Augusta III, [w:] Historia testis temporum, lux veritatis vita memoriae, nuntia vetustatis. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Włodzimierzowi Kaczorowskiemu, red. E. Kozerska, M. Maciejewski, P. Stec, Opole 2015.*
- Ciesielski T., Wojsko litewskie w latach 1698-1709, [w:] Wojny północne w XVI-XVIII wieku, red. B. Dybaś, A. Ziemlewska, Toruń 2007.*
- Ciesielski T., Sachs R., Breslau als Lieferant für die königlich polnische Armee, [w:] Amator Scientiae. Festschrift für Dr. Peter Ohr, oprac. R. Sachs, Breslau 2003.*
- W. Dziewanowski, Zarys dziejów uzbrojenia w Polsce, Warszawa 1935.*
- Łopatecki K., Artykuły wojskowe autoramentu cudzoziemskiego Władysława IV – okoliczności powstania i ich charakterystyka, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, t. 11, nr 2.*
- Łopatecki K., Charakterystyka „miejskich artykułów wojskowych” na przykładzie „Rigischer Artikelsbrief” z 1600 roku, „Zapiski Historyczne” 2013, t. 78, nr 2.*
- Łopatecki K., „Disciplina militaria” w wojskach Rzeczypospolitej do połowy XVII wieku, Białystok 2012.*

- Lopatecki K., *Związki małżeńskie i pozamałżeńskie w armii koronnej i litewskiej w XVI i XVII stuleciu – prawo i stan faktyczny*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2014, t. 13, z. 2.
- Muszyński J., *Zagadnienie służby wojskowej w Artykułach hetmańskich z 1609 r.*, „Woj-skowy Przegląd Prawny” 1961, nr 1.
- Organiściak W., *Artykuły wojenne króla Augusta III*, „Z Dziejów Prawa” 2010, t. 3 (11), [Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 2763].
- Organiściak W., *Artykuły wojenne króla Augusta III z 1749 roku*, „Z Dziejów Prawa”, 2010, t. 3 (11), [Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 2763].
- Organiściak W., *Geneza i znaczenie „Artykułów wojennych hetmańskich” z 1609 roku*, „Z Dziejów Prawa” 2006, t. 8.
- Organiściak W., *Kodeksy wojskowe w Polsce roku 1775*, Katowice 2001,
- Rakutis V., *Lietuvos kariuomenės organizaciją reglamentuojantys dokumentai 1717-1775 m.*, „Karo archyvas”, t. 18, Vilnius 2003.
- Siciński M., *Umundurowanie armii Wielkiego Księstwa Litewskiego w okresie panowania Augusta II i Augusta III Wettinów oraz panowania Stanisława Augusta do czasów reform Sejmu Wielkiego 1717-1791*, „Studia do dziejów dawnego uzbrojenia i ubioru wojskowego”, cz. 12, Kraków 2011.
- Skrzyński S., *Inwentarz archiwum artylerii koronnej z 1765 r.*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” 1960, t. 6, cz. 1.
- Urzędnicy województwa sandomierskiego XVI-XVIII wieku. Spisy*, red. A. Gąsiorowski, oprac. K. Chłapowski, A. Falniowska-Gradowska, Kórnik 1993.
- Wagner M., *Zmiany w uzbrojeniu wojsk polskich na początku XVIII wieku*, [w:] *Technika a wojna X-XX w.*, red. P. Matusek, J. Piłatowicz, Siedlce 2000.
- Wimmer J., *Wojsko Rzeczypospolitej w dobie wojny północnej*, Warszawa 1956.

Krystian ŻelaznyUniwersytet Śląski
e-mail: kztz@o2.pl
telefon: +48 504 217 946

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.07

Status prawny mniejszości narodowych na obszarze Czech w byłej Republice Czechosłowacji w latach 1918-1992

SUMMARY

Legal status of National Minorities within the Czech in the Czechoslovak Republic in years 1918-1992

The Republic of Czechoslovakia, since the moment of its establishment in 1918, had to deal with two problems - a significant percentage of national minorities residing on its territory and mutual coexistence based on the partnership of two main nations, Czechs and Slovaks. Despite the fact that during the twenty-year period between the two World Wars, Czechoslovakia was considered to be the model of a democratic nation, however, it was not fully successful in handling the problems of multi-nationality, which as a result was one the reasons that led to its collapse. After the Second World War, when Czechoslovakia found itself in the bloc of Communist countries, the nationality problem was marginalized. In the 1960s, especially after the establishment of the federal nation, the problem returned and its development continued until the end of the federation in 1992. The experience of the Republic of Czechoslovakia with national minorities did not cease along with the end of the federation. It can still be noticed in the contemporary legislations of both the Czech Republic and the Republic of Slovakia.

Key words: Czechoslovak Republic, national minorities, constitution, The Charter of Fundamental Rights and Freedoms, international agreements.

Słowa kluczowe: Czechosłowacja, mniejszości narodowe, konstytucja, Karta Podstawowych Praw i Wolności, umowy międzynarodowe.

Problematyka związana z prawami mniejszości narodowych od dłuższego czasu budzi zarówno spore zainteresowanie poszczególnych ustawodawców, jak i przysparza szereg kontrowersji, przede wszystkim natury politycznej. Wspomniana kwestia wszakże była w krajach bloku komunistycznego przez wiele lat w sposób dość ostentacyjny marginalizowana. Wiązało się to przede wszystkim ze stalinowską ideologią socjalizmu ponadnarodowościowego.

Upadek systemu w 1989 r. urealniał ten problem, który jednak był już w dużej mierze dostrzegany (zarówno w Czechach jak i na Słowacji) począwszy od lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia. Czechosłowacja, państwo powstałe w 1918 r. od samego początku musiała zmagać się z kwestią dość znacznego odsetka mniejszości narodowych, a ponadto współistnienia na zasadach partnerstwa dwóch jego głównych narodowości, Czechów i Słowaków. W okresie międzywojennym pomimo iż uchodziła ona za wzór państwa demokratycznego, które jako jedyne w tej części Europy do chwili unicestwienia go przez niemieckiego okupanta w marcu 1939 r. oparło się zmianie systemu sprawowania władzy nie poradziło sobie w pełni z zadaniami wynikającymi z wielonarodowościowego charakteru państwa.

W artykule zostanie przeanalizowane ustawodawstwo związane z ochroną praw mniejszości narodowych poczynione przez władze Republiki Czechosłowacji od 1918 r. do jej ostatecznego zaniku w 1992 r. Z racji występowania dłuższych okresów federalizacji państwa moja uwaga skupi się głównie na jej czechskiej części. Ukazany zostanie jego szczególnie charakter, który przybierze ową cechę także w okresie panowania na obszarze republiki systemu totalitarnego, jakim był komunizm.

Rozpad państwa czechosłowackiego podyktowany został nieporadzeniem sobie z problemem wynikającym z jego wielonarodowości. Tak przynajmniej jest powszechnie przyjęte. Jednakże, czy ustawodawstwo Federacji dotyczące wspomnianej kwestii było odpowiednie, a faktyczna przyczyna unicestwienia związku Czechów z Słowakami ma zgoła inne, polityczne przyczyny? Wiele wskazuje, że tak. Sondáže czynione w 1992 r. wskazywały, iż zdecydowana większość społeczeństwa obu współczesnych republik nie życzyła sobie przeprowadzania „rozvodu”. Politycy jednak zadecydowali inaczej...

Na jesieni 1918 r. po blisko trzech setkach lat niewoli Czesi, podobnie jak Polacy odzyskali nareszcie niepodległość. Wedle poczynionych jeszcze podczas I wojny światowej ustaleń dwustronnych (przedstawiciele Czechów i Słowaków) wraz z upadkiem monarchii habsburskich – Cesarstwa Austrii oraz Królestwa Węgier proklamowano 28 października 1918 r. powstanie Czechosłowacji¹. W nowym państwie opartym na zasadzie symbiozy i równouprawnienia dwóch głównych, wyżej wymienionych narodów (przynajmniej formalnie, gdyż niemal do końca istnienia I Republiki nie zrealizowano punktu drugiego ustaleń poczynionych w Cleveland w 1915 r., które dotyczyły federalizacji państwa Czech i Słowacji z pełną autonomią tej drugiej²) w chwili ustabilizowania się granic w 1920 r. zamieszkiwało blisko 13,5 mln ludzi, w tym aż ponad

¹ Dwa dni później do Czechów dołączyli Słowacy, których Słowacka Rada Narodowa podjęła 30 października 1918 r. w Turczanskim Svatym Martinie uchwałę o zerwaniu wspólnoty państwowej z Węgrami i połączeniu się z Czechami.

² R. Letz, *Slovenské dejiny IV*, Bratislava 2010, s. 39.

1/3 tzw. elementu obcego³. Na obszarze niegdyś przynależnym Koronie Świętego Wacława największy „problem” stanowiły żywioły niemiecko- i polskojęzyczne, które w efekcie stały się przyczyną późniejszego upadku państwa na jesieni 1938 r⁴.

Wspólna egzystencja z tak znacznym odsetkiem mniejszości narodowych, które zamieszkiwały głównie zwarty obszar na pograniczu Czechosłowacji, wymagała wytworzenia odpowiedniego ustawodawstwa, które w należyтым stopniu potrafiłoby neutralizować napięcia między nimi. Przede wszystkim uznano za konieczne uregulowanie praw mniejszości narodowych, którego dokonano już w ramach pierwszej konstytucji z 1920 r. Zagwarantowano w niej szereg uprawnień zawartych w części VI ustawy zasadniczej, które przede wszystkim zapewniały równość wobec prawa wszystkim obywateli bez względu na pochodzenie oraz swobodne używanie języków narodowych w relacjach prywatnych, handlowych, nabożeństwach religijnych czy wystąpieniach publicznych (w ramach zgromadzeń)⁵. Ponadto, w związku z uchwaleniem ustawy o językach narodowych z 1920 r. wszystkim społecznościom innym niż czeska i słowacka, które w danym powiecie (cz. *okres*) stanowiły ponad 20% populacji zagwarantowano możliwość używania języka ojczystego mniejszości w kontaktach urzędowych oraz przed sądami⁶. Zagwarantowano w niej również prawo do nauki w danym języku w szkołach publicznych, znajdujących się na obszarze powiatu czy też pomocy państwowej w prowadzeniu instytucji kulturalnych mniejszości narodowych. W sześć lat później została ona uzupełniona odpowiednim rozporządzeniem rządowym⁷.

Nie można także zapomnieć, że Czechosłowacja zobligowała się do przestrzegania umów międzynarodowych dotyczących poszanowania praw mniejszości narodowych wynikających z Traktatu z Saint Germain z 1919 r. Na arenie międzynarodowej dużą rolę odgrywała Liga Narodów mająca z jednej strony zapobiegać konfliktom między państwami, zaś z drugiej wymuszając ich współpracę w zakresie wypełniania zobowiązań wobec mniejszości⁸.

³ Wedle spisu powszechnego przeprowadzonego w 1921 r. w Czechosłowacji w obecnych granicach Republiki Czeskiej zamieszkiwało: 67,6% Czechów, 30,6% Niemców, 1% Polaków, 0,2% Słowaków, 0,6% pozostałych narodowości, https://is.muni.cz/el/1423/podzim2006/SPP505/um/EtnickaDiferenciaceCR_tabulky.pdf (11.05.2006).

⁴ Na obszarze Słowacji podobną rolę odegrał żywioł węgierski.

⁵ Ústava 1920 Sb. 121/1920 § 128 ze dne 29. února 1920 r. (Konstytucja Republiki Czechosłowacji z 29 lutego 1920 r.).

⁶ F. Čapka, *Dějiny zemí Koruny české v datech*, Praha 2010, s. 636

⁷ Vládní nařízení 17/1926 Sb. ze dne 3. února 1926 r. jímž se provádí ústavní zákon jazykový pro obor ministerstev vnitra, spravedlnosti, financí, průmyslu, obchodu a živností, veřejných prací a veřejného zdravotnictví a tělesné výchovy, pro veřejné korporace, podléhající těmto ministerstvům v republice Československé, jakož i pro úřady místní samosprávy. (Rozporządzenie Rządowe z dnia 3 lutego 1926 r., które realizuje konstytucyjne gwarancje językowe w zakresie Ministerstw Spraw Wewnętrznych, Sprawiedliwości, Finansów, Przemysłu, Handlu i Żywności, Prac Publicznych, Zdrowia Publicznego, Wychowania Fizycznego oraz spółek publicznych podlegającym tymże ministerstwom, a także władzom lokalnym).

⁸ R. Petráš, *Menšiny a právo v České republice*, Praha 2009, s. 67.

W okresie międzywojennym do najważniejszych mniejszości (w odniesieniu do ziem współczesnej Republiki Czeskiej) zaliczani byli Niemcy oraz Polacy. Ówczesne spostrzeżenia mają także odzwierciedlenie w obecnym, już historycznym spojrzeniu współczesnych badaczy. Niemcy uznawani byli przez Czechów za ludność typowo napływową, czego wyrazem była chociażby opinia pierwszego Prezydenta Republiki, Tomasza Masaryka określającego ich mianem „kolonistów”: „Jeśli chodzi o Niemców zamieszkujących nasze ziemie, nasz program jest od dawna znany: terytorium zamieszkałe przez Niemców, jest nasze i pozostanie nasze... Zdeterminowane jest to prawną pozycją Niemców, którzy pierwotnie przybyli na te tereny jako emigranci i koloniści”⁹. Zamieszkiwali głównie tereny przygraniczne oraz stanowili ogromny odsetek największych miast. Gwarancje prawne powodowały, iż prowadzona przez nich sieć szkół narodowych stanowiła ponad 1/3 wszystkich funkcjonujących na obszarze republiki, a ponadto posiadali kilka szkół wyższych w Pradze i Brnie¹⁰. Znaczny ubytek osób przyznających się do pochodzenia niemieckiego w trakcie spisu powszechnego z 1910 r. nie wynikał z nacisków czeskich władz czy domniemanych szykan. Poprzedni cenzus ludności przeprowadzono w bardzo nierzetelny sposób, mocno zawyżający poczet przedstawicieli mniejszości niemieckojęzycznej, choćby za sprawą eliminowania możliwości przyznawania się do pochodzenia żydowskiego.

Inaczej przedstawiała się sytuacja polskiej ludności, która była w stosunku do Niemców o wiele mniej liczna, jednak stanowiła społeczność autochtoniczną obszaru byłego Księstwa Cieszyńskiego. Spór o Zaolzie w latach 1918-1920 doprowadził nie tylko do wojny o ten skrawek śląskiej ziemi, ale przede wszystkim do wieloletnich antagonizmów, które ciągnęły się nawet jeszcze wiele lat po zakończeniu II wojny światowej. Na skutek postanowień Rady Ambasadorów z 10 lipca 1920 r., która unieważniając wcześniejsze ustalenia związane z przeprowadzeniem na tym obszarze plebiscytu, arbitralnie podzieliła *Těšínsko*¹¹ w sposób rażąco niesprawiedliwy dla strony polskiej (których z resztą postanowień polski Sejm nigdy nie ratyfikował). Wojna, toczona w tym okresie z Rosją uniemożliwiła rządowi w Warszawie skuteczne po temu oponowanie, przez to po stronie czechosłowackiej znalazło się ponad 140 tys. ludności polskiej, co stanowiło blisko 50% wszystkich mieszkańców obszaru przypadłego administracji rządu praskiego¹².

W granicach Rzeczypospolitej ostało się natomiast niewielu Czechów, którzy mogli być uznani za ludność autochtoniczną. Z kolei Polacy stali się

⁹ Tekst oryginalny: „*Pokud běží o Němce v našich zemích, je náš program znám dávno: území, obývané Němci, jest území naše a zůstane naším... Tím se určuje státoprávní postavení našich Němců, kteří do země přišli původně jako emigranti a kolonisté.*“ (T. G. Masaryk, *Cesta demokracie I. Projekty-články-rozhovory 1918-1920*, Praha 2003, s. 19).

¹⁰ Z. Kárník, *České země v éře První republiky*, Praha 2003, s. 188.

¹¹ Czeskie określenie obszaru Śląska Cieszyńskiego.

¹² I. Baran, *Poláci na Těšínsku*, Český Těšín 2009, s. 30.

„cierniem w oku” Bohemian. Obszary przez nich zamieszkałe stały się dla nowego czechosłowackiego państwa wręcz strategiczne z uwagi na najważniejszy węzeł kolejowy w Boguminie oraz zagłębie węglowe wokół Ostrawy i Karwiny. W przeciwieństwie do Niemców, Polacy jako słabsza grupa i dużo bardziej skonfliktowana z Czechami poddawani byli czechizacji i szykanom¹³. Doprowadziły one do znacznego zafałszowania wyników kolejnych spisów ludności z 1921 i 1930 r., które wykazywały o ponad połowę zaniżoną liczbę ludności polskiego pochodzenia zamieszkałej na tym obszarze¹⁴.

Mimo nieprzyjaznych relacji, rządy w Warszawie i Pradze podpisały 13 kwietnia 1925 r. umowę o zapobieżeniu podwójnemu opodatkowaniu w dziedzinie bezpośrednich podatków państwowych, w której rozdziale III zapisano, aby wzajemnie przestrzegać praw mniejszości¹⁵. Mimo iż nie były one przez stronę czechosłowacką w pełni respektowane, Polacy na obszarze Zaolzia potrafili założyć liczne organizacje kulturalne i sportowe, ponad 20 czasopism, 90 szkół i 72 przedszkola¹⁶. Pewne rozwiązanie przyjęto w październiku 1938 r. Skończyło się jednak na tym, iż wkroczenie wojsk polskich na obszar Zaolzia doprowadziło do podobnych przewinień wobec zastanej tam ludności czeskiej. 30 tys. Czechów zostało zmuszonych do opuszczenia swoich domów i udania się w głąb Czechosłowacji.

W październiku 1938 r. znaczny obszar Czechosłowacji został anektowany przez sąsiadów, co w okresie do 15 marca 1939 r., a zatem do całkowitego upadku I Republiki, *de facto* rozwiązało kwestie mniejszości narodowych, które w zdecydowanej większości znalazły się na zagarniętym obszarze. Późniejszy podbój ziem polskich przez wojska niemieckie i okupacja pozostałych terenów czeskich i morawskich przez nazistów w latach 1939-1945 przyczyniły się do znacznych zmian w strukturze narodowościowej tych obszarów, głównie za sprawą niemal całkowitej eksterminacji Żydów.

Rzeczywistość, jaką zastano po wojnie sprawiła, że dalsza wspólna egzystencja Niemców z innymi narodami zamieszkałymi w odrodzonym państwie czechosłowackim stała się niemal niemożliwa. Rozwiązaniem stały się masowe przesiedlenia przy jednoczesnym pozbawianiu majątków, które doprowadziły do spadku mniejszości niemieckiej z ponad 3 mln sprzed wojny do 160 tys. w 1950 r.¹⁷. Pozostała grupa Niemców przebywająca na zasadach pobytu stałego otrzymała na mocy ustawy obywatelstwo republiki¹⁸. Postępująca szybka

¹³ G. Gąsior, *Zaolzie*, Warszawa 2008, s. 116.

¹⁴ I. Baran, op. cit., s. 30.

¹⁵ Dz. U. R. P. z 1926 r. nr 41, poz. 256.

¹⁶ I. Grabal, *Etnické menšiny ve střední Evropě*, Praha 1999, s. 121-122.

¹⁷ 27/1945 Sb. Dekret prezidenta republiky ze dne 17. července 1945 o jednotném řízení vnitřního osídlení (Dekret Prezydenta Republiki z dnia 17 lipca 1945 r. o jednolitej procedurze krajowego osadnictwa).

¹⁸ Zákon č. 134/1953 Sb ze dne 30. dubna 1953 r., kterou se určuje příslušnost orgánů ministerstva spojů ve věcech odpovědnosti za poštovní zásilky (Ustawa z dnia 30 kwietnia 1953 r., która ustala kompetencje organów Ministerstwa Komunikacji w kwestia odpowiedzialności za przesyłki pocztowe).

asymilacja spowodowała, że już w latach sześćdziesiątych do przynależności do tejże narodowości przyznawało się tylko 26 tys. osób.

Tym samym, w ciągu dwóch lat do 1947 r. ziemie czeskie stały się w zasadzie homogeniczne. Nacja wiodąca stanowiła na nich przeszło 94% populacji. Co warto podkreślić, państwo czechosłowackie dopuściło się w tym okresie do poważnego naruszenia prawa międzynarodowego, pozbawiając ogromną większość osób pochodzenia niemieckiego i węgierskiego obywatelstwa Czechosłowacji¹⁹.

Mimo że powojenne konflikty narodowościowe na obszarze interesującego nas państwa dotyczyły przede wszystkim grup niesłowiańskich, problem polski nadal pozostał otwarty. Spotęgował go fakt roszczeń praskiego rządu względem ziem przedwojennej III Rzeszy przyznanych po 1945 r. Rzeczpospolitej Polsce. Chodziło przede wszystkim o region Raciborza, Głubczyc oraz Kłodzka, które były w sporym odsetku zamieszkiwane przez Czechów i Morawian. Niewiele brakowało, by doszło do kolejnego konfliktu zbrojnego²⁰. Jednakże brak woli czeskich przywódców co do porozumienia na skutek wymiany spornych terenów za obszar Zaolzia spowodował, iż granice między tymi dwoma słowiańskimi państwami zostały zachowane w niezmienionym, przedwojennym kształcie²¹. Taki obrót sprawy doprowadził do dalszego napięcia sytuacji związanej z polskim żywiołem na Śląsku Cieszyńskim, który dążył w pełni do przywrócenie na tym obszarze własnej jurysdykcji, czego wyrazem były choćby próby tworzenia polskiej administracji na tych terenach w pierwszych dniach maja 1945 r. Wspomniane napięcia poniekąd miał rozładować układ o wzajemnej pomocy i przyjaźni z 10 marca 1947 r., który narzucał obu stronom termin dwóch lat na potrzeby rozwiązania sporu granicznego (wymuszony przez Związek Radziecki). Jednakże, pomimo przyzwolenia na funkcjonowanie polskich ośrodków kultury i systemu szkolnictwa, problem graniczny został ostatecznie rozstrzygnięty dopiero 13 czerwca 1958 r. na skutek podpisania umowy granicznej pomiędzy stronami sporu²².

Co ciekawe, konflikt pomiędzy Rzeczpospolitą, a Czechosłowacją zwrócił uwagę na jeszcze jeden problem, jaki stanowili czescy mieszkańcy polskiego Wołynia (osiedli tam od XIX w.). Po aneksji Kresów przez Związek Radziecki w 1944 r. blisko 40 tys. tutejszych Czechów zdecydowało się na emigrację do kraju ich przodków. 10 lipca 1946 r. praski rząd podpisał stosowną umowę o reemigracji swoich rodaków nad Wełtawę. Niestety, wołyńscy przybysze byli

¹⁹ 33/1945 Sb. Ústavní dekrét prezidenta republiky ze dne 2. srpna 1945 o úpravě československého státního občanství osob národnosti německé a maďarské (Konstituční Dekret Prezidenta Republiky Czechosłowacji z dnia 2 sierpnia 1945 r. o uregulowaniu obywatelstwa osób narodowości niemieckiej i węgierskiej).

²⁰ P. Pałys, *Czechosłowackie roszczenia graniczne wobec Polski 1945-1947*, Opole 2007, s. 68.

²¹ *Ibidem*, s. 92.

²² Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Czechosłowacką o ostatecznym wytyczeniu granicy państwowej, podpisana w Warszawie dnia 13 czerwca 1958 r. Dz. U. 1959 nr 25, poz. 159.

niechętnie przyjmowani przez resztę społeczeństwa, a fakt iż reprezentowali głównie dość zamożnych włościan oraz kupców stanowił po przewrocie komunistycznym w 1948 r. uznanie ich za tzw. element niepożądany (kułaków). Swoiste animozje doprowadziły do tego, iż „Wołyniacy” odczuwali znaczną odmienność względem reszty czeskiego narodu przez jeszcze wiele dziesięcioleci po wojnie²³.

Uchwalona w 1948 r. nowa konstytucja nie regulowała *de facto* kwestii praw mniejszości narodowych. Mówiła jednak, iż Republika Czechosłowacka jest jednolitym państwem dwóch równoprawnych słowiańskich narodów Czechów i Słowaków²⁴. W latach pięćdziesiątych specjalne ustawodawstwo unormowało sytuację prawną mniejszości polskiej, węgierskiej i ukraińskiej, którym przyznano prawa oświatowe i kulturalne, a także prawo do tworzenia stowarzyszeń, które nie mogły posiadać charakteru politycznego²⁵. Najwięcej problemów sprawiała jednak sytuacja prawna ludności cygańskiej, która nie chciała poddać się wymogom ustawowym przewidującym stały, osiadły tryb życia²⁶.

W pewnej mierze pozycja prawna mniejszości narodowych zmieniła się w Czechosłowacji w 1960 r. w wyniku ustanowienia kolejnej konstytucji. Po raz pierwszy wprowadzono do ustawy zasadniczej tegoż państwa artykuł, który wprost sankcjonował ochronę prawną dla konkretnie wskazanych grup narodowościowych. Dawała ona Polakom, Węgrom i Ukraińcom prawa do nauki macierzystego języka w czechosłowackim systemie edukacyjnym oraz rozwoju kulturalnego przy wsparciu ze środków rządowych²⁷. Co wymaga podkreślenia, powyższe prawa nie dotyczyły mniejszości niemieckiej. Przyczyna wedle tłumaczenia ustawodawcy tkwiła w rozproszeniu ludności tego pochodzenia, gdy artykuł w konstytucji miał odnosić się tylko i wyłącznie do grup zwartych, gęsto zamieszkujących określone terytorium. Konstytucja z 1960 r. nie wspominała także nic o prawach mniejszości etnicznych, jak choćby Morawian.

Znaczące zmiany, a przy tym wyraźną poprawę sytuacji przedstawicieli mniejszości narodowych w Czechosłowacji przyniosła rewolucja „Praskiej Wiosny” w 1968 r. oraz związana z nią konsekwencja ustawodawcza, którą w tym przedmiocie kontynuowano pomimo dość szybkiego obalenia liberalnego przywództwa Alexandra Dubčeka. Do ostatecznego upadku systemu komunistycznego w 1989 r. polityka wobec mniejszości narodowych była całkowicie zależna od aktualnych postaw ideologicznych partii wiodącej. Jednakże wspomniany okres przydał znaczne uprawnienia tym społecznościom.

²³ J. Vaculík, *Dějiny volyňských Čechů II, Sdružení Čechů z Volyně a jejich přátel*, Praha 1998, s. 160.

²⁴ Ústava 1948 Sb. 150/1948 ze dne 9. května 1948 r. (Konstytucja Republiki Czechosłowacji z dnia 9 maja 1948 r.).

²⁵ R. Petráš, op. cit., s. 108.

²⁶ Ibidem, s. 113-114.

²⁷ Ústava 1960 Sb. 100/1960 § 25 ze dne 11. července 1960 r. (Konstytucja Republiki Czechosłowacji z dnia 11 lipca 1960 r.)

Pomimo sowieckiej interwencji w sierpniu 1968 r., udało się przeprowadzić kilka istotnych reform ustrojowych, w tym najważniejszą w postaci uchwalenia nowelizacji konstytucji²⁸. Ustanowiła ona Federację dwóch równoprawnych podmiotów Czech i Słowacji jako państw narodowych i suwerennych, dobrowolnie tworzących związek, który mógł być w każdej chwili rozwiązany. Wprowadzono również sztywny parytet narodowościowy, mający dać wyraz pełni równości dwóch największych narodów zamieszkujących Czechosłowację. Zapewniono także procedury uniemożliwiające majoryzację słabszego podmiotu słowackiego przez Czechów²⁹. Jednym z takich zabezpieczeń był proces legislacyjny, który dla uchwalenia ustawy wymagał uzyskania większości zarówno wśród posłów czeskich, jak i słowackich wybranych do Izby Narodowej, w której zasiadało po 75 przedstawicieli obu republik³⁰. Ponadto ustanowiono dwa krajowe jednoizbowe parlamenty (Czeską Radę Narodową oraz Słowacką Radę Narodową)³¹. W niedemokratycznym systemie ciężko jednak było zrealizować tak odważne, wolnościowe zamierzenia. Dlatego też, większość postanowień pozostała fikcją, a wielu takich, jak ustanowienie Sądu Konstytucyjnego nie zrealizowano, aż do momentu upadku systemu komunistycznego nad Wełtawą. Należy jednak zaznaczyć, iż specyficzny, dualistyczny charakter Federacji jest rzadko spotykany (w Europie w ostatnim czasie tylko na przykładzie Federacji Serbii i Czarnogóry istniejącej w latach 2004-2006).

Aktywne uczestnictwo i entuzjazm poszczególnych mniejszości w wydarzeniach „Praskiej Wiosny” spowodowało, iż uzyskały one przyzwolenie dla tworzenia organizacji, które mogły działać w życiu politycznym, kulturalnym, gospodarczym. Ich publiczna działalność mogła być czyniona w duchu narodowym w ramach walki o prawa i rzeczy, które ich dotyczą³². Wyrazem docenienia roli mniejszości narodowych zamieszkałych na obszarze republiki było uchwalenie 27 października 1968 r. ustawy konstytucyjnej o sytuacji mniejszości narodowych³³. Gwarantowała ona przede wszystkim prawo do swobodnego samookreślenia się względem przynależności narodowej i zakazywała stosowania jakichkolwiek form zmierzających do wynarodowienia. Należy zaznaczyć, że w przeciwieństwie do poprzedniej ustawy zasadniczej ochroną objęci zostali także Niemcy³⁴. Jednakże, co było przedmiotem znacznej krytyki czynionej aż do 1990 r., nie odnosiła się ona do pozostałych narodowości. Mimo tego, żadna

²⁸ Ústavní zákon 1968 Sb. 143/1968 ze dne 26. října 1968 r. o československé federaci (Ustawa Konstytucyjna z dnia 26 października 1968 r. o Federacji Czechosłowacji).

²⁹ *Konstytucja Republiki Czeskiej*, tłum. i wstęp M. Kruk, Warszawa 2000, s. 14.

³⁰ K. Skotnicki, V. Jirásková, *Parlament Republiki Czeskiej*, Warszawa 2009, s. 12.

³¹ V. Knoll, K. Schelle, L. Vojáček, *České právní dějiny*, Plzeň 2010, s. 530

³² R. Petráš, op. cit., s. 117.

³³ Ústavní zákon č. 144/1968 Sb ze dne 24. října 1968 r. o postavení národností v Československé socialistické republice (Ustawa Konstytucyjna z dnia 24 października 1968 r. o pozycji narodów w Socjalistycznej Republice Czechosłowacji).

³⁴ Ochrona konstytucyjna wedle ustawy odnosiła się tutaj do narodowości: polskiej, niemieckiej, węgierskiej oraz ukraińskiej (rusińskiej).

z proponowanych zmian konstytucji mających miejsce przed „Aksamitną Rewolucją” z listopada 1989 r. nie miała na celu chęci uregulowania tej kwestii³⁵. Dodajmy także, iż wszelkie prawa były gwarantowane tylko (mimo federalizacji kraju) przez ustawodawstwo szczebla centralnego. Wiązało się to z faktem nieustanowienia oddzielnych konstytucji dla jego dwóch części składowych, jakimi były Czechy i Słowacja z obawy władzy komunistycznej przed możliwością, choć częściową, usamodzielnienia się ich względem władz centralnych partii komunistycznej³⁶.

Waga wspomnianej ustawy konstytucyjnej była niepomiarowa. Pomimo trwania systemu realnego socjalizmu, władze federacyjnego czesko-słowackiego państwa zdecydowały się nadać szereg, bardzo rozległych praw czterem, największym mniejszościowym grupom narodowościowym państwa³⁷. W art. 2 ustawy gwarantowano im prawo posiadania przedstawicieli w organach wybieralnych władzy (przy czym w ramach panującego wtenczas niedemokratycznego reżimu stanowił on niestety raczej fikcję). Z kolei art. 3 nadawał tymże narodowościom szereg praw jak choćby prawo do edukacji w języku macierzystym, posiadanie własnej prasy, posługiwanie się danym językiem w kontaktach w urzędach, czy też prawo do rozwoju kulturalnych instytucji poszczególnych mniejszości narodowych.

Po przewrocie dokonanym pod koniec 1989 r. demokratyczne już rządy Czechosłowacji przeprowadziły, do momentu zaniku państwa 31 grudnia 1992 r. kilka ważnych zmian w zakresie prawodawstwa dotyczącego mniejszości narodowych. Niezwykle istotne było dopuszczenie możliwości samookreślenia się podczas przeprowadzenia w 1991 r. spisu powszechnego, który wykazał istnienie dwóch nowych narodowości, jakimi stały się morawska (ponad 1,3 mln obywateli) oraz śląska (44 tys. obywateli). Nie uzyskały one jednakże od władz państwowych praw przysługujących mniejszościom. Ponadto, wcześniejsza krytyka konstytucji z 1960 r. doprowadziła do uchylecia jej przepisów zawartych w rozdziale II i zastąpienia ich ustanowioną 9 stycznia 1991 r. nową ustawą konstytucyjną nazwaną Kartą Podstawowych Praw i Wolności, której artykuły (co warto podkreślić) dotyczące praw mniejszości narodowych i etnicznych zostały jednakże zastosowane w późniejszych ustawodawstwach nowo powstałych w 1993 r. Republiki Czeskiej oraz Republiki Słowackiej³⁸. Wszak w Czechach, w przeciwieństwie do Słowacji, Karta utraciła swój ponadkonstytucyjny charakter, stając się swoistą częścią obecnej konstytucji³⁹.

Prawom mniejszości poświęcony został tutaj osobny, trzeci rozdział Karty obejmujący dwa artykuły. Zatytułowany jest: *Práva národnostních a etnických*

³⁵ R. Petráš, op. cit., s. 119-128.

³⁶ M. Kruk, op. cit., s. 24.

³⁷ Słowacy jako naród współtworzący z Czechami państwo federalne, posiadający własny rząd i parlament nie byli traktowani jako mniejszość narodowa.

³⁸ Ústavní zákon 23/1991 Sb, ze dne 9. ledna 1991 r.. (Ustawa Konstytucyjna z dnia 9 stycznia 1991 r.).

³⁹ J. Gronský, *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Svazek IV*, Praha 2007, s. 239.

menšin. Przepisy w nim zawarte są swoistym nawiązaniem do tradycji prawnej stosowanej w zakresie ochrony praw mniejszości narodowych na obszarze Czech. Już bowiem w okresie Cesarstwa Austrii obowiązywała tutaj podobna ustawa o prawach obywatelskich uchwalona 21 grudnia 1867 r. (Zákon č. 142/1867 ř. z.). Przyznawała ona m.in. prawo do swobodnego posługiwania się mową ojczystą, dbania o kulturę narodu oraz swobodę wyznania⁴⁰.

Artykuł 24 Karty zagwarantował, że przynależność do jakiegokolwiek z grup narodowościowych lub etnicznych nie może przynieść nikomu żadnej szkody. Przepis ten został oparty na zasadzie równości, która miała dotyczyć nie tylko obywateli Czeskiej i Słowackiej Republiki Federalnej.

W kolejnym art. 25 oznaczone zostały specjalne prawa, które stały się niejako zabezpieczeniem ze strony państwa równości wszystkich obywateli. Żądanie respektowania indywidualnych i zbiorowych praw przedstawicieli mniejszości wynikało bezpośrednio z Karty i nie wymagało dodatkowych, specjalnych regulacji czynionych w oddzielnych ustawach. Przy czym należy zaznaczyć, że wszelka wola odpowiedniego skorzystania z danych praw należała tylko i wyłącznie od poszczególnych mniejszości, np. czy mają chęć założenia własnej organizacji narodowej, czy też szkoły.

Artykuł dzielił się na dwa ustępy. Pierwszy zawierał wyłącznie prawa odnoszące się do ogółu przedstawicieli danych grup narodowościowych, bądź etnicznych. Państwo poręczało mniejszościom wszechstronny rozwój, zwłaszcza w zakresie kultury (festiwale, literatura, teatry narodowe mniejszości), rozpowszechniania i otrzymywania informacji w języku ojczystym oraz zrzeszania się w związkach narodowościowych, których to szczegóły zakładania określała odpowiednia ustawa (w Republice Czeskiej uregulowano tę kwestię w ustawie o mniejszościach narodowych z 2001 r.). Ustęp drugi odnosił się natomiast do praw indywidualnych przedstawicieli mniejszości. Gwarantował tutaj prawo do nauki w języku ojczystym, prawo do używania tegoż języka w kontaktach oficjalnych (urzędowych), a ponadto prawo do uczestnictwa w podejmowaniu decyzji odnoszących się do mniejszości narodowościowych i etnicznych.

Należy również zaznaczyć, iż w momencie uchwalenia Karty Podstawowych Praw i Wolności nie została ona pozytywnie odebrana przez przedstawicieli niektórych narodowości. Przede wszystkim Węgrzy zrzeszeni w ramach Ruchu Chrześcijańsko-Demokratycznego uznali, iż treść rozdziału III Karty nie odpowiada oczekiwaniom mniejszości narodowych i nie gwarantuje ich swobodnego rozwoju w zgodzie z nowoczesnymi standardami europejskimi. Spór był bardzo ostry i doprowadził w efekcie do opuszczenia przez nich obrad połączonej obu izb Zgromadzenia Federalnego Czechosłowacji⁴¹.

⁴⁰ I. Pospíšil, *Listina základních práv a svobod. Komentář / E. Wagnerová,; V. Šimíček; T. Langášek; I. Pospíšil*, Praha 2012, s. 539, poz. 1.

⁴¹ FS ČSFR 1990-1992: Společné schůze SL a SN – stenoprotokoly: 11. schůze, středa 9. ledna 1991, <http://www.psp.cz/eknih/1990fs/slsn/stenprot/011schuz/s011032.htm> (11.01.1991).

Państwo czechosłowackie przestało istnieć wskutek decyzji o zaniku Federacji poczynionych na najwyższych szczeblach władz Federacji w 1992 r. Jednakże jego dorobek prawny w zakresie ustawodawstwa dotyczącego praw mniejszości narodowych przetrwał i stał się podwaliną obecnego porządku prawnego zarówno Republiki Czeskiej, jak i Republiki Słowackiej.

Stało się tak pomimo szybkiego rozpadu Czeskiej i Słowackiej Republiki Federalnej, który nie sprzyjał ustanowieniu właściwej polityki wobec mniejszości. Wszelkie projekty poczynione w tej kwestii nie zyskały wzajemnej czeskiej i słowackiej akceptacji. Powodem był przede wszystkim spór dotyczący podziału kompetencji władz krajowych i federalnych⁴². Jednakże, co należy podkreślić i w pełni docenić, po raz pierwszy w prawodawstwie czechosłowackim ochroną konstytucyjną zostały objęte także mniejszości etniczne zamieszkałe na terytorium republiki.

W polskim przeświadczeniu panuje niestety pogląd, iż mniejszości narodowe doznawały w okresie istnienia powyżej opisywanej państwowości licznych szykan. Tym bardziej problem jest przejaskrawiony na przykładzie zachodniej części byłego Księstwa Cieszyńskiego, zwanego powszechnie u nas Zaolziem. Gdy jednak przyjrzymy się dokładniej ustawodawstwu wobec mniejszości narodowych poszczególnych z sąsiadów Rzeczypospolitej Polskiej dojdziemy do przekonania, iż właśnie w Czechosłowacji wszelkie grupy narodowościowe cieszyły się od zarania (czyli od 1918 r.) największymi swobodami i ochroną prawną. Oczywiście nie obyło się bez prześladowań, nie do końca respektowania obowiązującego prawa. Jednakże z całą stanowczością można przyznać, że ustawodawstwo Czechosłowacji w interesującym nas zakresie może służyć za wzór dla innych.

Prawo dotyczące kwestii ochrony mniejszości narodowych zabezpieczało w pełni swobodę rozwoju i egzystencji poszczególnych grup. Rozpad Czeskiej i Słowackiej Republiki Federalnej w żadnym przypadku nie był podyktowany rażącymi naruszeniami praw przedstawicieli któregokolwiek z zamieszkałych wspomniane państwo narodów. Polityczne ambicje wzięły niestety górę. Szkoda, gdyż dalsza czesko-słowacka współegzystencja przyniosłaby nam zapewne jeszcze wiele dobrego i to nie tylko w zakresie stosownego, dobrego ustawodawstwa związanego z prawami mniejszości narodowych.

Bibliografia

- Baran I., *Poláci na Těšánsku, Český Těšín* 2009.
Čapka F., *Dějiny země Koruny české v datech*, Praha 2010.
Gąsior G., *Zaolzie*, Warszawa 2008.
Grabal I., *Etnické menšiny ve střední Evropě*, Praha 1999.

⁴² A. Sulitka, *Menšiny a právo v České republice*, Praha 2009, s. 150-152.

- Gronský J., *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Svazek IV*, Praha 2007.
- Kárník Z., *České země v éře První republiky*, Praha 2003.
- Knoll V., Schelle K., Vojáček L., *České právní dějiny*, Plzeň 2010.
- Letz R., *Slovenské dejiny IV*, Bratislava 2010.
- Pałys P., *Czechosłowackie rozszczenia graniczne wobec Polski 1945-1947*, Opole 2007.
- Petráš R., *Menšíny a právo v České republice*, Praha 2009.
- Pospíšil I., *Listina základních práv a svobod. Komentář / Wagnerová, E.; Šimíček V.; Langášek T.; Pospíšil I.*, Praha 2012.
- Skotnicki K., Jirásková V., *Parlament Republiki Czeskiej*, Warszawa 2009.
- Sulitka A., *Menšíny a právo v České republice*, Praha 2009.
- Vaculík J., *Dějiny volyňských Čechů II*, Sdružení Čechů z Volyně a jejich přátel, Praha 1998.
- Konstytucja Republiki Czeskiej*, tłum. i wstęp M. Kruk, Warszawa 2000.

Łukasz Skarżyński

Uniwersytet Warszawski
e-mail: lukasz@skarzynski.info
telefon: +48 504 236 450

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.08

Dekret PKWN o reformie rolnej 1944 r. na przykładzie północnego Mazowsza – ziemia pułtuska

SUMMARY

The Polish Committee of National Liberation's decree on the agricultural reform of the 1944 on the example of the northern Masovia – the district of Pultusk

The Agricultural Reform from of 1944 drastically changed the agricultural attitude in Poland. It had been previously announced in the Manifesto from 22nd of July by the Polish Committee of National Liberation. There were three main reasons in favour of the reform. First of all, the consolidation of power by the country folk through the close-down of the squirearchy. Secondly, the territorial estate of huge tracts of land. Finally, its endorsement by both peasants and farm labourers. In order to achieve the required goals some regulations were introduced to speed up the process of implementation. The District of Pultusk is the chosen example of the changes made, which were to rapidly spread over the agricultural landscape of post-war Poland. The changes made were visible and especially so in North Masovia where about 25 thousand hectares of the land was divided into smaller plots, including arable land, forests and wastelands. The largest group of beneficiaries were represented by the landless and smallholders. Additionally, many families migrated to the so-called Regained Lands. Here they received glebe allocations but, under distinct regulations, the West farmlands and a former Prussian's annexation.

Key words: The Agricultural Reform, The Polish Committee of National Liberation, District of Pultusk, territorial estate, tenement.

Słowa kluczowe: reforma rolna, Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego, powiat pułtuski, parcelacja, nieruchomości ziemskie.

Wstęp

Pierwsze lata po II wojnie światowej w Polsce charakteryzują się zmianami, które dotyczyły niemal wszystkich obszarów życia społecznego, gospodarczego oraz politycznego. Był to bowiem czas odbudowy państwa ze zniszczeń wojennych i zmian stosunków społeczno-gospodarczych. W okresie tym nastąpiły

przekształcenia dotyczące m.in. podziału administracyjnego państwa, organów administracji rządowej, struktury samorządu terytorialnego, zmian własnościowych, w tym miała miejsce reforma rolna i nacjonalizacja przemysłu.

Zagadnienie reformy rolnej stanowi problem o charakterze prawnohisterycznym. Reforma bowiem wiąże się ze zmianą stosunków własnościowych w rolnictwie, które dotyczyły przekształceń struktury agrarnej na wsi. Współczesne reformy rolne na ziemiach polskich sięgają swoją genezą XIX w., a pierwsze wzmianki dotyczące uporządkowania spraw chłopskich obecne są nawet w Konstytucji 3 maja z 1791 r. i Uniwersale Połanieckim z 1794 r. Miały one jednak inny charakter, niż reforma rolna po II wojnie światowej. Reformy rolne w XIX w., były związane ze zniesieniem poddaństwa chłopów oraz pańszczyzny, oczynszowaniem, a ostatecznie z uwłaszczeniem. Regulacje prawne zawierające uregulowania wydawane były w latach 1807-1864. Reformy te przebiegały w sposób odmienny na obszarach dawnej Rzeczypospolitej ze względu na okres zaborów, gdyż znalazły się one w różnej sytuacji politycznej jak i ekonomicznej¹.

W związku z przebiegiem reform agrarnych na ziemiach polskich w XIX w. powstał zróżnicowany system gospodarstw rolnych. W zaborze pruskim były to duże obszary pól uprawnych, zaś w pozostałych – rosyjskim i – austriackim nastąpiło ogromne ich rozdrobnienie tzw. szachownica. Reformy rolne wraz z zniesieniem poddaństwa i uwłaszczeniem chłopów spowodowały powstanie nowej klasy politycznej – stronnictw chłopskich (ludowych), a także wraz ze wzrostem „głodu ziemi” przyczyniły się do emigracji ludności wiejskiej, szczególnie na kontynent amerykański.

Kolejną cezurą dotyczącą reformy rolnej było zakończenie I wojny światowej. Ówczesne państwo polskie stanęło przed istotnym problemem, który był niekiedy porównywany do zmian w prawie wyborczym czy zmian w prawie konstytucyjnym². Sejm Ustawodawczy już 10 lipca 1919 r. podjął uchwałę w przedmiocie zasad przyszłej reformy rolnej³, która stanowiła kompromis stronnictw politycznych. Nie był to akt powszechnie obowiązujący, lecz rezolucja o charakterze programowym. Pierwszą kompleksową regulacją w II Rzeczypospolitej

¹ Szerzej: *Historia państwa i prawa Polski*, t. 3, *Od rozbiorów do uwłaszczenia*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, red. ogólna J. Bardach, Warszawa 1981, s. 593 i n.; K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 4, *Od uwłaszczenia do odrodzenia państwa*, red. ogólna J. Bardach, Warszawa 1982, s. 98-110; 326-339. S. Rutkowski, *Historia gospodarcza Polski*, t. 2, Poznań 1950; S. Śreniowski, *Uwłaszczenie chłopów w Polsce*, Warszawa 1956; W. Jakóbczyk, *Uwłaszczenie chłopów w Wielkopolsce w XIX w.*, Warszawa 1951.

² M. Stanulewicz, *Reforma rolna jako próba regulacji stosunków agrarnych w Polsce. Koncepcje i próby ich realizacji w latach 1918-1944*, [w:] *Reformy rolne w Polsce międzywojennej i powojennej. Prawo – realizacja – skutki – problemy repriywatyzacyjne*, red. E. Borkowska-Bagieńska, W. Szafranski, Poznań 2008, s. 11 i n.

³ Uchwała Sejmu Ustawodawczego z dnia 10 lipca 1919 r. w przedmiocie zasad reformy rolnej, Biblioteka Sejmowa, nr rekordu 000001535, Sejm Ustawodawczy II RP (1919-1922) Numer: RPII/0/839, bs.sejm.gov.pl/exlibris/aleph/a22_1/apache_media/5VVAGSNBHJETBFSA8AF8LQ62RCX6EG.pdf (15.07.2016).

była ustawa z dnia 15 lipca 1920 r. o wykonaniu reformy rolnej⁴. Została ona jednogłośnie przyjęta przez zgromadzonych posłów bez wcześniejszego zapoznania się z jej treścią i bez dyskusji na forum sejmowym⁵. Zapewne główny wpływ na to miały radykalne nastroje chłopów oraz wydarzenia związane z załamaniem się frontu polskiego w wojnie z bolszewikami w 1920 r. Istotne znaczenie miały także aspekty propagandowe dotyczące aktywizacji wsi po stronie niepodległej Polski wraz z zaakcentowaniem ludowego charakteru ówczesnego państwa polskiego⁶. Ustawa o wykonaniu reformy rolnej zakładała: parcelację całej ziemi państwowej; przymusowy wykup ziemi wielkiej własności, przy zostawieniu obszaru poniżej pewnego maksimum; parcelację dóbr kościelnych; odszkodowanie za wywłaszczone majątki w wysokości połowy ceny rynkowej; możliwość uzyskania kredytu na zakup ziemi w wysokości do 75% wartości parceli; przyznanie ziemi przede wszystkim bezrolnym i małorolnym, przy czym pierwszeństwo przysługiwało inwalidom wojennym i robotnikom rolnym; ograniczenia w obciążaniu i alienacji tak powstałych gospodarstw; pozbawienie prawa do ziemi chłopów, którzy uchylali się od służby wojskowej i brali udział w zajmowaniu siłą ziem folwarcznych; parcelację miały dokonywać tylko organy państwowe.

Pod rządami ustawy z 1920 r. udało się jedynie rozparcelować ok. 19 tys. ha głównie należących do byłych rodzin panujących w państwach zaborczych, Komisji Kolonizacyjnej i Rosyjskiego Banku Włościańskiego. Ustawa nie obejmowała upaństwowienia lasów⁷. Po wejściu w życie ustawy z dnia 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej⁸ powstał problem zgodności ustawy z 1920 r. o wykonaniu reformy rolnej z art. 99 Konstytucji, zgodnie z którym odszkodowanie na wykup ziemi powinno odpowiadać wartości rynkowej gruntu, a także z art. 126, który dotyczył sprzeczności z ustawą zasadniczą aktów prawnych wydawanych przed wejściem w życie Konstytucji. Postępowanie wywłaszczeniowe było przewlekłe, trwało latami, a rozstrzygnięcia przeważnie kończyły wyroki Sądu Najwyższego⁹. Po utworzeniu Najwyższego Trybunału

⁴ Dz. U. nr 70, poz. 462.

⁵ Zob. A. Albert, *Najnowsza historia Polski 1914-1993*, Warszawa 1995, t. 1, s. 111; F. Bujak, *Uwagi krytyczne o naszej reformie rolnej*, Kraków 1921, s. 25.

⁶ *Historia gospodarstwa Polski XIX i XX wieku*, red. I. Kostrowicka, Z. Landau, J. Tomaszewski, Warszawa 1978, s. 290.

⁷ A. Ajnenkiel, *Ustawodawstwo agrarne*, [w:] *Historia Państwa i Prawa Polski 1918-1939*, cz. 1, red. F. Ryszka, red. ogólna J. Bardach, Warszawa 1962, s. 340 i n.; M. Mieszczanowski, *Struktura agrarna Polski międzywojennej*, Warszawa 1960, s. 74 i n.

⁸ Dz. U. nr 44, poz. 267, Zob. W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne*, Warszawa 1922 s. 207 i n.; R. Jastrzębski, *Konstytucyjność aktów ustawodawczych w II RP*, „Przegląd Sejmowy” (PS) 2010, z. 2.

⁹ Szerzej: M. Materniak-Pawłowska, *Ustrój sądownictwa powszechnego w II Rzeczypospolitej*, Poznań 2003; M. Pietrzak, *Sąd Najwyższy w II RP*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” (CzP-H) 1981, z. 1; Orzeczenie Sądu Najwyższego III C 400/33 [w:] LEX, nr 376083.

Administracyjnego na podstawie ustawy z dnia 3 sierpnia 1922 r. przekazano sprawy z zakresu reformy rolnej temu właśnie Trybunałowi do rozpoznania¹⁰.

W związku z nierozwiązaniem problemu reformy rolnej kolejne rządy próbowały wypracować konsensus w tej sprawie. Udało się go dopiero osiągnąć po utworzeniu koalicji partii centrowych i prawicowych: Polskiego Stronnictwa Ludowego „Piast”, Związku Ludowo-Narodowego i Chrześcijańsko-Narodowego Stronnictwa Pracy, zwanych potocznie Chjeno-Piastem. Było to związane z zawarciem paktu lanckorońskiego¹¹. Gabinet premiera Władysława Grabskiego stworzony został nie tylko do przeprowadzenia reformy gospodarczej, w tym walutowej, ale do jego osiągnięcia zaliczyć należy także projekt ustawy o reformie rolnej. Ostatecznie Sejm uchwalił ustawę o wykonaniu reformy rolnej 28 grudnia 1925 r.¹² Zasady reformy rolnej oparte zostały na: przymusowej parcelacji rolnej obejmującej przynajmniej 200 tys. ha rocznie, określonej przez Radę Ministrów; dopuszczeniu prywatnej parcelacji pod nadzorem urzędów ziemskich, przy czym sam właściciel określał, która część majątku ma być przez niego zatrzymana; parcelacji gruntów państwowych i instytucji prawa publicznego oraz przekraczających określone maksimum powierzchni, które zasadniczo wynosiło 60 ha – okręgi przemysłowe i podmiejskie, 180 ha pozostałe obszary, poza województwami wschodnimi, w przypadku gospodarstw wyróżniających się intensywnością produkcji maksimum wynosiło od 350 do 700 ha; wywłaszczeniu po cenie rynkowej nieruchomości rolnych oraz pomocy państwa dla jej nabywców¹³.

Zahamowanie realizacji reformy rolnej spowodowały wydarzenia lat trzydziestych związane z wielkim kryzysem gospodarczym. Problemy ekonomiczne nie dotyczyły tylko gospodarki rolnej, ale i przemysłu. Zadłużone gospodarstwa wielkoobszarowe nie godziły się na parcelację w związku z drastycznym spadkiem cen gruntów rolnych, w stosunku do ich wartości z połowy 1929 r. W tym czasie również prowadzono tzw. akcję oddłużeniową, której narzędziem było rolnicze ustawodawstwo antykryzysowe¹⁴. Ożywienie akcji parcelacyjnej nastąpiło dopiero w 1936 r. Reforma rolna była realizowana aż do wybuchu II wojny światowej. Według szacunków zwiększyła ona własność chłopską o 13%, a obszarnicza uległa zmniejszeniu o 16%¹⁵.

¹⁰ Dz. U. nr 67, poz. 600. Zob. D. Malec, *Najwyższy Trybunał Administracyjny 1922-1939 w świetle własnego orzecznictwa*, Warszawa 1999; Uchwała C I 2483/35 z dnia 14 listopada 1936 r. [w:] *Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego, Orzeczenia Izby Cywilnej*, Warszawa 1937.

¹¹ S. Rudnicki, *Działalność polityczna polskich konserwatystów 1918-1926*, Wrocław 1981, s. 160 i n.

¹² Dz. U. z 1926 r. nr 1, poz. 1. Szerzej: W. Bitner, S. Janczewski, *Ustawa o wykonaniu reformy rolnej*, Warszawa 1926; A. Ohanowicz, *Ustawa o wykonaniu reformy rolnej i inne ustawy rolne*, Poznań 1926; W. L. Jaworski, *Reforma rolna*, Kraków 1926; H. Stark, E. Stein, *Reforma rolna*, Kraków 1939; T. Lebiński, *Ustawa o wykonaniu reformy rolnej*, Poznań 1937.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Szerzej: R. Jastrzębski, *Wpływ siły nabywczej pieniądza na wykonanie zobowiązań prywatno-prawnych w II Rzeczypospolitej*, Warszawa 2009, s. 271 i n.

¹⁵ Szerzej: M. Mieszczankowski, *Struktura agrarna Polski międzywojennej*, Warszawa 1960, s. 69.

W okresie II wojny światowej problem reformy rolnej stanowił przedmiot zainteresowań, zarówno ugrupowań politycznych na emigracji oraz na obszarze okupowanym państwa polskiego. Ugrupowania centro-prawicy i prawicy na czele ze Stronnictwem Narodowym były skłonne tylko w niewielkim stopniu zmienić regulacje przedwojenne, pozostawiając rozstrzygnięcie reformy nowemu powojennemu Sejmowi¹⁶. Nigdy nie doszło do uzgodnienia stanowiska rządowego na emigracji w sprawie reformy rolnej, tym bardziej stało się to bezprzedmiotowe po utworzeniu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego (dalej: PKWN) na ziemiach polskich¹⁷ i wydanym przez ten organ dekretem o reformie rolnej z dnia 6 września 1944 r.¹⁸

Dekret PKWN o przeprowadzeniu reformy rolnej

Realizacja założeń dekretu PKWN o przeprowadzeniu reformy rolnej z dnia 6 września 1944 r. od początku powstania Polski Ludowej stanowiła podstawowy akt prawny władzy ludowej, gdyż miała osiągnąć dwa cele: likwidację klasy politycznej – ziemiaństwa, oraz pozyskać elektorat robotników rolnych i chłopów. Zwolennikiem reformy rolnej było również Polskie Stronnictwo Ludowe, gdyż ludowcy ogarnięci byli myślą o rozwoju silnych i samodzielnych gospodarstw rodzinnych. Ta wizja bogatej wsi była obca klasynom marksizmu-leninizmu, którzy dążyli do kolektywizacji i upaństwowienia gospodarstw rolnych. Reforma rolna była dla nich etapem przejściowym, posunięciem taktycznym¹⁹.

Założenia reformy rolnej ogłoszone w Manifeście z 22 lipca 1944 r.²⁰ przez PKWN, a następnie sam dekret o przeprowadzeniu reformy rolnej należy uznać za posunięcie polityczne. We wrześniu 1944 r. nie znano tak naprawdę obszaru przyszłego państwa polskiego, a wojska radzieckie doszły do linii Narwi – Wisły. Pomimo tego przystąpiono do zakrojonej na szeroką skalę akcji parcelacyjnej. Reformę rolną wprowadzano metodą faktów dokonanych, które nie zawsze były zgodne z prawem, wydanym przez samą władzę ludową. Większość społeczności chłopskiej podchodziła ostrożnie do reformy rolnej, gdyż nie byli oni przekonani o słusznym kierunku zmian oraz nie byli pewni zmian własnościowych na polskiej wsi²¹.

¹⁶ Cz. Madajczyk, *Sprawa reformy rolnej w Polsce 1939-1944. Programy – Taktyka*, Warszawa 1961, s. 8 i n.; 65 i n.

¹⁷ Ibidem, s. 97-99.

¹⁸ Dz. U. nr 4, poz. 17.

¹⁹ Zob. F. Dąbrowski, *Rozprute sztandary (rozmowa)*, „Biuletyn Instytutu Pamięci Narodowej” (BIPN) 2009, nr 10-11.

²⁰ Dz. U. z 1944 nr 1, poz. 1, załącznik nr 1.

²¹ B. Dymek, *Rola PPR w przeprowadzeniu reformy rolnej w województwie warszawskim (1944-1945)*, Siedlce 1963, s. 5 i n.

Nastroje w społeczeństwie polskim ułatwiały władzy ludowej przeprowadzenie reformy rolnej, jak i zafałszowanie rzeczywistego poparcia politycznego. Wpływ na przebieg reformy miała również nieobecność liderów opozycji, pozostających w Londynie oraz wsparcie Armii Czerwonej i Ludowego Komisariatu Spraw Wewnętrznych Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (*Narodnyj komissariat wnutriennich dzieł SSSR*; dalej: NKWD). Komuniści wykorzystali sytuację polityczną spowodowaną: wyniszczeniem kraju wojną, obsesyjną nienawiścią do hitlerowców i ich kolaborantów oraz biernością polityczną ludności wynikającą z pracy nad odbudową gospodarstw i chęcią ustabilizowania życia.

W związku z wprowadzeniem w życie dekretu PKWN z dnia 6 września 1944 r. niektóre grupy ludności mogły starać się o nadanie ziemi, uzyskanej przez Skarb Państwa dla Państwowego Funduszu Ziemi, w wyniku reformy rolnej. Wśród beneficjentów dekretu byli: właściciele gospodarstw karłowatych, małorolnych oraz drobni dzierżawcy, którzy prowadzili samodzielnie gospodarstwo domowe, a praca na roli stanowiła dla nich zawód dający główne źródło utrzymania. Rolnicy – obywatele polscy, oraz żołnierze Wojska Polskiego pozostający poza granicami państwa, mieli być uwzględniani przy nadziale po powrocie do kraju²². Grupę uprzywilejowaną stanowili „uczestnicy partyzanckich walk o Polskę demokratyczną” oraz wdowy i sieroty po nich, jak również inwalidzi II wojny światowej²³. Powierzchnia gospodarstw zarówno nowo utworzonych jak i gospodarstw karłowatych, małorolnych i średniorolnych, zgodnie z dekretem, miała być uzależniona od zapotrzebowania na grunty w stosunku do ilości pozyskanego z reformy areалу oraz klasy gleby²⁴. Wielkość poreformowych gospodarstw została określona w przepisach rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych z dnia 1 marca 1945 r. w sprawie wykonania dekretu PKWN z dnia 6 września 1944 r.²⁵ Mianowicie, gospodarstwa karłowate stanowiły gospodarstwa o powierzchni poniżej 2 ha, gospodarstwa małorolne to gospodarstwa od 2-5 ha, a za gospodarstwa średniorolne uważano gospodarstwa 5-10 ha użytków rolnych, których posiadacze mieli liczną rodzinę. Bezrolni, robotnicy i pracownicy rolni oraz drobni dzierżawcy nabywali ziemię pod warunkiem, że prowadzili samodzielnie gospodarstwa domowe, a praca na roli stanowiła dla nich zawód dający główne źródło utrzymania. Obszar nowo utworzonych gospodarstw w zasadzie nie mógł wynosić więcej niż 5 ha ziemi średniej jakości, gospodarstw ogrodniczo-warzywnych ponad 2 ha, dla osadników rybackich i pracowników zatrudnionych w gospodarstwach leśnych i rybnych – 3 ha, dla

²² A. Suchoń, M. Kowalczyk, *Analiza przepisów dekretu PKWN z 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej wraz z późniejszymi zmianami oraz innych aktów prawnych na podstawie których nastąpiło przejście nieruchomości ziemskich i lasów*, [w:] *Reformy rolne w Polsce międzywojennej i powojennej*, red. E. Borkowska-Bagińska, W. Szafranski, Poznań 2008, s. 85.

²³ Dz. U. z 1944, nr 4, poz. 17; art. 10 ust. 2; Dziennik Urzędowy Ministerstwa Rolnictwa i Reform Rolnych (dalej: Dz. U. M.R.R.R.) z 1945, nr 1, poz. 3; § 22 ust. 2.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Dz. U. nr 10, poz. 51 ze zm.

rzemieślników wiejskich – 2 ha, a dla pozostałych działek pracowniczych nadział miał być nie większy niż 1 ha. Przyjęcie tak niskich norm obszarowych i granic klasyfikacyjnych było spowodowane aspektem społecznym tej reformy, a więc dążeniem do możliwie największego uwłaszczenia nowych posiadaczy oraz oszczędnego dysponowania zapasem ziemi, potrzebnym do późniejszej kolektywizacji polskiej wsi²⁶.

Nabycie nieruchomości rolnych miało charakter nabycia pierwotnego, niezależnie od warunków na jakich własność przysługiwała dawnemu właścicielowi. Dlatego, że nabywana nieruchomość, głównie przez chłopów, otrzymywana była od Skarbu Państwa, a nie od dawnych właścicieli, na warunkach określonych w dekrete. Nieruchomość taka znajdowała się w stanie wolnym od wszelkich długów i ciężarów. Utworzone w ten sposób gospodarstwa nie mogły być w całości lub części dzielone, sprzedawane, wydzierżawiane i zastawiane. W wyjątkowych przypadkach takiego zezwolenia udzielały gminne rady narodowe, a decyzje ich podlegały zatwierdzeniu przez powiatowe prezydium rad narodowych²⁷. Zakaz ten przestał obowiązywać wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o obrocie nieruchomościami rolnymi²⁸.

Nabywcy przedmiotowych gospodarstw, na podstawie dekretu, powinni uiścić symboliczną opłatę, w cenie ustalonej według norm przedwojennych, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych z dnia 16 marca 1935 r. w sprawie oszacowania nieruchomości ziemskich przymusowo wykupywanych przy przeprowadzaniu reformy rolnej²⁹. Jednostką przyjętą był urodzaj klasy trzeciej – 15 centnarów metrycznych żyta. W roku gospodarczym 1944/45 przyjęta była cena 400 zł na centnar żyta, a płatność mogła być dokonana w gotówce lub w naturze żytem. W chwili nabycia uiszczali oni 10% szacunkowej ceny kupna. Opłata ta mogła być w szczególnych wypadkach odroczone na 3 lata decyzją Komisarza Urzędu Ziemskiego³⁰. Pozostała do zapłaty reszta ceny rozłożona była dla małorolnych i średniorolnych na 10 lat, a dla bezrolnych na 20 lat³¹.

Dekret przewidywał dwie grupy podmiotów, uczestniczących w czynnościach związanych z reformą rolną. Komuniści, aby ugruntować swoją popularność wśród chłopstwa, obok kwestii administracyjnej, wprowadzili czynnik społeczny. Aspekt administracyjny stanowiły: Resort Rolnictwa i Reform Rolnych, wojewódzkie i powiatowe urzędy ziemskiej, następnie od 20 września 1946 r. również wojewodowie i starostowie. Czynnik społeczny w pełni niezawodowy

²⁶ A. Suchoń, M. Kowalczyk, op. cit., s. 85-86; F. Longchamps, *Pravo agrarne*, Warszawa 1949, s. 54; E. Kłodziej, *Spółdzielnie produkcyjne w powiecie pułtuskim w latach 1949-1955*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 6, Pułtusk 2005, s. 324.

²⁷ W. Pawlak, *Pravo rolne PRL*, cz. 1: *Przebudowa ustroju rolnego*, Poznań 1968, s. 41.

²⁸ Dz. U. nr 39, poz. 172.

²⁹ Dz. U. nr 19, poz. 107.

³⁰ Dz. U. z 1944, nr 2, poz. 4.

³¹ A. Suchoń, M. Kowalczyk, op. cit., s. 86.

i nieetatowy, powołany był jedynie na okres przeprowadzenia reformy rolnej. Zaliczyć do nich należy wojewódzkich, powiatowych i gminnych pełnomocników do spraw reformy rolnej wraz z ich zastępcami, gminne komisje do spraw reformy rolnej, komisje podziału ziemi, komisje klasyfikacyjno-szacunkowe, oraz komitety folwarczne. W późniejszym okresie powstały komisje ziemskie, a na Ziemiach Odzyskanych komisje osadnictwa rolnego³².

W pierwszych miesiącach parcelacja miała dosyć chaotyczny przebieg, a przy tym nie wszystkie organizacje zajmujące się reformą rolną były legalne i przewidziane przez dekret czy unormowania wykonawcze tak jak m.in. komitety folwarczne, czy komisje podziału ziemi organizowane przez radykalnie nastawione chłopstwo. Początkowo podstawę do działania organów do spraw reformy rolnej stanowiła instrukcja Resortu Rolnictwa i Reform Rolnych o przyspieszonym trybie wykonania reformy rolnej, wydana 11 października 1944 r.³³. Następnie, w rozporządzeniu Ministerstwa Rolnictwa i Reform Rolnych z dnia 1 marca 1945 r., określono organizację, skład i kompetencje tzw. czynnika społecznego³⁴.

Przejęcie własności nieruchomości rolnych na rzecz Skarbu Państwa w związku z reformą rolną, a następnie ich nadawanie podmiotom fizycznym, uprawnionym na podstawie dekretu, następowało w drodze postępowania administracyjnego. Był to tryb ogólny przewidziany w dekrete o reformie rolnej z 1944 r. Jednak, odmiennie nadawano grunty z zapasu ziemi na: obszarze tzw. Ziemi Odzyskanych oraz nieruchomości przejętych za zgodą właścicieli czy nieruchomości należących do Kościoła katolickiego bądź innych związków wyznaniowych³⁵.

Ogólny tryb nadawania gruntów z zapasu ziemi przewidziany w art. 2 ust. 1 dekretu PKWN z dnia 6 września 1944 r. zakładał, że wszystkie nieruchomości ziemskie przeznaczone na cele reformy rolnej przechodzą „bezwzględnie bez żadnego wynagrodzenia” na własność Skarbu Państwa³⁶. Przejęcie własności następowało *ex lege* z dniem wejścia w życie dekretu, czyli 13 września 1944 r. i nie wymagało żadnych dodatkowych czynności prawnych³⁷. Również *ex lege* przeszły na własność państwa lasy na podstawie dekretu PKWN z 12 grudnia 1944 r. o przejęciu niektórych lasów na własność Skarbu Państwa³⁸ oraz nieruchomości ziemskie należące do Kościoła katolickiego oraz innych związków wyznaniowych, na podstawie ustawy z dnia 20 marca 1950 r. o przejęciu przez państwo dóbr martwej ręki, poręczeniu proboszczom posiadania gospodarstw

³² F. Longchamps, op. cit., s. 35-37.

³³ Tekst instrukcji: *Reforma rolna PKWN Materiały i dokumenty*, red. W. Góra, Warszawa 1959, s. 39-45.

³⁴ Dz. U. M. R. i R. R. z 1945, nr 1, poz. 3.

³⁵ H. Świątkowski, *Prawo rolne*, Warszawa 1962, s. 47.

³⁶ Dz. U. nr 4, poz. 17.

³⁷ W. Góra, *Reforma rolna PKWN*, Warszawa 1969, s. 295.

³⁸ Dz. U. nr 15, poz. 82.

rolnych i utworzeniu funduszu kościelnego³⁹. Innym przypadkiem opisanym w dekrecie było przejęcie nieruchomości na podstawie wyroku skazującego za przestępstwo przeciw reformie rolnej⁴⁰.

Szczególnym przypadkiem, włączenia do zapasu ziemi, było przejęcie za zgodą właściciela, uregulowane w dekrecie z 28 listopada 1945 r. o przejęciu niektórych nieruchomości ziemskich na cele reformy rolnej i osadnictwa⁴¹. Przejęcie to następowało na podstawie zarządzenia Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych. Warto zaznaczyć, że z orzecznictwa Sądu Najwyższego z lat pięćdziesiątych wynika, że zarządzenie to było konieczne z uwagi na to, że „zgoda właściciela nieruchomości na jej przejęcie na cele reformy rolnej i osadnictwa nie stanowi jeszcze o zmianie własności, która następuje dopiero na skutek aktu właściwej władzy dokonującej przejęcia”⁴². Dalsze czynności nie odbiegały od procedury przyjętej w dekrecie z 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej.

Wyłączonym właścicielom nieruchomości ziemskich w trybie dekretu PKWN z dnia 6 września 1944 r. przysługiwało prawo do ubiegania się o uznanie, że dana nieruchomość jest wyłączona spod postanowień dekretu⁴³. W tym celu musieli oni dochodzić swoich praw przed wojewódzkim urzędem ziemskim przeprowadzając dowód stwierdzający dokładny obszar tej nieruchomości z wyszczególnieniem użytków każdego rodzaju. W razie nieposiadania dokumentów określających powyższe dane, właściciel miał prawo zwrócić się do wojewódzkiego urzędu ziemskiego o przeprowadzenie na swój koszt ponownych pomiarów⁴⁴. Od decyzji wojewódzkiego urzędu ziemskiego służyło odwołanie do ministra rolnictwa i reform rolnych za pośrednictwem urzędu ziemskiego, które powinno być wniesione w ciągu 7 dni od dnia następnego po doręczeniu decyzji⁴⁵. Ziemianie korzystali z tej możliwości na dużą skalę, gdyż wiele odwołań było uzasadnionych. Literatura przedmiotu okresu PRL przyznawała, że niezgodnie z dekretem rozparcelowano około 200 majątków ziemskich⁴⁶. Urzędy ziemskie w omawianym okresie wydały kilkadziesiąt zaświadczeń o unieważnieniu parcelacji folwarków⁴⁷. W związku z tym, decyzje zwrotu nieruchomości następowały wyłącznie w trybie administracyjnym⁴⁸.

³⁹ Dz. U. nr 9, poz. 87; art. 2.

⁴⁰ Dz. U. z 1944 nr 4, poz. 17; art. 2 ust. 1. lit. c.

⁴¹ Dz. U. nr 57, poz. 321; art. 1 pkt 3.

⁴² Orzeczenie Sądu Najwyższego 1954, I CK 2/51, „Państwo i Prawo” (PiP) 1954, z. 5.

⁴³ Zob. W. Góra, op. cit., s. 320.

⁴⁴ Dz. U. M.R.R.R. z 1945, nr 1, poz. 3, § 6.

⁴⁵ Ibidem, § 5 ust. 2.

⁴⁶ H. Słabek, *Polityka agrarna PPR*, Warszawa 1967, s. 281.

⁴⁷ Ibidem, s. 284.

⁴⁸ Okólnik nr 41 Ministerstwa Sprawiedliwości z 7 sierpnia 1945 r. do sądów apelacyjnych, okręgowych i grodzkich w sprawie zakazu odbierania ziemi chłopom nadanej w reformie rolnej, [w:] *Reforma rolna PKWN*, s. 182-183.

Przebieg reformy rolnej w powiecie pułtuskim

Powiat pułtuski jako jednostka administracyjna istniał już za czasów Księstwa Warszawskiego⁴⁹. W II Rzeczypospolitej był jednym z największych powiatów województwa warszawskiego o powierzchni 1527 km²⁵⁰ i liczył 118 100 mieszkańców⁵¹. W skład powiatu wchodziły wówczas 4 miasta – Pułtusk, Wyszaków, Nasielsk i Serock oraz 11 gmin wiejskich – Gołębie, Gzowo, Kleszewo, Kozłowo, Nasielsk, Obryte, Somianka, Winnica, Wyszaków, Zatory i Zegrze. W okresie okupacji niemieckiej większość powiatu znalazła się w granicach rejencji ciechanowskiej (*Regierungbezirk Zichenau*) wchodzącej w skład prowincji Południowe Prusy Wschodnie (*Süd Ostpreussen*). W granicach Generalnego Gubernatorstwa znalazły się jedynie miasto Wyszaków oraz gminy Wyszaków i Somianka⁵².

Znaczna część ludności, zamieszkującej przed wojną gminy wiejskie powiatu pułtuskiego, utrzymywała się z rolnictwa. Przemysł na tym obszarze był słabo rozwinięty, a przeważało rzemiosło i drobna wytwórczość. Największe wpływy polityczne w powiecie posiadał ruch ludowy, na którego przedstawicieli z list PSL „Wyzwolenie” w 1928 r. oddano 52,4% głosów. Na terenie ośrodków miejskich w 1928 r. wpływami cieszył się również PPS 16,9%, SN 14,8% i BBWR 7%. W latach trzydziestych rosła popularność ruchu narodowego, którego lista w wyborach 1930 r. tzw. brzeskich zdobyła 35,1%⁵³.

Struktura agrarna w Polsce pierwszej połowy XX w. na obszarze ziemi pułtuskiej składała się z wielkiej własności ziemskiej przy niewielkim udziale gospodarstw chłopskich. Majątki ziemskie ulegały licznym przeobrażeniom, zwłaszcza w sytuacji powłaszczeniowej po 1864 r. i kryzysu zbożowego lat 80. XIX w. Sytuacji nie poprawił również przebieg linii frontu I wojny światowej na tym terenie. Wiele majątków ziemskich zostało zadłużonych i zlicytowanych w całości bądź części⁵⁴. Ilość majątków ziemskich oraz zmiany w ich strukturze przedstawiają tabele 1-3.

⁴⁹ Szerzej: J. Szczepański, *Powiat pułtuski w podziałach administracyjnych XIX i XX w.*, Pułtusk 1993.

⁵⁰ *Mały Rocznik Statystyczny*, Warszawa 1939, s. 12.

⁵¹ K. Krajewski, *Podziemie niepodległościowe w powiecie pułtuskim po 1944r.*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządowi komunistycznym w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 15.

⁵² J. Szczepański, *Powiat pułtuski w podziałach...*, s. 24-25.

⁵³ Idem, *Pułtusk w latach II Rzeczypospolitej*, [w:] *Dzieje miasta Pułtuska*, red. J. Kazimierski, R. Kołodziejczyk, J. Szczepański, Warszawa 1992, s. 106-107.

⁵⁴ R. Szulc, *Najwięksi właściciele dóbr ziemskich w powiecie pułtuskim w I połowie XX w.*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 6, Pułtusk 2005, s. 224.

Tabela 1. Liczba majątków ziemskich w powiecie pułtuskim według danych z 1906 r. (powyżej 100 ha)

Powierzchnia folwarków	Liczba właścicieli
100-300 ha	36
301-1000 ha	25
powyżej 1000 ha	8

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Archiwum Państwowego m. st. Warszawy – Oddział w Pułtusku, Zespół nr 26, sygn. 1, k. 42-43.

Tabela 2. Liczba majątków ziemskich w powiecie pułtuskim według danych z 1930 r. (powyżej 50 ha)

Powierzchnia folwarków	Liczba właścicieli
50-100 ha	25
101-300 ha	34
301-1000 ha	39
powyżej 1000 ha	4

Źródło: opracowanie własne na podstawie tabel zawartych, [w:] R. Szulc, *Najwięksi właściciele dóbr ziemskich w powiecie pułtuskim w I połowie XX w.*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 6, Pułtusk 2001, s. 225-227.

Tabela 3. Zmiany w strukturze wielkiej własności ziemskiej w powiecie pułtuskim w latach 1921-1939.

Rok		Wielkość majątków [ha]							Liczba majątków
		50 do 100	100 do 200	200 do 300	300 do 400	400 do 500	500 do 1000	powyżej 1000	
1921	Liczba	37	23	13	14	4	11	7	109
	[%]	33,9	21,1	11,9	12,8	3,7	10,1	6,4	100
1939	Liczba	36	28	20	9	4	6	2	105
	[%]	34,3	26,7	19,0	8,6	3,8	5,7	1,9	100

Źródło: T. Epsztejn, *Zmiany w strukturze wielkiej własności ziemskiej w województwie warszawskim w latach 1921-1938*, [w:] *Mazowsze w dwudziestoleciu międzywojennym (w granicach województwa warszawskiego)*, Warszawa 1998, s. 95.

Na podstawie powyższych danych możemy wyróżnić kilka zmian własnościowych, które zachodziły wśród wielkiej własności ziemskiej. Parcelacja towarzyszyła sprzedaży ziemi okolicznym chłopom, kolonistom, a także w mniejszym stopniu trafiała ona do zamożniejszych gospodarzy, którzy dzięki kilku transakcjom bądź jednorazowo stawali się posiadaczami gospodarstw powyżej

50 ha. Drugim rodzajem zmian własnościowych była sprzedaż, w obrębie warstwy ziemiańskiej, osobom, które były już posiadaczami ziemskimi, a nabywały kolejny majątek lub tylko zmieniały z różnych powodów swoją siedzibę. Należy pamiętać, że zmiany własnościowe zachodziły również w wyniku zawierania małżeństw⁵⁵.

Reforma rolna z 1925 r. w powiecie pułtuskim przebiegała stosunkowo dobrze. Prace parcelacyjne zgodnie z ustawą z 1925 r. miały przebiegać dobrowolnie. Niemniej dla opornych właścicieli ziemskich, uchylających się od wykonania ustawowego obowiązku, Ministerstwo Reform Rolnych corocznie ogłaszało w wykazie dobra, które podlegały przymusowej parcelacji. Ziemianie w większości podejmowali działania wyprzedzające, stąd dla niektórych roczników brak jest wykazów dla konkretnego powiatu⁵⁶. Przykłady przymusowej parcelacji za lata 1935-1936 podano w tabeli 4.

Tabela 4. Wykaz gruntów podlegających przymusowej parcelacji w powiecie pułtuskim (1935-1936)

L.p.	Właściciel	Nazwa majątku	Pow. użytków rolnych do parcelacji [ha]
1.	Bobiński Leonard	Popowo, Janki A- G	300
2.	Dłużewski Karol	Pobyłkowo – Trzepowo	200
3.	Osuchowski Tymoteusz Adam	Kozłowo, Porzowa z Lasem, Dębiny, Kozłówek	280
4.	Sędzimir Jan Józef, Sędzimir Bronisław Władysław	Szłubowo, Słoneczewo – Sędzimiry B, Modzele – Cichawy	120

Źródło: M. Drewicz, *Prawo o wywłaszczeniu ziemian i likwidacji większych majątków ziemskich w Polsce w latach 1919-1952 jako czynnik zmiany społecznej oraz wykaz imienny nieruchomości ziemskich podlegających wykupowi przymusowemu na lata 1926-1939*, Warszawa 2007, s. 166-167.

Według opracowania Marcina Drewicza dla powiatu pułtuskiego pod koniec dwudziestolecia międzywojennego, w wykazie na rok 1935 i 1936, znalazły się tylko powyższe cztery majątki. Świadczyło to o oporze właścicieli do dobrowolnej odsprzedaży chłopom bądź drobnym ziemianom, jak również całkiem możliwe, że grunty nie osiągnęły cen sprzed kryzysu lat trzydziestych i nie satysfakcjonowały właścicieli albo przeciwnie ich sprzedaż nie wystarczyłaby na pokrycie długów. Niemniej skuteczność aparatu państwowego w procesie

⁵⁵ T. Epszstein, *Zmiany w strukturze wielkiej własności ziemskiej w województwie warszawskim w latach 1921-1938*, [w:] Mazowsze w dwudziestolecu międzywojennym (w granicach województwa warszawskiego), Warszawa 1998, s. 96.

⁵⁶ M. Drewicz, *Prawo o wywłaszczeniu ziemian i likwidacji większych majątków ziemskich w Polsce w latach 1919-1952 jako czynnik zmiany społecznej oraz wykaz imienny nieruchomości ziemskich podlegających wykupowi przymusowemu na lata 1926-1939*, Warszawa 2007, s. 137.

przymusowej parcelacji nie wyglądała zbyt dobrze skoro grunty z tego wykazu zostały dopiero przejęte na cele reformy rolnej na podstawie dekretu PKWN z 1944 r.

Podobnie jak w całym kraju społeczeństwo powiatu pułtuskiego było zróżnicowane w swoich poglądach na zaistniałą po wojnie rzeczywistość społeczno-polityczną. Trafnej analizy dokonał Jerzy Elsner, który stwierdził, że: „stosunek społeczeństwa do władzy komunistycznej nie był jednoznaczny. Z rozmaitych źródeł wynika, że niezależnie od wielkich zabiegów propagandowych, podejmowanych przez nową władzę – jej poparcie społeczne było raczej niewielkie (...) społeczeństwo polskie w pierwszych latach Polski Ludowej można podzielić na cztery grupy. Pierwsza to komuniści i ich zadeklarowani stronnicy, na ogół wywodzący się z lewicy społecznej, a także karierowicze oportuniści, którzy bez względu na poglądy od pierwszej chwili opowiedzieli się po stronie nowej władzy i aktywnie z nią współpracowali. Druga, to ludzie odrzucający komunizm w każdej postaci, a nową władzę traktujący jako obcą agenturę i przeciwstawiający się jej w sposób mniej czy więcej otwarty – w przypadkach skrajnych i to wcale nieodosobnionych nawet zbrojnie, kontynuując działalność konspiracyjną. Trzecia, to po prostu ludzie bierni, umęczeni długą wojną i okupacją, oczekujący jakiejś normalizacji i stabilizacji i nierzadko w praktyce zupełnie wręcz pozbawieni jakichkolwiek poglądów politycznych. Czwarta – to być może najliczniejsza grupa – to byli ci, którzy nie akceptując, czy może lepiej byłoby powiedzieć, nie mając najmniejszej sympatii do komunizmu ani do nowej władzy, z poczuciem obywatelskiego obowiązku, bądź po prostu z poczucia ludzkiego pragnienia życia w normalnych warunkach, od pierwszych dni zabrali się za odbudowę kraju z wojennych zniszczeń. Wyraźnie jednak trzeba podkreślić, że dominowały postawy niechętne lub wręcz wyraźnie wrogie wobec nowej władzy”⁵⁷.

Realizacja reformy rolnej w powiecie pułtuskim ruszyła dopiero w październiku 1944 r. wtedy to zorganizowano urzędy ziemskie i powołano pełnomocników do spraw reformy rolnej. Według stanu na 19 grudnia 1944 r. w powiatowym urzędzie ziemskim pracowały tylko 3 osoby⁵⁸. Pełnomocnikiem PKWN do spraw reformy rolnej na województwo warszawskie mianowany został 11 października 1944 r. I sekretarz Komitetu Wojewódzkiego PPR – Stanisław Kiryluk. Z kolei pierwszym powiatowym pełnomocnikiem od 20 września 1944 r. został Czesław Skoczeń (SL) – starosta pułtuski, a jego zastępcą Piotr Dwornowski – późniejszy I sekretarz powiatowego PPR. Na tych urządach występowała dosyć spora rotacja, tak więc następcami Kiryluka już w 1945 r. była Krystyna Konwerska, a jej następcą Mieczysław Bodalski. Następcami Skocznia byli: Jan

⁵⁷ J. Eisler, *Zarys dziejów politycznych Polski 1944-1989*, Warszawa 1992, s. 15.

⁵⁸ A. Koseski, J. Szczepański, *Pułtusk w XIX-XX wieku. Materiały źródłowe 1795-1956*, Pułtusk 2003, s. 243.

Czerwiński, Aleksander Twardowski. Komisarzami Ziemskimi w tym okresie byli: Marian Sochaj, Mieczysław Tałandziewicz⁵⁹.

Generalnie wszystkie działające legalnie w pow. pułtuskim organizacje polityczne popierały reformę rolną. Na tym polu komuniści doskonale zrozumieli się z ludowcami, którzy związani byli z przedwojennym PSL „Wyzwolenie”. Na Walnym Zjeździe Delegatów Kół PSL z powiatu pułtuskiego wydano rezolucję, w której podkreślono, że zapoczątkowane „dzieło reformy rolnej oddająca ziemię obszarniczą w ręce chłopów”⁶⁰ – musiało być dalej kontynuowane drogą tworzenia warunków sprzyjających zagospodarowaniu tych obszarów. Ziemianie jednak widzieli, w pewnym stopniu, w PSL gwarancję na wypłacanie ekwiwalentu przewidzianego przez dekret PKWN o reformie rolnej oraz przestrzeganie prawa przez urzędy ziemskie⁶¹.

Nastroje społeczne mieszkańców powiatu przejawiały się akceptacją podstawowych założeń ustroju socjalistycznego. Jednak nie godząc się z polityką represyjną prowadzoną przez władze Polskiej Ludowej, mieli oni negatywny stosunek do Milicji Obywatelskiej, w której „dużo jest szumowin i mętów społecznych”⁶², a także mieli oni złą opinię o funkcjonariuszach Bezpieczeństwa Publicznego w związku z tym, że „na początku aresztowały zbyt wiele osób bez dostatecznych podstaw”⁶³. Taka postawa nowej władzy ułatwiała tylko działalność podziemiemu niepodległościowemu, które dosyć swobodnie operowało na terenie powiatu pułtuskiego, przy wsparciu ze strony ludności wiejskiej. W związku z tym „Nic więc dziwnego, że wielu ludzi usuwało się od współpracy, a niektórzy z nich szli do lasu, odgrzebywali zakopaną broń i pomnażali szeregi tzw. band leśnych”⁶⁴. Na terenie powiatu pułtuskiego działały oddziały Ruchu Oporu Armii Krajowej (dalej: ROAK) pod dowództwem Konstantego Kociszewskiego, przekształcone następnie w oddział „Wolność i Niezawisłość” (dalej: WiN), Zygmunta Dąbkowskiego oraz Narodowe Zjednoczenie Wojskowe (dalej: NZW) Mieczysława Dziemieszkiewicza „Roja” operującego w zachodniej części obejmującej gminy Kozłowo i Gołębie oraz oddziału NZW Jana Kmiołka, operującego na obszarze tzw. Puszczy Białej⁶⁵. Pułtuskie organizacje poakowskie były aktywne organizując szereg akcji zbrojnych, poza ROAK, który nast-

⁵⁹ B. Dymek, op. cit., s. 13, 25, 30; W. Łukaszewski, *Działalność PPR – PZPR w powiecie pułtuskim w latach 1945 – 1954*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządowi komunistycznym w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 353-354.

⁶⁰ R. Turkowski, R., *Wież w polityce władz komunistycznych w powiecie pułtuskim w latach 1944-1956*, [w:] *ibidem*, s. 284-287.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² J. Szczepański, *Spółczesność powiatu pułtuskiego w raportach władz partyjnych i administracyjnych z lat 1945-1950*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie...*, s. 389-381.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ W. Jakubowski, *Chłopi polscy 1944-1948. Perspektywa psychologiczna*, Pułtusk – Warszawa 2000, s. 152-153.

⁶⁵ Szerzej: K. Krajewski, *Podziemie niepodległościowe w powiecie pułtuskim po 1944 r.*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie...*, s. 27 i n.

wiony był na sabotaż i infiltrację administracji państwowej, jak i organów MO oraz Powiatowego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego (dalej: PUBP). Wśród akcji zbrojnych skierowanych przeciwko nowemu ustrojowi gospodarczemu możemy wymienić atak na majątek państwowy w Moszynie przeprowadzony 18 lipca 1945 r. przez patrol żołnierzy NZW pod komendą Feliksa Rybarczyka „Siekiera”, czy kilka ataków oddziału NZW Jana Kmiołka na majątek państwowy w Rząśniku i Gładczynie w latach 1945-1950 oraz napady na Spółdzielnie w Dalekiem, Karbiewku, Leszczydole – Nowinach, Lubielu Nowym, Obrytem, Ochódnie, Pokrzywnicy, Popowie Borowym, Somiance, Szyszkach, Wyszkwowie i Zdzieborzu.

Pułtuskie podziemie niepodległościowe wykonywało również wyroki śmierci, w którym m.in. zginęło dwóch pełnomocników ds. reformy rolnej – Jan Czerwiński w 1945 r. i starosta Czesław Skoczeń (19 lutego 1946 r.), który był zakonspirowanym członkiem PPR. Wielu aktywistów PPR sprzyjających reformie rolnej jak i donoszących organom bezpieczeństwa publicznego, na początku upominano, następnie wręczano nakaz opuszczenia powiatu oraz karano batami lub urządzano rekwizycję w gospodarstwach. Tak ukarano między innymi sekretarza PPR w Obrytem Stanisława Szczecińskiego (19 lutego 1946 r.), sekretarza PPR w Gzowie Antoniego Kołodziejczyka (26 marca 1946 r.), członka PPR Józefa Pijawkę za zagrabienie domostwa prawowitemu właścicielowi (3 marca 1946 r.). Oddziały WiN były również aktywne w rozpędzaniu wieców agitacyjnych przed referendum ludowym. Mianowicie jeden z nich pod Lubielem zakończył się krwawo, zginęło tam 4 funkcjonariuszy PUBP, 4 milicjantów i 5 aktywistów PPR⁶⁶. Opracowania okresu PRL potwierdzają, że żołnierzom podziemia niepodległościowego udało się opóźnić proces reformy rolnej oraz spowodować zwroty nadań gruntów do powiatowego urzędu ziemskiego, w związku z napadem na brygady parcelacyjne oraz szeroko zakrojoną akcją agitacyjną wśród społeczności wiejskiej, a także w wyniku zastraszania krnąbrnych chłopów⁶⁷.

Akt przejęcia nieruchomości ziemskich na cele reformy rolnej, jak wynika ze źródeł, dokonywał się bez zapowiedzi w terminie dogodnym dla lokalnej władzy administracyjnej. W dokumentach dotyczących przejmowanych majątków zachowały się protokoły z przejmowania pod zarząd państwowy nieruchomości. Analiza ich pozwala stwierdzić, że przejście na cele reformy rolnej nieruchomości ziemskich odbywało się przy szerokiej reprezentacji, gdyż pod protokołem podpisani byli: właściciel, przedstawiciel służby folwarcznej, osoba której powierzono zarząd majątkiem, sołtys, komisarz ziemski lub jego zastępca, pełnomocnik reformy rolnej lub jego zastępca. Dane dotyczące obszaru oraz inwentarza wprowadzane do protokołu były nieprecyzyjne, gdyż

⁶⁶ Ibidem, s. 102; idem, *Kalendarium akcji zbrojnych podziemia niepodległościowego na terenie powiatu pułtuskiego w latach 1945-1951*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie...*, s. 447 i n.

⁶⁷ S. Gadomski, *Pułtusk i region pułtuski w okresie Polski Ludowej*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. S. Kotarski, t. 1, Warszawa 1969, s. 295.

wiedza pochodziła z pobieżnego przeliczenia, a wielkość areалу z zeznań właściciela. Poza tym podawano w protokole przybliżony opis granic bez konkretnego oznaczenia działek. Określano w nim odległość od miasta powiatowego, szosy głównej i najbliższej stacji kolejowej, spisywano również obciążenia majątku oraz dzierżawców. Protokół sporządzano w czterech egzemplarzach po jednym dla: właściciela, powiatowego urzędu ziemskiego, wojewódzkiego urzędu ziemskiego i do „akt majątku”, czyli prawdopodobnie księgi gruntovej⁶⁸. Przebieg reformy w powiecie pułtuskim ilustruje tabela 6.

Tabela 6. Wykonanie reformy rolnej w powiecie pułtuskim (stan na 1947 r.)

Gmina	Otrzymali [ha]					
	bezrolni	małorolni	służba folwarczna	rzemieślnicy	średniacy	RAZEM
Gołębie	254,75	484,25	1214,5	38	96,50	2088
Gzowo	284,35	509,9	527,6	69,38	66,5	1457,75
Kleszewo	242,51	225,5	100	3,8	-	571,81
Kozłowo	600	310	1200	100	-	2240
Obryte	450	150	350	-	100	1050
Somianka	121	285,7	181,5	2	56,9	647,1
Winnica	194	109	247	-	-	550
Wyszków	27	30	59	-	31,5	151,5
Zatory	94	457	602	8	21,5	1182,5
Zegrze	83	45	102	-	-	230
RAZEM	2350,61	2608,35	4583,6	221,18	372,9	10168,66

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych w: Archiwum Państwowe w Warszawie Oddział w Pułtusk, zespół 31 Starostwo Powiatowe w Pułtusk, sygn. 79/31/0/34, k. 10, 20, 28, 40, 44, 58, 69, 78, 84,104, 113, 123.

Miasta z terenu powiatu pułtuskiego (Nasielsk, Pułtusk, Serock, Wyszków) wykazały w sprawozdaniach do Starostwa Powiatowego w Pułtusk, że jako gminy miejskie nie posiadają ziemi przeznaczonej na cele reformy rolnej⁶⁹. Natomiast przejęto 101 nieruchomości ziemskich, z czego tylko 12 było wcześniej własnością państwową. Rozparcelowano ok. 25 tys. ha ziemi włączając w to grunty orne, lasy, nieużytki, wody itp., z czego ponad 6400 ha przekazano Administracji Lasów Państwowych, część zarezerwowano na utworzenie

⁶⁸ Archiwum Państwowe w Warszawie Oddział w Pułtusk, zespół 41, Akta Gminy Kozłowo, sygn. 79/41/0/63/, k. 17 – 18, 20, 28, 31 – 33.

⁶⁹ Archiwum Państwowe w Warszawie Oddział w Pułtusk, zespół 31, Starostwo Powiatowe w Pułtusk, sygn. 79/31/0/34, k. 10, 20, 28, 40, 44, 58, 69, 78, 84,104, 113, 123.

wzorcowych Państwowych Gospodarstw Rolnych i na cele społeczne⁷⁰. Wśród ludności wiejskiej powiatu pułtuskiego rozparcelowano 13,5 tys. ha. W skład nabywców weszło: 2300 osób bezrolnych, 2316 małorolnych, 4310 ludzi należących do przedwojennej służby folwarcznej, 191 rzemieślników i 436 średniorolnych chłopów. Likwidację tzw. głodu ziemi umożliwiło też przesiedlenie się 4200 rodzin z powiatu pułtuskiego na tzw. Ziemie Odzyskane⁷¹. Ponadto, w 33 wsiach na cele reformy rolnej przejęto przeszło 2400 ha gruntów poniemieckich⁷². Przeprowadzenie reformy w powiecie pułtuskim wspomina jeden ze świadków – I. Dąbek. Stwierdziła ona, że: „W 1945 r. ziściły się marzenia parobków dworskich – reforma rolna ruszyła. Wraz z mierniczymi chodzili po polach ich przyszli posiadacze. Ludzie ci bardzo dobrze orientowali się w jakości podworskich gruntów – sami z dziada pradziada ją uprawiali. Rychło rozpoczęły się swary i kłótnie, gdzie, komu ma przypaść działka. Próbowano losowania, ale nie wszyscy się na nie godzili, a szczególnie ci (jak się później okazało) członkowie ujawnionej komórki PPR. Uznali oni, że jako zwolennicy nowych porządków mają prawo do lepszych kawałków gruntu. W czasie reformy ujawniły się, co najmniej dwie postawy wśród «obdarowanych» ziemią: jedni brali ją z wielką ochotą, inni z niedowierzaniem, zakłopotani, bo pańska, a nawet z obawą, bo może przyjdzie ją zwracać”⁷³.

Niektóre z nieruchomości zostały przejęte niezgodnie z obowiązującym prawem, a więc mające poniżej 50 ha użytków rolnych. Według danych w gminie Kozłowo do takich zaliczały się majątki: Ostaszewo „A” należący do spadkobierców J. Pawlaka (46 ha), Przewodowo Poduchowne J. M. Pankratjona (32 ha), Żeromin II P. Biedrzyckiego (45 ha), Ołdaki Stefanowo E. Kutasiewicz (44,5 ha), Grochy – Krupy należący do spadkobierców W. Milewskiego (45 ha)⁷⁴. Co istotne, w przypadku parcelacji gruntów gminnych miał miejsce protest Wójta i Gminnej Rady Narodowej, a w konsekwencji unieważnienie aktu parcelacyjnego⁷⁵. Ciekawa wydaje się próba obejścia przepisów dekretu o reformie rolnej przez spadkobierców Jana Biedrzyckiego majątku Żeromin I (148 ha), którzy zgłosili się o przydział na zasadach przyjętych w dekrecie i łącznie otrzymali 29 ha ziemi, będąc jednocześnie zwolnionymi z wszelkich opłat i wykupu⁷⁶. Zdarzały się również przypadki dewastacji i zaboru mienia. Mianowicie, w przypadku majątku Zatory należącego do małżeństwa Bagniewskich, po

⁷⁰ S. Gadomski, op. cit., s. 294.

⁷¹ A. Koseski, J. Szczepański, *Pułtusk w XIX-XX wieku. Materiały źródłowe 1795-1956...*, s. 254; Archiwum Państwowe w Warszawie, Urząd Wojewódzki Warszawski, Reforma rolna w woj. warszawskim 1945-1946, sygn. 634, k. 34.

⁷² S. Gadomski, op. cit., s. 294.

⁷³ W. Łukaszewski, op. cit., s. 359.

⁷⁴ Archiwum Państwowe w Warszawie Oddział w Pułtusku, zespół 41, Akta Gminy Kozłowo, sygn. 79/41/0/63/, k. 43.

⁷⁵ Ibidem, k. 49.

⁷⁶ Ibidem, k. 56-57, 71-72, 76-78.

wysiedlonych właścicielach, budynek czasowo przeznaczony został na cele mieszkaniowe. Jego nowi lokatorzy doprowadzili do tak fatalnego stanu, że konieczna była interwencja Zarządu Gminy i Starostwa Powiatowego⁷⁷. Podobny los spotkał drewniany dwór w Moszynie gmina Kleszewo należący do Stefanii Płoskiej, który jako tzw. ośrodek z ogrodem przeszedł pod zarząd państwowy w Gładczynie. Następnie przekształcony został w Państwowe Gospodarstwo Rolne (dalej: PGR), a ostatecznie przez długi okres najmu, w tym przeznaczony na szkołę podstawową, uległ zniszczeniu w 2002 r.⁷⁸

Według danych zawierających straty osobowe powiatu pułtuskiego w okresie 1944-1955, opracowane przez Krzysztofa Kacprzaka, które zawierają 109 nazwisk, ponad połowa z tych osób pochodziła z obszarów wiejskich powiatu pułtuskiego⁷⁹. Wśród osób skazanych na śmierć spośród opracowanych biogramów wynika, że żadna z tych osób nie zginęła za przestępstwa przeciwko reformie rolnej. Jednakże, opracowanie dotyczące działalności Wojskowego Sądu Rejonowego w Warszawie na sesjach wyjazdowych w Pułtuskach oraz Sądu Grodzkiego w Pułtuskach są niekompletne i nie wynika z nich wprost, że nie karano za te przestępstwa łagodniej, bądź osób skazanych na śmierć nie ujęto, na co K. Kacprzak wskazuje. Znajdują się tam wzmianki dotyczące karania za przestępstwa gospodarcze popełnione przez rolników⁸⁰.

Przeprowadzenie reformy rolnej w powiecie pułtuskim przebiegło sprawnie, mimo trudności i okresowych zahamowań. Niemniej akcja podziału ziemi nabrała dopiero tempa w połowie 1945 r. w związku z organizacją władzy na terenach wyzwolonych w 1945 r. oraz zaminowaniem, aż 24 majątków ziemskich na terenie powiatu, co wymagało interwencji wojska⁸¹. Nie brakowało problemów komunikacyjnych, gdyż podczas wojny zniszczony został most w Pułtuskach na rzece Narew oraz mocno ucierpiał most w gminie Zegrze. Jedynym szlakiem komunikacyjnym ze stolicą była trasa przez Wyszków. Brakowało również środków lokomocji. Dlatego zdarzały się przypadki pomijania chłopów przy nadziale, a tempo reformy rolnej wymagało dużej operatywności, nie dziwi więc interwencja pułtuskiego starosty u dowództwa Armii Czerwonej z 14 czerwca 1945 r., w której znaleźć można, że: „przejeżdżającego szosą z Nasielska do Nowego Miasta obywatela Szpronkowskiego Tadeusza z Pękowa pow. pułtuskiego zatrzymali wojenni zakwaterowani w gm. Sochocin we wsi Folwark. Niezwykle i pod groźbą automatu porwali mu jego rower (...) Aby

⁷⁷ Archiwum Państwowe w Warszawie Oddział w Pułtuskach, zespół 31 Starostwo Powiatowe w Pułtuskach, sygn. 79/31/0/34, k. 140.

⁷⁸ B. Wachowska-Kucharczyk, *Właściciele dóbr Moszyn w powiecie pułtuskim*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów...*, s. 239-240.

⁷⁹ K. Kacprzak, *Straty osobowe powiatu pułtuskiego w latach 1944-1952*, [w:] *Powiat pułtusk w pierwszej dekadzie...*, s. 419 i n.; K. Kacprzak, *Mieszkańcy powiatu pułtuskiego skazani przez Wojskowy Sąd Rejonowy w Warszawie w latach 1946-1955*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 8, Pułtusk, 2009, s. 219 i n.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ B. Dymek, op. cit., s. 17, 28, 30-32.

nie podrywać naszego sojuszu polsko-radzieckiego proszę o przeprowadzenie dochodzenia (...) i o zwrócenie właścicielowi i winnego pociągnąć do odpowiedzialności”⁸². Były także przypadki niedostatecznej aprowizacji chłopów, nie wszyscy oni byli poinformowani o założeniach reformy rolnej.

Władza ludowa za pracę w umacnianiu nowego ustroju nagradzała swoich działaczy. Pełnomocnik wojewódzki do spraw reformy rolnej dwukrotnie odznaczał pułtuskich działaczy za sprawność w wykonywaniu reformy rolnej: w 1944 r. P. Dwornowskiego zastępcę pełnomocnika na powiat pułtuski, a w połowie 1945 r. A. Twardowskiego zastępcę pełnomocnika na powiat pułtuski, J. Bałę kierownika działu technicznego, H. Płomińskiego mierniczego, Leona Pawłaka pełnomocnika gminy, Stanisława Szczęsnego pełnomocnika gminy. Sprawność w przeprowadzeniu reformy rolnej była sukcesem aparatu partyjnego PPR i SL (ZSL)⁸³.

Realizacja podstawowych założeń reformy, a więc przejmowanie majątków i ich parcelację w powiecie pułtuskim generalnie zakończono w 1949 r. Następnie władze komunistyczne zaczęły wcielać w życie kolektywizację wsi w zakresie polityki rolnej. W 1950 r. w powiecie pułtuskim powstały trzy spółdzielnie produkcyjne, zajmujące obszar o powierzchni 378 ha, w tym ponad połowę z zapasu ziemi Państwowego Funduszu Ziemi. Spośród nich przodującą była spółdzielnia produkcyjna w Wierzbicy, zaliczana do sześciu najlepszych w województwie warszawskim. Naciski administracyjne spowodowały, że w 1951 r. w powiecie pułtuskim działało już 12 spółdzielni, zaś w 1956 r. – 25, w których gospodarowało 364 członków na obszarze ok. 2,9 tys. ha⁸⁴.

Podsumowanie

Reforma rolna PKWN utrwaliła nowy porządek na polskiej wsi, czego przykładem jest północne Mazowsze, w szczególności powiat pułtuski. Głównym celem reformy była likwidacja wielkich majątków ziemskich, a co za tym idzie grupy politycznej uznanej za wrogą, czyli ziemiaństwa. Stanowiło ono zagrożenie dla nowego systemu państwa ludowego, ponieważ w ujęciu marksistowskim ziemianie stanowili klasę posiadającą⁸⁵.

Negatywnych skutków realizacji reformy rolnej możemy doszukiwać się we wszystkich dziedzinach: społecznej, kulturowej i gospodarczej. Poczynając od tych ostatnich, można je znaleźć zarówno w technicznej realizacji dekretu o reformie rolnej, jak i w gwałtownym jego wykonaniu jeszcze w czasie wojny. Przyczyniło się to m.in. do dezorganizacji życia gospodarczego i ograniczenia

⁸² J. Szczepański, *Spółczesność powiatu pułtuskiego w raportach...*, s. 386.

⁸³ Zob. B. Dymek, op. cit., s. 28.

⁸⁴ M. Pajewska, J. Szczepański, *Powiat pułtuski. Przeszłość i teraźniejszość*, Pułtusk 2013, s. 25.

⁸⁵ Szerzej: *Reforma rolna 1944-1945 czy komunistyczna zbrodnia?: dokumenty i materiały, świadectwa, wnioski*, Poznań 2009, s. 27 – 29.

produkcji rolnej przez rozdrobnienie struktury wielkoobszarowych gospodarstw, pozbycie się właścicieli bądź zarządców majątków przeznaczonych do parcelacji i zastąpienie ich przez osoby niekompetentne, w tym rozkradanie i roztrwonienie inwentarza żywego i martwego oraz brak przystosowania mechanizmów państwowych i zaplecza do rozdrobnionej struktury agrarnej. Natomiast w kwestii technicznej powód reformy był jeden – przygotowanie do kolektywizacji w związku z niewydolnością nowych gospodarstw chłopskich. Temu właśnie służyły: zbyt małe normy powierzchniowe gospodarstw, pogwałcanie postanowień dekretu i parcelacja gospodarstw poniżej 50 ha, nieoznaczenie w trwałe sposób granic własności, zbyt szybkie tempo wykonania parcelacji oraz powierzenie czynności związanych z nią osobom niekompetentnym. Do skutków społecznych należy zaliczyć likwidację ziemiaństwa, naruszenie struktury społecznej i rozbitcie więzi społecznych, podważenie norm moralnych i prawnych oraz zakłócenie hierarchii wartości, a także podważenie zaufania do państwa. Uszczerbku doświadczyła również sfera kulturowa, gdyż dekret przez nacjonalizację całego mienia przeniósł na rzecz Skarbu Państwa również przedmioty o wartości artystycznej i historycznej, w tym książki dokumenty i pamiątki rodzinne, które nie miały żadnej wartości dla brygad robotniczych dokonujących parcelacji, w przeważającej większości niestety zostały zniszczone lub zaginęły bezpowrotnie. Podobny los spotkał poziemiańskie siedziby rodowe. Szacuje się, że ok. 80% z prawie 20 tys. przejętych dworów i pałaców uległo zniszczeniu. Ocalały tylko te, które nadawały się do zagospodarowania przez jednostki administracji państwowej lub zarządy PGR-ów, jednak niekiedy w formie zmodyfikowanej architektonicznie⁸⁶.

Geneza wywłaszczenia ziemian i państwowy przymus parcelacyjny wymagają osobnego studium. Reformę rolną w podobnym kształcie do polskiej z 1944 r. przeprowadzono we wszystkich krajach tzw. bloku wschodniego. Niewątpliwie autorzy tych przewrotów agrarnych czerpali z doktryny komunistycznej, która wyznaczała kierunki działania władzy ludowej. Za międzywojennym autorem monografii o stosunkach rolnych Władysławem Studnickim możemy przyjąć, że źródłem reform rolnych w ówczesnej Europie lat dwudziestych i trzydziestych była rewolucja bolszewicka, która w zależności od kraju miała swój określony zasięg i natężenie. Uregulowania te wspomniany autor porównuje z unormowaniami okresu Francji jakobińskiej, gdzie po raz pierwszy na taką skalę uległy zmianie stosunki własnościowe⁸⁷.

W wyniku reformy rolnej utworzono liczne nieefektywne gospodarstwa rolne. Wprowadzono zakaz ich sprzedaży i wydzierżawiania przez co „niejako” przypisano chłopu do ziemi jak w systemie feudalnym. Parcelacja dokonana w końcu 1944 r. na obszarze prawobrzeżnej Wisły była poligonem

⁸⁶ Ibidem, s. 26-31. Zob. J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury polskiej. Jego straty i ochrona prawna*, t. 2, Zakamycze 2001; K. Jaśkiewicz, *Lista strat ziemiaństwa 1939-1956*, Warszawa 1995.

⁸⁷ W. Studnicki, *Przewroty i reformy agrarne Europy powojennej i Polski*, Warszawa 1927, s. 15 i n.

doświadczalnym dla nowej władzy. Hegemonia PPR i jej satelickich sojuszników, niemających legitymacji społecznej do sprawowania władzy, jest okresem terroru i zastraszania społeczeństwa polskiego za pomocą stacjonujących oddziałów Armii Czerwonej, Ludowego Wojska Polskiego (dalej: LWP), Korpusu Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: KBW) czy miejscowych organów Bezpieczeństwa Publicznego oraz Milicji Obywatelskiej.

W kwestii restytucji mienia zagarniętego przez PKWN na rzecz Skarbu Państwa w wyniku reformy rolnej od 1989 r. toczą się dyskusje w Polsce. Wszystkie rządy polskie, bez względu na nurt ideowy, przyznały konieczność uregulowania w stosownej ustawie powojennych grabieży związanych z nacjonalizacją i majątkiem dawnych właścicieli ziemskich, w celu zwrotu ich spadkobiercom lub wypłatę odszkodowań i rekompensat. Z powodów politycznych i budżetowych od lat dziewięćdziesiątych nie udało się wprowadzić stosownych regulacji prawnych, które zamykałyby kwestię repriwatywacji zabranego przez władzę ludową po wojnie mienia. Kompletny brak regulacji uniemożliwia skuteczne dochodzenie roszczeń byłych właścicieli i ich spadkobierców. Po wielu orzeczeniach sądowych wreszcie NSA podjął uchwałę z dnia 10 stycznia 2011 r.⁸⁸ w składzie 7 sędziów. W jej treści stwierdził, że przepisy § 5 rozporządzenia wykonawczego Ministra Rolnictwa z dnia 1 marca 1945 r. nadal obowiązują. Oznacza to, że po latach dostępność wyłącznie drogi sądowej zostanie zastąpiona przez tryb administracyjny. W związku z tym wojewodowie i minister rolnictwa nie powinni już umarzać postępowań w tym przedmiocie. Zgodnie z uchwałą uznano, że dekret miał charakter jednorazowy z dniem 13 września 1944 r. i bez znaczenia jest usunięcie w nowelizowanym akcie ze stycznia 1945 r. słów „o charakterze rolniczym” dotyczących nieruchomości ziemskiej. Zdaniem NSA nieruchomości podlegające dekretowi powinny spełnić jednocześnie dwie przesłanki – być nieruchomościami ziemskimi i mieć charakter rolniczy. Parcelacja dokonana po nowelizacji w 1945 r. również powinna spełniać te przesłanki. Z tej tezy wyłonił się jasny wniosek o możliwości odzyskania zespołów pałacowo-parkowych, które nie posiadają charakteru rolniczego. Jest to o tyle istotne, że do chwili wydania tej uchwały dawni właściciele i ich spadkobiercy zmuszeni byli do wykupu własnych posiadłości na zasadzie pierwszeństwa po niekoniecznie „sprawiedliwej” cenie. Obecnie w postępowaniu administracyjnym będą mogli odzyskać swoją własność w postaci siedzib mieszkalnych, jakimi były dwory i pałace oraz ogrodów przylegających do nich. Niewyjaśniona pozostaje nadal kwestia odszkodowania za grunty rolne podlegające reformie rolnej⁸⁹.

⁸⁸ Sygn. I OPS 3/10 „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych” 2011, nr 2, poz.23.

⁸⁹ Szerzej: A. Herman, *Od PKWN do własności. Restytucja mienia przejętego dekretem reformy rolnej*, Warszawa 2010, s. 42-45; T. Kociubiński, *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, Warszawa 2013, s. 274 i n., 348 i n.

Reasumując, z perspektywy ponad 70 lat, żyjąc we współczesnej Polsce nawiązuje się kilka refleksji dotyczących reformy rolnej i spuścizny, która po niej została. Mianowicie, reforma rolna została przeprowadzona jako cel polityczny nowej władzy, mimo kosztów ekonomicznych i społecznych. Komuniści zawłaszczyli program przedwojennego SL (PSL), aby wzbudzić w ten sposób zaufanie, sympatię społeczeństwa i pozyskać elektorat wyborczy, kryjąc ambitne plany całkowitej likwidacji własności prywatnej i kolektywizacji rolnictwa. Władza ludowa w umiejętny sposób osłabiała ducha narodowego, wspólnotę ludzką i opór społeczny wykorzystując do tego propagandę, organy bezpieczeństwa publicznego, milicję, wojsko i stacjonującą Armię Czerwoną⁹⁰. Dziś po 25 latach państwo polskie nie wydało ustawy reprivatyzacyjnej, ani moralnie nie zadośćuczyniło za krzywdę i tragedię wielu rodzin, którym szkodę wyrządziła reforma rolna. Z przyczyn niemożności pełnego odwrócenia skutków zmian własnościowych zaszłych w okresie 1944-1989 niemożliwa jest całkowita restytucja mienia przejętego przez Skarb Państwa. Rzeczpospolita powinna pójść drogą Republiki Federalnej Niemiec, która po inkorporacji terenów dawnej Niemieckiej Republiki Demokratycznej dokonała częściowego zadośćuczynienia dawnym posiadaczom ziemskim, zwracając im nieodpłatnie posiadłości wraz przynależnościami (tzw. restytucja w naturze), znajdujące się w rękach państwa oraz wypłacony został ekwiwalent za znacjonalizowane grunty w wysokości przynajmniej połowy ceny obecnej sprzedaży⁹¹.

Z uwagi na znaczenie reformy rolnej, w powojennej historii Polski i zmian własnościowych, jakie za sobą pociągnęła, wydaje się wskazane kontynuowanie badań nad tą problematyką, aby kompleksowo opracować nie tylko jej przebieg w powiecie pułtuskim, ale na całym północnym Mazowszu, korzystając z materiałów archiwalnych Archiwów Państwowych, Instytutu Pamięi Narodowej i być może kiedyś archiwów radzieckich, gdy te zostaną udostępnione.

Urzędowe zbiory norm prawnych

Dziennik Ustaw.

Dziennik Urzędowy Ministerstwa Rolnictwa i Dóbr Państwowych.

Dziennik Urzędowy Ministerstwa Rolnictwa i Reform Rolnych.

⁹⁰ J. Taraszewski, *Reforma rolna na południowym Mazowszu w latach 1944-1947*, Góra Kalwaria 2010, s. 238-239.

⁹¹ Szerzej: *Dobra kultury i problemy własności. Doświadczenia Europy Środkowej po 1989 roku*, red. G. Czubek i P. Kosiewski, Warszawa 2005; *Reprivatyzacja w systemie prawa*, Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Ustawodawczą Senatu we współpracy z Ministerstwem Skarbu Państwa, Kancelaria Senatu, Warszawa 1999, także: ww2.senat.pl/k4/agenda/seminar/a/980609.pdf (20.06.2016).

Źródła Archiwalne

Archiwum Państwowe w Warszawie Oddział w Pułtusku.

Archiwum Państwowe w Warszawie.

Materiały ustawodawcze

Sejm Ustawodawczy (1919-1922).

Orzecznictwo

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 2 listopada 1934 r., III C 400/33 [w:] LEX, nr 376083.

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 30 września 1953 r., I CK 2/51, „Państwo i Prawo” 1954, z. 5.

Orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2011 r., I OPS 3/10, „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych” 2011, nr 2, poz.23.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1936 r. – C I 2483/35 [w:] Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego, Orzeczenia Izby Cywilnej, Warszawa 1937.

Bibliografia

Ajnenkiel A., *Ustawodawstwo agrarne*, [w:] *Historia Państwa i Prawa Polski 1918-1939*, cz. 1, red. F. Ryszka, red. ogólna J. Bardach, Warszawa 1962.

Albert A., *Najnowsza historia Polski 1914-1993*, t. 1, Warszawa 1995.

Bitner W., Janczewski S., *Ustawa o wykonaniu reformy rolnej*, Warszawa 1926.

Bujak F., *Uwagi krytyczne o naszej reformie rolnej*, Kraków 1921.

Dąbrowski F., *Rozprute sztandary (rozmowa)*, „Biuletyn Instytutu Pamięci Narodowej” 2009, nr 10-11.

Dobra kultury i problemy własności. Doświadczenia Europy Środkowej po 1989 roku, red. G. Czubek, P. Kosiewski, Warszawa 2005.

Drewicz M., *Prawo o wywłaszczeniu ziemian i likwidacji większych majątków ziemskich w Polsce w latach 1919-1952 jako czynnik zmiany społecznej oraz wykaz imienny nieruchomości ziemskich podlegających wykupowi przymusowemu na lata 1926-1939*, Warszawa 2007.

Dymek B., *Rola PPR w przeprowadzeniu reformy rolnej w województwie warszawskim (1944-1945)*, Siedlce 1963.

Eisler J., *Zarys dziejów politycznych Polski 1944-1989*, Warszawa 1992.

- Epsztein T., *Zmiany w strukturze wielkiej własności ziemskiej w województwie warszawskim w latach 1921-1938*, [w:] *Mazowsze w dwudziestoleciu międzywojennym (w granicach województwa warszawskiego)*, Warszawa 1998.
- Gadomski S., *Pułtusk i region pułtuski w okresie Polski Ludowej*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. S. Kotarski, t. 1, Warszawa 1969.
- Góra W., *Reforma rolna PKWN*, Warszawa 1969.
- Grzybowski K., *Historia państwa i prawa Polski*, t. 4: *Od uwłaszczenia do odrodzenia państwa*, red. ogólna J. Bardach, Warszawa 1982.
- Herman A., *Od PKWN do własności. Restytucja mienia przejętego dekretem reformy rolnej*, Warszawa 2010.
- Historia gospodarcza Polski XIX i XX wieku.*, red. I. Kostrowicka, Z. Landau, J. Tomaszewski, Warszawa 1978.
- Historia państwa i prawa Polski*, t. 3, *Od rozbiorów do uwłaszczenia*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, red. ogólna J. Bardach, Warszawa 1981.
- Jakóbczyk W., *Uwłaszczenie chłopów w Wielkopolsce w XIX w.*, Warszawa 1951.
- Jakubowski W., *Chłopi polscy 1944-1948. Perspektywa psychologiczna*, Pułtusk – Warszawa 2000.
- Jastrzębski R., *Konstytucyjność aktów ustawodawczych w II RP*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 2.
- Jastrzębski R., *Wpływ siły nabywczej pieniądza na wykonanie zobowiązań prywatnoprawnych w II Rzeczypospolitej*, Warszawa 2009.
- Jaśkiewicz K., *Lista strat ziemiaństwa 1939-1956*, Warszawa 1995.
- Jaworski W. L., *Reforma rolna*, Kraków 1926.
- Kacprzak K., *Mieszkańcy powiatu pułtuskiego skazani przez Wojskowy Sąd Rejonowy w Warszawie w latach 1946-1955*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 8, Pułtusk 2009.
- Kacprzak K., *Straty osobowe powiatu pułtuskiego w latach 1944-1952*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządowi komunistycznemu w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Kociubiński T., *Powojenne Przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, Warszawa 2013.
- Kołodziej E., *Spółdzielnie produkcyjne w powiecie pułtuskim w latach 1949-1955*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 6, Pułtusk 2005.
- Komarnicki W., *Polskie prawo polityczne*, Warszawa 1922.
- Koseski A., Szczepański J., *Pułtusk w XIX-XX wieku. Materiały źródłowe 1795-1956*, Pułtusk 2003.
- Krajewski K., *Kalendarium akcji zbrojnych podziemia niepodległościowego na terenie powiatu pułtuskiego w latach 1945-1951*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór*

- przeciw rządóm komunistycznym w powiecie Pułtusk po 1944 r.", red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Krajewski K., *Podziemie niepodległościowe w powiecie pułtuskim po 1944 r.*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządóm komunistycznym w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Longchamps F., *Prawo agrarne*, Warszawa 1949.
- Lebiński T., *Ustawa o wykonaniu reformy rolnej*, Poznań 1937.
- Łukaszewski W., *Działalność PPR – PZPR w powiecie pułtuskim w latach 1945-1954*, [w:] *Powiat pułtuski w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządóm komunistycznym w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Madajczyk Cz., *Sprawa reformy rolnej w Polsce 1939-1944. Programy – Taktyka*, Warszawa 1961.
- Malec D., *Najwyższy Trybunał Administracyjny 1922-1939 w świetle własnego orzecznictwa*, Warszawa 1999.
- Mały Rocznik Statystyczny*, Warszawa 1939.
- Materniak-Pawłowska M., *Ustrój sądownictwa powszechnego w II Rzeczypospolitej*, Poznań 2003.
- Mieszczanowski M., *Struktura agrarna Polski międzywojennej*, Warszawa 1960.
- Ohanowicz A., *Ustawa o wykonaniu reformy rolnej i inne ustawy rolne*, Poznań 1926.
- Pajewska M., Szczepański J., *Powiat pułtuski. Przeszłość i teraźniejszość*, Pułtusk 2013.
- Pawlak W., *Prawo rolne PRL*, cz. 1: *Przebudowa ustroju rolnego*, Poznań 1968.
- Pietrzak M., *Sąd Najwyższy w II RP*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1981, z. 1.
- Pruszyński J., *Dziedzictwo kultury polskiej. Jego straty i ochrona prawna*, t. 2, Zakamycze 2001.
- Reforma rolna 1944-1945 czy komunistyczna zbrodnia?: dokumenty i materiały, świadectwa, wnioski*, Poznań 2009.
- Reforma rolna PKWN. Materiały i dokumenty*, red. W. Góra, Warszawa 1959.
- Reprywatyzacja w systemie prawa, Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Ustawodawczą Senatu we współpracy z Ministerstwem Skarbu Państwa*, Warszawa 1999 zawarte: ww2.senat.pl/k4/agenda/seminar/a/980609.pdf.
- Rutkowski S., *Historia gospodarcza Polski*, t. 2, Poznań 1950.
- Rudnicki Sz., *Działalność polityczna polskich konserwatystów 1918-1926*, Wrocław 1981.
- Słabek H., *Polityka agrarna PPR*, Warszawa 1967.
- Stanulewicz M., *Reforma rolna jako próba regulacji stosunków agrarnych w Polsce. Koncepcje i próby ich realizacji w latach 1918-1944*, [w:] *Reformy rolne w Polsce międzywojennej i powojennej. Prawo – realizacja – skutki – problemy*

- reprzywatyzacyjne*, red. E. Borkowska-Bagieńska, W. Szafrąński, Poznań 2008.
- Stark H., Stein E., *Reforma rolna*, Kraków 1939.
- Studnicki W., *Przewroty i reformy agrarne Europy powojennej i Polski*, Warszawa 1927.
- Suchoń A., Kowalczyk M., *Analiza przepisów dekretu PKWN z 6 września 1944r. o przeprowadzeniu reformy rolnej wraz z późniejszymi zmianami oraz innych aktów prawnych na podstawie których nastąpiło przejęcie nieruchomości ziemskich i lasów*, [w:] *Reformy rolne w Polsce międzywojennej i powojennej*, red. E. Borkowska-Bagieńska, W. Szafrąński, Poznań 2008.
- Szczepański J., *Powiat pułtusk w podziałach administracyjnych XIX i XX w.*, Pułtusk 1993.
- Szczepański J., *Pułtusk w latach II Rzeczypospolitej*, [w:] *Dzieje miasta Pułtuska*, red. J. Kazimierski, R. Kołodziejczyk, J. Szczepański, Warszawa 1992.
- Szczepański J., *Spółczesność powiatu pułtuskiego w raportach władz partyjnych i administracyjnych z lat 1945-1950*, [w:] *Powiat pułtusk w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządowi komunistycznemu w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Szulc R., *Najwięksi właściciele dóbr ziemskich w powiecie pułtuskim w I połowie XX w.*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 6, Pułtusk 2005.
- Śreniowski S., *Uwłaszczenie chłopów w Polsce*, Warszawa 1956.
- Świątkowski H., *Prawo rolne*, Warszawa 1962.
- Taraszewski J., *Reforma Rolna na południowym Mazowszu w latach 1944-1947*, Góra Kalwaria 2010.
- Turkowski R., *Wieś w polityce władz komunistycznych w powiecie pułtuskim w latach 1944 – 1956*, [w:] *Powiat pułtusk w pierwszej dekadzie rządów komunistycznych: Materiały z sesji naukowej „Represje i opór przeciw rządowi komunistycznemu w powiecie Pułtusk po 1944 r.”*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Wachowska-Kucharczyk B., *Właściciele dóbr Moszyn w powiecie pułtuskim*, [w:] *Pułtusk. Studia i materiały z dziejów miasta i regionu*, red. J. Szczepański, t. 6, Pułtusk 2005.

Joanna Banasiuk

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: joanna.banasiuk@uwb.edu.pl

telefon: +48 85 7457204

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.09

Skala i przyczyny powstawania zjawiska utworów osieroconych w aspekcie historycznym

SUMMARY

The scale and the causes of the orphan works issue in the historical context

Analysis of principles of copyright and positions of representatives of philosophical thought evolving over the centuries, appointed to justify the establishment of copyright, leads to the conclusion that there has not always existed the possibility to orphan a work. The creation of the problem of orphan works is closely connected strictly with changing paradigms of orphan works. There is the correlation between the age of work and the scale of orphan works – the older the work, the more likely that you will not be able to establish proper communication with the holder of the copyrights. Resulting from the Berne Convention the principle of non-formalism in copyrights protection is a challenge for the modern science of intellectual property rights. It remains an open question about the possibility of dynamic interpretation of treaty solutions by taking into account, in particular, a teleological interpretation and recognition ensuring the fullest possible protection of authors of works as that of the main aim of the creators of an international agreement from the nineteenth century. The changing conditions of exploitation of works in the age of development of technology could be invoked to justify the introduction of certain formalities to ensure effective mechanisms of copyrights protection and to prevent the phenomenon of orphan works.

Key words: orphan works, copyright law, intellectual property law.

Słowa kluczowe: utwory osierocone, prawo autorskie, prawo własności intelektualnej.

Analiza ewoluujących na przestrzeni wieków zasad prawa autorskiego i stanowisk przedstawicieli myśli filozoficznej powoływanych dla uzasadnienia ustanowienia praw autorskich prowadzi do wniosku, że nie zawsze istniała możliwość osierocenia dzieł. Powstanie problematyki osierocenia dzieł wiąże się bowiem ściśle ze zmieniającymi się na przestrzeni lat paradygmatami osierocenia dzieł. Istnieje przy tym korelacja pomiędzy wiekiem utworu a skalą dzieł osieroconych – im starsze dzieło, tym bardziej prawdopodobne, że nie będzie można nawiązać kontaktu z podmiotem uprawnionym z tytułu autorskich praw majątkowych.

Wynikająca z konwencji berneńskiej zasada nieformalizmu ochrony autorskoprawnej stanowi wyzwanie dla współczesnej nauki prawa własności intelektualnej. Otwarte pozostaje pytanie o możliwość dynamicznej interpretacji rozwiązań traktatowych przez uwzględnienie w szczególności wykładni teleologicznej i uznanie, że głównym celem twórców umowy międzynarodowej z XIX w. było zagwarantowanie jak najpełniejszej ochrony twórcom dzieł. Zmieniające się warunki korzystania z utworów w dobie rozwoju techniki mogłyby zostać przywołane dla usprawiedliwienia wprowadzenia pewnych formalności w celu zapewnienia skutecznych mechanizmów ochrony praw autorskich i zapobiegania zjawisku osierocenia dzieł.

Uwagi ogólne

Problematyka utworów osieroconych jest od dawna przedmiotem refleksji zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym. Również USA i Kanada podjęły inicjatywy w zakresie unormowania instytucji utworów osieroconych. Podkreślano przy tym celowość i niezbędność ustosunkowania się do przedmiotowego zagadnienia, określając stan braku rozwiązań prawnych i/lub pozaprawnych w tym zakresie jako „lukę XX wieku”, z uwagi na fakt, że z dużej części utworów pochodzących z ubiegłego stulecia nie można korzystać w świetle obowiązujących przepisów i aktualnego stanu techniki¹. Wzmoczone zainteresowanie problematyką utworów osieroconych dało się zaobserwować w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej po przedłożeniu pierwszej ugody w sprawie *The Authors Guild, Inc. et al. v. Google (first Google Books Settlement)*. Przedmiotowa ugoda zawarta w związku z pozwem skierowanym przeciwko gigantowi internetowemu za wykorzystanie bez zezwolenia podmiotu uprawnionego chronionych prawem utworów w ramach projektu „Google Books” uprawniała Google do szerokiego korzystania z utworów osieroconych. Do czasu przedstawienia ugody, trzy projekty legislacyjne w przedmiocie problematyki osierocenia dzieł zostały przedłożone Kongresowi Stanów Zjednoczonych². Przedmiotowy stan rzeczy był uważnie obserwowany po drugiej stronie Atlantyku, gdzie Komisja Europejska podejmowała wysiłki obliczone na zachęcenie państw członkowskich Unii Europejskiej do przyjmowania rozwiązań prawnych ukierunkowanych na rozwiązanie problematyki utworów osieroconych. Z uwagi na nieskuteczność przyjmowanego *soft law* w tym zakresie, Komisja Europejska podjęła działania zmierzające do zharmonizowania problematyki osierocenia dzieł.

Celem artykułu jest analiza problematyki skali i przyczyn powstawania zjawiska utworów osieroconych w aspekcie historycznym, a mianowicie w kontekście korelacji, jaka występuje pomiędzy aksjomatami systemu prawa

¹ Por. J. M. Grages, *Verwaiste Werke. Lizenzierung in Abwesenheit des Rechtsinhabers*, Tybinga 2013, s. 1.

² K. de la Durantaye, *How to Build an Orphanage, and Why*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2011, t. 2, s. 226.

autorskiego kształtowanymi w czasie a kwestią osierocenia dzieł, przy czym dotyczy to zarówno zjawisk prawnych, jak i pozaprawnych. Rozmiary niniejszego opracowania nie pozwalają na szerokie odniesienie się do złożonego zagadnienia objętego tematem artykułu, niemniej jednak przekrojowy zakres wskazanej problematyki pozwoli na stworzenie ram do dyskusji i oceny stanu rzeczy. Analiza w tym zakresie zostanie poprzedzona próbą ustalenia samej skali zjawiska utworów osieroconych z uwzględnieniem zależności, jaka występuje pomiędzy liczbą dzieł osieroconych a wiekiem utworów. Rozważania w drugiej części artykułu będą dotyczyły przyczyn powstawania problematyki osierocenia dzieł z uwzględnieniem historycznego aspektu kształtowania się systemu ochrony autorskoprawnej. Pozwoli to w dalszej kolejności wskazać możliwe działania obliczone na zapobieganie powstawania zjawiska utworów osieroconych.

Znaczenie i skala problemu dzieł osieroconych

Pomimo faktu, że podjęcie prac legislacyjnych w zakresie zagadnienia wymagającego regulacji powinno zostać poprzedzone ustaleniem stosunków panujących w danej dziedzinie, nie istnieją szczegółowe opracowania na poziomie Unii Europejskiej *per se*, poszczególnych krajów członkowskich, w tym Polski, analizujące skalę zjawiska osierocenia dzieł. Oczywiście, dostępne są dokumenty przedstawiające zasięg problemu, jednakże operują one zasadniczo wybiórczymi danymi, trudnymi do zestawienia dla dokonania porównań w tym obszarze. Pewnym wyjątkiem jest Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii, które przedstawiło dość wyczerpującą analizę skali problemu osierocenia dzieł. Pomimo trudności wynikających z dostępu do szczytkowych danych, zasadne jest podjęcie próby jak najszerszego ujęcia zasięgu i skali zjawiska utworów osieroconych opartej na dostępnych informacjach w celu stworzenia obrazu problematyki jako tła dla dalszych rozważań. Autorka ma przy tym świadomość, że zestawiane dane nie zawsze są porównywalne. W celu uporządkowania toku wywodów skala problemu utworów osieroconych zostanie przedstawiona osobno dla poszczególnych kategorii utworów, a mianowicie utworów literackich, audiowizualnych i innych kategorii dzieł. W ramach poszczególnych kategorii utworów zostaną wykorzystane informacje dotyczące odpowiednio Stanów Zjednoczonych, Unii Europejskiej i wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej, które dostarczyły danych odnoszących się do zjawiska osierocenia dzieł w swoich krajach.

Utwory literackie

Stany Zjednoczone

Skala problemu dzieł osieroconych zarówno w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, jak i w Europie, jest duża³. W Stanach Zjednoczonych przed podjęciem próby unormowania problematyki utworów osieroconych wskazywano, że jedynie nieliczne działania były podejmowane w celu zbadania skali dzieł, co do których nie można było zidentyfikować lub zlokalizować podmiotu uprawnionego. Jednakże praktyka obrotu i występowanie licznych trudności faktycznych świadczyły o wadze przedmiotowego problemu. Pomimo tego, że Amerykański Urząd Prawa Autorskiego (*United States Copyright Office*) podjął próbę oceny globalnej skali zjawiska osierocenia dzieł, wyniki badań okazały się częściowe i nieoddające całościowego zakresu analizowanego obszaru badań⁴. Przeprowadzając analizę w przedmiocie zagadnienia utworów osieroconych, Urząd Prawa Autorskiego otrzymał w ramach konsultacji publicznych 721 wstępnych komentarzy i 146 odpowiedzi na komentarze, pochodzących zasadniczo od większości organizacji związanych z problematyką autorskoprawną⁵. Dane zebrane w ramach konsultacji publicznych zostały uwzględnione w „Raporcie dotyczącym dzieł osieroconych” z 2006 r. (*Report on Orphan Works. A Report of the Register of Copyrights*)⁶. Informacje dotyczące skali osierocenia utworów literackich pochodzą zazwyczaj od poszczególnych bibliotek konsultowanych przez Amerykański Urząd Patentowy. Na rysunkach 1-5 przedstawiono dane pochodzące od instytucji kultury, które przedłożyły najbardziej kompleksowe dane.

Carnegie Mellon University Libraries zbadały w sposób systematyczny skalę zjawiska osierocenia dzieł swoich zasobów piśmienniczych, podejmując próbę digitalizacji utworów i zapewnienia do nich dostępu on-line. Badania były prowadzone w latach 1999-2001 w celu określenia możliwości uzyskania zgody od podmiotu uprawnionego na digitalizację i zapewnienie dostępu internetowego do książek znajdujących się w kolekcji Carnegie Mellon University Libraries. Badanie zostało oparte na losowo wybranych utworach literackich. Na tej podstawie uznano, że 22% książek okazało się utworami osieroconymi z uwagi na niemożność odnalezienia podmiotu uprawnionego, przy czym im starszy utwór literacki, tym trudniej ustalić podmiot uprawniony do dzieła⁷.

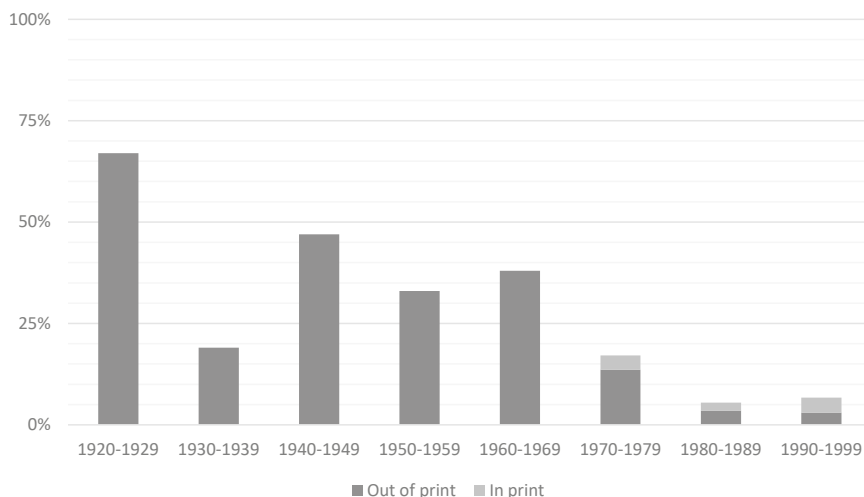
³ B. Lu, *The orphan works copyright issue: Suggestions for international response*, „Journal of the Copyright Society U.S.A.”, Spring 2013, s. 256-257.

⁴ Report on Orphan Works, A Report of the Register of Copyrights. January 2006, s. 21.

⁵ Ibidem, s. 17-18.

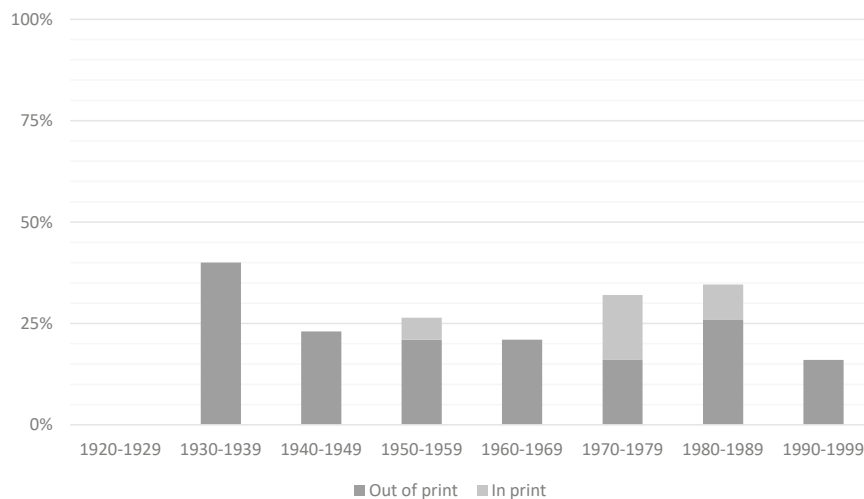
⁶ Report on Orphan Works, A Report of the Register of Copyrights. January 2006. W czerwcu 2015 przedstawiono kolejny dokument Amerykańskiego Urzędu Prawa Autorskiego w przedmiocie utworów osieroconych, jednakże bez oszacowywania na nowo skali zjawiska: United States Copyright Office. Orphan Works and Mass Digitalization. A Report of the Register of Copyrights, June 2015.

⁷ Response to Notice of Inquiry about Orphan Works, Federal Register (January 26, 2005), t. 70, nr 16: 3739-3743, <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0537-CarnegieMellon.pdf> (28.07.2015). Dziękuję mgr. O. Szczypińskiemu za pomoc w przygotowaniu graficznej strony artykułu.

Rysunek 1. Procent książek, w odniesieniu do których nie można było znaleźć podmiotu uprawnionego

Źródło: Response to Notice of Inquiry about..., s. 3.

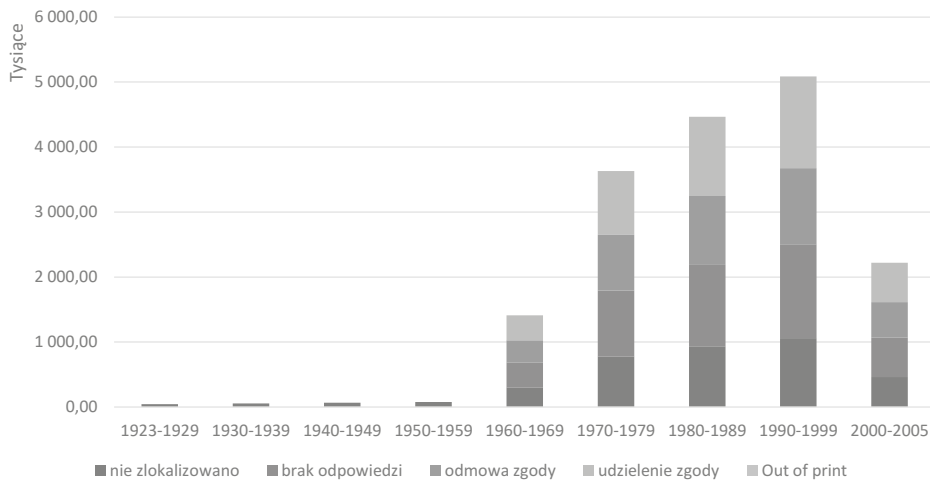
Carnegie Mellon University Libraries odnotowały także trudności w nawiązaniu kontaktu z podmiotem uprawnionym – z ponad 1/3 podmiotów zlokalizowanych (36%) nie można było nawiązać kontaktu.

Rysunek 2. Procent książek, w odniesieniu do których odnaleziony podmiot uprawniony nie odpowiadał na zapytanie biblioteki

Źródło: Response to Notice of Inquiry about..., s. 3.

Niezależnie od powyższych ustaleń, Carnegie Mellon University Libraries zestawiły dane dotyczące skali utworów osieroconych, uwzględniając podmioty, których nie można odnaleźć, uprawnionych, których nie można zlokalizować z podmiotami, z którymi udało się zawrzeć stosowną umowę o korzystanie z utworu i tymi, które odmówiły udzielenia zezwolenia. Dane zostały przedstawione w oparciu o badania przeprowadzone na utworach literackich opublikowanych w języku angielskim w Stanach Zjednoczonych zgodnie z bazą WorldCat.

Rysunek 3. Zbiorcze dane dotyczące książek badanych przez Carnegie Mellon University Libraries



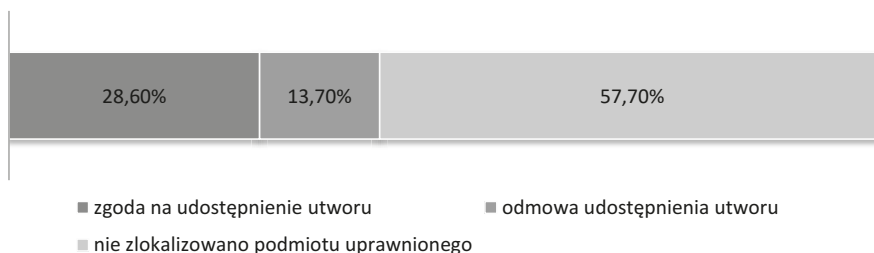
Źródło: Response to Notice of Inquiry about..., s. 6.

W Cornell University, przyjmując jako próbę liczbę 343 monografii chronionych prawem autorskim, ale niedostępnych w obrocie handlowym⁸, przeprowadzono poszukiwanie podmiotów uprawnionych w celu uzyskania zgody na digitalizację dzieł. Dla 98 z 343 utworów literackich (28,57%) uzyskano zgodę na udostępnienie utworów. W prawie wszystkich przypadkach, podmiot uprawniony pozytywnie zareagował na możliwość ponownego wykorzystania dzieł. W 47 przypadkach (14%), odmówiono zgody na dokonanie digitalizacji, w większości przypadków z uwagi na fakt, że podmiot nie był pewny, czy przysługuje mu prawo do korzystania z utworu. W przypadku ponad połowy utworów literackich (198 tytułów, 58% dzieł objętych próbą) nie można było zlokalizować podmiotu uprawnionego. Jako jedną z głównych przyczyn wskazano na problem odnowienia praw autorskich. Osoby przeprowadzające

⁸ Autorka ma świadomość, że utwory niedostępne w obrocie handlowym nie są tożsame z określonymi osieroconymi, przy czym nie można wykluczyć możliwości osierocenia dzieł niedostępnych w handlu.

badania próbowały nawiązać kontakt zarówno z pierwotnym podmiotem prawa autorskiego lub jego spadkobiercami (co było dość trudne), jak i wydawcą. Warto odnotować, że w przypadku 38 utworów literackich, w odniesieniu do których możliwe było nawiązanie kontaktu z ich autorami, nie udało się skontaktować z wydawcą jako podmiotem praw autorskich⁹. Zwraca uwagę fakt, że pod względem metodologicznym, poszukiwania podmiotu uprawnionego były przeprowadzane bardzo starannie i konsekwentnie. Po ustaleniu odpowiedniego wydawcy zostało wystosowane pytanie *via* mail, potwierdzone następnie rozmową telefoniczną i w razie potrzeby kolejną korespondencją elektroniczną. W szczególności duże korporacje wydawnicze nie udzielały wyczerpujących informacji pomimo rozbudowanego aparatu biurowego.

Rysunek 4. Próba nawiązania kontaktu z uprawnionym



Źródło: Response by the Cornell University Library to the Notice of Inquiry Concerning Orphan Works, 70 FR 3739 January 26, 2005, <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf> (28.07.2015).

Od czasu przeprowadzenia badań przez Amerykański Urząd Prawa Autorskiego zostało opublikowanych kilka dodatkowych analiz potwierdzających zasadniczo tezę, że skala problemu utworów osieroconych jest duża i generuje problem zarówno po stronie podmiotów indywidualnych, jak i organizacji, które poszukują możliwości wykorzystania dzieł¹⁰. Przykładowo, w dokumencie przygotowanym przez J. P. Wilkin w lutym 2011 r. pt. „Nieokreśloność bibliograficzna, skala problemu oraz szanse w zakresie «praw» w tworzeniu cyfrowej kolekcji” (*Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building*)¹¹ dla wspólnego repozytorium bibliotek cyfrowych, obejmującego treści zdigitalizowane w ramach projektów Google Books i Internet Archive, jak również materiały lokalnych bibliotek cyfrowych

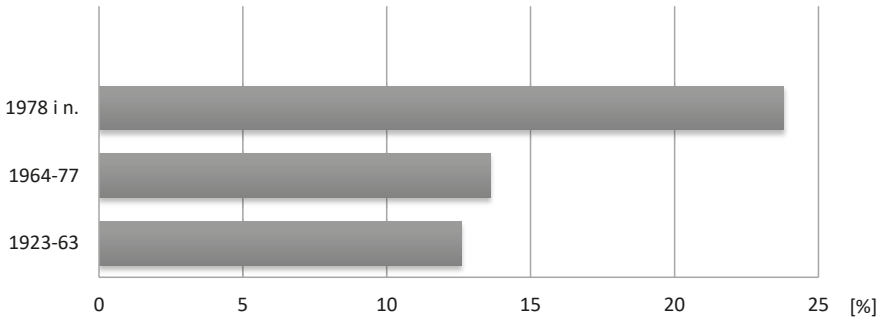
⁹ Response by the Cornell University Library to the Notice of Inquiry Concerning Orphan Works, 70 FR 3739 January 26, 2005, http://scireg.org/us_copyright_registration/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf (03.06.2015).

¹⁰ D. R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving the Orphan Works Problem for the United States*, “Columbia Journal of Law & the Arts” 2013, t. 37, nr 1, s. 8.

¹¹ <http://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf> (03.06.2015).

HathiTrust, wykazano, że do 50% utworów z 5 mln egzemplarzy dzieł może być utworami osieroconymi¹², przy czym 12,6% dotyczy utworów literackich z lat 1923-1963, 13,6% z lat 1964-1977, a 23,8% z lat 1978 i następnych (zasadniczo procent dzieł osieroconych w stosunku do wszystkich utworów literackich zmniejsza się w miarę upływu czasu; wzrost liczby utworów osieroconych jest związany z większą ilością publikowanych dzieł).

Rysunek 5. Procent dzieł osieroconych w zależności od daty powstania utworu



Unia Europejska

Przenosząc rozważania na grunt europejski należy wskazać, że według danych za 2001 r., łączna liczba książek oraz tomów czasopism znajdujących się w europejskich bibliotekach przekroczyła 2,5 biliona¹³. Szacuje się, że od 5 do 40% wszystkich utworów objętych ochroną autorskoprawną mieści się w kategorii utworów osieroconych. Według zachowawczych szacunków przyjmuje się, że w skali europejskiej za dzieła osierocone uznaje się ok. 3 mln książek, co stanowi 13% publikacji książkowych podlegających ochronie¹⁴, przy czym daje się zaobserwować zależność, że im starsze dzieła, tym większy jest odsetek dzieł osieroconych.

Skala osieroconych utworów literackich w poszczególnych państwach członkowskich jest różna. Przykładowo, według szacunków Niemieckiej Biblioteki Narodowej, do dzieł osieroconych znajdujących się w zbiorach biblioteki zalicza się ok. 585 tys. książek¹⁵. Natomiast w ocenie Francuskiej Biblioteki Narodowej liczba osieroconych utworów literackich znajdujących się w zbiorach biblioteki na marzec 2015 r. wynosi 168 tys. dzieł, wzrastając o 70 tys. od marca 2013

¹² D. R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, op. cit., s. 8.

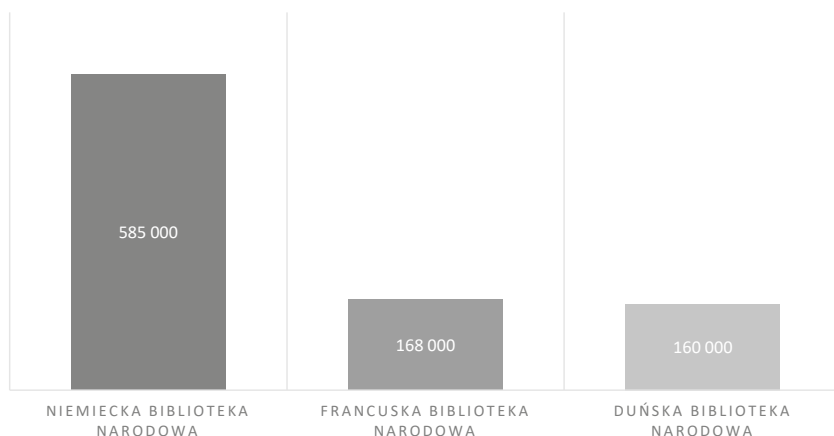
¹³ T. Lüder, *The "orphan works" challenge*, GRUR Int. 2010, nr 8-9, s. 677.

¹⁴ Por. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Utwory osierocone - propozycje nowelizacji prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, nr 4, s. 112-128.

¹⁵ J. M. Grages, op. cit., s. 25.

r.¹⁶. Zbliżone dane szacunkowe pochodzą z Danii, gdzie wskazuje się, że 160 tys. utworów literackich znajdujących się w Duńskiej Bibliotece Narodowej z lat 1880-1930 ma nieokreślony status autorskoprawny (rysunek 6)¹⁷.

Rysunek 6. Liczba dzieł osieroconych w wybranych bibliotekach państw członkowskich Unii Europejskiej



Źródło: opracowanie własne na podstawie: J. M. Grages, op. cit., s. 25; <http://www.adagp.fr/fr/actualites/livres-indisponibles>; A. Vuopala, *Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission DG Information Society and Media Unit E4 Access to Information, May 2010, s. 5.

Zdecydowanie więcej danych pochodzi z Wielkiej Brytanii. Według dokumentu „Prawo autorskie i regulacja problemu utworów osieroconych: porównawcza analiza siedmiu porządków prawnych“ (*Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation*)¹⁸ przygotowanego dla Urzędu Własności Intelektualnej (*Intellectual Property Office*) opublikowanego w 2013 r., liczba utworów osieroconych dla poszczególnych instytucji wynosi: Szkocka Biblioteka Narodowa – 375 tys. (25% z całej kolekcji), Narodowe Muzeum Historyczne – 200 tys. (20% z całej kolekcji), Biblioteka Brytyjska – od 31-43% z kolekcji.

¹⁶ <http://www.adagp.fr/fr/actualites/livres-indisponibles> (23.10.2015).

¹⁷ A. Vuopala, *Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission DG Information Society and Media Unit E4 Access to Information, May 2010, s. 5.

¹⁸ Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation, Research commissioned by the Intellectual Property Office, and carried out by: Marcella Favale, Fabian Homberg, Martin Kretschmer, Dinusha Mendis and Davide Secchi, 2013/31, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/312779/ipresearch-orphan-201307.pdf, s. 9 (28.07.2015).

Utwory audiowizualne

Stany Zjednoczone

Odnosząc problematykę utworów osieroconych do kategorii dzieł audiowizualnych, do Amerykańskiego Urzędu Prawa Autorskiego spłynęły w szczególności dane z UCLA Archiwum Filmu i Telewizji, które jest drugim co do wielkości archiwum filmowym i telewizyjnym w Stanach Zjednoczonych po Bibliotece Kongresu, a największym uniwersyteckim archiwum medialnym na świecie. UCLA zgromadziła zbiory audiowizualne w wielkości ponad 250 tys. indywidualnych filmów, kroniki filmowe i programy telewizyjne. Według danych UCLA Film and Television Archive, ok. 10%, tj. 25 tys. filmów fabularnych i programów telewizyjnych w zbiorach jednostki należy do dzieł osieroconych, których status autorskoprawny jest niepewny. Odsetek filmów i programów osieroconych jest niski, prawdopodobnie z uwagi na fakt, że są one produkowane przez przemysł profesjonalny¹⁹.

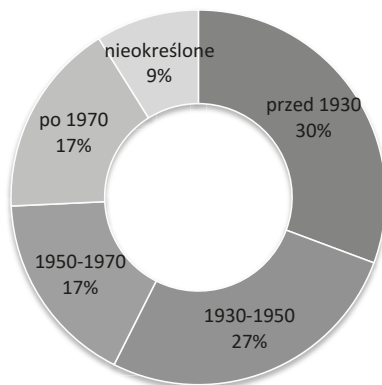
Europa

Nieco inaczej przedstawia się problematyka wielkości zjawiska osierocenia utworów audiowizualnych w skali Unii Europejskiej. Jak wynika z danych ACE (Association des Cinémathèques Europeennes)²⁰ w europejskich archiwach filmowych znajduje się ok. 1 064 tys. dzieł audiowizualnych. Średnia skala dzieł osieroconych szacowana jest na 12% (ok. 129 tys.). Jednakże przypuszcza się, że rzeczywista liczba utworów osieroconych jest znacznie wyższa i wynosi 21% (ok. 225 tys.). Badając skalę zjawiska utworów osieroconych wykorzystano różne kryteria, a mianowicie datę powstania utworu, kategorię utworu audiowizualnego oraz miejsce powstania dzieła. Rozmiar problemu osierocenia utworów audiowizualnych w zależności od daty produkcji utworu przedstawiono na rysunku 7. Zasadniczo należy wskazać, że im starszy utwór, tym większy odsetek utworów osieroconych.

¹⁹ A. Vuopala, op. cit., s. 26; http://scireg.org/us_copyright_registration/orphan/comments/OW0638-UCLAFilmandtelevision.pdf (28.07.2015).

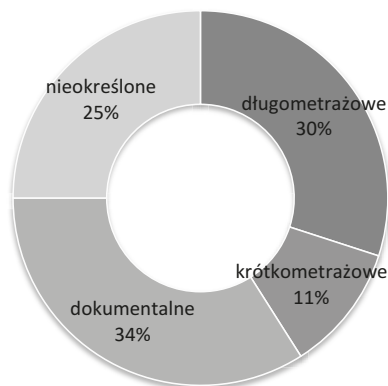
²⁰ Results of the Survey on Orphan Works 2009/10, Frankfurt / Brussels, 29 March 2010, http://www.ace-film.eu/wp-content/uploads/2011/12/ACE_Orphan_Works_Survey_Results_final_1004014.pdf (28.07.2015).

Rysunek 7. Osierocenie utworu audiowizualnego w zależności od daty produkcji



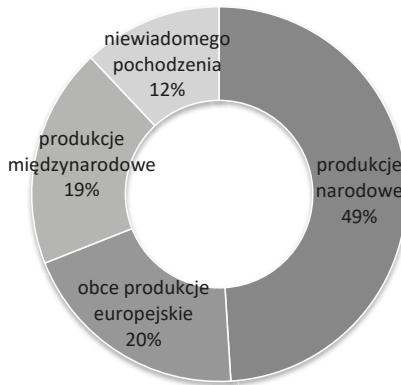
Analizując natomiast zależność zjawiska osierocenia utworów w zależności od rodzaju kategorii utworu audiowizualnego, należy uznać, że najwięcej dzieł osieroconych występuje w obszarze utworów niefikcyjnych (34%), natomiast najmniej w obszarze krótkich dzieł fikcyjnych (rysunek 8).

Rysunek 8. Osierocenie utworu audiowizualnego w zależności od gatunku



Źródło: opracowanie własne na podstawie: Results of the Survey on Orphan Works 2009/10, Frankfurt / Brussels, 29 March 2010, http://www.ace-film.eu/wp-content/uploads/2011/12/ACE_Orphan_Works_Survey_Results_final_1004014.pdf, s. 12 (28.07.2015).

W zależności natomiast od kraju produkcji, największy odsetek dzieł osieroconych dotyczy własnych narodowych produkcji (49%), a najmniejszy utworów audiowizualnych niewiadomego pochodzenia (12%), (rysunek 9).

Rysunek 9. Osierocenie utworu audiowizualnego w zależności od pochodzenia

Źródło: opracowanie własne na podstawie: Results of the Survey on Orphan..., s. 11.

Według szacunków Niemieckiej Biblioteki Narodowej, do dzieł osieroconych znajdujących się w zbiorach biblioteki należy 50 tys. dzieł filmowych²¹. W Wielkiej Brytanii skala utworów osieroconych z sektora audiowizualnego jest różnie szacowana w zależności od źródła. Według Brytyjskiego Instytutu Filmowego, liczba audiowizualnych utworów osieroconych znajdujących się w zbiorach instytutu wynosi 10%; London Metropolitan Archive – 35%; Szkocka Biblioteka Narodowa – 20%; Huntley Film Archives (FOCAL) – 20%²².

Inne kategorie utworów

Niezależnie od powyższych ustaleń, problematyka utworów osieroconych dotyczy także innych kategorii dzieł, w szczególności fonogramów i utworów fotograficznych, przy czym te ostatnie nie zostały uwzględnione przez prawodawcę unijnego. Według szacunków Niemieckiej Biblioteki Narodowej, do dzieł osieroconych znajdujących się w zbiorach biblioteki zalicza się ok. 138 tys. fonogramów²³. Natomiast z danych Imperialnego Muzeum Wojny w Wielkiej Brytanii wynika, że liczba osieroconych fonogramów wynosi od 1650 do 3330, tj. 5-10% zbiorów fonogramów²⁴. Wskazuje się także na znaczną liczbę fotografii jako utworów osieroconych. Obszerne badania w tym zakresie pochodzą z brytyjskiego Urzędu do spraw Własności Intelektualnej. Według danych opublikowanych w 2013 r., w London Metropolitan Archive liczba osieroconych utworów fotograficznych wynosi 5%-40%, a w kolekcji brytyjskiego muzeum UK

²¹ J. M. Grages, op .cit., s. 25.

²² Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative ..., s. 9.

²³ J. M. Grages, op. cit., s. 25.

²⁴ Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative..., s. 9-10.

(Museum collections) liczbę dzieł osieroconych szacuje się na 90%, a w National Archive nawet 95%. Według danych pochodzących z Imperialnego Muzeum Wojny w Wielkiej Brytanii liczba osieroconych fotografii sięga 20%, a w London Metropolitan Archive 15%.

Skala problemu zjawiska utworów osieroconych w Polsce

Z informacji zamieszczonych na stronie Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego wynika, w Polsce skala problemu utworów osieroconych jest duża. Uczestnicy pierwszego posiedzenia Forum Prawa Autorskiego wskazywali na szacunkowe dane dotyczące tego zjawiska opierając się na informacjach pochodzących z Biblioteki Narodowej, Filmoteki Narodowej i TVP S.A. W zbiorach Biblioteki Narodowej znajduje się obecnie ponad 300 tys. utworów osieroconych w postaci książek, czasopism, utworów muzycznych, pocztówek i fotografii. Biblioteka Narodowa posiada niezwykle interesujący zbiór publikacji z tzw. drugiego obiegu. Chodzi o publikacje z lat 1976-1989, które były rozpowszechniane przez opozycję polityczną, środowiska młodzieżowe oraz grupy i ruchy religijne. Zbiory drugiego obiegu to ponad 20 tys. różnych publikacji: książek, czasopism, ulotek, plakatów, a także zdjęć, pocztówek oraz nagrań dźwiękowych na kasetach magnetofonowych. Filmoteka Narodowa posiada 300 filmów, będących dziełami osieroconymi o charakterze fabularnym, dokumentalnym czy krótkometrażowym (np. dotyczy to całego dorobku polskiej kinematografii w okresie międzywojennym, w tym filmów w języku jidysz). Natomiast w posiadaniu Zakładu Głównego TVP S.A. znajdują się 2352 audycje (m.in. relacje, wywiady, felietony, sprawozdania i teledyski) uznane za dzieła osierocone²⁵. Wśród tych dzieł są relacje, wywiady, felietony, sprawozdania oraz teledyski. Dziełami osieroconymi jest 480 felietonów „Pegaza”, które obrazują kulturę, sztukę, literaturę i balet lat sześćdziesiątych, siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w. oraz 113 felietonów „Kurieria Telewizyjnego”. Z informacji dostarczonych w ramach konsultacji publicznych nad pierwszym projektem ustawy implementującym rozwiązania dyrektywy 2012/28/UE, a mianowicie nad projektem z dnia ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wynika dalej, że „ogromna ilość materiałów audiowizualnych powoduje także duże problemy praktyczne z dotarciem do wszystkich uprawnionych i uzyskanie ich wspólnej zgody”, a jednocześnie znaczna część wyprodukowanych materiałów audiowizualnych posiada wartość społeczną oraz kulturową²⁶.

Zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia jest określenie, czy przedstawienie wybiórczych danych na temat skali zjawiska utworów osieroconych w Polsce spełnia wymogi wynikające z zasad prawidłowej legislacji. Wydaje się,

²⁵ Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, <http://www.mkidn.gov.pl/pages/posts/pierwsze-posiedzenie-forum-prawa-autorskiego-3756.php> (28.07.2016); uzasadnienie do projektu nr 3449.

²⁶ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/245196/245199/245202/dokument137181.pdf> (28.07.2016).

że przedmiotowe informacje są zbyt szczątkowe dla naszkicowania zjawiska osierocenia dzieł. Nie ma przy tym wątpliwości co do tego, że problematyka utworów osieroconych występuje w Polsce i jest indentyfikowana przez instytucje kultury. Uzasadnia to przekonanie o celowości podjęcia zintegrowanych działań obliczonych na przyjęcie odpowiednich rozwiązań prawnych. Należy przy tym negatywnie ocenić fakt braku szerszych badań nad skalą problemu, który zamierza się unormować. Kompleksowy zakres informacji co do zasięgu zjawiska z pewnością pozwoliłby w szczególności ocenić, czy implementacja rozwiązań dyrektywy 2012/28/UE będzie wystarczająca do rozwiązywania problemu osierocenia dzieł w Polsce, czy też należałoby rozważyć przyjęcie dodatkowych przepisów w tym zakresie, wzorem innych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Przyczyny powstawania zjawiska utworów osieroconych

Problematyka przyczyn powstawania utworów osieroconych jest w oczywisty sposób związana z paradygmatami systemu autorskoprawnego. Pobeżna analiza ewoluujących na przestrzeni wieków zasad prawa autorskiego i stanowisk przedstawicieli myśli filozoficznej powoływanych dla uzasadnienia ustanowienia praw autorskich prowadzi do wniosku, że nie zawsze istniała możliwość osierocenia dzieł²⁷. Wychodząc w rozważaniach od czasów antycznych i średniowiecza należy zauważyć, że przedmiotowym epokom obce były rozwiązania zbliżone do autorskich praw wyłącznych – stworzone dzieło było traktowane jako dobro wspólne, a jego twórca uchodził jedynie za narzędzie, środek komunikowania utworu na zewnątrz. Zasadniczo wówczas autor pozostawał anonimowy. Z uwagi na fakt, że utwór przynależał do dóbr wspólnych, nie istniała możliwość powstania zjawiska osierocenia dzieł. Podobnie, ok. XVI w., w czasach przywilejów, okoliczność niemożności zidentyfikowania podmiotu uprawnionego z przywileju czy jego odnalezienia nie stanowiła zasadniczo problemu z uwagi na fakt, że w przedmiotowej sytuacji przywilej był udzielany innemu podmiotowi²⁸. W późniejszym okresie wykształcenia się szkoły prawa własności wydawców (*der Lehre des Verlags Eigentum*), którym, jako podmiotom ponoszącym koszty inwestycji, przysługiwało prawo do rozpowszechniania i zwielokrotniania manuskryptów. W przypadku zaprzestania komunikowania

²⁷ Na przedmiotową okoliczność zwraca uwagę F. Möller, *Verwaiste Werke. Eine Analyse aus internationaler Perspektive*, UFITA-Schriftenreihe, t. 272, Baden-Baden 2013, s. 93 i n. Rozważania dotyczące rozwoju myśli autorskoprawnej oparte są na zestawieniu faktów dokonanych przez tego autora, a odnoszących się do ewolucji systemu prawa autorskiego. Fragment wykorzystany w publikacji J. Banasiuk, *The requirement of a diligent search for the rights-holder as a central element of the institution of orphan work*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2016, z. 132, s. 7 i n.

²⁸ F. Möller, op. cit., s. 93.

działa publiczności, utwór wchodził do domeny publicznej²⁹. Dopiero w okresie rozwoju szkoły prawa naturalnego w XVII w. uznano zasadność przyznawania twórcy prawa do jego duchowego dzieła, przy czym dopiero XVIII i XIX-wieczna szkoła własności intelektualnej³⁰ wprowadziła rozróżnienie pomiędzy prawem własności manuskryptu a utworem jako dobrem niematerialnym³¹. W konsekwencji niemożność zidentyfikowania podmiotu uprawnionego do dzieła stała się przyczyną uniemożliwiającą jego eksploatację.

Określenie genezy i wskazanie przyczyn istnienia na tak szeroką skalę problematyki utworów osieroconych jest zagadnieniem złożonym. Na gruncie doktryny w różny sposób uzasadnia się występowanie zjawiska dzieł osieroconych. Wydaje się, że przywoływane przez przedstawicieli literatury przedmiotu argumenty wyjaśniające kwestię utworów osieroconych można zestawić w dwie kategorie, a mianowicie:

- 1) okoliczności natury prawnej,
- 2) okoliczności natury faktycznej³².

Ad 1) Przedstawiciele doktryny, wskazując na okoliczności natury prawnej dla uzasadnienia występowania zjawiska utworów osieroconych, odwołują się w głównej mierze do paradygmatów ochrony autorskoprawnej, nie kwestionując ich co do zasady, a jedynie wskazując na związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nimi a możliwością osierocenia utworów. Po pierwsze, przyczyną powstawania utworów osieroconych może być długi czas ochrony autorskich praw majątkowych³³. Zgodnie z art. 1 dyrektywy Rady WE 93/98 z dnia 29 października 1993 r. w sprawie ujednoczenia czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych prawa autora dzieła literackiego lub artystycznego w rozumieniu art. 2 konwencji berneńskiej podlegają ochronie w okresie życia autora i przez 70 lat po jego śmierci, niezależnie od momentu, kiedy dzieło zostało udostępnione publiczności. Prawodawca unijny, przewidując siedemdziesięcioletni okres ochrony, zauważył, że dotychczas obowiązujący minimalny czas ochrony ustanowiony przez konwencję berneńską, obejmujący czas życia autora oraz okres 50 lat liczony od dnia jego śmierci, miał zapewnić ochronę interesów autora oraz dwóch pierwszych pokoleń jego zstępnych. Tymczasem średni okres życia w krajach Wspólnoty Europejskiej wydłużył się do tego stopnia, że

²⁹ Ibidem, s. 93-94.

³⁰ Por. np. E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin-Heidelberg-New York 1980, s. 53 i n.; V. Jänich, *Geistiges Eigentum: eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tubingen 2002, s. 34 i n.; C. Dietz, *Werkintegritätsschutz im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin 2009, s. 13.

³¹ F. Möller, op. cit., s. 94.

³² J. M. Grages, op. cit., s. 20; F. F. Möller, op. cit., s. 96 i n., s. 182; J. Brito, B. Dooling, *An orphan works affirmative defense to copyright infringement actions*, „Michigan Telecommunications and Technology Law Review” 2005, nr 12, s. 82 i n.

³³ K. de la Durantaye, *Finding a Home for Orphans: Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe*, Fordham Intellectual Property, „Media & Entertainment Law Journal” (Winter, 2011), s. 237-238; K.N. Peifer, *A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil” (dalej: GRUR Int. 2010), s. 674.

ustalony czas nie jest już wystarczający, aby objąć dwa pokolenia (pkt 5 preambuły do dyrektywy 93/98). Ponadto, niektóre państwa członkowskie, w celu wyrównania skutków w zakresie korzystania z utworów, wywołanych przez wojny światowe, ustaliły okres dłuższy niż 50 lat liczony od dnia śmierci autora (pkt 6 preambuły do dyrektywy 93/98). Jedną z ogólnych zasad prawa znajdujących się pod ochroną wspólnotowego porządku prawnego jest poszanowanie praw nabytych. Dlatego harmonizacja czasu ochrony prawa autorskiego i praw pokrewnych nie mogła prowadzić do skrócenia obecnie obowiązującego okresu ochrony, jaki przysługuje posiadaczom prawa we Wspólnocie. Wreszcie, aby zminimalizować skutki środków przejściowych oraz aby umożliwić w praktyce funkcjonowanie rynku wewnętrznego, harmonizacja czasu ochrony powinna mieć miejsce w odniesieniu do długiego okresu (pkt 9 preambuły do dyrektywy 93/98). Należy przy tym zauważyć, że w rozwiązaniach prawa międzynarodowego przewidziany został krótszy czas ochrony autorskich praw majątkowych, przykładowo w konwencji berneńskiej i porozumieniu TRIPS okres ochrony wynosi 50 lat, w konwencji powszechnej 25 lat³⁴. Jeżeli chodzi o rozwiązania polskie, to zgodnie z art. 36 pr. aut., czas ochrony autorskich praw majątkowych wynosi 70 lat i liczony jest od śmierci twórcy; w konsekwencji ochrona może wynosić ponad 100 lat, przy czym w toku rozwoju ochrony autorskoprawnej można zaobserwować ewolucję w tym zakresie³⁵. Ustawa z 29 marca 1926 r. o prawie autorskim³⁶ przewidywała w art. 20 pięćdziesięcioletni czas ochrony autorskich praw majątkowych. Osobne rozwiązania były przewidziane dla utworów fotograficznych i kinematograficznych, odpowiednio 10 i 25 lat. Natomiast zgodnie z art. 26 ustawy z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim³⁷ czas trwania ochrony wynosił 20 lat, przy czym w odniesieniu do utworów fotograficznych i kinematograficznych 10 lat. Dwudziestoletni okres ochrony został wydłużony do lat 25 na mocy ustawy z dnia 23 października 1975 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim. W pierwotnym brzmieniu ustawy autorskoprawnej z 1994 r. przewidziano pięćdziesięcioletni czas ochrony autorskich praw majątkowych, który został wydłużony w związku z koniecznością implementacji dyrektywy Rady WE 93/98 z dnia 29 października 1993 r. w sprawie ujednoczenia czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych. W konsekwencji w ustawie z dnia 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych³⁸ dokonano wydłużenia czasu trwania ochrony z 50 do 70 lat po śmierci twórcy³⁹. Zasadniczo dwudziestoletnie wydłużenie

³⁴ S. Stanisławska-Kloc, *Utwory „osierocone”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. PWiO-WI” 2007, z. 100, s. 466.

³⁵ Por. S. Tomczyk, *Czas trwania autorskich praw majątkowych*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa 2014, s. 303.

³⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 1935 r. nr 36, poz. 260 – dalej cytowana jako ustawa z 1926 r.

³⁷ Dz. U. z 1952 r. nr 34, poz. 234 – dalej cytowana jako ustawa z 1952 r.

³⁸ Dz. U. nr 53, poz. 637.

³⁹ S. Stanisławska-Kloc, op. cit., s. 466.

czasu ochrony autorskoprawnej skutkuje powstaniem większych trudności po stronie użytkownika utworu podejmującego próbę ustalenia statusu autorskoprawnego dzieła w szczególności z uwagi na możliwe utrudnienia w dotarciu do następcy prawnego podmiotu uprawnionego. Niezależnie od tego, coraz częściej podaje się w wątpliwość celowość i efektywność wydłużenia ochrony autorskoprawnej z punktu widzenia prawa autorskiego jako takiego⁴⁰.

Po drugie, powstawaniu zjawiska dzieł osieroconych sprzyja system ochrony autorskoprawnej, który nie przewiduje wymogu rejestracji utworów i istnienia bazy zawierającej podstawowe informacje dotyczące dzieł i podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich. Wyłączne uprawnienia do korzystania z utworu powstają stosunkowo łatwo na rzecz twórcy – nie jest wymagany określony poziom twórczości dla uzyskania ochrony autorskoprawnej. Jednocześnie zdarza się, że twórca nie jest świadomy faktu, że jego efekt pracy twórczej podlega ochronie z tytułu prawa autorskiego i może być przedmiotem prawnego obrotu⁴¹. Ochrona autorskoprawna jest niezależna od formalnych obowiązków rejestracji czy zgłoszenia utworu, co skutkuje trudnością w ustaleniu związku pomiędzy utworem a twórcą⁴². Wskazuje się zatem, że pierwotną przyczyną powstawania zjawiska utworów osieroconych jest fakt istnienia wyłącznego prawa autorskiego do utworów oraz brak sankcji w prawie autorskim odnoszących się do niewykonywania tego prawa oraz brak formalności związanych z uzyskaniem ochrony czy jej przedłużeniem⁴³. Przykładowo, w Stanach Zjednoczonych do powstania problemu utworów osieroconych przyczyniły się zmiany w zakresie wymogów formalnych w celu uzyskania ochrony autorskoprawnej⁴⁴. Z dniem 1 stycznia 1978 r. weszła w życie ustawa z 1976 r., a Stany Zjednoczone znacznie złagodziły wymogi ochrony praw autorskich w celu przejścia do systemu, który spełniał standardy międzynarodowych konwencji. W ten sposób zrezygnowano z bardzo formalistycznego systemu, obecnego od 188 lat dzielectwa praw autorskich. Ochrona praw autorskich stała się automatyczna dla każdej pracy utrwalonej na nośniku (np. na papierze, na taśmie, w pliku komputerowym), a rejestracja w Urzędzie Prawa Autorskiego stała się opcjonalna⁴⁵.

⁴⁰ A. Bunce, *British Invasion: Importing The United Kingdom's Orphan Works solution to United States Copyright Law*, "Northwestern University Law Review" 2014, t. 108, nr 1, s. 259.

⁴¹ J.M. Grages, op. cit., s. 21.

⁴² Ibidem.

⁴³ A. Michalak, *Kierunki implementacji dyrektywy 2012/28/UE (dzieła osierocone) do prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 10, s. 20.

⁴⁴ A. Bunce, op. cit., s. 258.

⁴⁵ Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, United States House of Representatives 110th Congress, 2nd Session. March 13, 2008 The "Orphan Works" Problem and Proposed Legislation, <http://www.copyright.gov/docs/regstat031308.html>; K. de la Durantaye, *Finding a Home for Orphans: Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe*, "Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal" (Winter, 2011), s. 238.

Po trzecie, okolicznościami mogącymi wpływać na powstawanie zjawiska osieroconia utworów jest zwiększony obrót prawami autorskimi i w konsekwencji trudności z ustaleniem uprawnionego z tytułu autorskich praw majątkowych. Dotyczy to przy tym zarówno czynności prawnych dokonywanych *inter vivos*, jako i *mortis causa*. Jednocześnie należy podkreślić, że sama informacja o śmierci podmiotu uprawnionego nie wystarcza jeszcze do określenia kręgu spadkobierców, a tym bardziej do ustalenia miejsc ich pobytu⁴⁶. Ponadto, przeniesienie uprawnień do utworu na różne podmioty może powodować powstanie częściowo osieroconych utworów. Trudności w określeniu podmiotu uprawnionego mogą również wynikać z sytuacji określonej w dyspozycji art. 12 ust. 2 pr. aut., czyli przypadku, w którym własność autorskich praw majątkowych powraca do twórcy w związku z nierozpowszechnieniem utworu przez pracodawcę⁴⁷. Wskazuje się również, że nie bez znaczenia dla zjawiska utworów osieroconych jest konieczność uwzględniania zasady specyfikacji pól eksploatacji, *ergo* obowiązek zawierania umów z podmiotem uprawnionych o korzystanie z utworu na nowych polach eksploatacji⁴⁸.

Ad 2) Do okoliczności natury faktycznej warunkujących możliwość powstawania zjawiska utworów osieroconych zalicza się w szczególności nienależyte oznaczenie utworów. Utwory (czy raczej ich egzemplarze) są najczęściej w niewystarczający sposób oznaczone co do autora dzieła i możliwości kontaktu z nim. Problematyka oznaczenia dzieł swoim imieniem i nazwiskiem bądź pseudonimem jest różna w zależności od gatunku utworu. O ile w przypadku dzieł piśmienniczych utwory są co do zasady opatrzone oznaczeniem autora, o tyle w odniesieniu do dzieł fotograficznych rzadko spotyka się wskazanie autorstwa. Ponadto, możliwość publikowania utworów przy niskich kosztach w Internecie powoduje wzrost liczby dzieł publikowanych bez przyporządkowania autorstwa⁴⁹. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że uczestnicy obrotu prawnego mają coraz częściej świadomość konieczności przestrzegania praw autorskich, w tym obowiązku uzyskania zezwolenia podmiotu uprawnionego na korzystanie z utworu. To bywa utrudnione zwłaszcza w odniesieniu do odkrywanych na nowo utworów⁵⁰. Poza tym, należy zwrócić uwagę na coraz to nowe możliwości eksploatacji utworów związane z procesem digitalizacji⁵¹. W szczególności, rozwój nowoczesnych technologii cyfrowych doprowadził do sytuacji, w której utwór lub jego część łatwiej jest oddzielić od podmiotu praw autorskich. Przykładem może być zjawisko *samplingu* czy nagrań dźwiękowych *per se*. Również praktyka obrotu wykształciła zwyczaj publikowania nie-

⁴⁶ J. M. Grages, op. cit., s. 22.

⁴⁷ Por. *ibidem*, s. 22-23.

⁴⁸ S. Stanisławska-Kloc, op. cit., s. 468.

⁴⁹ J.M. Grages, op. cit., s. 22.

⁵⁰ S. Stanisławska-Kloc, op. cit., s. 468-469.

⁵¹ *Ibidem*, s. 468.

których rodzajów dzieł bez wskazania autorstwa, przykładowo w odniesieniu do fotografii wykorzystywanych w reklamie.

Działania zapobiegające powstawaniu utworów osieroconych

Problematyka zapobiegania powstawania dzieł osieroconych w przyszłości stała się przedmiotem dyskusji już na etapie badania kwestii osierocenia dzieł na poziomie Unii Europejskiej. W raporcie końcowym unijnej podgrupy do spraw prawa autorskiego z dnia 3 czerwca 2008 r. pt. „Ostateczne sprawozdanie w sprawie ochrony zasobów cyfrowych oraz w sprawie utworów osieroconych i utworów o wyczerpanym nakładzie” (*Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*)⁵² przedstawiono ogólne sugestie działań mogących ograniczyć w przyszłości skalę utworów osieroconych. Uznano, że ponieważ dzieło staje się osierocone na skutek braku odpowiednich informacji o podmiocie uprawnionym, celowe wydaje się wzmocnienie wysiłków ukierunkowanych na tworzenie, utrzymywanie i zapewnianie dostępu do stosownych danych. W tym zakresie można wskazać cały szereg działań obliczonych na poprawę dostępności informacji o utworze, podmiocie uprawnionym z tytułu praw autorskich i konkretnych uprawnieniach, przy czym eksperci podgrupy do spraw prawa autorskiego skupili się zasadniczo na kwestiach natury technicznej, wskazując na korzystanie z identyfikatorów elektronicznych i innych, tworzenie, stosowanie i zachowywanie metadanych w plikach cyfrowych oraz uznawanie wartości standardowych identyfikatorów⁵³. Słusznie przy tym wskazano, że monitorowanie i wdrażanie działań zapobiegawczych jest w dużej mierze kwestią sektora prywatnego i zainteresowanych stron. Przedstawiciele podmiotów uprawnionych i instytucji kultury łączy bowiem wspólny cel ochrony interesów prawnych i zapewnienia pewności obrotu w tym zakresie. Przedmiotowe ustalenia zostały zaakceptowane i rozbudowane w raporcie „Inicjatywa Europejskich Bibliotek Cyfrowych. Wskazówki co do starannych poszukiwań” (*The European Digital Libraries Initiative, Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works (2008)*)⁵⁴. Doprecyzowano, że postulat zwiększenia wartości standardowych identyfikatorów dotyczy w szczególności ISAN, ISBN, ISRC, ISMN, ISWC oraz rejestrów monitorujących przenoszenie uprawnień do drugiego i dalszych praw na wzór francuskiego i hiszpańskiego publicznego rejestru w zakresie utworów audiowizualnych. Zwrócono również uwagę na istotność umieszczania oznaczeń podmiotów uprawnionych na egzemplarzach

⁵² Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works, i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/hleg/index_en.htm.

⁵³ Por. ibidem, s. 16-17.

⁵⁴ <http://www.europeanwriterscouncil.eu/images/pdf/digitallibraries/11guidelines.pdf> (23.10.2015).

utworów oraz celowość odnotowywania daty śmierci twórców w bazach bibliotek narodowych⁵⁵. Podzielając zasadniczo przedmiotowe ustalenia uczestnicy seminarium Światowej Organizacji Własności Intelektualnej poświęconego problematyce utworów osieroconych zwrócili dodatkowo uwagę na Google Book Rights Registry jako podmiot zbliżony do organizacji zbiorowego zarządzania⁵⁶.

Zasadność określenia działań zmierzających do zapobiegania powstawania utworów osieroconych została także dostrzeżona na gruncie doktryny. Przedstawiciele literatury przedmiotu (m.in. F. Möller⁵⁷, T. Hishinuma⁵⁸), analizując przyczyny powstawania zjawiska osierocenia dzieł, poszukiwali środków ograniczających sytuację, w której brak jest informacji o podmiocie uprawnionym z tytułu autorskich praw majątkowych. Wspólne dla jurysprudencji jest twierdzenie, że nie istnieje jedno rozwiązanie problemu powstawania utworów osieroconych i że należy podjąć skoordynowane działania na różnych płaszczyznach w celu ograniczenia zjawiska osierocenia dzieł. Obszerne rozważania w tym zakresie przedstawił F. Möller⁵⁹. W ocenie autora, działania obliczone na zapobieganie powstawania utworów osieroconych są liczne i obejmują w szczególności model *opt-out*, skrócenie czasu trwania ochrony autorskich praw majątkowych, rozwój wolnych licencji, wykorzystywanie instytucji zbiorowego zarządu, w tym rozszerzonego zbiorowego zarządu, zrezygnowanie z ochrony dzieł opublikowanych anonimowo lub pod pseudonimem czy wprowadzenie rejestru utworów chronionych przepisami prawa autorskiego.

Wydaje się jednak, że w celu zapobiegania powstawania utworów osieroconych należałoby poszukiwać działań mieszczących się w ramach wykształconych i ugruntowanych zasad prawa autorskiego z uwzględnieniem dynamicznej interpretacji rozwiązań normatywnych, biorącej pod uwagę zmiany w zakresie techniki i społeczeństwa informacyjnego. Oczywiście jest to zadanie trudne z uwagi na dokonującą się skądinąd zmianę paradygmatów ochrony autorskoprawnej, prawotwórczą rolę orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, multicentryczność systemu prawnego, specyfikę prawa autorskiego i konieczność wyważenia konkurujących ze sobą interesów, a mianowicie uprawnień twórców i/lub podmiotów uprawnionych oraz indywidualnych i społecznych. Rozważania w zakresie wszystkich wskazanych elementów przekraczałyby rozmiary niniejszej pracy, niemniej jednak zasadne wydaje się poczynienie kilku uwag natury generalnej. Po pierwsze, biorąc pod uwagę konsekwentną

⁵⁵ *The European Digital Libraries Initiative, Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works* (2008), Joint Report, www.europeanwriterscouncil.eu/images/pdf/digitallibraries/11guidelines.pdf, s. 13.

⁵⁶ Y. Lifshitz-Goldberg, *Orphan Works WIPO Seminar – May 2010 Lecture Summary*, www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf, s. 10.

⁵⁷ F. Möller, *op. cit.*, s. 196-303.

⁵⁸ T. Hishinuma, *Orphan works: vitalization, modification, and creation of an international norm*, "Journal of Intellectual Property Law & Practice" 2012, t. 7, nr 6, s. 476-477.

⁵⁹ F. Möller, *op. cit.*, s. 196-303.

tendencję do wydłużania czasu ochrony autorskich praw majątkowych nie wydaje się usprawiedliwiony i możliwy do zrealizowania postulat ograniczenia czasu trwania ochrony autorskoprawnej. Jednocześnie jednak słusznie wskazuje się na gruncie doktryny, że czas „ekonomicznego życia” utworów, przez który rozumie się okres obejmujący czerpanie korzyści z korzystania z praw autorskich, jest zazwyczaj krótszy od czasu trwania ochrony autorskich praw majątkowych⁶⁰. Niemniej jednak należy odnotować istnienie wyjątków w tym zakresie i możliwość „odzyskania popularności” przez dane dzieło. Co więcej, poważnym problemem byłoby rozwiązywanie sytuacji, w której podmiot uprawniony z tytułu praw autorskich udzielił licencji na dany okres, przy czym skrócenie czasu trwania ochrony autorskich praw majątkowych powodowałoby wygaśnięcie prawa w trakcie trwania umowy licencyjnej⁶¹. Wydaje się zatem, że zarówno względy prawne jak i czysto ekonomiczne nie przemawiają za przyjęciem omawianej koncepcji. Po drugie, trudno byłoby znaleźć uzasadnienie dla odmowy przyznania ochrony utworom opublikowanym anonimowo lub pod pseudonimem. Wydaje się, że utrzymywanie, że ochrona przedmiotowej kategorii dzieł zwiększa ryzyko osierocenia oraz że występują trudności w rozgraniczeniu utworów anonimowych i osieroconych⁶² nie są dostatecznymi argumentami przemawiającymi za odmową przyznania ochrony z tytułu prawa autorskiego. Należy przy tym zauważyć, że publikacja utworu anonimowo lub pod pseudonimem jest realizacją uprawnienia o charakterze osobistym, którego wykładnia dokonywana przez judykaturę wydaje się dążyć do ograniczania ewentualnych negatywnych konsekwencji publikowania utworów anonimowo lub pod pseudonimem. Jak słusznie bowiem stwierdził Sad Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 29 października 1997 r.⁶³, „w odniesieniu do osobistego prawa twórcy do «oznaczania utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępnienia go anonimowo» (art. 16 ust. 2 pr. aut.) należy domniemywać jego pozytywne wykonanie, tj. decyzję twórcy o rozpowszechnieniu utworu ze wskazaniem jego nazwiska lub pseudonimu; natomiast negatywne wykonanie tego prawa, tj. decyzja twórcy o zatajeniu autorstwa, musi wynikać z wyraźnego oświadczenia woli twórcy”.

Przechodząc natomiast do problematyki ewentualnego rejestru utworów należy zwrócić uwagę, że wielu przedstawicieli literatury przedmiotu odrzuca przedmiotową możliwość odwołując się do wynikającej z konwencji berneńskiej zasady, zgodnie z którą korzystanie z praw i ich wykonywanie nie jest uzależnione od żadnej formalności. Jak zauważa B. Lu, zasada nieformalizmu ochrony autorskoprawnej wpisuje się z jednej strony w koncepcję szkoły

⁶⁰ *Copyright Reform and the Takings Clause. Can Congress retroactively shorten the copyright term?*, “Harvard Law Review” 2015, t. 128, nr 3, s. 986.

⁶¹ *Ibidem*, s. 987.

⁶² F. Möller, *op. cit.*, s. 273.

⁶³ I ACa 477/97.

prawa naturalnego, z drugiej – ma istotne znaczenie praktyczne, nie obciążając podmioty uprawnione kosztami związanymi z procedurą administracyjną. Jednocześnie autor nie widzi możliwości wprowadzenia efektywnego systemu rejestru dzieł w sytuacji obecnej liczby utworów⁶⁴. Z drugiej strony, część przedstawicieli doktryny przedmiotu (m.in. C. Springman⁶⁵, T. Hishinuma⁶⁶), dostrzegając zmieniające się paradygmaty ochrony autorskoprawnej i trudności związane i.a. z korzystaniem z utworów osieroconych, poszukuje możliwości przywrócenia (w Stanach Zjednoczonych) lub wprowadzenia rejestru dzieł, przy czym argumenty przywoływane dla uzasadnienia przedmiotowego stanowiska różnią się. Wskazuje się, że za niekonstytucyjne należałoby uznać rozwiązanie przewidujące unieważnienie praw autorskich w przypadku, gdy autor albo podmiot uprawniony nie dopełnił formalności, które w danym czasie nie były przewidziane przepisami prawa. Jednocześnie jednak zakłada się, że zgodne z prawem byłoby uzależnienie kontynuowania ochrony od spełnienia ustanowionych, określonych formalności⁶⁷. W ocenie S. van Gompel zasadne byłoby wprowadzenie rejestru one-stop-shop, którego funkcjonowanie byłoby przyjazne dla użytkowników i obsługiwane międzynarodowo⁶⁸.

Nie negując zasadniczo poglądów jurysprudencki kwestionujących możliwość przyjęcia pewnego formalizmu w paradygmacie ochrony autorskoprawnej, należy zastanowić się nad interesującym postulatem dokonania dynamicznej wykładni przepisu art. 4 ust. 2 konwencji berneńskiej⁶⁹. Ustanowiona w XIX w. zasad nieformalności nie była poddana szerszym rozważaniom. Należy w tym miejscu zauważyć, że – historycznie – intencją umawiających się stron było zagwarantowanie międzynarodowej ochrony utworom. Dlatego, co najmniej warte rozważenia, wydaje się rozwiązanie zakładające przyjęcie możliwości wprowadzenia rejestracji, która odnosiłaby się do ochrony w ujęciu międzynarodowym i jej przyjęcie byłoby w interesie podmiotów uprawnionych. Z przedmiotowej rejestracji wynikałoby domniemanie międzynarodowej ochrony⁷⁰.

Wnioski końcowe

Pomimo podjęcia zintegrowanych działań na poziomie legislacyjnym zarówno w Unii Europejskiej, jak i w Stanach Zjednoczonych w obszarze problematyki

⁶⁴ B. Lu, op. cit., s. 260-261.

⁶⁵ C. Springman, *Reform(aliz)ing Copyright*, "Stanford Law Review" 2004, nr 57, s. 487 i n.

⁶⁶ T. Hishinuma, op. cit., s. 476.

⁶⁷ *Copyright Reform ...*, s. 993.

⁶⁸ S. van Gompel, *Formalities in Copyright Law: An Analysis of their History*, "Rationales and Possible Future" 2011, nr 296.

⁶⁹ T. Hishinuma, op. cit., s. 476.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 476.

utworów osieroconych, brak jest kompleksowych i wyczerpujących danych na temat tego zjawiska. Oczywiście jest, że nikt nie kwestionuje wagi problemu i celowości unormowania kwestii osierocenia dzieł, niemniej jednak wspólnym dla podawanych szacunków jest ich fragmentaryczność, wycinkowość, duża skala ogólności i wybiórczość danych. Przedmiotowy stan rzeczy znacznie utrudnia porównywanie danych i ich zestawianie w różnej konfiguracji, tym bardziej, że źródłem informacji na temat skali osierocenia dzieł są – co do zasady – wybrane, pojedyncze biblioteki i inne instytucje kultury z danych państw. Prowadzi to do sytuacji, w której poszczególne państwa nie dysponują zbiorczymi danymi na temat zjawiska objętego przedmiotem unormowania. Dane szacunkowe dotyczące liczby dzieł osieroconych różnią się przy tym nie tylko dlatego, że pochodzą z różnych sektorów instytucji posiadających w swoich zbiorach utwory osierocone, ale także dlatego, że do czasu uchwalenia dyrektywy 2012/28/UE nie istniały zestandaryzowane metody i kryteria, którymi mogłyby posługiwać się biblioteki, archiwa i muzea na potrzeby ustalenia status utworu osieroconego⁷¹. Niemniej jednak opierając się na przedstawionych wyżej danych należy uznać, że skala zjawiska utworów osieroconych jest duża i różni się w zależności od kategorii dzieła. Przyczyny powstawania zjawiska osierocenia dzieł są różne i nie można ich ująć w jedną kategorię. Jest to problematyka złożona, warunkowana przez szereg czynników, niemniej punktem wspólnym jest związek kwestii osierocenia dzieł z obowiązującymi paradygmatami ochrony autorskoprawnej. Zasadniczo przyczyny powstawania utworów osieroconych można ująć w dwie grupy, a mianowicie okoliczności natury prawnej i okoliczności natury faktycznej. Otwarty katalog okoliczności natury prawnej obejmuje w szczególności:

- 1) długi czas ochrony autorskoprawnej;
- 2) odzyskanie ochrony autorskoprawnej;
- 3) zwiększony obrót prawami autorskimi zarówno *inter vivos*, jak i *mortis causa* i w konsekwencji trudności z ustaleniem uprawnionego z tytułu autorskich praw majątkowych;
- 4) brak wymogu rejestracji utworów i istnienia bazy zawierającej podstawowe informacje dotyczące dzieł i podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich;
- 5) obowiązek zawierania umów z podmiotem uprawnionym o korzystanie z utworu na nowych polach eksploatacji.

Natomiast do niewyczerpującego katalogu okoliczności natury faktycznej należy zaliczyć w szczególności:

- 1) nienależyte oznaczenie utworów,
- 2) wzrost świadomości ochrony autorskoprawnej,
- 3) nowe możliwości eksploatacji utworów związane z procesem digitalizacji,

⁷¹ B. Lu, op. cit., s. 257.

- 4) praktyka obrotu, która wykształciła zwyczaj publikowania niektórych rodzajów dzieł bez wskazania autorstwa.

Podobnie, nie można wskazać jednego sposobu zapobiegania powstawania w przyszłości zjawiska utworów osieroconych. Wydaje się przy tym, że celowe i usprawiedliwione byłoby wykorzystywanie obecnie obowiązujących rozwiązań prawnych i poszanowanie paradygmatów autorskoprawnych, jednakże przy jednoczesnym odwołaniu się do zmian w interpretacji rozwiązań normatywnych uwzględniających dynamiczny rozwój techniki i społeczeństwa informacyjnego⁷². Tym samym nie znajdują uzasadnienia postulaty niektórych przedstawicieli doktryny optujące za skróceniem czasu ochrony autorskich praw majątkowych oraz rezygnacją z przyznania ochrony utworom opublikowanym anonimowo lub pod pseudonimem. Celowe natomiast wydaje się zwiększenie wartości standardowych identyfikatorów w szczególności w odniesieniu do baz ISAN, ISBN, ISRC, ISMN, ISWC, dbanie o umieszczanie oznaczeń podmiotów uprawnionych na egzemplarzach utworów oraz odnotowywanie daty śmierci twórców w bazach bibliotek narodowych. Nie od rzeczy jest także uznanie, że wypracowanie pewnych standardów w tej mierze i przyjęcie stosownych rozwiązań na poziomie międzynarodowym w odniesieniu do problematyki osierocenia dzieł stanowiłoby czynnik gwarantujący większą pewność obrotu prawnego, obliczony na uniwersalne podejście – także w zakresie praktyki legislacyjnej – do kwestii utworów osieroconych.

Należałoby przy tym pozostawić otwarte pytanie o możliwość przyjęcia „nie konserwatywnego” rozwiązania, a mianowicie wprowadzenia rejestru chronionych prawem autorskim utworów⁷³ czy dynamiczną interpretację przepisu art. 4 ust. 2 konwencji berneńskiej w interesie zapewnienia ochrony podmiotów uprawnionych (*ergo* zgodnie z pierwotną wolą państw-stron konwencji berneńskiej) i ustanowienie rejestru, do którego wpis skutkowałby powstaniem domniemania ochrony międzynarodowej⁷⁴.

Bibliografia

- Banasiuk J., *The requirement of a diligent search for the rights-holder as a central element of the institution of orphan work*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2016, z. 132, s. 7 i n.
- Brito J., Dooling B., *An orphan works affirmative defense to copyright infringement actions*, „Michigan Telecommunications and Technology Law Review” 2005, nr 12.

⁷² Podobnie uważa B. Lu, op. cit., s. 274.

⁷³ Por. V. Bronder, *Saving the Right Orphans: The Special Case of Unpublished Orphan Works*, 31 “Columbian Journal of Law & The Arts” 2008, s. 424 i n.; J. O. Mausner, *Copyright Orphan Works: A Multi-Prolonged Solution to Solve a Harmful Market Inefficiency*, “Journal of Technology Law & Policy” 2007, nr 12, s. 402 i n.

⁷⁴ V. Bronder, op. cit., s. 424.

- Bronder V., *Saving the Right Orphans: The Special Case of Unpublished Orphan Works*, "Columbian Journal of Law & The Arts" 2008, nr 31.
- Bunce A., *British Invasion: Importing The United Kingdom's Orphan Works solution to United States Copyright Law*, „Northwestern University Law Review” 2014, t. 108, nr 1.
- Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation, Research commissioned by the Intellectual Property Office, and carried out by: Marcella Favale, Fabian Homberg, Martin Kretschmer, Dinusha Mendis and Davide Secchi, 2013/31, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/312779/ipresearch-orphan-201307.pdf (03.06.2015).
- Copyright Reform and the Takings Clause. Can Congress retroactively shorten the copyright term?*, "Harvard Law Review" 2015, t. 128, nr 3.
- Dietz C., *Werkintegritätsschutz im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin 2009.
- Durantaye K. de la, *Finding a Home for Orphans: Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe*, Fordham Intellectual Property, "Media & Entertainment Law Journal" 2011, nr 21.
- Durantaye K. de la, *How to Build an Orphanage, and Why*, "Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law" 2011, t. 2.
- Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works, i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/hleg/index_en.htm.
- Gompel S. van, *Formalities in Copyright Law: An Analysis of their History, Rationales and Possible Future*" 2011, nr 296.
- Grages J. M., *Verwaiste Werke. Lizenzierung in Abwesenheit des Rechtsinhabers*, Tybinga 2013.
- Hansen D. R., Hashimoto K., Hinze G., Samuelson P., Urban J. M., *Solving the Orphan Works Problem for the United States*, "Columbia Journal of Law & the Arts" 2013, t. 37, nr 1.
- Hishinuma T., *Orphan works: vitalization, modification, and creation of an international norm*, "Journal of Intellectual Property Law & Practice" 2012, t. 7, nr 6.
- Jänich V., *Geistiges Eigentum: eine Komplementärererscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen 2002.
- Lifshitz-Goldberg Y., *Orphan Works WIPO Seminar – May 2010 Lecture Summary*, www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf.
- Lu B., *The orphan works copyright issue: Suggestions for international response*, "Journal of the Copyright Society U.S.A.", Spring 2013, s. 256-257.
- Lüder T., *The "orphan works" challenge*, GRUR Int. 2010, nr 8-9, s. 677.
- Mausner J. O., *Copyright Orphan Works: A Multi-Prolonged Solution to Solve a Harmful Market Inefficiency*, "Journal of Technology Law & Policy" 2007, nr 12.

- Michalak A., *Kierunki implementacji dyrektywy 2012/28/UE (dzieła osierocone) do prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 10.
- Möller F., *Verwaiste Werke. Eine Analyse aus internationaler Perspektive*, UFITA-Schriftenreihe t. 272, Baden-Baden 2013.
- Peifer K. N., *A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe*, “Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil”.
- Report on Orphan Works, A Report of the Register of Copyrights. January 2006.
- Response by the Cornell University Library to the Notice of Inquiry Concerning Orphan Works, 70 FR 3739 January 26, 2005, http://scireg.org/us_copyright_registration/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf (03.06.2015).
- Response to Notice of Inquiry about Orphan Works, Federal Register (January 26, 2005), Vol. 70, No. 16: 3739-3743, <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0537-CarnegieMellon.pdf> (28.07.2015).
- Springman C., *Reform(aliz)ing Copyright*, “Stanford Law Review” 2004, nr 57.
- Stanisławska-Kloc S., *Utwory „osierocone”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. PWiOWI” 2007, z. 100.
- Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, United States House of Representatives 110th Congress, 2nd Session. March 13, 2008 The “Orphan Works” Problem and Proposed Legislation, <http://www.copyright.gov/docs/regstat031308.html>.
- The European Digital Libraries Initiative, Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works* (2008).
- Tomczyk S., *Czas trwania autorskich praw majątkowych*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa 2014.
- Ulmer E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin-Heidelberg-New York 1980.
- United States Copyright Office. Orphan Works and Mass Digitalization. A Report of the Register of Copyrights, June 2015.
- Vuopala A., *Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission DG Information Society and Media Unit E4 Access to Information, May 2010.

Marcin ŁyskoUniwersytet w Białymstoku
e-mail: marcin.lysko@uwb.edu.pl
telefon: +48 85 7457153

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.10

Projekt ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń z 1970 r. w ocenie uczestników dyskusji społecznej

SUMMARY

The draft law on magistrate courts for petty offences of 1970 in the opinion of the participants of public discussion

The draft law on magistrate courts for petty offences of 1970 was created within the framework of codification works on petty offence law in the Polish People's Republic. The fact of sustaining the dependence of magistrate courts of local structures of Home Affairs administration was criticised during public discussion over the draft. Representatives of academics, who participated in the discussion, called for placing magistrate courts by local bodies of state administration or even transforming them into special courts. They postulated depriving the Minister for Home Affairs of the right to establish general principles for criminal policy and granting the Supreme Court with the judicial supervision over case-law magistrate courts. Those postulates served as the basis for the political system reform of 1990, which placed magistrate courts for petty offences in the structures of the Ministry of Justice.

Key words: magistrate courts for petty offences, public discussion, the Polish People's Republic.

Słowa kluczowe: kolegia do spraw wykroczeń, dyskusja społeczna, Polska Ludowa.

W niniejszym artykule przedstawiono problemy poruszane podczas odbywającej się w 1970 r. społecznej dyskusji nad projektem ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń (projekt ustawy ustrojowej). Poddany pod osąd opinii publicznej projekt stanowił finalny efekt prac Komisji do opracowania projektu Prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym¹ (Komisja), która przygotowała również projekt ustawy kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia

¹ Na mocy zarządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 22 września 1967 r. w sprawie powołania Komisji do opracowania projektu Prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym. W. F. Dąbrowski, J. Lewiński, *W sprawie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” (ZKA) 1967, nr 6, s. 9 – 10.

(k.p.s.w.). Działająca równolegle komisja² opracowała projekt ustawy prawo o wykroczeniach, kodyfikującej materialne prawo wykroczeń. Na początku 1970 r. projekty aktów prawnych składających się na kompleksową kodyfikację prawa wykroczeń Polski Ludowej zostały wniesione przez Radę Ministrów do Sejmu jako rządowe projekty ustaw. Ich pierwsze czytanie na forum sejmowym miało miejsce 15 kwietnia 1970 r. Podczas towarzyszącej pierwszemu czytaniu dyskusji przedstawiciele poszczególnych klubów poselskich podkreślali potrzebę poddania projektów ustaw pod osąd opinii publicznej. Twierdzili, iż problematyka kodyfikacji prawa wykroczeń budziła duże zainteresowanie społeczeństwa i często była poruszana podczas spotkań z wyborcami³. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom posłów Prezydium Sejmu podjęło uchwałę o przeprowadzeniu dyskusji społecznej nad projektami ustaw kodyfikujących prawo wykroczeń Polski Ludowej⁴. Celem dyskusji było nie tylko uzyskanie opinii jej uczestników odnośnie do poszczególnych rozwiązań projektów, lecz także popularyzacja podstawowych zasad i założeń projektowanych ustaw. Takie ukierunkowanie dyskusji miało „przyczynić się do zmobilizowania społeczeństwa do aktywnego przeciwdziałania naruszeniom prawa, jak też przyczynić się do umacniania dyscypliny społecznej i poszanowania zasad współżycia społecznego”⁵. Głównym przedmiotem trwającej w okresie od maja do października 1970 r. dyskusji społecznej był zawierający przepisy materialne projekt prawa o wykroczeniach. Pod osąd jej uczestników poddano także wydany łącznie z projektem k.p.s.w. projekt ustawy ustrojowej⁶, który wzorem obowiązujących rozwiązań przewidywał rozstrzyganie spraw o wykroczenia przez kolegialne organy orzekające.

Charakterystyka socjalistycznego modelu orzecznictwa karno-administracyjnego

Kolegialny model orzecznictwa w sprawach wykroczenia został wprowadzony przez uchwaloną w apogeum polskiego stalinizmu ustawę z 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie k-a (u.k.a). Jednoosobowe orzecznictwo wykonywane

² Utworzona na mocy zarządzenia nr 27 Ministrów Spraw Wewnętrznych i Sprawiedliwości z dnia 28 lutego 1967 r. w sprawie powołania Komisji do opracowania projektu Prawa o wykroczeniach.

³ Reprezentujący Klub Poselski PZPR poseł E. Babiuch stwierdził, iż z uwagi na „społeczne znaczenie prawa o wykroczeniach i zainteresowanie jego treścią szerokich kręgów społeczeństwa, rad narodowych” jego klub uważa za celowe poddanie projektu pod dyskusję w zainteresowanych środowiskach. Sejm PRL. Kadencja V. Sprawozdanie stenograficzne z 7 posiedzenia Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniu 15 kwietnia 1970 r., łam 22.

⁴ *Dyskusja o kolegiach i wykroczeniach*, „Perspektywy” 1970, nr 21, s. 22.

⁵ *Uchwała podjęta przez Sejm*, ZKA 1970, nr 2, s. 49.

⁶ *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (projekt). Ustawa o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń (projekt)*, Warszawa 1970.

przez czynnik urzędniczy⁷ zastąpiono kolegialnym sposobem orzekania z udziałem aktywu społecznego, co miało stanowić wyraz „praktycznej realizacji zasady przyciągania mas do bezpośredniego udziału w zarządzaniu państwem”⁸. Koncepcja uspołecznienia i demokratyzacji orzecznictwa legła u podstaw powierzenia rozstrzygania spraw o wykroczenia specjalnie w tym celu utworzonym organom w postaci kolegiów orzekających. Usytuowane przy terenowych organach administracji – prezydiach rad narodowych – wszystkich szczebli podziału terytorialnego kraju kolegia przejęły dotychczasowe kompetencje organów administracji ogólnej. Poza zakresem przeprowadzonej na mocy u.k.a reformy pozostawiono orzecznictwo karne organów administracji specjalnej⁹.

Kolegia funkcjonowały przy prezydiach gromadzkich, miejskich, dzielnicowych, powiatowych i wojewódzkich rad narodowych. Kluczową rolę w systemie kolegiów odgrywały kolegia szczebla powiatowego, dzielnicowego oraz kolegia przy prezydiach rad narodowych większych miast, które jako organy I instancji dysponowały pełnią uprawnień w zakresie orzekania kar. Były również instancją odwoławczą od orzeczeń kolegiów działających przy prezydiach gromadzkich rad narodowych, które dysponowały ograniczonymi kompetencjami do wymierzania kar¹⁰. Kolegia szczebla wojewódzkiego były organem II instancji o charakterze wyłącznie odwoławczym i zostały utworzone w związku z wprowadzeniem odwołania do kolegium wyższej instancji w miejsce żądania skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

Kolegium tworzyli przewodniczący i jego zastępca oraz reprezentujący tzw. czynnik społeczny członkowie. Wszyscy członkowie byli wybierani przez radę narodową z listy kandydatów sporządzonej przez prezydium, przy którym

⁷ Rozstrzyganie spraw o wykroczenia przez organy administracji ogólnej przewidywało rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz. U. nr 38, poz. 365). Przysługujące starostom, a od czasu socjalistycznej reformy administracji terenowej z kwietnia 1950 r. prezydiom rad narodowych kompetencje orzecznicze, wykonywali jednoosobowo referenci karno-administracyjni. J. Jakubowska-Hara, *Grzywna w polskim prawie wykroczeń*, Warszawa 2004, s. 35 – 36.

⁸ Notatka w sprawie wyborów do kolegiów karno-administracyjnych działających przy prezydiach rad narodowych, Instytut Pamięci Narodowej w Warszawie, Biuro Udostępniania i Archiwizacji Dokumentów, zespół akt Ministerstwo Spraw Wewnętrznych II, sygn. teczek 16162, s. 41.

⁹ Opierając się na rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym sprawy o wykroczenia rozstrzygały obwodowe urzędy miar oraz urzędy morskie. Poza tym na podstawie przepisów szczególnych orzecznictwo w sprawach o wykroczenia związane z zakresem ich działalności sprawowały urzędy górnicze, techniczna inspekcja pracy, państwowa inspekcja gazownicza, zakłady energetyczne i zakłady energetyczne okręgu oraz wojewódzcy pełnomocnicy Ministerstwa Skupu. Aktualny stan prawny w dziedzinie przepisów regulujących postępowanie karno-administracyjne oraz tezy do projektu jednolitych przepisów o postępowaniu karno-administracyjnym. Notatka sporządzona przez Sekretariat Komisji do opracowania jednolitych przepisów o postępowaniu karno-administracyjnym na posiedzenie Komisji w dniu 5 czerwca 1960 r., Archiwum Akt Nowych, zespół akt Ministerstwo Sprawiedliwości, sygn. teczek 1963, s. 38-43.

¹⁰ Kolegia szczebla gromadzkiego mogły orzec karę grzywny w granicach do 300 złotych i karę pracy poprawczej w wymiarze do 6 dni, podczas gdy maksymalna wysokość tych kar według u.k.a. wynosiła w przypadku grzywny 3000 złotych, a pracy poprawczej 3 miesiące. K. Siarkiewicz, *Kształtowanie się ustroju kolegiów, „Zagadnienia Wykroczeń” (ZW) 1977, nr 4-5, s. 36.*

funkcjonowało kolegium. Rekrutujący się spośród pracowników terenowego aparatu administracji państwowej przewodniczący i jego zastępca kierowali bieżącą działalnością kolegiów. Ponadto, przewodniczącemu kolegium przysługiwało wyłączne prawo wymierzania kar w trybie postępowania nakazowego¹¹. Tryb nakazowy stanowił wyjątek od zasady rozstrzygania spraw na rozprawie przez orzekające w składzie trzyosobowym kolegium. Powierzenie prezydiom rad narodowych kompetencji w zakresie sporządzania list kandydatów na członków kolegiów¹² skutkowało uzależnieniem kolegiów od terenowego aparatu administracji pod względem personalnym. Z kolei przewidziane w u.k.a. usytuowanie kolegiów przy prezydiach rad narodowych sprzyjało powstaniu zależności na płaszczyźnie instytucjonalnej. Obsługą organizacyjno-prawną kolegiów zajmowały się bowiem komórki spraw wewnętrznych prezydiów powiatowych i wojewódzkich rad narodowych¹³. Silne powiązania instytucjonalne kolegiów z administracją stwarzał przewidziany w u.k.a system nadzoru nad ich orzecznictwem. Nadzór sprawowany przez prezydium rad narodowych wyrażał się w prawie „wydawania wytycznych dla orzecznictwa oraz kontroli ich wykonania”, a także możliwości uchylania prawomocnych orzeczeń kolegiów¹⁴. Kompetencje z zakresie tzw. zwierzchniego nadzoru nad orzecznictwem k-a przysługiwały MSW i sprowadzały się do wydawania wytycznych określających kierunki polityki karnej w sprawach o wykroczenia¹⁵.

Korekta wprowadzonego przez u.k.a. modelu nastąpiła na mocy przeprowadzonej 2 grudnia 1958 r. nowelizacji¹⁶, której celem było zmniejszenie nadmiernie rozbudowanej struktury organizacyjnej orzecznictwa karno-administracyjnego. Odchodząc od zasady obligatoryjnego powoływania kolegiów gromadzkich¹⁷, do rangi organów I instancji oficjalnie podniesiono kolegia szczebla powiatowego. Kolegia te dysponowały pełnią uprawnień w zakresie stosowania

¹¹ Tryb nakazowy przewidywał jednoosobowe rozstrzyganie spraw o stosunkowo małym stopniu szkodliwości społecznej czynu, bez udziału obwinionego. M. Siewierski, *Ewolucja postępowania w sprawach o wykroczenia*, ZW 1978, nr 1, s. 20.

¹² Kwestie związane z wyborem członków kolegiów regulowało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 1951 r. w sprawie trybu wybierania i odwoływania członków kolegiów przy prezydiach rad narodowych (Dz. U. nr 66, poz. 455).

¹³ Na szczeblu powiatowym kolegia obsługiwały wydziały spraw wewnętrznych prezydiów powiatowych rad narodowych. Obsługą kolegiów przy prezydiach wojewódzkich rad narodowych zajmowały się wojewódzkie urzędy spraw wewnętrznych. Z. Leoński, *Kolegia w systemie organów rady narodowej*, ZKA 1968, nr 6, s. 20-21.

¹⁴ Prezydium rady narodowej mogło uchylić prawomocne orzeczenie działającego przy niej kolegium oraz kolegiów niższego szczebla w razie stwierdzenia braku podstawy prawnej lub uznania, iż wydane orzeczenie było „oczywiście niesłuszne”. J. Lewiński, *Kształtowanie stosowanej przez kolegia do spraw wykroczeń polityki karania przez organy nadzoru*, [w:] *Materiały na Sesję Popularno-Naukową z okazji XXV-lecia kolegiów do spraw wykroczeń /21.IV.1977 Warszawa*, wydane przez DSA MSW we współpracy z Akademią Spraw Wewnętrznych im. Feliksa Dzierżyńskiego, Warszawa 1977, s. 3.

¹⁵ H. Popławski, *Zarys prawa o wykroczeniach*, Gdańsk 1974, s. 27.

¹⁶ Ustawa z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz. U. nr 77, poz. 396).

¹⁷ Nowelizacja u.k.a. z grudnia 1958 r. dopuszczała fakultatywne tworzenie kolegiów szczebla gromadzkiego na mocy uchwały gromadzkiej rady narodowej. O czym należy pamiętać przy wyborach

kar przewidzianych w znowelizowanej u.k.a. podczas gdy kolegia szczebla niższego niż powiatowy mogły wymierzać jedynie grzywnę w bardzo ograniczonym wymiarze¹⁸. Pełnią uprawnień w zakresie stosowania kar dysponowały kolegia powiatowe, którym nowelizacja u.k.a. oficjalnie nadała rangę organów I instancji.

Oprócz zmian w strukturze organów orzekających, którym nadano nazwę kolegia karno-administracyjne, nowelizacja z grudnia 1958 r. wprowadziła po raz pierwszy wymagania kwalifikacyjne dotyczące niektórych członków kolegiów. Od przewodniczących kolegiów wojewódzkich i ich zastępców oraz przewodniczących kolegiów powiatowych wymagano ukończenia studiów prawniczych, chociaż przewidziano możliwość czynienia daleko idących wyjątków od tej zasady. Przewodniczącego kolegium wojewódzkiego i jego zastępcę mógł zwolnić od tego wymogu indywidualnie minister spraw wewnętrznych, zaś pozostałych przewodniczących kierownik urzędu spraw wewnętrznych prezydium wojewódzkiej rady narodowej¹⁹. Kolejna zmiana polegała na wprowadzeniu instytucji przewodniczących składów orzekających, rekrutujących się w „miarę możliwości” spośród osób mających wykształcenie prawnicze, znajomość zasad prawa karno-administracyjnego lub przynajmniej znajomość „jednego z działów administracji państwowej”²⁰.

Projekt ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń

Decyzja o opracowaniu samodzielnej ustawy poświęconej ustrojowi organów orzekających została podjęta pod wpływem postulatów zgłaszanych podczas dyskusji środowiskowej nad projektem prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym z 1968 r.²¹, który zawierał także przepisy ustrojowo-organizacyjne. Zdaniem uczestników dyskusji zamieszczenie tych przepisów w przyszłej kodyfikacji procedury karno-administracyjnej nie tylko umniejszało znaczenie kolegiów, lecz z uwagi na wymóg zwięzłości kodeksu czyniło niemożliwym

do kolegiów, w małych miastach, osiedlach i gromadach?, „Poradnik dla Kolegiów Orzekających” 1958, nr 3, s. 25.

¹⁸ Kolegia szczebla gromadzkiego zostały całkowicie pozbawione możliwości orzekania przywróconej przez nowelizację u.k.a. z grudnia 1958 r. kary aresztu, zarówno jako kary zasadniczej, jak też przewidzianej na wypadek nieuiszczenia w terminie grzywny zastępczej kary aresztu. Kompetencje kolegiów szczebla gromadzkiego sprowadzały się do wymierzania grzywien w wysokości nie przekraczającej 500 złotych podczas gdy znowelizowana u.k.a. ustalała górny pułap tej kary na poziomie 4500 złotych. *Ustawa o orzecznictwie karno-administracyjnym. Objasnienia i teksty*, Warszawa 1959, s. 186-187.

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 lutego 1959 r. w sprawie trybu i zasad zwalniania przewodniczących i zastępców przewodniczących kolegiów karno-administracyjnych przy prezydiach rad narodowych z obowiązku posiadania ukończonych studiów prawniczych (Dz. U. nr 15, poz. 80).

²⁰ E. Iserzon, *Reforma orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Państwo i Prawo” (PiP) 1959, nr 8-9, s. 267-268.

²¹ *Prawo o orzecznictwie karno-administracyjnym. Projekt*, Warszawa 1968.

wyczerpujące ujęcie w nim wszystkich kwestii ustrojowo-organizacyjnych. Twierdzono, iż takie kwestie, jak struktura organizacyjna kolegiów, wybory członków, ich sytuacja prawna, obsługa organizacyjno-prawna kolegiów oraz szereg innych zagadnień ze względu na swoją specyfikę wymagały kompleksowego uregulowania w akcie prawnym rangi ustawowej²². Przychylając się do tych postulatów Komisja uzasadniała potrzebę odrębnego potraktowania przepisów ustrojowo-organizacyjnych faktem ich stosunkowo rzadkiego stosowania w praktyce, gdyż miało to miejsce przede wszystkim przy okazji odbywających się co cztery lata wyborów członków kolegiów. Poza tym w przeciwieństwie do przepisów o postępowaniu, których znajomość przez członków składów orzekających kolegiów była konieczna dla prawidłowego rozpatrywania spraw o wykroczenia, normy ustrojowo-organizacyjne były stosowane w praktyce głównie przez komórki prezydiów rad narodowych zajmujące się obsługą kolegiów²³.

Projekt ustawy ustrojowej wprowadzał jednolitą strukturę organów orzekających w sprawach o wykroczenia. Obok dotychczas funkcjonujących kolegiów przy prezydiach rad narodowych, przewidziano utworzenie kolegiów przy organach administracji morskiej i górniczej. Wprowadzenie kolegiów w miejsce jednoosobowego orzecznictwa sprawowanego przez aparat administracyjny urzędów morskich i górniczych miało stanowić zwieńczenie rozpoczętego uchwaleniem w grudniu 1951 r. u.k.a. procesu uspołeczniania orzecznictwa w sprawach o wykroczenia. Poza nielicznymi wyjątkami w postaci orzecznictwa karno-skarbowego czy orzecznictwa inspektorów pracy, całokształt spraw o wykroczenia miał być rozstrzygany przez jednolicie zorganizowane organy kolegialne²⁴. Wprawdzie projekt dzielił kolegia na działające przy prezydiach rad narodowych i usytuowane przy organach administracji morskiej i górniczej, lecz obydwie kategorie kolegiów funkcjonowały na takich samych zasadach. Inna była tylko właściwość rzeczowa i organy nadzoru, natomiast różnice w dziedzinie zasad organizacji i funkcjonowania dotyczyły kwestii szczegółowych²⁵.

Podobnie jak w przypadku projektu k.p.s.w., projekt ustawy ustrojowej opatrzone tytułem podkreślającym, iż dotychczasowe określenie kolegia karno-administracyjne straciło sens i przestało być adekwatne do ich roli. Sprawowana przez kolegia funkcja nie polegała wyłącznie na rozpatrywaniu spraw przybierających postać naruszenia obowiązków nałożonych przez ustawy administracyjne. Wobec zakładanego poddania właściwości kolegiów szeregu wykroczeń, stanowiących na podobieństwo przestępstw samoistne naruszenie porządku

²² J. Lewiński, *Kolegia – organ quasi sądowy*, „Prawo i Życie” (PiŻ) 1970, nr 15, s. 4.

²³ *Tezy wystąpienia ministra spraw Wewnętrznych Kazimierza Świątały*, ZKA 1970, nr 2, s. 58.

²⁴ *Uzasadnienie projektu ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń*, Warszawa 1970, s. 99.

²⁵ Jako przykład może posłużyć wymóg posiadania przez przewodniczącego kolegium przy urzędzie górniczym lub jego zastępcę wyższego wykształcenia technicznego, podczas gdy w kolegiach przy prezydiach rad narodowych wymagane było wyższe wykształcenie prawnicze lub administracyjne. Z. Leoński, *Ustrój kolegiów do spraw wykroczeń*, ZKA 1970, nr 1, s. 2-3.

prawnego, przyjęto znacznie bardziej adekwatną nazwę kolegia do spraw wykroczeń²⁶. Przyjęciu nowej nazwy nie towarzyszyło osłabienie dotychczasowych więzi łączących kolegia z terenowym aparatem administracji, wskutek czego projekt ustawy ustrojowej nie zmierzał w kierunku nadania kolegiom charakteru samoistnych organów wymiaru sprawiedliwości. Podkreślał jedynie ich quasi-sądowy charakter²⁷.

Projekt utrzymywał dotychczasową strukturę kolegiów przy prezydiach rad narodowych, przyznając status organu I instancji powoływanym obligatoryjnie kolegiom przy prezydiach rad narodowych, przy urzędach morskich oraz równorzędnych urzędach górniczych. Funkcje organów II instancji pełnić miały kolegia przy prezydiach wojewódzkich rad narodowych, przy izbach morskich oraz kolegiom przy Wyższym Urzędzie Górniczym. Przewidziano także możliwość tworzenia kolegiów przy prezydiach rad narodowych szczebla niższego niż powiat, lecz właściwość rzeczowa tych kolegiów obejmowała jedynie enumeratywnie wyliczone w projekcie k.p.s.w. rodzaje wykroczeń²⁸.

Projekt utrzymywał dotychczasowy tryb wyboru członków kolegiów w głosowaniu tajnym przez odpowiednie rady narodowe, przewidując objęcie jego zakresem nowych kolegiów przy organach administracji morskiej i górniczej²⁹. Kandydaci na członków kolegiów mieli być wysuwani przez załogi zakładów pracy, zebrania wiejskie oraz organizacje społeczne i polityczne. Podkreśleniu polityczno-ideologicznego aspektu procesu obsady personalnej kolegiów służyć miało nadanie rangi ustawowej dotychczasowej praktyce współdziałania Komitetów Frontu Jedności Narodu w kampanii wyborczej do kolegiów³⁰. Listy kandydatów na członków kolegiów przy prezydiach rad narodowych przedstawiały radzie narodowej prezydium, zaś kandydatów na członków kolegiów specjalistycznych urzędy morskie i górnicze. Kadencja kolegiów nie uległa zmianie i w dalszym ciągu wynosiła 4 lata. W celu „umocnienia poczucia wagi i odpowiedzialności za działalność w kolegium” projekt wprowadzał obowiązek składania ślubowania przez nowo wybranych członków kolegiów³¹.

Określając wymogi stawiane kandydatom na członków kolegiów, wzorowano się na rozwiązaniach przewidzianych w ustawie z dnia 2 grudnia 1960 r. o ławnikach ludowych w sądach powszechnych³². W ustawowym uregulowaniu wymagań stawianych kandydatom na członków kolegiów upatrywano gwarancji prawidłowego wyboru osób należycie spełniających „trudne zadanie

²⁶ *Uzasadnienie projektu...*, s. 97-98.

²⁷ J. Lewiński, *Kolegia...*, s. 4.

²⁸ Znaczному ograniczeniu kompetencji w zakresie orzekania kar, towarzyszyło pozbawienie kolegiów szczebla niższego niż powiatowy możliwości rozstrzygania spraw o wykroczenia w trybie postępowania nakazowego i przyśpieszonego. Z. Leoński, *Ustrój kolegiów...*, s. 3.

²⁹ *W przededniu wielkiej kampanii. Przemówienie posła Edwarda Babiucha*, „ZKA” 1970, nr 2, s. 20.

³⁰ *Ibidem*, *Przemówienie posła Mieczysława Marca*, s. 28.

³¹ *Uzasadnienie projektu...*, s. 101.

³² Dz. U. nr 54, poz. 309.

rozpoznawania spraw o wykroczenia”³³. Według projektu członkiem kolegium mógł być tylko korzystający z pełni praw publicznych obywatel polski, który posiadał dobrą opinię i dawał rękojmię należytego wykonywania ciężących na nim obowiązków³⁴. Kierując się założeniem wprowadzania do kolegiów osób posiadających pewne doświadczenie życiowe, ustanowiono dolną granicę wieku członka kolegium na poziomie 26 lat. Przyjęty w dotychczasowej praktyce wymóg ukończenia 18 lat uznano za niestwarzający gwarancji prawidłowego wykonywania obowiązków członka kolegium. Utrzymując obowiązujące ograniczenia w wyborze określonych osób na członków kolegiów³⁵, zniesiono zakaz dotyczący lekarzy zatrudnionych w pełnym wymiarze godzin w społecznych zakładach służby zdrowia. Zdaniem twórców projektu ustawy ustrojowej ograniczenie to straciło rację bytu w związku z mniejszym niż dawniej zapotrzebowaniem na fachową kadrę lekarską³⁶.

Wprowadzając wymóg posiadania fachowych kwalifikacji przez kandydatów na przewodniczących kolegiów i ich zastępców, projekt jeszcze bardziej ograniczał możliwości odstąpienia od wymogu ukończenia wyższych studiów prawnych lub administracyjnych. W przeciwieństwie do u.k.a. nie przewidywał jakichkolwiek zwolnień z obowiązku posiadania wyższego wykształcenia przez przewodniczących kolegiów drugiej instancji oraz ich zastępców. W wyjątkowych przypadkach projekt dopuszczał zwolnienia od wymogu ukończenia studiów wyższych osób kierujących pracą kolegiów szczebla powiatowego³⁷. Przyjęte odstępstwo uzasadniano występującymi w drugiej połowie lat sześćdziesiątych problemami z obsadą stanowisk przewodniczącego kolegium i jego zastępcy w powiatach położonych z dala od dużych ośrodków miejskich. Trudności te wynikały z faktu, iż absolwenci wydziałów prawa bardzo niechętnie podejmowali pracę na tzw. prowincji³⁸.

Twórcy projektu ustawy ustrojowej przykładali duże znaczenie do problemu obsługi organizacyjno-prawnej kolegiów. Wynikało to z faktu, iż zdecydowana większość spośród reprezentujących tzw. aktyw społeczny członków składów orzekających nie posiadała wykształcenia prawniczego ani kwalifikacji fachowych wymaganych przy rozstrzyganiu spraw o wykroczenia³⁹. Według projektu obowiązek obsługi organizacyjno-prawnej kolegium oraz wykonywania innych zadań związanych z pracami kolegium spoczywał na radcy kolegium do spraw

³³ W. Falkowska, *Szybko, skutecznie, sprawiedliwie. O projekcie prawa o wykroczeniach*, „Przekrój” 1970, nr 1322, s. 11.

³⁴ Stanowił o tym art. 7§ 1 projektu, który przewidywał ponadto wymóg wyrażenia zgody na kandydowanie.

³⁵ W myśl art. 7 § 2 projektu funkcji członka kolegium nie mogli pełnić żołnierze w służbie czynnej, funkcjonariusze Milicji Obywatelskiej, sędziowie, prokuratorzy, adwokaci, aplikanci adwokaccy, sądowni, prokuratorscy i ławnicy ludowi.

³⁶ J. Lewiński, *Ustrój kolegiów do spraw wykroczeń*, „Służba MO” 1971, nr 2, s. 207-208.

³⁷ *Uzasadnienie projektu...*, s. 100.

³⁸ Z. Leoński, *Ustrój kolegiów...*, s. 4.

³⁹ *Uzasadnienie projektu...*, s. 98.

wykroczeń⁴⁰. Stanowisko radcy mogła pełnić wyłącznie osoba legitymująca się wyższym wykształceniem prawniczym lub administracyjnym. Wprowadzenie tego wymogu uzasadniano potrzebą stworzenia warunków dla obsadzenia stanowiska radcy osobami o najwyższych kwalifikacjach zawodowych⁴¹.

Problemy poruszane podczas społecznej dyskusji nad projektem ustawy ustrojowej

W przeciwieństwie do budzących duże zainteresowania opinii publicznej projektów ustaw kodyfikujących materialne i procesowe prawo wykroczeń, projekt ustawy ustrojowej był dyskutowany przede wszystkim w środowisku naukowym. Podczas prowadzonej na łamach prasy prawniczej dyskusji najczęściej uwagi poświęcono przyjętej przez twórców projektu koncepcji kolegiów jako organów funkcjonujących przy prezydiach rad narodowych. Fakt utrzymania w niezmienionym kształcie rozwiązań ustrojowych wprowadzonych przez u.k.a. spotkał się z krytyczną oceną przedstawicieli nauki, której towarzyszyły propozycje zmian zmierzających do osłabienia wpływu administracji spraw wewnętrznych na działalność orzeczniczą kolegiów do spraw wykroczeń. Zdaniem S. Włodyki przyjęte w projekcie usytuowanie kolegiów uniemożliwiało oddzielenie funkcji orzekania od funkcji nadzoru i obsługi organizacyjnej. W konsekwencji wyrażona przez projekt k.p.s.w. zasada niezawisłości członków kolegiów⁴² przy rozstrzyganiu spraw o wykroczenia miała charakter deklaracji o charakterze propagandowym. Pomimo sprawowania nadzoru judykacyjnego nad orzecznictwem kolegiów przez prezydium rad narodowych i MSW, Włodyka postrzegał ich działalność w kategoriach sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach o wykroczenia. Autor ten odwoływał się do funkcjonującej w świadomości społecznej koncepcji „małego wymiaru sprawiedliwości”, która podkreślała fakt występowania szeregu podobieństw pomiędzy orzecznictwem kolegiów a rozstrzyganiem spraw o przestępstwa przez sądy karne. Jego zdaniem praktyczna realizacja tej koncepcji wymagała pozbawiania organów administracji możliwości wpływania na orzecznictwo kolegiów na rzecz powierzenia nadzoru judykacyjnego Sądowi Najwyższemu. Skutkiem tego byłoby ograniczenie kompetencji aparatu administracji spraw wewnętrznych do obsługi organizacyjno-prawnej kolegiów, które w celu podkreślenia ich quasi-sądowego charakteru powinny funkcjonować przy radach narodowych. W opinii Włodyki brak było racjonalnych argumentów przemawiających

⁴⁰ Kwestie związane z obsługą organizacyjno-prawną kolegiów regulował art. 17 projektu, który szczegółowo określił zakresu czynności wykonywanych przez radcę kolegium do spraw wykroczeń pozostawiał przepisom wykonawczym.

⁴¹ J. Lewiński, *Kolegia...*, s. 4.

⁴² W myśl postanowień art. 3 projektu k.p.s.w. „Członkowie kolegiów są w zakresie orzekania niezawisli i podlegają wyłącznie ustawom”.

za usytuowaniem kolegów przy prezydiach rad narodowych, natomiast ze względów natury praktycznej dopuszczał funkcjonowanie kolegów specjalistycznych przy organach administracji morskiej i górniczej. Wprawdzie wzgląd na uniknięcie dualizmu rozwiązań mógłby stanowić argument przemawiający za usytuowaniem wszystkich kolegów przy organach administracji państwowej, lecz według Włodyki nie powinien to być wzgląd decydujący. Twierdził, iż „z dwojga złego lepsze odmienne usytuowanie kolegów stanowiących zdecydowaną mniejszość, aniżeli nieprawidłowe usytuowanie kolegów stanowiących ogromną większość, podyktowane chęcią jednolitego rozwiązania”⁴³.

Kolejnym przeciwnikiem usytuowania kolegów do spraw wykroczeń przy prezydiach rad narodowych był E. Iserzon, którego zdaniem przyjęta przez twórców projektu koncepcja sprowadzała kolegia do roli organów administracji państwowej. Tymczasem twórcy projektu wyraźnie podkreślali iż działalność orzecznicza kolegów „nie jest ze swej istoty funkcją administracyjną”⁴⁴. Sądowy charakter zadań wykonywanych przez kolegia skutkowało wyposażeniem ich w cechy przysługujące organom wymiaru sprawiedliwości, spośród których eksponowano rolę zasady niezawisłości członków kolegów w zakresie orzekania. Sądowy charakter działalności orzeczniczej kolegów uwzględnili twórcy projektu k.p.s.w., opierając postępowanie w sprawach o wykroczenia na zasadach obowiązujących w procesie karnym⁴⁵. Nawiązując do zajętego przez nich stanowiska, Iserzon opowiadał się za traktowaniem kolegów w kategoriach sądów szczególnych. Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez sądy szczególne dopuszczała konstytucja PRL⁴⁶, której postanowienia naruszały regulacje projektu ustawy ustrojowej wyznaczające kolegiom pozycję organu administracji państwowej. W celu usunięcia tej sprzeczności Iserzon postulował nadanie kolegiom statusu organów sądowych w drodze ich całkowitego uniezależnienia od struktur terenowej administracji państwowej. Nadzór judykacyjny nad działającymi w roli sądów terenowych kolegiami sprawowałby Sąd Najwyższy, podczas gdy aparat administracji spraw wewnętrznych zajmowałby się wyłącznie ich obsługą organizacyjno-prawną. Obsada personalna kolegów powinna być dokonywana w drodze wyborów, aczkolwiek z wyłączeniem możliwości pełnienia funkcji członka kolegium przez pracowników prezydiów rad narodowych⁴⁷. Koncepcję Iserzona należy ocenić jako dosyć odważną, gdyż zakładała ona nadanie kolegiom statusu samodzielnych jednostek organizacyjnych zarówno wobec terenowych organów administracji, jak też władzy państwowej. Zdecydowana większość przedstawicieli środowiska naukowego opowiadała

⁴³ S. Włodyka, *Ustrój kolegów do spraw wykroczeń w świetle projektów z 1970 r.*, PiP 1970, nr 8-9, s. 270.

⁴⁴ *Uzasadnienie projektu...*, s. 97.

⁴⁵ M. Siewierski, *Ewolucja...*, s. 20.

⁴⁶ Według postanowień art. 46 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz. U. nr 33, poz. 232) wymiar sprawiedliwości sprawowały Sąd Najwyższy, sądy wojewódzkie, sądy powiatowe oraz sądy szczególne.

⁴⁷ E. Iserzon, *Uwagi do projektów materialnego i formalnego prawa wykroczeń*, PiP 1970, nr 8-9, s. 283-285.

się bowiem za usytuowaniem kolegiów przy pełniących rolę terenowych organów władzy państwowej radach narodowych⁴⁸.

Przyjętych w projekcie ustawy ustrojowej rozwiązań bronił M. Siewierski. Dostrzegając poparcie większości uczestników dyskusji oraz opinii społecznej dla usytuowania kolegiów przy radach narodowych, przestrzegał przed fasadowym charakterem takiego rozwiązania. Jego zdaniem zmiana nazwy na kolegia przy radach narodowych niczego nie zmieniłaby w „układzie stosunków wynikających z całości urządzeń ustrojowych i procesowych”, który powstał w wyniku prowadzonych w drugiej połowie lat sześćdziesiątych prac kodyfikacyjnych. Ta sformułowana w sposób niejasny wypowiedź wskazuje na to, iż Siewierski zdawał sobie sprawę z nierealnego charakteru postulatów zmierzających do pozbawiania resortu spraw wewnętrznych wpływu na działalność kolegiów. Dlatego zamiast odnieść się w sposób merytoryczny do propozycji rozwiązań zmierzających do uniezależnienia kolegiów od struktur administracji, Siewierski starał się wykazać brak racjonalnego uzasadnienia dla koncepcji zakładającej usytuowanie kolegiów przy radach narodowych. Twierdził, iż rada narodowa jako organ o charakterze uchwałodawczym funkcjonowała w sposób sesyjny, podczas gdy działalność kolegiów miała charakter ciągły. W okresie między sesjami rad narodowych ich zadania wykonywałyby prezydium, czyli organy sprawujące na mocy u.k.a. nadzór nad działalnością kolegiów oraz wykonujące ich obsługę organizacyjno-prawną⁴⁹.

Problem udziału pracowników administracji w kolegiach

Ze sprzeciwem przedstawicieli środowiska naukowego spotkało się pominięcie w projekcie ustawy ustrojowej problemu nadmiernego udziału w kolegiach pracowników prezydiów rad narodowych. Występująca pod rządami u.k.a. praktyka obsadzania składów orzekających kolegiów pracownikami prezydiów rad narodowych prowadziła do zepchnięcia na dalszy plan udziału czynnika społecznego w rozstrzygnięciu spraw o wykroczenia. Za jej stosowaniem przemawiał wzgląd na sprawne funkcjonowanie kolegiów, gdyż przedstawiciele tzw. aktywu społecznego często wykazywali lekceważące podejście do wykonywania obowiązków członka kolegium. Do wypaczenia idei społecznego charakteru kolegiów prowadzić miało także obsadzanie stanowisk przewodniczących kolegiów oraz ich zastępców przez pracowników aparatu administracji spraw wewnętrznych prezydiów rad narodowych⁵⁰.

⁴⁸ Takie stanowisko zajęli m.in. uczestnicy zorganizowanej przez Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk dwudniowej sesji naukowej poświęconej dyskusji nad projektem nowej kodyfikacji prawa wykroczeń. *Naukowcy o wykroczeniach*, PIŻ 1970, nr 23, s. 5.

⁴⁹ M. Siewierski, *Utwagi o modelu orzecznictwa w sprawach o wykroczenia*, PiP 1970, nr 8-9, s. 291.

⁵⁰ D. Kaczyńska, *Jeszcze o wykroczeniach. Propozycje prawnicze*, „Życie Warszawy” (ŻW) 1970, nr 294, s. 3.

Potrzebę wprowadzenia do przyszłej ustawy ustrojowej rozwiązań zmierzających do ograniczenia wpływu czynnika urzędniczego na rozstrzygnięcie spraw o wykroczenia dostrzegł S. Włodyka. Jego zdaniem liczny udział pracowników aparatu spraw wewnętrznych w pracach kolegiów, szczególnie w charakterze przewodniczących oraz zastępców, prowadził do stopniowego przekształcania się kolegiów w organy o charakterze fachowym. Przeciwno tego rodzaju praktykom przemawiał nie tylko wzgląd na społeczny charakter kolegiów, lecz także fakt sprawowania przez prezydium rad narodowych nadzoru judykacyjnego nad działalnością kolegiów. Nadzór ten przyjmował postać wydawania ogólnych wytycznych w przedmiocie orzecznictwa kolegiów, stąd udział pracowników organów nadzorczych w rozstrzygnięciu konkretnych spraw o wykroczenia stał w sprzeczności z istotą tego nadzoru. Włodyka zdecydowanie opowiedział się przeciwko próbom usprawiedliwiania udziału pracowników administracji w kolegiach względami celowości. Twierdził, iż poza radcami do spraw kolegiów urzędnicy prezydiów rad narodowych nie posiadali fachowych kwalifikacji w dziedzinie prawa wykroczeń. Wynikać to miało z braku jakiegokolwiek związku pomiędzy przedmiotem ich zawodowej działalności a przedmiotem działalności kolegium. Podsumowując swoje rozważania, autor ten wypowiedział się za wprowadzeniem do ostatecznego projektu ustawy zakazu wybierania na członków kolegiów pracowników prezydium rady narodowej, przy której działa dane kolegium. Włodyka zdawał sobie sprawę, iż z uwagi na potencjalne trudności ze skompletowaniem składów orzekających ustawodawca może dopuścić udział czynnika urzędniczego w pracach kolegium. W takiej sytuacji za wskazane uznał wykluczenie z udziału w pracach kolegium pracowników organów spraw wewnętrznych prezydiów rad narodowych, zwłaszcza zatrudnionych w nich radców do spraw kolegium⁵¹.

Propozycja całkowitego wyeliminowania pracowników prezydiów rad narodowych z udziału w pracach kolegiów nie zyskała powszechnej aprobaty środowiska naukowego, chociaż jego przedstawiciele zgodnie wskazywali na potrzebę zachowania społecznego charakteru kolegiów. Jednakże mając na względzie dotychczasowe problemy kadrowe kolegiów, opowiadali się za dopuszczeniem w przyszłej ustawie ustrojowej możliwości wspierania zasiadających w kolegiach przedstawicieli społeczeństwa przez czynnik urzędniczy. Twierdzono, iż pracownicy prezydiów rad narodowych, zwłaszcza ci zatrudnieni w komórkach spraw wewnętrznych, zapewniali kolegiom fachowość orzekania w znacznie wyższym stopniu niż członkowie pochodzący z wyboru. Siewierski starał się przy tym wykazać, iż rozstrzygnięcie przez urzędników spraw o wykroczenia nie kolidowało z zasadą niezawisłości członka kolegium. Jego zdaniem zasiadający w kolegiach pracownicy prezydiów nie reprezentowali interesów swojego resortu, lecz orzekali „jako obywatele niepodlegający w tym zakresie władzy przełożonej swego miejsca pracy”. W świetle wyrażonej

⁵¹ S. Włodyka, *Ustrój kolegiów...*, s. 266-267.

w projekcie k.p.s.w. zasady niezawisłości członka kolegium, pełniący te funkcje pracownicy prezydiów rad narodowych podlegali wyłącznie ustawom i mogli orzekać zgodnie ze swoim przekonaniem.

Siewierski dostrzegał przy tym potrzebę ustawowego ograniczenia udziału pracowników prezydiów rad narodowych w pracach składów orzekających. W dotychczasowej praktyce funkcjonowania kolegiów pracownicy prezydiów rad narodowych stanowili na tyle liczną grupę członków składów orzekających, iż wśród społeczeństwa panowało przekonanie o wymierzaniu kar za wykroczenia przez aparat administracji państwowej. Przywróceniu społecznego charakteru kolegiów służyć miało wprowadzenie do ustawy ustrojowej zakazu zasiadania w trzyosobowym składzie orzekającym kolegium więcej niż jednego pracownika prezydium rady narodowej, przy której działało dane kolegium. Wprawdzie M. Siewierski dostrzegał negatywny wpływ wprowadzenia tego zakazu na tzw. operatywność pracy kolegium, lecz zarazem podkreślał jego znaczenie dla realizacji założenia o sprawowaniu orzecznictwa w sprawach o wykroczenia przez czynnik społeczny. Jego zdaniem „dla wzmocnienia w społeczeństwie przekonania, iż sądzi obywatela organ niezależny”, warto zapłacić cenę w postaci potencjalnych problemów ze skompletowaniem składu orzekającego. Problemy te wynikały z częstych przypadków niestawiennictwa członków kolegiów rekrutujących się z tzw. aktywu społecznego⁵².

Wymóg fachowych kwalifikacji osób kierujących pracą kolegiów

Formułowaniu postulatów zmierzających do ograniczenia wpływu czynnika urzędniczego na orzecznictwo w sprawach o wykroczenia towarzyszyło dostrzeżenie przez środowisko naukowe problemu fachowych kwalifikacji osób kierujących pracami kolegiów. Problem ten uznano za istotny z uwagi na założenie społecznego charakteru kolegiów, których członkowie mieli stosować w praktyce „rozbudowane i skomplikowane ustawodawstwo” z dziedziny prawa wykroczeń. Zdaniem S. Włodyki, prawidłowe rozstrzygnięcie spraw o wykroczenia przez kolegia wiązało się z koniecznością udziału w składach orzekających członka posiadającego wiadomości fachowe. Ponadto, autor ten wskazywał na potrzebę zapewnienia fachowej obsługi organizacyjno-prawnej kolegiów oraz konieczność przeprowadzania regularnych szkoleń członków kolegium. Realizacji pierwszego z tych warunków służyć miało uwzględnienie przez projekt ustawy ustrojowej wymogu ukończenia fachowych studiów wyższych przez przewodniczących kolegiów oraz ich zastępców. Z kolei fachową obsługę organizacyjno-prawną kolegiów miało zapewnić uwzględnienie przez projekt sprawdzonej w dotychczasowej praktyce instytucji radcy kolegium do

⁵² M. Siewierski, *Uwagi do projektów...*, s. 291-292.

spraw wykroczeń. Włodyka sceptycznie odniósł się do faktu pominięcia przez projekt problematyki związanej ze szkoleniem członków kolegiów. Twórcy projektu ograniczyli się do zamieszczenia delegacji upoważniającej MSW do określenia w drodze zarządzenia zasad organizacji, prowadzenia i finansowania szkolenia członków kolegiów⁵³. Zdaniem Włodyki, brak ustawowego obowiązku podnoszenia kwalifikacji przez członków kolegiów stał w sprzeczności z założeniem posiadania przez nich podstawowych wiadomości z dziedziny prawa wykroczeń oraz polityki karania w tym zakresie. Ponieważ wiedza ta stanowiła konieczny warunek prawidłowego funkcjonowania kolegium, stąd wskazane było ustawowe zobowiązanie członków kolegiów do stałego podnoszenia kwalifikacji fachowych poprzez uczestnictwo w szkoleniach⁵⁴.

Bardziej krytyczną postawę przyjął J. Skupiński, w opinii którego twórcy projektu nie wykazali odpowiedniej troski o zapewnienie należytego poziomu przygotowania fachowego członków kolegiów. Przy założeniu całkowicie społecznego składu kolegiów poziom ten zależał od praktyki doboru członków kolegiów oraz procesu ich szkolenia. Chociaż projekt nie pomijał całkowicie tej problematyki, to wyznaczał niezbędne granice fachowości w sposób dalece niewystarczający. Skupiński kwestionował zwłaszcza fakt upoważnienia przewodniczącego prezydium wojewódzkiej rady narodowej do wyrażenia zgody na zwolnienie osób kierujących pracami kolegium – czyli przewodniczącego i jego zastępcy – od wymogu posiadania wyższego wykształcenia prawniczego lub administracyjnego. Twierdził, iż „merytoryczne dopuszczenie takiego wyjątku przez ustawodawcę nie znajduje żadnego uzasadnienia” wobec faktu nasycenia rynku pracy absolwentami studiów prawniczych i administracyjnych. Autor ten wskazywał także na brak precyzyjnego określenia przez projekt kompetencji radcy kolegium do spraw wykroczeń, jego zdaniem „postaci szczególnie ważnej, której zadaniem powinno być udzielanie członkom kolegium pomocy fachowej i ich szkolenie”. Chociaż radca powinien był skupiać się wyłącznie na obsłudze prawno-organizacyjnej kolegium, to projekt rozszerzał zakres jego obowiązków na „inne kwestie związane z pracami kolegium”. W świetle dotychczasowej praktyki szeroki wachlarz zadań wyznaczonych radcom prowadzi do skupienia ich uwagi na kwestiach techniczno-organizacyjnych, kosztem wykonywania funkcji związanych z obsługą organizacyjno-prawną kolegium. Celem zapobieżenia tego rodzaju sytuacjom Skupiński opowiadał się za precyzyjnym określeniem w przyszłej ustawie ustrojowej zakresu czynności wykonywanych przez radcę kolegium do spraw wykroczeń.

Autor ten negatywnie ocenił pominięcie przez projekt ustawy ustrojowej przewidzianego w u.k.a. podziału członków kolegiów na przewodniczących i członków składów orzekających. Zaletą tego rozwiązania były podwyższone wymagania w zakresie przygotowania fachowego przewodniczących składów

⁵³ Delegację taką zawierał art. 20 § 2 projektu.

⁵⁴ S. Włodyka, *Ustrój kolegiów...*, s. 267-268.

orzekających, które zdaniem Skupińskiego „stanowiły gwarancję, że bardziej odpowiedzialne funkcje w procesie orzekania będą wykonywały osoby o lepszym przygotowaniu”. Wobec przewidywanego rozszerzenia zakresu właściwości rzeczowej kolegiów o kolejne występkę przejęte z sądów powszechnych⁵⁵ opowiadał się nie tyle za utrzymaniem, co za podwyższeniem wymagań stawianych przewodniczącym składów orzekających. Całkowitą rezygnację z tych wymogów na rzecz dopuszczenia możliwości przewodniczenia rozprawie przez każdego członka kolegium Skupiński uznał za posunięcie „trudno zrozumiałe”⁵⁶.

Przyjętych przez twórców projektu rozwiązań bronił M. Siewierski, w opinii którego wyrażana przez przedstawicieli środowiska naukowego „opozycja przeciwko zwalnianiu kandydatów na przewodniczących i ich zastępców od wymogu wyższego wykształcenia jest niesłuszna”. Kontrowersyjny przepis miał bowiem charakter wyjątkowy, a potrzeba jego utrzymania była podyktowana faktem braku w niektórych powiatach dostatecznej liczby kandydatów z wyższym wykształceniem⁵⁷.

Wymagania stawiane członkom kolegiów

W przeciwieństwie do problemów poruszanych w gronie przedstawicieli środowiska naukowego, przedmiotem szerszego zainteresowania pozostałych uczestników dyskusji społecznej była kwestia wymagań stawianych kandydatom na członków kolegiów. Największe kontrowersje budziło ustanowienie dolnej granicy wieku kandydatów na poziomie 26 lat. Przeciwnicy tego rozwiązania twierdzili, iż jego wprowadzenie wyeliminuje z udziału w pracach kolegiów tzw. aktyw młodzieżowy. Ich zdaniem kolegia pełniły rolę swego rodzaju szkoły życia dla wchodzących w dorosłe życie ludzi, którzy z uwagi na aktywną działalność w organizacjach młodzieżowych powinni być wysuwani jako kandydaci na członków kolegiów. Celem odpowiedniego „nasylenia” kolegiów młodzieżą postulowano obniżenie dolnej granicy wieku kandydatów do 21 lat lub wprowadzenie wyjątków od przewidzianego przez projekt wymogu ukończenia 26 lat. Wyjątki te miałyby zastosowanie wobec osób, które pomimo nieosiągnięcia wymaganego wieku mogłyby pełnić funkcję członka kolegium

⁵⁵ Proces przekazywania do właściwości kolegiów jako wykroczeń czynów stanowiących dotychczas występkę zapoczątkowała uchwalona 17 czerwca 1966 r. ustawa o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego, Dz. U. nr 23, poz. 149. Ustawa nadała rangę wykroczeń niektórym dotychczasowym występkom przeciwko mieniu oraz występkom o charakterze spekulacyjnym. Pogłębienie zapoczątkowanej tzw. ustawą o przekazaniu tendencji miało miejsce w projekcie prawa o wykroczeniach z 1970 r., który przekazywał do właściwości kolegiów kolejną grupę czynów stanowiących dotychczas występkę. I. Śmietanka, *Z sądu do kolegium*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” (GSiP)1970, nr 16, s. 6.

⁵⁶ J. Skupiński, *Model orzecznictwa w sprawach o wykroczenia*, PiP 1970, nr 8-9, s. 278-279.

⁵⁷ M. Siewierski, *Ustrój kolegiów...*, s. 291.

z uwagi na „kwalifikacje, staż pracy w organizacjach społecznych oraz nabyte w związku z tym umiejętności”⁵⁸.

Zwolennicy wprowadzonego przez projekt ograniczenia powoływali się na doświadczenia wyniesione z praktyki funkcjonowania kolegiów pod rządami u.k.a, która nie określała dolnej granicy wieku uprawniającej do kandydowania na członka kolegium. Z racji posiłkowego stosowania podczas wyborów członków kolegiów przepisu ustawy o ławnikach ludowych ustanawiającego dolną granicę wieku na poziomie 26 lat, udział młodzieży w pracach kolegiów był minimalny. Za utrzymaniem przewidzianych w projekcie ograniczeń wiekowych przemawiał także fakt, iż od członków kolegiów jako przedstawicieli społeczeństwa wymagano przede wszystkim doświadczenia życiowego oraz znajomości uwarunkowań lokalnych. Wskazywano także na towarzyszące rozstrzygnięciu spraw o wykroczenia przez czynnik społeczny założenie wychowawczego oddziaływania toczącej się przed kolegium rozprawy na obwinionego. Jednym z celów rozprawy było uświadomienie obwinionemu, iż „postąpił źle, iż naruszył przepisy prawa i zasady współżycia społecznego” oraz ostrzeżenie go przed negatywnymi konsekwencjami popełnienia kolejnych wykroczeń. Ponieważ przed kolegiami przeważnie stawiali ludzie w średnim wyrażano wątpliwości, czy „skład orzekający złożony z ludzi w wieku poniżej 26 lat będzie umiał właściwie podejść do samej sprawy oraz do osoby obwinionego”⁵⁹. Potrzebę obsadzenia kolegiów ludźmi posiadającymi doświadczenie życiowe oraz odpowiedni autorytet uzasadniano także większymi niż w przypadku sądów trudnościami z utrzymaniem powagi na sali rozpraw. O ile w sądzie występowały z reguły fachowo przygotowane strony, to podczas rozprawy przed kolegium rzadziej można było spotkać doświadczonego oskarżyciela lub obrońcę. Przy rozpatrywaniu przez kolegia drobnych, ale dokuczliwych spraw o wykroczenia częściej niż na sali sądowej miały miejsce przypadki pieniactwa procesowego. Zapewnienie odpowiedniej kultury rozpraw wymagało niekiedy „bardzo dużego doświadczenia życiowego oraz obycia społecznego”, czyli cech których brakowało młodym ludziom. Wskazywać na to miała dotychczasowa praktyka rozstrzygania spraw o wykroczenia przez składy orzekające kolegiów, których najmłodsi członkowie mieli około 30 lat⁶⁰.

Włodyka krytycznie ocenił nieuwzględnienie przez projekt wymogu odpowiedniego poziomu moralno-etycznego członka kolegium. Jego zdaniem postawa moralno-etyczna stanowiła na tyle istotą gwarancję niezawisłości osób orzekających w sprawach o wykroczenia, iż wskazane byłoby wprowadzenie przesłanki „nieskazitelnego charakteru” kandydata na członka kolegium⁶¹. Postulat ten spotkał się z krytyką M. Siewierskiego, który z uwagi na ogólnikowe

⁵⁸ *Zanim będzie obowiązującym prawem*, GSiP 1970, nr 20, s. 5.

⁵⁹ J. Lewiński, *Kolegium...*, s. 4.

⁶⁰ *Zanim będzie...*, s. 5.

⁶¹ S. Włodyka, *Ustrój kolegiów...*, s. 269.

brzmienie określił go jako niesłuszny i zarazem nierealny z praktycznego punktu widzenia. Odpowiedni poziom moralno-etyczny członków kolegiów gwarantowały zawarte w projekcie wymogi posiadania przez kandydatów dobrej opinii obywatelskiej oraz rękąmi należytego wykonywania obowiązków członka kolegium⁶².

Zmiany wprowadzone w wyniku dyskusji społecznej

Zgłoszone podczas dyskusji społecznej propozycje zmian były przedmiotem obrad podkomisji sejmowej, która została utworzona na początku maja 1970 r. w celu rozpatrzenia projektu ustawy ustrojowej⁶³. Spośród zaproponowanych przez podkomisję 16 poprawek, największe znaczenie przypisywano obniżeniu dolnej granicy wieku kandydata na członka kolegium z 26 na 24 lata⁶⁴. Decyzję podjęto pod wpływem sugestii ze strony kierownictwa socjalistycznych organizacji młodzieżowych – Zarządu Głównego Związku Młodzieży Socjalistycznej i Zarządu Głównego Związku Młodzieży Wiejskiej. Podmioty te sugerowały ustalanie dolnej granicy wieku na poziomie 21, a nawet 18 lat, co miał umożliwić członkom organizacji młodzieżowych liczny dostęp do pracy w kolegiach. Ponieważ zdaniem podkomisji na uwzględnienie zasługiwały także argumenty wysuwane przez zwolenników utrzymania przewidzianej przez projekt dolnej granicy wieku, stąd zdecydowano się na rozwiązanie kompromisowe⁶⁵. Ustanowienie minimalnego wieku członka kolegium na poziomie 24 lat uzasadniano tym, iż w warunkach ustroju socjalistycznego młodzi ludzie „znacznie szybciej osiągają wiek dojrzałości społecznej”. Wielu z nich pełniło „odpowiedzialne funkcje polityczne, społeczne i gospodarcze”⁶⁶. Podkomisja zgłosiła także kilka poprawek do przepisu projektu określającego przyczyny wygaśnięcia mandatu członka kolegium oraz uzasadniającego odwołanie członka kolegium przez radę narodową⁶⁷.

⁶² M. Siewierski, *Uwagi o modelu...*, s. 291.

⁶³ Podkomisja została utworzona na mocy uchwały podjętej w dniu 7 maja 1970 r. przez połączone Komisje Spraw Wewnętrznych oraz Wymiaru Sprawiedliwości. Równolegle funkcjonowały podkomisje zajmujące się projektem ustawy prawo o wykroczeniach i projektem k.p.s.w. Sejm PRL. Kadencja V. Biuletyn nr 152 Komisji Spraw Wewnętrznych oraz Komisji Wymiaru Sprawiedliwości, s. 1.

⁶⁴ *Po sejmowej korekcie*, ZKA 1971, nr 2, s. 20.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 21.

⁶⁶ *Poselski trójgłos*, ZKA 1971, nr 1, s. 15.

⁶⁷ W miejsce przesłanki orzeczenia prawomocnym wyrokiem sądowym utraty praw publicznych przewidziano wygaśnięcie mandatu członka kolegium w każdym przypadku prawomocnego skazania za członka kolegium za przestępstwo. Podkomisja zaproponowała także bardziej precyzyjne określenie treści paragrafu dotyczącego procedury odwołania członka kolegium przez radę narodową oraz usunięcie występującej w projekcie sprzeczności odnośnie do chwili wygaśnięcia mandatu członka kolegium z mocy prawa. Przyjęta poprawka w sposób niebudzący wątpliwości potwierdziła fakt obligatoryjnego wygaśnięcia mandatu w momencie zaistnienia przewidzianych przez projekt przesłanek. *Po sejmowej korekcie...*, s. 21.

Zgłoszone przez sejmową podkomisję propozycje poprawek zostały w całości uwzględnione w ostatecznej wersji projektu rządowego ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, która wraz z pozostałymi projektami ustaw kodyfikujących prawo wykroczeń Polski Ludowej została uchwalona 20 maja 1971 r.⁶⁸. Referując założenia projektu, poseł sprawozdawca wskazał na zgodność przewidzianych w nim rozwiązań z zasadami ustroju socjalistycznego oraz założeniem „dalszych przeobrażeń społeczno-politycznych i gospodarczych w warunkach pogłębiającej się demokracji socjalistycznej w naszym kraju”⁶⁹.

Wnioski

Poddany pod społeczną dyskusję projekt ustawy ustrojowej utrzymywał w praktycznie niezmienionej formie oparty na u.k.a. model orzecznictwa w sprawach o wykroczenia. Na rzetelną krytykę założeń ustawy ustrojowej potrafili zdobyć się jedynie przedstawiciele środowiska naukowego, którzy w odseparowaniu kolegiów od wpływów terenowego aparatu administracji państwowej upatrywali gwarancji niezawisłości członków kolegiów przy rozstrzyganiu spraw o wykroczenia. Najdalej z nich posunął się E. Iserzon, proponując przekształcenie funkcjonujących przy prezydiach rad narodowych kolegiów w sądy szczególne. Realizacja tej koncepcji skutkowałaby całkowitym uniezależnieniem kolegiów od wpływu czynników lokalnych, podczas gdy pozostali dyskutanci opowiadali się za usytuowaniem kolegiów przy terenowych organach władzy państwowej, jakimi były rady narodowe. Należy także wspomnieć o trosce, jaką przedstawiciele środowiska naukowego przykładali do wprowadzenia rozwiązań gwarantujących zapewnienie społecznego charakteru kolegiów do spraw wykroczeń. Dążąc do ograniczenia nadmiernego udziału czynnika urzędniczego w pracach kolegiów, dostrzegali zarazem konieczność kierowania ich działalnością przez osoby legitymujące się wyższym wykształceniem prawniczym lub administracyjnym. O ile przedstawiciele środowiska naukowego poruszali ważne dla kształtu przyszłej ustawy ustrojowej problemy, o tyle szersze zainteresowanie pozostałych uczestników dyskusji społecznej budziła mało istotna kwestia dolnej granicy wieku uprawniającej do kandydowania na członka kolegiów. Postulaty zmierzające do obniżenia tej granicy zostały częściowo uwzględnione w ustawie o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, w przeciwieństwie do propozycji wysuwanych przez przedstawicieli środowiska naukowego. Naukowcy potrafili zdobyć się na krytyczną ocenę rozwiązań ustrojowych, które pod przykrywką haseł o sprawowaniu

⁶⁸ Wraz z ustawą o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń (Dz. U. nr 12, poz. 118) w dniu 20 maja 1971 r. Sejm PRL uchwalił kodeks wykroczeń (Dz. U. nr 12, poz. 114) oraz ustawę kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. nr 12, poz. 116).

⁶⁹ Sejm PRL. Kadencja V. Sprawozdanie stenograficzne z 14 posiedzenia Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniu 20 maja 1971 r., łam 25-26.

przez kolegia „małego wymiaru sprawiedliwości” prowadziły do faktycznego podporządkowania orzecznictwa w sprawach o wykroczenia resortowi spraw wewnętrznych. Z racji dominującej pozycji tego resortu w strukturze organów państwowych wszelkie postulaty zmian zmierzających do osłabienia zależności kolegiów od aparatu spraw wewnętrznych nie miały racji bytu, na co w sposób pośredni zwrócił uwagę reprezentujący stanowisko twórców projektu M. Siewierski. Po wejściu w życie 1 stycznia 1972 r. kompleksowej kodyfikacji prawa wykroczeń Polski Ludowej przedstawiciele nauki nie unikali formułowania krytycznych uwag pod adresem rozwiązań ustrojowych. Podczas toczącej się w okresie pierwszej Solidarności dyskusji nad kształtem polskiego systemu prawa wykroczeń⁷⁰, domagano się m.in. przeniesienia kolegiów do struktur resortu sprawiedliwości oraz wprowadzenia wymogu ukończenia aplikacji sędziowskiej przez osoby pełniące funkcje przewodniczących składów orzekających⁷¹. Realizacja pierwszego z tych postulatów nastąpiła w wyniku reformy ustrojowej z czerwca 1990 r.⁷², która dokonała głębokich zmian modelowych. Po raz pierwszy w dziejach polskiego prawa wykroczeń organy orzekające w sprawach o wykroczenia straciły ustrojowy i organizacyjno-prawny związek z działalnością administracji państwowej. Kolegia zostały usytuowane przy sądach rejonowych i tym samym znalazły się w strukturach resortu sprawiedliwości⁷³. Nadzór bezpośredni nad działalnością kolegiów do spraw wykroczeń przy sądach rejonowych przejęli prezesi tych sądów, podczas gdy nadzór zwierzchni nad orzecznictwem w sprawach o wykroczenia spoczywał w gestii ministra sprawiedliwości⁷⁴.

Dalszy rozwój systemu orzecznictwa w sprawach o wykroczenia zmierzał w kierunku całkowitego „usądowienia”, gdyż uchwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP przyjęła zasadę wyłącznego sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy⁷⁵. Skutkiem tego była dokonana w 2001 r. likwidacja kolegiów

⁷⁰ Wyszukane w jej trakcie postulaty zostały przedstawione w artykule *Gdy kolegium orzeka areszt*, PiŻ 1981, nr 16, s. 6-8.

⁷¹ *Kolegia ds. wykroczeń w PRL /rozwiązania ustawowe i praktyka. Broszura opracowana i wydana staraniem Komisji Interwencji i Praworządności NSZZ „Solidarność” oraz Małopolskiego Komitetu Walki o Praworządność*, Warszawa – Kraków 1987, s. 10.

⁷² Ustawa z dnia 8 czerwca 1990 r. o zmianie ustaw – Kodeks postępowania karnego, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń i Kodeks pracy (Dz. U. nr 43, poz. 251).

⁷³ Wobec objęcia zakresem kontroli sądowej całokształtu orzecznictwa w sprawach o wykroczenia likwidacji uległy kolegia drugiej instancji oraz posiadające kompetencje do uchylania prawomocnych orzeczeń kolegiów komisje orzecznictwa do spraw wykroczeń przy wojewodach. T. Bojarski, *Ewolucja polskiego prawa wykroczeń*, [w:] *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, red. T. Bojarski, M. Mozgawa, J. Szumski, Lublin 1996, s. 20.

⁷⁴ Resortowi spraw wewnętrznych pozostawiono tylko zwierzchni nadzór nad wykonywanym przez organy administracji orzecznictwem mandatowym. T. Bojarski, W. Radecki, *Wykroczenia*, Wrocław 1997, s. 213.

⁷⁵ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 78, poz. 483) przewidywała likwidację kolegiów w ciągu 4 lat od jej wejścia w życie. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2012, s. 16.

do spraw wykroczeń, które z racji orzekania w trzyosobowych składach niezawodowych *de facto* posiadały status sądów społecznych⁷⁶. Przekazanie spraw o wykroczenia sądom rejonowym okazało się posunięciem niezbyt fortunnym z uwagi na ich przeciążenie rozpatrywaniem poważniejszych spraw o przestępstwa. Z perspektywy czasu należy żałować, iż w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych ustawodawca nie zdecydował się na realizację koncepcji autorstwa E. Iserzona. Koncepcja ta zakładała bowiem przekształcenie kolegiów w pełnoprawne organy o charakterze sądowym. Funkcjonując w charakterze sądów kolegia rozstrzygałyby sprawy o wykroczenia w składzie ławniczym, czyli sędziego zawodowego oraz dwóch przedstawicieli czynnika społecznego.

Bibliografia

Akty prawne

- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz. U. nr 38, poz. 365).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz. U. nr 66, poz. 454).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 1951 r. w sprawie trybu wybierania i odwoływania członków kolegiów przy prezydiach rad narodowych (Dz. U. nr 66, poz. 455).
- Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz. U. nr 33, poz. 232).
- Ustawa z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz. U. nr 77, poz. 396).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 lutego 1959 r. w sprawie trybu i zasad zwalniania przewodniczących i zastępców przewodniczących kolegiów karno-administracyjnych przy prezydiach rad narodowych z obowiązku posiadania ukończonych studiów prawniczych (Dz. U. nr 15, poz. 80).
- Ustawa z dnia 2 grudnia 1960 r. o ławnikach ludowych w sądach powszechnych (Dz. U. nr 54, poz. 309).
- Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz. U. nr 23, poz. 149).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. nr 12, poz. 114).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. nr 12, poz. 116).

⁷⁶ A. Marek, *Proponowany model prawa wykroczeń i orzecznictwa w sprawach o wykroczenia na tle standardów europejskich*, [w:] *Rozwój polskiego...*, s. 28.

Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń (Dz. U. nr 12, poz. 118).

Ustawa z dnia 8 czerwca 1990 r. o zmianie ustaw – Kodeks postępowania karnego, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń i Kodeks pracy (Dz. U. nr 43, poz. 251).

Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 78, poz. 483).

Projekty aktów prawnych

Prawo o orzecznictwie karno-administracyjnym. Projekt, Warszawa 1968.

Prawo o wykroczeniach. Projekt, Warszawa 1970.

Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Projekt, Warszawa 1970.

Ustawa o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń. Projekt, Warszawa 1970.

Archiwalia

Instytut Pamięci Narodowej w Warszawie, Biuro Udostępniania i Archiwizacji Dokumentów, Zespół akt Ministerstwo Spraw Wewnętrznych II, sygn. teczki 16162.

Archiwum Akt Nowych w Warszawie, Zespół Akt Ministerstwo Sprawiedliwości, sygn.. teczki 1963.

Sprawozdania stenograficzne z posiedzeń Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej

Sejm PRL. Kadencja V. Sprawozdanie stenograficzne z 7 posiedzenia Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniu 15 kwietnia 1970 r.

Sejm PRL. Kadencja V. Sprawozdanie stenograficzne z 14 posiedzenia Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniu 20 maja 1971 r.

Monografie

Bojarski T., Radecki W., *Wykroczenia*, Wrocław 1997.

Grzegorzczuk T., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2012.

Jakubowska-Hara J., *Grzywna w polskim prawie wykroczeń*, Warszawa 2004.

Popławski H., *Zarys prawa o wykroczeniach*, Gdańsk 1974.

Ustawa o orzecznictwie karno-administracyjnym. Objaśnienia i teksty, Warszawa 1959.

Publikacje w pracach zbiorowych

- Bojarski T., *Ewolucja polskiego prawa wykroczeń*, [w:] *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, red. T. Bojarski, M. Mozgawa, J. Szumski, Lublin 1996.
- Lewiński J., *Kształtowanie stosowanej przez kolegia do spraw wykroczeń polityki karania przez organy nadzoru*, [w:] *Materiały na Sesję Popularno-Naukową z okazji XXV-lecia kolegiów do spraw wykroczeń (21.IV.1977 Warszawa)*, wydane przez DSA MSW we współpracy z Akademią Spraw Wewnętrznych im. Feliksa Dzierżyńskiego, Warszawa 1977.
- Marek A., *Proponowany model prawa wykroczeń i orzecznictwa w sprawach o wykroczenia na tle standardów europejskich*, [w:] *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, red. T. Bojarski, M. Mozgawa, J. Szumski, Lublin 1996.

Artykuły

- Dąbrowski W. F., Lewiński J., *W sprawie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1967, nr 6.
- Dyskusja o kolegiach i wykroczeniach*, „Perspektywy” 1970, nr 21, s. 22.
- Falkowska W., *Szybko, skutecznie, sprawiedliwie. O projekcie prawa o wykroczeniach*, „Przekrój” 1970, nr 1322.
- Gdy kolegium orzeka areszt*, „Prawo i Życie” 1981, nr 16.
- Iserzon E., *Reforma orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1959, nr 8-9.
- Iserzon E., *Uwagi do projektów materialnego i formalnego prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 8-9.
- Kaczyńska D., *Jeszcze o wykroczeniach. Propozycje prawnicze*, „Życie Warszawy” 1970, nr 294.
- Leoński Z., *Kolegia w systemie organów rady narodowej*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1968, nr 6.
- Leoński Z., *Ustrój kolegiów do spraw wykroczeń*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1970, nr 1.
- Lewiński J., *Kolegia – organ quasi sądowy*, „Prawo i Życie” 1970, nr 15.
- Lewiński J., *Ustrój kolegiów do spraw wykroczeń*, „Służba MO” 1971, nr 2.
- Naukowcy o wykroczeniach*, „Prawo i Życie” 1970, nr 23.
- O czym należy pamiętać przy wyborach do kolegiów, w małych miastach, osiedlach i gromadach?*, „Poradnik dla Kolegiów Orzekających” 1958, nr 3.
- Po sejmowej korekcie*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1971, nr 2.
- Poselski trójgłos*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1971, nr 1.
- Siarkiewicz K., *Kształtowanie się ustroju kolegiów*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1977, nr 4-5.

- Siewierski M., *Ewolucja postępowania w sprawach o wykroczenia*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1978, nr 1.
- Siewierski M., *Uwagi o modelu orzecznictwa w sprawach o wykroczenia*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 8-9.
- Skupiński J., *Model orzecznictwa w sprawach o wykroczenia*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 8-9.
- Śmietanka I., *Z sądu do kolegium*, „Gazeta Sądowa i Penitencyjna” 1970, nr 16.
- Tezy wystąpienia ministra spraw wewnętrznych Kazimierza Świtły*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1970, nr 2.
- Uchwała podjęta przez Sejm*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1970, nr 2.
- Włodyka S., *Ustrój kolegiów do spraw wykroczeń w świetle projektów z 1970 r.*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 8-9.
- W przededniu wielkiej kampanii*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1970, nr 2.
- Zanim będzie obowiązującym prawem*, „Gazeta Sądowa i Penitencyjna” 1970, nr 20.

Inne pozycje

- Sejm PRL. Kadencja V*, Biuletyn nr 152 Komisji Spraw Wewnętrznych oraz Komisji Wymiaru Sprawiedliwości.
- Kolegia ds. wykroczeń w PRL (rozwiązania ustawowe i praktyka)*. Broszura opracowana i wydana staraniem Komisji Interwencji i Praworządności NSZZ „Solidarność” oraz Małopolskiego Komitetu Walki o Praworządność, Warszawa – Kraków 1987.

Paweł Gotowiecki

Wyższa Szkoła Biznesu i Przedsiębiorczości w Ostrowcu Świętokrzyskim
e-mail: gotowiecki@wp.pl
telefon: +48 41 2604041

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.11

***Restitutio ad integrum* – prawno-polityczna doktryna ośrodka legalistycznego polskiej emigracji politycznej na Zachodzie (1945-1990)**

SUMMARY

***Restitutio ad integrum* – legal and political doctrine of the legalistic centre of the Polish political emigration in the West (1945-1990)**

The article raises the subject of legal and political doctrine formed by the presidential (legalistic) centre of the postwar Polish pro-independence emigration in the West. The objective of the text is to define assumptions of the mentioned doctrine as well as to analyze conditionings of this doctrine's reception in circumstances of the system-wide transformation of the Polish People's Republic over the years 1988-1991. The author, in a chronologically problematic order, presents political realities and legal basics of the constitutionalizing of the emigrational "state-in-exile", ideological, legal and political fundamentals of the emigrational doctrine as well as unsuccessful – according to the author – attempts to integrate the assumptions of this doctrine into the process of changes taking place in the country at the breakthrough of the 1980s and 1990s.

Key words: ius postliminii, state-in-exile, Polish emigration.

Słowa kluczowe: ius postliminii, rząd na uchodźstwie, polska emigracja.

Kłęska militarna w wojnie obronnej 1939 r., której następstwem była okupacja całego terytorium państwowego Polski, nie była równoznaczna z kapitulacją. Naczelne władze państwowe, wobec agresji sowieckiej i niemożności dalszego oporu zbrojnego, zdecydowały się na opuszczenie kraju i kontynuowanie wojny u boku zachodnich sojuszników. Przesłanki dla podjęcia tej decyzji miały charakter militarno-polityczny, ale oparte były na dość solidnej podstawie prawnej. Przystosowanie aparatu państwa do funkcjonowania w warunkach wojennych oraz kwestia sukcesji władzy zostały uregulowane w Konstytucji kwietniowej. Jej twórcy, przyznając głowie państwa nadzwyczajne prerogatywy na okres trwania wojny (m.in. przedłużenie okresu urzędowania do trzech miesięcy od zawarcia pokoju, prawo wydawania dekretów z mocą ustawy bez upoważnienia Sejmu i Senatu), niejako antycypowali sytuację prawnopolityczną, która

zaistniała jesienią 1939 r. i umożliwiali funkcjonowanie państwa w sytuacji paraliżu części organów konstytucyjnych¹.

Pomimo nieoczekiwanego internowania rządu, Prezydenta RP oraz Naczelnego Wodza w Rumunii, organy władzy państwowej zostały odtworzone na sojuszniczej ziemi francuskiej. Zachowana została ciągłość władzy państwowej, która nie tylko przydawała prestiżu i znaczenia władzom polskim w obozie koalicji antyhitlerowskiej, ale także wpływała na autorytet tych władz wobec powstającego podziemia politycznego i zbrojnego w kraju.

Przebywanie konstytucyjnych władz państwowych na uchodźstwie nie było ewenementem w świetle prawa międzynarodowego. W okresie I wojny światowej rządy Belgii, Czarnogóry i Serbii, w wyniku niekorzystnego przebiegu działań wojennych, zmuszone były szukać schronienia w sojuszniczych krajach – Francji i Grecji. Rządy te korzystały z immunitetów i przywilejów, będąc uznawanymi *de facto* i *de iure* przez państwa sojusznicze. Podstawą uznania uchodźczych rządów była ich rzeczywistość – posiadanie rudymenarnych ciał przedstawicielskich, prowadzenie działalności ustawodawczej i sądowniczej, zwierzchnictwo nad siłami zbrojnymi – przy przejściowym charakterze okupacji terytoriów państwowych². Ten sam atrybut rzeczywistości posiadały w okresie II wojny światowej władze RP na uchodźstwie.

Międzynarodowy status władz polskich zmienił się w 1945 r. W trakcie konferencji jałtańskiej (4-11 lutego 1945) mocarstwa zachodnie oficjalnie skapitulowały przed żądaniami Stalina, faktycznie godząc się na podporządkowanie Polski sowieckiej strefie wpływów. Prawnym następstwem politycznych ustaleń poczynionych w Jałcie było uznanie podporządkowanych Moskwie władz w Warszawie, poprzedzone wycofaniem uznania przez USA i Wielką Brytanię Rządowi RP w Londynie 5 lipca 1945 r. Do końca 1946 r. tylko pięć państw na świecie – Stolica Apostolska, Hiszpania, Irlandia, Kuba i Liban – nie zrezygnowało z utrzymywania stosunków dyplomatycznych z emigracyjnym rządem polskim w Londynie³.

Pomimo porzucenia sprawy polskiej przez sojuszników znaczna część wychodźstwa wojennego, w tym jego polityczno-wojskowe przywództwo, zdecydowała się pozostać na Zachodzie, tworząc zręby emigracji niepodległościowej. Pomimo utraty podmiotowości na arenie międzynarodowej, polityczne

¹ Dziennik Ustaw RP (dalej: Dz. U.) 1935, nr 30, poz. 227. Zob. też: D. Górecki, *Polskie naczelne władze państwowe na uchodźstwie w latach 1939-1990*, Warszawa 2002, s. 9-10.

² Zob. np. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 8, Warszawa 2008, s. 145-146. Państwo, które jest reprezentowane przez rząd na uchodźstwie, musiało być przed zaistnieniem okupacji niepodległe i suwerenne – jest to warunek uznania w świetle prawa międzynarodowego, zob. S. Talmon, *Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law* [w:] *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, red. G. Goodwin-Gill, S. Talmon, Oxford University Press 1999, s. 500-503.

³ *Historia dyplomacji polskiej*, t. 5: 1939-1945, red. W. Michowicz, Warszawa 1999, s. 629-639; K. Tarka, *Emigracyjna dyplomacja. Polityka zagraniczna rządu RP na uchodźstwie 1945-1990*, Warszawa 2003, s. 13-47; S. Zabięło, *O rząd i granice. Walka dyplomatyczna o sprawę polską w II wojnie światowej*, Warszawa 1965, s. 264-271.

kierownictwo uchodźstwa kontynuowało obowiązującą od 1939 r. formułę państwa polskiego na emigracji. Formuła ta, niezależnie od permanentnych sporów i podziałów w „polskim Londynie”, obowiązywać miała aż do końca trwania politycznej misji polskiego wychodźstwa⁴.

Efektywne funkcjonowanie emigracyjnego ośrodka politycznego, reprezentującego ciągłość władzy państwowej, nie mogło być oparte wyłącznie na negacji geopolitycznych zmian, spowodowanych II wojną światową. Władze na obczyźnie, aspirujące do roli kierowniczego ośrodka niezależnej polityki polskiej, musiały:

- 1) określić status, cele i zadania emigracji niepodległościowej oraz warunki zakończenia jej misji;
- 2) dążyć do legitymizacji idei i struktury „państwa na wychodźstwie”.

Warunki powyższe były silnie ze sobą powiązane i tylko wspólne ich spełnienie dawało „polskiemu Londynowi” mandat do „rządzenia” emigracją, ale przede wszystkim do reprezentowania wobec rządów i społeczeństw Zachodu Polaków i sprawy polskiej⁵.

Analiza oficjalnych enuncjacji oraz nieoficjalnych wypowiedzi emigrantów daje ogólny obraz percepcji rzeczywistości i własnego w niej miejsca wychodźstwa niepodległościowego (a przynajmniej jego polityczno-intelektualnych elit). Debacie nad sensem, celem i statusem emigracji sprzyjały okresy politycznych przełomów – i tych, o znaczeniu międzynarodowym (począwszy od zakończenia wojny i dyskusji o powrocie do kraju, przez Październik '56, skończywszy na roku 1989) i tych wewnątrzemigracyjnych.

Osoby, które z przyczyn politycznych zdecydowały o pozostaniu na Zachodzie, sytuację powojenną i zniewolenie Polski przez ZSRR uważały za stan tymczasowy na drodze do nieuchronnej konfrontacji między blokami wschodnim i zachodnim. Przeświadczenie, że koegzystencja między Sowietami a Anglosasami jest przejściowa, a sprawa polska znów stanie się przedmiotem międzynarodowych rozstrzygnięć, towarzyszyło większości przywódców emigracji przynajmniej do odwilży po śmierci Stalina⁶. Ów „okres przejściowy” – jak go zdefiniował dyplomata i działacz emigracyjny Tytus Filipowicz – wymagał

⁴ Szerzej na ten temat zob. A. Friszke, *Życie polityczne emigracji*, Warszawa 1999, s. 29-31. W przyjętej formule najważniejszym organem władzy, zarówno w znaczeniu politycznym (sprawując przywódczą rolę emigracji, mianując Prezesa Rady Ministrów oraz Wodza Naczelnego), jak i symbolicznym (jako gwarant ciągłości formalnoprawnej państwa), pozostawał Prezydent RP na uchodźstwie. Okres sprawowania urzędu był prekluzyjny – trwał do trzech miesięcy od podpisania traktatu pokojowego, zaś sukcesja następowała przez wyznaczenie przez Prezydenta swego następcy.

⁵ Jednocześnie jednak trudno się nie zgodzić z Idesbaldem Goddersem, że prawnomocność rzadko kiedy była istotnym elementem w odniesieniu politycznych sukcesów przez wygnańców. Belgijski historyk, analizując losy XX-wiecznych emigracji stwierdza, że najistotniejszym czynnikiem w realizacji zamierzeń emigrantów, było międzynarodowe poparcie, przeważnie niezwiązane z prawomocnością ośrodków uchodźczych. Por. I. Godderis, *Prawomocność czy integracja? Studia porównawcze działalności politycznej na uchodźstwie*, „Pamięć i Sprawiedliwość” (PiS), 2010, nr 1(15), s. 182-183.

⁶ Zob. np. Z. Woźniczka, *Trzecia wojna światowa w oczekiwaniach emigracji i podziemia w kraju w latach 1944-1953*, Katowice 1999, s. 63-64 i n.

jednak nie tylko „przetrwania” w oczekiwaniu na wyzwolenie⁷. Emigracja polityczna, w oczach jej ideologów, musiała być „emigracją walki” i czynu. Definiując pozostanie poza krajem jako „akt moralny”, wyższego rzędu, wypływający ze sprzeciwu, „protestu przeciw pogwałceniu wartości duchowych”, przywódcy emigracji widzieli jej aktywną rolę w pracy niepodległościowej⁸. „Utrzymać i utrzymać sprawę polską na powierzchni, na porządku dziennym – to jest pierwszy i ostatni, zamykający wszystko obowiązek emigracji walki” – przekonywał w 1946 r. znany publicysta Tymon Terlecki⁹. Niektórzy ideolodzy emigracyjni gotowi widzieć byli uchodźstwo niepodległościowe jako „naród na wygnaniu, będący nierozzerwalną częścią narodu polskiego w Kraju”¹⁰.

Aktywną działalność poza krajem emigranci uważali za wyraz politycznego realizmu. „Czyli losem emigracji jest wzbić się w abstrakcję, zawisnąć w powietrzu i stracić wszelki kontakt z rzeczywistością? Po trzykroć nie. Łatwo okazać się może, iż prawda emigracji londyńskiej stanie się bardziej realna, niż to wyobrażają sobie tzw. rozsądni ludzie. Bo ona reprezentuje zasadę suwerenności państwowej, ciągłości historycznej rządu, prawa narodu do samostanowienia, zasadę, która mimo wszystko nie da się zatopić wezbranym wodom kłamstwa, barbarzyństwa i przemocy, lecz która pozostanie elementem trwałym i nienaruszonym” – dowodził dyplomata Władysław Günther-Schwarzburg¹¹. Emigracja niepodległościowa – odwołując się do słów Janusza Kryszaka – miała być w oczach jej założycieli „przedsięwzięciem racjonalno-celowym, z własnym, wypływającym z tradycji i doświadczenia historii, usystematyzowanym zbiorem wartości, którego obrona wpisana była w ideologiczny horyzont terażniejszości”¹².

Istotne w powyższej konstrukcji było przeświadczenie przywództwa emigracji, że nie tylko działa ona w myśl polskiej racji stanu, ale jednocześnie realizuje wolę społeczeństwa w kraju. „Kraj w zasadniczych sprawach wolności, całości, niepodległości, myśli na pewno tak samo jak my” – przekonywał w 1949 r. szef emigracyjnego MSZ Mieczysław Sokołowski¹³. W praktyce jednak po 1944 r. trudno jest mówić o realnym wpływie „polskiego Londynu” na podziemie polityczne i zbrojne w kraju, zaś stopniowe wygaszanie oporu zbrojnego (popierane zresztą przez kierownictwo emigracji), decentralizacja oraz rozbięcie krajowej konspiracji minimalizowały wpływ uchodźstwa na społeczeństwo nad

⁷ T. Filipowicz, *Okres przejściowy*, „Wiadomości” (W), (Londyn), 5 maja 1946, nr 5, s. 1.

⁸ T. Terlecki, *Sprawy emigracji*, W (Londyn), 4 maja 1947, nr 18(57), s. 1; idem, *O standard moralny emigracji*, W (Londyn), 22 czerwca 1947, nr 25(64), s. 1.

⁹ Idem, *Emigracja Walki*, W (Londyn), 14 kwietnia 1946, nr 2, s. 2.

¹⁰ Z. Zaremba, *Naród na wygnaniu czy emigracja polityczna?*, W (Londyn), 19 października 1947, nr 42(81), s. 1.

¹¹ W. Günther, *O czystość doktryny*, W (Londyn), 16 czerwca 1946, nr 11, s. 1.

¹² J. Kryszak, *Literatura złej chwili dziejowej: szkice o drugiej emigracji*, Warszawa 1995, s. 28. Szerzej na temat realizmu w myśli politycznej emigracji niepodległościowej zob. M. Kornat, *Problem realizmu w polskiej myśli politycznej na uchodźstwie po II wojnie światowej – pytania i tezy*, „Politeja” (P), 2013, nr 3.

¹³ Diariusz Rady Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej (Londyn), 21-29 czerwca 1949, nr 4-5, s. 61.

Wisłą. Władze emigracyjne, mając tego świadomość, mimo wszystko formułowały opinie mówiące, że naród polski nie wypowiedział posłuszeństwa prawowitej władzy państwowej. W oczach „twardego jądra” emigracji nie zmieniały tego Październik '56 i dojście do władzy Gomułki, czyli wydarzenia przez historyków uważane za częściową legitymizację nowego porządku nad Wisłą¹⁴. Nieliczni z emigrantów politycznych, którzy uwierzyli w liberalizację systemu i zdecydowali się na powrót do kraju (*vide* chyba najbardziej znany przypadek emigracyjnego premiera Stanisława Mackiewicza, który doszedł do wniosku że „Polska jest Polską” i powrócił do kraju w 1956 r.), stawali się, niezależnie od motywów postępowania, odstępcami, potępionymi przez emigracyjną opinię publiczną¹⁵.

Niezależnie bowiem od wewnątrzemigracyjnych rozgrywek, wstrząsów politycznych oraz przemian w PRL, spojrzenie kierowniczych gremiów emigracji na rolę wychodźstwa w procesie odzyskania niepodległości oraz przeświadczenie o doniosłej roli emigracji politycznej, działającej zgodnie z polską racją stanu, towarzyszyło emigracji przez cały czas jej funkcjonowania. Przekonanie o niezmienności celów i zadań, dla jakich wojenne uchodźstwo pozostało na Zachodzie, było istotnym elementem – ideowym podłożem – emigracyjnej doktryny.

Niemniej istotna od wyartykułowania ideowych założeń była kwestia legitymizacji. Emigracyjne „państwo na wychodźstwie” i jego organy, od momentu utraty podmiotowości na arenie międzynarodowej, miały charakter symboliczny i umowny. Uznawanie autorytetu władz emigracyjnych było w zasadzie wyrazem indywidualnych poglądów emigrantów, a także elementem wewnątrzemigracyjnej gry politycznej. Stąd wynikało odchodzenie i powracanie do „legalizmu” całych grup społeczno-politycznych, wypowiedanie posłuszeństwa Prezydentowi RP (*casus* gen. Andersa i „rokoszu” z 1954 r.), tworzenie konkurencyjnych ośrodków władzy.

Z powyższych względów jednym z kluczowych zadań stojących przed kontynuatorami tradycji ciągłości państwowości polskiej była legitymizacja „państwa na wychodźstwie” oraz jego struktury, organizacji i reguł sukcesji „władzy”. Najbardziej precyzyjną wykładnię emigracyjnego porządku prawnego dał w publikacji *Legalizm polski w świetle prawa publicznego* (Londyn 1959) prawnik i polityk Jerzy August Gawenda. Autor przez pojęcie legalizmu rozumiał ciągłość władzy państwowej na obczyźnie zgodnie z przepisami konstytucji (legalizm był w tym rozumieniu pojęciem nie tylko formalnoprawnym, ale także materialno-prawnym)¹⁶. Cofnięcie uznania rządowi w Londynie przez mocarstwa anglosaskie, będąc aktem politycznym, nie zaś prawnym, nie wpływało

¹⁴ Z. Stahl, *Czy zadania emigracji uległy zmianie*, Londyn 1967, s. 51. Por. P. Ziętara, *Emigracja wobec Października. Postawy polskich środowisk emigracyjnych wobec liberalizacji w PRL w latach 1955-1957*, Warszawa 2001, s. 388.

¹⁵ K. Tarka, *Mackiewicz i inni. Wywiad PRL wobec emigrantów*, Łomianki 2007, s. 67-88.

¹⁶ J. A. Gawenda, *Legalizm polski w świetle prawa publicznego*, Londyn 1959, s. 5-6.

na ciągłość władzy¹⁷. Emigracyjny rząd polski wywodził bowiem swie istnienie „nie z uznania innych, lecz z woli swego narodu oraz z praw Rzeczypospolitej”¹⁸.

Gawenda duże znaczenie przywiązywał do ciągłości formalnoprawnej państwa polskiego¹⁹. Jej gwarantem był art. 24 Konstytucji kwietniowej, mówiący o ciągłości państwowej podczas wojny. Dzięki niemu Prezydent RP oraz powołany przez niego rząd zachowywali wyłączne uprawnienia do występowania w imieniu państwa i narodu polskiego²⁰.

Na marginesie należy zauważyć, że ustęp poświęcony ciągłości formalnoprawnej skierowany był przede wszystkim do politycznej konkurencji ośrodka prezydenckiego na uchodźstwie, która albo odrzucała legalizm, albo stosowała własną jego wykładnię²¹. W okresie podziałów emigracji niepodległościowej przeciwnicy polityczni ośrodka prezydenckiego niejednokrotnie krytykowali dogmatyczną – ich zdaniem – wykładnię porządku prawnego. „Legalizm oczywiście nie jest celem naszej walki – pisał w publicystycznej broszurze Klaudiusz Hrabek – Jest instrumentem przy pomocy którego prowadzimy naszą akcję w okolicznościach więcej niż niepomysłnych (...). Jedynym celem, dla którego wyruszyliśmy we wrześniu na wojnę (...) była i jest tylko i wyłącznie niepodległość Polski a obecnie jej wyzwolenie”²².

¹⁷ Ibidem, s. 25. Gawenda powoływał się przy tym na wzmiankowane także we współczesnych publikacjach z zakresu prawa międzynarodowego, przypadki uznania najpierw *de facto*, następnie *de iure* ZSRR przez Wielką Brytanię w latach dwudziestych XX w., czy też uznanie przez ten sam kraj w pierw *de facto*, następnie *de iure* króla Włoch jako cesarza Abisynii. Jednocześnie należy jednak przytoczyć odmienną od zaprezentowanej, wyrastającą z pozytywizmu prawnego, teorię konstytucyjną, według której państwem staje się podmiotem prawa międzynarodowego jedynie w drodze uznania, *ergo* uznanie ma w świetle tej teorii charakter prawny nie zaś polityczny; szerzej na ten temat zob. R. Bierzanek, J. Symonides, op. cit., s. 140-144.

¹⁸ J. A. Gawenda, op. cit., s. 26. Zob. też. E. S. Kruszewski, *Prawno-polityczne podstawy funkcjonowania władz Rzeczypospolitej Polskiej na uchodźstwie w latach 1939-1990*, „Przegląd Polsko-Polonijny” (PP-P) 2011, nr 2, s. 56-57.

¹⁹ Ciągłość formalnoprawna państwa została przerwana przez powojenne władze w Polsce. Nowy porządek ustrojowy został oparty na „bezpośrednim, nieformalnym wyrażeniu woli narodu, w luźnym nawiązaniu do demokratycznych zasad” konstytucji marcowej. Por. B. Łapicki, *Rząd londyński w świetle prawa*, „Państwo i Prawo” (PiP), 1947, nr 5-6, s. 3-10; „Wola narodu” była podstawą wycofania uznania władzom emigracyjnym w Londynie, uznawanym wcześniej przez społeczność międzynarodową za legalny rząd polski. Zob. S. Talmond, op. cit., pp. 513-514; szerzej na ten temat zob. L. Galiński, *Polskie prawo konstytucyjne*, wyd. 15, Warszawa 2011, s. 13; P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, wyd. 1, Warszawa 2003, s. 43-44.

²⁰ (Dz. U 1935, nr 30, poz. 227).

²¹ Własną wykładnię legalizmu stosował tzw. obóz Zjednoczenia. Sprowadzała się ona do konstatacji, że urząd Prezydenta RP wygasł 9 czerwca 1954 r., po niezrealizowaniu przez Augusta Zaleskiego obietnicy ustąpienia z funkcji głowy państwa na uchodźstwie po upływie siedmioletniej kadencji. Polityczne półśrodki, z których korzystało Zjednoczenie (powołanie kolegialnej Rady Trzech, sprawującej „regencję” do czasu powołania nowego prezydenta), nie sprzyjały wzmocnieniu prawnopolitycznych podstaw funkcjonowania obozu Zjednoczenia i w efekcie, po dwóch latach, przewodniczący Egzekutywy Zjednoczenia Narodowego (zjednoczeniowy „premier”) Adam Ciołkosz oficjalnie poddawał pod rozważenie, czy organy Zjednoczenia są tylko naczelnym kierownictwem politycznym i społecznym emigracji, czy też może kontynuatorem władz państwowych na obczyźnie. Por. *Expose Przewodniczącego Egzekutywy Z.N. p. Adama Ciołkosza na posiedzeniu TRJN d. 22 marca 1956*, „Egzekutywa Zjednoczenia Narodowego. Dział informacji”, 27 marca 1956, nr 9/56, s. 12.

²² K. Hrabek, *List legalisty do Anonima. Na ręce prof. Adama Pragiera*, Nowy Jork 1956, s. 8.

Jerzy A. Gawenda, definiując status prawny emigracji politycznej, szeroko odnosił się do statusu prawnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Trzy lata po dojściu Gomułki do władzy emigracyjny polityk uważał, że w Polsce ma miejsce okupacja pośrednia (przy czym w przypadku Ziem Wschodnich zachodziła okupacja bezpośrednia), wyrażająca się w postaci zarządu okupacyjnego, tj. rządzących komunistów oraz sowietyzacji Polski. W tym znaczeniu Polska Ludowa była, zdaniem emigracyjnego legalisty, państwem jedynie w znaczeniu politycznym, nie zaś prawnym²³.

Warto zwrócić uwagę, że opinie Gawendy odnoszące się do statusu PRL były na emigracji szeroko komentowane. Generalnie tezę o Polsce, jako kraju zniewolonym, podzielali także inni prawnicy działający w strukturach emigracji niepodległościowej – np. prof. Tytus Komarnicki, który określał powojenną Polskę jako kraj nominalnie niepodległy, a w rzeczywistości stanowiący sowiecki protektorat (zaś Ziemie Wschodnie za część Polski anektowaną przez ZSRR)²⁴. Burzliwy spór wywołała natomiast definicja okupacji pośredniej PRL. W 1970 r. w prasie emigracyjnej podjęto dyskusję na ten temat. Krystyna Marek, profesor prawa międzynarodowego, w obszernym artykule w londyńskich „Wiadomościach” odrzuciła tezę o okupacji pośredniej, dowodząc że jest ona z punktu widzenia prawa infantylna. Polska, zdaniem emigracyjnej działaczki, była państwem pozbawionym niepodległości, ale nie okupowanym. Ze stanowiskiem prof. Marek polemizował prof. Zdzisław Stahl, uważając że w świetle doktryny Breżniewa teza o okupacji jest w zupełności uprawniona, a także prof. Adam Pragier, dzieląc o 11 lat wcześniejsze stanowisko Jerzego A. Gawendy²⁵.

Warto zwrócić uwagę, że emigracyjni legaliści widzieli istotny związek między zachowaniem ciągłości formalnoprawnej państwa polskiego (i podtrzymaniu sprzeciwu władz emigracyjnych wobec jałtańskiego dyktatu mocarstw) a przyszłą rewindykacją utraconych Ziem Wschodnich²⁶. Odzyskanie niepodległości w granicach wyznaczonych na wschodzie linią traktatu ryskiego było wielokrotnie artykułowanym zasadniczym celem władz polskich na uchodźstwie²⁷. Z kolei wśród różnych emigracyjnych linii podziału jedną z najistotniejszych była ta dzieląca emigrantów na purystów, przekonanych o nienaruszalności

²³ J. A. Gawenda, op. cit., s. 51-66. Należy podkreślić, że PRL była państwem niesuwerennym, którego zdolność do utrzymywania stosunków międzypaństwowych i prowadzenia polityki zagranicznej była ograniczona na rzecz ZSRR. Jednocześnie jednak PRL pomimo ograniczenia zdolności prawnych nie była państwem pozbawionym podmiotowości prawnomiędzynarodowej, nie można więc jej uznać, w świetle prawa międzynarodowego, za państwo okupowane.

²⁴ T. Komarnicki, *Jałtański rozbiór Polski w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” (SM), (Londyn) 1948, nr 4, s. 12.

²⁵ K. Marek, *Uwagi o niepodległości i okupacji*, W (Londyn), 21 czerwca 1970, nr 25(1264), s. 1-2; Z. Stahl, *Jeszcze o okupacji czyli od Jałty do doktryny Breżniewa*, W (Londyn), 19 lipca 1970, nr 29(1268), s. 3; A. Pragier, *Czas terazniejszy*, Londyn 1975, s. 170-178.

²⁶ *Przemówienie Prezydenta Rzeczypospolitej Augusta Zaleskiego*, Polska Agencja Telegraficzna, 6 stycznia 1952, Instytut Polski i Muzeum im. gen. Sikorskiego, A.5, 133, k. 3.

²⁷ *Zasadnicze tezy polityki zagranicznej i rządu RP*, 18 kwietnia 1959 [w:] *Wybór dokumentów do dziejów polskiego uchodźstwa niepodległościowego*, red. A. Suchcitz, L. Maik, W. Rojek, Londyn 1997, s. 434.

granicy ryskiej oraz tych, którzy na kwestię rozgraniczenia patrzyli mniej doktrynalnie bądź też wprost godzili się na powojenny kształt Polski²⁸.

Twórca wykładni emigracyjnego legalizmu odniósł się także do problemu restytucji legalnej władzy państwowej. Jego zdaniem, władze na uchodźstwie zachowują swą prawomocność do momentu, kiedy na terenie uwolnionego kraju, w sposób konstytucyjny, zostanie ustanowiona nowa władza. Gawenda przewidywał jednak sytuację, w której po odzyskaniu suwerenności, konstytuanta uchwaliłaby nową ustawę zasadniczą. W takiej sytuacji, zdaniem Gawendy, władzom na obczyźnie pozostałoby formalnie przekazać symbole władzy przywództwu wybranemu w kraju²⁹.

Powyżej przedstawione założenia legalistycznego nurtu emigracji niepodległościowej pozwalają mówić o uporządkowanym zbiorze poglądów na powojenną rzeczywistość geopolityczną oraz o miejscu, jakie w tej rzeczywistości zajmowało polskie „państwo na wychodźstwie”. Fundamentalne założenia emigracyjnej doktryny można streścić w pięciu punktach:

1. Polska jest krajem niesuwerennym, znajdującym się pod kontrolą sowiecką, a połowa jej terytorium została bezprawnie zaanektowana przez ZSRR.
2. Prezydent RP i Rząd RP na uchodźstwie pozostają jedynymi legalnymi i konstytucyjnymi władzami państwowymi.
3. Prezydent RP i Rząd RP sprawują kierownictwo polityczne nad emigracją niepodległościową, której celem jest walka o niepodległość, suwerenność oraz integralność terytorialną Polski (w granicach wyznaczonych traktatem ryskim na wschodzie oraz Odrą i Nysą Łużycką na zachodzie).
4. Ciągłość prawna państwa polskiego, wyrażająca się w pojęciu legalizmu, stanowi podstawę przyszłego przekreślenia postanowień jałtańskich względem Polski, unieważnienia niezgodnych z polską racją stanu decyzji komunistycznych władz w Warszawie oraz rewindykacji utraconych terytoriów.
5. Prezydent RP i Rząd RP, po powrocie do kraju, prześlą władzę wybranemu w wolnych wyborach Sejmowi, który określi przyszłe formy ustrojowe Polski.

Ścisłe powiązanie politycznych celów, jakie wyznaczyła sobie emigracja niepodległościowa z kultywowaniem idei ciągłości państwowości polskiej oraz przekonaniem o szczególnej roli, jaką w akcji niepodległościowej odgrywa emigracyjny legalizm, pozwalają – zdaniem autora niniejszego szkicu – mówić o prawno-politycznej doktrynie, którą na potrzeby niniejszego artykułu określiłbym mianem *restitutio ad integrum*.

Skąd owa nazwa i jakie jest jej znaczenie?

²⁸ T. Piszczkowski, *Granice wschodnie, „Lwów i Wilno”* (LiW), (Londyn), 24 sierpnia 1947, nr 37; S. Maciewicz, *Zamiatanie śladów*, LiW (Londyn), 29 czerwca 1949, nr 30.

²⁹ J.A. Gawenda, op. cit., s. 27-33.

Restitutio ad integrum jest terminem medycznym określającym całkowity powrót do zdrowia po przebytej chorobie. Określenie to, w kontekście politycznym, pojawiało się w enuncjacjach przedstawicieli emigracyjnych i symbolizowało postulat zachowania ciągłości pomiędzy II RP a przyszłą III RP. Depozytariuszem wartości II RP oraz pomostem, zapewniającym ciągłość państwa polskiego w realiach sowieckiej okupacji, miała być powojenna emigracja niepodległościowa.

Restitutio ad integrum nie jest pojęciem występującym w prawie międzynarodowym. Można je natomiast odnieść do prawnej konstrukcji *ius postliminii*. Instytucja *postliminium* wywodzi się z prawa rzymskiego i pierwotnie znajdowała zastosowanie w przypadku obywatela rzymskiego, który dostawszy się do niewoli, tracił wszystkie prawa osobiste i majątkowe, a następnie – uwolniony – mógł je odzyskać. O zastosowaniu *ius postliminii* w prawie międzynarodowym (którego prawo rzymskie jest fundamentem) pisano na gruncie naukowym już w XVI w. W Polsce o instytucji *postliminium* pisał m.in. Ludwik Ehrlich, który definiował *ius postliminii* jako „powrót w pewnych granicach, 1) stosunków prawnych między podmiotami prawa narodów, odnośnie do jakiegoś terytorium, względnie 2) stosunków prawa wewnętrznego panującego na tym terytorium, jeżeli terytorium to pozostawało przez jakiś czas, wskutek przemocy, pod władzą państwa wykonującego tą przemoc, ale następnie władzę nad nim znowu wykonuje państwo, którego suwerenności przed nastaniem tej przemocy terytorium to podlegało”³⁰.

Podtrzymywanie doktryny *restitutio ad integrum* nie było w warunkach emigracyjnych oczywistością (odrzucały ją te ośrodki polityczne, które nie były związane z legalizmem, traktując jako nierealną, ale nawet wśród legalistów nie brakowało opinii o symbolicznym wymiarze polskiej państwowości na uchodźstwie). Zwłaszcza, że wśród rodzącej się w drugiej połowie lat siedemdziesiątych opozycji demokratycznej w kraju brakowało dla doktryny tej poważnego wsparcia. O ile do legalizmu w wymiarze symbolicznym odwoływały się w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych rozpoznawalne ugrupowania nurtu „niepodległościowego”, jak Konfederacja Polski Niepodległej czy Polska Partia Niepodległościowa, o tyle restytucję *sensu stricto* (z najbardziej problematyczną kwestią przywrócenia granicy ryskiej) popierały niewielkie grupki antysystemowej opozycji, w rodzaju Grupy Politycznej „Samostanowienie” czy Ugrupowania Niepodległościowego „Zamek”³¹. Było to poparcie zapewne ważne dla kontynuatorów idei ciągłości państwowej na wychodźstwie, ale zdecydowanie zbyt mało znaczące, aby można było mówić o rzeczywistych szansach realizacji tej koncepcji. Rzeczywistość miała w tym względzie brutalnie zweryfikować nadzieje londyńskich legalistów.

³⁰ L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Kraków 1947, s. 132.

³¹ Zob. J. Kamocki, *Niepodległościowcy z okresu „Solidarności” i ich stosunek do Rządu RP na uchodźstwie*, „Sowiniec” (S) 2009, nr 34-35, s. 103-106.

Pomimo tego, że od końca 1988 r. wydarzenia polityczne w Polsce nabrały przyspieszenia, a wychodźstwo mogło wreszcie ujrzeć horyzont swej tułaczey wędrowni, emigracja polityczna była przywiązana do własnych wizji procesu odzyskiwania niepodległości, kończącego się przekazaniem władzy wybranemu w wolnych wyborach parlamentowi. Było to minimum zawarte i w opracowaniu Gawendy, i w wypowiedziach oraz komunikatach oficjalnych czynników emigracyjnej sceny politycznej.

Swoje stanowisko, oczekiwania i prognozy rozwoju sytuacji emigracja niepodległościowa zaprezentowała na Trzecim Światowym Zjeździe Wolnych Polaków, mającym miejsce w Londynie, w dniach 15-16 września 1989 r. Premier Edward Szczepanik, wypowiadając się na temat zakończenia misji emigracyjnych władz, podkreślił, że *conditio sine qua non* są w tym przypadku wolne wybory parlamentarne w Polsce. Zdaniem Szczepanika mogłyby się one odbyć w sytuacji, kiedy ZSRR zrezygnuje ze stosowania doktryny Breżniewa, do wyborów zostaną dopuszczone wszystkie siły polityczne w Polsce (co ciekawe, Szczepanik ocenił długość procesu wychodzenia z podziemia małych, wciąż niejawnych grup konspiracyjnych, aż na kilka lat), a także zostanie podjęta reforma gospodarcza. Szczepanik wyraził ponadto nadzieję, że minister spraw zagranicznych w rządzie Mazowieckiego prof. Krzysztof Skubiszewski zajmie się usunięciem skutków paktu Ribbentrop-Mołotow i układu jałtańskiego oraz przywróceniem układu ryskiego z 1921 r. gwarantującego ówczesną wschodnią granicę Polski³². Skubiszewski oczywiście nie zamierzał podnosić kwestii granicy wschodniej, a w 1990 r. stwierdził *explicite*, że Polska nie wysuwa roszczeń terytorialnych wobec żadnego z sąsiadów³³.

Wolne wybory parlamentarne, jako warunek zakończenia emigracyjnej misji, zostały także zawarte w rezolucji Rady Narodowej RP z 2 grudnia 1989 r. Wyrażono w niej też oczekiwanie, że wybrane w wolnych wyborach Sejm i Senat będą miały charakter konstytuancy³⁴.

W marcu 1990 r. premier Edward Szczepanik nakreślił dwa scenariusze zakończenia misji emigracyjnych władz. Pierwszy z nich, maksymalistyczny, zakładał przywrócenie Konstytucji 1935 r. i wolne wybory przeprowadzone na podstawie tej ustawy zasadniczej. Sam Szczepanik zastrzegł jednak, że rozwiązanie to jest mniej prawdopodobne. Drugim proponowanym scenariuszem było przeprowadzenie wolnych wyborów do Sejmu i Senatu opartych na obowiązujących w kraju przepisach prawa, uchwalenie przez obie izby parlamentu

³² E. Szczepanik, *Władze RP na uchodźstwie i kraj*, [w:] *Pomoc krajowi przez niepodległościowe uchodźstwo 1945-1990*, red. R. Lewicki, Londyn 1995, s. 8-10. Było to stwierdzenie dużo bardziej łagodne, niż choćby niektóre wystąpienia na forum Rady Narodowej, bezwzględnie domagające się przywrócenia granicy z 1921 r., por. R. Habielski, *Życie społeczne emigracji*, Warszawa 1999, s. 475-476.

³³ K. Tarka, *Emigracyjna dyplomacja...*, s. 265.

³⁴ Dz. U. 1989, nr 6.

nowej konstytucji, wybór prezydenta, a następnie przekazanie mu urzędu przez emigracyjną głowę państwa³⁵.

Wychodźstwo, podtrzymując swoje stanowisko polityczne, nie mogło jednak lekceważyć zmian w kraju. Zwłaszcza, że po Okrągłym Stole, wyborach czerwcowych i powołaniu rządu Mazowieckiego sytuacja polityczna nad Wisłą zmieniała się w dynamicznym i zupełnie dla „polskiego Londynu” nieoczekiwanym tempie. Jakkolwiek na przełomie lat 1989 i 1990 wciąż żywe było wśród kierownictwa polskiej emigracji przywiązanie do scenariusza *restitutio ad integrum*, rozwiązanie takie było w ówczesnych realiach politycznych utopijne. Przyznawał to zresztą minister w emigracyjnych rządach Jerzy Jan Zaleski, określający postulat *restitutio ad integrum* – którego sam był zwolennikiem – jako „nabożne życzenie pogrobowców II RP”³⁶.

Latem 1990 r. okazało się, że pielęgnowany scenariusz zakończenia misji władz emigracyjnych rozminął się z rzeczywistością. W wyniku nacisków środowisk prawicowych gen. Jaruzelski podjął decyzję o skróceniu kadencji. Odwrócił się tym samym porządek wyboru władz państwa – zamiast wyborów parlamentarnych, po których miała nastąpić zmiana konstytucji, pierwsze miały się odbyć wolne wybory prezydenckie. Co istotne, wybory Prezydenta RP po raz pierwszy w historii miały być wyborami powszechnymi. Dla emigracyjnych legalistów miało to o tyle istotne znaczenie, o ile Prezydenta RP nie wybierało Zgromadzenie Narodowe – parlamentarzyści przed rokiem ślubujący wierność Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej.

Władzom emigracyjnym przyszło podjąć historyczną decyzję o przekazaniu urzędu Prezydenta RP na uchodźstwie w ręce nowo wybranego w wolnych, demokratycznych wyborach Prezydenta RP w kraju, bez czekania na wybory parlamentarne. Stawką tego było, jak słusznie zauważył Prezydent Ryszard Kaczorowski, to, czy nowo wybrana głowa państwa w kraju przejmie urząd od spadkobiercy tradycji przedwojennej Polski czy od komunistycznego dygnitarza, twórcy stanu wojennego. Pomimo zastrzeżeń niektórych emigracyjnych polityków, ubolewających, że władzom polskim na uchodźstwie przychodzi kończyć misję w sytuacji, gdy wciąż nie odbyły się wolne wybory parlamentarne, przeważał ten pierwszy pogląd. 12 października Prezydent Kaczorowski wyraził gotowość przekazania urzędu prezydentowi wybranemu w powszechnych wyborach w kraju³⁷.

W drugiej turze wyborów, 9 grudnia 1990 r., Polacy wybrali prezydentem przywódcę „Solidarności” Lecha Wałęsę. Po uprzednim ustaleniu warunków przekazania insygniów, Prezydent Kaczorowski przyleciał 22 grudnia 1990 r. do Warszawy rządowym samolotem, witany z honorami należnymi głowie

³⁵ Przekazanie insygniów prezydenckich do kraju [w:] *Zakończenie działalności władz RP na uchodźstwie 1990*, red. Z. Błażyński, R. Zakrzewski, Londyn 2000, s. 37-39.

³⁶ J. J. Zaleski, *W piątą rocznicę* [w:] *Materiały do dziejów uchodźstwa niepodległościowego 1939-1990. Uzupełnienia do tomów I, II, V, VI*, red. Z. Błażyński, Londyn 1996, s. 195.

³⁷ R. Turkowski, *Parlamentaryzm polski na uchodźstwie 1973-1991*, Warszawa 2002, s. 91-93.

państwa. Tego samego dnia na Zamku Królewskim w Warszawie odbyła się uroczystość przekazania insygniów prezydenckich Lechowi Wałęsie³⁸.

Pewną rolę w procesie zakończenia działalności emigracji odegrali przywódcy opozycji niepodległościowej. Liderzy tego środowiska, Romuald Szeremietiew oraz Janusz Kamocki, na etapie negocjacji w sprawie przekazania insygniów władzy udali się do Londynu w celu opóźnienia tego kroku. Dowodzili oni, że proces przemian w Polsce jest na zbyt wczesnym etapie aby decydować się na zakończenie działalności władz emigracyjnych. Krajowi politycy wskazywali, że przywódcy emigracji powinni zażądać opublikowania w Dzienniku Ustaw tekstu Konstytucji kwietniowej, uznania przez parlament ciągłości prawnej II RP oraz uznania obywateli polskich i ich potomków zamieszkałych na obszarze ZSRR za obywateli polskich. Dość dwuznacznie brzmi postulat niepodległościowców mówiący, że prezydent-elekt powinien być zadeklarować, iż uznaje za „jedynie ważną” konstytucję kwietniową, a wyłącznie „względy praktyczne” każą mu składać przysięgę na obowiązującą ustawę zasadniczą. Postulaty krajowej opozycji zostały przez „polski Londyn” odrzucone³⁹.

W wymiarze politycznym decyzję Prezydenta Kaczorowskiego i jego otoczenia należy uznać za słuszną. Uznanie, że oficjalne przekazanie insygniów Wałęsie jest *maximum* tego, co emigracja może zrobić, aby uchronić symbolikę legalizmu, było wyrazem realizmu politycznego. Prezydent i rząd na wychodźstwie musieli sobie zdawać sprawę, że władze krajowe emigracyjną legitymizacją nie wzgardzą, ale też nie będą o nią za wszelką cenę zabiegać. Wobec nieodwracalnej realizacji scenariusza „miękkiego przejścia” z epoki komunizmu do demokracji, nie można było zwlekać z przekazaniem insygniów – kolejne miesiące, czy – w domyśle – lata trwania „państwa na wychodźstwie” byłoby nie tylko coraz mniej zrozumiałe dla społeczeństwa w kraju, ale i szkodliwe dla dorobku emigracji niepodległościowej.

Pozostaje wymiar prawny. Karol Karski, w interesującym tekście na temat współczesnych państw bałtyckich jako prawnomiędzynarodowych kontynuatorów przedwojennej Litwy, Łotwy i Estonii, wskazuje na efektywne zastosowanie *ius postliminii* w prawie międzynarodowym. Czy jednak w przypadku Polski możemy mówić o analogii do krajów, które odzyskały niepodległość w wyniku rozpadu ZSRR?

Janusz Sondel przekonuje, że *ius postliminii* stało się podstawą kontynuowania państwowości Polski międzywojennej przez III Rzeczpospolitą. Wybitny specjalista w zakresie prawa rzymskiego uważa, że spełnione zostały trzy przesłanki, sformułowane przez doktrynę prawa międzynarodowego: 1) Polska powojenna była krajem „zniewolonym”, a „władza ludowa” nie zyskała legitymacji przez cały okres istnienia PRL, 2) podstawą władzy w PRL był „stałe

³⁸ D. Górecki, op. cit., s. 250-254.

³⁹ J. Kamocki, *Likwidacja władz na uchodźstwie w ocenie organizacji niepodległościowych w kraju* [w:] *Materiały...*, s. 207-210.

stosowany przymus wobec narodu”, 3) przez przekazanie insygniów prezydenckich Lechowi Wałęsie doszło do odbudowy państwa na takich samych podstawach, na jakich istniało poprzednio⁴⁰.

Powyższa teza skłania do refleksji. Nie negując, iż komuniści objęli (zdobyli) władzę z pogwałceniem prawa, polemizowałbym z kategorycznym stwierdzeniem, że przez cały okres istnienia PRL nie uzyskała ona legitymizacji. Nie była to oczywiście legitymizacja za pomocą wyborów, właściwa dla systemów demokratycznych, lecz legitymacja opierająca się na przekonaniach i zachowaniach społeczeństwa. Za symboliczny z tego punktu widzenia moment można uznać – o czym pisałem powyżej – dojście Gomułki do władzy w 1956 r.

Ważniejszy wydaje się jednak niepodważalny fakt, że III RP nie zerwała ciągłości prawnej z PRL. Co więcej, w momencie przekazania insygniów przez Prezydenta Kaczorowskiego, w Polsce wciąż obowiązywała stalinowska konstytucja z 1952 r., choć oczywiście jej treść w 1990 r. niewiele przypominała oryginalne brzmienie⁴¹. Wolne wybory, nie mówiąc już o zwołaniu konstytuanty, były kwestią wciąż odległej przyszłości. Dlatego w niczym nie deprecjonując znaczenia uroczystości przekazania insygniów na Zamku Królewskim w Warszawie oraz symbolicznego zachowania ciągłości między II a III RP, nie ryzykowałbym przenoszenia tych wydarzeń z płaszczyzny symboliczno-politycznej na prawną.

Doktryna, którą określiłem mianem *restitutio ad integrum*, zderzyła się z realiami politycznymi, których emigracja w zasadzie nie mogła przewidzieć. Scenariusz „reglamentowanej rewolucji”, który partia komunistyczna przy udziale opozycyjnego *mainstreamu* (a następnie ów *mainstream*, przy udziale tego, co z partii pozostało) realizowała w latach 1988-1991, oparty był na zupełnie innych założeniach niż te, które były motywem działań emigracji niepodległościowej. Emigracyjne władze i reprezentowany przez nie legalizm nie stanowiły ani atrakcyjnego partnera, ani pożądanej wartości dla autorów i realizatorów scenariusza przemian ustrojowych. Zresztą nawet niepodległościowa opozycja z legalizmu adaptowała tylko te elementy, które pasowały do jej programu politycznego.

Jak się wydaje, prawnopolityczna doktryna legalistycznej emigracji nie miałyby szans realizacji nawet w przypadku rewolucji społeczno-politycznej w PRL. Ani bowiem krajowa opozycja, ani społeczeństwo nad Wisłą nie widziały potrzeby odwoływania się do legalizmu II RP, kultywowanego na emigracji. Także geopolityczne realia przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych nie sprzyjały podkreślaniu prawnej ciągłości z przedwojenną Polską. Doktryna *restitutio ad integrum* była w 1989 r., ale i trzydzieści lat wcześniej anachronizmem.

⁴⁰ J. Sondel, *Ius postliminii jako podstawa uznania ciągłości I i II oraz II i III Rzeczypospolitej* [w:] *Na szlakach niepodległej. Polska myśl polityczna i prawna w latach 1918-1939*, red. M. Marszałek, M. Sadowski, Wrocław 2009, s. 29-30.

⁴¹ P. Winczorek, op. cit., s. 49, A. Łopatka, *O ciągłości państwa i prawa polskiego*, „Myśl Socjaldemokratyczna” (MS) 1999, nr 1(29), s. 38.

Trudno jednak za to winić tych, którzy na obczyźnie próbowali kształtować niezależną politykę polską, w realiach więcej niż niesprzyjających.

Tym niemniej myśl prawo-polityczna polskiej emigracji niepodległościowej powinna być przedmiotem studiów historyków, politologów oraz historyków prawa. Stanowi ona, przy wszystkich wadach i zaletach, kontynuację myśli prawno-politycznej międzywojnia oraz dorobek intelektualny doby emigracji. Trudno dziś mówić o syntezie dziejów polskiego wychodźstwa niepodległościowego bez dogłębnej analizy jego prawnych, politycznych i ideowych fundamentów.

Bibliografia

Źródła

Instytut Polski i Muzeum im. gen. Sikorskiego, (A.5, 133).

Diariusz Rady Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej (Londyn), 21-29 czerwca 1949, nr 4-5.

„Egzekutywa Zjednoczenia Narodowego. Dział informacji”, 27 marca 1956, nr 9/56. Dziennik Ustaw RP.

Literatura

Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 8, Warszawa 2008.

Ehrlich L., *Prawo narodów*, Kraków 1947.

Friszke A., *Życie polityczne emigracji*, Warszawa 1999.

Garlicki Ł., *Polskie prawo konstytucyjne*, wyd. 15, Warszawa 2011.

Gawenda J. A., *Legalizm polski w świetle prawa publicznego*, Londyn 1959.

Godderis I., *Prawomocność czy integracja? Studia porównawcze działalności politycznej na uchodźstwie*, „Pamięć i Sprawiedliwość” 2010, nr 1(15).

Habielski R., *Życie społeczne emigracji*, Warszawa 1999.

Historia dyplomacji polskiej, t. 5: 1939-1945, red. W. Michowicz, Warszawa 1999.

Kamocki J., *Likwidacja władz na uchodźstwie w ocenie organizacji niepodległościowych w kraju* [w:] *Materiały do dziejów uchodźstwa niepodległościowego 1939-1990. Uzupełnienia do tomów I, II, V, VI*, red. Z. Błażyński, Londyn 1996.

Kamocki J., *Niepodległościowcy z okresu „Solidarności” i ich stosunek do Rządu RP na uchodźstwie*, „Sowiniec” 2009, nr 34-35.

Komarnicki T., *Jaltański rozbiór Polski w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” (Londyn), 1948, nr 4.

Kornat M., *Problem realizmu w polskiej myśli politycznej na uchodźstwie po II wojnie światowej – pytania i tezy*, „Politeja” 2013, nr 3.

- Kruszewski E.S., *Prawno-polityczne podstawy funkcjonowania władz Rzeczypospolitej Polskiej na uchodźstwie w latach 1939-1990*, „Przegląd Polsko-Polonijny” 2011, nr 2.
- Kryszak J., *Literatura złej chwili dziejowej: szkice o drugiej migracji*, Warszawa 1995.
- Sondel J., *Ius postliminii jako podstawa uznania ciągłości I i II oraz II i III Rzeczypospolitej*, [w:] *Na szlakach niepodległej. Polska myśl polityczna i prawna w latach 1918-1939*, red. M. Marszałek, M. Sadowski, Wrocław 2009.
- Szczepanik E., *Władze RP na uchodźstwie i kraj*, [w:] *Pomoc krajowi przez niepodległościowe uchodźstwo 1945-1990*, red. Roman Lewicki, Londyn 1995.
- Talmon S., *Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law*, [w:] *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, red. G. Goodwin-Gill, S. Talmon, Oxford University Press 1999.
- Tarka K., *Emigracyjna dyplomacja. Polityka zagraniczna rządu RP na uchodźstwie 1945-1990*, Warszawa 2003.
- Tarka K., *Mackiewicz i inni. Wywiad PRL wobec emigrantów*, Łomianki 2007.
- Turkowski R., *Parlamentaryzm polski na uchodźstwie 1973-1991*, Warszawa 2002.
- Winczorek P., *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, wyd. 1, Warszawa 2003.
- Woźniczka Z., *Trzecia wojna światowa w oczekiwaniach emigracji i podziemia w kraju w latach 1944-1953*, Katowice 1999.
- Wybór dokumentów do dziejów polskiego uchodźstwa niepodległościowego*, red. A. Suchcitz, L. Maik, W. Rojek, Londyn 1997.
- Zabiełło S., *O rząd i granice. Walka dyplomatyczna o sprawę polską w II wojnie światowej*, Warszawa 1965.
- Zakończenie działalności władz RP na uchodźstwie 1990*, red. Z. Błażyński, R. Zakrzewski, Londyn 2000.
- Zaleski J. J., *W piątą rocznicę* [w:] *Materiały do dziejów uchodźstwa niepodległościowego 1939-1990. Uzupełnienia do tomów I, II, V, VI*, red. Z. Błażyński, Londyn 1996.
- Ziętara P., *Emigracja wobec Października. Postawy polskich środowisk emigracyjnych wobec liberalizacji w PRL w latach 1955-1957*, Warszawa 2001.

Artykuły prasowe, publicystyka

- Filipowicz T., *Okres Przejściowy*, „Wiadomości” (Londyn), 5 maja 1946, nr 5.
- Hrabyk K., *List legalisty do Anonima. Na ręce prof. Adama Pragiera*, Nowy Jork 1956.
- Günther W., *O czystość doktryny*, „Wiadomości” (Londyn), 16 czerwca 1946, nr 11.
- Łapicki B., *Rząd londyński w świetle prawa*, „Państwo i Prawo” 1947, nr 5-6.
- Łopatka A., *O ciągłości państwa i prawa polskiego*, „Myśl Socjaldemokratyczna” 1999, nr 1(29).
- Mackiewicz S., *Zamiatanie śladów*, „Lwów i Wilno” (Londyn), 29 czerwca 1949, nr 30.

- Marek K., *Uwagi o niepodległości i okupacji*, „Wiadomości” (Londyn), 21 czerwca 1970, nr 25(1264).
- Piszczkowski T., *Granice wschodnie*, „Lwów i Wilno” (Londyn), 24 sierpnia 1947, nr 37.
- Pragier A., *Czas terazniejszy*, Londyn 1975.
- Stahl Z., *Czy zadania emigracji uległy zmianie*, Londyn 1967.
- Stahl Z., *Jeszcze o okupacji czyli od Jałty do doktryny Breżniewa*, „Wiadomości” (Londyn), 19 lipca 1970, nr 29(1268).
- Terlecki T., *Emigracja Walki*, „Wiadomości” (Londyn), 14 kwietnia 1946, nr 2.
- Terlecki T., *O standard moralny emigracji*, „Wiadomości” (Londyn), 22 czerwca 1947, nr 25(64).
- Terlecki T., *Sprawy emigracji*, „Wiadomości” (Londyn), 4 maja 1947, nr 18(57).
- Zaremba Z., *Naród na wygnaniu czy emigracja polityczna?*, „Wiadomości” (Londyn), 19 października 1947, nr 42(81).

Filip Cyuńczyk

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: filip.cyunczyk@gmail.com
telefon: +48 85 7457153

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.12

Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Odwołania do przeszłości w preambułach do konstytucji Łotwy i Węgier na tle innych państw postkomunistycznych

SUMMARY

Law, history and collective memory. References to the past in the preambles to the Constitution of Latvia and Hungary in comparison with other post-communist countries

The main task of the text is a comparative presentation of the legal methods for the petrification of the historical narrations after the collapse of communism in central and eastern Europe. The purpose is mainly to show how M. Halbwachs concepts of collective memories creation are in use in the preambles to Latvia and Hungarian constitutions. These two acts are presented in comparison to constitutional acts from some other post-communist states from the region such as Poland, the Czech Republic, Slovakia and Lithuania. Another important problem is related to the question of why in fact states are deciding to use such a tool inside their constitutions.

Key words: legal petrification of the past, history after democratic transition, Central and Eastern European constitutions, collective memory after the communism.

Słowa kluczowe: prawna petyfikacja pamięci, historia po przejściu ustrojowym, konstytucjonalizm w Europie Środkowej i Wschodniej, pamięć zbiorowa po komunizmie.

Wstęp

W tomie 12 „Miscellanea Historico-Iuridica” A. Czarnota zastanawiał się na więzami łączącymi prawo, historię i pamięci zbiorowe¹. W swoim tekście wskazywał m.in. możliwości regulacji, kształtowania i w końcu zmiany pamięci zbiorowej społeczeństw przez prawo. Przede wszystkim udało mu się wskazać

¹ Zob. A. Czarnota, *Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa*, „Miscellanea Historico-Iuridica” (MH-I) 2013, t. 12, s. 203-217.

punkty styczne tych zagadnień i metody, umożliwiające oddziaływanie na społeczeństwo i jego pojmowanie wydarzeń z przeszłości dzięki zastosowaniu regulacji prawnych.

Wspomniał także, że zarówno w odniesieniu do tradycyjnego prawnictwa, jak i w przypadku rozwiązań praktycznych zastosowanych w samych aktach prawnych – a zwłaszcza w kodeksach regulujących procedury – funkcje prawa na polu pamięci zbiorowej ograniczono jedynie do regulacji pozwalających na m.in. rozwiązywanie konfliktów czy polityczne pojednanie przez prawo². Wszystko miało wynikać z nietzscheańskiego podejścia do przeszłości jako „historii w służbie życia”³.

Rzeczywiście trudno nie zgodzić się z tezami postawionymi przez A. Czarotę. Kwestie związane z konstrukcją pamięci zbiorowych, ich społeczną rolą i sposobem ich tworzenia zostały dość dobrze omówione w literaturze, począwszy od M. Halbwachsa⁴, poprzez innych autorów odwołujących się do stworzonej przez niego konstrukcji pamięci zbiorowej, rozumianej jako wytwór samego społeczeństwa oparty na selektywnym wyborze i ocenie wydarzeń z przeszłości, przez aktywne zapominanie i zapamiętywanie. Wszystko dokonywane jest z perspektywy współczesnej dla społeczeństw wytwarzających pamięci zbiorowe. Zastosowanie tych konstrukcji w treści samych aktów prawnych wciąż wymaga jednak szerszego omówienia.

Koniec XX w. przyniósł zarówno w Europie, jak i na świecie, liczne przesilenia polityczne, które doprowadziły do upadku dotychczasowych reżimów totalitarnych i autorytarnych i zastąpienia ich demokracjami liberalnymi. Takie wydarzenia miały miejsce zarówno na Półwyspie Iberyjskim, Afryce, jak i w obu Amerykach. Jednak w Europie najszerzy terytorialnie zasięg miały w jej środkowo-wschodniej części, gdzie doszło do upadku komunizmu we wszystkich państwach określonych w ramach tzw. jałtańskiego porządku świata jako strefa wpływów Związku Radzieckiego. Co ciekawe, te wszystkie państwa przyjęły zupełnie inny od reszty świata model podejścia do przeszłości. W przeciwieństwie do Hiszpanii, gdzie zatryumfowało rozwiązanie często określane mianem „zbiorowej amnezji”, czy RPA, gdzie za podstawowy element przejścia uznano zbiorowe wybaczenie i pojednanie narodowe, przeniesione na grunt prawno-instytucjonalny poprzez powołanie do życia Komisji Prawdy i Pojednania⁵.

W państwach Europy Środkowo-Wschodniej nie tylko zdecydowano o nieodrzućaniu historii najnowszej, ale wręcz można pokusić się o stwierdzenie, że

² Ibidem, s. 209.

³ Ibidem, s. 204-205.

⁴ Zob. M. Halbwachs, *Spoleczne ramy pamięci* (oryg. *Les Cadres Sociaux de la Memoire*, Paris 1952), tłum. M. Król, Warszawa 1969.

⁵ Prawne mechanizmy funkcjonowania poszczególnych komisji prawdy w kontekście badania naruszeń praw człowieka, jak i jako formy mechanizmu sprawiedliwości okresu tranzycyjnego, zostały omówione przez M. Komosę. Zob. M. Komosa, *Komisja Prawdy – Mechanizm odpowiedzialności za naruszenie praw człowieka*, Warszawa 2013.

wspomnienia i doświadczenia historyczne związane z komunizmem i walką społeczeństwa z tym systemem podniesiono do rangi mitu założycielskiego nowych demokracji. Faktem jest, że w niemal we wszystkich państwach dawnej tzw. demokracji ludowej wprowadzono narracje historyczne do treści poszczególnych aktów prawnych – konstytucji i innych ustaw.

Dość popularną medialnie tezę jest stwierdzenie, że wszelkie odwołania do historii, a zwłaszcza tej związanej z okresem komunizmu, to nic innego jak próba wyrażnej klasyfikacji społeczeństw na „nas” i „ich”. Do pierwszej grupy mieliby być zaliczeni wszyscy utożsamiający się z wizją historii proponowaną przez państw. Z kolei „oni” to ci, którzy z jakichś powodów – często wynikających z historii – nie mogą się z tym utożsamiać. To wszystko ma stać w zasadniczej sprzeczności z jednym z celów tradycji ustrojowej – pojednaniem. Zważywszy na takie opinie, bardzo interesujące jest również miejsce, w którym prawodawcy zdecydowali się na ulokowanie odwołań do przeszłości. Po pierwsze, dlaczego umieszczono je w akcie konstytucyjnym? Po drugie, dlaczego akurat w części, gdzie tłumaczone są intencje prawodawcy – w preambule.

Mimo że wszystkie państwa postkomunistyczne uchwałyły nowe akty konstytucyjne lub przywróciły moc obowiązującą konstytucji poprzedzających wprowadzenie reżimu komunistycznego, to dwa z nich zasługują na szczególną uwagę – Ustawa Zasadnicza Węgier i Konstytucja Republiki Łotewskiej. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z bardzo rozbudowaną preambułą, zawierającą liczne odniesienia do przeszłości. W drugim doszło do dodania preambuły do obowiązującej konstytucji z 1922 r., której moc obowiązującą przywrócono wraz z odzyskaniem przez Łotwę niepodległości. Właśnie te dwa dość osobliwe przypadki zostaną omówione w niniejszym tekście, a także porównane z rozwiązaniami zastosowanymi w innych państwach regionu.

Petryfikacja pamięci zbiorowych w tekście aktu prawnego – proces tworzenia nowych konstytucji po upadku komunizmu i lokowania w nim narracji historycznych

Trzecia fala przejścia ustrojowego – przemiany konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej po upadku komunizmu

Przemiany ustrojowe – nazwane przez C. Thornhilla trzecią falą transformacji⁶ – jakie miały miejsce po upadku żelaznej kurtyny w Europie Środkowo-Wschodniej rzeczywiście w swoich założeniach były bardzo zbliżone do transformacji ustrojowych, jakie nastąpiły tuż po II wojnie światowej – pierwsza fala transformacji – i w latach siedemdziesiątych – druga fala. Niezależnie od tego,

⁶ Zob. C. Thornhill, *Sociology of Constitutions – Constitutions and State Legitimacy in Historical – Sociological Perspective*, Cambridge University Press 2011, s. 355.

czy przemiany miały miejsce w ramach pierwszej, drugiej czy trzeciej fali, zawsze wykazywały to samo spoivo – dążenie do zastąpienia dotychczasowego systemu politycznego jego całkowitym przeciwieństwem. Tak się stało zarówno w przypadku Niemiec, Włoch, jak i później na Półwyspie Iberyjskim. Nowy ład na gruncie przyjętych rozwiązań prawnych zawsze lokowano w zasadniczej opozycji do poprzedniego. Miało to przede wszystkim związek z wyrażanym przez społeczeństwo, z różnych pobudek, odrzuceniem dotychczasowego porządku.

Mimo że zarówno pierwsza, jak i druga fala przemian dotyczyła państw wychodzących z reżimów klasyfikowanych jako prawicowe, a trzecia związana była z odrzuceniem porządku określającego się jako lewicowy, to finalnie wszystkie zdecydowały się na dążenie do demokracji liberalnej i taki też system polityczny został uwidoczniiony w ich nowo uchwalonych bądź też znowelizowanych konstytucjach. W omawianych państwach samych nowelizacji w kierunku wprowadzenia demokracji liberalnych dokonano i w dotychczas obowiązujących aktach prawnych, jak miało to miejsce na Węgrzech, jak i w konstytucjach, którym przywrócono moc obowiązującą – na Łotwie.

Jednak, jak już zostało to podkreślone, oba omawiane przypadki nie były odosobnione. Wpisywały się one w tendencję panującą w całym regionie, przy uwzględnieniu specyfiki lokalnej. Dla porównania, w tym samym okresie transformacji ustrojowej w Polsce najpierw uchwalono tzw. nowelę grudniową⁷, w treści której dokonał się pierwszy etap symbolicznego zerwania z dotychczasowym systemem, tzn. przywrócono przedwojenną nazwę państwa – Rzeczpospolita Polska, a także godło według wzorca z 1927 roku. Kolejnym etapem było uchwalenie Małej Konstytucji⁸, uchylającej, z pewnymi wyjątkami, ustawę zasadniczą z 1952 roku i wprowadzającej typowe dla demokracji liberalnej rozwiązania ustrojowe. Ta tymczasowa ustawa zasadnicza obowiązywała do momentu uchwalenia i wejścia w życie obecnie obowiązującej polskiej Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.

Poza wspomnianą już Polską nowe konstytucje uchwalono w Estonii, na Litwie, w Czechach, Rumunii, Bułgarii i na Słowacji. W każdym z przypadków przez przyjęte rozwiązania prawne dokonywano zasadniczego zwrotu w stosunku do poprzednich unormowań.

Zerwanie z przeszłością na gruncie przyjętych w nowych konstytucjach rozwiązań ustrojowych było wyraźne. Zastąpienie rozwiązań ustrojowych, wzorowanych na radzieckiej konstytucji z 1936 r., uregulowaniami typowymi dla demokracji liberalnych, uwidocznilo zasadniczą zmianę. Ciekawym przypadkiem pozostaje natomiast wszelka działalność parlamentów – prawotwórcza i deklaratoryjna – polegająca na dążeniu do maksymalnego zerwaniu z dziedzictwem okresu komunistycznego. Najbardziej znanym przykładem zerwania przez

⁷ Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. 1989 nr 75, poz. 444, ze zm.; Dz. U. 1995 nr 150, poz. 730).

⁸ Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. (Dz. U. 1992 nr 84, poz. 426 ze zm.).

prawo jest ustawa uchwalona przez czeski parlament 9 lipca 1993 r. O bezprawności reżimu komunistycznego i oporze przeciwko niemu⁹. We wstępie do ustawy jej autorzy podkreślili m.in., że zostali zobligowani do działań związanych z rozliczeniem reżimu komunistycznego w Czechach. Ponadto przypomnieli, iż działania Komunistycznej Partii Czechosłowacji, polegające na łamaniu praw człowieka poprzez naruszenia podstawowych wolności takich jak prawo do odmiennej opinii, a także podporządkowanie działań wszelkich instytucji państwa swojej ideologii, stały w sprzeczności „z tradycyjnymi wartościami cywilizacji europejskiej”¹⁰. Czeska ustawa wyraźnie podkreślała moralne zerwanie z okresem, w którym działalność partii komunistycznej i jej liderów, zajmujących najwyższe stanowiska w państwie, nijak się miała do wartości powszechnie akceptowanych przez społeczeństwo. O ile akt czeskiego parlamentu był aktem prawotwórczym, o tyle polski Senat dokonał takiego zerwania na gruncie symbolicznym. Jak słusznie podkreślił to P. Fiedorczyk, była to jedynie „deklaracja polityczna, która nigdy nie przybrała mocy aktu normatywnego”¹¹. W owej uchwale polscy senatorowie zadeklarowali brak jakiegokolwiek ciągłości pomiędzy Polską Rzeczpospolitą Ludową i Rzeczpospolitą Polską¹². Uzasadniając swoje stanowisko podkreślili oni, że uznali „państwo utworzone w wyniku II wojny światowej na ziemiach polskich i funkcjonujące w latach 1944-1989 za niedemokratyczne państwo o totalitarnym systemie władzy, będące elementem światowego systemu komunistycznego, pozbawione suwerenności i nie realizujące zasady zwierzchnictwa Narodu”¹³. Ponadto, podobnie jak autorzy ustawy czeskiej, odwołali się do dziedzictwa europejskiego stwierdzając, że wszystkie akty prawne uchwalone w okresie 1944-1989, godzące w suwerenność państwa polskiego i sprzeczne z „zasadami państwa uznawanymi przez narody cywilizowane”¹⁴, nie mają mocy prawnej.

Na tym tle szczególnie prezentują się rozwiązania przyjęte właśnie na Łotwie i Węgrzech. Jeśli mowa o formalnym zerwaniu z przeszłością, to było one najbardziej widoczne w sposobie, jaki został przyjęty na Łotwie. Wręcz można pokusić się o stwierdzenie, że doszło tam nie tyle do zerwania z przeszłością, co do swobodnego „wycięcia” Łotewskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej z ciągu historii tego państwa. Już w preambule do Deklaracji o odnowieniu niepodległości z 4 maja 1990 r.¹⁵ Rada Najwyższa Łotewskiej Republiki Radzieckiej podkreśliła całkowitą legalność i pełne międzynarodowe uznanie państwa

⁹ Zakon o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti němu, c. 198/1993 sb.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ P. Fiedorczyk, *Roconciliation with the Communist Past: Polish Way*, [w:] *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte*, b. 125, Germanistische Abteilung, s. 297.

¹² Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 kwietnia 1998 r., Monitor Polski, 1998, nr 12, poz. 200.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Zob. Deklaracja o odnowieniu niepodległości (tekst angielski: Declaration on the Renewal the Independence), online: http://www.servat.unibe.ch/icl/lg01000_.html (10.06.2016).

łotewskiego powstałego 18 listopada 1918 r. W zasadniczej opozycji do aktu powstania państwa ulokowano wydarzenia z 1940 r., kiedy to „wybory z 14 i 15 czerwca do parlamentu okupowanej Łotwy odbyły się w atmosferze politycznego terroru w związku z uchwaleniem niekonstytucyjnego i nielegalnego prawa wyborczego”¹⁶. W związku z tym, wszystkie wydarzenia, które były następstwem tych wyborów i ostatecznie doprowadziły do włączenia Łotwy do ZSRR, były nielegalne. Natomiast w kontekście omawianych problemów najistotniejsze były pierwsze trzy artykuły deklaracji. W art. 1 Rada Najwyższa stwierdziła nielegalność paktu Robentropp – Mołotow przez uznanie prymatu prawa międzynarodowego – prawa do samostanowienia – nad prawem krajowym federacji. W art. 2 za nieważną uznano decyzję o przyłączeniu Łotwy do ZSRR. W art. 3 przywrócono moc obowiązującą przedwojennej konstytucji i wynikające z niej nazewnictwo państwa – Republika Łotwy.

W przypadku Węgier w momencie przejścia ustrojowego w warstwie narracyjnej konstytucji i innych aktów prawnych doszło do sytuacji zgoła odmiennej. W znowelizowanej konstytucji z 1949 r. nie ulokowano żadnych istotnych deklaracji dotyczących zerwania bądź zachowania ścisłych związków z poprzednim ustrojem¹⁷. Wraz z najgłębszą jej nowelizacją z 1990 r. stwierdzono tylko, że akt ten zostaje utrzymany w mocy „w celu dopomożenia w dziele pokojowej przebudowy w państwo prawne, realizujące system wielopartyjny, demokrację parlamentarną i społeczną gospodarkę rynkową, Zgromadzenie Krajowe nadaje Konstytucji Węgier – do czasu uchwalenia nowej Konstytucji naszego Kraju”¹⁸. Stan takiego prowizorium utrzymał się do momentu uchwalenia w 2011 r. Ustawy Zasadniczej Węgier.

Prawo, pamięć i problem rządów prawa – historia w nowym porządku prawnym a pamięć zbiorowa społeczeństwa

Omówiony w poprzedniej części proces kształtowania się nowego porządku konstytucyjnego po upadku komunizmu w Europie Środkowej i Wschodniej wyraźnie pokazuje, że państwo dla swoich aktualnych potrzeb i realizacji bieżących celów politycznych ma możliwość wpływu na postawy społeczeństwa m.in. właśnie przez odpowiednie kształtowanie pamięci zbiorowych. Ponadto, nawet zaniechanie takich działań jest pewną formą deklaracji. Jeśli cel polityczny w danym okresie nie pozwala na głębsze analizowanie wydarzeń z przeszłości, to nie należy do niej nawiązywać¹⁹.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Zob. Konstytucja Republiki Węgierskiej z 18 sierpnia 1949 r., Akt XX z 1949 r. ze późniejszymi zmianami, online: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry.html> (10.06.2016).

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Do takiej sytuacji doszło w Hiszpanii po upadku reżimu frankistowskiego, a jej wyrazem było prawo o amnestii, które obejmowało zarówno więźniów politycznych, jak i funkcjonariuszy, którzy dopuścili

Jak zostało to omówione w poprzedzającym podrozdziale, w Europie Środkowo-Wschodniej zdecydowano się jednak – z pewnymi wyjątkami²⁰ – na umieszczenie narracji historycznych w treści aktów prawnych o szczególnej randze – aktów konstytucyjnych czy – jak w przypadku państw bałtyckich – deklaracjach niepodległości i późniejszych aktach prawnych najwyższego rzędu.

W tym miejscu nie sposób jest nie powrócić do przedstawionej już we wstępie koncepcji pamięci zbiorowej społeczeństwa według M. Halbwachsa²¹. Jeśli bowiem pamięć zbiorowa społeczeństwa jest wytworem współczesnym, polegającym na selektywnym doborze wydarzeń z przeszłości – sprowadzającym się de facto cały czas do aktywnego zapamiętywania faktów w danej chwili pożądanym i zapominania niepożądanych – i ich ocenie również ze współczesnej perspektywy, to należy postawić pytanie o rolę, jaką mogą w tych procesach pełnić instytucje prawne. Jedną z hipotez może być stwierdzenie, że takie instytucje mają jasno określić, jakie wydarzenia z przeszłości są potrzebne danym państwom i ich społeczeństwom do budowy pewnej wspólnotowości – w indywidualizującym się świecie – a jakie są zbędne lub niewskazane ze względu na pozostawanie w zasadniczej sprzeczności z tym, na czym budowany jest mit założycielski. Stąd jest już prosta droga do sytuacji, którą A. Młynarska-Sobaczewska określiła mianem „normatywizacji tożsamości zbiorowej”²². We wspomnianym tekście autorka postawiła m.in. tezę, że użycie narracji historycznych w treści aktu prawnego było „instrumentem uzyskiwania przekonania o prawowitości działania twórców konstytucji i następnie władz działających na jej podstawie”²³. Zwróciła ona także uwagę na szczególną cechę preambuł do konstytucji państw postkomunistycznych – „szerokie odwołanie do tradycji narodowej”²⁴. Podobnymi spostrzeżeniami w swojej pracy podzielił się J. Přebáň, który treści ulokowane w preambule do polskiej konstytucji z 1997 r. określił mianem „interesującego pomieszczenia obywatelskiego i narodowego patriotyzmu”²⁵, a także stwierdził, że „konstytucja ta odbudowuje polski dorobek narodu i historię jako źródło wspólnej politycznej dumy”.

się przestępstw i zbrodni o zabarwieniu politycznym w trakcie pełnienia obowiązków służbowych, zob. T. Fernandez Paredes, *Transitional Justice in Democratization process: The case of Spain from an International point of view*, „International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights”, t. 1, December 2010, s. 132.

²⁰ Do tych wyjątków należy zaliczyć omawianą już nowelizację Konstytucji Republiki Węgierskiej z 1990 r. czy początkowy brak nawiązań do przeszłości w treści restytuowanej konstytucji łotewskiej. Do dziś takim wyjątkiem od regionalnej reguły wciąż pozostaje konstytucja rumuńska, gdzie jej twórcy zrezygnowali z uroczystego wstępu – preambuły.

²¹ Zob. M. Halbwachs, op. cit.

²² Zob. A. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja tożsamości zbiorowych w preambułach do konstytucji państw post-komunistycznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna”, 2013, nr 2, t. 2, s. 104-133.

²³ Ibidem, s. 111.

²⁴ Ibidem.

²⁵ J. Přebáň, *Legal Symbolism, On Law, Time and European Identity*, Ashgate Hampshire 2007, s. 85.

Jest to o tyle ciekawe, że ulokowanie tych narracji w tekstach konstytucyjnych, w przeciwieństwie do innych aktów prawnych związanych z przeszłością, w państwach postkomunistycznych, odbyło się bez większych politycznych sporów. Co więcej, jak w przypadku polskiej konstytucji z 1997 r., często były akceptowane przez środowiska polityczne, które sprzeciwiały się lub nie popierały w pełni innych aktów prawnych związanych z tą tematyką – np. lustracji. Otwartą wciąż kwestią pozostaje odpowiedź na pytanie, dlaczego, mimo wyraźnego oporu tych samych środowisk politycznych wobec wspomnianej już lustracji czy tworzenia wyspecjalizowanych państwowych instytucji zajmujących się badaniami nad przeszłością – narodowych instytutów pamięci – zdecydowały się one dopuścić do umieszczenia w konstytucji narracji wartościujących, nawet pośrednio, wydarzenia z przeszłości. Być może odpowiedź znajduje się właśnie w przywoływanym już tekście A. Młynarskiej-Sobaczewskiej, która, poza wymienionymi już zagadnieniami, omówiła także spór o normatywną moc preambuły²⁶. Jeśli bowiem stwierdzono, że preambuła ma jedynie charakter deklaratoryjny, to w przeciwieństwie do ustaw lustracyjnych czy przywoływanej już czeskiej ustawy o bezprawności reżimu komunistycznego²⁷, nie powoduje skutków prawnych, więc w ramach dążenia do realizacji celów politycznych należy dopuścić do ich ulokowania w ramach pewnego kompromisu. Zresztą właśnie czeska ustawa i późniejsze orzeczenie tamtejszego Trybunału Konstytucyjnego spotkało się z silną krytyką ze strony środowisk naukowych Czech i poza granicami. Uitz stwierdziła wręcz, że w wyniku działań zarówno tamtejszej władzy ustawodawczej jak i sądowniczej same „zasady rządów prawa ucierpiały w stopniu znacznym”²⁸. To właśnie kwestie związane z dostosowaniem tych ustaw do implementowanych w regionie po upadku komunizmu zasad rządów prawa były główną osią ich krytyki²⁹. Należy jednak podkreślić, że dotyczyły one jedynie wycinka – choć najbardziej kontrowersyjnego i najmocniej oddziaływującego na społeczeństwo – rzeczywistości obcowania z pamięcią w okresie przejścia ustrojowego.

²⁶ Autorka omówiła spór w doktrynie teorii prawa dotyczący charakteru preambuły i odpowiedzi na pytanie czy treści w nich zawarte mają charakter normatywny czy deklaratoryjny, Zob. A. Młynarska-Sobaczewska, op. cit., s. 109-110.

²⁷ Zob. Zakon o protiprávnosti komunistického režimu...

²⁸ R. Uitz, *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What makes a question too political?*, „Juridica – Tartu Ulikool õigusteaduskonna ajakiri” 2007, t. 2, s. 47-59, cytat z wersji internetowej dostępnej pod adresem: http://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/international/2007/2/132526. PRN.pub.php (10.06.2016).

²⁹ Spory i dylematy związane z rządami prawa po upadku komunizmu w przypadku wspomnianych aktów prawnych zostały szerzej omówione w odrębnym tekście autora. Zob. F. Cyuńczyk, *Dylematy wokół zagadnienia rządów prawa w potranzycyjnej Czechosłowacji (Rep. Czeskiej) i na Węgrzech – analiza przypadków*, MH-I 2015, t. 14, z. 1, s. 75-87.

Narracje historyczne w treści aktów prawnych – preambuły do Ustawy Zasadniczej Węgier i Konstytucji Łotwy na tle innych konstytucji pozostałych państw postkomunistycznych

Czy wobec tego przy analizie prawnej petryfikacji pamięci przez państwa postkomunistyczne można odrzucić spory wokół ustaw i praw uchwalanych w okresie, kiedy występowały sytuacje i potrzeby, które L. Solyom określił mianem „nadzwyczajnych okoliczności”³⁰, a które dotyczyły problematyki wspomnianej w poprzednim podrozdziale? Wydaje się, że w analizie narracji historycznych, wprowadzanych do treści aktów konstytucyjnych, jest to wręcz konieczne. Wyraźnie bowiem widać, że inny był cel w przypadku prawa uchwalanego w okresie „nadzwyczajnych okoliczności”, to znaczy zaspokojenie bieżących oczekiwań części społeczeństwa utożsamiającego się z przemianami ustrojowymi, a ulokowanie narracji pamięci w treści konstytucji i innych aktów prawnych było związane z jasnym określeniem stosunku państwa do pewnych wydarzeń i postaw, dodatkowo wzmocnionym przez ich prawną petryfikację. Jak więc na tym tle prezentują się preambuły do konstytucji łotewskiej i Ustawy Zasadniczej Węgier? Ich wyjątkowość polega przede wszystkim na momencie, w jakim zostały uchwalone. Jak wspomniano, zarówno w przypadku łotewskim, jak i węgierskim do ich uchwalenia – dodania lub ulokowania w nowym akcie konstytucyjnym – doszło o wiele później niż rozpoczęło się samo przejście ustrojowe. W obu przypadkach można mówić, że powstanie tych preambuł było formą odpowiedzi i reakcji na polityczno-społeczne wydarzenia transycji ustrojowej, a nie, jak w przypadku pozostałych państw regionu, gdzie uchwalenie nowych aktów konstytucyjnych zawierających narracje historyczne było istotnym elementem samego przejścia.

Poza momentem uchwalenia i kontekstem, w jakim powstały, dodatkowo wyjątkowość owych preambuł przejawia się w sposobie, w jaki zostały zredagowane. W przeciwieństwie do pozostałych aktów konstytucyjnych, napisanych w Europie Środkowo-Wschodniej po upadku komunizmu, zostały w nich ulokowane jasne deklaracje dotyczące stosunku państw – Węgier i Łotwy – do konkretnych wydarzeń z przeszłości.

W ten sposób w preambule³¹ do uchwalonej w 2011 r. Ustawy Zasadniczej Węgier znalazło się wiele zdań oznajmujących, w których autorzy węgierskiej

³⁰ L. Solyom, *Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, „International Sociology” 2003, t. 18, nr 1, s. 137.

³¹ W treści aktu konstytucyjnego zrezygnowano z tradycyjnego nazewnictwa. Dlatego też mamy do czynienia z Ustawą Zasadniczą, a nie Konstytucją Węgier, a także nie z preambułą, a z Narodowym Wyznaniem Wiary. Autorzy oficjalnego przekładu Ustawy Zasadniczej Węgier dokonali go zgodnie z nazewnictwem przyjętym przez węgierskiego ustawodawcę. Zob. *Ustawa Zasadnicza Węgier*, tłum. J. Snopek, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012. W niniejszym tekście pojęcia te używane są przez autora zamiennie, jednak w przypadku użycia takich słów, jak konstytucja czy preambuła należy odnosić je w kontekście węgierskim właśnie do Ustawy Zasadniczej Węgier i Narodowego Wyznania Wiary.

konstytucji w czarno-biały sposób określili, jak należy interpretować i przede wszystkim wartościować konkretne wydarzenia z przeszłości ich kraju. Dlatego w „Narodowym Wyznaniu Wiary” rozróżniono kilka kategorii wydarzeń z przeszłości na te, z których Węgrzy powinni być dumni, które uznają za podstawę swojego dzisiejszego funkcjonowania i które w całości odrzucają i w żaden sposób się z nimi nie utożsamiają. Do pierwszej kategorii zaliczono dziedzictwo św. Stefana, polegające na ustanowieniu i umocnieniu ich państwa³², dumę ze wszystkich przodków walczących o wolność i niepodległość [Węgier]³³, a także z faktu, że ich naród „przez wieki orężnie bronił Europy oraz wzbogacał skarbiec wspólnych wartości swym talentem i pracowitością”³⁴. Do drugiej kategorii, w której umieszczono duchowy fundament dzisiejszych Węgier, zaliczono historyczne prawa Węgier – w tym kontekście użyto terminu „historyczna konstytucja” – i Koronę św. Stefana, stanowiące ucieleśnienie ciągłości państwa i jedności narodu. Ponadto, autorzy Ustawy Zasadniczej Węgier potwierdzili deklarację Zgromadzenia Krajowego, że węgierska wolność rozpoczęła się wraz z rewolucją 1956 roku³⁵. W końcu do trzeciej kategorii – odrzuconych – wydarzeń z przeszłości zaliczono: jakiegokolwiek zawieszenie historycznych praw na Węgrzech wynikające z obcych okupacji, a także wskutek tego stwierdzili nieważność komunistycznej konstytucji z 1949 r. „ponieważ stanowiła ona podstawę dla panowania tyrańi”³⁶. Ponadto, w treści Wyznania Wiary stwierdzono, że zbrodnie popełnione na narodzie węgierskim w okresie dyktatur komunistycznej i narodowo-socjalistycznej nigdy nie ulegają przedawnieniu, a także określono okresy, kiedy, zdaniem autorów Ustawy Zasadniczej, Węgry należy uznawać za państwo w pełni niepodległe. Dlatego też stwierdzono, że od 19 marca 1944 r. do 2 maja 1990 r. państwo węgierskie nie było bytem w pełni niezależnym i dopiero właśnie w maju 1990 r. odzyskało pełną suwerenność i zdolność do decydowania o własnym losie.

W przypadku preambuły do konstytucji łotewskiej, dodanej poprawką z 19 czerwca 2014 r.³⁷ również zdecydowano się na zastosowanie podobnej konstrukcji jak w Ustawie Zasadniczej Węgier.

Poza licznymi ogólnymi odniesieniami do historii Łotwy, jej bohaterów, języka i dziedzictwa, w jednym konkretnym przypadku zdecydowano się na jasną deklarację. Mianowicie stwierdzono, że naród łotewski nie uznaje reżimów okupacyjnych ustanowionych na terytorium jego państwa, a także odrzuca je w całości³⁸. Ponadto, podobnie jak w przypadku Węgier, zdecydowano się

³² *Ustawa Zasadnicza Węgier*, s. 47.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, s. 48.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Zob. *The Constitution of the Republic of Latvia* (tekst angielski) z 15 lutego 1922 r. z póź. zm., <http://www.saeima.lv/en/legislation/constitution> (10.06.2016).

³⁸ *Ibidem*.

też na podkreślenie, że dzisiejsza niepodległa Łotwa, co prawda jest oparta na zasadzie kontynuacji, ale republiki sprzed 1940 r. Zaś o pełnej wolności i suwerenności państwa można mówić jedynie w kontekście wydarzeń po 4 maja 1990 r. Poza tym, jak już wspomniano, zastosowano liczne odwołania do kwestii związanych z samym istnieniem i rozwojem narodu łotewskiego „a także jego języka, i kultury”³⁹. Za wydarzenia z historii Łotwy godne wspomnienia w treści preambuły uznano łotewską wojnę o niepodległość (1918-1920), a także pierwsze zgromadzenie konstytucyjne, które uchwaliło pierwszą – i do dziś obowiązującą – konstytucję. W kontekście tego wydarzenia podkreślono przede wszystkim sposób, w jaki zostało wybrane – w wolnych wyborach.

Jak już zostało to kilkakrotnie podkreślone w niniejszym tekście, preambuły do konstytucji Łotwy i Węgier są czymś wyjątkowym nawet na tle swojego regionu. Oczywiście, wszystkie państwa Europy Środkowej i Wschodniej zdecydowały się na umieszczenie odwołań do przeszłości w treści swoich ustaw zasadniczych. Ponadto, w większości z nich zastosowano takie twierdzenia, które w pewien sposób wartościują stosunek ich obecnego reżimu politycznego do sytuacji z bliższej lub dalszej przeszłości. Jednak ich autorzy nie zdecydowali się na tak radykalne określenia jak w tych dwóch szczególnych przypadkach.

W przywoływanej już Konstytucji RP z 1997 r. zdecydowano się jedynie na odwołanie się „do najlepszych tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej”⁴⁰ a także zasugerowania, że polskie społeczeństwo wciąż pamięta i prawdopodobnie będzie pamiętało „gorzkie doświadczenia z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka (...) były łamane”⁴¹. Niemal identyczne konstrukcje zostały zastosowane w preambułach do konstytucji Czech i Słowacji. W przypadku czeskiej ustawy zasadniczej jej autorzy odwołali się do wierności wobec „wszystkich dobrych tradycji dawnej państwowości ziem Korony Czeskiej i państwowości czechosłowackiej”⁴². Z kolei w preambule do konstytucji słowackiej odwołano się do „politycznego i kulturalnego dziedzictwa swoich przodków i stuletnich doświadczeń walk o byt narodowy i własną państwowość, w poczuciu cyrylo-metodyjskiego dziedzictwa duchowego i historycznej spuścizny Wielkich Moraw”⁴³. Najbliższa omawianym w niniejszym podrozdziale uroczystym wstępom do aktów konstytucyjnych jest preambuła do konstytucji Litwy. Jej autorzy zdecydowali się na dość opisowe potraktowanie dziejów swojego narodu, przy czym nie zdecydowali się na żadne jasne deklaracje. W akcie z 1992 r. mowa jest m.in.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. nr 78, poz. 483, z póź. zm.), s. 1.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Konstytucja Republiki Czeskiej z 16 grudnia 1992 r., c. 1/1993 sb, oficjalne tłumaczenie online: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/czechy-a.html> (10.06.2016).

⁴³ Konstytucja Republiki Słowackiej z 1 września 1992 r., wyd. 2 zm. i uaktual. tłum. K. Skotnicki. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2003, online: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/slowacja.html> (10.06.2016).

o narodzie Litwinów, który „przed wiekami stworzył Państwo Litewskie, uczynił jego prawnym fundamentem Statuty Litewskie i Konstytucję Republiki Litewskiej, uporczywie bronił przez stulecia swej wolności i niepodległości”⁴⁴, a także „zachowywał ducha narodowego, język ojczysty, pismo oraz zwyczaje”⁴⁵.

Zakończenie

Podsumowując, A. Czarnota w swoim tekście zwracał przede wszystkim uwagę na fakt, że historia na gruncie aktów prawnych działa przede wszystkim w „służbie życia”⁴⁶. Owe funkcjonowanie w służbie życia jest dokładnie tym, co M. Halbwachs rozumiał jako reprodukcję wspomnień, mającą na celu ukształtowanie pamięci zbiorowej społeczeństwa z perspektywy współczesnej dla podejmujących takie działania. Ulokowanie odwołań do przeszłości w treści aktu konstytucyjnego wyraźnie wskazuje, jaki kierunek owej reprodukcji jest pożądany w nowym porządku politycznym, ukształtowanym po upadku komunizmu w państwach Europy Środkowej i Wschodniej.

W takiej sytuacji nie sposób również nie zgodzić się z poglądami A. Młynarskiej-Sobaczewskiej, która odwołanie się do narracji historycznych widziała jako próbę legitymizacji nowego reżimu przez samego siebie. W końcu to przedstawiciele nowych władz, opartych na zasadach konstytucyjnej liberalnej demokracji, sami w uchwalanym przez siebie akcie usiłowali wywieść swoją legitymację do sprawowania władzy.

Jednak odniesienia do przeszłości ulokowane w treści preambuły do aktu konstytucyjnego nie stanowią wyjątku typowego tylko dla tego regionu świata. Można je było znaleźć i we wstępie do konstytucji francuskiej IV Republiki, do którego odwołują się autorzy ustawy zasadniczej, od uchwalenia której datuje się istnienie V Republiki⁴⁷, jak i w jednej z dzisiejszych ustaw konstytucyjnych Izraela – w Deklaracji Niepodległości Państwa Izrael⁴⁸. Do dorobku narodu i klasy robotniczej w walce z zaborcami i okupantami odwoływali się też autorzy konstytucji PRL. Rozbudowane odwołania do przeszłości znalazły się również w sowieckiej konstytucji z 1977 r.

W każdym z przywołanych przypadków pełniły one konkretną rolę – miały uświadomić odbiorcom przede wszystkim uprawnienie konkretnej grupy do sprawowania rządów. Poza tym, miały w odpowiedni sposób kształtować

⁴⁴ Konstytucja Republiki Litewskiej, wyd. 2 zm. i uaktual. tłum. H. Wisner. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2006, tekst online: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/litwa-a.html> (10.06.2016).

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ A. Czarnota, op. cit.

⁴⁷ Zob. Konstytucja Republiki Francuskiej, Wstęp do Konstytucji z 27 października 1946 r., online: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/francja.html> (10.06.2016).

⁴⁸ Zob. Deklaracja Niepodległości Państwa Izrael, online: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/izrael.html> (10.06.2016).

pogląd społeczeństwa na wydarzenia z przeszłości i, co najważniejsze, sugerować mu ich „właściwą” interpretację.

Te wszystkie elementy są mniej lub bardziej widoczne w treści poszczególnych uroczystych wstępów. Wyjątkowość preambuły łotewskiej i węgierskiego Narodowego Wyznania Wiary przejawia się nie tyle samym użyciem odniesień do przeszłości, ile skorzystaniem z nich w celu realizacji konkretnego bieżącego interesu politycznego. Odwołując się do tez A. Czarnoty – owe uroczyste wstępy w tych dwóch konkretnych przypadkach służą współczesnym do petryfikacji pewnych fundamentalnych kwestii, bez regulacji których niemożliwa byłaby realizacja ich dalszego programu.

Bibliografia

- Cyuńczyk F., *Dylematy wokół zagadnienia rządów prawa w potranzycyjnej Czechosłowacji (Rep. Czeskiej) i na Węgrzech – analiza przypadków*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2015, t. 14, z. 1, s. 75-87.
- Czarnota A., *Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. 12, s. 203-217.
- Fernandez Paredes T., *Transitional Justice in Democratization process: The case of Spain from an International point of view*, „International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights”, December 2010, t. 1.
- Fiedorczyk P., *Roconciliation with the Communist Past: Polish Way*, [w:] *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte*, b. 125, s. 295-312.
- Halbwachs M., *Społeczne ramy pamięci* (oryg. *Les Cadres Sociaux de la Memoire*, Paris 1952), tłum. M. Król, Warszawa 1969.
- M. Komosa, *Komisja Prawdy – Mechanizm odpowiedzialności za naruszenie praw człowieka*, Warszawa 2013.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Normatywizacja tożsamości zbiorowych w preambulach do konstytucji państw post-komunistycznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2013, t. 2, nr 2, s. 104-133.
- Příbáň J., *Legal Symbolism, On Law, Time and European Identity*, Ashgate Hampshire 2007.
- Soylom L., *Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, „International Sociology” 2003, t. 18, nr 1.
- Thornhill C., *Sociology of Constitutions, Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press 2011.
- Uitz R., *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What makes a question too political?*, „Juridica – Tartu Ülikool õigusteaduskonna ajakiri” 2007, t. 2.
- Wydra H., *Communism and the Emergence of Democracy*, Cambridge University Press 2006.
- Zakon o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti němu, c. 198/1993 sb.

Katarzyna Bagan-Kurluta

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: kbkurluta@wp.pl

telefon: 662065222

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.13

Swoboda wypowiedzi a teksty amerykańskich beatników. Obsceniczność a granice swobód?

SUMMARY

Freedom of expression and the lyrics of American beatniks. Obscenity and the limits of freedom?

Freedom of speech is guaranteed to every person by international agreements concerning the protection of human rights and by national constitutions. Freedom of expression is regarded as one of the pillars of democracy, the determinant of a wide sphere of human freedom. But should every statement, even the most controversial, be the subject of protection? Does obscene speech deserve such protection? The answer to these questions seems to be justified especially in the age of Internet – the instrument offering the possibility of unrestricted flow of information.

Key words: freedom of speech/expression, censorship, obscenity, beatniks, beat generation.

Słowa kluczowe: swoboda wypowiedzi, cenzura, obsceniczność, bitnicy.

Swoboda wypowiedzi w USA

W świetle Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA z 1791 r.¹, żadna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczać wolności słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnym władzom petycji o naprawienie krzywd. Jednak nie każda wypowiedź jest traktowana tak samo – w orzecznictwie amerykańskim pojawiła się koncepcja o braku ochrony dla wypowiedzi obscenicznych². W tym kontekście problematyczny jest brak kompleksowej, legalnej definicji obsceniczności. Kluczowe dla obecnie stosowanego testu w ocenie czy

¹ Tekst Konstytucji w bazie Uniwersytetu Cornell: http://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment (02.05.2014).

² Czego najlepszy wyraz dano w orzeczeniu w sprawie *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) 354 U.S. 476. *Roth v. United States*. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit. No. 582. Argued April 22, 1957. Decided June 24, 1957.

utwór/wypowiedź ma taki charakter jest orzeczenie z 1933 r. w sprawie *Ulysesa* Jamesa Joyce'a³. Sąd przyjął w nim, że utwór literacki należy oceniać pod względem obsceniczności w całości, a nie tylko wnioskować o niej na podstawie poszczególnych jego części. Ponadto, w orzeczeniu w sprawie *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*⁴ stwierdzono, że obsceniczność polega na odwołaniu się do haniebnego lub chorobliwego zainteresowania seksem, przeciwstawiając je normalnym, zdrowym pragnieniom seksualnym. Kilkakrotnie sądy odnosiły się do lubieżności w sposób jednoznaczny związanej z obscenicznością. Materiał odwołujący się do lubieżnego zainteresowania zdefiniowano jako wzbudzający pożądliwe myśli, a lubieżne zainteresowanie jako haniebne lub chorobliwe zainteresowanie nagością, seksem lub wydalaniem⁵, przy czym określenie lubieżność, jako odnoszące się do tego, co pobudza rozwiązłość lub pożądanie, uznano za szersze treściowo niż pojęcie obsceniczności⁶. W orzeczeniu w sprawie *Ginzburg v. United States*⁷, sędzia Potter Stewart stwierdził, że „cenzura odzwierciedla brak zaufania społeczeństwa do siebie samego. Jest cechą autorytarnego reżimu. Dawno temu ci, którzy napisali naszą Pierwszą Poprawkę poszli inną drogą. Wierzyli, że społeczeństwo może być autentycznie silne tylko wtedy, gdy jest naprawdę wolne. W sferze wypowiedzi uwierzyli, na dobre i na złe, w oświecony wybór ludzi, wolny od ingerencji natrętnego kciuka policjanta lub ciężkiej ręki sędziego. Tak to jest, że Konstytucja chroni ordynarną wypowiedź, jak również wyrafinowaną i wulgarność nie mniej niż elegancję. Książka dla mnie bezwartościowa może stać się przekazem czegoś wartościowego dla mojego sąsiada. W wolnym społeczeństwie, do bycia którym nasza Konstytucja nas zobowiązała, każdy ma dokonać własnego wyboru.” Nie zmieniło to jednak podejścia sądu do kwestii obsceniczności. Powód w sprawie – Ginzburg (i trzy korporacje kontrolowane przez niego) został skazany we wcześniejszym procesie za naruszenie federalnego zakazu przesyłania pocztą obscenicznych treści, zawartego w art. 18 US Code § 1461, z racji na wysyłkę trzech publikacji: ekskluzywnego twaroodkładkowego magazynu o seksie, biuletynu o podobnym profilu i krótkiej książki nazwanej autobiografią seksualną. Prokuratura wniosła oskarżenie dotyczące obsceniczności publikacji, w kontekście ich produkcji, sprzedaży i związanej z tym promocji. Oprócz wysłuchania zeznań co do treści materiału, w sądzie przeprowadzono liczne dowody na to, że każda z publikacji była sprzedawana w branży rozpowszechniania publikacji otwarcie reklamowanych przez odwoływanie się do erotycznego zainteresowania klientów.

³ *United States v. One Book Called "Ulysses"* 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933), *aff'd* *United States v. One Book Entitled Ulysses* by James Joyce, 72 F.2d 705 (2nd Cir. 1934), por. Komentarz do Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA, <http://www.law.cornell.edu/wex/obscenity> (02.05.2014).

⁴ 472 U.S. 491, 498 (1984).

⁵ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) at 487 n. 20.

⁶ *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491, 498 (1984).

⁷ 383 U.S. 463 (1966) 383 U.S. 463. *Ginzburg et al. v. United States. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Third Circuit. No. 42. Argued December 7, 1965. Decided March 21, 1966.*

W reklamach magazynu i biuletynu podkreślano nieograniczoną ekspresję seksu, książki – że rzekomo miała wzbudzić zainteresowania natury medycznej i psychiatrycznej, ale jej dystrybucja nie ograniczała się do czytelników profesjonalistów z branży medycznej czy psychiatrycznej. Fakt, że powód świadomie prezentował publikacje jako erotycznie podniecające i komercyjnie wykorzystywał je jako erotyki, wyłącznie w trosce o lubieżne odwołania, wydatnie wpłynęło na uznanie przez sąd, że publikacje były obsceniczne – a więc na utrzymanie orzeczenia niższej instancji. W równoległe toczącym się procesie uznano za nie-obsceniczną liczącą wówczas 277 lat powieść Johna Clelanda (z 1749 r.) o przeżyciach londyńskiej prostytutki – Fanny Hill (*Memoirs of a Woman of Pleasure*). Sędzia Brennan w orzeczeniu stwierdził, że tak długo, jak utwór ma odrobinę wartości społecznej, to nie może być oceniany jako obsceniczny⁸. W międzyczasie za obsceniczne uznane zostały: *Ulysses* Jamesa Joyce’a (obsceniczny przez 15 lat, dwukrotnie konfiskowany przez amerykańską pocztę), *Kandyd*⁹ Voltaire’a (skonfiskowany przez pocztę w 1930 r., usunięty z katalogu wysyłkowego Concord Books w 1944 r.), *Lizystrata* Arystofanesa, *Opowieści Canterburyjskie* Geoffreya Chaucera, *Dekameron* Giovanniego Boccaccio, *Molly Flanders* Daniela Defoe (uznane za podlegające przepisom tzw. Federal Anti-Obscenity Act, czyli ustawy Comstocka z 1873 r.), *Wyznania* Jean-Jacques’a Rousseau (skonfiskowane przez amerykański urząd celny jako szkodliwe dla publicznej moralności)¹⁰. Bardziej współczesne na czarnej liście książek zakazanych w szkołach i bibliotekach były m.in.: *Buszujący w zbożu* Jerome’a Davida Salinger (w latach 1961-1982 – z powodu wulgarnego języka, motywów seksualnych oraz dewaluacji wartości rodziny, promocji alkoholu, papierosów i rozwiązłości), *Chata wuja Toma* Harriet Beecher Stowe (w Illinois – 1984 – na wniosek radnego ze względu na rzekomy rasizm i niestosowny język), *Lot nad kukulczym gniazdem* Kena Keseya (w wielu amerykańskich szkołach, m.in. w Colorado (1971), Ohio, Nowym Jorku, Idaho, Waszyngtonie, głównie za wulgarne słownictwo, gloryfikowanie działalności przestępczej, opisy brutalności i przyczynianie się do zepsucia młodzieży), *Mechaniczna pomarańcza* Anthony’ego Burgessa (skreślona z listy lektur w wielu amerykańskich stanach, np. w Massachusetts (1977), Colorado (1976) za wulgarny język. Usunięto ją też z bibliotek szkolnych w Alabamie (1982), *Czerwony kapturek* braci Grimm (w szkołach w Kalifornii, przez butelkę wina w koszyku, którą Czerwony Kapturek niósł babci)¹¹.

⁸ *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

⁹ W polskim przekładzie (T. Boya-Żeleńskiego) tytuł brzmi: *Kandyd, czyli optymizm. Dzieło przełożone z niemieckiego rękopisu doktora Ralfa z przyczynkami znalezionymi w kieszeni tegoż doktora zmarłego w Minden roku Pańskiego 1759*.

¹⁰ Banned Books Online. Penn University, <http://onlinebooks.library.upenn.edu/banned-books.html> (02.05.2014).

¹¹ <http://www.obliczakultury.pl/glowna/163-wydarzenia/2718-tydzien-ksiazek-zakazanych-2013> (02.05.2014).

Obecnie sądy oceniają utwory/wypowiedzi pod kątem ich obsceniczności na podstawie kryteriów przyjętych w orzeczeniu *Miller v. California* w 1973 r.¹² W trzelementowym teście przedmiotem oceny jest to, czy: 1) przeciętny człowiek, stosując współczesne standardy społeczne uzna, że utwór jako całość apełuje do lubieżnych zainteresowań, 2) utwór przedstawia i opisuje, w oczywisty i obraźliwy sposób seksualne prowadzenie się, szczegółowo zdefiniowane przez obowiązujące prawo stanowe oraz 3) utworowi jako całości brakuje znaczącej wartości literackiej, artystycznej, politycznej lub naukowej.

Beat generation

Najprawdopodobniej określenie *beat generation* zostało użyte przez Jacka Kerouaca w rozmowie, w nawiązaniu do Herberta Huncke'a mawiającego o sobie: *I'm beat* – jestem zmęczony, oszukany, zużyty, przeciążony życiem, ospały, bez przyszłości¹³. Tym mianem określa się członków pokolenia, które doszło do dojrzałości w latach pięćdziesiątych XX w., pokolenia, którego odrzucenie systemów społecznych i politycznych Zachodu zostało wyrażone przez pogardę dla regularnej pracy, własności, tradycyjnego ubioru, przez zaślubiny z anarchizmem, wspólne życie, narkotyki¹⁴, pokolenia odrzucającego tradycyjne wartości społeczne, pozostającego pod wpływem filozofii i religii Wschodu¹⁵, mistycyzmu¹⁶ i progresywnego, nowoczesnego jazzu¹⁷, pokolenia poszukującego intensywnych doświadczeń, wsłuchanego w rytm prostego amerykańskiego słowa i bebopu¹⁸ – ale przede wszystkim grupy pisarzy amerykańskich, szczególnie Jacka Kerouaca, Allena Ginsberga i Williama Burroughsa. Słowo *beat* znaczy 'bić, pobić, uderzać, bębnić, walić, tłuc, łomotać, lawirować, kuć, trzepać, wytrzepać'¹⁹. Jest też skrótem od *beatitude*, co, według *Collins English Dictionary*²⁰ oznacza 'najwyższe błogosławieństwo lub szczęście', od określenia

¹² 413 U.S. 15 (1973).

¹³ E. Knowles, *The Oxford Dictionary of Phrase and Fable*. 2006. Encyclopedia.com. 29 Apr. 2014, <http://www.encyclopedia.com> (02.05.2014). M. Theado, *Why Another Beat Story?: The Modern Significance of the Beats*, 37 *Seattle U. L. Rev.* vii 2013, s. viii, J. C. Holmes, *This Is a Beat Generation*, N.Y. *Times Mag.*, Nov. 16, 1954, s. 10.

¹⁴ *Collins English Dictionary, Complete & Unabridged 10th Edition 2009*, William Collins Sons & Co. Ltd. 1979, 1986 HarperCollins Publishers 1998, 2000, 2003, 2005, 2006, 2007, 2009.

¹⁵ *The American Heritage Dictionary of the English Language, Fourth Edition* copyright 2000 by Houghton Mifflin Company. Updated in 2009, Houghton Mifflin Company.

¹⁶ *Random House Kernerman Webster's College Dictionary*, 2010 K Dictionaries Ltd. Copyright 2005, 1997, 1991 by Random House, Inc.

¹⁷ *The Columbia Electronic Encyclopedia* Copyright 2013, Columbia University Press. Licensed from Columbia University Press, www.cc.columbia.edu/cu/cup/ (02.05.2014).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ <http://translate.google.pl/#en/pl/beat> (04.05.2014).

²⁰ *Complete & Unabridged 10th Edition 2009* William Collins Sons & Co. Ltd. 1979, 1986 HarperCollins Publishers 1998, 2000, 2003, 2005, 2006, 2007, 2009.

użytego w Ośmiu błogosławieństwach, w *Nowym Testamencie*, w *Ewangelii według św. Mateusza*²¹. Stąd określenie *beat generation* można interpretować tak jako przegrane, jak i pokonane, ale także błogosławione pokolenie. Manifestowane przez nich wartości to: anarchistyczny indywidualizm, nonkonformizm, swoboda twórcza. Sfery poszukiwania przez nich sensu życia to: literatura, podróże, narkotyki, alkohol, sex, filozofia, jazz – be-bop. Ich kreacja polega na: niechęci do stałych związków – podwójnym/potrójnym życiu, związkach homoseksualnych i heteroseksualnych (czasem równoczesnych), niechęci do stałego zajęcia przynoszącego stały dochód, niechlujnym ubiorze, łamaniu konwenansów. Mimo wysiłków ku wykreowaniu się na artystów, bitnicy często postrzegani byli jako niechlubny margines konsumpcyjnego społeczeństwa. W latach sześćdziesiątych na łamach „International Criminal Police Review” przedstawiono paryskich bitników jako brudnych, niechlujnych, szukających na sobie wzajemnie pcheł, leniwych, z upodobaniem do życia włóczęgi, uprawiających miłość bezwstydnie przy swobodnie płynącym czerwonym winie²². Z kolei amerykańskie badania dotyczące dewiantów wykazały, że 12% ankietowanych widziało w tej grupie bitników, razem z homoseksualistami (49%), narkomanami (47%), alkoholikami (46%), prostytutkami (27%), mordercami (22%), kryminalistami (18%), lesbijkami (13%), młodocianymi przestępcami (13%), psychicznie chorymi (12%), zbrojcami (12%), komunistami (10%), ateistami (10%) i politycznymi ekstremistami (10%)²³.

Inspiracjami literackimi Jacka Kerouaca, Allena Ginsberga i Williama Burroughsa byli Walt Whitman, Arthur Rimbaud, William Blake, ale także przeżywane intensywnie życie, czasem szokujące i niecodzienne zdarzenia, nawet o kryminalnym charakterze, czasem postaci, jak Neal Cassady, całym swoim życiem manifestujący umiłowanie wolności, właściwie tylko aspirujący do miana pisarza, a jednocześnie centralna postać *W drodze* J. Kerouaca. „Wraz z przyjazdem Deana Moriarty’ego zaczął się nowy rozdział mojego życia, który można by nazwać życiem w drodze. Od dawna już marzyłem o wyjeździe na Zachód, żeby zobaczyć kawałek Stanów, ale zawsze kończyło się na mglistych planach i podróż nigdy nie doszła do skutku. Dean jest facetem stworzonym wprost do wędrownego życia, bo właściwie urodził się w drodze, kiedy jego rodzice w 1926 roku jechali starym gruchotem przez Salt Lake City do Los Angeles. Pierwsze wieści o Deanie miałem od Chada Kinga, który pokazał mi kilka jego

²¹ Mt 5:3-11: Błogosławieni ubodzy w duchu, albowiem do nich należy królestwo niebieskie. Błogosławieni, którzy się smućą, albowiem oni będą pocieszeni. Błogosławieni cisi, albowiem oni na własność posiadają ziemię. Błogosławieni, którzy łakną i pragną sprawiedliwości, albowiem oni będą nasyćeni. Błogosławieni miłosierni, albowiem oni miłosierdzia dostąpią. Błogosławieni czystego serca, albowiem oni Boga oglądać będą. Błogosławieni, którzy wprowadzają pokój, albowiem oni będą nazwani synami Bożymi. Błogosławieni, którzy cierpią prześladowanie dla sprawiedliwości, albowiem do nich należy królestwo niebieskie. Błogosławieni jesteście, gdy [ludzie] wam urągają i prześladowują was, i gdy z mego powodu mówią kłamliwie wszystko złe na was. *Biblia Tysiąclecia*, Poznań 2003.

²² *Round the World. Bitniks in Paris*, 42 Police J. 107 1969, s. 112.

²³ J. L. Simmons, H. Chambers, *Public Stereotypes of Deviants*, 13 Soc. Probs. 223 1965-1966, s. 224.

listów pisanych z poprawczaka w Nowym Meksyku. Listy ogromnie mnie zaintrygowały, bo Dean tak miłe i naiwnie prosił w nich Chada, żeby ten powiedział mu wszystko, co wie o Nietzschem i rozmaitych wspaniałościach intelektualnych, na których się zna. Pamiętam rozmowę z Carlem o tych listach – zastanawialiśmy się wtedy, czy kiedyś będziemy mieli okazję poznać tego dziwnego Deana Moriarty'ego²⁴.

W 1944 r. doszło w Nowym Jorku do zabójstwa Davida Kammerera przez Lucienę Carra. Zakończyło ono historię tragicznego zauroczenia nauczyciela (Kammerera) przez studenta (Carr), w konsekwencji do aresztu trafił także J. Kerouac oskarżony o pomoc w zacieraniu śladów²⁵. Z kolei w 1951 r. w Mexico City miało miejsce zdarzenie z gatunku groteski i makabry równocześnie – śmierć Joan Vollmer. Podczas mocno zakrapianego ginem przyjęcia mąż Joan, W. Burroughs zabawił się w Wilhelma Tella i postawiwszy jej na głowie szklanekę z ginem strzelił do niej z pistoletu z odległości dwóch metrów. Chybił, trafił żonę w czoło. Liczącą wówczas 28 lat Joan Vollmer, mimo działań ratunkowych, zmarła w szpitalu tego samego dnia²⁶.

Jack Kerouac, Allen Ginsberg i William Burroughs²⁷ spotkali się na Columbia University w latach czterdziestych XX w. Każdy z nich pochodził z innego środowiska. Jack Kerouac był potomkiem francuskich Kanadyjczyków, urodzonym w Nowej Anglii. Jego ojciec był zecerem, tłumaczem i wydawcą gazety, zmagającym się z kryzysem i bankructwem, matka – mistycyzującą katoliczką zmuszoną przez biedę do pracy jako kroczywni w fabryce obuwia. Allen Ginsberg urodził się w pochodzącej z Ukrainy żydowskiej rodzinie. Oboje jego rodzice byli nauczycielami – przy czym ojciec był socjalistą, matka komunistką, a przy tym schizofreniczką o długiej i burzliwej historii choroby. William Burroughs pochodził z dobrze sytuowanej rodziny aspirującej do śmietanki towarzyskiej St. Louis. Jeden jego dziadek był wynalazcą, drugi – pastorem metodystą²⁸.

To oni stanowili trzon znacznie większej grupy poetów i pisarzy. Wszystkie sztandarowe utwory tej trójki wzbudziły kontrowersje. Oprócz wspomnianego już *W drodze* J. Kerouca z 1957 r., w 1956 r. opublikowany został *Skowyt* A. Ginsberga, a w 1959 r. – *Nagi lunch* W. Burroughsa. W swoim poemacie Ginsberg pisał: „Widziałem najlepsze umysły mego pokolenia zniszczone szaleństwem, głodne, histeryczne, nagie, włóczące się o świcie po murzyńskich dzielnicach w poszukiwaniu wścieklej dawki haszu, anielogłowych hipstersów spragnionych pradawnego niebiańskiego podłączenia do gwiazdnej prądnicy w maszynie nocy, którzy w nędzy łachmanach z zapadniętymi oczyma w transie czuwali pałac w nadnaturalnych ciemnościach tanich mieszkań, płynąc poprzez

²⁴ J. Kerouac, *W drodze*, Warszawa 1993, s. 5.

²⁵ *Student is silent on slaying friend*, „The New York Times” August 18, 1944.

²⁶ *Heir's Pistol Kills His Wife; He Denies Playing Wm. Tell*, „New York Daily News” Sept. 7, 1951.

²⁷ Właściwie: Jean-Louis Lebris de Kerouac (1922-1969), Irwin Allen Ginsberg (1926-1997), William Seward Burroughs II (1914-1997).

²⁸ H. C. Kirsch, *W drodze. Poeci pokolenia beatników*, Warszawa 2006, s. 25-80.

dachy miast, kontemplując jazz"²⁹. Proza W. Burrougsa była ilustracją jego homoseksualizmu i walki z nałogiem narkotykowym: „Wyzdrowiałem w wieku czterdziestu pięciu lat: ocknąłem się jak ze snu, spokojny i zdrowy na ciele i umyśle, jeśli nie liczyć nadwężonej wątroby i trupiego wychudzenia, powszechnego u tych, co przeżyli... Większość ocalałych ma bardzo mętne pojęcie, co się z nimi działo. Ja, zdaje się (dokładnie tego nie pamiętam), prowadziłem w delirium szczegółowe notatki, które opublikowałem później pod tytułem *Nagi lunch*” i: „Froin wygląda jak wiejski chłopaczek, uczciwość płonie mu na twarzy jak błękitny neon. Zszedł prosto z okładki ilustrowanego tygodnika i zamarynował się w towarze. Frajerzy nigdy mu się nie narowią, a ludzie zawsze mają dla niego drzazgę. Pewnego dnia Błękitny Chłopiec zaczyna schodzić na psy; nawet szpitalny sanitariusz wyrzygałby się na jego widok. Wariuje w końcu, biega po pustych barach i stacjach metra, wrzeszcząc: «Wróć, chłopcze! Wróć!» Podąża za swoim chłopcem do East River, wśród prezerwatyw, skórek od pomarańczy, gazet unoszonych przez wiatr, ku czarnej rzece, na której dnie spoczywają gangsterzy zalani cementem i sprasowane pistolety, których nie zbadają już eksperci od balistyki”³⁰.

Granice ochrony

7 października 1955 r. Ginsberg publicznie zaprezentował swój poemat *Skowyt* w Six Gallery w San Francisco – w ramach odczytu pięciu poetów i przy wsparciu dyrektora City Lights Books, Lawrence’a Ferlinghettiego – księgarni i wydawnictwa, które wkrótce miało wydać go w kieszonkowej formie³¹. Prawie dokładnie rok później, bo 1 listopada 1956 r., światło ujrzało 1000 egzemplarzy poematu, wydrukowanych w Wielkiej Brytanii dla City Lights. W następnym roku wychodzą trzy kolejne wydania poematu (z czego 520 egzemplarzy drugiego wydania zostaje zatrzymane przez amerykańską służbę celną), dwie osoby zostają aresztowane (księgarz Shigeyoshi Murao za sprzedaż 1 egzemplarza nieprzyswoitej książki tajniakom i Lawrence Ferlinghetti – jej wydawca) oraz odbywa się proces nad książką³². W orzeczeniu sędzieja Municipal Court miasta i hrabstwa San Francisco, Clayton W. Horn stwierdził, że nie wierzy, aby *Skowyt* nie miał żadnego znaczenia społecznego. Pierwsza jego część przedstawia obraz miasta z koszmaru sennego, druga jest aktem oskarżenia tych elementów współczesnego społeczeństwa, które wpływają destrukcyjnie na najlepsze składniki ludzkiej natury, a więc: materializm, konformizm i mechanizacja prowadząca do wojny. Z kolei *Przypisy do Skowytu* wydają się być deklamacją

²⁹ A. Ginsberg, *Skowyt*, <http://poema.pl/publikacja/1378-skowyt> (02.05.2014).

³⁰ W. S. Burroughs, *Nagi lunch*, Kraków 2013, s. 9, 191.

³¹ Por. H. C. Kirsch, op. cit., s. 230, Beat Generation. Dictionary of American History. 2003. *Encyclopedia.com*. 29 Apr. 2014, <http://www.encyclopedia.com> (02.05.2014).

³² *Howl on trial. The battle for free expression*, red. B. Morgan, N. J. Peters, San Francisco 2006, s. 1-3.

na celu wzbudzenie pożądlive myśli. Istotne jest, aby standardy oceny nieprzyzwoitości zapewniały ochronę wolności słowa i prasy w przypadku materiału, który nie traktuje seksu w sposób przemawiający do lubieżnego zainteresowania. Standard oceny nieprzyzwoitości sprowadza się do stwierdzenia, czy dla przeciętnego człowieka, stosowanie do współczesnych norm społecznych, dominujący temat materiału, jako całość, apeluje do lubieżnego zainteresowania³⁷. Od orzeczenia w sprawie Rotha, aby uznać utwór literacki za obsceniczny należało udowodnić, że 1) odwołuje się on do lubieżnych zainteresowań, 2) jest jawnie obraźliwy, 3) nie ma wartości społecznej. Na podstawie orzeczenia stworzony został swego rodzaju test obsceniczności, składający się z pięciu elementów, które należało wziąć pod uwagę w trakcie oceny utworu. Po pierwsze, ocena miała być przeprowadzona z perspektywy zwykłej, rozsądnej osoby, po drugie – do oceny obsceniczności stosowane były normy wspólnotowe, po trzecie, przedmiotem badania były takie utwory, których dominująca tematyka była przedmiotem wątpliwości, po czwarte – utwory powinny być oceniane w całości, i w końcu, po piąte – obscenicznym utworem mógł być taki, którego celem miało być pobudzenie lubieżnego zainteresowania czytelnika³⁸.

Sędzia Horn w sprawie *Ferlinghetti* i *Murao* stwierdził ponadto, że nie może być sztywnych reguł ustalonych dla określenia, co jest obsceniczne, takie określenie zależy od miejsca, czasu, świadomości społecznej i panujących obyczajów. Nawet określenie „obsceniczne” miało historię jak kameleon i jak stwierdził sędzia *Cardozo*: „Słowo nie jest kryształem, przejrzystym i niezmiennym. Jest skórą dla żyjącej idei i może się znacznie różnić kolorem, treścią w zależności od warunków i czasu, w którym jest używane”³⁹. Jednak zasadniczym celem pisma musi być zdeprawowanie lub zepsucie swoich czytelników przez wzbudzanie lubieżnych myśli lub pożydlivych pragnień. Konkludując, sędzia Horn stwierdził, że zgadza się z sędzią *Douglasem*⁴⁰ w twierdzeniu: „Mam to samo zaufanie w zdolność naszych obywateli do odrzucenia literatury szkodliwej, jak do ich zdolności oddzielenia prawdy od fałszu w teologii, ekonomii, polityce lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie”. *Skowyt* ma pewne znaczenie społeczne i nie jest obsceniczny, a wynika to z szeregu założeń przyjętych w postępowaniu: 1. Jeżeli materiał ma najmniejsze znaczenie społeczne nie jest obsceniczny, ponieważ jest chroniony pierwszą i XIV Poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych oraz przez Konstytucję Kalifornii. 2. Jeśli nie ma najmniejszego znaczenie społecznego może być obsceniczny. 3. Próbę nieprzyzwoitości w Kalifornii

³⁷ Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957) 354 U.S. 476. Roth v. United States. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit. No. 582. Argued April 22, 1957. Decided June 24, 1957.

³⁸ Por. Komentarz do Pierwszej Poprawki Konstytucji USA, <http://www.law.cornell.edu/wex/obscenity> (02.05.2014).

³⁹ Za Oliverem Wendellem Holmesem, XIX-wiecznym amerykańskim lekarzem, pisarzem, poetą, humorystą i profesorem Harvardu.

⁴⁰ Roth v. United States, 354 U.S. 476, 514 (1957).

stanowi to, czy materiał wykazuje tendencje do zdeprawowania lub zepsucia czytelników przez ciekawe myśli lubieżne lub wzbudzanie zmysłowego pożądania do tego stopnia, że stwarza to faktyczne i oczywiste niebezpieczeństwo spowodowania działań antyspołecznych lub niemoralnych. 4. Książka lub materiał muszą być oceniane w całości co do ich wpływu na przeciętnego dorosłego w społeczności. 5. Jeśli materiał jest niewłaściwy tylko z powodu ordynarnego i wulgarnego języka, który nie jest erotyczny lub pobudzający seksualnie w swym charakterze, nie jest obsceniczny. 6. Umyślność musi być udowodniona. 7. Recenzje książek mogą być dowodami w sprawie, jeśli są prawidłowo poświadczone. 8. Dowody z biegłych w dziedzinie literatury są akceptowane. 9. Porównanie materiału z innym podobnym materiałem wcześniej osądzonym jest właściwe. 10. Ludzie mają wobec siebie i innych obowiązek zachowania i chronienia swoich konstytucyjnych wolności przed jakąkolwiek ingerencją ze strony rządu, chyba że okaże się, że dopuszczalne granice tej ochrony zostały naruszone, a wtedy podjąć tylko takie działania, które ulecżą naruszenia. 11. Przy ocenie materiału określanego jako obsceniczny dobrze jest pamiętać motto: „Honi soit qui mal y pense” (Zło dla tego, kto źle myśli)⁴¹.

Bibliografia

Akty normatywne

Konstytucja USA, http://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment wraz z Komentarzem do Pierwszej Poprawki, <http://www.law.cornell.edu/wex/obscenity>.

US Code (18 USC 1461), <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1461>.

Orzecznictwo

Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U.S. 491, 498 (1984).

Ginzburg et al. V. United States. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Third Circuit. No. 42. 383 U.S. 463 (1966) 383 U.S. 463.

Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).

Miller v. California 413 U.S. 15 (1973).

Roth v. United States, 354 U.S. 476, 514 (1957).

The People of The State Of California Plaintiff Vs. Lawrence Ferlinghetti Defendant Hon. Clayton W. Horn Judge, <http://mason.gmu.edu/~kthomps4/363-s02/horn-howl.htm>.

⁴¹ The People of the State of California Plaintiff vs. Lawrence Ferlinghetti Defendant Hon. Clayton W. Horn Judge, <http://mason.gmu.edu/~kthomps4/363-s02/horn-howl.htm> (02.05.2014).

United States v. One Book Called "Ulysses" 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y 1933), aff'd United States v. One Book Entitled Ulysses by James Joyce, 72 F2d 705 (2nd Cir. 1934).

Literatura

Biblia Tysiąclecia, Poznań 2003.

Burroughs W. S., *Nagi lunch*, Kraków 2013.

Collins English Dictionary, Complete & Unabridged 10th Edition 2009, William Collins Sons & Co. Ltd. 1979, 1986 HarperCollins Publishers 1998, 2000, 2003, 2005, 2006, 2007, 2009.

Ginsberg A., *Przypisy do Skowytu*, <http://poema.pl/publikacja/1378-skowyt>.

Ginsberg A., *Skowyt*, <http://poema.pl/publikacja/1378-skowyt>.

Heir's Pistol Kills His Wife; He Denies Playing Wm. Tell, „New York Daily News” Sept. 7, 1951.

Holmes J. C., *This Is a Beat Generation*, „N.Y. Times Mag.” Nov. 16, 1954.

Howl on trial. The battle for free expression, red. Morgan B., Peters N. J., San Francisco 2006.

Kerouac J., *W drodze*, Warszawa 1993.

Kirsch H. C., *W drodze. Poeci pokolenia beatników*, Warszawa 2006.

Random House Kernerman Webster's College Dictionary, 2010 K Dictionaries Ltd. Copyright 2005, 1997, 1991 by Random House, Inc.

Round the World. Bitniks in Paris, 42 „Police J.” 107 1969.

Simmons J. L., Chambers H., *Public Stereotypes of Deviants*, 13 Soc. Probs. 223 1965-1966.

Student is silent on slaying friend, „The New York Times” August 18, 1944.

The American Heritage Dictionary of the English Language, Fourth Edition copyright 2000 by Houghton Mifflin Company. Updated in 2009, Houghton Mifflin Company.

Theado M., *Why Another Beat Story?: The Modern Significance of the Beats*, 37 Seattle U. L. Rev. vii 2013.

Inne

Banned Books Online. Penn University, <http://onlinebooks.library.upenn.edu/banned-books.html>.

Beat Generation. Dictionary of American History. 2003. *Encyclopedia.com*. 29 Apr. 2014, <http://www.encyclopedia.com>.

<http://www.obliczakultury.pl/glowna/163-wydarzenia/2718-tydzien-ksiazek-zakazanych-2013>.

Knowles E., The Oxford Dictionary of Phrase and Fable. 2006. Encyclopedia.com. 29 Apr. 2014, <http://www.encyclopedia.com>.

Słownik Google Translate, <http://translate.google.pl/#en/pl/beat>.

The Columbia Electronic Encyclopedia Copyright 2013, Columbia University Press. Licensed from Columbia University Press. <http://www.cc.columbia.edu/cu/cup/>.

**MATERIAŁY Z ZAKRESU
EUROPEJSKIEGO PRAWA
RODZINNEGO**

José Luis Iriarte Ángel

Professor of Private International Law
Jean Monnet Chair of the European Union
Universidad Pública de Navarra
e-mail: jluis.iriarte@unavarra.es

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.14

The Spanish Intercountry Adoption: an Approach to the Law 54/2007

SUMMARY

The International Adoption Act (Law 54/2007, of December 28, hereinafter the IAA), is the first special Private International Law (PIL) act issued in Spain. The previous system was characterized by being dispersed. The IAA put an 'end to the regulatory dispersion characteristic of the previous legislation', inspired by the 'interests of the minor' as a guide to all adoption processes.

Key words: adoption, intercountry adoption, jurisdiction, PIL, IAA.

Słowa kluczowe: adopcja, adopcje międzynarodowe, jurysdykcja, prawo prywatne międzynarodowe.

Introduction

The legal regulation applicable to the international adoption, as an institution that creates a legal filiation link, is contained in the International Adoption Act (Law 54/2007, of December 28. This act aims to establish a general and complete catalogue of rules on the matter. So it regulates: a) The jurisdiction of the Spanish judicial and consular authorities; b) The applicable law; c) Recognition of adoptions constituted by foreign authorities¹.

¹ Regarding the IAA, *vid.* A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; S. Álvarez González, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional", *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, *on line version*; ID., "La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos", *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69; E. Gómez Campelo, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Ed. Reus, Zaragoza, 2009; C. Espluges Mota, "La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380.

However, the legal regime established by the IAA must be supplemented by the rules adopted by the Autonomous Regions² and by multilateral agreements. In particular, with the Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, with the European Convention on the Adoption of Children, of 27 November 2008 (which mainly provide common principles of material law) or with bilateral agreements, such as the Agreement on adoptions with the Republic of Bolivia of 29 October 2001, the Convention on cooperation in matter of adoption with the Socialist Republic of Vietnam of 5 December 2007, or the Russian-Spanish agreement on cooperation in the adoption of Russian children of 9 July 2014, as well as other bilateral agreements of general scope also applicable to the intercountry adoption³.

The IAA in many places is confusing and adopts legislative policy options sometimes highly critizable from the point of view of its complexity but also from the point of view of its effects over the "interest of the minor". The whole adoption process is subject to a high degree of public intervention of the national or regional entities, or accredited entities. Moreover, the IAA excludes the adoption of foreign children or with habitual residence in another State when certain circumstances concur, such as when the country in which the minor to be adopted has his habitual residence is subject to armed conflict or immersed in a natural catastrophe; if the country does not have a specific authority to control and guarantee adoption; or when the country does not provide adequate guarantees for adoption and the adoption practices and formalities there do not respect the minor's interest, or do not fulfil the international ethical and legal principles.

As said before, from the point of view of the applicable legal regime, the IAA is organized around the three basic and classic problems of Private International Law a) The international jurisdiction of the Spanish authorities for the establishment of adoption; b) The applicable Law; c) The recognition of adoptions established abroad.

² The Autonomous Regions have responsibilities in matters concerning the protection of minors and various aspects of administrative dossiers relating to international adoptions: the involvement of minor-protection agencies, intermediation in international adoptions, accreditation, monitoring and verification of International Adoption Collaborating Agencies, the relationship between the latter and people wanting to adopt, the suitability of prospective parents, the post-adoptive obligations of adopters, etc., are all aspects regulated by the Autonomous Regions, usually in more detail and more precisely than the IAA itself. In fact, an important part of the Spanish Academia considers that most of Title I of the IAA, which regulates these same aspects, is not constitutional, as it invades the jurisdiction of regional legislators (*Vid.* S. Álvarez González, 'La Ley de adopción internacional...', *op. cit.* at 43-47).

³ Related to the minor's protection in the international conventions, *vid.* E. Pérez Vera, "El Convenio sobre los derechos del niño", *Garantía internacional en los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Documentos Internacionales 1990; E. Pérez Vera, "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, 1993; M. Aguilar Benítez de Lugo, "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 7-37; H. Van Loon, "Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger", *Actes et documents de la dix-septième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé*. Bureau Permanent de la Conférence, 1994.

The international jurisdiction of the spanish authorities for the establishment of adoption

The IAA includes international jurisdiction rules similar to those provided in Article 22.3 LOPJ. In this sense, the international jurisdictional criteria for adoption are the same as under the former legislation: the adopter or child must either be of Spanish nationality or habitually resident in Spain. At least in theory, this allows adoptions without a reasonable link with Spain, so the objective of internationally strong adoption runs a serious risk of not being met⁴. Specifically, the IAA combines alternatively four rules of jurisdiction: the Spanish authorities are competent to constitute an adoption either when the adopter (i) either is Spanish or (ii) has his habitual residence in Spain; or when adopting (iii) either is Spanish or (iv) has his habitual residence in Spain. This link with the Spanish territory shall be assessed, in any event, at the time of submitting the application of adoption to the competent Public Body (art. 14.2). Because of being a procedure in matters of Voluntary Jurisdiction, the general rule of the defendant's domicile or of the party's autonomy are excluded.

From a practical point of view, unless the child is already living in Spain, this option implies the removal of the child from their country of origin to Spain, usually under the legal cover of a simple adoption or of any other measure of foster care constituted abroad.

Moreover, the IAA remains the possibility of Consuls constituting adoptions, in the event of the adopting parent being a Spaniard and if the person to be adopted is habitually resident in the relevant consular district, provided the host State does not oppose this, nor prohibit it under its laws (art. 17). In any case, the citizenship of the adopting parent and of the habitual residence of the adopted person shall be determined at the time of commencing the administrative adoption proceedings.

Special rules for amendment, review, declaration of nullity or conversion from simple adoption⁵ into full adoption are also provided:

- (i) In relation to the declaration of nullity, the Spanish Courts and Tribunals shall be competent according to the same four forums set of rules explained before, or when the adoption has been constituted by a Spanish authority (Article 15.1.)

⁴ S. Álvarez González, 'The new international adoption system in Spain', *Yearbook of Private International Law*, Volume 10 (2008), p. 421; "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *Diario La Ley Digital* nº 6910, 25 de marzo 2008, año XXIX. A. L Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007...*, op. cit. pp. 84- 90, advocate the application of the "disconnection clause" to justify the declaration of non-jurisdiction of the competent Court in cases where the connection of the adoption with the Spanish territory is only formal.

⁵ According to art. 15.4 IAA, "Simple or less than full adoption shall be understood as that constituted by a competent foreign authority whose effects materially coincide with those foreseen for adoption under the Spanish Law.

- (ii) In relation to the amendment or review of an adoption, the Spanish Courts and Tribunals will have jurisdiction in the same cases stated in the previous paragraph, even if the adoption has been constituted before by a foreign jurisdiction as long as that adoption has been recognized in Spain (Article 15.3.).
- (iii) Finally, if the law applied to the adoption foresees the possibility of a simple adoption, the Spanish Courts and Tribunals shall be competent for conversion from simple adoption into full adoption in the same cases in which they have jurisdiction to declare the nullity of the adoption (Art. 15.2).

The applicable law

As for the applicable law, the IAA establishes an unnecessarily complex system. On one side it is based on the application of the Spanish law when the adoptee has or will have after adoption the habitual residence in Spain (art. 18). This solution is complemented by special connections in the field of capacity and of the adopting necessary consents in order to ensure the recognition of the adoption constituted in Spain in other States. Thus, it is expected that the capacity of adopting and the consent for adoption shall be governed by the national law of adopting, and not by the Spanish law, if the person to be adopted was habitually resident abroad or if the adoptee, resident in Spain, does not acquire Spanish citizenship after the adoption (art. 19.1).

A contrario sensu, it seems that the Spanish law will govern the limits on the ability of the adopter. However, this assessment is subordinated to the Spanish authority considering that it facilitates the effectiveness of the adoption in the State of the nationality of the adoptee (art. 19.2). It is also allowed to combine the application of Spanish law with the law or foreign laws relating to nationality or habitual residence of the adopter or adopting in matters of consent, hearings and authorizations when it facilitates the recognition of the Spanish adoption in other countries and whenever it is requested by the adopter or by the prosecution (art. 20).

In the unlikely event that the adoptee is not habitually resident in Spain or is not going to be relocated to Spain the constitution of the adoption shall be governed by the Law of the country that has formerly been, or to which the person to be adopted is to be relocated in order to establish habitual residence in that country. If this criterion fails, it will be governed by the Law of the country of habitual residence of the person to be adopted. This solution is also complemented by the possibility of taking into account the requisites of capacity of the person to be adopted and the necessary consent of all the subjects involved in the adoption foreseen in the national law of the person to be adopted, in the event of that authority considers that observing such requisites facilitates the validity of

the adoption in the country of the nationality of the person to be adopted (Art. 21.2). Moreover, the Spanish authority may also take into account the consents hearings or authorizations required by the national law or by the law of the habitual residence of the adoptive parent or of the person to be adopted, in the event of that authority considers that observing those requisites facilitates the validity of the adoption in other countries related to the case (art. 21.3).

The law designated in accordance with the above rules governing the constitution of the adoption and conversion, revision or annulment (Art. 22) but in no case will the foreign law be applicable if it is contrary to public policy, taking into account primarily the minor's interest (art. 23).

Effectiveness of foreign adoptions

Previous to the analysis of the IAA rules in this field, it is necessary to point out that the effectiveness of the IAA is limited to the recognition of adoptions constituted by foreign authorities of States that have not signed an agreement in this matter with Spain. As for the recognition in Spain of adoptions constituted abroad, and without prejudice to the prevailing application of the Hague Convention of 29 May 1.993 or other bilateral conventions, the IAA makes a distinction between the effects of a full adoption and a simple adoption:

The effectiveness of full foreign adoption

When the effects of the foreign adoption are similar to the effects of a full adoption under the Spanish Law, the legal treatment of the recognition is, once again, unnecessarily complex⁶.

The IAA regulates the conditions necessary for adoptions to be effective.

1. *The adoption must have been constituted before a competent public authority, judicial or otherwise* (Art. 26.1.1 IAA): Its international jurisdiction will be controlled. Firstly, the constituent authority must be competent in accordance with its own law. In other words, it is deemed that a foreign authority that constituted the adoption is internationally competent if the criteria established in its own laws were respected in the constitution of the adoption. Secondly, although formulated in a negative way, the Spanish judge must check whether those jurisdiction criteria applied by the judge of origin are based on reasonable connections. The meaning and scope of this general and undefined condition introduces a high degree of uncertainty. The Law refers to "reasonable connection of origin", as for the authority of the State of the nationality or habitual residence of the child. The IAA also alludes to "family background" (for example, the

⁶ Systematizing the correspondence test, RDGRN of 6 May 2009 or 28 April 2010.

nationality or residence of the biological parents of the child) and to other connections “of a similar nature”⁷.

2. *The adoption must have been constituted in accordance with the law or laws designated by the conflict-of-laws rule of the State of the constituent authority (Art. 26.1.2 IAA):* In this sense, it does not matter whether the authority of origin applies conflict-of-laws rules different from those envisaged by the Spanish system. It is not clear whether the expression “in accordance with the law” implies only verification of what law was applied and which should be applied or if it also includes control of how the said law was applied. This control is based on the wrong idea that the Spanish authority is in a better position to review the application of the rules of the State of origin than the authority of that State itself, leading to review of the substance of the case⁸. Fortunately, the IAA allows for corrections for filling out a consent form or declaration required under the foreign law. The LAI provides that if the Spanish authority notes that no declaration of will has been provided, or that the consent required by the foreign Law that regulates the constitution of the adoption has not been provided, that requisite may be completed in Spain before the competent Spanish authorities pursuant to the criteria set forth in the IAA or before any other competent foreign authority.
3. *Where the adopting parents or the child are Spaniards, the foreign adoption subject to recognition must produce legal effects which are substantially similar to those envisaged under the Spanish legal system, irrespective of their denomination in the foreign country (Article 26.2 IAA):* In the absence of this equivalence of effects, the adoption will not be recognized as such, at least not as an adoption regulated by Spanish law. In particular, the Spanish authorities shall ensure that the adoption constituted by a foreign authority causes extinction of the material legal bonds between the adopted person and his former family, which make the same ties of filiation arise as those of biological filiation and that are irrevocable for the adoptive parents (if the foreign Law admits that the adoption constituted under its auspices may be revoked by the adoptive parent, it shall be an indispensable requisite that, prior to bringing the minor to Spain, the parent renounce to the exercise of the power to revoke it. The renunciation shall be formalized in a public deed by appearance before a Civil Registry Officer.
4. *Where the adoptive parent is a Spaniard and resident in Spain, the competent Spanish public body shall declare his suitability prior to the adoption being*

⁷ Given this breadth and lack of definition, the reference to “reasonable criteria” could include, although the IAA does not mention it specifically, “bilateralised” fora, i.e. considering the foreign judge competent in the same cases where the Spanish judge would be declared competent (P. Rodríguez Mateos, A. Espiniella Menéndez, “Spanish Practice in Respect of Intercountry Adoption”, *Spanish Yearbook of International Law*, Volume XV, 2011, p. 131).

⁸ R. Arenas García, C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEL*, No. 17, 2009, p. 25.

constituted by a competent foreign body (Art. 26.3 IAA): This requirement is waived where such a declaration is unnecessary when the adoption is constituted before Spanish authorities. The lack of a competency declaration cannot be corrected after the constitution of the adoption. Nevertheless, it seems improper that consent with the assignment proposal made by the child's authorities is not requested from the Spanish public authority.

5. *If the child to be adopted is Spanish, consent from the public official corresponding to the child's last place of residence in Spain is required* (Article 26.4 LAI): Should the person to be adopted be a Spaniard at the time of constituting the adoption before the competent foreign authority, consent by the relevant Public body of the last place of residence of the person to be adopted in Spain shall be required.
6. *The adoption must appear on an authentic public document translated into an official Spanish language* (Article 26.5): In this sense, the document recording the adoption constituted before a foreign authority shall fulfill the formal requisites of authenticity consisting of legalization or apostille and translation into an official Spanish language. However, the IAA reserves any provision which exempts compliance with these requirements which is consistent with the flexibility of the regulation governing the register regarding these requirements⁹.

The effectiveness of simple foreign adoption

The effectiveness of simple adoption is regulated in article 30 IAA. Article 30.1 IAA advocates the extension of its effects and allows it in Spain as such simple adoption with the content provided for under the national adoption law. According to this provision, simple or legally less full adoption constituted by a foreign authority shall take effect in Spain as a simple adoption if it complies with the national law of the person adopted pursuant to art. 9.4 of the Spanish Civil Code. The national law of the person adopted under simple or less full terms shall determine the existence, validity and effects of these adoptions, as well as the attribution of parental authority. However, simple adoptions shall not be subject to inscription at the Spanish Civil Registry as adoptions, nor shall they give rise to acquisition of Spanish citizenship.

Article 30.4 LAI allows simple foreign adoption to be used as a tool for conversion to full Spanish adoption. The conversion shall be governed by the law determined according to the IAA. In all cases, the competent Spanish authority shall examine the concurrence of the following particulars:

⁹ Articles 86 to 89 RRC

- a) That the persons, institutions and authorities whose consent is required for the adoption have been duly counselled and informed of the consequences of their consent, on the effects of the adoption and, specifically, regarding extinction of the legal bonds between the person and his family of origin;
- b) That such persons have freely declared their consent, in the legally foreseen manner, and that said consent has been provided in writing;
- c) That the consents have not been obtained by payment or compensation of any kind whatsoever and that such consents have not been revoked;
- d) That consent by the mother, when required, has been provided after the child's birth;
- e) That, taking into account the child's age and degree of maturity, he has been appropriately counselled and informed of the effects of the adoption and, when required, his consent thereto has been secured;
- f) That taking into account the child's age and degree of maturity, he has been heard;
- g) That, when consent from the minor must be secured in an adoption, that he freely declared, in the manner and with the legally foreseen formalities, be examined and without there having been a price or compensation of any kind whatsoever.

Bibliography

- Aguilar Benítez de Lugo, M., "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, 1993-1.
- Álvarez González S., "The new international adoption system in Spain", *Yearbook of Private International Law*, Volume 10 (2008).
- Álvarez González S., "La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos", *AEDIPr*, vol. VII, 2007.
- Álvarez González S., "Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional", *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, *on line* version.
- Calvo Caravaca A. L., Carrascosa González J., *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.
- Espluges Mota, C., "La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *RDIPP*, 2008-2.
- Gómez Campelo, E., *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Ed. Reus, Zaragoza, 2009.
- P. Rodríguez Mateos, A. Espiniella Menéndez, "Spanish Practice in Respect of Inter-country Adoption", *Spanish Yearbook of International Law*, Volume XV, 2011.
- Pérez Vera, E., "El Convenio sobre los derechos del niño", *Garantía internacional en los derechos sociales*, Madrid.

- Pérez Vera, E., "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, 1993.
- R. Arenas García, C. González Beilfuss, "La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo", *REEL*, No. 17, 2009.
- Van Loon H., "Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger", *Actes et documents de la dix-septième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé*. Bureau Permanent de la Conférence, 1994.

Katarzyna Bagan-Kurluta

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: kbkurluta@wp.pl

telefon: 662065222

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.15

Czyje dziecko, czyje? Kilka uwag o pochodzeniu dziecka na tle umów macierzyństwa zastępczego

SUMMARY

Whose child, whose? Some remarks on the origin of a child against surrogacy contracts

Surrogacy is a tool to fulfil anyone's need and yearning for a child. Next to adoption, it provides the only additional way to be a parent, opposite to adoption – it makes an individual capable of having a genetically related child. However, since the beginning of application of methods of artificial procreation and surrogacy itself in the 70s, 80s of the twentieth century, the need for regulation of surrogacy, the legality of the contract is still a source of controversies in courtrooms as well as in scientific discourse. Unfortunately, usually the consequence of a contract, even regarded as invalid, is childbirth. The discussion about surrogacy is therefore not only scientific in its nature – it refers to a living human being and his legal and family status. A few years ago I wrote about surrogacy in the US, in order to show the complexity of the problem in a country where there is a multiplicity of regulations – from its prohibition, through the lack of references in the law, to a clear, pronounced acceptance of contracts and surrogacy itself. Today, I am coming back to the issue in order to make one of the most controversial American cases the background for reflections on the realities of today's Polish law.

Key words: surrogacy, contract of surrogacy, surrogate mother, intended parent, genetic mother, biological mother, father.

Słowa kluczowe: surogacja, macierzyństwo zastępcze, surogatka, socjologiczny rodzic, genetyczna matka, biologiczna matka, ojciec.

Na historię surogacji składają się przypadki szczęśliwych rozwiązań problemów rodzinnych, ale także konfliktów i spraw sądowych o ustalenie pochodzenia dziecka, i ustanowienie pieczy nad nim. Dzięki surogacjom możliwe jest zrealizowanie marzenia o dziecku, stanowią one obok adopcji jedyną dodatkową, oprócz naturalnej, możliwość wstąpienia w prawa rodzica. Jednakże od początków ich stosowania w latach siedemdziesiątych, osiemdziesiątych XX w. tak na salach sądowych, jak i w doktrynie toczą się dyskusje co do potrzeby wprowadzenia ich regulacji, zgodności z prawem umów macierzyństwa

zastępczego, ale też konsekwencji zawarcia umowy, nawet nieważnej, w postaci przyjścia dziecka na świat. W kontekście tych dyskusji, poniższe rozważania stanowią próbę skonfrontowania dzisiejszych polskich realiów prawnych z jedną z najbardziej kontrowersyjnych amerykańskich spraw, zakończoną w 2007 r. Są także powrotem autorki do tematyki surogacji w USA¹ i do inspiracji wielością regulacji prawnych tam obowiązujących – od zakazu surogacji, poprzez brak odniesień do nich w prawie, po wyraźną akceptację umów macierzyństwa zastępczego i samych surogacji – i skutkami ich zastosowania.

* * *

W 2007 r. *Minnesota Court of Appeals* rozpatrzył apelację od wyroku sądu pierwszej instancji (*district court*) w sprawie *In re Paternity & Custody of Baby Boy A. Pozwany, P.G.M.*, 38-letni adwokat mieszkający w Nowym Jorku, wychowany w rodzinie wielodzietnej, zapałał chęcią posiadania dziecka. Jako homoseksualista zarażony HIV, spędził ponad rok omawiając swoje plany z lekarzami, rozważając ewentualne dawczynie komórek jajowych i analizując surogację gestacyjną. Uznał, że jedynym sposobem na doprowadzenie do przyjścia na świat dziecka genetycznie z nim spokrewnionego jest zastosowanie zapłodnienia *in vitro* i surogacji gestacyjnej (w czasie postępowania *district court* stwierdził, że jego choroba była skutecznie kontrolowana, że był on w doskonałym zdrowiu fizycznym, i spodziewano się u niego długości życia jak u zdrowego człowieka). W następstwie wyrażonej przez jednego z lekarzy przychylniej opinii o posłużeniu się biologicznie spokrewnioną z pozwanym surogatką, P.G.M. wiosną 2004 r. skontaktował się telefonicznie ze swoją siostrą, Mary, aby zapytać ją czy zostanie matką zastępczą dla jego dziecka. Mary odmówiła, ale poinformowała o propozycji swoją córkę J.M.A. (powódkę w późniejszej sprawie), studiującą w Minnesocie. Chociaż J.M.A. była w tym czasie w ciąży, zadzwoniła do P.G.M. i zaproponowała mu swoje usługi jako surogatka gestacyjna. Świadomy ciąży J.M.A. pozwany nie przystał na tę propozycję. W ciągu kolejnych kilku miesięcy strony wymieniały korespondencję dotyczącą macierzyństwa zastępczego. Jesienią 2004 r., gdy J.M.A. urodziła swoje dziecko, P.G.M. zaakceptował ustną propozycję J.M.A. działania w charakterze surogatki gestacyjnej. W dniu 2 grudnia tego samego roku P.G.M. podpisał umowę macierzyństwa zastępczego, w której zawarte były wcześniejsze ustne uzgodnienia stron, sporządzoną według wzoru znalezione go w Internecie. W umowie przewidziano, że będzie ona podlegała prawu stanu Illinois. Zawierała ona również zasadnicze dla surogacji postanowienia – zobowiązanie J.M.A. do donoszenia ciąży z genetycznym dzieckiem P.G.M., urodzenia go i zrzeczenia się wszelkich praw do niego oraz zobowiązanie P.G.M. do

¹ K. Bagan-Kurluta, *About surrogacy agreements against background of American experiences*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, z. 8, s. 59-78.

pokrycia w zamian za to całości wydatków J.M.A. związanych z macierzyństwem zastępczym. Umowa zawierała również postanowienie o ujawnieniu przez zarażonego HIV pozwanego informacji dotyczących przeprowadzenia procesu płukania plemników (*sperm-washing*), polegającego na oddzieleniu płynu nasennego od plemników i zastąpienia go sterylnym roztworem, które w opinii *district court* zminimalizowało ryzyko transmisji HIV. W tekście umowy znalazło się także następujące oświadczenie woli przyszłej surogatki: „Ja, [J.M.A.] niniejszym potwierdzam, że zgodziłam się nosić i urodzić dziecko poczęte poprzez zapłodnienie *in vitro* i połączenie komórki/komórek jajowych anonimowej dawczyni i nasienia P.G.M., aby P.G.M. mógł mieć dziecko genetycznie z nim spokrewnione. Nie mam zamiaru sprawować pieczy nad dzieckiem, ani fizycznie, ani w świetle prawa, ani posiadać jakichkolwiek praw rodzicielskich, obowiązków lub zobowiązań wobec jakiegokolwiek dziecka urodzonego w wyniku tej surogacji gestacyjnej. Moim zamiarem jest raczej, aby genetyczny i socjologiczny rodzic dziecka [P.G.M.], sprawował wyłączną pieczę i miał pełny zakres praw i obowiązków oraz zobowiązań wobec dziecka”. W połowie grudnia 2004 r. J.M.A. podpisała umowę, przedtem odrzucając propozycję P.G.M. aby na jego koszt niezależny prawnik przeanalizował jej treść pod kątem zgodności z prawem. W wyniku ustnej modyfikacji umowy P.G.M. zgodził się zapłacić J.M.A. kwotę \$20 000 jako opłatę za jej usługi jako surogatki – przekazał jej czek na tę kwotę w końcu grudnia 2004 roku. Na początku 2005 r., strony udały się do placówki medycznej w Illinois specjalizującej się w płukaniu plemników i zapłodnieniu *in vitro* i podpisały dokumenty wymagane do rozpoczęcia procedury medycznej. W dniu 12 kwietnia 2005 r. specjaliści od zapłodnienia *in vitro* w Illinois przeprowadzili zapłodnienie komórki jajowej anonimowej dawczyni nasieniem P.G.M. i wszczepili embrion J.M.A. Latem 2005 r., J.M.A. zatrzymała się na dwa miesiące w apartamencie P.G.M. w Nowym Jorku. Podczas tego pobytu między stronami doszło do sporu. Wkrótce potem J.M.A. zażądała, aby P.G.M. zapłacił jej dodatkowe \$ 120 000 grożąc przerwaniem ciąży, jeżeli P.G.M. nie spełni jej żądania. Na początku grudnia 2005 r. J.M.A. przygotowała nową umowę, w której przewidziano pokrycie dodatkowych kosztów transportu, usług medycznych i psychologicznych. P.G.M. nie podpisał tej umowy. W dniu 17 grudnia 2005 r. J.M.A. urodziła dziecko w stanie Minnesota. Zarejestrowała je, nie informując P.G.M. o urodzeniu dziecka, jego imieniu i nazwisku ani o miejscu jego pobytu. Po powzięciu informacji o tym od swojej siostry P.G.M. wniósł o ustalenie ojcostwa. *District court* natychmiast wyznaczył J.M.A. pełnomocnika z urzędu (w ramach instytucji *Hennepin County Public Defender*). Pod kierunkiem sądu, w ramach działań *Hennepin County Court Services* wysłuchano obu stron i sporządzono raport, w który zalecono, aby P.G.M. sprawował tymczasową pieczę nad dzieckiem. W raporcie odnotowano silny emocjonalny związek P.G.M. z dzieckiem oraz fakt, że działania J.M.A. motywowane były w największej mierze perspektywą zysku. Podczas postępowania sądowego, sąd wysłuchał obszernych

zeznań i przeanalizował liczne dowody i 18 sierpnia 2006 r. w wyroku stwierdził, że zgodnie z *Illinois Parentage Act*, P.G.M. jest ojcem dziecka, odmawiając J.M.A. praw rodzicielskich². Powódka bez rezultatu usiłowała wszcząć kolejny proces – *district court* odrzucił jej wniosek w tej sprawie. W związku z tym w dniu 11 grudnia 2007 r. wniosła apelację od wyroku sądu I instancji. *Minnesota Court of Appeals*, rozpatrujący ją, wydał w sprawie (nieopublikowaną) opinię³. W opinii nie zgodził się z zarzutami skarżącej surogatki oponującej przeciwko ustaleniu pochodzenia dziecka od pozwanego i ustanowieniu jego pieczy nad dzieckiem, a mianowicie: 1) popełnienia błędu w postaci wykonania umowy surogacji gestacyjnej zawartej przez strony, 2) błędnego zastosowania prawa stanu Illinois, jak wynikało to z treści wspomnianej umowy surogacji gestacyjnej, 3) nadużycia uprawnień dyskrejonalnych sądu przez wyrażenie zgody na wniosek pozwanego o zmianę danych (imienia/nazwiska) dziecka. Powódka wskazała trzy przesłanki powołanego przez nią błędnego wykonania umowy surogacji gestacyjnej zawartej przez strony: 1) umowa nie odzwierciedlała rzeczywistego porozumienia stron, 2) P.G.M. przymusił ją do podpisania umowy oraz 3) umowa była sprzeczna z porządkiem publicznym stanu Minnesota. Co do pierwszego argumentu, powódka stwierdziła, że *district court* popełnił błąd uznając, że strony ustnie zmieniły umowę w kwestii suplementarnego odszkodowania, oraz że umowa nie zawierała innego postanowienia dotyczącego dodatkowych uzgodnień stron. *Minnesota Court of Appeals* zgodził się z wyrażonym w orzeczeniu w sprawie *Inland Prods. Corp. v. Donovan, Inc.*⁴, przekonaniem o braku możliwości dokonania zmiany ustaleń sądu niższej instancji przez sąd wyższego rzędu, chyba że są one w sposób oczywisty sprzeczne z dowodami i pozostają bez rozsądnego wsparcia dowodowego. Według ustaleń *district court*, brak było wystarczających dowodów, że takie dodatkowe uzgodnienia między stronami miały miejsce. Dał on wiarę wersji P.G.M. jako wiarygodnej, stwierdzając o braku wiarygodności wersji J.M.A. W Illinois i w Minnesocie do zawarcia ważnej umowy wymagane było złożenie oferty i jej przyjęcie⁵. W aktach sprawy znajdowały się istotne dowody na poparcie tezy *district court*, że J.M.A. i P.G.M. ważnie zawarli umowę w formie pisemnej, po czym poddali ją ustnej modyfikacji. Choć z treści umowy wynikał obowiązek wprowadzenia poprawek do niej w formie pisemnej, prawo Illinois pozwalało na wprowadzanie ustnych zmian do umów zawieranych w formie pisemnej⁶. J.M.A. twierdziła, że wprowadzenie ustnej zmiany

² In re Paternity & Custody of Baby Boy A., No. A07-452, 2007 WL 4304448 (Minn. Ct. App. Dec. 11, 2007), Hennepin County District Court File No. 27-PA-FA-05-278S, <http://www.lawlibrary.state.mn.us/archive/ctapun/0712/opa070452-1211.htm>. Por. S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, „Wisconsin Journal of Law, Gender & Society” 2009, nr 24, s. 95-97.

³ <http://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/2007/opa070452-1211.html> Justia US Law (30.06.2016).

⁴ 249 Minn. 387, 390, 82 N.W.2d 691, 693 (1957).

⁵ *Melena v. Anheuser-Busch, Inc.*, 847 N.E.2d 99, 109 (Ill. 2006).

⁶ *Tadros v. Kuzmak*, 660 N.E.2d 162, 170 (Ill. App. Ct. 1995).

skutkowało nieważnością całej umowy, choć nie znalazła dla tego twierdzenia wsparcia w żadnym ze źródeł prawa. W związku z powyższym, *district court*, a za nim *Minnesota Court of Appeals*, przyjęły, że umowa była ważna i stanowiła wyraz porozumienia stron.

Co do drugiego argumentu, J.M.A. stwierdziła, że podpisała umowę pod wpływem psychologicznego, emocjonalnego i finansowego przymusu. Istnienie przymusu w amerykańskim prawie jest kwestią faktu, który należy dowieść⁷. W stanie Illinois, którego prawo zastosowano, przymus oznaczał narzucanie, kontrolowanie, nadmierny, bezprawny nacisk, a także czerpanie nadmiernej korzyści ze stresu innej osoby, przy czym osoba ta powinna być pozbawiona możliwości wykonywania jej wolnej woli⁸. Przymus powinien wpłynąć na umysł osoby w ten sposób, że wykonanie przez nią umowy nie było dobrowolnym aktem, powinien mieć miejsce w momencie wykonywania przez nią umowy. O przymusie nie można było mówić tylko z powodu zdecydowanej/twardej pozycji negocjacyjnej drugiej strony lub presji sytuacji finansowej⁹. Ciężar udowodnienia istnienia przymusu spoczywał na osobie powołującej się na niego¹⁰. Żadna z okoliczności sprawy nie świadczyła o stosowaniu przymusu w stosunku do J.M.A. Inicjatywa zawarcia umowy ze swoim wujem wyszła od niej. *District court* przyjął za trzy główne czynniki motywacji J.M.A.: 1) jej predyspozycję do pomocy innym, 2) jej ogólną chęć pomocy P.G.M. oraz 3) perspektywę otrzymania dużej, jak dla niej, sumy pieniędzy. Sąd uznał także za prawdziwe zeznania członków rodziny opisujące J.M.A. jako osobę niezależną, o silnej woli, niemającą problemów z ochroną własnych praw. Na podstawie tych faktów przyjął, że nie było oszustwa, wprowadzenia w błąd, bezprawnego nacisku, przymusu z żadnej strony podczas procesu kształtowania umowy. *Minnesota Court of Appeals* przyjął za nim, że J.M.A. nie była przymuszona w żaden sposób do podpisania umowy.

Co do argumentu sprzeczności umowy z porządkiem publicznym stanu Minnesota, J.M.A. stwierdziła, że *district court* popełnił błąd, przyjmując skuteczność umowy, ponieważ w Minnesocie nie było ani aktu prawnego ani orzecznictwa sankcjonującego umowne ustalenie pochodzenia dziecka i pieczy nad nim. Jednak ani prawo stanowiące stanu Minnesota ani orzecznictwo nie zakazywało umów surogacji gestacyjnej – przeciwnie ustawodawca wyraźnie chronił prawa osób, które korzystały z technologii wspomaganego rozrodu¹¹. J.M.A. stwierdziła, że skoro pojęcie „matka biologiczna” w świetle *Minnesota*

⁷ *Wise v. Midtown Motors, Inc.*, 231 Minn. 46, 53, 42 N.W.2d 404, 408 (1950).

⁸ *In re Marriage of Gorman*, 671 N.E.2d 819, 825 (Ill. App. Ct. 1996).

⁹ *Higgins v. Brunswick Corp.*, 395 N.E.2d 81, 85 (Ill. App. Ct. 1979).

¹⁰ *Stoltze v. Stoltze*, 66 N.E.2d 424, 428 (Ill. 1946).

¹¹ *Minnesota Statutes* § 257.56 (2006) (dotyczący sztucznej prokreacji), *Minnesota Statutes* § 62Q.14 (2006) (ograniczenia firm ubezpieczeniowych we wprowadzaniu wobec posiadaczy polis ubezpieczenia zdrowotnego ograniczeń dostępu do ośrodków leczenia niepłodności). Por. w wersji z 2015 roku: [https://www.revisor.mn.gov/statutes/ \(05.07.2016\)](https://www.revisor.mn.gov/statutes/ (05.07.2016)).

Statutes § 257.54 (2006), zawierającego regulację ustanowienia relacji rodzic – dziecko, obejmowało „dowolny typ rodzicielstwa poza adopcyjnym”, *district court* naruszył porządek publiczny Minnesoty wykonując umowę i opierając się przy tym tylko na kryterium genetycznym. Dla swojego twierdzenia nie znalazła jednak wsparcia w żadnym ze źródeł prawa. *District court* nie opierał się wyłącznie na badaniach genetycznych w celu ustalenia ojcostwa dziecka, rozważył także inne dowody: umowę, zeznania stron i zeznania lekarza, który dokonał transferu zarodka. Ponadto sąd zdecydował, że dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest konieczne, aby dowieść, czy wyrażenie „matka biologiczna” odnosiło się do „każdego typu nie-adopcyjnego rodzicielstwa”. J.M.A. stwierdziła w związku z tym, że jedynie na podstawie dowodu urodzenia dziecka możliwe było ustalenie macierzyństwa zgodnie z § 257.54. Mimo że w ustawie przewidziano, że macierzyństwo mogło być ustanowione przez „dowód matki biologicznej urodzenia dziecka”, *Minnesota Statutes* § 257.54 (a), uregulowano w niej również inne metody ustalenia relacji matka-dziecko, np. uznanie dziecka, adopcję. J.M.A. powołała się ponadto na przepis ustawy, która czyni nieważnym przekazanie dziecka przez rodzica innej osobie w inny sposób niż na mocy decyzji sądu¹². W powołanym przez nią przepisie przyjęto jedynie, że „żaden rodzic nie może scedować ani w inny sposób przenieść na inną osobę praw lub obowiązków rodzicielskich dotyczących stałej opieki i pieczy nad dzieckiem w wieku poniżej 14 lat. W przepisie tym nie zdefiniowano pojęcia „rodzic”, a ustawa nie zabraniała ciąży surogatki z dzieckiem genetycznie z nią niespokrewnionym i przekazania go biologicznemu rodzicowi po urodzeniu. Ponieważ w Minnesocie ani ustawodawstwo ani orzecznictwo nie zakazywało takich umów, nie naruszały one porządku publicznego. Oznaczało to, że prawo ani nie potępiało, ani nie akceptowało umów surogacji gestacyjnej – *Minnesota Court of Appeals* stwierdził, że nie było to także rolą sądu. Jednakże, według niego, funkcją sądu było ustalenie pochodzenia dziecka i pieczy nad nim, jeśli dziecko urodziło się w tym stanie w wyniku zastosowania takiej procedury a wnioskowano, aby wymiar sprawiedliwości to uczynił.

Co do zarzutu błędnego zastosowania prawa stanu Illinois, to J.M.A. kontestowała w ogóle zasadność stosowania prawa tego stanu. Stwierdziła ponadto, że jeśli ma być ono stosowane to *district court* powinien przeanalizować sprawę pod kątem zgodności z przepisami *Illinois Gestational Surrogacy Act*¹³, mimo że strony podpisały umowę przed dniem wejścia w życie tego aktu, ponieważ należało uwzględnić nie datę podpisania umowy, a datę jej wykonania. Przepis wspomnianej ustawy stanowił, o jej stosowaniu wyłącznie do umów surogacji gestacyjnej, które zostały zawarte po 1 stycznia 2005 r. Ponieważ obie strony podpisały umowę w grudniu 2004 r., przed dniem wejścia w życie ustawy, jej

¹² *Minnesota Statutes* § 257.02 (2006).

¹³ 750 Ill. Comp. Stat. 47/1-75 (2006).

przepisy nie miały zastosowania. Także zastosowanie *Illinois Parentage Act*¹⁴, która regulowała rodzicielstwo, było według powódki nieuzasadnione. Jej zdaniem, P.G.M. nie spełnił wymogów w niej określonych. W *Illinois Parentage Act* uregulowana została procedura ustalenia pochodzenia dziecka w oparciu o dobrowolną zgodę stron. Strony nie spierały się co do spełnienia przez umowę wszystkich ustawowych wymogów ustalenia pochodzenia dziecka w drodze konsensusu. Ponadto niezgodność umowy z przepisem ustawy nie była przesłanką nieważności umowy – pod warunkiem, że z wadliwej umowy wynikało tylko domniemanie istnienia więzi rodzic-dziecko między surogatką gestacyjną a dzieckiem. Nie zamykało to *district court* drogi do przeprowadzenia analizy pochodzenia dziecka i pieczy nad nim w świetle wybranego przez strony systemu prawnego, w tym wypadku stanu Illinois. Dlatego też sąd przeanalizował przepis *Illinois Parentage Act*, w którym zawarte było wzruszalne domniemanie macierzyństwa J.M.A.: O ile nie ustalono inaczej i o ile przed urodzeniem dziecka nie spełniono wszystkich wymogów wskazanych w ustawie, na mocy postanowienia *district court*, dziecko uznaje się za dziecko surogatki (w surogacji gestacyjnej) i jej męża, jeśli go ma. Jednak domniemanie to może zostać obalone przez wyraźne i przekonujące dowody¹⁵.

District court ustalił, że J.M.A. była domniemaną matką dziecka i że P.G.M. mógł obalić to domniemanie wykazując, że J.M.A. nie była jego matką, w drodze wyraźnych i przekonujących dowodów, w tym wynikami badań genetycznych. Takimi dowodami, w ocenie sądu były: 1) J.M.A. przyznała, a badania genetyczne potwierdziły, że nie jest biologiczną matką dziecka, 2) dziecko zostało poczęte za pomocą anonimowej dawczyni komórki jajowej, 3) badanie DNA wykazało, że istnieje 99,99% prawdopodobieństwa, że P.G.M. jest biologicznym ojcem dziecka, 4) dr Seth Levrant przeprowadził transfer zarodków, który skutkował ciążą J.M.A. oraz 5) intencją stron było zawarcie umowy zgodnej z prawem stanu Illinois. Chociaż orzecznictwo Illinois nie dostarczyło wskazówek w zakresie oceny dowodów, to przyjęło, że zgromadzone dowody były na tyle wyraźne i przekonujące, że wzruszyły ustawowe domniemanie macierzyństwa J.M.A.

Co do zarzutu nadużycia uprawnień dyskrejonalnych sądu przez wyrażenie zgody na wniosek pozwanego o zmianę imienia i nazwiska dziecka, sąd I instancji uwzględnił wniosek, chyba że w przypadku zmiany nazwiska małoletniego dziecka uzna, że zmiana taka nie będzie w najlepszym interesie dziecka¹⁶. Aby ustalić czy zmiana jest w najlepszym interesie dziecka, sąd może rozważyć różne czynniki, w tym tzw. czynniki Saxtona: 1) długości czasu, przez jaki dziecko nosiło aktualne imię i nazwisko, 2) wstyd jakiego dziecko może

¹⁴ (750 ILCS 46/) Illinois Parentage Act of 2006. Por. wersję z 2015 r.: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=3638&ChapterID=59> (05.07.2016).

¹⁵ 750 Ill. Comp. Stat. 45/6(a)(2).

¹⁶ Minn. Stat. § 259.11(a) (2006).

doświadczyć od noszenia obecnego lub proponowanego imienia i nazwiska, 3) preferencje dziecka, 4) efekt jaki zmiana imienia i nazwiska miałyby na relacji dziecka z każdym z rodziców oraz 5) stopień szacunku we wspólnocie dla obecnego i proponowanego imienia i nazwiska¹⁷. W momencie usankcjonowania przez sąd zmiany dziecko nie miało jeszcze roku, a więc znane było pod poprzednim imieniem i nazwiskiem przez krótki okres, nie było też zdolne do wyrażenia preferencji dla jednego lub drugiego imienia i nazwiska. Pomimo zastrzeżeń J.M.A., że wybrane przez P.G.M. imię i nazwisko mogło powodować trudności lub zakłopotanie dziecka w późniejszym okresie jego życia, żadna z okoliczności nie wskazywała na słuszność tego twierdzenia. Czwarty czynnik wymagał uwzględnienia efektu zmiany na relacji dziecka z każdym z rodziców. Sąd uznał, że istnieje tylko jeden rodzic biologiczny, który brał udział w postępowaniu – w związku z tym analiza taka była bezprzedmiotowa.

Podsumowując, efektem prawomocnego rozstrzygnięcia sądu było ustalenie pochodzenia dziecka w ten sposób, że nie miało ono matki, miało jedynie ojca.

* * *

Czy taka sytuacja jest możliwa w Polsce, w świetle polskiego prawa? Jej niecodziennosc podyktowana jest co najmniej dwoma powodami: pochodnością ojcostwa względem macierzyństwa i utożsamianiem braku jednego z rodziców z brakiem ojca i traktowanie takiej sytuacji jako jedynej w miarę naturalnej. Możliwość skorzystania z usług surogatki przez samotnego, zdolnego do prokreacji mężczyznę budzi wątpliwość w związku z kształtem regulacji z art. 5.2. ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności¹⁸. Wymóg uprzedniego wyczerpania innych niż procedura zapłodnienia pozaustrojowego metod leczenia niepłodności prowadzonych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy, z wyjątkiem sytuacji, gdy zgodnie z aktualną wiedzą medyczną nie jest możliwe uzyskanie ciąży w wyniku zastosowania tych innych metod czyni niemożliwym spełnienie potrzeby posiadania dziecka przez osoby płodne.

Jeśli jednak doszłoby do zawarcia umowy macierzyństwa zastępczego i w wyniku tej umowy urodziłoby się dziecko, to jaki byłby skutek powołania się na postanowienia umowne przed sądem? Dość powszechne jest przekonanie, że umowa taka byłaby potraktowana jako nieważna, a w związku z tym nie powinna wywołać skutku prawnego – mimo że jej skutkiem byłoby przyjście na świat dziecka. Powodem nieważności może być nadużycie prawa podmiotowego z art. 5 kc¹⁹, sprzeczność z zasadami współżycia społecznego z art. 353¹ kc,

¹⁷ In re Application of Saxton, 309 N.W.2d 298, 301 (Minn. 1981).

¹⁸ Dz. U. z 2015r., poz. 1087.

¹⁹ *Instytucje prawa rodzinnego*, red. J. M. Łukasiewicz, Warszawa 2014, s. 166.

zobowiązanie się do świadczenia niemożliwego z art. 387 kc²⁰ czy też po prostu *numerus clausus* umów zawieranych w ramach stosunków rodzinnych. Jednak, jak się wydaje, sytuacja nie jest tak oczywista, gdy spojrzeć na różnorodność umów surogacji. Podstawowym, najbardziej rozpowszechnionym, w szczególności w literaturze anglojęzycznej, jest podział umów na odnoszące się do surogacji tradycyjnych i gestacyjnych. Pierwsze z nich mogą budzić największe wątpliwości. Po pierwsze ich konstrukcja pozwala na to, aby surogatka zaszła w ciążę wcale nie w wyniku zabiegu sztucznego zapłodnienia, ale naturalnego seksualnego aktu prokreacji. Po drugie, elementem odróżniającym je od umów surogacji gestacyjnej jest pokrewieństwo surogatki z dzieckiem, którego umowa dotyczy. W terminologii przyjętej dla umów surogacji gestacyjnej (czyli z łaciny ciążyowej) odzwierciedlenie znajduje rzeczywista funkcja surogatki – zastąpienia innej kobiety w byciu w ciąży i w urodzeniu dziecka. Nie ma ona nic wspólnego z relacją pokrewieństwa między nią a dzieckiem – surogatka nie jest genetycznie z nim spokrewniona. Stosowanie jej w dwóch wariantach wynika z pewnością z wielości i odmienności potrzeb, które za ich pomocą mają być realizowane przez małżeństwa, pary i jednostki. W pierwszym z nich żeński materiał genetyczny wykorzystany do stworzenia embrionu pochodzi od tzw. matki socjologicznej, czyli kobiety, w zastępstwie której występuje surogatka. W literaturze anglojęzycznej zwana jest ona *intended parent/ mother*, a więc osobą, która ma zamiar zostać matką/rodzicem, co znacznie celniej oddaje relację surogatka-kobieta-dziecko. W drugim wariantcie żeński materiał genetyczny pochodzi od anonimowej lub nieanonimowej dawczyni. W obu wersjach surogatkę łączy z dzieckiem jedynie ciąża i urodzenie dziecka. W pierwszej, socjologiczna matka jest genetyczną matką dziecka, w drugiej – żadna z dwóch kobiet zawierających umowę surogacji nie jest genetycznie spokrewniona z dzieckiem. Co do ojca – w każdej z trzech sytuacji socjologiczny ojciec może być ojcem genetycznym dziecka lub nie być z dzieckiem spokrewniony, jeśli do kreacji embrionu użyto nasienia dawcy. Zasadniczymi postanowieniami umowy są zobowiązanie surogatki do donoszenia ciąży i urodzenia dziecka oraz do przeniesienia praw rodzicielskich na rodziców socjologicznych i wydania dziecka. Najwięcej zastrzeżeń budzą z reguły kwestie odpłatności usług surogatki, która stanowi przyczynek do oskarżeń o handel dziećmi i niemożność przeniesienia władzy rodzicielskiej na mocy umowy, a więc bez udziału sądu. O ile kwestia odpłatności z racji na przedstawiony stan faktyczny, ale też na różne konstrukcje umowne i rozwiązania prawne na świecie wykracza poza tematykę artykułu, to druga kwestia wymaga przeanalizowania. W każdym wariantcie umownym transfer władzy rodzicielskiej będzie się przedstawiać inaczej i nie do końca wiadomo czy w ogóle będzie miał miejsce. Jeżeli przyjąć, że dla prawa rodzinnego z racji patologicznych konsekwencji związków między osobami zbyt blisko ze sobą spokrewnionymi i ukształtowanych przez wieki przeszkód małżeń-

²⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 380.

skich zasadnicze znaczenie ma pokrewieństwo genetyczne, to oznaczać może, że maksyma *mater semper certa est* odnosić się powinna do pokrewieństwa genetycznego. Konstytucyjna i ustawowa ochrona macierzyństwa dotycząca okresu prenatalnego sugerują także, że prawo chroni genetyczną matkę, bo fakt, od którego można mówić, że biologiczna (a więc ta, która już urodziła) matka jest chroniona prawem jeszcze nie miał miejsca. W tym kontekście, o ile w przypadku umowy surogacji tradycyjnej faktycznie powinno dojść do przeniesienia władzy rodzicielskiej z surogatki (matki zastępczej, biologicznej i genetycznej) na obcą dziecku kobietę, to przy dwóch pozostałych umowach surogatka nie przenosi na nikogo władzy rodzicielskiej, ponieważ ta władza jej nie przysługuje – jest atrybutem matki (genetycznej) dziecka i nie ma potrzeby i możliwości przeniesienia władzy na nią.

Gdyby z umowy surogacji urodziło się dziecko, byłoby dzieckiem surogatki i jej męża i jako takie byłoby zarejestrowane. Wynika to z regulacji zawartych w art. 61⁹-61¹² kro i art. 62 kro²¹. Jedyną przesłankę zaprzeczenia macierzyństwa stanowi fakt błędnego wpisania w akcie urodzenia jako matki dziecka kobiety, która go nie urodziła. Brak pokrewieństwa genetycznego nie stanowi podstawy zaprzeczenia macierzyństwa, a regulacja prawna nawet uniemożliwia ustalenie takiego pokrewieństwa²². Fakt bycia dawcą materiału genetycznego dla ustalenia ojcostwa mógłby mieć znaczenie w dwóch sytuacjach określonych przepisami art. 62§2 i 85§1 kro: 1) gdy dziecko urodziło się przed upływem trzystu dni od ustania lub unieważnienia pierwszego małżeństwa, a po zawarciu przez jego matkę drugiego małżeństwa, w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, na którą wyraził zgodę pierwszy mąż matki (wówczas domniemywa się, że jest ono dzieckiem pierwszego męża), 2) w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, gdy domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto był dawcą komórki rozrodczej. Zaprzeczenie ojcostwa na podstawie art. 66 kro mogłoby stać się sposobem korekcji pochodzenia dziecka od ojca. Nie wpłynęłoby to w żaden sposób na sytuację jego matki. Obalenie domniemań pochodzenia dziecka od mężczyzny jest zwykle skutkiem przeprowadzonych badań genetycznych. Gdyby zatem mąż biologicznej matki dziecka (motywowany wiedzą o tym, że nie jest ona jego matką genetyczną, a ciąża powstała w wyniku wdrożenia procedury sztucznej prokreacji, a z tej racji, że jego także nie wiąże z dzieckiem relacja pokrewieństwa) wykluczył swoje ojcostwo posługując się wynikiem badań DNA, z których wynikałoby, że jego żona również z dzieckiem nie jest spokrewniona, nie wpłynęłoby to na jej sytuację. Co więcej, przedstawianie wyników takich badań w odniesieniu do matki biologicznej dziecka byłoby bezprzedmiotowe, ponieważ nie stanowią one dowodu na potwierdzenie faktu

²¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 2082.

²² D. Krekora-Zajac, *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, „Studia Prawnicze” 2014, z. 1, s. 129-147.

urodzenia dziecka²³. Sytuację męża matki komplikuje również wynikająca z art. 68 kro niedopuszczalność zaprzeczenia ojcostwa, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej procreacji, na którą wyraził on zgodę. Rejestracja dziecka odbywa się na podstawie dokumentu przesłanego do Urzędu Stanu Cywilnego przez osobę, która odebrała poród – jest zatem potwierdzeniem faktów w nim wskazanych. Do wpisania do rejestru jako ojca osoby, która nie jest mężem matki konieczny jest dokument potwierdzający ten fakt, uzyskany w drodze uznania dziecka lub sądowego ustalenia ojcostwa²⁴.

Sąd orzekając o pochodzeniu dziecka może posłużyć się standardem dobra dziecka. Szansę przyjrzenia się sytuacji dziecka daje mu wystąpienie przez prokuratora na podstawie art. 61¹⁶ kro z powództwem o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa, jeżeli wymaga tego dobro dziecka lub ochrona interesu społecznego. Te dwie pozytywne przesłanki wytoczenia powództwa nie muszą być spełnione łącznie²⁵ – oznacza to, że prokurator dbając o dobro dziecka nie musi jednocześnie dbać o interes społeczny, natomiast w odwrotnej sytuacji, gdy występuje z powództwem podyktowanym koniecznością ochrony interesu społecznego – powinien także dbać o to, aby nie ucierpiało dobro dziecka. Sąd z oczywistych względów powinien stać na straży dobra dziecka, realizować funkcję ochronną wobec dziecka i rodziny²⁶, przejawem jego dbałości może być decyzja w kwestii pieczy nad dzieckiem. Chociaż korekta stanu cywilnego dziecka może okazać się niemożliwa, sąd może zdecydować o sposobie jej wykonywania. O ile w polskim prawie nie sposób znaleźć wskazania czemu miałyby służyć realizacja standardu dobra dziecka, według amerykańskiego orzecznictwa służyć miałyby ona pomocy dziecku, by zostało osobą o zintegrowanej osobowości, po której można by się spodziewać, że będzie zadowolona z życia²⁷. Pomoc taka może polegać na uznaniu przez sąd, że genetycznym rodzicom przysługuje konstytucyjne prawo do wychowywania swoich dzieci²⁸, przyznaniu pieczy nad dzieckiem byłej żonie ojca dziecka, niespokrewnionej z dzieckiem²⁹ czy też na pozostawieniu dziecka z surogatką lub na przyznaniu jej prawa do kontaktów³⁰.

²³ Ibidem.

²⁴ Por. przepisy ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2014r., poz. 1741).

²⁵ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pokrewieństwo i powinowactwo. Komentarz do art. 61(7)-144(1)*, Lex 2014.

²⁶ E. Pędzialek Kunert, *Rozważania o pomocy sądu rodzinnego i rodzinnego kuratora sądowego w zakresie ochrony dziecka i rodziny*, „Rodzina i Prawo”, nr 36, 2016, s. 74.

²⁷ *In re Baby M*, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988, L. Gostin, *A Civil Liberties Analysis Of Surrogacy Arrangements*, „Journal of Contemporary Health Law & Policy” 2000-2001, nr 17, s. 448.

²⁸ *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 753 (1982), *Myer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923), *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944).

²⁹ *Doe v. Doe*, 710 A.2d 1297 (Conn. 1998).

³⁰ *In re Baby M*, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988.

* * *

Ponieważ w Polsce dotąd nie było żadnej sprawy sądowej dotyczącej macierzyństwa zastępczego, której wyrok zostałby opublikowany, trudno jest przewidzieć jaki mógłby być wyrok w takiej sprawie i jaką rolę odegrałoby w rozstrzygnięciu sprawy dobro dziecka. Konfrontacja historycznej już amerykańskiej sprawy z obowiązującymi obecnie przepisami polskiego prawa wydaje się upoważniać do zadania pytania: czy polskie prawo przygotowane jest na sytuację, która miała miejsce w USA?

Bibliografia

Akty normatywne

Illinois Gestational Surrogacy Act, 750 Ill. Comp. Stat. 47/1-75 (2006).

Illinois Parentage Act (750 ILCS 46/) <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=3638&ChapterID=59>.

Minnesota Statutes <https://www.revisor.mn.gov/statutes/>.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r., poz. 380).

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. z 2015 r., poz. 1087).

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r., poz. 2082).

Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 1741).

Orzecznictwo

Doe v. Doe, 710 A.2d 1297 (Conn. 1998).

Higgins v. Brunswick Corp., 395 N.E.2d 81, 85 (Ill. App. Ct. 1979).

In re Application of Saxton, 309 N.W.2d 298, 301 (Minn. 1981).

In re Baby M, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988.

In re Baby M, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988,

In re Marriage of Gorman, 671 N.E.2d 819, 825 (Ill. App. Ct. 1996).

In re Paternity & Custody of Baby Boy A., Minnesota Court of Appeals Unpublished Opinion, Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/2007/opa070452-1211.html>.

In re Paternity & Custody of Baby Boy A., No. A07-452, 2007 WL 4304448 (Minn. Ct. App. Dec. 11, 2007), Hennepin County District Court File No.

27-PA-FA-05-278S, <http://www.lawlibrary.state.mn.us/archive/ctapun/0712/opa070452-1211.htm>.

Inland Prods. Corp. v. Donovan, Inc. 249 Minn. 387, 390, 82 N.W.2d 691, 693 (1957).

Melena v. Anheuser-Busch, Inc., 847 N.E.2d 99, 109 (Ill. 2006).

Myer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923),

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925),

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).

Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 753 (1982),

Stoltze v. Stoltze, 66 N.E.2d 424, 428 (Ill. 1946).

Tadros v. Kuzmak, 660 N.E.2d 162, 170 (Ill. App. Ct. 1995).

Wise v. Midtown Motors, Inc., 231 Minn. 46, 53, 42 N.W.2d 404, 408 (1950).

Literatura

Bagan-Kurluta K., *About surrogacy agreements against background of American experiences*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, z. 8.

Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, „Wisconsin Journal of Law, Gender & Society” 2009, nr 24.

Gostin L., *A Civil Liberties Analysis Of Surrogacy Arrangements*, „Journal of Contemporary Health Law & Policy” 2000-2001, nr 17.

Institucje prawa rodzinnego, red. J. M. Łukasiewicz, Warszawa 2014.

Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pokrewieństwo i powinowactwo. Komentarz do art. 61(7)-144(1)*, Lex 2014.

Krekora-Zajac D., *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, „Studia Prawnicze” 2014, z. 1.

Pędziałek Kunert E., *Rozważania o pomocy sądu rodzinnego i rodzinnego kuratora sądowego w zakresie ochrony dziecka i rodziny*, „Rodzina i Prawo” 2016, nr 36.

Elsa Sabater Bayle

Professor of Civil Law
Public University of Navarra
e-mail: elsa@unavarra.es

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.16

Open Adoption

SUMMARY

1. "Open Adoption". 2. Maintaining relationships with the family of origin. a) The art. 235-47 CCCat: recognition to adopted children to interact with their families; b) Recognition of the right of access to the children separated from their families after the declaration of abandonment; c) The visitation right of children separated from their families in the regional rules; d) The right to visit the child recognized by the art. 116 of the Llei 14/2010 of 27 May of law and Opportunities in Children and Adolescents; e) Summary. 3. The British precedent: adoption order and adoption contact order a) Outline of the regulation; b) The 'adoption order'; c) Indirect ways and alternatives to 'visitation right' forms; d) Advantages and disadvantages; e) The eighth chapter of the report of the British Parliament; f) The new sections 51A and 51B of the AChA2002 introduced by the ChFA2014 (the 'post adoption contact order'). 4. Article 178.4 of the CC. Notes for future application.

Key words: adoption, open adoption, right of access.

Słowa kluczowe: adopcje, otwarte adopcje, prawo do kontaktów.

"Open Adoption"

Under this term, the legislator has added a new paragraph 4 to art. 178 CC, which provides that, when the interests of the child so require it because of his family situation, age or any other significant circumstances, valued by the public entity, it may be decided to maintain some form of relationship or contact through visits or communications between the child, some members of the family of origin and of the adoptive family, giving special attention to those taking place between biological siblings.

In a separate paragraph, it is added that the judge may order this measure, and when appropriate, he may order the amendment or repeal, in the interests of the child, at the time of the adoption. Also, according to the final section, it is provided that in the declaration of suitability it shall be stated whether applicants accept to adopt a child who is going to maintain relationships with his family of origin.

The second and third paragraphs of the standard detail how this new form of judgment or “agreement”, which is subject to a host of legal requirements, will be held. So: it could determine the measure, amendment or termination in the interest of the child; it should be made on a proposal from the Public Prosecutor; it will have the consent of both the adoptive family and the one of origin; hearing will be given to the adopted child over 12 years old or before that age, according to his maturity. In addition, the court “agreement” shall pronounce on the conditions, frequency and periodicity of communications; and it will take place through the mediation of the Public Entity when necessary. Once issued by the court, the legal requirements continue: the measure will be subjected to monitoring by the Administration, composed of regular reports on the development of visits and communications, as well as appropriate proposals for amendments, to be presented to the judge during the first two years and, after that, only if requested by the judge. If it comes to suspend or cancel visits or communications, standing to request corresponds to the Public Administration, the adoptive family, the family of origin and the child over 12 years old, or before, if he is mature enough.

The legislator has introduced this amending measure of the Civil Code through the second article of Law 25/2015 of 28 July according to the protection system of children and adolescents (hereinafter, Law 26/2015). In section III of the Preamble, dedicated to explaining the variations introduced in the Civil Code, it is expressed the intention to incorporate into Spanish law the new model of “open adoption”. The new model is inspired by the legal systems of Britain, Australia, New Zealand, United States, Austria and Canada, some of which agree with the Spanish law on configuring adoption as a situation that must be confirmed by a judge and not by private agreement between the families.

But “open adoption” is actually a more ambitious expression, which has also been commonly used to designate models characterized by transparency in the process and in the people involved in it, compared to the traditional system of “closed adoption”, understood in secretive terms, in which the adoptee was literally torn from his family of origin and “uprooted” to a foster family, with which henceforth he would establish new roots – that system is considered nowadays as superseded.

The model of open adoption based on transparency actually applies the broader principle of the right of children to know their origins, which finds its particular manifestation in the legal imposition to obligate to inform the adopted about his origins, so the situations on which the adopted is unaware of the existence of his other biological family have been gradually eradicated. Of course, that only makes sense in the case that the delivery of the child for adoption took place at a very early age, when he absolutely lacked the maturity needed to be aware of who his natural parents or relatives were. However, if the adopted child has grown up under an interim measure such as residential care

or foster family, in principle he has had the opportunity to interact with his family of origin through the "rights of access". But the awareness of a minor of his family situation raises new challenges and demands to lawmakers.

The change of course on models of adoption is justified by the transformation of the objectives that are sought; in the old system prevails the interests of the families involved (adoption to remedy lack of means to educate the child, sterility of adoptive families, etc.). Now it is sought to improve the welfare and interests of children in vulnerable situations, which could be seriously committed to an abrupt breakdown in the relations that they were maintaining with their families when they were adopted.

In this context, statistics confirm a gradual increase in the age of children awaiting adoption and in relation thereto, what enables the effective consolidation of bonds of affection within the family of origin - a factor which is completely nonexistent in cases of children placed for adoption shortly after birth. Under these circumstances, the Civil Code has introduced a measure that addresses the so-called cases of "minor major" that is not included in cases involving the adoption of babies.

Nevertheless, that may conflict with the aspirations and wishes of adoptive families with a consequent effective decrease in the constituted adoption numbers, so lawmakers are striving to find ways to reconcile the various interests at stake. The Administration is interested in increasing domestic adoptions -and this seems to have been the main reason invoked to justify the reform on this point- as well as in reducing the number of children who temporarily remain subjected to measures of simple foster care (now called "temporary" in the new art. 173-bis paragraph 2, of the CC) or in residential centers (now prohibited in all cases for children under 3 years of age, as the new art. 21 paragraph 31 of the LO1 / 1996 Legal protection of Children, amended by art. 1 L. 26/2015, disposes). Of those directly involved in the adoption, each has separate interests. For the family of origin, theirs is to control the "loss" provoked by bonding between the child and its new adoptive parents and all that characterizes such filiation, especially its permanency. The family wants to prevent "transplanting" the child in favor of the new parents and therefore insists on denying cooperation and consent to the adoption, which complicates relationships and the many processes initiated. The adopters main interest is to establish and consolidate the bonds of filiation, often in a way that suggests the adopted child had never had a previous family. The adoptees, particularly the younger-older ones, are mainly concerned with retaining their mental and emotional stability and, in particular, in being able to interact with their siblings.

This latter consideration is deserving of particular attention because ultimately, those siblings are probably the only relatives whose existence will last throughout the adoptee's lifetime.

Maintaining relationships with family of origin

In Spanish legislation, this right of the minor who is separated from the family he lived with –not necessarily the biological family– was already covered by some regional and also state regulations, not only regarding the minors who were under the tutelage of the Administration but also in relation with the children adopted (V. among others, 235-47 CCCat art; art. 74 Law 3/2011 of 30 June, of Galicia; art. 6 of Decree 117/2008, of the Basque Country). Nevertheless, the legislature doesn't mention these precedents when it explains the reasons to reform art. 178 CC and instead, it mentions the following of some foreign systems, among which the British precedent seems to have carried heavy influence.

a) Art. 235-47 CCCat: recognition to adopted children to interact with their families.

Among the precedents of the new art. CC 178.4 it unquestionably figures the art. 235-47 of the Civil Code of Catalonia (hereinafter CCCat.), which has been introduced by the Llei 25/2010 of 29 July, approving the Second Book of the Civil Code of Catalonia. This is a rule which, like art. 178 CC, refers to the effects that adoption generates. This constituted novelty at the time, compared to previous regulations contained in art. 127 of the Family Code of Catalonia, approved by the Llei 9/1998 of 15 July.

Art. 235-47 of CCCat. states that the judicial authority, although in exceptional cases and having been proposed by the competent Public Entity or by the prosecution, can provide that personal relations between the adoptee and the family of origin are kept, not only in the cases referred to in art. 235-44 of the Code itself (which relate to certain special cases of international adoption) but also *if there are emotional ties whose failure is seriously detrimental to the interests of the child* (translation from Spanish).

A cursory comparison of both Civil Codes' regimes, after the addition of the new section 4 to art. 178 of the CC, allows us to appreciate that the state legislator has omitted the exceptional nature that the Catalonian norm exhibits, which is a step forward in recognizing the right of children to maintain the relationships. Instead, he has not followed the pattern, also indicated by art. CCCat 235-47, to give input to the criterion of emotional well-being of the child, that could be severely disrupted as a consequence of a sudden and authoritative separation from their family of origin or other people (e.g., cozy, keepers, etc.) with which he had lived before being adopted.

However, the latter psychological aspect is a part of certain child's rights of higher order, since it can be considered as implicitly recognized in Spanish law, because of the remission in art. 39.4 of the Constitution¹ to international

¹ See a systematic exposition of international and constitutional texts on children's rights in I. Ravetllat Ballesté, (ed.), *Law of Persons*, Barcelona 2011 (pages 51 to 66 of Cap. 2, *International framework and domestic law of childhood and adolescence*); C. Villagrasa Alcaide, I. Ravetllat Ballesté, (Coords.), *For the rights of childhood and adolescence: a global commitment from the resale right for the twentieth anniversary of*

agreements signed by the State that contemplate it²—although it is not expressly stated in the L.O. 1/1996 of Legal Protection of Children (arts. 3-9)-, even after the reform, in turn, of the rule by the provisions of art. 1 L.26 / 2015 (V. Preamble, paragraph II, where the objectives of the amendments introduced by the L-O. are referred to).

In the Great Britain law, however, it is explicitly mentioned in the so-called “Welfare-Checklist” –a list of the aspects that must be considered by the courts in their decisions relating to children- which includes, in turn, a set of different types. These aspects are formulated in the 1989’ Children and Adoption Act, section 1, whose section 3.a defines it as the duty to respect the expressed feelings and wishes of the child, who is considered in the light of his age and understanding³.

Oblivious to the latter purpose, the legislator has not included the principle of respect to the feelings of the child, on the occasion of the reform of the Organic Law on Protection of Minors 1/1996, which has been accomplished by the art. 1 of Law 26/2015 (See Preamble, section I). The reformation of that law has been directed by, among other factors, optimization criteria of the organization of the state system of protection of children and adolescents, under the slogan of preference of the stable Administration’s measures in front of the temporary ones, the familiar over the residential ones, and the agreed over the imposed ones. It is not mentioned in the art. 178.4 CC, although it contains a generic reference to the interests of the child.

From this it follows that the new Spanish system of rights’ protection of childhood and adolescence preferably tends to promote national adoption as a means of resolving the situation of children whose custody was given to the Administration, which compiles the stability or permanence measures, and familiar and agreed procedures over protection measures, such as family and residential foster care in its various forms. In short, the reform primarily focuses on improving the measures and on centralizing their regulation. Nevertheless, perhaps it has not sufficiently highlighted the basic rights of the adopted child, that were already covered by some regional regulations.

the Convention on the Rights of the Child, Barcelona 2009 , pp. 55-77 (by C. Villagrasa Alcaide); V. Cabedo Mallol, *Constitutional framework for the protection of minors*, Madrid 2008, among many other recent works published by these authors.

² Childhood observatory. Ministry of labour and social affairs, *The right of adopted children to know their origins in Spain and Comparative Law* (L. García, M. A. Villaluengo Linacero de la Fuente), Madrid 2006, pp. 70 to 76.

The authors cited in this line the following documents: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950; Brussels Convention no. 6 of the International Commission on Civil Status (September 12, 1962) laying down the maternal affiliation of natural children (ratified on April 17, 1984); United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989; The Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Inter country Adoption of 20 May 1993; European Charter on the Rights of the Child, adopted by European Parliament resolution of 8 July 1992 / (A3-0172 / 92).

³ Concerning the Welfare-checklist, see F. Burton, *Family Law*. 1st ed., London 2003, p. 401 and more broadly, pp. 421 and 422.

b) Recognition of the right of access to children separated from their families after the abandonment declaration.

The regulation of access rights, widely recognized for minors who are under the supervision of the Administration, and set out in art. 161 CC, can be considered as an indirect precedent of the new measure introduced in art. 178.4 CC on adoptees, since it postulates the right of children to relate to the biological family with which, by administrative decision, they have ceased living.

In the immediately previous version to the reform of art. 161 CC, this provision authorized the judge to determine, at the request of the child's relatives of origin, the measure involving relationships. In the new wording given by Law 26/2015 (art. 2 paragraph 11), the administrative authority is replaced by the judicial one, and the initiative to request visiting right is replaced; it was earlier attributed or to the biological family, or to the foster families or if it is the case, to the directors of residential centers, who also may apply in case of removal or modification of the measure.

The reform of art. 161 CC is here restrictive to the interests of children, since it is more likely for biological parents to apply for the right, in agreement with the child, than for the cozy family; although it recognizes the right of the children to be heard.

We bring up the rule of art. 161 CC because we understand that the right of child -under the Administration guardianship- to maintain relationships with the family, extends now substantially (under other possible ways of maintaining communications) to the children adopted, after the enforcement of the new art. 178.4 CC.

c) The visitation right of children who are separated from their families in the regional regulations.

This right was also recognized in the regional rules, usually more widely than art. 161 CC. Thus, among others, in the following provisions: art. CCCat 235-49; art. 10 paragraphs c) and d) Decree of the Junta de Andalucía 282/2002 of 12 November; art. 45.k) of Law 14/2005 and art. 108 of the Community of Castilla-León, which institutes for this purpose a special mediation service within the Administration in order to carry out the visits and communications; art. 74.2 of the Law 3/2011 of June 20, Community of Galicia; art. 39.i) of the Navarre Foral Law 15/2005 of 5 December; art. 7 of Decree 114/2008, of June 17, the Basque Government; art. 11 of Law 12/2008 of 3 July, of the Valencian Community; etc.

d) The right to visits recognized to the child by art. 116 of the Llei 14/2010 of 27 May of Rights and Opportunities in Children and Adolescents.

This norm provides, in its paragraphs 1 and 3, that the declaration of abandonment and subsequent determination of some protection measure must not

prevent neither communication, relationship between child and relatives, nor visits; if and only if, this is not contrary to the interests of the child. It establishes as well the obligation of the Administration to provide the mechanisms for the visit to happen at an appropriate time and, if possible, outside school hours. It further provides, in paragraph 2, that the restrictive or exclusionary resolutions of this right, even due to administrative silence, will be challenged in the civil courts. However, the aforementioned art. 116.2^o states that this will not occur in the case that it has been given a final resolution of pre-adoptive fostering, as corroborates art. 147 of the same standard. According the following to it: *by a final resolution of pre-adoptive foster care, visits and the relationship with the biological family should be suspended, for the best integration with the host family, if it is in the interest of the child or adolescent.*

The above limitation reminds of the one that occurred in the British law, in Section 26 of the Children Act 2002 to which we shall return later. Probably, these limiting provisions, try to avoid the so-called “conflict of loyalties” regarding the child and his two families. But indeed, the Catalan norm leaves the door open to maintaining relationships, on the assumption indicated, if it is considered appropriate for the interests of the child; and, moreover, it does not set the ending of relations and visits, but only its possible “suspension”.

The maintenance or not of relationships, as the pre-adoptive foster care measure states – referred in the cited art. 116 and other regional norms – remains unclear after the reform of the foster care regime introduced by the state law 26/2015 on arts. 160 and 173-bis of the CC’s new version and its replacement by the new figure of “guard children for adoption” (mentioned in the new art. 176-bis, first paragraph, of the Civil Code).

e) Summary.

The children’s right to maintain relationships with their relatives of origin was recognized, for adopted children, in art. 235-47 CCCat among other regional norms; and for children separated from their families after the declaration of abandonment, in art. 161 CC, amended by Act 26/2015, art. 2, paragraph 11; as well as in most regional regulations concerning the rights of children.

Therefore, the announced novelty of art. 178.4’s amendment is precisely to introduce within the CC a right in favor of the adopted children, which the Code only recognized to those who were separated from their families by an administrative measure subsequent to the declaration of abandonment; and that only some regional regulations incorporated for adoptees, such as art. 235-7 CCCat.

The Spanish legislator has particularly pronounced in favor of extending the right to visits and communications to adoptees. Before, that right was only recognized in the prior stage to adoption and was discussed in the case of adoptees, in view of the obstacles it might place in the way of effective integration of children in a new family.

An unresolved issue at the moment is the impact that the new art. 178.4 CC will have on regional laws that only took into account that right for foster children. We believe that it may be resolved through the application of state regulation by supplementary law, although its mixed nature between public and private law can hinder this solution in those ACs that do not have legislative powers on civil law.

The British precedent: adoption order and adoption contact order

a) Outline of regulation.

In the current British law, adoption is fully regulated by written rules, such as the Adoption and Children Act 2002 (hereinafter *AChA2002*), which replaced an earlier one (*Adoption Act 1976* in force since 1988), supplemented with some provisions contained in the 1989's Children Act (hereinafter *ChA1989*)⁴. The system has experienced a recent transition, due to the modifications introduced by the recent Children and Families Act 2014 (hereinafter *ChFA2014*), promulgated on March 13, 2014. One of the most relevant purposes of the *ChFA2014* refers to the "recovery" of the post adoptive contact orders.

According to these provisions, the State maintains an adoption service submitted to the supervision of Local Authorities and to the control of courts, which are responsible for agreeing the adoption orders or adoption judgments. These commands are based on previous agreements which may also be privately set between birth and adoptive families, or through local services. Although the most common is to turn to independent accredited agencies that are supervised by the State. Adoption agencies accelerate the processes, that lasts about three months from the acceptance of the adoption application⁵; they select adopters on a panel of experts' reports, they complete this selection regarding the list of children who are waiting to be adopted, and subsequently, they develop an important tracking, professional support, and mediation services⁶.

The new *ChFA2014*, promulgated on March 14, 2014, addresses, among other issues, the legal ruling of contact concerning children adopted through the appropriate *adoption order*. This legal ruling can be agreed by the judge at various stages of the adoption procedure (before the constitution, after the placement order or agreement to place the child in a family of prospective adoptive

⁴ On the history of the British precedents regulations on adoption, V., among others, F. Burton, *Family Law*, cit., P. 477; J. Herring, *Family Law*, 2001, pp. 525 et seq.; M. Welstead, S. Edwards, *Family Law*, Oxford University Press, W, 2006, pp. 191 ff. On the Adoption and Children Act 2002, V.A. Diduck, *Law's Families*, ed. Lexis Nexis, Edinburg 2003, pp. 204 ss. On the Children Act 1989, V. – K. Standley, *Family Law*, 5th ed., Hampshire-New York, pp. 300-319.

⁵ On this point <https://www.gov.uk/child-adoption/adoption-assessment>.

⁶ It refers to all the *AChA2002* in sections 9-17.

parents) or on the occasion of the formulation of the *adoption order*, in which case this is the *post adoption contact order* that concerns us, and that has also generated intense controversy in the British system.

The *AChA2002* has five chapters, successively concerning the adoption services, the placement or accommodation of children in families and the related court orders (*placements orders*, under Sections 18-65), the legal status of the adopted child (sections 66-76), the adoption records (one general and another one that is special to score post adoptive contacts requests, whose regime is established in sections 77-79 and 80-81, respectively) and the adoptions with a foreign component (sections 83-91).

Broadly speaking, the system matches the Spanish one at various points. Thus, the State monitors and controls the processes of children adoption by establishing public support services and their management, entrusted to the Local Authorities that are responsible for preparing dossiers of previous proposal that will culminate in adoption orders. Therefore, in both systems, British and Spanish, adoptions of children on which the administration must act will be the object of double control, first an administrative one through Local Authorities and subsequently a judicial one (court orders or adoption agreements). All this is regulated in *AChA2002* and others that complement it, in great detail, with some notable differences in the Spanish system, as, for instance, the adoption register regime (*AChA2002* sections 77-82, which establish the Register of Adopted Children and the Register for Contacts between Adopted; and notably, the role that is given to the public or private adoption agencies concerning the channeling and management of the processes, especially in its mediation functions.

Local public services of adoption centralize information on future adoptees and their birth parents or guardians, future adopters and adoptive parents. They must provide information to those interested in the processes, as well as evaluation standards of the needs and support to those involved in the processes.

Local entities are responsible for preparing and publishing their planned activities of the adoption services, and for monitoring the agencies and independent companies that mediate within the processes⁷.

Adoption services must regularly provide statistics and other information to the Ministry.

b) On the 'adoption order'.

According to British regulations contained in sect. 46 of the *AChA2002*, "adoption order" means a court decision in favor of a partnership or marriage, or even in favor of a single person, regardless of sexual orientation, which confers parental responsibility for a child and extinguishes such responsibilities previously held by others. It may fall on a previously adopted child, but not on

⁷ The fees charged by the agencies and adoption services of local entities ranging around 27,000 pounds and vary for different events. See regard. news published by the British Association for Adoption & Fostering, http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161

a married or previously married person, nor on those who had attained the age of 19 years. Before formulating the order, the court must consider the possible previous existence of agreements that allow the child to be in contact to different persons from other adopters. For the judicial order of adoption, the consent of the child's parents or earlier guardians is required, unless it is waived. Applicants must be residents of British Territory and have lived in it, prior to this, at least for one year. A minimum age of 21 years is required to be eligible as adopters⁸.

When establishing adoption, the judge can also give to the adopted children the right to keep the contacts and relationships with their relatives of origin, by means of a resolution –the so-called “post adoption contact order”– which is also a matter of discussion for British law, and which has in fact been addressed by the new *ChFA2014*. This standard has incorporated into *AChA2002* two new sections devoted to the subject, which has triggered an intense and deeply critical debate on its advantages and disadvantages, and that has led the legislator to the establishment of limits. It is now questioned how the practical application of the measure will be developed by the courts, which are reluctant to admit it.

c) Indirect and alternative forms to ‘visit’.

Contacts with the family of origin after the adoption have traditionally been viewed with suspicion by the British courts, inclined, so far, to favor complete separation. Some jurists have considered that both the “establishment” (in the rare cases where it may take place today, except in the case of international adoptions) and the “maintenance” of the aforementioned contacts after the new situation (which is now the case) do not match with the purposes that are inherent in any process of adoption. In consequence, some interesting intermediate solutions have been proposed over time, such as the following:

The Letter – box.-

Thus, it has been extended a practice consisting in establishing certain agreed contact plans, which are controlled by the Administration through adoption agencies. These plans usually include indirect forms of communication, such as letters that the interested parties exchange one or twice a year (letter-box system), photographs, cards and social networks, avoiding to establish measures that consist of face to face interviews. This way, the traditional “visits” or interviews between the child and his parents are gradually being removed, except those between siblings –more commonly admitted.

⁸ See official website of the Government U.K. on the basic process steps. <https://www.gov.uk/child-adoption/overview>; <http://www.adoptionuk.org/>.

The Life story work.-

In a similar way, a psychological therapy practice exists consisting a making the children write a short story, a so-called "life story work", in which they have to try to collect the information necessary to remember about their origins, until they understand their current situation, as far as their age and maturity allow it. While this may seem traumatic for the child, nevertheless from a psychological perspective, it has been observed that this activity can help them to make process in building their own identity as well as connecting their present and future to their past. It may also be useful in order learn of their cultural, ethnic and religious backgrounds. This occurs particularly in relation to older educated children that integrate this work – that lasts approximately one year– into their daily tasks. But the development of this activity can also stimulate the child's curiosity about other issues – family misfortunes, abuse situations, family breakdown, etc. – that may not be convenient for the child to know until he has reached an age of sufficient maturity. For this reason, it has been determined that these practices must be subject to planning and, what is more effective, channeled through adoption agencies that act as mediators in a manner consistent with the emotional well-being of the child⁹.

d) Advantages and disadvantages.

Once the old model of closed adoptions – which concealed information from the child about his relatives and the adoption – was removed, it has become widespread in the legislation to impose on the adoptive parents the legal obligation to inform the child that he has been adopted and that he has other relatives of origin. This open model based on transparency undoubtedly entails positive aspects, but certainly also has disadvantages, so it is not easy for the legislator to establish the limits¹⁰.

Among the positive aspects, the following have been mentioned:

- Disclosing to the children the truth about their relatives of origin helps to prevent future disappointments that might arise later when they discover the truth.
- The knowledge that the members of the family of origin are interested and concerned about their school progress despite the fact that they are not living together helps to strengthen self-esteem and build identity.
- Maintaining contact with relatives of origin, which are "missing" from their lives, can help avoid the child's rejection reactions to establish new affective ties with the adoptive family.
- It can also help relatives of origin to overcome their grief at the loss of the child and stay informed about his new life and his future.

⁹ L. Dogson, *Post-adoption Contact: All change or more of the same?*, (11 noviembre 2014) <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed136606>.

¹⁰ See L. Dogson, loc. cit.

- It's comforting for the adoptive parents to know that maintaining contact with the biological family is being planned and has professional support. Some relevant negative aspects are the following:
- Direct contact with the family of origin may entail negative implications relating to the child's ability to establish links with their new adoptive family and paralyze or hinder their sense of belonging to it.
- If the contacts turn out negative for the child, it could harm him twice – representing to him a second rejection; but even if proved positive, such contact can always cause emotional distress to the child, especially when it comes to older children.
- In addition, it may be very difficult for adoptive parents to maintain a positive relationship with the family of origin, depending on the circumstances under which children were removed from their custody (e.g., situations of abandonment and child abuse)
- There is a risk that families of origin use the contact with the child to undermine the decision of his placement for adoption, even unintentionally.

These and other debates about maintaining communications with the family of origin by adopted children have emerged within the British Parliament on the occasion of promulgation of the *ChFA2014*, as officially published in the document which we refer to below.

e) The eighth chapter of the report of the British Parliament in 2014.

According to Chapter Eight of the document published on March 6, 2013 by the House of Lords, and entitled "Adoption: Post-legislative Scrutiny – Select Committee on Adoption Legislation", in which the analysis concerning the post adoption contact order is addressed, when the standard that has been reintroduced in the legislation was being drafted, this option of Parliament exhibited difficulties.

The mentioned text comes out from the finding of the effective increase in adoptee's age, which makes them more likely to maintain strong links with their biological family, so the courts have raised doubts about whether they should take into consideration or not, the agreements existing in favor of the birth families when they are confronted with the task of pronouncing the placement orders; by which the placement of the children will be resolved to their adopters.

The legislator's intention – they point out – is to respect the agreements that mediate between those affected and have been consented by the two families, biological and adoptive, through the so-called "contact arrangements" or "contact agreements". Nevertheless, they distrust the idea of establishing the contact order against the will of the adoptive family, in that case they often don't order it.

The idea behind this argument is the rejection by the British courts to impose measures of post-adoptive contact against the wishes of adoptive families and

to reduce its intervention to the main function of ratifying already existing plans that have been established by agreement between the two families.

As to the form of communications, it has been found that direct interviews are not common in practice and many families use system called contact-box, consisting of the exchange of letters once or twice a year to exchange information with birth parents. This form of communication is usually done with the mediation of adoption agencies in order to protect the identity and location of the adoptive family. Face interviews rarely occur with birth parents and are more frequent among siblings. The main concern raised by the practical application of the *AChA2002* -highlighted by the Deputy of the Commission for Children in the English Parliament, Sue Berelowitz- was primarily to remind the legislator that contacts should be established for the benefit of the child and not for the benefit of the parents or other relatives. It has to be also considered that all the decisions must be taken personalized, attending to each child particular needs, and avoiding global decisions to be concerning mandates in "abstract" that have to be accomplished in all cases. Since what is good for children is to have some form of continuity that allows them to integrate the past with the present and obviously with the future, rather than maintaining relations with the birth family in the same way that they previously had.

Also highlighted further in the document, is the role that the children's relationships with their original family can play in accepting their past and allowing them to strengthen and build their sense of identity. In this sense, it was stated that the practice of sharing with the child the knowledge of reasons why he was given for adoption, facilitates the development of the work on their life history (life-story work) and it is an important part of its content. In the text, it was also pointed out the negative impact of the position of some defenders of allowing unauthorized contacts -prohibited already in the ancient *ChA1989*, secc.1-, that could happen by private initiative of the birth family, or by the child himself. Unsupervised communications present several dangers, such as weakening the strength and security of placement in the new family, causing deep disenchantment and disruption among adopters, and even endanger the very integrity of the child.

In this last line, there was a reference to a query that the British Government conducted and published in August 2012, in which some authorities mentioned that, even if it is always well intentioned, the post-adopting contact causes very often damage to the children; and it is also hurting and unattractive for adopters.

f) The new sections 51A 51B of the Adoption and Children Act 2002 introduced by the Children and Families Act 2014 (the 'post adoption contact order').

The bill went ahead and therefore the possibility of adopted to maintain relationships with their families of origin and with other relatives, was recently incorporated into the *AChA 2002*, in two new sections 51A and 51B, that has

been introduced in this new *ChFA2014* in section 9. Previously, the so-called post adoption contact orders were banned, the previous (established under the eighth section of the *ChA1989*) were extinguished by virtue of the prohibitions contained in sect. 26 of the *AChA2002* (for children targeted for placement order, or delivery to prospective adopters), and 46 (for adopted children by adoption order).

The new 51A section, written after the reform of 2014, provides (in paragraph (3), paragraphs a) to e)) that relations may be agreed by the judges, at the time that children are placed in a family that has requested to adopt (similar situation to the, for-us-known, as “pre-adoptive”) and also, at the time of constituting the adoption or even after it.

The persons to be mentioned for this purpose in the order are the biological parents of the child and their spouses or partners, tutors or former guardians of the child, or any other person with whom the child has lived for at least one previous year.

They may request the order of maintaining relationships with other family members, applicants for adoption or the adoptive parents, the child himself, and anyone else who has obtained court permission to make the request. The new section 51B contains references to this post adoption contact orders: they may contain indications of how the contacts will happen; subject to conditions and requirements that the court considers appropriate; they may be modified or revoked by the court by the request of the child, the adoptive parents or the persons listed in the order, and finally, they will be effective until the child turns 18, unless they are earlier revoked.

The lawyer Larry Dodgson mentions that the new legislation is contrary to the jurisprudence of the British courts¹¹, which usually has spoken out against the system of open adoption. He also points out that the legislation leaves some issues open and those will be solved only by a careful study of the future interpretation and application of the legislation.

Art. 178.4 CC. Notes for future application

In fact, the new text that has been introduced in the Spanish Civil Code contains at first a generic term, led to an indefinite recipient or to a non-personified recipient, but to an ensemble of all authorities concerned to ensure the welfare of the child, by which “it may be decided to maintain some form of relationship” between the adoptee and his family of origin, if it is so advised by higher

¹¹ L. Dogson, (*loc. cit.*) cites the following cases : *Re P (Placement Orders: parental Consent* [2008] EWCA Civ 535; *Re J (A Child) (Adopted Child: Contact)* [2010] EWCA Civ 581; *Re J (Child) (Adopted Child: Contact* [2010] EWCA Civ 581; in *Re T (a child) (Adoption : Contact)* [2010] EWCA Civ 1527; *MF v of Brent & Ors* [2013] EWHC 1838 (Fam).

interests and because of particular circumstances of the family, age, or others significant considerations, according to the Public Entity assessment.

The mandate of the judge comes on following. But its content is limited to empower him ("may agree") to grant the maintenance of relationships, modify them or ban them, so this decision rests in a free decision of the judge. If the judge declares a decision, both positively or negatively, the standard orders him to have the consent of both families (the original and adoptive) and provide hearing to the child. It also commands the judge to act, as a Public Entity "proposal" or prosecution, then follows that, if he decides so, it will be necessary to have a previous proposal in both cases. Nothing has been expressly provided for the case in which the judge receives the previous proposal but decides not to intervene or make a decision without the "agreement", which is optional, at an adoption. However, from the rule it is clear that the previous proposal is not binding to promote the agreement from the judge, and it is only in order to be taken into account if the judge decides about an agreement. In short, three different wills should be taken into account, besides the one of the judge: the will of the Public Entity or the prosecution; the will of the two families concerned; and the will of the child. In this may lay the reason to designate the judgment as an "agreement", by the legislator. But he is required to have a prior proposal, not a ratification. The child has a right to be heard. In the standard it is not considered the duty to respect as much as possible the wishes or feelings of the child. But being expressly contemplated this right (expressly incorporated in the British Welfare Checklist but not in the LO1 / 1996) on existing international texts in Spain, the child may ask, if required, an intervention by the Ombudsman and demand compliance of art. 39 of the Constitution.

Also, when it comes to request the judge the "changing" or "suspension" of the communications system it is granted legitimacy to certain people (the Public Entity and those affected by the resolution); however, when it comes to agree the "maintenance" of communications and relations, the legislator omits to mention the standing to apply. Does this mean that the judge may decide to grant or not the maintenance of the measure, in principle without the necessity to be subject to application of any person or entity? and only when he decides to modify or suspend the measure must respect the principle of request by certain legitimized people (most notably, the adoptive family), as well as the need to attend to the proposal from the Public Entity or the prosecution? ... The rule will be controversial because it does not solve it. However, it is clear that any decision of the judge to avoid the hearing of the child would be contrary to the standard.

Moreover, any intervention of the judge for approving or not the existing measures for the contact between the child and his family of origin, must comply with the main objective: the promotion of the relationship, at least, between biological siblings. Concerning the procedural timing on which this intervention of

the judge is going to happen, the standard states: "to an adoption". That has no place, in the Spanish law, at the moment on which the child is delivered to the future adoptive family. Since it occurs in our law by administrative decision and not by a plea deal on the type of placement order.

What seems to have been collected from the British precedent, is that, if the judge intervenes, he may not do it without the consent of both families. In turn, this requirement raises the question whether the judge can or cannot do without this requirement in the best interests of the child, and which would also be the consequences if he decides the opposite to the wishes of the adoptive family. The rule states that the prior acceptance of post adoptive contacts will be a determinative criterion for the declaration of suitability of applicants for adoption, but... What will happen if once the adoption is consummated, the circumstances make them change their minds? ... these cases can be resolved only through a prior agreement proposal to amend the measure, but until the court reaches this proposal, the adoption file can be paralyzed. In the recent British case *Law* appears an attempt to enforce the interests of the child, over the opinion of the adoptive family (V. the last judgment cited above in footnote 11, judgment of Judge LJ Ryder, who seems to have embarked on a progressive line). Also it has been taken into account the desirability of individualizing carefully each measure, it is specified in the rule that age, family status, "or other significant circumstances" should be valued (it must be assumed, from the British precedent, to be held detailed and particularized) by the proposing Public Entity.

From this it follows that, it will not be always appropriate to establish the extent of maintaining contact, until then, started by the child and his family of origin; and neither the judge will make maintenance agreements, withdrawal or termination, in any case, on the occasion of issuing the adoption order. At this point it will be critical the assessment of "significant circumstances" that each governmental entity will develop for the formulation of its previous proposal. This could collapse the Administration for accumulation of resources against "rating" entrusted to the standard and, ultimately, delay processes, which would certainly be contrary to the general aims of the reform of protection childhood and adolescence.

Moreover, the lack of consent may take place, more usually, by the adoptive family and not by initiative of the original family, because it is not inferred under which circumstances the end of relations with the child could be demanded. In our opinion, the legislator has left open these and other procedural issues which could have been resolved in the norm; or also, have been collected during the enactment of the law of Voluntary Jurisdiction, coetaneous, which regulates this type of process, or reform of certain articles of the LEC 1/2000 referring to opposition to the measures ordered by judges in contentious proceedings concerning the adoption of children. This can lead not only to challenges of his

interventions, but also to possible different interpretations in the future, within the courts themselves.

Another issue is referred to the new ways of establishing communications. The rule states that they will not necessarily take place through interviews and visits since the new speech also mentioned “other communications”. What are these? ... For this purpose, we consider useful to recall the British experience in the system of letter-box or *life story work*, and above all, in the abolition of the need of direct communications and personal interviews between the child and the parents of origin. The lack of specialized agencies, as in the British model, should also be replaced through mediation services provided in most relevant regional administrations to prevent the temptation to provide information that could lead to the establishment of communications or unsupervised visits.

These limits are justified only for the convenience of the child and his mental stability because there are circumstances that are better to hide the child until he acquires the sufficient maturity to understand them, and might otherwise become traumatic. But in principle they should not operate when it comes to communications between siblings, this relationship should be encouraged, in principle, and only be restricted in exceptional cases.

Bibliography

- Burton, F., *Family Law*. 1^a ed., London 2003
- Cabedo Mallol, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, ed. Tirant lo Blancm Madrid 2008.
- Diduck, A., *Law's Families*, ed. Lexis Nexis, Edimburg 2003.
- Dogson, L., *Contact Post Adoption – time for a next default position?*, 11 noviembre 2014, <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed136606>
- Herring, J., *Family Law*, 1^a, ed. Pearson Education Limited, 2001.
- House of Lords, *Adoption: Post-legislative Scrutiny – Select Committee on Adoption Legislation*, 6 marzo 2013, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldadopt/127/12702.htm>.
- Observatorio de la Infancia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, en España y en el Derecho comparado* (Investigadoras, Leticia García Villaluengo y María Asunción Linacero de la Fuente), Madrid 2006. (Childhood Observatory. Ministry of Labour and Social Affairs. *The right of adopted children to know their origins in Spain and Comparative Law*), <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>
- Ravetllat Ballesté, I., (Coord.), *Derecho de la Persona*, ed. Bosch, Barcelona 2011, (págs, 51 a 66 del Cap. 2, *Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia*).

Standley, K., *Family Law*, 5^a ed., ed. Palgrave Macmillan Law, Hampshire-New York, 2006.

Villagrasa Alcaide, C./ Ravetllat Ballesté, I., (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del niño*, ed. Bosch, Barcelona 2009, págs. 55 a 77 (Villagrasa Alcaide, C.).

Welstead, M., & Edwards, S., *Family Law*, Oxford University Press, 2006.

Legislation

Código Civil 1889 (Spanish Civil Code) (CC).

Código Civil de Cataluña (Civil Code of Catalonia) (CCCat.).

Código de Familia de Cataluña, Libro II (*Llei 9/1998* de 15 de julio) (Family Code of Catalonia).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Constitución Española 1973 (Spanish Constitution).

Convenio de Bruselas, núm. 6, de la Comisión Internacional del Estado Civil (12 de septiembre de 1962) sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales (ratificado el 17 de abril de 1984).

Children Act 1989 (*ChA1989*), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>.

Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Carta Europea de los derechos del niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 / (A3-0172/92).

Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Adoption and Children Act 2002 (*AChA2002*) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>.

Decreto de la Junta de Andalucía 282/2002 de 12 noviembre.

Ley 14/2005 de la Comunidad de Castilla-León.

Ley 15/2005, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Ley Foral navarra 15/2005, de 5 diciembre.

Decreto 114/2008, de 17 de junio, del Gobierno Vasco.

Código Civil de Cataluña, (Civil Code of Catalonia, Book II, *Llei 25/2010*, de 29 de julio).

Llei 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y en la Adolescencia.

Ley 3/2011, de 20 de junio, de la Comunidad de Galicia.

Children and Families Act 2014 (ChFA 2014), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia (modification of the protection system of children and adolescents)

Lynn D. Wardle

Bruce C. Hafen Professor of Law
J. Reuben Clark Law School,
Brigham Young University, USA
e-mail: wardle@law.byu.edu

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.17

Suffer the Little Children: Elective Abortion as a Sign of Diminished Societal Compassion

SUMMARY

An article on abortion shows the very wide scale of this phenomenon. Abortions are shown in a historical perspective and through the prism of jurisprudence. The author presents its categorization – describing therapeutic and elective abortions. In this context he refers to the welfare of children.

Key words: abortion, welfare of a child.

Słowa kluczowe: aborcja, dobro dziecka.

The poet William Wordsworth put it well when he wrote: “The world is too much with us”¹. We are so driven by “Getting and spending, we lay waste our powers”². Truly, in the twenty-first century, we all live in materialistic societies. For various times in our lives all of us (and for increasingly longer time for an increasing number of us) seem to be so pre-occupied with acquisition and consumption of “things” such as wealth, resources, goods, commodities, and the trappings of material “success” that we neglect and forget the weightier matters of intangible importance and more meaningful substance, such as the well-being of others and our relationships with them. Materialism produces myopia that creates shallow, empty, sad lives.

There is no better metric of obsessive materialism in a society than how it treats its children. And there is no better indicator of how a society values its children than the practice and regulation of elective abortions.

The Supreme Court co-opted the regulation of abortion in America forty-two years ago when it decided *Roe v. Wade*, 510 U.S. 113 (1973) and ruled that all states must allow unrestricted access to abortions – at least during the first six months of pregnancy. Until the end of the second trimester, no state regulation

¹ W. Wordsworth, *The World is Too Much with Us*, in *Poems*, in Two Volumes (1807).

² *Ibidem*.

to protect the life of the child-in-utero is legally permitted under *Roe*. The decision of the Supreme Court in *Roe* revolutionized the law regulating abortion in America and transformed abortion practice in American society. *Roe* effectively invalidated abortion laws in all fifty states and required all states to legalize abortion-on-demand, at least through the end of the second trimester (6th month) of pregnancy. And *Roe* was just the beginning of a series of cases that have dramatically expanded and transformed the substance of abortion regulation and law in the United States, as well as distorted other areas of law (including informed consent, free speech, etc.). *Roe* has had almost unprecedented transformative (and deformative) effect not only upon the practice of abortion in America (now the most common surgical procedure in the country) but also upon American constitutional law.

Since *Roe*, the Supreme Court has decided at least *forty major* abortion cases mostly expanding the right of access to unrestricted abortion. (Including other abortion cases dealing primarily with other issues such as abortion funding, free-speech rights of abortion protestors, and other related issues there have been at least fifty (50) Supreme Court abortion rulings in the past 42 years. (See Appendix I) As a result, virtually no significant regulation of abortion is permitted in America today before the fetus is viable.

The 42-year-old abortion controversy continues unabated in this country. For example, in November 2015, the Supreme Court announced that it will hear another abortion case soon³. That case involves a challenge to parts of a Texas 2013 abortion law that (1) requires that doctors who perform abortions have admitting privileges at a nearby hospital, and (2) requires abortion clinics to upgrade their facilities to meet stricter, surgical-center standards.

With virtually no legal oversight, the practice of abortion-on-demand skyrocketed in America. Since *Roe v. Wade* legalized abortion-on-demand in all fifty states in 1973, there have been over fifty million (50,000,000) abortions in America. (See Appendix II) Most of those abortions were done for reasons of personal or social convenience, not for reasons of health. The numbers, rates and ratios of abortions in the United States peaked in the 1980s and they have been steadily falling since the. For example, the rate of abortions to women of childbearing age (15-44 years) has been steadily dropping since about 1980. Chuck Donovan, *Why the Abortion Rate is Declining*, The Daily Signal (1 Sept. 2014), at <http://dailysignal.com/2014/09/01/abortion-rate-declining/>. The rate of abortions is now at a three-decade low in the United States. Sarah Kliff, *the Abortion rate is at a 30-year low*, Washington Post, Feb. 3, 2014 available at http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2014/02/03/the-abortion-rate-is-at-a-30-year-low/?tid=up_next.

In November 2015, the U.S. Centers for Disease Control (“CDC”) released its national abortion report on the number of abortions done in the United States

³ Whole Woman’s Health v. Cole, No. 15-274, cert. granted 13 November 2015.

the most recent year reported (2012)⁴. The good news is that, although approximately 699,000 babies lost their lives in abortions in 2012, the latest year CDC has produced figures for, that represents a decline of about 31,322 abortions from the 730,322 abortions in 2011, according to CDC's report last year. Moreover, the number of abortions in 2012 was about half the number of abortions in the 1980s, when more than 1.5 million abortions were done annually.

The bad news is that most of the abortions in 2012 (and every year) are elective abortions – done for reasons of personal convenience. And according to the CDC figures:

- 58,250 unborn babies die in an abortion every month
- 13,442 prebirth babies die in an abortion every week, and
- 1,915 prenatal infants babies die in an abortion every single day in America.

Also, the true number of abortions is much higher than the CDC reports as they do not include abortions from several states including the state that historically has had the most abortions. The Alan Guttmacher Institute (AGI), historically associated with Planned Parenthood of America, the single largest abortion provider in America, supplies better estimates of the actual number of abortion than the CDC data (because the AGI goes directly to the abortion providers to get its data, while the CDC relies on state collected records). The AGI data show that as many as 1,000,000 abortions occur annually in the United States. That equates to over 83,000 every month, 19,230 a week and over 2,700 every single day.

Abortions can be broadly categorized into two groups: The first category of abortions is *therapeutic abortions* – abortions that are medically necessary to protect the life or health of a pregnant woman. Fortunately, due to improvements in obstetrics, gynecology, maternity care, and medicine in general, the number and ratio of pregnancies that present serious medical risks for the pregnant mother have dramatically fallen in the past fifty or sixty years. Therapeutic abortions are medical tragedies and those who have them deserve full support and compassion from society.

The second category of abortions is *elective abortions* – abortions that are not medically indicated to protect the mother's health but which are performed for reasons of personal convenience and choice. Usually the personal reasons motivating the elective abortion are those of the pregnant woman, but in some cases the driving force is the personal preference of another person such as a boyfriend, husband, parent, other relative, or perhaps a state agent enforcing an anti-natalist public policy. Elective abortion is a sign of excessive materialism.

Advocates of elective abortion often cite concerns about increasing welfare costs to justify pro-abortion policies for welfare-dependent pregnant women. Such concerns are actually illusory, for even most welfare-dependent children

⁴ However, The CDC report is about three years behind current, and the data it gathers does not include any abortion data from several states, including California, Maryland and New Hampshire. Idem.

will perform service of significant social value (including military service, service in public organizations, community and neighborhood service, charitable service, service in and through local churches, etc.) that is unmeasured and often largely unmeasurable. In other words, the value of what those would-be aborted children contribute to society in the long-run far exceeds the cost of protecting and raising them. Of course, of even greater significance is the moral value of the life of a living human being, and the moral degeneration cost of sacrificing the life of a child to avoid inconvenience for the woman with an unplanned pregnancy, and her boyfriend, husband or other family members.

Similarly, some advocates of elective abortions cite concerns about world over-population and world hunger and world conflict. Why would one want to bring a child into such a strife-ridden world, when the very existence of an extra child means greater strain upon food supplies, and so forth. In most cases, in most places, at most times, such arguments are untrue. First, do we really need to balance our books on the backs of the next generation? Is it morally justifiable to make our children pay (even with their lives!) for our generations' personal and social debts? Moreover, again, those arguments overlook how much the child can contribute to solving the problems of the world. Perhaps the unborn child whose life is being debated will (or would) discover the scientific key to the next "green revolution" or the cure for some terrible diseases or the solution to serious global problems. One does not need to look too deeply into our history to identify children who were born into and raised in very deprived, difficult circumstances who as adults made world-changing wonderful contributions in all areas of human life and activity.

Ultimately, the regulation of elective abortion is the best metric of the humanity, generosity, and caring kindness of a society. It is the best measure of how we treat "the least" among us – the least valued members of our society, the least capable of quickly repaying others for the financial costs and other material inconveniences that their protection and care required.

How we treat "unwanted" children in utero is a portent of how we will treat other "unwanted" persons who are on the fringes of life and society. Thus, elective abortion is a harbinger of how we will treat the elderly, the sick, the poor, and those with expensive disabilities. Elective abortion defines a me-first, I-want-it-here-and-now society. It foretells and heralds how our society eventually will treat others who can be considered "the least" among us – the least important, the least self-sufficient, the least able to contribute materially to our social agendas.

Sadly, data on the practice of abortion in the United States indicate that America is an excessively materialistic society with adult concern for possessions, status, wealth and prestige taking priority over concerns for the well-being of children. As those materialistic considerations grow there is diminishing care for, protection of, and investment in its children, especially unwanted children in

utero. As a marker of how it values children generally, the abortion-on-demand doctrine and practice in the United States manifests the pursuit of an adult-centric interests and social policies. It indicates a subordination of child welfare (even children's lives) to the convenience and preferences of adults.

One wonders why the needs and welfare of children (even their lives) cannot be taken into account in calculating where to draw the lines in this controversial social policy regarding elective abortions. Cannot children's welfare be balanced in the equation somehow? Cannot compassion for unborn children and recognition of their inherent value as humans have place in our social policy? Repudiation of the ghastly and immoral *Roe* doctrine of abortion-on-demand would be a small, but significant step in the right direction of reviving a culture that values the lives and being of children, and recognizes the hope and promise they represent.

Bibliography

Lynn D. Wardle & Mary Anne Q. wood, *A Lawyer Looks at Abortion*, (BYU Press, 1982)

Lynn D. Wardle, *The Abortion Privacy Doctrine* (Wm. S. Hein & Co., 1981)

Lynn D. Wardle, *Rights of Conscience vs. Peer-Driven Medical Ethics: ACOG and Abortion*, has been published in *Life & Learning XVIII*, Proceedings of the Eighteenth University Faculty for Life Conference at Marquette University 2008 at 23-55 (Joseph W. Koterski, S.J., ed. 2011).

Lynn D. Wardle, *Crying Stones: A Comparison of Abortion in Japan and the United States*, 14 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Compar. L. 183-259 (1994).

Lynn D. Wardle, *The Gap Between Law and Moral Order: An Examination of the Legitimacy of the Supreme Court Abortion Decisions*, 1980 B.Y.U. Law Rev. 911-35.

Appendix I:

Fifty important Supreme Court abortion decisions

Forty major (and ten other significant) U.S. Supreme Court abortion Cases, 1971-2014

A. Twelve Major Supreme Court Abortion Decisions in the 1970s

1. *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971)
2. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)
3. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973)
4. *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975)
5. *Connecticut v. Menillo*, 423 U.S. 9 (1975)
6. *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976)

7. *Bellotti v. Baird (I)*, 428 U.S. 132 (1976)
8. *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977)
9. *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977)
10. *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977)
11. *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979)
12. *Bellotti v. Baird (II)*, 443 U.S. 622 (1979)

B. Ten Major Supreme Court Abortion Decisions in the 1980s

13. *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980)
14. *Williams v. Zbaraz*, 448 U.S. 358 (1980)
15. *H. L. v. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981)
16. *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983)
17. *Planned Parenthood Association of Kansas, Missouri, Inc. v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983)
18. *Simopoulos v. Virginia*, 462 U.S. 506 (1983)
19. *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986)
20. *Diamond v. Charles*, 476 U.S. 54 (1986)
21. *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988)*
22. *Webster v. Reproductive Health Center, Inc.*, 492 U.S. 490 (1989)*

C. Ten Major Supreme Court Abortion Decisions in the 1990s

23. *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990)
24. *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 497 U.S. 502 (1990)
25. *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991)
26. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)*
27. *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic*, 506 U.S. 263 (1993)*
28. *National Organization for Women, Inc. v. Scheidler*, 510 U.S. 249 (1994)*
29. *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, 512 U.S. 753 (1994)*
30. *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*, 519 U.S. 357 (1997)*
31. *Lambert v. Wicklund*, 520 U.S. 292 (1997)
32. *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968 (1997)

D. Five Major Supreme Court Abortion Decisions from 2000-2009

33. *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000)*

34. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000)
35. *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320 (2006)
36. *Scheidler v. National Organization for Women, Inc.*, 537 U.S. 393 (2003)*
37. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, (2007)

E. Three Major Supreme Court Abortion Decisions from 2010-2014

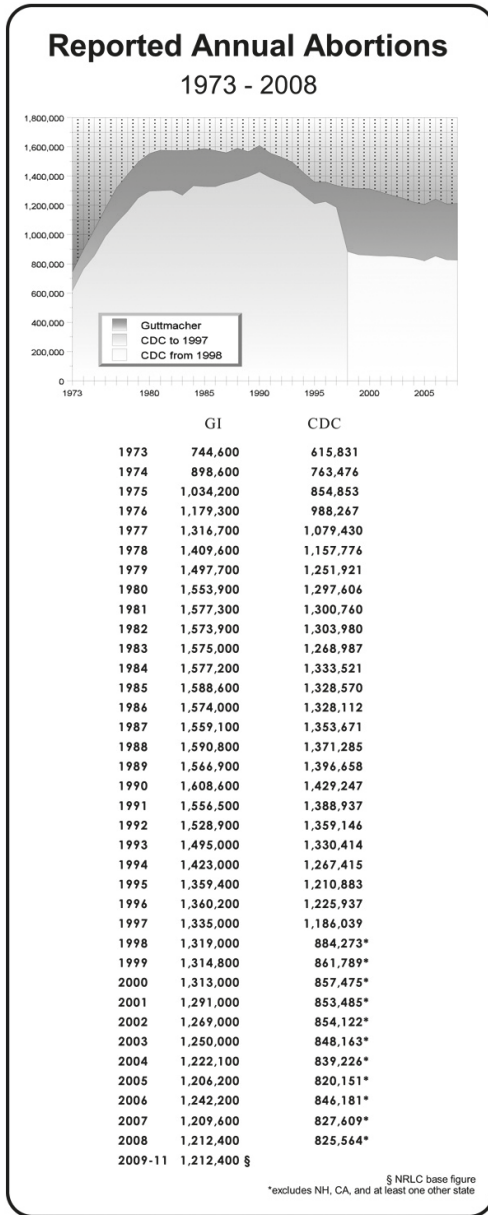
38. *Susan B. Anthony List v. Driehaus*, 573 U.S. ___, 135 S.Ct. ___, 2014 WL 2675871 (June 16, 2014)*
39. **McCullen v. Coakley*, ___ U.S. ___, 135 S.Ct. __ (June 26, 2014)
40. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S., 135 S.Ct. __ (June 30, 2014)

F. Other Significant Supreme Court Cases Involving Abortion

1. *Arnold v. Sendak*, 429 U.S. 968 (1976)
2. *Guste v. Jackson*, 429 U.S. 399 (1977)*
3. *Hartigan v. Zbaraz*, 484 U.S. 171 (1987)
4. *Fargo Women's Clinit v. Schafer*, 507 U.S. 1013 (1993)
5. *Lawson v. Murray*, 515 U.S. 1110 (1995)*
6. *Leavitt v. Jane L.*, 518 U.S. 137 (1996)
7. *Janklow v. Planned Parenthood Sioux Falls Clinic*, 517 U.S. 1174 (1996)
8. *Lawson v. Murray*, 525 U.S. 955 (1998)*
9. *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. 449 (2007)*
10. *Lefemine v. Wideman*, 133 S.Ct. 9 (2012) (Per Curiam) *

* = pro-life free speech or expression case

Appendix II: Number of Abortions in the US by Year and Cumulative (comparing AGI and CDC data)



ABORTION statistics

United States Data and Trends

Abortions Level Off After Decline

After dropping 25% from a high of over 1.6 million in 1990, the number of abortions performed annually in the U.S. has leveled off at about 1.2 million a year.

Two independent sources confirm this latest trend: the government's Centers for Disease Control (CDC) and the Guttmacher Institute (GI), which was once a special research affiliate of abortion chain Planned Parenthood.

The CDC ordinarily develops its annual report on the basis of data received from 52 central health agencies (50 states plus New York City and the District of Columbia). GI gets its numbers from direct surveys of abortionists conducted every few years.

Because of these different methods of data collection, GI has consistently obtained higher counts than the CDC. CDC researchers have admitted it probably undercounts the total number of abortions because reporting laws vary from state to state and some abortionists probably do not report or under-report the abortions they perform. Nevertheless, because increases and decreases in CDC and GI numbers have usually roughly tracked each other, both sources are thought to provide useful information on abortion trends and statistics. The CDC stopped reporting estimates for some states in 1998, though, making the discrepancy larger.

Abortions from CA and NH have not been counted by the CDC since 1998, and other states have been missing from the totals during that time frame: OK in 1998, AK from 1998 to 2002, WV in 2003 and 2004, LA in 2005 and 2006, MD in 2007 and 2008. For areas that did report, overall declines were seen from 1998 through 2008, though totals ticked up again in 2006.

GI's latest survey found slightly higher numbers in 2008, but these may be due to the addition of abortionists missed in previous surveys. Increasing numbers of chemical abortions have also helped arrest previous declines.

Using GI figures through 2008, estimating 1,212,400 abortions for 2009 through 2011, and factoring in the possible 3% undercount GI estimates for its own figures, the total number of abortions performed in the U.S. since 1973 equals 54,559,615.

The Consequences of *Roe v. Wade*

54,559,615

Total abortions since 1973

Based on numbers reported by the Guttmacher Institute 1973-2008, with estimates of 1,212,400 for 2009-2011. GI estimates a possible 3% under reporting rate, which is factored into the total. 1/12

Urszula Drozdowska

Uniwersytet w Białymstoku

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.18

Wykładnia art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i poglądów doktryny prawa

SUMMARY

Interpretation of Art. 4a. 1 point 2 of the Act on family planning, human embryo protection and conditions of permissibility of abortion in light of the jurisprudence of the Supreme Court and the doctrine of law

In the Act of 7 January 1993 on family planning, human embryo protection and conditions of permissibility of abortion, in a solemn preamble preceding the text we read that life is a fundamental good of man, and that concern for the life and health is one of the fundamental obligations of the state, society and citizen. In the provision of Article 1 of the Act we notice a statement that the right to life, including its prenatal stage is protected within the limits laid down in the Act. It can therefore be argued that, on the basis of applicable law, right to life of nasciturus is not absolute, and therefore in the conditions referred to in the Act there is a possibility to have an abortion. All the conditions for lawful termination of pregnancy are the subject of numerous comments and analyses. For some, They are an example of restrictiveness of the Polish anti-abortion law, for others - on the contrary - they are the reason for the criticism indicating that the legislator does not sufficiently protect an unborn life.

Key words: nasciturus, right to life, abortion, law.

Słowa kluczowe: nasciturus, prawo do życia, aborcja, prawo.

Uwagi wprowadzające

W ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży¹, w uroczystej

¹ (Dz. U. nr 17, poz. 78 ze zm.). Dalej: ustawa o planowaniu rodziny.

preambule poprzedzającej tekst ustawy zapisano, iż życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do podstawowych obowiązków państwa, społeczeństwa i obywatela. Jednocześnie ustawodawca uznaje prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz przyznaje prawo dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa.

Treść preambuły pozostaje w zgodzie z dotychczasową linią orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (TK), który w słynnym wyroku z dnia 28 maja 1997 r.² wyraził zapatrywanie, iż prawo do rodzicielstwa może być interpretowane w znaczeniu zarówno pozytywnym, jak i negatywnym. Z jednej bowiem strony oznacza ono zakaz podejmowania działań ograniczających wolność posiadania dzieci, z drugiej również zakaz podejmowania działań przymuszających do posiadania dzieci. Prawo to w sposób szczególny dotyczy decyzji o poczęciu dziecka.

W cytowanym orzeczeniu TK odniósł się także do kwestii zasadniczej w sporze o aborcję, a mianowicie postawił pytanie; czy prawo do decyzji o posiadaniu dziecka można rozumieć szerzej, także jako prawo do decyzji o jego urodzeniu. W ten sposób trafnie zdiagnozował problem, związany z określeniem prawnych warunków dopuszczalności przerwania ciąży. Warto zauważyć, iż w opisywanym wyroku TK badał zgodność z przepisami ustawy konstytucyjnej³ przerwanie ciąży w sytuacji, gdy kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub w trudnej sytuacji osobistej. Trybunał uznał, iż wskazane okoliczności nie mają dostatecznego usprawiedliwienia w systemie wartości, praw oraz wolności konstytucyjnych. Zestawiając wartość ludzkiego życia w fazie prenatalnej z ciężkimi warunkami życiowymi/osobistymi kobiety doszedł do wniosku, iż przepis tak sformułowany narusza gwarancje konstytucyjne dla ochrony życia ludzkiego. Trybunał w ten sposób wyznaczył ramy debaty także nad innymi okolicznościami usprawiedliwiającymi w świetle prawa przerwanie ciąży. W ujęciu konstytucyjnym (w zakresie badania zgodności ustaw z Konstytucją RP), aby ograniczyć jedno prawo konstytucyjne, należy wykazać konieczność ochrony innego konstytucyjnego dobra. W sytuacji kolizji dóbr w pierwszej kolejności wymaga więc ustalenia, czy dobro, którego naruszenie ustawodawca legalizuje stanowi wartość konstytucyjną. Następnie, określenia wymaga, czy legalizacja naruszeń tego dobra znajduje dostateczne usprawiedliwienie na gruncie innych wartości konstytucyjnych, wreszcie należy odpowiedzieć na pytanie, czy ustawodawca dochował konstytucyjnych

² Sygn. K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 1998, s. 173-210.

³ Chodzi o przepisy konstytucyjne pozostawione w mocy na podstawie art. 77 ustawy konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą RP oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. nr 84, poz. 426 ze zm.).

kryteriów rozstrzygnięcia takiej kolizji, w szczególności czy przestrzegają wymogu proporcjonalności i adekwatności⁴.

W przepisie art. 1 ustawy o planowaniu rodziny znalazło się stwierdzenie, iż prawo do życia, w tym również w fazie prenatalnej podlega ochronie w granicach określonych w niniejszej ustawie. Można zatem twierdzić, iż na gruncie obowiązujących przepisów prawa prawo do życia *nasciturusa* nie ma charakteru absolutnego, a zatem w sytuacjach przewidzianych w ustawie istnieje możliwość dokonania aborcji. Przepis art. 4a ust. 1 ustawy dopuszcza ją w enumeratywnie wymienionych przypadkach; gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (pkt 1); gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (pkt 2); gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (pkt 3).

Wszystkie wymienionej wyżej warunki legalnego przerwania ciąży są przedmiotem wielu komentarzy i analiz⁵. Dla jednych stanowią przykład restrykcyjności polskiego prawa antyaborcyjnego, dla innych – przeciwnie – są powodem do krytyki wskazującej, iż ustawodawca nie dość silnie chroni nienarodzone życie⁶. Ta całkowita odmienność ocen obowiązującej regulacji prawnej jest spowodowana innymi założeniami aksjologicznymi⁷. Z tego też powodu znalezienie

⁴ Zob. szerzej bogaty dorobek orzecznicy TK na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

⁵ Problematyka ta pozostaje w sferze zainteresowań przede wszystkim filozofii, w tym filozofii prawa, teologii, a także bioetyki oraz biojuryśdencji (zwanej młodszą siostrą bioetyki). Wymieniając jedynie prace z zakresu prawa, zob. w szczególności: W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji. Konstytucyjna formuła ochrony życia*, „Przed Pierwszym Czytaniem” 2007, nr 3, s. 29-33; E. Zielińska, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji RP*, „Przed Pierwszym Czytaniem” 2007, nr 3, s. 11-15; zob. też tej autorki obszernie rozważania w pracy *Warunki dopuszczalności przerywania ciąży w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990; M. Królikowski, *Glosa do wyroku ETPCz w sprawie Alicji Tysiąc przeciwko Polsce*, „Przegląd Sądowy” (PS) 2007, nr 3, s. 200-211; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 423 i nast.; A. Brezcko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnologicznego*, Białystok 2011, s. 191 i nast. i powołaną tam literaturę.

⁶ Jak donoszą media już wkrótce do łaski marszałkowskiej trafią dwa odrębne projekty ustaw, które mogą zmienić obowiązujący w tej materii stan prawny. Pierwszy projekt autorstwa Instytutu na rzecz Kultury Prawnej *Ordo Iuris* zakazuje całkowicie aborcji (<http://www.ordoiuris.pl/pelna-ochrona-prawna-dziecka-poczetego---aspekt-prawnokarny,3777,analiza-prawna.html>), drugi projekt tzw. środowisk liberalnych zakłada możliwość legalnego przerwania ciąży do 12 tygodnia jej trwania na życzenie kobiety ciężarnej. W przypadku zaistnienia okoliczności w postaci zagrożenia dla zdrowia lub życia kobiety ciężarnej, a także w razie prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu oraz w przypadku pochodzenia ciąży z czynu zabronionego możliwa jest aborcja nawet po upływie 12 tygodnia ciąży, przy czym projektodawcy różnicują czas, w którym jest ona możliwa, zob. art. 8 projektu ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie (http://partiazieloni.pl/wp-content/uploads/2016/04/ustawa_aborcja_projekt.pdf). Oba projekty na dzień pisania niniejszego tekstu nie były procedowane przed Sejmem RP. Zauważmy, iż oba ukazują skalę bezkompromisowości dyskursu w omawianej płaszczyźnie opartego na zasadzie: „wszystko albo nic”.

⁷ Zob. A. Przyłuska-Fiszer, *Etyka i przerwanie ciąży*, [w:] *Bioetyka*, red. J. Różyńska, W. Chańska, Warszawa 2013, s. 311-326 i powołowaną tam literaturę.

kompromisu wydaje się być niemożliwe. A jednak takie próby – moim zdaniem – należy podejmować także na gruncie obowiązujących przepisów prawnych⁸.

W celu uzasadnienia tego stanowiska warto przytoczyć poglądy Profesora Marka Safjana, który niejednokrotnie wskazywał na konieczność poszukiwania konsensusu w kwestiach związanych z regulacją tzw. bioprawa⁹. Jego zdaniem pomimo różnych punktów wyjścia przyjmowanych przez obie strony (tj. zwolenników światopoglądu katolickiego oraz laickich pragmatyków) nie można zakwestionować faktu, że na poziomie aksjologii prawa, nie maksymalistycznej, ale poszukującej równowagi, możliwe będzie porozumienie w wielu istotnych kwestiach. Autor ten podkreśla, że prawo kierując się systemem własnych ocen i kryteriów ma autonomiczny charakter w stosunku do innych systemów normatywnych (m.in. do systemu norm moralnych). W związku z tym nie ma na celu udoskonalenia wewnętrznego jednostki, nie opiera się na założeniach maksymalistycznych, nie wymaga od ludzi ani heroizmu, ani zbyt wielkiego altruizmu, lecz operuje raczej wzorcem zachowania utrwalonym w doświadczeniu, opiera się na postulatcie zachowania umiaru w określaniu wymagań i oczekiwań¹⁰. Prawo zatem powinno unikać skrajności i mechanicznego przenoszenia reguł obowiązujących w innych pozaprawnych systemach normatywnych. Te ostatnie bowiem mogą nie odzwierciedlać poglądów większości adresatów prawa.

W niniejszej publikacji podjęto próbę szukania takiego kompromisu, jakkolwiek ograniczonego do jednej z przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży, określonej w punkcie 2 cytowanego art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Jest to tzw. przesłanka eugeniczna, zwana także embriopatologiczną¹¹. Na podstawie danych statystycznych zasadnie można twierdzić, że jest ona obecnie najczęstszą przyczyną wykonywania legalnej aborcji w Polsce¹².

⁸ Niniejszy tekst został napisany zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym na 1 lipca 2016 r.

⁹ Zob. zwłaszcza M. Safjan, *Jakiego prawa bioetycznego poszukujemy?*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 1-15.

¹⁰ Ibidem, s. 2. W podobnym duchu wypowiada się: T. Pietrzykowski, *Spór o aborcję*, Katowice 2007, s. 81 i nast.

¹¹ E. Zielińska proponuje rezygnację z tego sposobu ujmowania tej okoliczności wskazując na niewłaściwe, pejoratywne zabarwienie słowa „eugenika”. Proponuje zatem określenie: przyczyny embriopatologiczne. Oba określenia będą w niniejszym tekście używane.

¹² Zob. sprawozdanie Rady Ministrów z wykonywania oraz o skutkach w roku 2013 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży (Dz. U. nr 17, poz. 78 z późn. zm.), Warszawa 2015, s. 91. W 2013 r. z przyczyn embriopatologicznych wykonano 718 zabiegów, z powodu zagrożenia życia i zdrowia matki – 23, w wyniku czynu zabronionego – 3.

Przesłanka embriopatologiczna (eugeniczna) na gruncie uregulowań ustawy o planowaniu rodziny

Ustawodawca w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, w opisie przesłanek dopuszczających przerwanie ciąży posługuje się zwrotami nieodkrytymi, typu: „duże prawdopodobieństwo”, „ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu”, „choroba zagrażająca życiu”. Już *prima facie* dostrzegamy, iż trudno tutaj znaleźć precyzyjne kryteria przy ocenie tego, czy prawdopodobieństwo jest duże oraz czy upośledzenie możemy nazwać ciężkim i nieodwracalnym¹³.

Wykładnia literalna pozwala przyjąć, iż z ciężkim upośledzeniem płodu mamy do czynienia w razie znacznego ograniczenia jego sprawności fizycznej lub psychicznej, nieodwracalność natomiast jest stanem trwałym niepoddającym się leczeniu; jest to stan taki, którego następstw nie można usunąć¹⁴. Nieuleczalna choroba z kolei oznacza, iż procesy patofizjologiczne nie ustępują pod wpływem leczenia, przy czym choroba ta powinna charakteryzować się dużą intensywnością ponieważ ma, zgodnie z intencją ustawodawcy, zagrażać życiu płodu. Medycyna zna setki wad wrodzonych oraz chorób dziedzicznych, które można zdiagnozować prenatalnie. Niektóre z nich mają charakter letalny¹⁵, inne przybierają postać głębokiego upośledzenia fizycznego i/lub umysłowego (np. choroba Tay-Sachsa, trisomia chromosomu 13 – tzw. zespół Patau, trisomia chromosomu 18 – tzw. zespół Edwardsa)¹⁶. Jeszcze inne nie mają tak głęboko negatywnego wpływu na życie osoby nią obciążonej, ale wiążą się z licznymi ograniczeniami fizycznymi (np. achondroplazja) czy psychicznymi (zespół Downa). Ponadto, przebieg niektórych z nich może być ciężki (ciężka postać autyzmu) lub lekki (zespół Aspergera)¹⁷. Podobnie zespół Downa sprzężony

¹³ Tak też M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży*, [w:] *Współczesne wyzwania...*, s. 175; a także M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samostanowienia*, Warszawa 2012, s. s. 590 i nast. Jakkolwiek ww. autorzy stoją po przeciwnych stronach „barykady”, z obu ich tekstów jednoznacznie wynika, iż podstawowy problem tkwi w odpowiedniej interpretacji przepisów ustawy.

¹⁴ *Słownik Języka Polskiego PWN*, wydanie internetowe (01.07.2016).

¹⁵ Za tzw. wadę letalną (łac. *letalis*) uznaje się zaburzenie rozwojowe prowadzące do poronienia samostannego, porodu niewczesnego lub zgonu wewnątrzmacicznego, ewentualnie zaburzenie rozwojowe prowadzące do przedwczesnej śmierci żywo urodzonego dziecka, bez względu na zastosowane leczenie. Tak T. Dangel, *Wady letalne u płodów i noworodków. Opieka paliatywna jako alternatywa wobec eugenicznej aborcji, eugenicznego dzieciobójstwa i uporczywej terapii*, [w:] *Bioetyka w zawodzie lekarza*, red. W. Chańska, J. Hartman, Warszawa 2010, s. 81. Autor ten do wad letalnych zalicza także zaburzenia rozwojowe zakwalifikowane do przerwania ciąży zgodnie z obowiązującą ustawą o planowaniu rodziny, zaznaczając, iż nie musi być to wada letalna *per se* – w rozumieniu medycznym, jednak ponieważ kwalifikacja ta prowadzi *de facto* do śmierci płodu – okazuje się być wadą letalną (sic!). W tym ostatnim wypadku dzieje się tak na skutek interwencji aborcyjnej lekarza, podstawowym zatem kryterium wyróżnienia wady letalnej – według tego autora – jest śmierć, zarówno z powodów medycznych, jak i prawnych.

¹⁶ Za J. Różyńską, *Etyka i diagnostyka przedurodzeniowa*, [w:] *Bioetyka*, s. 346.

¹⁷ Są to choroby zaliczane do genetycznych, jakkolwiek może odgrywać rolę tzw. czynnik środowiskowy (np. przyjmowanie leków w czasie ciąży), jeszcze nie udało się ustalić w sposób niebudzący

z innymi wadami, np. ciężką wadą serca (częstą w przypadku dzieci z tym zespołem) sprawi, że będziemy mogli wyrokować, iż mamy do czynienia z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem. Powstaje więc pytanie, czy zdiagnozowane w badaniach prenatalnych wady dają powód do twierdzenia, iż mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanek określonych w cytowanym wyżej przepisie. Z uwagi na odwołanie się do nieostrych kryteriów o istnieniu wymienionych przesłanek decyduje lekarz, a jego decyzja może być uznana za arbitralną, niezgodną z żądaniem pacjentki¹⁸. Problem dodatkowo wikła się na skutek tego, iż postawiona diagnoza określa często tylko prawdopodobieństwo wystąpienia określonej jednostki chorobowej (nie zawsze jest łatwa odpowiedź czy jest ono duże). Ponadto, cytowany przepis wskazuje, że diagnoza ma wynikać z badań prenatalnych lub „innych przesłanek medycznych”. Zwłaszcza to ostatnie kryterium, jak pokazuje orzecznictwo, może być interpretowane szeroko.

Usunięcie ciąży z powodu dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu jest możliwe tylko do momentu, w którym *nasciturus* osiągnie zdolność do życia poza organizmem matki. Wiedza medyczna w takim przypadku nakazuje przyjąć 24 tydzień ciąży, jakkolwiek wskazuje się, iż znaczenie może mieć także waga płodu. Ostatni z warunków budzi ogromne kontrowersje z racji odnotowywania przypadków przeżycia aborcji przez *nasciturusa*. W związku z tym zwolennicy zaostrenia prawa antyaborcyjnego wskazują na konieczność odpowiedniej, prawnej reakcji na ewentualne pourodzeniowe dzieciobójstwo¹⁹. Z kolei przeciwnicy podnoszą, iż ustawowe kryterium niezdolności do życia poza organizmem matki nie musi oznaczać natychmiastowej śmierci po odpepnieniu. Zalecenia WHO dotyczące konieczności podejmowania reanimacji dotyczą bowiem noworodków, których poród odbył się w 23 tygodniu ciąży, przy wadze przynajmniej 500 gram i istniejących oznakach życia²⁰. Granica wiekowa nie jest zatem równoznaczna z ustaleniem zasady, iż płód taki spełnia kryteria zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki²¹. *In casu* mogą więc zaistnieć okoliczności, które paradoksalnie zobowiązują lekarza, który wykonał aborcję do podjęcia reanimacji²².

wątpliwości genetycznej anomalii odpowiedzialnej za ich rozwój. W związku z tym w obecnym stanie wiedzy medycznej nie można ich wykryć w ramach diagnostyki przedurodzeniowej. Jest to jednak tylko kwestią czasu.

¹⁸ Zob. szerzej rozważania R. Dębskiego, *Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty*, „Prawo i Medycyna” (PiM) 2007, nr 3, s. 39-52.

¹⁹ N. Dueholm, *Szpitalne dzieciobójstwo*, <https://prawdaoaborcji.wordpress.com/2012/09/27/szpitalne-dzieciobojstwo/> (01.07.2016).

²⁰ Tak M. Boratyńska, op. cit., s. 584.

²¹ Ibidem. Jeśli dobrze zrozumiałam wypowiedź autorki zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki *in casu* ma ocenić lekarz i zdecydować, czy podejmować następnie działania medyczne.

²² Problem związany z ratowaniem przedwcześnie urodzonych jest bardzo złożony. Z jednej bowiem strony istnieje obowiązek ratowania ludzkiego życia, z drugiej zaś postuluje się kwalifikowanie przedwcześnie urodzonych do opieki paliatywnej, chroniąc je w ten sposób przed tzw. uporczywą terapią. Zob. T. Dangel, op. cit., s. 85 i nast.

Poniżej zostaną przedstawione stany faktyczne, na kanwie których zapadło kilka orzeczeń, w których Sąd Najwyższy musiał się odnieść do kontrowersyjnej problematyki dochodzenia roszczeń z tytułu *wrongful birth*²³. Kwestie związane z określeniem przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej nie będą jednak przedmiotem moich rozważań, skupię się na dokonywanej przez sądy wykładni art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny. Nie ulega jednak wątpliwości, iż istnieje ścisły związek pomiędzy ustaleniem okoliczności uprawniającej do legalnego przerwania ciąży a pozbawieniem prawa rodziców do zadecydowania o tym, czy chcą się obciążyć „defektywnym” dzieckiem, w następstwie czego dochodzi do jego urodzenia. Czynem bezprawnym w tego typu powództwach jest zachowanie się lekarza polegające na zawinionym nierozpoznaniu „defektu” dziecka, ewentualnie na rozpoznaniu, ale nie poinformowaniu o tym matki lub na nieskierowaniu jej na badania prenatalne w celu potwierdzenia lub wykluczenia diagnozy. Możliwa jest też sytuacja nieprawidłowej klasyfikacji „defektu” – jako wady niespełniającej przesłanek z art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

W pierwszym z orzeczeń – z dnia 13 października 2005 r.²⁴ – Sąd Najwyższy stwierdził, że: „przepis art. 4a ust. 1 nie uzależnia przerwania ciąży z przyczyn w nim wskazanych od ustalenia w sposób pewny na podstawie badań prenatalnych, że płód dotknięty jest określoną wadą genetyczną. Przepis ten dopuszcza przerwanie ciąży, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu”. W stanie faktycznym sprawy (tzw. sprawa łomżyńska) istotnym elementem było urodzenie przez powódkę w 1997 r. dziecka z nieuleczalną chorobą genetyczną w postaci ciężkiej dysplazji kręgosłupowo-przynasadowej. Pomimo tego, iż małżonkowie W. unikali zajścia w ciążę, w marcu 1999 r. okazało się, że powódka jest w ciąży. Materiał genetyczny dotyczący pierwszego dziecka został dostarczony do Zakładu Genetyki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie w celu wykazania obecności najczęściej występujących mutacji odpowiedzialnych za występowanie achondroplazji lub hipochondroplazji, ale w marcu 1999 r. wyniki badań nie były jeszcze znane. Jest to istotne spostrzeżenie,

²³ Należy odesłać czytelnika do bogatej już literatury dotyczącej tego zagadnienia, zob. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za szkody związane z urodzeniem upośledzonego dziecka*, PiM 2003, nr 13; R. Trzaskowski, *Czy urodzenie dziecka może być źródłem szkody?*, „Palestra” (P) 2007, nr 9-10; K. Szutowa, *Odpowiedzialność za szkodę z tytułu „wrongful conception” i „wrongful birth” w świetle funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim prawie cywilnym*, cz. 1, „Transformacje Prawa Prywatnego” (TPP) 2008, nr 1, cz. 2, TPP 2008, nr 2; L. Bosek, *Roszczenia „wrongful life” i „wrongful birth” w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, PS 2008, nr 1.

²⁴ Sygn. IV CK 161/05. Orzeczenie doczekało się licznych komentarzy. Zob. głosę M. Nesterowicza, OSP 2006, nr 6, poz. 71; głosę P. Sobolewskiego, OSP 2006, nr 11, poz. 125; głosę T. Justyńskiego, „Państwo i Prawo” (PiP) 2006, nr 7, s. 110-116; głosę W. Borysiaka, PiP 2006, nr 7, s. 116-120;

ponieważ w początkowym okresie ciąży, kiedy powódka starała się o wykonanie zabiegu aborcji nie można było określić stopnia prawdopodobieństwa powtórzenia się wady u drugiego dziecka. Co prawda, późniejsze opinie biegłych genetyków wskazywały na prawdopodobieństwo wynoszące 25-50%, ale ten stopień prawdopodobieństwa nie uwzględniał faktu, iż żadne z rodziców nie posiadało cech fenotypowych²⁵. Tym niemniej, na podstawie samego wywiadu rodzinnego lekarz ginekolog wpisał do dokumentacji medycznej pacjentki, iż ciąża jest wysokiego ryzyka i występuje podejrzenie choroby genetycznej. Wykonane w 7 tygodniu ciąży badanie USG nie wykazało żadnych anomalii. Ponieważ pacjentka żądała usunięcia ciąży, a lekarz miał na ten temat odmienne zdanie (uzasadnione z punktu widzenia przepisów ustawy o planowaniu rodziny) udała się na skargę do dyrektora przychodni. I tu dochodzimy do istotnego dla tej sprawy zagadnienia; pacjentce odmówiono skierowania na badania prenatalne, ponieważ przychodnia nie miała podpisanej umowy na świadczenie tego typu usług. Następnie badanie USG wykonane w 30 tygodniu ciąży ujawniło skrócenie kości długich o 2 tygodnie w stosunku do wymiaru dwuciemieniowego, co pozwoliło podejrzewać, że płód jest dotknięty tą samą chorobą, co starsze z rodzeństwa. Problem związany z właściwą interpretacją tego stanu faktycznego polega na tym, iż zdaniem biegłych w przypadku achondroplazji skrócenie kości może nie ujawnić się w badaniu USG, aż do 24 tygodnia ciąży. Z wcześniejszych rozważań wynika, że termin ten jest graniczny, po jego upływie nie istnieje możliwość wykonania legalnej aborcji. W związku z tym, gdyby powódka została skierowana na badania prenatalne we wcześniejszym okresie, badanie to nie mogłoby z dużym prawdopodobieństwem (jak wymaga tego ustawodawca) wykazać ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu²⁶.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku²⁷, nieskierowanie pacjentki na badania prenatalne, niepoinformowanie jej o genetycznych zagrożeniach płodu oraz o konieczności roztoczenia opieki w poradni genetycznej i wskazania, w którym okresie ciąży badania mogą wykryć ewentualną wadę genetyczną płodu skutkowały naruszeniem prawa pacjentki do informacji. Z tego też tytułu na rzecz pacjentki zostało zasądzone odpowiednie zadośćuczynienie. Sąd Najwyższy, rozpatrując powyższą sprawę na skutek wniesienia kasacji uznał jednak, że wystąpienie wady u pierwszego dziecka stanowiło przesłankę medyczną wskazującą na prawdopodobieństwo wystąpienia takiej wady u drugiego płodu, to powinno skutkować odpowiedzialnością pozwanego za uniemożliwienie podjęcia świadomej decyzji, co do terminacji ciąży. Sąd Najwyższy

²⁵ Zob. R. Dębski, op. cit., s. 42.

²⁶ Warto tu wskazać opinię R. Dębskiego, który pisze, że nikt nie podjąłby decyzji o terminacji ciąży ze względu na to, że płód ma o 2 tygodnie krótszą kość udową, ponieważ rozrzut normy dla długości kości długich płodu wynosi mniej więcej 3-4 tygodnie. Zdaniem tego specjalisty, można zatem twierdzić, iż istnieje podejrzenie wady, ale nie „duże prawdopodobieństwo”. Ibidem, s. 46.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 listopada 2004 r., niepubl. (autorka miała dostęp do akt sprawy na etapie jej rozpatrywania przez SA w Białymstoku).

dokonał zatem szerokiej wykładni przesłanki eugenicznej, uznając, iż duże prawdopodobieństwo wystąpienia wady płodu można oszacować także na podstawie „innych przesłanek medycznych”. Warto podkreślić, iż w opisywanej sprawie był to wyłącznie wywiad rodzinny.

Drugie pod względem chronologicznym rozstrzygnięcie SN z dnia 12 czerwca 2008 r.²⁸ zapadło na tle następującego stanu faktycznego. W osiemnastym tygodniu ciąży badanie USG wykonane u powódki ujawniło nieprawidłowości w obrazie płodu mogące wskazywać na wystąpienie wady rozwojowej w postaci zespołu Turnera. Wykonane 8 dni później to samo badanie przez innego ginekologa potwierdziło to podejrzenie. Po tej konsultacji powódka zwróciła się o wykonanie zabiegu przerwania ciąży do lekarza prowadzącego. Lekarz odmówił uznając, że zespół Turnera nie uzasadnia przerwania ciąży²⁹. Mimo ponawianych żądań, pacjentki nie poddano prenatalnym badaniom cytogenetycznym w specjalistycznej poradni, które mogły określić z większym prawdopodobieństwem charakter wady płodu. Ich wykonanie miało miejsce dopiero 5 tygodni później, gdy powódka była już w 23 tygodniu ciąży, przy czym – jak wynika z uzasadnienia – wynik otrzymała 2 tygodnie później (w 25 tygodniu ciąży). Gdy zwróciła się z pisemną prośbą o wykonanie aborcji, powołując się na podejrzenie istnienia ciężkiej i nieodwracalnej wady genetycznej płodu, uzyskała odpowiedź odmowną. Szpital wskazywał na zbyt zaawansowaną ciążę, aby można było ją zgodnie z prawem poddać terminacji. Powódka urodziła córkę, u której stwierdzono zespół Turnera. Nie stwierdzono jednak upośledzenia umysłowego, ani wady układów naczyniowego i wydalniczego.

Stan faktyczny tej sprawy wskazuje, iż nawet zdiagnozowanie z dużym prawdopodobieństwem określonej jednostki chorobowej nie pozwoliło lekarzom jednoznacznie stwierdzić, czy jednostka ta spełnia przesłanki ustawowe. Zespół Turnera jest chorobą genetyczną kobiet spowodowaną nieobecnością w komórkach organizmu jednego z dwóch chromosomów płciowych X. Dziewczynki i kobiety z tą wadą są zazwyczaj niskie (jakkolwiek podawanie hormonu wzrostu przynosi bardzo dobre efekty), mogą mieć też pletwiastą skórę po obu stronach szyi. Wystąpić też mogą w niektórych przypadkach poważne wady układu rozrodczego, takie jak: niedorozwinięta macica czy pochwa oraz piersi. Bywają sprzężone z zespołem wady, takie jak zwężenie aorty, a nawet niedorozwój psychiczny. Jak widać z powyższego opisu, córka powódki urodziła się z łagodniejszą formą zespołu Turnera. W związku z powyższym zasadnie można postawić pytanie, czy zdiagnozowanie zespołu Turnera uprawnia do przerwania ciąży zgodnie z ustawą o planowaniu rodziny? Nie ma w tym zakresie jednolitości ocen w środowisku lekarskim. Dla jednych jest to wada niespełniająca

²⁸ Sygn. III CSK 16/08, OSNC 2008, nr 3, poz. 48.

²⁹ Warto wskazać, iż ustawa o planowaniu rodziny przewiduje ścisły rozdział kompetencji pomiędzy lekarzami; o ile nie ma zagrożenia życia i zdrowia matki – jeden lekarz stwierdza istnienie wskazań do zabiegu, a inny go wykonuje. Zob. szerzej E. Zielińska, *Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*, PiM 2001, t. 3, nr 9, s. 44-47.

przesłanek ustawowych do wykonania aborcji, dla innych sprawa nie jest tak jednoznaczna, zwłaszcza po nagłośnieniu w mediach prezentowanego wyroku³⁰. Dla części lekarzy wskazane wyżej orzeczenie stanowi sygnał, że zdiagnozowanie zespołu Turnera jest podstawą do przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych, dla innych stanowi zaś powód, dla którego należy przeprowadzić pogłębioną diagnostykę, brak bowiem skierowania na badania prenatalne w tej sprawie stał się przyczyną zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia z tytułu *wrongful birth*.

Trzecie z przedstawionych rozstrzygnięć SN z dnia 6 maja 2010 r.³¹ dotyczyło ciąży bliźniaczej. Wykonane w 21 tygodniu ciąży badanie USG nie wykazało żadnych nieprawidłowości w rozwoju płodów, pomimo iż zgodnie z wymaganiami wiedzy medycznej lekarz powinien był dostrzec, że jeden z nich ma skrócone kończyny. Kolejne badanie USG wykazało już wadę, ale lekarz nie poinformował o tym matki, ponieważ obawiał się, że poinformowanie o tym mogłoby pogorszyć stan płodu i wywołać wcześniejszy poród. Nie skierował też pacjentki na badanie prenatalne. W związku z tym powódka dowiedziała się o tym, że ma kalekie dziecko bezpośrednio po porodzie. Jedna z dziewczynek urodziła się z brakiem uda, podudzia, przedramienia i dłoni. Z treści uzasadnienia wynika, że sąd rozważał kwestię, czy opisaną wadę dziecka można uznać za prawnie relewantną w rozumieniu przepisów ustawy o planowaniu rodziny. Uznał, iż należy ściśle, a nie rozszerzająco wyklądać pojęcie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu. Zdaniem sądu „stanowisko, że upośledzenie płodu może być uznane za ciężkie i nieodwracalne tylko wówczas, gdy zagraża życiu dziecka jest za daleko idące. Cytowany przepis wymienia dwie wyraźnie wyodrębnione przesłanki i sprowadzenie ich do jednej byłoby zabiegiem *contra legem*. O zagrożeniu życia płodu jest mowa w drugiej z przesłanek wymienionych w art. 4a ust. 1 pkt 2 i uzupełnienie o takie ograniczenie pierwszej przesłanki jest niedopuszczalne, gdyż sąd nie jest ustawodawcą”. W ten sposób SN dał wyraz pogładowi o rozłącznej interpretacji przesłanki „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu” oraz „nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”.

Sąd Najwyższy w tej sprawie, podobnie jak w poprzednich, przyjął, że szkoda powodów wynikała z uniemożliwienia wykonania legalnego zabiegu przerwania ciąży. W tej ostatniej sprawie na bezprawne zachowanie lekarza składał się zarówno błąd diagnostyczny polegający na niezauważeniu wady płodu (choć przy zachowaniu należytej staranności powinien ją dostrzec), jak i fakt niepoinformowania o tym matki. Na marginesie może budzić zdziwienie

³⁰ Na marginesie można więc zauważyć problem z zakresu socjologii prawa, który wymagałby jednak odrębnej, głębszej analizy. Chodzi tu o wpływ nie tylko norm prawnych na określone zachowania adresatów, ale także o wpływ orzecznictwa sądowego, a nawet przekazu medialnego z tym związanego, zob. interesujące rozważania B. Kmiecik, *Wychowanie do praw pacjenta*, „Forum Prawnicze” (FP) 2014, nr 2, s. 39-40.

³¹ Sygn. II CSK 580/09, OSP 2011, nr 2, poz. 13 z glosą M. Nesterowicza.

nieuwzględnienie przez SN kwestii, iż w opisanym stanie faktycznym ewentualne wykonanie aborcji na jednym z płodów stanowiło poważne zagrożenie dla życia drugiego, co moim zdaniem, przerywało ciąg przyczynowo-skutkowy w tej sprawie.

Stanowisko doktryny prawa

Problem wąskiej czy szerokiej wykładni przesłanki eugenicznej znalazł także odzwierciedlenie w poglądach polskiej doktryny prawa.

Z przedstawioną powyżej wykładnią zaprezentowaną przez SN w wyroku z dnia 6 maja 2010 r. zgadza się m.in. Maria Boratyńska³², wskazując, iż interpretacja środowiska lekarskiego, jakoby przerwanie ciąży uzasadniać mogła jedynie stwierdzona u płodu wada letalna nie zasługuje na uwzględnienie. Autorka wychodząc z wykładni literalnej art. 4a ust. 1 pkt 2 podkreśla, iż ustawodawca posługuje się alternatywą: duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu. Ponieważ mamy tu do czynienia z alternatywą rozłączną (na co wskazuje spójnik „albo”) ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu nie musi oznaczać wady letalnej, tj. skutkować przedwczesną śmiercią³³.

Z kolei w interpretacji Michała Królikowskiego³⁴ właściwa wykładnia wymienionego przepisu powinna uwzględniać powiązania pomiędzy poszczególnymi przesłankami. Autor postuluje włączenie do interpretacji dyrektywy zrównoważenia alternatywy zawartej w wymienionym przepisie, zgodnie z którą jeżeli ustawodawca formułuje dwa równorzędne i samodzielne kryteria zastosowania przepisu, to wartościowania odzwierciedlone w jednym z kryteriów nie mogą pozostać obojętne dla wykładni zwrotów niedookreślonych zastosowanych w drugim³⁵. Jak wynika z uzasadnienia wyroku SN z dnia 6 maja 2010 r., ten sposób interpretacji nie został jednak przyjęty w orzecznictwie (sąd uznał ten sposób interpretacji jako wykładnię *contra legem*). Warto wskazać, iż autor ten postuluje interpretację art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy w duchu wartościowania dóbr matki i dziecka poczętego (wykładnia funkcjonalna – celowościowa), wskazując, iż poza wiedzą medyczną należy uwzględniać wynikającą z przepisów prawa (tj. głównie Konstytucji) sposób rozstrzygania kolizji dóbr. Zdaniem autora, status konstytucyjny przesłanki eugenicznej nie jest jasny. Chroni ona dwie potencjalne sytuacje; pierwszą, w której ze względu na ciężką chorobę lub upośledzenie uznaje się życie dziecka za zbyt kosztowne dla bliskich i rodzące nadmierne obciążenie osobiste oraz drugą, gdy ze względu na poważny

³² Zob. M. Boratyńska, *O łamaniu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży*, PiM 2008, nr 1 (31), wydanie elektroniczne, eadem, *Wolny wybór*, op. cit., s. 577 i nast.

³³ Ibidem, s. 598.

³⁴ M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej*, s. 175 i nast..

³⁵ Ibidem, s. 182.

„defekt” dziecka odmawia się wprost mu prawa do istnienia³⁶. Zestawiając interesy prawnie chronione dochodzi do wniosku, iż „w przypadku dziecka upośledzonego na podstawie obcych ofierze interesów osób trzecich podnoszonych zwłaszcza z koniecznością ponoszenia przez nich wysokich kosztów, nieefektywnych w perspektywie poprawy «jakości» życia chorego dziecka lub znoszenia wyjątkowo trudnych obciążeń psychicznych i społecznych” występuje znacząca dysharmonia w zakresie wartościowania tych dóbr i interesów. W związku z powyższym autor postuluje wąską interpretację przesłanki eugenicznej, pisząc: „chodzi tu może bowiem tylko o takie upośledzenie, o którym obiektywnie można powiedzieć, że stan emocjonalny matki będzie podobny do tego, w którym z góry musi się liczyć ze śmiercią dziecka, bez realnej możliwości zmiany tej sytuacji w wyniku terapii”.

Oktawian Nawrot z kolei, nawiązując do orzeczenia SN z dnia 6 maja 2010 r., wskazuje, iż sąd odrzucając wąską interpretację przesłanki eugenicznej w istocie podzielił pogląd, zgodnie z którym jakość życia *nasciturusa* przekłada się na intensywność jego ochrony³⁷. Autor ten krytykując ów pogląd z punktu widzenia zasad demokratycznego państwa prawa podkreśla, iż ustawodawca polski uznając za dopuszczalną przesłankę eugeniczną w istocie doprowadza do sytuacji, w której życie dziecka poczętego podlega wartościowaniu w zależności od tego, czy jego jakość odpowiada określonym standardom medycznym. Badacz ten zestawia, z jednej strony wartość życia dziecka poczętego wolnego od defektów, z drugiej zaś wartość życia dziecka poczętego z określonymi defektami. W interesującym nas zakresie dochodzi do konkluzji, iż nawet wąska interpretacja przesłanki eugenicznej jedynie w pewnym zakresie pozwala pogodzić ją z systemem wartości demokratycznego państwa prawa, tj. ideałami sprawiedliwości i praw człowieka³⁸.

W tym miejscu warto wspomnieć, iż środowiska i organizacje zrzeszające osoby niepełnosprawne popierają wskazaną powyżej argumentację. Podkreślają one, że aborcja z przyczyn eugenicznych ma charakter dyskryminujący i prowadzi do utrwalenia negatywnych postaw wobec osób dotkniętych chorobą lub upośledzeniem. Usuwanie uszkodzonych płodów oznacza, iż osoby chore są gorsze od zdrowych, że nie zasługują na to, żeby żyć³⁹. Powoduje to redukcję człowieka tylko do jego choroby, a także przyjęcie tezy, że życie dziecka z chorobą lub kalectwem nie może być życiem satysfakcjonującym i wartościowym. W dalszej kolejności z tych środowisk płynie argument, że ten sposób rozumowania spowoduje, że narodziny chorego dziecka będą traktowane przez

³⁶ Ibidem, s. 180.

³⁷ O. Nawrot, *Demokratyczne państwo prawa wobec rozwoju biologii i medycyny*, FP 2012, nr 2, s. 30.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Za J. Różyńską, op. cit., s. 352.

społeczeństwo jako wyraz rodzicielskiej nieodpowiedzialności (rodzice wszak powinni zaoszczędzić dziecku cierpienia)⁴⁰.

Warto też zwrócić uwagę na argumenty przywołane przez Marię Szczepaniec, która ukazuje względy społeczno-ekonomiczne kryjące się za dopuszczalnością przesłanki eugenicznej. Nie pojawiają się w one publicznych dyskusjach na ten temat, ale niewątpliwie istnieją⁴¹. Autorka ta podaje przykład badania, w którym wykazano, iż koszt cytogenetycznej diagnostyki prenatalnej w grupie kobiet po 40 roku życia oraz koszt ewentualnego przerwania ciąży w przypadku stwierdzenia u płodu zespołu Downa wynosi od 0,67 do 0,5% kwoty potrzebnej w przypadku urodzenia, leczenia oraz wychowywania dziecka z tym zespołem⁴². Przykład ten dobitnie pokazuje, iż szeroka wykładnia przesłanki embriopatologicznej może mieć także uwarunkowania innej natury (w istocie swej eugenicznej).

Należy wskazać, iż przywołana wyżej autorka nie wypowiada się na temat wąskiej czy szerokiej wykładni omawianego przepisu. Z jej rozważań wynika, iż obowiązująca regulacja prawna – jako dzieło określonego kompromisu społecznego powinna pozostać. Eksponując aspekt poświęcenia oraz ofiarności matki i związany z tym dylemat dotyczący poziomu wymagań moralnych, których spełnienie możemy uczynić (bądź nie) przedmiotem obowiązku prawnego, w konkluzji opowiada się za wolnym wyborem matki znajdującej się w tego typu sytuacji⁴³. Podobne stanowisko odnajdujemy w wypowiedziach innych przedstawicieli doktryny prawa, którzy podkreślają, że obecna ustawa jest trudnym, ale chyba jedynym możliwym konsensem⁴⁴.

Wnioski końcowe

Ustalenie kryteriów warunkujących legalne przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych z punktu widzenia stosowania prawa (a zatem przede wszystkim lekarzy) nie jest rzeczą prostą. Istnieje pokusa narzucenia własnych poglądów (zwłaszcza, iż w relacji lekarz – pacjent, stroną silniejszą z racji swojej wiedzy jest zawsze lekarz). Poglądy te zaś w dużej mierze są nacechowane ideologicznie. Spróbujmy jednak znaleźć obszary, w których kompromis jest możliwy.

⁴⁰ Ibidem, s. 353. Zob. też pogłębione rozważania etyczne dotyczące tej problematyki M. Soniewickiej, w: J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 92-99.

⁴¹ M. Szczepaniec, *Etyczne i prawne aspekty dopuszczalności aborcji ze względów eugenicznych*, „Białostockie Studia Prawnicze” (BSP) 2013, z. 13, s. 77 i nast.

⁴² C. Żekanowski, *Osoba i osobnik, czyli meandry eugeniki*, „Biuletyn Polskiego Stowarzyszenia Rentinitis Pigmentos” 2003, nr 2, s. 4, podają za M. Szczepaniec, op. cit., s. 81-82.

⁴³ Ibidem, s. 83.

⁴⁴ Zob. A. Breczko, op. cit., s. 209.

Po pierwsze, z zaprezentowanych wyroków SN wynika, iż w relacjach lekarz – pacjentka w ciąży łamane jest prawo do rzetelnej informacji, a także prawo do skierowania na badania prenatalne. Nie ulega zaś wątpliwości, iż rzetelna informacja jest podstawą podjęcia decyzji. W tym miejscu niezbędny wydaje się też postulat skierowany do środowiska medycznego o wyważenie formy wypowiedzi oraz zachowanie swoistej samodyscypliny w ferowaniu diagnozy. Zespół Turnera bowiem jest nierówny zespołowi Turnera, podobnie zespół Downa może mieć charakter ciężki lub lekki. Rzetelna informacja przekazana pacjentce pomoże podjąć decyzję o aborcji lub przygotować się do narodzin chorego dziecka, zgodnie ze stanowiskiem etycznym matki i lekarza. W razie konfliktu możliwa jest do zastosowania procedura określona w art. 31 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴⁵, zgodnie z którą pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy mogą wnieść sprzeciw wobec opinii lub orzeczenia, jeżeli opinia albo orzeczenie ma wpływ na prawa lub obowiązki wynikające z przepisów prawa.

Po drugie, jak się wydaje konieczne jest okazywanie szacunku dla „sumienia” pacjentki oraz respektowanie „sumienia” lekarza. Zgodnie z art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁴⁶ lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30 tej ustawy (chodzi o sytuację niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia). Jeśli więc pacjentka żąda aborcji, której lekarz nie popiera (także w związku z tym, iż uważa, że w tej sytuacji nie występują wskazania embriopatologiczne w postaci ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu) zawsze ma możliwość skorzystania z przepisu art. 39 ustawy o zawodzie lekarza, który w obecnym brzmieniu nie zobowiązuje lekarza do wskazania realnych możliwości wykonania aborcji przez innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym⁴⁷.

W tym miejscu pragnę przytoczyć bliskie mi stanowisko etyczne, zgodnie z którym „przerwanie ciąży jest poważnym problemem moralnym i nie powinno być podejmowane bez poważnych racji przemawiających za tą decyzją. Jedyne koncepcja moralności autonomicznej odwołującej się do sumienia jednostki, co do uznawanych przez nią wartości i osobistego poczucia odpowiedzialności za dokonane wybory może być skutecznym narzędziem zmniejszającym liczbę wykonywanych zabiegów”⁴⁸. Postulat ten dotyczy zarówno pacjentek, jak i lekarzy, a system prawny powinien uwzględnić zakreślone wyżej minimum moralne. W tym kontekście warto wskazać, iż projektowane zmiany nie uwzględniają kompromisu opartego na tzw. minimum moralnym; w projekcie

⁴⁵ Dz. U. z 2009 r., nr 52, poz. 417 ze zm.

⁴⁶ Dz. U. z 1997 r., nr 28, poz. 152 ze zm. Dalej: ustawa o zawodzie lekarza.

⁴⁷ Zob. wyrok TK z dnia 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

⁴⁸ Tak A. Przyłuska-Fiszler, op. cit., s. 326.

ustawy autorstwa środowisk liberalnych proponuje się aborcję na żądanie do 12 tygodnia ciąży oraz wykreślenie z przesłanek eugenicznych określenia „duże”, pozostawiając samo prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, z kolei środowiska związane z Kościołem katolickim proponują wprowadzenie całkowitego zakazu aborcji.

Opowiadając się za wąską wykładnią przesłanki eugenicznej na tle ustawy o planowaniu rodziny pragnę podkreślić, iż interpretacja ta pozwala wyważyć w sposób proporcjonalny wartości i interesy wchodzące ze sobą w kolizję. Skoro uznajemy za wartość podstawową rangę ludzkiego życia (nawet przy akceptacji jego stopniowości w zależności od etapu rozwoju⁴⁹), to w przypadku konfliktu z inną ważną wartością (w tym przypadku z cierpieniem psychicznym ocenianym w kategoriach tragedii życiowej matki, a w konsekwencji i samego dziecka), nie możemy pozwolić na szeroką interpretację, która w istocie doprowadza do przyjęcia aborcji na żądanie, skoro wystarczające jest wskazanie jedynie prawdopodobieństwa wystąpienia okoliczności, o których była tu mowa.

Bibliografia

- Boratyńska M., *O łamaniu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 1 (31).
- Boratyńska M., *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samostanowienia*, Warszawa 2012.
- Bosek L., *Roszczenia „wrongful life” i „wrongful birth” w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 1.
- Breczko A., *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnologicznego*, Białystok 2011.
- Dangel T., *Wady letalne u płodów i noworodków. Opieka paliatywna jako alternatywa wobec eugenicznej aborcji, eugenicznego dzieciobójstwa i uporczywej terapii*, [w:] *Bioetyka w zawodzie lekarza*, red. W. Chańska, J. Hartman, Warszawa 2010.
- Dueholm N., *Szpitalne dzieciobójstwo*, <https://prawdaoaborcji.wordpress.com/2012/09/27/szpitalne-dzieciobojstwo/> (01.07.2016).
- Dębski R., *Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3.
- Haberko J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010.
- Justyński T., *Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003.
- Kmieciak B., *Wychowanie do praw pacjenta*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 2.

⁴⁹ Słusznie wskazuje A. Breczko, iż taką stopniowość muszą przyjmować krytycy prawa do aborcji, jeśli akceptują jakiegokolwiek warunki dopuszczalności przerywania ciąży. A. Breczko, op. cit., s. 200.

- Królikowski M., *Glosa do wyroku ETPCz w sprawie Alicji Tysiąc przeciwko Polsce*, „Przełęcz Sądowy” 2007, nr 3.
- Królikowski M., *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010.
- Nawrot O., *Demokratyczne państwo prawa wobec rozwoju biologii i medycyny*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za szkody związane z urodzeniem upośledzonego dziecka*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 13.
- Pietrzykowski T., *Spór o aborcję*, Katowice 2007.
- Przyłuska-Fiszler A., *Etyka i przerwanie ciąży*, [w:] *Bioetyka*, red. J. Różyńska, W. Chańska, Warszawa 2013.
- Różyńska J., *Etyka i diagnostyka przedurodzeniowa*, [w:] *Bioetyka*, red. J. Różyńska, W. Chańska, Warszawa 2013.
- Safjan M., *Jakiego prawa bioetycznego poszukujemy?*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010.
- Stelmach J., Brożek B., Soniewicka M., Załuski W., *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Szczepaniec M., *Etyczne i prawne aspekty dopuszczalności aborcji ze względów eugenicznych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13.
- Szutowska K., *Odpowiedzialność za szkodę z tytułu „wrongful conception” i „wrongful birth” w świetle funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim prawie cywilnym*, cz. 1, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008, nr 1; cz. 2, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008, nr 2.
- Słownik Języka Polskiego PWN*, wydanie internetowe, (01.07.2016).
- Trzaskowski R., *Czy urodzenie dziecka może być źródłem szkody?*, „Palestra” 2007, nr 9-10.
- Wróbel W., *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji. Konstytucyjna formuła ochrony życia*, „Przed Pierwszym Czytaniem” 2007, nr 3.
- Zielińska E., *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji RP*, „Przed Pierwszym Czytaniem” 2007, nr 3.
- Zielińska E., *Warunki dopuszczalności przerywania ciąży w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990.
- Zielińska E., *Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*, „Prawo i Medycyna” 2001, nr 9 (vol. 3).
- Żekanowski C., *Osoba i osobnik, czyli meandry eugeniki*, „Biuletyn Polskiego Stowarzyszenia Rentinitis Pigmentos” 2003, nr 2.

Elżbieta Makarewicz

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: e_makarewicz@op.pl

Agnieszka Ilendo-Milewska

Wyższa Szkoła im. B. Jańskiego w Warszawie
e-mail: ilendoa@wp.pl

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.19

Stan cywilny dziecka jako potwierdzenie przynależności do rodziny

SUMMARY

Civil status of child as confirmation of belonging to the family

The article contains theoretical considerations in the field of law and psychological sciences concerning the civil status of the child who is shown as a member of a social group – family. The legal situation of the child is described on the basis of legal regulations and conventions being in force in Poland. The article concerns the concept of the family, parenting, motherhood and fatherhood, in the context of dynamically evolving relationships and social situations, which are not always described by law. These concepts are shown in the context of the guarantee function of the state expressed in the catalogue of rules of social coexistence aimed at the determination of the boundaries between the sphere of dominion and individual freedom. The main scientific problem presented in this article, which is “what is the correlation between the compliance of the civil status and the belonging to the family?”, was presented in the light of the knowledge of the law and psychological theories referring to numerous studies. The article describes J. Bowlby’s attachment theory (1988) and the styles of attachment by M. Ainsworth (1978). It is assumed that the knowledge of the factors or elements which determine the need to belong to the family still seems to be an important issue and raises the question whether the child’s status is one of them. This article contains theoretical considerations and implications beginning the research project and constituting the introduction to scientific discussion. If the welfare of the child requires to pursue the compliance of marital status confirmed by a civil status act with the real belonging to the family, then it is very important for the family to satisfy the need for affiliation of the child and provide the quality of its functioning. It is assumed that the type of interaction between the child and parents can be reflected by the type of attachment.

Key words: civil status, child, family, the need to belong.

Słowa kluczowe: stan cywilny, dziecko, rodzina, potrzeba przynależności.

Wprowadzenie

Świat, w którym żyjemy przynosi nam wiele przyjemnych doświadczeń, wydarzeń i sytuacji, ale także i sytuacje trudnych, stresowych i traumatycznych, takich jak utrata bliskich osób, rozstania, przemijanie. Istnienie w świecie to także troska o lepszy standard, sukces, środki do życia, o rodzinę. Prawo, które opisuje stosunki rodzinne i inne stosunki społeczne – odwzorowuje rzeczywistość, jednak zarówno potoczna obserwacja, jak i wyniki badań naukowych wskazują, że u jednych ludzi przeżywanie trudnych konfrontacji lub spotkań ze światem prowadzi do wystąpienia różnorodnych zaburzeń, a u innych zaburzenia nie występują. Przeciwnie – istnieją osoby, u których te traumatyczne zdarzenia uruchomiły zamiast rozpacz i poddania się – wolę życia i nadzwyczajną odporność¹. Warto więc poznać czynniki, warunki, potrzeby mogące pośredniczyć w konfrontacji ze światem, a problematyce tej współczesna psychologia poświęca wiele miejsca. Tematyka poczucia przynależności jest jednym z tradycyjnych obszarów zainteresowania psychologów społecznych. Dotychczas podejmowane zagadnienia nie wyjaśniają poruszanej problematyki w sposób holistyczny i wystarczający, dlatego też niniejszy artykuł jest poświęcony zagadnieniu stanu cywilnego dziecka jako warunku potwierdzającego przynależność do rodziny.

Na podstawie literatury przedmiotu przyjęto założenie, że dobro dziecka wymaga, by dążyć do zgodności stanu cywilnego potwierdzonego aktem stanu cywilnego ze stanem faktycznym, ponieważ stan cywilny stanowi o przynależności do rodziny, a ta pełni istotną rolę w rozwoju wchodzących w jej skład jednostek. Życie i dorastanie w zdrowym układzie rodzinnym, czyli takim, w którym występuje jasny podział ról, wyraźne granice, jasna komunikacja i poczucie wspólnoty, harmonii, wzajemnej akceptacji, a zarazem autonomii członków rodziny, sprzyja rozwojowi jednostki. Natomiast wychowanie w rodzinach dysfunkcyjnych takiemu rozwojowi nie sprzyja, lecz nie wyklucza prawidłowego rozwoju indywidualnego. Dlatego też poznanie elementów / czynników warunkujących potrzebę przynależności do rodziny wydaje się tematem ciągle istotnym i rodzi pytanie, czy stan cywilny dziecka jest jednym z nich? Treść poruszanej w artykule problematyki opisana została w świetle teorii i literatury prawniczej, np. pojęcia związane ze stanem cywilnym oraz w świetle teorii psychologii humanistycznej, np. potrzeba przynależności. Część zagadnień ukazana jest zarówno w świetle prawa, jak i psychologii, np. rodzina, macierzyństwo, ojcostwo.

Postawiony w artykule problem naukowy: „Jak przedstawia się zależność pomiędzy zgodnością stanu cywilnego a przynależnością do rodziny” wymaga odniesienia zarówno do teorii, jak i do licznych badań.

¹ G. D. Bishop, *Psychologia zdrowia – zintegrowany umysł i ciało*, Wrocław 2000; R. Poprawa, *Zasoby osobiste w radzeniu sobie ze stresem* [w:] *Podstawy psychologii zdrowia*, Wrocław 2001, s. 103-141.

Artykuł ten zawiera teoretyczne rozważania i implikacje rozpoczynające prace projektu badawczego i stanowiące wstęp do naukowej dyskusji. Skoro dobro dziecka wymaga, by dążyć do zgodności stanu cywilnego potwierdzonego aktem stanu cywilnego ze stanem faktycznym, który stanowi o przynależności do rodziny, to ogromnego znaczenia nabiera rola rodziny, która zaspokajając powinna potrzebę przynależności dziecka oraz stanowić o jakości jej funkcjonowania. Przyjmuje się, że rodzaj interakcji między dzieckiem i rodzicem, a następnie dorastającą jednostką a osobami znaczącymi, może być odzwierciedlony przez rodzaj przywiązania, czyli utworzone w procesie rozwojowym umysłowe reprezentacje relacji. To one będą miały znaczenie w kształtowaniu treściowych aspektów zachowania, a także stosunku człowieka do samego siebie, do innych oraz do otaczającego świata, jego motywacji, pragnień czy postaw.

Wyjaśnienia definicyjne w świetle teorii prawnych i psychologicznych. Czy stan cywilny dziecka stanowi o przynależności do rodziny?

Zgodnie z legalną definicją wyrażoną w treści art. 2 ustęp 1 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego² stanem cywilnym jest sytuacja prawna osoby wyrażona przez cechy indywidualizujące osobę, kształtowana przez zdarzenia naturalne, czynności prawne lub orzeczenia sądów albo decyzje organów, stwierdzona w akcie stanu cywilnego.

W języku potocznym przez pojęcie stanu cywilnego rozumie się, czy osoba fizyczna pozostaje lub pozostawała w związku małżeńskim, a zatem używa się określeń: kawaler, panna, żonaty, mężatka, rozwiedziony, rozwiedziona, wdowiec, wdowa.³

Stan cywilny ma jednak znaczenie przede wszystkim dla ustalenia zakresu praw i obowiązków osoby fizycznej, w tym dziecka. Zgodnie z art. 1 Konwencji o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r.⁴, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność. Z Preambuły do Konwencji wynika, iż rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie, a dziecko dla pełnego i harmonijnego rozwoju swojej osobowości powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym, w atmosferze szczęścia, miłości i zrozumienia, a z uwagą na

² Dz. U. z 2014 r., poz. 1741 ze zm.

³ *Wielki słownik języka polskiego*, www.wsip.pl (26.05.2016).

⁴ Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526 ze zm.

swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu.

Treść art. 1 Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci z dnia 25 stycznia 1996 r.⁵ wskazuje, iż znajduje ona zastosowanie do dzieci, które nie ukończyły 18 roku życia. Również zgodnie z art. 2 ustęp 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka⁶ dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności. Zatem – rozważając stan cywilny dziecka opisujemy sytuację prawną osoby fizycznej do momentu ukończenia przez nią 18 roku życia.

Akt stanu cywilnego stanowi wyłączny dowód stanu cywilnego dziecka⁷, w tym jego urodzenia, imienia i nazwiska, daty i miejsca urodzenia, pochodzenia od rodziców, jego płci, jak i zgonu. Akt stanu cywilnego może ulec zmianie a to na skutek zdarzeń powodujących zmianę stanu cywilnego osoby fizycznej. Do zmiany treści aktu stanu cywilnego mogą prowadzić m.in. oświadczenia: o uznaniu ojcostwa, czy też nadaniu dziecku nazwiska męża matki lub o wyborze dla dziecka innego imienia niż wpisane w akcie urodzenia. Na stan cywilny dziecka wpływa też treść orzeczeń sądowych dotyczących zaprzeczenia i ustalenia macierzyństwa, zaprzeczenia lub ustalenia ojcostwa, ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa lub przysposobienia dziecka.

Artykuł 7 Konwencji o prawach dziecka stanowi, iż niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką. Prawo do poznania tożsamości rodziców oraz genetycznego pochodzenia może być szczególnie utrudnione w obliczu postępującego rozwoju medycyny rozrodu – w przypadku braku więzi biologicznej dziecka z osobami, będącymi rodzicami prawnymi dziecka według aktu urodzenia dziecka. Artykuł 8 Konwencji o prawach dziecka stanowi, iż Państwa-Strony podejmują działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji. Zatem niezbywalnym prawem dziecka jest ochrona przed arbitralną ingerencją władz w życie rodzinne.

Czy rodzina stanowi nadal podstawowe źródło doświadczeń życiowych jednostki?

Wyjaśnienie pojęcia rodziny wymaga sięgnięcia do konstytucyjnych zasad dotyczących dziecka, rodziny i rodzicielstwa. Zgodnie z art. 18 Konstytucji

⁵ Dz. U. z 2000 r., nr 107, poz. 1128.

⁶ Tekst jednolity Dz. U. z 23 listopada 2015 r., poz. 2086 ze zm.

⁷ Art. 3 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego.

Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁸ rodzina i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Artykuł 47 Konstytucji statuuje zaś zasadę ochrony życia prywatnego – każdy, w tym dziecko ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym.

Dziecko nabywa członkostwo w rodzinie z zasady przez urodzenie, co znajduje odzwierciedlenie w treści jego aktu urodzenia. Powyższa zasada nie znajdzie jednak zastosowania w przypadku procedur *in vitro*, macierzyństwa zastępczego oraz adopcji.

Bez wątpienia można przyjąć, że rodzina stanowi bardzo ważne źródło doświadczeń życiowych jednostki. To właśnie ona jest pierwszym środowiskiem wychowawczym, do którego przynależność jest narzucona. Rodzina ma ogromny wpływ na kształtowanie osobowości dziecka, co wyraźnie widać we wczesnym dzieciństwie, kiedy dziecko nie znajduje się jeszcze pod wpływem innych środowisk wychowawczych. Może narzucić wychowankowi pewne normy, przekazać system najważniejszych wartości, nauczyć funkcjonowania wśród ludzi, pokazać do czego ma dążyć, jakimi kategoriami myśleć, w co wierzyć. „W rodzinie, jako środowisku życia i wychowania, rodzice i dzieci oraz inni członkowie obcuja ze sobą, współżyją i współdoświadczają oraz troszczą się o siebie nawzajem, dążąc do optymalizowania realizacji potrzeb i ich harmonizowania”⁹. Bardzo ważny jest sposób, w jaki rodzina oddziałuje na dziecko, co odzwierciedla się w jakości kontaktów interpersonalnych, ale istotny jest także sposób, w jaki dziecko oddziałuje na rodzinę, co w efekcie wywiera znaczny wpływ na jakość jej funkcjonowania jako systemu, na kształtowanie tożsamości, poczucia przynależności do niej. W każdej rodzinie jej członkowie oddziałują na siebie wzajemnie, ciągle się ucząc i zdobywając nowe doświadczenia. Warunki wspierające dziecko w rozwoju opisał Lawrence Brammer, w swojej teorii kontaktu pomocnego, do której warto nawiązać podejmując dalsze rozważania na temat wszechstronnego rozwoju dziecka.

Czy genetyczne pochodzenie dziecka konstytuuje fakt macierzyństwa?

Zgodnie z treścią art. 61⁹ ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹⁰ matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Macierzyństwo wynika zatem ze zdarzenia w postaci urodzenia dziecka. Akt urodzenia jest wyłącznym dowodem zgodności z prawdą tego zdarzenia. Jedynie na drodze postępowania sądowego możliwe będzie podważenie zgodności treści aktu stanu

⁸ Dz. U. nr 78, poz. 483 ze zm.

⁹ S. Kawula, J. Brągiel, A.W. Janke, *Pedagogika rodziny, obszary i panorama problematyki*, Toruń 2009, s. 28.

¹⁰ Tekst jednolity Dz. U. z 6 listopada 2015 r., poz. 2082 ze zm.

cywilnego – aktu urodzenia dziecka z prawdą¹¹. Macierzyństwo zastępcze, jako nieobjęte regulacjami prawa polskiego, należy traktować jako niezgodne z zasadami współżycia społecznego, a umowy surogackie jako umowy nieważne. W ramach nieważnej w świetle prawa polskiego umowy o macierzyństwo zastępcze porozumienie surogatki i finalnych rodziców co do uzyskania przez nich władzy rodzicielskiej w drodze przysposobienia dziecka, nie gwarantuje zgodnego z ich zamiarem orzeczenia sądowego. Genetyczne pochodzenie dziecka nie konstituuje zaś faktu macierzyństwa. Prawo dziecka do poznania biologicznego pochodzenia może znaleźć ochronę na drodze postępowania sądowego, w ramach którego sąd ustali, czy to prawo dziecka zasługuje na ochronę.

W jakim zakresie ustalenie ojcostwa dziecka stanowi o jego przynależności do rodziny?

Wincenty Okoń podaje, że „w znaczeniu prawnym ojcem staje się mężczyzna, gdy dziecko rodzi się w związku małżeńskim, lecz także pozamałżeńskim lub w wyniku adopcji”¹². Stosunek prawny łączący mężczyznę i jego dziecko stanowi definicję ojcostwa. Stosunek ten powstaje z chwilą urodzenia się dziecka. Polskie prawo przewiduje trzy sposoby ustalenia ojcostwa:

- 1) domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki;
- 2) uznanie ojcostwa;
- 3) ustalenie ojcostwa na mocy orzeczenia sądowego¹³.

Zgodnie z art. 62 ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy domniemywa się, iż dziecko pochodzi od męża jego matki. W sytuacji, gdy dziecko urodziło się poza związkiem małżeńskim, kluczowe znaczenie ma czas urodzenia dziecka. Można więc stwierdzić, że ojcem dziecka może zostać mężczyzna, który chce nim być pomimo braku aspektu biologicznego.

Aktualnie w prawie polskim brak zatem gwarancji dziecka do poznania biologicznego pochodzenia. Prawo rodzinne opisuje naturalny porządek rzeczy, nie tworząc rodziny, powinno ją jednak chronić. Sytuację prawną dziecka określają czynniki o charakterze zarówno biologicznym, jak i społecznym, lecz zadaniem prawa rodzinnego jest opisanie relacji występujących w przyrodzie, bądź posiłkowo – odwzorowanie natury¹⁴. Nie wolno jednakże zapominać, iż najwyższym dobrem jest jednak dobro dziecka – rodzicielstwo prawne dotyczy

¹¹ K. Gromek, *System Informacji Prawnej Legalis, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd.5, Warszawa 2016.

¹² W. Okoń, *Nowy słownik pedagogiczny*, Warszawa 2004, s. 285.

¹³ K. Pietrzykowski w: J. Gajda, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, *System Informacji Prawnej Legalis, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2015.

¹⁴ P. Mostowik, *Pochodzenie dziecka (macierzyństwo i ojcostwo) w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Studia Prawa Prywatnego” (SPP) 2014, z. 3(33)-4(34), s. 66-67.

bowiem jedynie stosunków prawnych, a rodzicielstwo biologiczne dotyczy stosunków faktycznych.

Tomasz Sosnowski ukazuje, że ojcostwo to wszelkie czynności wykonywane przez mężczyznę odnośnie utrzymania rodziny, wychowywania dziecka i zapewnienie mu jak najlepszego bytu¹⁵. Z kolei J. Witczak uważa, że ojcostwo to proces tak ważny jak i macierzyństwo. Autor ten pisze: „Ojcostwo (...) jest nie mniej trudne niż dobre macierzyństwo. Być bowiem współczesnym, dojrzałym ojcem – oznacza posiadać umiejętność poważnego przeorientowania swojego dotychczasowego życia (...) i ciągłego czuwania nad tym, aby towarzysząc wzrostowi i rozwojowi dziecka, nie zapomnieć o konieczności własnego wraz z nim dorastania”¹⁶. Należy także zauważyć, że termin ojcostwo przedstawiany jest również jako korelacja między określonymi osobami: dzieckiem i ojcem, ale także ojcem i matką¹⁷. Ten ostatni związek niewątpliwie przyczynił się do zapoczątkowania życia dziecka. Warto podkreślić także, że ojcostwo to proces długotrwały, który nie należy do przejściowego okresu w życiu mężczyzny. Stąd też mężczyzna powinien być zaangażowany w ojcostwo bez względu na to w jakim momencie życia się znajduje.

Potrzeba ojcowskiej miłości jest wpisana we wnętrze każdego człowieka – także dorosłego. Jednak w sposób szczególny potrzebują jej dzieci, które poszukują nie tylko ciepłej miłości matki, ale także otwartej, życzliwej i przynoszącej spokój miłości ojca. Kiedy dziecko nie otrzymuje tych uczuć przeżywa głód miłości ojcowskiej. Jak stwierdza J. Augustyn: „ojcostwo przeżywa dzisiaj duży kryzys. Wypływa on nie tylko z postaw i zachowań samych mężczyzn, ale także z kryzysu małżeństwa i rodziny, które są fundamentem dojrzałego i odpowiedzialnego ojcostwa”¹⁸. Do prawidłowego rozwoju dziecka niewątpliwie potrzebna jest miłość obojga rodziców.

Jakie jest znaczenie potrzeby przynależności w prawidłowym rozwoju dziecka?

Już dawno w naszej historii odkryto, że więzi społeczne zwiększały szanse przeżycia przodków. Dzięki utrzymywaniu dzieci w pobliżu opiekunów przywiązanie stało się potężnym impulsem w dążeniu do przetrwania. Ci, którzy doświadczyli przywiązania, częściej jako dorośli łączyli się w pary, aby wydać na świat potomstwo i pozostawali razem, aby wychowywać je do wieku dojrzałego.

¹⁵ T. Sosnowski, *Ojciec we współczesnej rodzinie. Kontekst pedagogiczny*, Warszawa 2013, s. 45.

¹⁶ J. Witczak, *Ojcostwo bez tajemnic*, Warszawa 2007, s. 24.

¹⁷ K. Meissner, *Ojciec – potrzeby dziecka a wzorzec męskości*, Lublin 2012, s. 34.

¹⁸ J. Augustyn, *Ojcostwo. Aspekty pedagogiczne i duchowe*, Kraków 2012, s. 7.

Szansę przeżycia zwiększała również współpraca w grupie. Walcząc w pojedynkę, nasi przodkowie nie byli zbyt bojowi. Łącząc się w grupy, zyskiwali też ochronę przed drapieżnikami i wrogami. Szybko okazało się, że potrzeba przynależności zabarwia nasze myśli i emocje. Nawiązując bliski kontakt, przeżywamy radość, wobec tego wiele z naszych zachowań społecznych zmierza do wytworzenia głębszych związków przynależności – zyskania większej akceptacji społecznej i pełniejszego włączenia do grupy.

Zgodnie z koncepcją psychologii humanistycznej **potrzeba** to biologiczny lub psychiczny stan człowieka, który w bezpośredni sposób wpływa na procesy motywacyjne, ukierunkowujące jego zachowania na określony cel, którym jest jej zaspokojenie.

Szukając wyjaśnienia, dlaczego jedni ludzie mają różne potrzeby w różnym czasie, Abraham Maslow doszedł do wniosku, że potrzeby jednostki uporządkowane są hierarchicznie – od najbardziej do najmniej pilnych do realizacji, czyli na potrzeby niższego i wyższego rzędu. Potrzeby niższego rzędu wynikają z braku czegoś (fizjologiczne czy też bezpieczeństwa), potrzeby wyższego rzędu zwane są także potrzebami rozwoju. Maslow był zdania, że aby zostały zaspokojone potrzeby wyższe, np. uznania, samorealizacji, przynależności, muszą być zaspokojone potrzeby niższe. W praktyce oznacza to, że zaspokojenie jednych potrzeb, warunkuje realizację kolejnych. W swojej teorii wymienia pięć rodzajów potrzeb (fizjologiczne, bezpieczeństwa, przynależności i miłości, uznania oraz samorealizacji).

Potrzeba przynależności jest ludzką potrzebą tworzenia i utrzymywania silnych i trwałych relacji interpersonalnych¹⁹. Potrzebę przynależności opisać można jako pragnienie uczuciowych związków z innymi ludźmi, należenia do społeczności, akceptacji ze strony innych, przyjaźni i zrozumienia. Potrzeba przynależności to potrzeba bycia i przynależenia do danej grupy społecznej, znalezienia siebie jako osoby akceptowanej i wartościowej. Człowiek chce żyć w otoczeniu innych ludzi, kontaktować się z nimi. Do tego rodzaju potrzeb zaliczamy: potrzebę miłości, potrzebę akceptacji ze strony innych osób, potrzebę przyjaźni i potrzebę porozumiewania się. Zaspokojenie ich rzutuje na sposób widzenia świata, także na rozwój i występuje w dążeniach człowieka do przewyciężenia osamotnienia czy alienacji. W psychologii społecznej podkreśla się znaczący wpływ potrzeb na proces tworzenia się postaw. Należy zaznaczyć, że tych stanów jest tak dużo jak wiele różnych warunków musi być spełnionych, aby organizm się rozwijał. Stopień i wielkość odczuwania potrzeb są zróżnicowane ze względu na warunki, w jakich człowiek żyje.

Zdaniem A. Maslowa, dysfunkcje mogą powstać w przypadku frustracji potrzeb na każdym z poziomów, np. frustracja potrzeby miłości może prowadzić do wrogości i perwersji seksualnych, podczas gdy frustracja potrzeb szacunku może zaowocować patologiczną nieśmiałością lub skłonnością do zachowań

¹⁹ J. Strelau, *Psychologia. Podręcznik akademicki*, t. 2: *Psychologia ogólna*, Gdańsk 2007, s. 641-643.

autodestrukcyjnych. Potrzeba przynależności – zdaniem A. Maslowa – jest najczęściej frustrowana, a owa frustracja odpowiada za większość zachowań patologicznych i nieprzystosowanych²⁰. Człowiek posiadając niezaspokojoną potrzebę przynależności będzie odczuwał głód stosunków międzyludzkich, będzie próbował znaleźć miejsce w swojej grupie. Może odczuwać osamotnienie, ostracyzm, odrzucenie, udrękę braku przyjaciół. Dlatego też, ze względu na przywiązanie właśnie, ludzie mogą czasem trwać w związkach, w których doznają krzywd; lęk przed osamotnieniem wydaje się niekiedy gorszy niż doświadczenie emocjonalnej lub fizycznej przemocy.

Prawo jest regulatorem życia społecznego – zakazuje lub zezwala na określone zachowania, dając poczucie bezpieczeństwa jednostce. Chroni ogólnie przyjęte przez społeczeństwo wartości, a to oznacza, iż zachowania im zagrażające nie są akceptowane, a ponadto istnieją narzędzia służące nakłanianiu do działań realizujących te wartości.

Emanacją woli państwa do realizacji ochrony podstawowych wartości są zasady współżycia społecznego. Zdaniem P. Machnikowskiego, przez zasady współżycia społecznego rozumie się oceny moralne wyrażone w postaci uzasadnionych przez te oceny norm postępowania (norm moralnych), regulujących postępowanie jednych osób wobec innych. Prawo do zachowania integralności rodziny jest jedną z wartości podlegających ochronie, w tym konstytucyjnej.

Jaki jest wpływ obecności ważnych dla dziecka osób na prawidłowy rozwój dziecka?

Psychologowie podkreślają, że prawidłowo funkcjonująca rodzina jest środowiskiem niezbędnym do zdrowego rozwoju psychofizycznego i społecznego człowieka – szczególnie w okresie wczesnego dzieciństwa²¹. Socjalizacja oraz odpowiedni rozwój psychiczny jest znacznie utrudniony w dysfunkcyjnych rodzinach. „Człowiek rozwija się wskutek tego, że podejmuje się i uczy rozwiązywać sprzeczność między procesami naturalnego dojrzewania i wymaganiami oraz wartościami kultury, w której uczestniczy. Ta pojawiająca się okresowo sprzeczność jest motorem kryzysów rozwojowych. Jednostka chcąc przejść do następnej fazy, musi rozwiązywać kryzys, tj. znaleźć nowe formy przystosowanie i włączyć je do «ego» jako element harmonijnie funkcjonującej całości”²².

W pokonywaniu tych kolejnych etapów rozwoju dziecka powinni pomagać rodzice – to oni w sposób naturalny stanowią główny wzorzec zachowań.

²⁰ D. T. Kenrick, S. L. Neuberg, R. B. Cialdini, *Psychologia społeczna – rozwiązane tajemnice*, Gdańsk 2002.

²¹ *System Informacji Prawnej Legalis, Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, wyd. 7, Warszawa 2016

²² B. Król, *Prawidłowości strukturalne i funkcjonalne przestrzeni życiowej dziecka*, [w:] *Pomoc dzieciom zagrożonym patologią środowiska rodzinnego i lokalnego*, red. M. John-Borys, Katowice 2007, s. 17, 15-16.

Rodzina powinna być środowiskiem, które zapewni wszechstronne bezpieczeństwo, a także rozwój dla dorastających w niej dzieci.

Potrzeby ludzkie, które zaspokaja rodzina, to w świetle psychologii m.in.: potrzeby bezpieczeństwa tj. zapewnienia nienaruszalności organizmu, opieki, jak również poparcia ze strony silniejszych osób, potrzeby przynależności oraz miłości tj. bliskich, czułych, intymnych związków z ludźmi – przyjaźni, a także miłości, potrzeby samorealizacji tj. dążenie do zajmowania się tym, do czego jednostka czuje „powołanie”, co rozwija jej możliwości, a także zdolności oraz daje możliwości wykazania się, jak również osiągnięć²³.

Jeśli wzorce te są nieprawidłowe, a atmosfera życia rodzinnego staje się przyczyną silnego stresu psychologicznego, wówczas istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia zaburzeń rozwojowych.

Rodzina zatem w życiu człowieka odgrywa najważniejszą rolę w budowaniu relacji i związków w życiu dorosłym.

Czym jednak różni się relacja przywiązaniowa w rodzinie od innych relacji społecznych? Odpowiedzi na to pytanie dostarczyła M. Ainsworth, która podaje cztery cechy relacji przywiązaniowych, które odróżniają je od innych relacji społecznych: pragnienie i poszukiwanie bliskości z obiektem przywiązania; eksploracja otoczenia w obecności osoby będącej bezpieczną bazą; poszukiwanie bezpieczeństwa w ramionach figury przywiązania w sytuacji zagrożenia oraz pojawiające się negatywne emocje i protest w momencie rozstania²⁴.

W kontekście powyższych rozważań stwierdzić można, że dzieci stanowią swego rodzaju „wyznacznik – odbicie” własnych rodzin. Problemy, jakich dziecko doświadcza we własnej rodzinie, zostają włączone w obręb jego własnych psychicznych doświadczeń, co wyraźnie odbija się na jego zachowaniu. Nie sposób ich po prostu „skasować”, a – jak wykazały badania, konsekwencje trudnego dzieciństwa są zauważalne nawet u dorosłych osób²⁵.

Można zatem stwierdzić, że zaburzenia w zachowaniu dziecka w dużej mierze stanowią wyraz zaburzeń niezaspokojonych potrzeb i jakości relacji emocjonalnych między członkami rodziny – głównie pomiędzy rodzicami, ponieważ to oni stanowią trzon rodziny i w pełni odpowiadają za to, czy stworzą zdrową i wydolną wychowawczo rodzinę, czy też układ dysfunkcyjny, którego główną „ofiara” padają dzieci. Dlatego tak ważne jest, aby rozpoznać, w jaki sposób rodzina zaspokaja potrzebę przynależności i czy stan cywilny dziecka jest jednym z elementów / czynników warunkujących potrzebę przynależności do rodziny.

²³ S. Mika, *Wstęp do psychologii społecznej*, Warszawa 1972.

²⁴ M. Ainsworth, M. Blehar, E. Waters, S. Wall, *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*, New York 1978.

²⁵ M. John-Borys, *Zaburzenia strukturalne i funkcjonalne przestrzeni życiowej dziecka*, [w:] *Pomoc dzieciom zagrożonym...*, s. 33.

Teorie psychologiczne w obszarze potrzeby przynależności

Analiza wielu badań dotyczących różnego rodzaju związków międzyludzkich podjęta m.in. przez Roy'a Baumeistera i Marka Leary'ego (1995) pozwoliła postawić tezę, że wszyscy ludzie odczuwają potrzebę przynależności oraz, że pragnienie długotrwałej i stabilnej relacji interpersonalnej spełnia wiele funkcji.

Skąd się bierze to przywiązanie? Silna więź między matką a dzieckiem służy prawdopodobnie zwiększeniu szans przeżycia nowo narodzonych, ale powoduje także, że dziecko pragnie przebywać blisko niej i płacze, gdy ta je zostawia. Oznacza to, że jej obecność zmniejsza stres dziecka i zapewnia mu bezpieczną bazę, z której może poznawać otoczenie. Matka dostarcza wsparcia koncentrując się na podstawowych więziach, relacjach i sieciach społecznych (model głównego efektu wsparcia społecznego). Te aspekty wsparcia społecznego obejmują takie czynniki, jak stan cywilny czy role społeczne. Zgodnie z modelem efektu głównego przynależność taka, sama w sobie, wzmaga dobrostan człowieka, niezależnie od tego, jak wysoki jest poziom doznawanego przez niego stresu. Kontakty społeczne dostarczają pozytywnych doświadczeń oraz poczucia, że życie jest przewidywalne i stabilne. Wydaje się, że wzmocniają również poczucie bezpieczeństwa. W klasycznym badaniu epidemiologicznym Berkman i Syme²⁶ stwierdzili zależność między więziami społecznymi a umiERALNOŚCIĄ. Miarami były: stan cywilny, kontakty z bliskimi przyjaciółmi i krewnymi, przynależność do kościoła oraz związki z grupami nieformalnymi i formalnymi. Okazało się również, że wśród wyróżnionych czynników największy wpływ na zmniejszenie umieralności miał stan cywilny (małżeństwo) oraz kontakty z przyjaciółmi i rodziną. Wyniki te są interesujące również dlatego, że autorzy nie kontrolowali jakości badanych więzi społecznych (nie każdy, kto jest w związku małżeńskim subiektywnie odczuwa wsparcie)²⁷.

Teoria popędu wtórnego, której głosiicielem był Z. Freud, zakładała, że dziecko chcąc ciepła oraz pożywienia otrzymawszy to od matki razem z uczuciem, kojarzy „emocjonalny bonus” z zaspokajaniem najważniejszych dla przeżycia potrzeb. Bowlby – twórca teorii przywiązania (więzi) – krytykował to podejście określając je „spizarnianą miłością”. Według niego dziecko tuż po urodzeniu realizuje tzw. zachowania przywiązujące, które są aktywizowane jako funkcja ochronna przed niebezpieczeństwem. Utrzymuje kontakt z opiekunem krzycząc, uśmiechając się, ssąc, przytulając się, „podążając za”, w efekcie umacnia się więź osobowa między nim a matką²⁸. Przywiązanie nie jest więc „efektem ubocznym”, rezultatem przyjemności jedzenia lub opieki macierzyńskiej,

²⁶ Ch. L. Sheridan, S. A. Radmacher, *Psychologia zdrowia*, Warszawa 1998.

²⁷ N. Knoll, R. Schwarzer, „Prawdziwych przyjaciół” – wsparcie społeczne, stres choroba i śmierć [w:] *Wsparcie społeczne, stres, zdrowie*, red. H. Sęk, R. Cieślak, Warszawa, 2004, 29-49.

²⁸ M. Plopa, *Retrospektywna ocena postaw rodzicielskich. Podręcznik*, Warszawa 2011; idem, *Psychologia rodziny. Teoria i badania*, Kraków 2011.

stanowi fakt pierwotny, system niewyuczonych reakcji²⁹. Bowlby definiuje je następująco: „stwierdzenie, iż dziecko jest przywiązane do kogoś oznacza tyle, iż ma ono silną skłonność do poszukiwania bliskości i kontaktu z tą konkretną osobą”³⁰. Poszukiwanie bliskości z figurą przywiązania jest jednym z trzech podstawowych elementów ukonstituujących przywiązanie, oprócz tego, aby mówić o więzi powinno występować także odczuwanie bezpieczeństwa towarzyszące przebywaniu z tą osobą (tzw. efekt „bezpiecznej bazy”) oraz protest przeciw oddalaniu się tej osoby³¹. Zachowanie przywiązaniowe utrzymuje się całe życie człowieka, zmieniają się jedynie figury przywiązania – stają się nimi także partnerzy życiowi czy przyjaciele. Kontynuatorzy myśli J. Bowlby’ego badali i udowadniali tezę, że bliskie związki osób dorosłych mają cechy podobne do relacji dziecka z „pierwotnym” opiekunem³².

Teoria przywiązania J. Bowlby’ego³³ powstała jako teoretyczna podstawa dla wyjaśnienia zaburzeń emocjonalnych u małych dzieci, odseparowanych od swoich matek w wyniku np. hospitalizacji, umieszczenia w instytucji, śmierci matki. Badacz, nawiązując do własnych doświadczeń w pracy klinicznej, założył, że w każdym człowieku istnieje uwarunkowana biologicznie tendencja do tworzenia silnych więzi emocjonalnych z innymi ludźmi, która rozwinęła się u człowieka w środowisku jego przystosowania ewolucyjnego. Do zachowań związanych z przywiązaniem zaliczają się te wszystkie, przez które dziecko utrzymuje lub poszukuje bliskości innej, konkretnej i preferowanej przez nie osoby, z reguły matki, w celu otrzymania pociechy i ochrony. Prowadzą one do powstania więzi uczuciowej między dzieckiem i matką, a później także między dzieckiem i innymi bliskimi członkami rodziny. Jeśli osoby, do których dziecko jest przywiązane, są łatwo dostępne i wrażliwe na jego potrzeby, rozwija ono wewnętrzne modele zawierające pozytywne przekonania na temat postaci przywiązania, a przez generalizację – na temat innych ludzi oraz siebie samego jako osoby godnej miłości i akceptacji. Zaburzenia we właściwym rozwoju więzi przywiązania są natomiast jednym z czynników prowadzących do różnego rodzaju zaburzeń emocjonalnych. Jednym z ważniejszych punktów teorii przywiązania jest założenie, że chociaż zachowania związane z przywiązaniem są najbardziej widoczne i intensywne w pierwszych okresach rozwojowych, to można je obserwować na przestrzeni całego życia ludzkiego, czyli „od urodzenia aż do śmierci”³⁴.

Ważnym krokiem w rozwoju teorii przywiązania było wyjście nawiązujących do niej badaczy poza początkowe zainteresowanie dziećmi dotkniętymi

²⁹ D. Anzieu, *Przywiązanie: ujęcie interdyscyplinarne*, Warszawa 1978.

³⁰ J. Bowlby, *Przywiązanie*, Warszawa 2007, s. 16.

³¹ R. Weiss, *Attachment in Adult Life [w:] The Place of Attachment in Human Behaviour*, red. C. M. Parkes, London 1982.

³² B. Tryjarska, *Bliskość w rodzinie. Więzy w dzieciństwie a zaburzenia w dorosłości*, Warszawa 2010.

³³ J. Bowlby, *Attachment and loss*, t. 2: *Separation*, New York 1973.

³⁴ J. Bowlby, *A secure base*, New York 1988.

sytuacjami traumatycznymi i objęcie badaniami normalnych dzieci z populacji nieklinicznej. Doprowadziło to do odkrycia przez M. Ainsworth i współautorów³⁵ stylów przywiązania niemowląt do matek, to jest modeli zachowań związanych z przywiązaniem, określających indywidualne różnice w jakości więzi przywiązania: bezpiecznego stylu przywiązania, czyli modelu optymalnego i normatywnego, będącego wyrazem zdrowego i niezakłóconego rozwoju więzi przywiązania między dzieckiem a matką oraz dwóch stylów będących wyrazem braku poczucia bezpieczeństwa w przywiązaniu (stylu unikającego i stylu lękowo-ambiwalentnego).

W odniesieniu do stylów przywiązania osób dorosłych H. Gasiul³⁶ stosuje następujące terminy: styl bezpieczny, styl unikowy i styl lękowy / ambiwalentny. Badania nad stylami przywiązania, prowadzone w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych wśród niemowląt i dzieci w wieku przedszkolnym, zostały rozszerzone od połowy lat osiemdziesiątych również na młodzież i osoby dorosłe. Badaniami objęto m.in. kategorie przywiązania do rodziców w dzieciństwie. Mary Ainsworth wyróżniła trzy style przywiązania. Mają one ścisły związek z emocjonalnością matki, jej zachowaniem wobec niemowlęcia oraz stylem wychowania, ich wyznacznikiem jest natomiast jakość i intensywność reakcji dziecka na obecność opiekuna lub jego brak. Typ bezpiecznego opisuje te dzieci, które nie przejawiają emocji negatywnych w czasie rozstania z matką, a w momencie jej powrotu unikają lub ignorują możliwość zbliżenia się. Będąc w obecności matki dzieci oddają się swobodnej eksploracji, brane na ręce przytulają się. Dzieci przywiązane lękowo przejawiają sygnały lękowe już w fazie przed separacją z matką, w momencie rozstania wykazują duży niepokój i rozpacz, a kiedy matka powraca – z jednej strony poszukują kontaktu z nią, a z drugiej strony opierają się przed jakąkolwiek interakcją. Dzieci przejawiające styl unikowy rzadko płakały w fazie separacji, a w momencie kolejnego kontaktu z matką unikały jej, pokazując bardzo mieszany zestaw zachowań, takich jak dążenie i unikanie kontaktu lub też zupełną obojętność w stosunku do matki.

W myśl teorii przywiązania, wewnętrzne modele związków interpersonalnych wytworzonych w okresie dzieciństwa nie zmieniają się w ciągu całego życia³⁷. Ważnym pojęciem w teorii Bowlby'ego jest pojęcie bezpiecznej bazy, którą definiuje jako posiadanie takiej figury przywiązania, która umożliwia bezpieczną eksplorację, jest obecna, dostępna i wrażliwa na sygnały. Dzięki istnieniu bezpiecznej bazy dziecko polepsza swoje kompetencje i wspomaga swój rozwój. W miarę jak dorastamy, korzystamy z bezpiecznej bazy, jaką są nasi rodzice, później nasz partner, który spełnia tę funkcję, a jednocześnie my sami jesteśmy bezpieczną bazą dla naszych rodziców, partnera i własnych dzieci. Świadomość

³⁵ M. Ainsworth, M. Blehar, E. Waters, S. Wall, op. cit.

³⁶ H. Gasiul, *W poszukiwaniu podstaw rozwoju ja emocjonalnego*, Warszawa 2001, s. 50.

³⁷ C. Hazan, P. R. Shaver, *Romantic love conceptualized as an attachment process*, "Journal of Personality and Social Psychology" 1987, nr 52, s. 511-524.

bezpiecznej bazy sprawia, iż człowiek efektywniej radzi sobie z emocjami, łatwiej podejmuje wyzwania i chętniej eksploruje.

Jakie jest znaczenie stylów przywiązaniowych w utrzymywaniu bliskich więzi i doświadczaniu poczucia przynależności?

Wiele badań prowadzonych w obszarze teorii przywiązania wykazało, że jedynie więź dziecka z matką jako pierwszy stosunek uczuciowy, może być prototypem dla wszelkich późniejszych związków emocjonalnych dziecka, tym samym uznając rolę ojca za podrzędną, niemającą bezpośredniego znaczenia dla wychowania dziecka i ograniczającą się do zabezpieczenia warunków materialnych i ekonomicznych rodziny. Obecnie uwzględnia się w badaniach większość bliskich relacji interpersonalnych obecnych w całym cyklu życia człowieka, a badania w obszarze rozpoznania roli osób znaczących w życiu dziecka nabierają znaczenia³⁸. Okazuje się, że reakcje opiekuna na potrzeby niemowlęcia kształtują już we wczesnym dzieciństwie zdolność samoregulacji i regulacji z innymi. Ogromne znaczenie ma tu odpowiednie odczytywanie, interpretowanie, jak i reagowanie na emocje dziecka. Selektywne wzmacnianie czy modelowanie uwagi opiekunów kreuje emocjonalną ekspresję dziecka, a później dorosłego, na różne formy interakcji z innymi. To właśnie dziecięce doświadczenia z obiektem przywiązania są jednym z ważnych wyznaczników przyszłego emocjonalnego funkcjonowania³⁹.

Ukazując znaczenie przywiązania w okresie dzieciństwa literatura wskazuje, że nie podlega ono żadnym gwałtownym i istotnym zmianom aż do trzeciego roku życia. Znacząca różnica pojawia się na przestrzeni trzeciego/czwartego roku życia, kiedy życie jednostki zaczyna funkcjonować na zasadzie partnerstwa o skorygowanych celach. Jest to taka forma organizacji przywiązania, która ustala z matką zasady i reguły, a także warunki rozłąki, a w czasie nieobecności matki dziecko ma zapewnione poczucie bezpieczeństwa. Dzieje się tak za sprawą Wewnętrznych Modeli Operacyjnych, w których fizyczna dostępność matki zostaje zastąpiona świadomością istnienia matki jako bezpiecznej bazy. Dzięki temu dzieci mają zapewnione poczucie bezpieczeństwa i swobodnie eksplorują otoczenie. Mary Ainsworth, która przeprowadziła badania nad niemowlętami, wyróżniła w relacjach m.in. bezpieczne wymiary przywiązania. Opisała, że kształtują się one w efekcie prawidłowego rozwoju więzi z opiekunem wówczas, gdy matka lub inna bliska dziecku osoba stara się troskliwie zabezpieczyć potrzeby dziecka i nawiązywać z nim serdeczną i bliską więź fizyczną

³⁸ M. Plopa, *Więzi w małżeństwie i rodzinie. Metody badań*, Kraków 2006; B. Koziańska, *Typ przywiązania a zdrowie psychiczne*, „Psychoterapia” (P) 2006, nr 3 (138), s. 5-20.

³⁹ M. Jankowska, *Postawy rodzicielskie ojca a styl przywiązaniowy w dorosłych relacjach córki*, „Kwartalnik Naukowy Fides et Ratio” 2013, nr 1 (13), s. 156-185.

i emocjonalną. Dzieci, z takiego stylu przywiązania, wyrastają na osoby, które odznaczają się elastycznością, właściwie ukształtowanym poczuciem autonomii, bogatymi zasobami poznawczymi. W nowych sytuacjach społecznych nie doświadczają lęku i z łatwością podejmują się realizacji nowych zadań rozwojowych. Ponadto, posiadają prawidłowe umiejętności współdziałania w relacjach interpersonalnych, a także stosują efektywne strategie rozwiązywania konfliktów⁴⁰.

Natomiast dzieci przywiązane unikowo są mało wrażliwe na sygnały matki i nie szukają kontaktu fizycznego. W momencie ustania kontaktu fizycznego reagują bardzo silnymi, negatywnymi uczuciami. Dzieci o takim stylu przywiązania pragną bliskości z innymi, przy jednoczesnym silnym lęku przed odrzuceniem, który hamuje zachowania związane z ekspresją tej potrzeby. W wieku przedszkolnym dzieci takie mogą być agresywne i nastawione obronnie, a także przejawiać silnie negatywnie emocje. Jeśli znajdują się w trudnej sytuacji, rzadko kiedy walczą, częściej reagują wycofaniem i ucieczką. Mają kiepski kontakt z rówieśnikami, są nielubiane i wyizolowane. W wieku szkolnym są pozbawione entuzjazmu, pojawia się kiepska i chaotyczna komunikacja z rodzicami, która pozbawiona jest ciepła i kontaktu fizycznego. Dzieci takie nie zawierają stałych przyjaźni, a jeśli nawet takie istnieją, to funkcjonują na zasadzie wyłączności i zazdrości.

Jeśli chodzi o dzieci przywiązane ambiwalentnie, to charakteryzuje je chroniczny lęk o matkę, ich zdolność do eksploracji jest niewielka, a w momencie rozstania z matką reagują silnym płaczem. W wieku przedszkolnym często są nastawione do świata bojaźliwie i lękowo, zależne od opiekunów, wychowawców. Mają bardzo duże problemy z nawiązaniem jakichkolwiek kontaktów z rówieśnikami, przez co często są zdominowane i wykorzystywane. W kontaktach z rodzicami mają ambiwalentne uczucia bliskości i wrogości, a podczas rozstania z matką mogą odczuwać lęk.

Badania M. Ainsworth ukazały, że ustalony typ przywiązania w niemowlęctwie nie zanika wraz z końcem dzieciństwa, ale utrzymuje się przez całe życie i pomimo, że figury przywiązania zmieniają się w życiu dziecka, rezultat zachowań przywiązaniowych pozostaje zwykle bez zmian, pomimo iż coraz bardziej różnorodne stają się sposoby osiągnięcia go⁴¹.

Modele przywiązania są zarówno stabilne w czasie, jak i podatne na zmianę, ponieważ podlegają przeformułowaniu w wyniku znaczących wydarzeń życiowych związanych z przywiązaniem⁴². Brak jednak potwierdzonego empirycznie modelu procesu poznawczo-afektywnego, wyjaśniającego zjawisko stabilności i zmienności aktywnych modeli przywiązania. Trwałość jest wyjaśniana

⁴⁰ J. Bolwby, *Przywiązanie*, Warszawa 2007.

⁴¹ M. Ainsworth, M. Blehar, E. Waters, S. Wall, op. cit.; M. Marczak, *Style przywiązania a relacje społeczne w dorosłości*, „Remedium” 2001, nr 2, s. 3-31.

⁴² E. Waters, S. Marrick, D. Treboux, J. Crowell, L. Albersheim, *Attachment security in infancy and early adulthood: a twenty-year longitudinal study*, „Child Development” 2000, nr 71 (3), s. 684-689.

przez odwołanie się do faktu, że aktywne modele przywiązania powstają we wczesnym okresie życia i są wzmacniane przez powtarzające się doświadczenia z opiekunem, a poza tym konceptualizacje siebie i relacji społecznych powstałe we wczesnym procesie rozwoju są bardziej ogólne i mniej podatne na zmianę niż powstałe później. Uważa się też, że wpływ na stabilizowanie aktywnych modeli przywiązania może mieć temperament. Ma to związek ze sposobem reagowania dziecka na negatywne zdarzenia związane z przywiązaniem i nieadekwatną formą opieki. Jednakże koncepcja ta wymaga potwierdzenia i empirycznej weryfikacji⁴³.

Za stałość wewnętrznych modeli aktywnych przywiązania uważa się trzy główne czynniki. Po pierwsze, modele wykształcone w dzieciństwie są stabilne, ze względu na regularne wzmacnianie – jednostka potwierdza je, angażując się w związki, które charakterem przypominają te z wczesnego dzieciństwa. Po drugie, istnieją zniekształcające percepcję mechanizmy asymilacyjne, powodujące zniekształcenia przez jednostkę postrzegania aktualnych wydarzeń i kształtowanie oczekiwań zgodnie z doświadczeniem zapisanym w wewnętrznych modelach przywiązania, zgodnie z utrzymywanym systemem przekonań⁴⁴. W efekcie – u osób o ufnym stylu przywiązania występuje względna równowaga między działaniem stylów asymilacyjnych i akomodacyjnych, dzięki czemu są one otwarte na nowe doświadczenia, podatne na zmianę i uczenie się. Natomiast osoby o nieufnych stylach zniekształcają odbierane informacje zgodnie z zakorzenionymi przekonaniami i poczuciem własnej bezwartościowości, zależności i braku zaufania⁴⁵. Po trzecie, osoba podtrzymująca sztywno przekonania na temat relacji z innymi, ma tendencje do wchodzenia w kontakt interpersonalny w określony sposób, co uruchamia mechanizm samospełniającej się przepowiedni⁴⁶.

Z uwagi na fakt, iż relacje przywiązaniowe, które zostały zapoczątkowane w okresie dzieciństwa trwają do końca życia, ważne wydaje się być ukazanie w kilku zdaniach zaburzeń związanych z niezaspokojeniem przez rodzica poczucia przynależności i przywiązania do rodziny. Ponieważ funkcjonowanie systemu przywiązania służy regulacji emocji, to zaburzenia jego działania, będą prowadziły do dysfunkcji procesu regulacji emocjonalnej. Z kolei dysfunkcyjne style regulowania emocji oparte na wtórnych strategiach przywiązaniowych powodują większą podatność jednostki na rozwinięcie objawów psychopatologii.

⁴³ E. Waters, C. E. Hamilton, N. S. Weinfield, *The stability of Attachment Security from Infancy to Adolescent and Early Adulthood: General Introduction*, „Child Development” 2000, nr 71 (3), s. 678-683.

⁴⁴ A. Sherry, W. J. Lyddon, R. K. Henson, *Adult Attachment and Developmental Personality Styles: An Empirical Study*, „Journal of Counseling and Development” 2007, nr 3 (85), s. 337-348; I. Bretherton, K. A. Munholland, *International working models in attachment relationship: A construct revisited* [w:] *Handbook of attachment*, red. J. Cassidy, P. R. Shaver, New York 1999, s. 89-111.

⁴⁵ M. J. Mahoney, *Human change process: The scientific foundations of psychotherapy*, New York 1991.

⁴⁶ N. Collins, S. Read, *Cognitive representations of attachment: The content and function of working models*, [w:] *Advances in personal relationships*, red. K. Bartholomew, D. Perlman, London 1994, s. 53-90.

Istnieją dwie wtórne strategie przywiązaniowe stosowane przez dzieci o nieufnych wzorcach przywiązania, narażające je na rozwinięcie się psychopatologii. W przypadku strategii minimalizowania przywiązania (stylu unikającego) dziecko odwraca uwagę od bodźców związanych ze stresem, czyli wydarzeń i myśli związanych z osobą przywiązania. W efekcie ogranicza sobie dostęp do własnych przeżyć i ma tendencje do nierealistycznego postrzegania aspektów relacji związanych z przywiązaniem. Dziecko jest tu narażone na rozwój zaburzeń uzewnętrzniających, ponieważ jego uwaga jest odwrócona od „ja” w sytuacji, gdy negatywne reprezentacje nie są przepracowane.

Druga strategia to maksymalizowanie przywiązania (styl ambiwalentny) i skupienie uwagi na obiekcie przywiązania i zagadnieniu jego dostępności, co powoduje utrudnienie w ocenie zagrożenia i możliwości uzyskania wsparcia. Powoduje to zagrożenie wystąpienia zaburzeń uzewnętrzniających.

Natomiast model traktujący obserwowane zachowania przywiązaniowe dziecka jako „podatny grunt” dla rozwoju późniejszych zaburzeń zakłada, że destrukcyjne wzorce zachowania u małych dzieci, które w normalnych warunkach stanowią strategie przystosowawcze regulujące bliskość z opiekunem, w sytuacji, gdy ulegają utrwaleniu, mogą stać się źródłem zaburzenia procesu całej rodziny i przez to wpłynąć na rozwój psychopatologii u dziecka⁴⁷.

Kolejnym czynnikiem, który może mieć wpływ na rozwój psychopatologii jest doświadczenie straty. Jak wynika z badań L. S. Greenberga, strata doświadczone w dzieciństwie zwiększa ryzyko wystąpienia takich zaburzeń, jak depresja, zaburzenia lękowe i antyspołeczne zaburzenie osobowości. Najprawdopodobniej „typ”, czy też „rodzaj” straty ma wpływ na rodzaj zaburzenia. Wczesna utrata matki ma związek z depresją⁴⁸, zaburzenia lękowe z groźbą utraty i niestabilną relacją z opiekunem, a antyspołeczne zaburzenia osobowości – ze stratą wynikającą z separacji, rozwodu czy ucieczki opiekuna.

Natomiast dla zaburzeń lękowych i afektywnych bardziej istotna niż sama strata jest jakość opieki poprzedzającej i następującej po niej. Pozytywne doświadczenia przywiązaniowe są czynnikiem w dużej mierze chroniącym przed traumą, negatywne natomiast mogą sprawić, że dziecko będzie prawdopodobnie doświadczać tej straty i każdej kolejnej w kategoriach „wszechogarniającej”. Zwiększa to ryzyko, że w późniejszym okresie życia cierpieć będzie z powodu nasilonego lęku i depresji. Wynika więc z tego, że prawie wszystkie zaburzenia psychiczne wiążą się z nieufnymi wzorcami przywiązania.

Analizując przyczyny antyspołecznych zaburzeń osobowości J. Bowlby⁴⁹ stwierdził, że mają one silny związek z relacjami przywiązaniowymi. Zaobserwowano, że dzieci doświadczające separacji z rodzicami bądź straszone

⁴⁷ L. S. Greenberg, *Ideal psychotherapy research: A study of significant change processes*, „Journal of Clinical Psychology” 1999, nr 12 (55), s. 1467-1480.

⁴⁸ G. W. Brown, T. Harris, *Are the Brown and Harris „vulnerability factors” risk factors for depression?*, „Journal of Psychiatry Neuroscience” 1991, nr 16 (5), s. 267-271.

⁴⁹ J. Bowlby, *Attachment and loss...*

porzuceniem odczuwają nasiloną złość. W sytuacji niemożliwości jej wyrażenia ze względu na karzącą reakcję rodziców dziecko przenosi negatywne emocje i kieruje je w stronę obiektu przywiązania. Jednakże ze względu na niebezpieczeństwo, jakie towarzyszy takim emocjom w relacji z rodzicami, zostają one stłumione i skierowane przeciwko innym obiektom.

Z badań nad osobami z diagnozą antyspołecznych zaburzeń osobowości wynika, że czynnikiem związanym z przywiązaniem jest tu przede wszystkim przedłużające się rozstanie z opiekunami, związane raczej z ich separacją lub rozwodem, niż ze śmiercią, Belsky⁵⁰ podsumował wyniki kilkudziesięciu badań poświęconych omawianemu problemowi. Na ich podstawie stwierdził, że bezpieczny styl przywiązania wykazuje związek z takimi wymiarami opieki matczynej, jak: szybkie reagowanie na okazywany przez dziecko stres, umiarkowana i odpowiednia stymulacja dziecka, synchronizacja w interakcji matka-dziecko, ciepło i zaangażowanie w opiekę nad dzieckiem. Styl unikający wykazuje związek z nadmierną stymulacją dziecka przez matkę, intruzywnością i nadmiernym kontrolowaniem, a styl lękowo-ambiwalentny z opieką o cechach obojętności i niewrażliwości na potrzeby dziecka oraz z brakiem zaangażowania.

Obszerny przegląd wyników badań eksperymentalnych dotyczących związku przyczynowego między jakością opieki ze strony matki i jakością przywiązania u dziecka podają także van Ijzendoorn, Juffer i Duyvesteyn⁵¹.

Uwagi końcowe

Kontynuowanie rozważań w obszarze podjętych zagadnień związanych z warunkami / czynnikami mającymi wpływ na poczucie przynależności do rodziny oraz sposobami ich zaspokojenia, wydają się kluczowe zarówno z punktu widzenia poznawczego, potrzeby poszerzenia wiedzy będącej fundamentem poznania funkcjonowania człowieka, ale także w praktyce zawodowej psychologa i prawnika. Opierając się na teorii potrzeb A. Masłowa oraz teorii przywiązania J. Bowlby'ego interesujące wydaje się poznanie determinantów przynależności do rodziny oraz zbadanie zależności pomiędzy zgodnością stanu cywilnego a przynależnością do rodziny, czyniąc z obu wyżej wymienionych zmienne kontrolowane projektu badawczego.

Pojawiające się sytuacje, gdy stan cywilny dziecka wynikający z analizy aktu urodzenia nie odzwierciedla jego biologicznego pochodzenia na skutek nowych społecznie zjawisk jak dawstwo nasienia, komórek jajowych, macierzyństwo zastępcze, można i należy analizować pod względem prawnym, jak

⁵⁰ J. Belsky, *Developmental risks (Still) Associated with Early Child Care*, „Child Psychology and Psychiatry, 2001”, t. 42, nr 7, s. 845-859.

⁵¹ M. H. van Ijzendoorn, F. Juffer, M. G. Duyvesteyn, *Breaking the intergenerational cycle of insecure attachment: a review of the effects of attachment-based interventions on mental sensitivity and infant security*, „Child Psychology and Psychiatry” 1995, nr 36 (2), s. 225-248.

i psychologicznym. Mając na uwadze jak ogromny wpływ na rozwój dziecka mają rodzice (sprawiający faktyczną pieczę nad dzieckiem rodzice prawni), atmosfera emocjonalna w domu i to, że krytyczne są zwłaszcza postawy rodziców wobec małego dziecka w pierwszych latach jego życia, pytaniem bez odpowiedzi pozostaje, czy dobro dziecka doznaje wystarczającej ochrony w świetle zasad mających na celu ochronę norm współżycia społecznego.

Podjęte rozważania teoretyczne pozwalają na przedstawienie następujących wniosków:

- skoro wiele badań prowadzonych w obszarze teorii przywiązania wykazało, że jedynie więź dziecka z matką jako pierwszy stosunek uczuciowy, może być prototypem dla wszelkich późniejszych związków emocjonalnych dziecka, warto rozpoznać rolę innych znaczących dla dziecka osób: ojca czy prawnych opiekunów – tych, którzy w świetle prawa odpowiadają za stan cywilny dziecka;
- natomiast z punktu widzenia praktycznych implikacji, zasadne wydaje się rozpoznanie warunków wspierających zaspokojenie poczucia przynależności do rodziny, czy będą one stanowić tym samym przedstawione przez psychologów humanistycznych warunki wspierające wszechstronny rozwój dziecka?

Bibliografia

- Ainsworth M., Blehar M., Waters E., Wall S., *Patterns of attachment: a psychological study of the strange situation*, New York 1978.
- Anzieu D., *Przywiązanie: ujęcie interdyscyplinarne*, Warszawa 1978.
- Augustyn J., *Ojcostwo. Aspekty pedagogiczne i duchowe*, Kraków 2012.
- Belsky J., *Developmental risks (Still) Associated with Early Child Care*, „Child Psychology and Psychiatry” 2001, t. 42, nr 7.
- Bishop G. D., *Psychologia zdrowia – zintegrowany umysł i ciało*, Wrocław 2000.
- Bowlby A., *A secure base*, New York 1988.
- Bowlby J., *Attachment and loss*, t. 2: *Separation*, New York 1973.
- Bowlby J., *Przywiązanie*, Warszawa 2007.
- Bretherton I., Munholland K. A., *International working models in attachment relationship: A construct revisited*, [w:] *Handbook of attachment*, red. J. Cassidy, P. R. Shaver, New York 1999.
- Brown G. W., Harris T., *Are the Brown and Harris „vulnerability factors” risk factors for depression?*, „Journal of Psychiatry Neuroscience” 1991, nr 16 (5).
- Collins N., Read S., *Cognitive representations of attachment: The content and function of working models* [w:] *Advances in personal relationships*, red. K. Bartholomew, D. Perlman, London 1994.

- Gajda J., Pietrzykowski J., Pietrzykowski K., *System Informacji Prawnej Legalis, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2015.
- Gasiul H., *W poszukiwaniu podstaw rozwoju ja emocjonalnego*, Warszawa 2001.
- Greenberg L. S., *Ideal psychotherapy research: A study of significant change peocesses*, „Journal of Clinical Psychology” 1999, nr 12 (55).
- Gromek K., *System Informacji Prawnej Legalis, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016.
- Hazan C., Shaver P.R., *Romantic love conceptualized as an attachment process*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1987, nr 52.
- Ijzendoorn M.H. van, Juffer F., Duyvesteyn M.G., *Breaking the intergenerational cycle of insecure attachment: a review of the effects of attachment-based interventions on mental sensivity and infant security*, „Child Psychology and Psychiatry” 1995, nr 36 (2).
- Jankowska M., *Postawy rodzicielskie ojca a styl przywiązaniowy w dorosłych relacjach córki*, „Kwartalnik Naukowy Fides et Ratio” 2013, nr 1 (13).
- John-Borys M., *Zaburzenia strukturalne i funkcjonalne przestrzeni życiowej dziecka*, [w:] *Pomoc dzieciom zagrożonym patologią środowiska rodzinnego i lokalnego*, red. M. John-Borys, Katowice 2007.
- Kawula S., Brągiel J., Janke A. W., *Pedagogika rodziny, Obszary i panorama problematyki*, Toruń 2009.
- Kenrick D. T., Neuberg S. L., R Cialdini. B., *Psychologia społeczna – rozwiązane tajemnice*, Gdańsk 2002.
- Knoll N., Schwarzer R., *„Prawdziwych przyjaciół” – wsparcie społeczne, stres choroba i śmierć*, [w:] *Wsparcie społeczne, stres, zdrowie*, red. H. Sęk, R. Cieslak, Warszawa 2004.
- Kozińska B., *Typ przywiązania a zdrowie psychiczne*, „Psychoterapia” 2006, nr 3 (138).
- Król B., *Prawidłowości strukturalne i funkcjonalne przestrzeni życiowej dziecka*, [w:] *Pomoc dzieciom zagrożonym patologią środowiska rodzinnego i lokalnego*, red. M. John-Borys, Katowice 2007.
- Mahoney M. J., *Human change process: The scientific foundations of psychoterapy*, New York 1991.
- Marczak M., *Style przywiązania a relacje społeczne w dorosłości*, „Remedium” 2001, nr 2.
- Meissner K., *Ojciec – potrzeby dziecka a wzorzec męskości*, Lublin 2012.
- Mika S., *Wstęp do psychologii społecznej*, Warszawa 1972.
- Mostowik P., *Pochodzenie dziecka (macierzyństwo i ojcostwo) w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Studia Prawa Prywatnego” 2014, z. 3(33)-4(34).
- Okoń W., *Nowy słownik pedagogiczny*, Warszawa 2004.
- Plopa M., *Więzi w małżeństwie i rodzinie. Metody badań*, Kraków 2006.
- Plopa M., *Psychologia rodziny. Teoria i badania*, Kraków 2011.
- Plopa M., *Retrospektywna ocena postaw rodzicielskich. Podręcznik*, Warszawa 2011.

- Poprawa R., *Zasoby osobiste w radzeniu sobie ze stresem*, [w:] *Podstawy psychologii zdrowia*, Wrocław 2001.
- Sheridan Ch. L., Radmacher S. A., *Psychologia zdrowia*, Warszawa 1998 .
- Sherry A., Lyddon W.J., Henson R. K., *Adult Attachment and Developmental Personality Styles: An Empirical Study*, „*Journal of Counseling and Development*” 2007.
- Sosnowski T., *Ojciec we współczesnej rodzinie. Kontekst pedagogiczny*, Warszawa 2013.
- Strelau J., *Psychologia. Podręcznik akademicki*, t. 2, *Psychologia ogólna*, Gdańsk 2007.
- System Informacji Prawnej Legalis, Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, wyd. 7, Warszawa 2016.
- Tryjarska B., *Bliskość w rodzinie. Więzy w dzieciństwie a zaburzenia w dorosłości*, Warszawa 2001.
- Waters E., Marrick S., Treboux D., Crowell J., Albersheim L., *Attachment security in infancy and early adulthood: a twenty-year longitudinal study*, „*Child Development*” 2000, nr 71 (3).
- Waters E., Hamilton C.E., Weinfield N.S., *The stability of Attachment Security from Infancy to Adolescent and Early Adulthood: General Introduction*, „*Child Development*” 2000, nr 71 (3).
- Weiss R., *Attachment in Adult Life*, w: *The Place of Attachment in Human Behaviour*, red. C. M. Parkes, J. Stevenson-Hinde, London 1982.
- Wielki słownik języka polskiego*, www.wsjp.pl (26.05.2016).
- Witczak J., *Ojcostwo bez tajemnic*, Warszawa 2007.

Renata Tanajewska

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: renata.tanajewska@gmail.com

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.20

Pozycja prawna *nasciturusa* przy dziedziczeniu ustawowym w sytuacji śmierci spadkodawcy przed uznaniem ojcostwa

SUMMARY

The nasciturus legal position of the statutory inheritance in case of death of the deceased prior to recognition of paternity

The aim of the article is to point out the difference in the legal position nasciturus coming from marriage in relation to nasciturus outside of marriage. Issues addressed in this study include the right to drop nasciturus conceived outside of marriage, right to identity and the protection of intangible assets in the event of the death of the father before the birth of the child. These issues are important given the increasing number of informal long-term relationships, the partners are often not aware of the legal consequences of the lack of a formal definition of the basic unit of society which is the family. A need exists to pay attention to the fact that a child conceived in a non-marital relationship is a long-term undertaking and, in terms of rights and obligations, equal to those of an unborn child of a married couple. Differential treatment is to the detriment of the minor and in violation of his material goods and intangible assets.

Key words: nasciturus, cohabitation, acknowledgment of paternity, paternity.

Słowa kluczowe: nasciturus, kohabitacja, uznanie ojcostwa, rodzicielstwo.

Wprowadzenie

Ciężko jest umierać pozostawiając kogoś po sobie, kogo nie zdążyło się zobaczyć, objąć ramieniem, czy chociażby nadać imienia. Problem śmierci rodzica obciążony jest ciężkim doznaniem emocjonalnym, ale przysparza też wielu problemów prawnych. Szczególną sytuacją jest pozycja prawna dziecka poczętego w nieformalnym związku. Czy takie dziecko posiada takie same prawa przy dziedziczeniu ustawowym po swoim ojcu, jak dziecko małżeńskie? Czy pozycja prawna dziecka poczętego nieuznanego jest taka sama jak dziecka poczętego w małżeństwie? Czy wreszcie, jaki jest stosunek społeczny do dziecka spoza małżeństwa? Jakie relacje mogą łączyć takie dziecko z rodziną zmarłego?

Z każdym rokiem zwiększa się liczba nieformalnych związków. Powody tego są różne, zaczynając od utraty zaufania do instytucji małżeństwa, przez niestabilną sytuację finansową, kończąc wreszcie na ograniczeniu poczucia swobody. Zmienił się schemat dzisiejszej rodziny, zmieniły się priorytety.

Celem artykułu jest wskazanie różnicy w pozycji prawnej *nasciturusa* pochodzącego ze związku małżeńskiego w stosunku do *nasciturusa* w związku nieformalnym. W niniejszym opracowaniu podjęto kwestię prawa do spadku *nasciturusa* poczętego w związku nieformalnym, jego prawa do tożsamości oraz ochrony dóbr niematerialnych w przypadku śmierci ojca przed narodzeniem dziecka. Uważa się owe zagadnienie za ważne z tego względu, że zwiększa się liczba nieformalnych związków długoletnich, a partnerzy często nie mają świadomości konsekwencji prawnych braku formalnego zdefiniowania podstawowej komórki społecznej, jaką jest rodzina. Celem dodatkowym opracowania jest konieczność zwrócenia uwagi na fakt, że dziecko poczęte w związku nieformalnym długoterminowym powinno być pod względem praw i obowiązków równe dziecku poczętemu w związku małżeńskim. Odmienne traktowanie odbywa się ze szkodą na małoletnim i narusza jego dobra materialne, a przede wszystkim dobra niematerialne.

Przy opracowaniu stawianego problemu wykorzystano dogmatyczną metodę badawczą, analityczną metodę badawczą oraz analizę orzecznictwa. Metoda dogmatyczna została wykorzystana w taki sposób, że przeanalizowano przepisy kodeksu cywilnego, kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz ustaw dodatkowych w zakresie koniecznych czynności do ustalenia prawa do dziedziczenia *nasciturusa* pochodzącego ze związku nieformalnego. Metoda analityczna polegała na przeglądzie naukowych opracowań i poglądów przedstawicieli doktryny w zakresie poruszanego zagadnienia. Analiza orzecznictwa została przeprowadzona na podstawie wybranych rozstrzygnięć sporów sądowych z zakresu prawa cywilnego.

Pozycja prawna *nasciturusa*

Zgodnie z rzymską zasadą dziecko poczęte uważa się za już narodzone, o ile chodzi o jego korzyści. W prawie rzymskim w przypadku rozważania kwestii interesu płodu stosowano fikcję prawną, według której miał on warunkową zdolność prawną, tzn. mógł być podmiotem praw i obowiązków, jednocześnie sam nie mogąc dokonywać czynności prawnych. Warunkiem do nabycia praw podmiotowych było urodzenie się żywym¹.

¹ Zob. P. Niczyporuk, *Określenia stosowane w źródłach prawa rzymskiego wobec dziecka poczętego, a jeszcze niewrodzonego*, [w:] *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Prof. Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolate pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga 1*, Białystok – Katowice 2010, s. 81-91; idem, *Stwierdzenie ciąży (inspectio ventris) jako środek ochrony interesów dziecka poczętego w prawie rzymskim*, „Miscellanea Historico-Iuridica” (MH-I) 2010, t. 9 s. 29-40; idem, *Rzymskie regulacje prawne związane z ochroną dziecka poczętego*, MH-I 2009, t. 8, s. 27-40; W. Waldstein, *O pozycji nienarodzonego*

Ochrona dziecka poczętego miała i ma zastosowanie głównie w prawie spadkowym, gdzie takie dziecko może dziedziczyć². Do strzeżenia przyszłych praw dziecka poczętego, lecz jeszcze nieurodzonego, zgodnie z treścią art. 182 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (KRO) może być ustanowiony kurator, w prawie rzymskim określane terminem kurator brzucha (łac. *curator ventris*)³. Oprócz dokonywania czynności zabezpieczających (art. 633 i n. Kodeksu postępowania cywilnego – KPC), *curator ventris* może w szczególności uczestniczyć w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku po spadkodawcy (art. 510 w zw. z art. 669 i n. KPC), gdy postępowanie takie wszczęto przed urodzeniem dziecka, a to przede wszystkim w celu zapobieżenia wydaniu merytorycznego orzeczenia przed narodzinami ewentualnego spadkobiercy.

Zgodnie z treścią art. 927 § 1 Kodeksu cywilnego (KC), nie może być spadkobiercą osoba fizyczna, która nie żyje w chwili otwarcia spadku. Wyjątek od tej zasady funkcjonuje w paragrafie 2, gdzie *nasciturusowi* ustawodawca przyznał warunkową zdolność dziedziczenia⁴. *Nasciturus* ma bowiem warunkową zdolność do dziedziczenia, gdyż może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywy. Warunek ten ma charakter zawieszający, jego ziszczenie się zaś wywołuje skutki prawne *ex tunc*. Podnosi się jednak, że wśród przedstawicieli doktryny nie funkcjonuje ujednoczone stanowisko w kwestii przyznania przez ustawodawcę warunkowej zdolności do dziedziczenia. Doktryna w tym względzie nie jest zgodna.

Wydaje się jednak, że w polskim systemie prawa cywilnego nie ma podstaw do przyjęcia, że obowiązuje zasada, zgodnie z którą dziecko poczęte, lecz jeszcze nieurodzone, uważa się za już urodzone, ilekroć chodzi o jego korzyści. Regulacje prawne w tym zakresie stanowią, ponieważ rozwiązania szczególne, które nie świadczą o obowiązywaniu tej zasady ani jej nie potwierdzają. Tym niemniej na podstawie owych wyjątków można mówić o istnieniu ograniczonej zdolności prawnej *nasciturosa* w polskim prawie cywilnym⁵.

dziecka w prawie rzymskim, [w:] Dziecko. Studium interdyscyplinarne. Materiały konferencyjne (Warszawa, 29-30.05.2008 r.), red. E. Sowińska, E. Szczurko, T. Guz, P. Marzec, Lublin 2008, s. 153-168.

² Por. B. Swaczyna, *Odrzucenie spadku nabytego przez dziecko*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013, s. 569-583; J. Biernat, *Dzieci małżonka spadkodawcy, których żadne z rodziców nie dożyło chwili otwarcia spadku jako spadkobiercy ustawowi*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkievicz, F. Zoll, Warszawa 2012, s. 489-502.

³ Por. J. Kosiorek, *Rola kuratora w ochronie dziecka*, [w:] *Ochrona dziecka. Teoria i praktyka*, red. B. Hołyst. Legionowo 2005, s. 256-265; B. Zinkiewicz, *Rola kuratora sądowego w systemie wsparcia rodziny i dziecka w kryzysie*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” (PO-W) 2005, nr 8, s. 17-23.

⁴ Zob. O. E. Braniewicz, *Sytuacja prawna nasciturosa w świetle prawa rzymskiego oraz porównanie jej z obecnym uregulowaniem w polskim prawie cywilnym, ze szczególnym uwzględnieniem prawa spadkowego*, [w:] *Aspekty społeczno-prawne rozwoju antycznego Rzymu. Praca pod kierunkiem Wiesława Mossakowskiego*, red. O. E. Braniewicz, P. Kowalczyk. Toruń 2014, s. 85-95.

⁵ K. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 75, Nb 4, Legalis.

Uznanie ojcostwa

Wyjątek od zasady braku zdolności prawnej *nasciturusa* jest przewidziany w art. 75 KRO, gdzie ustawodawca dopuścił możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego, lecz jeszcze nieurodzonego. Nie stanowi natomiast wyjątku od dalszej zasady, zgodnie z którą stosunki prawne ojcostwa i macierzyństwa powstają dopiero z chwilą urodzenia się. Uznanie ojcostwa dziecka poczętego jest bowiem czynnością prawną dokonaną pod warunkiem prawnym zawieszającym, że dziecko urodzi się żywe⁶. Warto tu wskazać na brak obowiązku przeprowadzenia badań lekarskich. Wśród przedstawicieli doktryny trwał spór, czy ciąża, jak i jej okres trwania powinny być potwierdzone badaniami lekarskimi, jako dowód na określenie chwili poczęcia dziecka⁷. Biorąc jednak pod uwagę ustawę o ochronie danych osobowych, odstąpiono od dyskusji w tym zakresie.

Można zatem postawić tezę, że w każdej sytuacji, gdy osoby pozostające w nieformalnym związku spodziewają się potomka, powinny przeprowadzić procedurę uznania ojcostwa. Uzasadnieniem stawianej tezy jest ochrona praw majątkowych i osobistych dziecka poczętego, m.in. prawa do dziedziczenia, czy też prawa do pochodzenia, nazwiska. Biorąc jednak pod uwagę, że osoby pozostające w wolnym związku cenią sobie swobodę, nieraz nie zwracają uwagi na problemy prawne im grożące – przykładowo śmierć ojca dziecka przed narodzinami dziecka i przed uznaniem ojcostwa. Czy w obliczu takiego nieszczęścia kobieta, która jest w ciąży, może podjąć czynności zmierzające do ochrony praw nienarodzonego dziecka? Czy kobieta ta jest w stanie racjonalnie podejść do takiego problemu prawnego?

⁶ Ibidem, Nb 6-8, Legalis.

⁷ Szerzej: R. Sztynchmiller, *Prawna i prawokarna ochrona życia dziecka poczętego*, [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. Stanisława Pikulskiego*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczytno 2015, s. 259-269; R. Krajewski, *O potrzebie rozszerzenia karnoprawnej ochrony dziecka poczętego na czyny nieumyślne*, „Jurysta” (J) 2015, nr 1, s. 14-21; J. Luty, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie polskim*, [w:] *Ochrona praw dzieci*, red. K.M. Woźniak, A. Jakiela. Lublin 2014, s. 53-64; E. Engel-Babska, *Ochrona życia poczętego w świetle prawa pracy*, [w:] *Rodzina w naukach prawnych. Zbiór studiów*, red. M. Tkaczuk, R. Jaworska-Stankiewicz, Szczecin 2012, s. 277-287; J. Haberko, *Wyrządzenie szkody prenatalnej w kontekście zdolności prawnej dziecka poczętego*, [w:] *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Toruń, 24-25.06.2011 r.)*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2012, s. 163-179; N. Karczewska, *Przymus interwencji medycznych na kobiecie ciężarnej w interesie dziecka poczętego w systemie prawnym anglo-amerykańskim i w prawie polskim*, „Prawo i Medycyna” (PiM) 2011, nr 4, s. 51-65; J. Haberko, *Interes dziecka poczętego a poddanie kobiety ciężarnej eksperymentom medycznym*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 270-284; A. Ogrodnik, *Interes dziecka poczętego przy rozwodzie*, [w:] *Kościelne prawo procesowe. Materiały i studia. Prawo rodzinne*, red. A. Dziegła, M. Greszata-Telusiewicz, Z. Jancewicz, P. Telusiewicz, t. 5, Sandomierz 2010, s. 239-253.

Ustalenie ojcostwa

W sytuacjach takich wstrzymuje się z wszelkimi czynnościami prawnymi do urodzenia dziecka, aby móc na podstawie art. 84 KRO ustalić ojcostwo⁸. Zgodnie z treścią art. 84 § 2 KRO dziecko albo matka wytacza powództwo o ustalenie ojcostwa przeciwko domniemanemu ojcu, a gdy ten nie żyje – przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy. Sądowe ustalenie ojcostwa jest drugim obok uznania ojcostwa sposobem ustalenia ojcostwa pozamałżeńskiego. Źródłem powstania stosunku prawnego ojcostwa jest w tym wypadku konstytutywne orzeczenie sądu skuteczne *ex tunc*.

Podkreślenia wymaga fakt, że sądowe ustalenie ojcostwa przed urodzeniem się dziecka jest niedopuszczalne. Pogląd taki został wyrażony i szeroko uzasadniony w judykaturze w taki sposób, że ustalenie ojcostwa stwierdza stan istniejący od chwili poczęcia dziecka. W literaturze stwierdza się, że stosowanie art. 84 § 2 KRO nie usprawiedliwia wniosku, by dopuszczalne było powództwo o ustalenie ojcostwa, a tym więcej wydanie w tym przedmiocie merytorycznego orzeczenia, w czasie po poczęciu dziecka, a przed jego urodzeniem. Dziecko bowiem uzyskuje zdolność prawną dopiero od chwili urodzenia i przed tą chwilą nie może być stroną w procesie w ogóle, a więc i w sprawie o ustalenie ojcostwa⁹.

W prezentowanym przypadku, gdy domniemany ojciec nie żyje, powództwo o ustalenie ojcostwa wytacza się przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy.

Poważnym problemem technicznym w sprawach o ustalenie ojcostwa w przypadku śmierci domniemanego ojca jest pobranie materiału DNA¹⁰. Aby

⁸ Szerzej: A. Gręda, *Dowód z badań DNA w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka*, „Palestra” (P) 2015, nr 3/4, s. 69-79; A. Ogrodnik-Kalita, *Glosa do wyroku SN z 19.04.2012 r. IV CSK 459/11*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” (PP-E) 2014, nr 2, s. 132-137; E. Holewińska-Lapińska, *Rola prawdy genetycznej w decyzji zainteresowanych osób o ustaleniu pochodzenia dziecka od ojca wskutek uznania w świetle orzecznictwa sądów powszechnych w 2011 roku*, „Acta Iuris Stetinensis” (AIS) 2014, nr 6, s. 263-283; D. Krekora-Zajęc, *Dowodzenie w procesie o ustalenie pochodzenia dziecka*, [w:] *Dowodzenie w procesach cywilnych, gospodarczych i administracyjnych*, red. R. Sztymmler, M. Różański, Olsztyn 2014, s. 27-37; A. Wudarski, *Ustalenie i weryfikacja pochodzenia a poczucie jakości życia. Zagadnienia wybrane w ujęciu prawnoporównawczym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” (KPP) 2014, nr 2, s. 285-322; P. Lewandowski, E. Bieniek, *Dopuszczalność ustalenia ojcostwa przez ojca dziecka pozamałżeńskiego*, P 2012, nr 7/8, s. 28-37; A. Jakubecki, *Charakter powództw o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka oraz o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa*, „Polski Proces Cywilny” (PPC) 2011, nr 3, s. 7-26; M. Rybka, *Procedura przeprowadzenia dowodu z badań DNA w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka*, [w:] *Kośćelne prawo procesowe. Materiały i studia. Prawo rodzinne*, red. A. Dziega, M. Greszata-Telusiewicz, Z. Jancewicz, P. Telusiewicz, t. 5, Sandomierz 2010, s. 285-302; E. Olędzka, *Ustalenie pochodzenia dziecka w świetle zmiany KRO z 6.11.2008 r.*, „Monitor Prawniczy” (MP) 2009, nr 22, s. 1216-1222; T. Smyczyński, *O potrzebie ustalenia pochodzenia dziecka zgodnie z tzw. prawdą biologiczną*, [w:] *Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, t. 2, Warszawa 2009, s. 1265-1273.

⁹ K. Pietrzykowski, op. cit., art. 84, Nb 5-6, Legalis.

¹⁰ Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., sygn. akt IV CKN 1097/00, Legalis, Numer 278326; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 1998 r., sygn. akt I CKU 13/98, Legalis, Numer 208541.

możliwe stało się wykonanie testu DNA w kierunku ustalenia ojcostwa niezbędne jest pobranie materiału genetycznego od domniemanego ojca i dziecka. Warto w tym miejscu przytoczyć tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1998 r., sygn. akt I CKN 412/97, w którym stwierdzono, że „wprawdzie kodeks postępowania cywilnego nie ustanawia hierarchii dowodów (art. 244 – 309 KPC), ponieważ żaden dowód nie wiąże sądu i podlega swobodnej ocenie sędziowskiej (art. 233 § 1 KPC), jednakże dowód przyrodniczy z badania kodu genetycznego DNA (art. 309 KPC), którego wyniki wykluczają ojcostwo domniemanego ojca ma szczególny walor dowodowy w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka i zwykle dowód ten uważać należy za bardziej pewny od dowodów osobowych (zeznań świadków, zeznań stron), które z natury swojej nacechowane są w większym stopniu subiektywizmem i mogą okazać się obiektywnie nieprawdziwe”¹¹. Należy przy tym mieć na uwadze wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1973 r., sygn. akt I CR 265/73, w którym w tezie podkreślono, że „wyniki badania antropologicznego dziecka, matki i domniemanego ojca nie mogą stanowić dowodu ani stwierdzającego ani wykluczającego ojcostwo. Dowód z tych badań może mieć znaczenie jedynie pomocnicze w sytuacji, gdy ocena zebranego materiału nasuwa pewne wątpliwości, które wynik badania antropologicznego wskazujący na większy lub mniejszy stopień prawdopodobieństwa stosunku ojcostwa może przeważać na jedną lub drugą stronę”¹². Punktem wyjścia takiego stanowiska jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1966 r., sygn. akt I CR 303/66, gdzie Sąd podnosi, że „dowód z badania antropologicznego wszystkich stron wprawdzie nigdy nie daje całkowitej pewności, co do ojcostwa domniemanego ojca, jeżeli może wskazywać z dużym prawdopodobieństwem na pochodzenie dziecka od domniemanego ojca lub na nieistnienie między tymi osobami związków krwi. Dowód taki nie może, więc sam przez się stanowić podstawy do oceny, że zachodzi nieprawdopodobieństwo ojcostwa męża matki, może jednak ułatwić ocenę wiarygodności sprzecznych zeznań stron w sytuacji, gdy ustalenia opierają się tylko na tych zeznaniach”¹³.

Źródłem materiału genetycznego jest zazwyczaj wymaz z jamy ustnej, najczęściej z policzka. Możliwe jest też pobranie materiału genetycznego w niestandardowy sposób. W takim przypadku bada się np. szczoteczkę do mycia zębów lub włos wyrwany wraz z cebulką. Co jednak zrobić w sytuacji, gdy domniemany ojciec jest pochowany? Gdy od pogrzebu minęły tygodnie, miesiące, może czasem lata? Czy jest szansa na ustalenie ojcostwa w sytuacji, gdy po zmarłym zostały jedynie wspomnienia?

Ekshumacja zwłok i szczątków jest rozwiązaniem, które może dostarczyć niezbędnego materiału genetycznego do przeprowadzenia testu DNA.

¹¹ Legalis, Numer 208560.

¹² Legalis, Numer 17185.

¹³ OSNCP 1967 nr 6, poz. 105.

Należy jednak wskazać, że wykonanie ekshumacji zwłok i szczątków jest dopuszczalne w ściśle wskazanym w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, okresie od 16 października do 15 kwietnia. Inny termin może być ustalony jedynie w wyjątkowych sytuacjach przy zachowaniu stosownych środków ostrożności i za zezwoleniem powiatowego inspektora sanitarnego¹⁴. Ponadto, dla przeprowadzenia ekshumacji istotne znaczenie ma ustalenie, czy zwłoki uległy już mineralizacji – czas mineralizacji zależy zasadniczo od rodzaju gleby. Koszty przeprowadzenia ekshumacji wynoszą od 1000 do nawet 8000 zł. Dodatkowo należy uwzględnić koszty badań DNA.

Warto oprócz tego wskazać, że sprawy o ustalenie ojcostwa, nierozzerwalnie są związane emocjami, które mogą występować zarówno po stronie rodziny matki dziecka, jak i domniemanego ojca. Bywają sytuacje, gdzie osoby te nie zdążyły się nawet poznać. Można jedynie przypuszczać jak niekomfortowa jest ich sytuacja. Biorąc pod uwagę dobro i interes małoletniego należy się wznieść ponad indywidualne uprzedzenia i wykazać się dużą dojrzałością. Łatwiej jest deklorować taką postawę, niż ją przyjąć. Dzieci spoza związków małżeńskich nieraz nazywane są niechlubnie „bękartami”. A co dziecko złego zrobiło? A czy ktokolwiek zrobił coś, co naruszyłoby przepisy prawa? Dlaczego odpowiedzialność za tego typu sytuację spada na nieświadome dziecko? Dlaczego dotyka bezpośrednio jego praw?

Biorąc pod uwagę społeczny aspekt spraw z zakresu ustalania ojcostwa w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 1977 r., sygn. akt III CZP 12/77, Sąd wyjaśnił, że „w sprawie o ustalenie ojcostwa i alimenty nie jest dopuszczalne wezwanie – w charakterze pozwanych – osób, które mogłyby być zobowiązane w dalszej kolejności do alimentacji uprawnionego”¹⁵. W stanie faktycznym sprawy, w której zostało przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, chodziło o wezwanie – obok pozwanego mężczyzny – również jego rodziców. Podobnie, w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 24 września 1960 r., sygn. akt I CR 447/60, Sąd podkreślił, że „po śmierci domniemanego ojca niedopuszczalne jest rozstrzyganie o roszczeniach majątkowych, związanych z żądaniem ustalenia ojcostwa, z udziałem kuratora, a bez uczestnictwa spadkobierców”¹⁶. Przyjęto zatem zasadę szerokiej ochrony praw nabytych spadkobierców, jak również innych osób, których rozstrzygnięcie sprawy o ustalenie ojcostwa może bezpośrednio dotyczyć.

Ponadto, w tezie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1968 r., sygn. akt III CZP 69/67, stwierdza się, że „sąd pierwszej instancji nie może na

¹⁴ Zob. <http://www.infor.pl/prawo/prawo-karne/ciekawostki/279863,Kiedy-mozna-dokonac-ekshumacji.html>, (22.07.2016); <http://www.infor.pl/prawo/powiat/zadania-powiatu/700028,Prawne-uwarunkowania-dokonania-ekshumacji-i-przewiezienia-zwlok-i-szczatkow-ludzkich-na-terytorium-RP.html> (22.07.2016).

¹⁵ OSNCP 1978 nr 1, poz. 1.

¹⁶ Niepublikowany.

zasadzie art. 194 § 1 KPC wezwać z własnej inicjatywy osoby trzeciej do wzięcia udziału w sprawie w charakterze strony pozwanej. (...) W sprawie o ustalenie ojcostwa wezwanie osoby trzeciej do wzięcia udziału w sprawie nie jest dopuszczalne¹⁷. W stanie faktycznym sprawy pozwany złożył wniosek o wezwanie w charakterze pozwanego innego mężczyzny, którego ojcostwo miało być bardziej prawdopodobne. Z sentencji tej uchwały wynika zatem przede wszystkim wniosek, że nie jest dopuszczalne pozwanie w jednym procesie o ustalenie ojcostwa dwóch lub więcej mężczyzn, z którymi matka obcowała w okresie koncepcyjnym, z żądaniem ustalenia ojcostwa jednego z nich.

Jednakże część przedstawicieli doktryny zwraca uwagę, że art. 194 § 3 KPC pozwala na dopozwanie do udziału w sprawie o ustalenie ojcostwa także dalszych mężczyzn, jeżeli okaże się, że współżyli oni z matką dziecka w okresie koncepcyjnym¹⁸. Pogląd ten może być traktowany jedynie jako propozycja zgłoszona *de lege ferenda*.

Ciekawym rozwiązaniem jest także kwestia interwencji ubocznej. Przedstawiciele doktryny z jednej strony uważają, że w sprawach o prawa stanu cywilnego do interwencji ubocznej stosuje się ogólną normę art. 76 KPC, według której w każdym stanie sprawy, aż do zamknięcia rozprawy w II instancji, ten, kto ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron, może przystąpić do tej strony. Interes prawny jest tu rozumiany szeroko, a więc zarówno jako interes niemajątkowy, jak i majątkowy. Z drugiej jednak strony interwencję uboczną w sprawach o prawa stanu cywilnego należy rozumieć podobnie jak legitymację w takich sprawach, zatem interwenientem ubocznym może być tylko taka osoba, która jest osobiście i bezpośrednio zainteresowana wynikiem sprawy. Przykładowo, zgodnie ze stanowiskiem judykatury w sprawie o ustalenie ojcostwa zgłoszenie interwencji ubocznej przez spadkobiercę domniemanego ojca nie jest dopuszczalne. Taką interwencję może jednak zgłosić dziecko zmarłego domniemanego ojca¹⁹.

Podsumowanie

Na podstawie analizy literatury z prezentowanego zakresu należy stwierdzić, że pozycja prawna *nasciturusa* przy dziedziczeniu ustawowym w sytuacji śmierci spadkodawcy przed uznaniem ojcostwa jest gorsza niż *nasciturusa* w związku małżeńskim. Dziecko poczęte w związku nieformalnym najpierw zobowiązane jest do ustalenia swego pochodzenia²⁰. Dopiero wówczas, gdy

¹⁷ OSNCP 1969 nr 7-8, poz. 122.

¹⁸ Por. B. Kwiatkowska, *Udowodnienie zarzutu exceptio plurium concumbentium a zmiany podmiotowe po stronie pozwanej w procesie o ustalenie ojcostwa*, „Metryka” (M) 2014, nr 1, s. 71-88.

¹⁹ K. Pietrzykowski, op. cit., art. 84, Nb 33-34, Legalis.

²⁰ Zob. Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1975 r., sygn. akt III CZP 18/75, OSNCP 1976 nr 7-8, poz. 150, PiP 1977 nr 12; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia

ustalone zostanie ojcostwo, staje się stroną w sprawach spadkowych. W konsekwencji powstaje stosunek prawny ojcostwa. Powoduje to powstanie ze skutkiem *ex tunc* od chwili poczęcia dziecka, dziedziczenia po sobie osób, które nie były uważane za strony stosunku rodzicielskiego. Podkreślenia wymaga fakt, że jeżeli stwierdzenie nabycia spadku poprzedza w czasie sądowe ustalenie ojcostwa, dziecku przysługuje uprawnienie żądania uchylecia postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku w trybie art. 679 KPC. Potem może ono wytoczyć przeciwko osobie władającej spadkiem powództwo z art. 1029 KC o wydanie całości lub części spadku. Dziecko jest uprawnione także do zmiany nazwiska dotychczasowego na nazwisko ojca²¹.

Omówiony jedynie fragmentarycznie problem miał na celu zobrazowanie sytuacji prawnej dzieci poczętych w związkach nieformalnych. Śmierć ojca dziecka poczętego w takim związku przysparza wielu formalnych kłopotów partnerce i dziecku. Dobrze dzieje się, gdy może ona liczyć na współdziałanie i wsparcie rodzin z dwóch stron. Wielokrotnie jednak te relacje przypominają sprawę „kukułczego jajka”. Trudno jest wskazać właściwy kierunek działań, aby w jak najlepszym stopniu zabezpieczyć interes poczętego dziecka. Trudno jest też przewidzieć wszelkie możliwe wypadki losowe. Jednak wydaje się, że popularniejsze powinno być uznawanie ojcostwa. Późniejsze ustalanie może przynieść szereg komplikacji i emocjonalnych rozczarowań. Warto dbać o dobro osób najbliższych jeszcze w chwili, kiedy mamy na to wpływ.

Bibliografia

- Biernat J., *Dzieci małżonka spadkodawcy, których żadne z rodziców nie dożyło chwili otwarcia spadku jako spadkobiercy ustawowi*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereskiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012.
- Braniewicz O. E., *Sytuacja prawna nasciturusa w świetle prawa rzymskiego oraz porównanie jej z obecnym uregulowaniem w polskim prawie cywilnym, ze szczególnym uwzględnieniem prawa spadkowego*, [w:] *Aspekty społeczno-prawne rozwoju antycznego Rzymu. Praca pod kierunkiem Wiesława Mossakowskiego*, red. O. E. Braniewicz, P. Kowalczyk. Toruń 2014.
- Engel-Babska E., *Ochrona życia poczętego w świetle prawa pracy*, [w:] *Rodzina w naukach prawnych. Zbiór studiów*, red. M. Tkaczuk, R. Jaworska-Stankiewicz, Szczecin 2012.

25 października 1973 r., sygn. akt III CRN 248/73, Legalis, Numer 17432; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 1973 r., sygn. akt III CRN 16/73, Legalis, Numer 16988; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 1971 r., sygn. akt III CRN 82/70, OSPiKA 1972 nr 3, poz. 47.

²¹ Powtarzam za: K. Pietrzykowski, op. cit., art. 84, Nb 43, Legalis.

- Gręda A., *Dowód z badań DNA w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka*, „Palestra” 2015, nr 3/4.
- Haberko J., *Interes dziecka poczętego a poddanie kobiety ciężarnej eksperymentom medycznym*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010.
- Haberko J., *Wyrządzenie szkody prenatalnej w kontekście zdolności prawnej dziecka poczętego*, [w:] *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Toruń, 24-25.06.2011 r.)*, red. M. Nestorowicz, Warszawa 2012.
- Holewińska-Ląpińska E., *Rola prawdy genetycznej w decyzji zainteresowanych osób o ustaleniu pochodzenia dziecka od ojca wskutek uznania w świetle orzecznictwa sądów powszechnych w 2011 roku*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 6.
- <http://www.infor.pl/prawo/powiat/zadania-powiatu/700028,Prawne-uwarunkowania-dokonania-ekshumacji-i-przewiezienia-zwlok-i-szczatkow-ludzkiich-na-terytorium-RP.html> (22.07.2016).
- <http://www.infor.pl/prawo/prawo-karne/ciekawostki/279863,Kiedy-mozna-dokonac-ekshumacji.html> (22.07.2016).
- Jakubecki A., *Charakter powództw o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka oraz o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa*, „Polski Proces Cywilny” 2011, nr 3.
- Karczewska N., *Przymus interwencji medycznych na kobiecie ciężarnej w interesie dziecka poczętego w systemie prawnym anglo-amerykańskim i w prawie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 4.
- Kosiorek J., *Rola kuratora w ochronie dziecka*, [w:] *Ochrona dziecka. Teoria i praktyka*, red. B. Hołyst. Legionowo 2005.
- Krajewski R., *O potrzebie rozszerzenia karnoprawnej ochrony dziecka poczętego na czyny nieumyślne*, „Jurysta” 2015, nr 1.
- Krekora-Zajac D., *Dowodzenie w procesie o ustalenie pochodzenia dziecka*, [w:] *Dowodzenie w procesach cywilnych, gospodarczych i administracyjnych*, red. R. Sztynchmiller, M. Różański, Olsztyn 2014.
- Kwiatkowska B., *Udowodnienie zarzutu exceptio plurium concumbentium a zmiany podmiotowe po stronie pozwanej w procesie o ustalenie ojcostwa*, „Metryka” 2014, nr 1.
- Lewandowski P., Bieniek E., *Dopuszczalność ustalenia ojcostwa przez ojca dziecka pozamałżeńskiego*, „Palestra” 2012, nr 7/8.
- Luty J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie polskim*, [w:] *Ochrona praw dzieci*, red. K.M. Woźniak, A. Jakiela, Lublin 2014.
- Niczyporuk P., *Określenia stosowane w źródłach prawa rzymskiego wobec dziecka poczętego, a jeszcze nieurodzonego*, [w:] *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Prof. Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga 1*, Białystok – Katowice 2010.
- Niczyporuk P., *Rzymskie regulacje prawne związane z ochroną dziecka poczętego*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2009, t. 8.

- Niczyporuk P., *Stwierdzenie ciąży (inspectio ventris) jako środek ochrony interesów dziecka poczętego w prawie rzymskim*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2010, t. 9.
- Ogrodnik A., *Interes dziecka poczętego przy rozwodzie*, [w:] *Kościelne prawo procesowe. Materiały i studia. Prawo rodzinne*, red. A. Dziega, M. Greszata-Telusiewicz, Z. Jancewicz, P. Telusiewicz, t. 5, Sandomierz 2010.
- Ogrodnik-Kalita A., *Glosa do wyroku SN z 19.04.2012 r. IV CSK 459/11*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2014, nr 2.
- Olędzka E., *Ustalenie pochodzenia dziecka w świetle zmiany KRO z 6.11.2008 r.*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 22.
- Pietrzykowski K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis.
- Rybka M., *Procedura przeprowadzenia dowodu z badań DNA w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka*, [w:] *Kościelne prawo procesowe. Materiały i studia. Prawo rodzinne*, red. A. Dziega, M. Greszata-Telusiewicz, Z. Jancewicz, P. Telusiewicz, t. 5, Sandomierz 2010.
- Smyczyński T., *O potrzebie ustalenia pochodzenia dziecka zgodnie z tzw. prawdą biologiczną*, [w:] *Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, t. 2, Warszawa 2009.
- Swaczyna B., *Odrzucenie spadku nabytego przez dziecko*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013.
- Sztymiler R., *Prawna i prawno-karna ochrona życia dziecka poczętego*, [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. Stanisława Piłulskiego*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczytno 2015.
- Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1975 r., sygn. akt III CZP 18/75, OSNCP 1976 nr 7-8, poz. 150, PiP 1977 nr 12.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1968 r., sygn. akt III CZP 69/67, OSNCP 1969 nr 7-8, poz. 122.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 1977 r., sygn. akt III CZP 12/77, OSNCP 1978 nr 1, poz. 1.
- Waldstein W., *O pozycji nienarodzonego dziecka w prawie rzymskim*, [w:] *Dziecko. Studium interdyscyplinarne. Materiały konferencyjne (Warszawa, 29-30.05.2008 r.)*, red. E. Sowińska, E. Szczurko, T. Guz, P. Marzec. Lublin 2008.
- Wudarski A., *Ustalenie i weryfikacja pochodzenia a poczucie jakości życia. Zagadnienia wybrane w ujęciu prawnoporównawczym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, nr 2.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1973 r., sygn. akt I CR 265/73, Legalis, Numer 17185..
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1998 r., sygn. akt I CKN 412/97, Legalis, Numer 208560..
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., sygn. akt IV CKN 1097/00, Legalis, Numer 278326.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 1960 r., sygn. akt I CR 447/60, Niepublikowany.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 1973 r., sygn. akt III CRN 248/73, Legalis, Numer 17432.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 1998 r., sygn. akt I CKU 13/98, Legalis Numer 208541.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 1973 r., sygn. akt III CRN 16/73, Legalis, Numer 16988; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 1971 r., sygn. akt III CRN 82/70, OSPiKA 1972 nr 3, poz. 47.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1966 r., sygn. akt I CR 303/66, OSNCP 1967 nr 6, poz. 105.

Zinkiewicz B., *Rola kuratora sądowego w systemie wsparcia rodziny i dziecka w kryzysie*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2005, nr 8.

Maria Cudowska

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: mcudowska@wp.pl

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.21

Mail-Order Brides and Marriage Migration: A Comparative Study of the Problems in the U.S., Great Britain and Ireland

SUMMARY

Mail-order brides are not a new concept to society, and unfortunately, it is still an issue that persists today. The trafficking of women illegally through the mail-order bride system is a well-known and documented phenomenon across the world. This paper will look specifically at the mail-order bride phenomena in the United States, the United Kingdom, and Ireland, as well as the International Marriage Broker Regulation Act of 2005 and the Victims of Trafficking and Violence Prevention Act of 2000. By analyzing these nations' mail-order bride laws and systems, as well as the international laws governing mail-order brides, it is clear that although measures have been taken to protect trafficked women, more could be and should be done to protect women from falling into the hands of the abusive and dangerous mail-order bride ecosystem. By reforming laws, strengthening punishments, and placing more accountability on nations to actively prevent women from being mistreated as mail-order brides, we may one day be able to live in a world in which mail-order brides do not exist. The author presents the historical development of the mail-order bride phenomena and its current implications on women and family life. Moreover, the paper analyzes the problem in a broader, comparative perspective which gives a greater understanding of the occurrence within the realm of common law countries.

Key words: mail-order brides, female migration, arranged marriage, trafficking, human rights.

Słowa kluczowe: żony korespondencyjne, migracja, aranżowane małżeństwa, handel ludźmi, prawa człowieka.

“Heaven is having a Japanese wife, a Chinese cook, a British country home and an American salary. Hell, on the other hand, is having a Chinese salary, a British cook, a Japanese house and an American wife”¹.

¹ G. Clark, *An Introduction to the “Penpal Bride” or so-called “Mail Order Bride” Movement*, available online at: www.upbeat.com/wtwpubs/intro.htm.

Introduction

Some may argue that, over the past few decades, the concept of marriage has changed dramatically. In the realm of common law, the most significant change in the law of marriage might be the fact that marriage is no longer considered as simply a transfer of chattels. Customarily, the chattels of unmarried women passed immediately and directly onto the husband upon marriage, even though women were unable to transfer their chattels since women did not have title to the chattels². However, the rise of the controversial mail-order bride industry seems to prove, that although the modern perception of love and family has changed significantly, some aspects of the inherently patriarchal mentality remain the same. Worldwide migration of women in the search for better employment opportunities, to reunite with family members, and to marry³, has also significantly contributed to the modern phenomena of the mail-order bride industry.

The notion of having a mail-order bride is not a new concept in society. In fact, mail-order brides are a well-known and documented phenomenon that was established in colonial times, and played a role in the settlement of both Canada and the United States ("U.S.")⁴.

Currently, in the U.S., the mail-order bride industry is governed and regulated under the International Marriage Broker Regulation Act of 2005 ("IMBRA")⁵. The mail-order bride industry primarily operates through International Marriage Brokers that must comply with the provisions of the IMBRA. Some of the primary issues with servile marriages are that it affects a broad spectrum of issues that plague today's globalized society, such as human trafficking, violence, and prostitution. In other common law countries such as England and Ireland, marriage migration had also triggered various policies in order to combat forced and arranged marriages. Notwithstanding the injustices suffered by women relating to their lives as mail-order brides, many of the marriages are in fact perfect examples of marital harmony and mutual respect, which makes it rather difficult to draw a clear-cut moral judgment, which in turn makes it difficult to determine what is right from wrong as it pertains to paid-for arranged marriages.

In order to fully appreciate the gravity of the problem of mail-order brides, as well as forced and arranged marriages, it is crucial to understand the history and modern policies that govern the occurrence. First, this paper is going to examine the issues connected to mail-order brides in the United States, namely, how broad the problem is and how many other issues arise out of the

² 5 Williston on Contracts § 11:3 (4th ed.)

³ S. H. Jackson, *To Honor and Obey: Trafficking in "Mail-Order Brides,"* 70 Geo. Wash. L. Rev. 475 (2002).

⁴ C. M. Bowes, Esq, *Male Order Brides and International Marriage Brokers: The Costly Industry that Facilitates Sex Trafficking, Prostitution, and Involuntary Servitude*, 18 CARDOZO J.L. & GENDER 1 (2011).

⁵ 8 U.S.C.A. § 1375a.

occurrence of paid-for arranged marriages. Moreover, this section of the paper will also analyze the history of mail-order brides, as well as how the concept of marriage has contributed to the spread of human trafficking and violence against woman. Next, the paper will examine the scale of the problem in the United Kingdom, and separately Ireland, as well as discuss the effectiveness of the policies implemented by the two countries. Also, in terms of policy-making, this paper will discuss the IMBRA, which is the governing law with respect to mail-order brides since 2005 in the U.S. Lastly, this paper will investigate possible solutions to the issue of marriage migrants and mail-order brides, in an attempt to supplement the discussion on many of the dilemmas faced by the international community.

Key Terms

As the theme of this paper will be the connection of the trafficking of women into servile marriage and modern exploitation of women through mail-order bride organizations, the definitions of servile marriage will be as follows:

Servile Marriages

A servile marriage is a situation wherein a woman is in a marriage that is either legally binding or sanctioned by her community in such a way that she has no reasonable possibility of asserting that the marriage is invalid; and wherein the woman is held in domestic and sexual servitude that defines her role as a wife.⁶

Trafficking

For the purpose of this paper, the definition of trafficking will be understood under the internationally recognized definition established by the United Nations ("U.N.") under the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, which supplements the U.N. Convention Against Transnational Organized Crime (The Palermo Protocol), which is quoted in the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking (ECAT), which Article 3 states, in pertinent part:

Trafficking in Persons shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring, or receipt of persons by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or the benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the

⁶ See *Male-Ordered: The Mail-Order Bride Industry and Trafficking In Women For Sexual and Labour Exploitation*, Poppy Project 3 (February 2009), <http://lastradainternational.org/lsidocs/Male-ordered.pdf>.

exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs⁷.

Congress's Authority to Eliminate Slavery in the U.S.

In spite of the fact that the mail-order bride industry is often described as modern slavery, the Thirteenth Amendment shall be invoked as an example of the broad authority for Congress to prevent and eliminate slavery and involuntary servitude in whatever context it may arise.⁸ The Thirteenth Amendment states in Section 1: "Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction."⁹

Marriage Migration

Mail-Order Brides in the U.S.

Definition

A mail order bride is often considered an offensive term for a woman brought from another country to be married, usually in return for a payment to a commercial agency¹⁰. However, it should be noted that there is also a broader category of migrating women who leave their country of origin in pursuit of better employment opportunities, to join family members, or to marry¹¹.

Many associate the mail-order brides to be of certain origin, culture, or tradition. Respectively, it is said that many of these women, who primarily come from Eastern Europe or Asia, possess certain traits that are especially desired by Western men. One of the more popular stereotypes regarding mail-order brides are that Asian women are submissive to their male counterpart, and that Eastern-European women are typically well educated¹². To put it more clearly: "all Asian women are shy, sweet, loving and available; Russian women are elegant,

⁷ See United Nations (2000) Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (Palermo Protocol). Palermo: United Nations and Council of Europe (2005). Convention on Action Against Trafficking in Human Beings. Warsaw: Council of Europe.

⁸ S. H. Jackson, *Marriage of Convenience: International Marriage Brokers, "Mail-Order Brides," And Domestic Servitude*, 38 U. Tol. L. Rev. 920 (2006).

⁹ U.S. Const. amend. XIII, § 1.

¹⁰ L. Storey, *Mail Order Bride Research Guide* (Apr. 20, 2016), law1510.pbworks.com/f/Mail+Order+Bride+Pathfinder+5.docx.

¹¹ S. H. Jackson, *To Honor and Obey: Trafficking in "Mail-Order Brides,"* 70 Geo. Wash. L. Rev. 475 (2002).

¹² R. Sims, *A Comparison Of Laws In The Philippines, the U.S.A, Taiwan, and Belarus to Regulate the Mail-Order Bride Industry*, 42 AKRON L. REV. 607, 609 (2009).

cultured and educated.”¹³ It seems rather ironic that in the modern, liberal western world, women are expected to be either submissive or elegant; preferably both. Notwithstanding the socio-economic factors that drive women into becoming mail-order brides, it is interesting to note that the women who become mail-order brides themselves believe that American men look much better than native men and make good husbands whereas those originating from other parts of the world, such as men from Thailand, Indonesia, Russia, etc., do not.¹⁴

But what about the men who are seeking mail order brides? Who are they? Research has revealed that most of the men who engage in the mail-order bride industry are generally individuals that are white, highly educated, most being politically and ideologically conservative, and generally professionally successful.¹⁵ A high number of these men have been through divorces, with at least one child. But what is interesting is that they all expressed a desire to have more children.¹⁶ It cannot be unequivocally stated whether these men are somehow different from other men around the world; there is nothing special about being divorced and wanting to have more children with different women. It must be stated that not all of these men deserve an ‘automatic’ condemnation. However, alternative research has given rise to a negative disposition towards men who engage in mail-order bride services:

He seeks a [mail-order bride] because of sexist sentiments, and his hatred and fear of the feminist movement. He rejects women of his own nationality as wives because he considers them to be aggressive and egoistical. He believes that they are too ambitious, and make excessive demands in marriage, and have expectations of equality with their husbands. He criticizes the desire of women for autonomy, independence and equality (Langevin & Belleau, 200, pp.85-89).¹⁷

The above mentioned findings expose a very disturbing attitude towards women, which may explain the wave of violence towards immigrant women. Whilst examining the history of mail-order brides, it may be surprising how society has changed and how the treatment of women has deteriorated.

History

The mail-order bride industry has a long history of shaping international relations and even colonizing America. Early in the seventeenth century, large waves of immigrant workers would leave their respective homes to seek out

¹³ S. H. Jackson, *Marriages of Convenience: International Marriage Brokers, “Mail-Order Brides,” and Domestic Servitude*, 38 U. Tol. L. Rev. 895, 898 (2007).

¹⁴ R. J. Scholes, *The “Mail-Order Bride” Industry and Its Impact on U.S Immigration*, App. A (1999), <https://www.christianfilipina.com/research/SCHOLES-MAIL-ORDER-BRIDE-REPORT.PDF>.

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ A. Stepnitz, *The Mail-Order Bride Industry As A Form of Trafficking For Sexual and Labour Exploitation, Violence In The EU Examined – Policies On Violence Against Women, Children and Youth in 2004 EU Accession Countries*, p. 155.

better lives elsewhere, a practice that is still common today. However, immigrant workers who decided to leave still had a strong desire to marry within their own respective cultures, and thus the “picture bride system” had been developed out of necessity of the historical and cultural compound of marriage¹⁸.

The historical events that have contributed to the development of the mail-order bride industry in the U.S were in fact the Industrial Revolution and the California Gold Rush, mainly due to the fact that many Japanese and Korean laborers came to the U.S. in the beginning of the twentieth century. It can be said that the laborers who turned to matchmaking organizations, which helped them to organize their marriage through mail, gave leeway to the development of the modern matchmaking organizations¹⁹. Yet, it needs to be understood that the “picture bride” system emerged due to the necessity of companionship and distance, and helped to facilitate the process of cross-boundary marriage. Japanese and Korean women who were seeking to escape spinsterhood and harsh economic conditions subjected themselves to the system of exchanging pictures with prospective grooms, later to find the photos to be misleading, and the financial situation of the groom to be much worse than the brides were led to believe²⁰.

As for the women, the first Western brides who came to America were highly respected women, appreciated and valued by the society; they were even regarded as heroines who played a major role in the development of the new modern American society²¹. Additionally, there is also evidence of French mail-order brides who came to America in the seventeenth century to marry French soldiers, and today almost all of the French-speaking Quebecois are believed to be descendants of those mail-order bride marriages²².

Mail-order brides ensured the survival of the colonies, as many of the early settlers were men, who without women, did not have any interest of staying in a foreign land. They often did not bring their families across the ocean, as they saw no reason for establishing themselves in colonies where the future was seen as uncertain²³. Notably, historian Julia Cherry Sprulli said that “these unmarried men were not interested in building permanent homes in Virginia or in cultivating lands to be enjoyed by future generations,” rather, the colonists simply “planned to make their fortunes and return to England,” hence

¹⁸ L. Mobydeen, *Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Mail-Ordered? The Mail-Order Bride Industry And Immigration Law*, 49 Wayne L. Rev. 939, 942 (2004).

¹⁹ O. Grolsh, *Foreign Wives, Domestic Violence: U.S Law Stigmatizes And Fails to Protect “Mail- Order Brides,”* 22 Hastings Women’s L.J. 81 (2011).

²⁰ Id.

²¹ M. Zug, *Lonely Colonist Seeks Wife: The Forgotten History of America’s First Mail Order Brides*, 20 Duke J. Gender L. & Pol’y 85 (2012).

²² E. Meng, *Mail-Order Brides” Gilded Prostitution And The Legal Response*, 28 U. Mich. J.L. Ref. 197 (1994).

²³ Zug, *supra* note 21.

why local governments were encouraging young European females to come across the ocean and equalize the gender imbalance between men and women in America²⁴.

A prime example of the struggles colonies faced in retaining immigrants can be seen in the Jamestown settlement in Virginia. Before engaging in the mail-order bride system, Jamestown realized that without women, the colony would face tremendous difficulty in retaining its power and growth. This in turn led Jamestown to become the first trailblazing city to engage in the practice of mail-order brides. Fortunately for the settlers, the government was able to fund the passage for roughly 140 women so that the future of the colony could be secure and fruitful²⁵. It would not be an exaggeration to say that the mail-order brides had a direct effect in saving Jamestown from turning into a ghost town, as the women effectively ended the colonist's desire to return to England. Moreover, it must be recognized that, in a way, European women also had to compete with native American women for suitable husbands, as it had become common practice for European men to marry native American women. As the practice became increasingly popular, the government of Jamestown prohibited inter-racial marriage.

Current Examples of Marriage Migrants

Another common group of women who might have an ulterior motive for marriage, other than love are called the "Migrant Brides," which is a term referring to a group of Asian women from developing countries who migrate to marry²⁶. Most often, these women faced poverty in their home countries, and just like other mail-order brides, they were on a quest to find a new life with better opportunities and greater stability. For example, in the south-east Asian state of Singapore, a "migrant bride" is most often perceived as a burden on the local economy, as she is not only looking for a husband, but most often is also dependent on social welfare.

Correspondingly, migrant wives from Singapore face the same challenges as their European modern mail-order counterparts. Migrant wives are frequently denied permanent residency and citizenship, as they do not contribute to the local economy, and might even potentially burden the state with their welfare claims. At best, they are often granted only a Long Term Visit Pass, which is something akin to a renewable visa. Many of the women are basically enslaved to their husband's sponsorship, and even though they have children in Singapore and work in Singapore, they still are not granted a permanent-resident

²⁴ Id.

²⁵ Id.

²⁶ A. Wei-Zhen Chong, *Migrant Brides In Singapore: Women Strategizing Within Family, Market and State*, 37 *Harv. J.L & Gender* 331, 332 (2014).

status, and their income is not calculated by the state in its citizenship census.²⁷ Therefore the importance of human rights can never be undermined, and the contemporary challenges and consequences of the lack of protection seem to be getting more and more severe, especially to women and their children.

United Kingdom

Mail-Order Brides and Immigration

As it pertains to the United Kingdom (“U.K.”), there is no specific legislation on mail-order brides²⁸. Research conducted by the La Strada organization shows that the mail-order bride industry relies on a demand for women to be either exploited sexually or for their labour²⁹. The mail-order bride industry as a whole does not differ substantially around the world, as the above mentioned reasoning for obtaining a mail-order bride is similar for women who, for the most part, are either Eastern European or Asian and are seeking a better life in the U.K. Women in the U.K. who are often trafficked have a vulnerable immigration status, which makes them prone to violence and exploitation by their husbands³⁰. Immigration law in the U.K. is governed by the Immigration Act 1971, a law which has been frequently amended ever since it was enacted. The latest amendment was the Nationality, Immigration and Asylum Act.

Notably, the Act introduces mechanisms of charging for applications for immigration documents, permits the use of physical data to verify the identity of people arriving in the U.K., and streamlines the process for those who pose no immigration or security threat to the U.K. Additionally, it also provides for a simplification of rules with regard to removing those who have no right to stay in the U.K.³¹ The law also regulates the admittance of spouses and fiancées, as well as unmarried and same sex partners of those who are already U.K. residents, so as to allow them to remain permanently in the country. Similar policies have been adopted by the U.S., which is ‘embodied’ in the K1 visa. In the U.K., however, it is crucial for fiancées to provide documentary evidence of their intention with phone bills and correspondences such as greeting cards³². Moreover, the law imposes a requirement for the future couple to meet before the actual marriage, which is a provision directed towards communities with traditions of arranged marriage. Therefore, it should not come as a surprise that

²⁷ Id.

²⁸ Stepnitz, *supra* note 17.

²⁹ *Supra* note 6.

³⁰ Stepnitz, *supra* note 17.

³¹ I. Skalsbergs, M. Gulicova-Grethe, *Marriage Migration in the United Kingdom Country Study, Project: Protection And Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=x5WhCGAy, p.11.

³² Id.

the strict enforcement of immigration policies is in the interest of the state, especially in times of terrorism and abuse of the welfare systems in the biggest European countries.

In relation to the rules and regulations with respect to immigration, it is important to also mention the cross-border migration within the European Union that is facilitated by the Schengen Agreement, which is based on the principle of the free movement of persons. Great Britain and Ireland cooperate in accordance with The Council Decision 2000/365/EC, namely police and judicial cooperation in criminal matters³³. Such regulations may provide for a greater stability and security, especially in relation to marriage fraud. The U.S. has adopted a similar approach in terms of the investigation of future marriages involving mail-order brides.

In the U.S., the mail-order bride industry has triggered some substantive changes in the U.S immigration laws and policy. The naturalization of aliens comes along with a lot of benefits and also waivers under U.S law. However, the 90-day "window" (the immigrant wife has 90 days to marry) is perceived as unfair to both spouses due to the fact that if fraud is involved, and the newlyweds live together for only one day, and after that short period of time one of them files for a divorce, there is nothing that the authorities can do. In short, it is a double-edged sword, and satisfactory policy solutions are not always achievable. What is noteworthy is that the mail-order bride marriage scams have been very common in the past, and thus, led Congress in 1985 to address the issue by creating certain requirements that have to be met in order to establish a legally binding union³⁴. Currently immigration law regulates future unions through fiancée relations or K1 visas. In the 90s the applications for K1 visas had risen dramatically. To compare, in 1995, 7,793 visa petitions were approved for fiancées, whereas in 2004, the Department of Homeland Security had registered nearly 28,546 fiancé visa petitions annually. The aforementioned Congressional legislative efforts are being respected, as no visa will be approved if the partners have not seen each other prior to marriage, within 2 years before filing the petition, have a bona fide intention to marry, and are legally able to and are actually willing to conclude the marriage within 90 days³⁵.

Going back, Great Britain abolished servile marriages in the nineteenth century, as it was understood to be a form of slavery. Great Britain abolished such marriages under the 1833 Abolition of Slavery Act. It should be noted that in the U.S., slavery has been banned with the authority of the Thirteenth Amendment. As Great Britain is bound by the provisions of international law, it may be argued that mail-order bride marriage is a modern type of slavery, and even

³³ See The Schengen Area and Cooperation, Belg.-Fr.-F.R.G.-Lux.-Neth, Jun. 14, 1985, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133020>.

³⁴ A. L. Elson, *The Mail-Order Bride Industry and Immigration: Combatting Immigrations Fraud*, 5 Ind. J. Global Legal Stud. 367 (1997).

³⁵ K. Abrams, *Immigration Law and the Regulation of Marriage*, 91 Minn. L. Rev. 1625, 1650-51, (2007).

in absence of a specific regulation related to mail-order brides, a state might be either in violation of jus cogens or customary international law³⁶. Still, forced and arranged marriages are by and large one of the biggest threats for woman in the U.K., and although this practice became criminal, it is extremely hard to combat tradition and religious beliefs.

Forced and Arranged Marriages

Marriage and family life has always been a major concern for the international community. The Universal Declaration of Human Rights of 1948, and the treaties that followed, provide for a wide range of approaches to marriage and family life. Many human rights activists have recognized that the focal point of the current discussion on marriage is child marriage and forced marriage, which violate the most important principle of consent³⁷. As many religions and cultures still cultivate traditionally arranged marriages, it is important to distinguish the difference between an arranged marriage and a forced marriage. In the latter, one party does not, or is not, able to consent, and some element of duress is usually present³⁸. However, the lines between the two types of matrimony can become blurry, as familial, cultural, and religious pressures are still a problem³⁹.

Although many victims of forced marriage express their consent, it is clear that such consent should not be valid in the circumstances of pressure and manipulation that often accompany marital arrangements. Moreover, due to the same pressures, many victims do not report their status, which makes it hard to precisely assess how many forced marriages happen each year⁴⁰. Even though the practice of forced marriage and arranged marriage has always been very controversial, when faced with a choice, society does not hesitate to express strong disapproval. Most recently, a very provocative video had been released on YouTube, where a 65 old man is posing with a 12 year old who is allegedly his wife to be. It should be noted that the video was done under a fictional setting, made solely for the purpose of raising public awareness as to the issue of forced marriage and the problems that stem from women being taken advantage of in these forms of marriage. The outrage against the content of the video towards those who were in the video paints a picture of strong social disagreement.

The majority of forced marriages involve girls under the age of eighteen. Yet, nevertheless, older women are also victims of this practice. Albeit it is not common for young boys to be coerced into marriage, The Forced Marriage Unit

³⁶ D. M. Blair, M. H. Weiner, B. Stark, S. Macdonaldo, *Family Law In The World Community; Cases, Materials and Problems in Comparative and International Family Law* 144 (2d ed. 2009).

³⁷ A. Laquer, B. Stark, *Global Issues In Family Law* 34, (1st ed. 2007).

³⁸ Id.

³⁹ M. E. Moses, M. B. Russ, *Forced Marriage*, 50-SEP Tenn. B.J. 32, 35 (2014).

⁴⁰ Id.

in England reported that almost 15% of all cases involve males. Parents may attempt to force a boy into marriage if they suspect the child is homosexual⁴¹. Similar to the mail-order bride scheme, children who are forced into marriage are sometimes tricked into travelling abroad under false pretenses, such as holiday vacations or family gatherings. The mail-order brides are prone to be forced into prostitution, whereas children are forced into marriage⁴².

The problem of forced marriages arose in the 1980s in the U.K., with respect to the growing problem of the South Asian community being concerned with sponsoring spouses coming into the U.K. Further, more modern incidents of forced marriage in the U.K. are also common in Hindu, Muslim, and Sikh women in the Bangladeshi, Indian, and Pakistani communities⁴³. As a result, the government became concerned with the legitimacy of such unions, believing that it was an abuse of the existing immigration rules concerning the right of family reunion⁴⁴.

The implementation of the Primary Purpose Rule, which required the applicant who wanted to sponsor a spouse to come to the U.K. from overseas to prove that the primary purpose of the marriage was not simply the wish to settle in the U.K., followed and provided more effective means to cut down on a secondary migration through marriage⁴⁵. The U.K. government was also concerned with so-called 'sham marriages,' which was part of a bigger concern involving immigration policies. With the enlargement of the European Union, many immigrant workers have been abusing many of the immigration policies, which in turn, has led the government to believe that it is one of the most important issues to be targeted in recent times.

Legal framework

After years of efforts made by the Home Office, forced marriage finally became a crime in the U.K. in June 2014. The maximum penalty for the offence of forced marriage is seven years of imprisonment. Law enforcement agencies are now able to pursue perpetrators in other countries where a U.K. national is involved under new powers defined in the legislation. The victim is enabled to press criminal and civil charges under the Forced Marriage Protection Orders ("FMPO")⁴⁶. The FMPO is a criminal offence, with a maximum penalty of five

⁴¹ M. Welstead, *Forced Marriage: Bifurcated Values in the UK*, 21 Denning L.J. 49, 51 (2009), available at <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/view/341/371>.

⁴² Id.

⁴³ A. Symington, *Dual Citizenship and Forced Marriages*, 10 Dalhousie J. Legal Stud. 1, 35 (2001).

⁴⁴ I. Skalsbergs, M. Gulicova-Grethe, *Marriage Migration in the United Kingdom Country Study, Project: Protection And Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, available at ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=x5WhCGAy, p.4.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ See generally Forced Marriage (Civil Protection) Act, 2007, c. 20 (U.K.). The Forced Marriage (Civil Protection) Act („FMCPA”) was implemented on November 25, 2008 in England, and Wales inserted a new Part 4A into the Family Law Act 1996 which enabled the court to make a Forced Marriage

years imprisonment or an unlimited fine. A speedier and more effective enforcement action will be made possible against those who breach the terms of an order⁴⁷.

Ireland

The issue of female migration

While the problem of female migration in Ireland substantially contributes to the issue of servile marriage, human trafficking and slavery, the problem is more complex and goes beyond the scope of this paper. However, it is worthwhile to mention the most common problems and regulations against human exploitation in general, as Ireland is one of the countries from the realm of common law that have addressed the issue of forced marriage and mail-order brides. The Immigrant Council of Ireland has recognized that marriage migration has become an increasingly popular phenomenon, and highlighted that it requires urgent attention in the state and non-state sector⁴⁸. A very important issue is the fact that for many years Ireland has been a country primarily characterized by emigration, not immigration. There exists a significant problem with respect to data, as Ireland does not have a comprehensive system of registration of births, marriages and deaths. Hence why, it is extremely hard to estimate how big is the problem of arranged marriages and trafficking women for marriage purposes into Ireland⁴⁹. However, most of the marriage migrants come from Pakistan, Afghanistan, Somalia and Nigeria⁵⁰. Also, many of the arranged intra-community marriages occur among groups of naturalized Irish citizens, many of who would be granted refugee status in the first place. Additionally arranged intra-ethnic marriages between already accepted refugees and women from the land of origin like Somalia, are very common. An interesting aspect of such marriages is the fact, that in case of domestic violence, the women is most likely to lose her residence permit, if it comes to a break up or a divorce. Also,

Protection Order (FMPO). It is worth mentioning that the U.K. courts added further protections under a recent 2011 case. See also the recent decision of the Supreme Court of the UK striking down the age limit of 21 for marriage visas: *R and R v. SSHD* [2011] UKSC 45.

⁴⁷ Home Office, the Rt Hon Norman Baker and The Rt Hon Theresa May MP, *Forced Marriage Now a Crime*, GOVERNMENT UK (Apr. 20, 2016), <https://www.gov.uk/government/news/forced-marriage-now-a-crime>.

⁴⁸ M. Gulicova-Grethe, D. Lorenz, *Marriage Migration into the New Country if Immigration – Ireland. Country Study, Project: Protection and Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, available at ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=hToFQQy_

⁴⁹ Id.

⁵⁰ According to the Immigrant Council of Ireland, most women applying for asylum come from Nigeria, followed by women from Romania and Lithuania. Many of these women get married for the purpose of receiving the right of residence. Immigrant Council of Ireland, “Marriage Migration into Ireland”, 2003.

many of the women face exclusion from their communities due to tradition and culture in case of a divorce⁵¹.

Ireland's policy

The most recent example of action against the so called 'sham marriages' and immigration issues, which took place in 2015, was "Operation Vantage" conducted by the Garda National Immigration Bureau, which was designed to tackle facilitators of sham marriages and illegal immigration⁵². Current legislation on immigration and refugees in Ireland is governed by the Refugee Act 1999, the Immigration Act 1999, the Illegal Immigrants (trafficking) Act of 2000 and the Employment Permit Act 2003. All of the acts cover the area of entry, presence, and removal of migrants in Ireland. Nevertheless, Ireland is also said to have a non-comprehensive immigration policy, and most of the cases are decided *ad hoc*⁵³.

International Marriage Brokers and Related Congressional Regulations

Before getting into what International Marriage Brokers are, and how they operate, it is extremely important to highlight the substantive changes with respect to dating and matchmaking, which has occurred only recently, and which has given incentive to many matchmaking organizations throughout the world. First, there should be no doubt that in today's extremely technologically savvy and aware society, the Internet plays a major role in our everyday life. Next, we should ask ourselves the question of how does the Internet contribute to widespread international online dating?

Today, an American male seeking an overseas bride "may avail himself of more than 200 different services in which foreign women advertise for husbands," including such websites as Match.com and eHarmony.com⁵⁴. Although much has changed, this excerpt from a no longer existing dating page should give an idea of how the advertising of mail-order brides looked like in the late 1990s: "The Filipinas make excellent wives, are exceptionally loyal and are true Orientals [sic] from South East Asia. They are generally more attractive than

⁵¹ M. Gulicova-Grethe, D. Lorenz, *Marriage Migration into the New Country if Immigration – Ireland. Country Study, Project: Protection and Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, available at ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=hToFQQY

⁵² Garda Operation Vantage targetin sham marriages & illegal immigration, available at <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Pages/Garda%20Operation%20Vantage%20targeting%20sham%20marriages%20and%20illegal%20immigration>

⁵³ M. Gulicova-Grethe, D. Lorenz, *supra* note 51.

⁵⁴ B. Robinson, *The Disruption of Marital E-Harmony: Distinguishing Mail-Order Brides From Online Dating in Evaluating "Good Faith Marriage"*, 13 Pub. Int. L. Rep. 252 (2008).

other Orientals [sic] and often used in commercials and movies to play the role of Japanese and Chinese...⁵⁵. Moreover, an interesting forecast has been made by the Indonesian brokering house, Lippo Securities (which is a non-fundamentalist advisor), also in the late 1990s, that women will be one of the commodities that will always hold its value, even in times of crisis⁵⁶.

Definition

IMBRA is an abbreviation for International Marriage Broker Regulation Act of 2005⁵⁷, which was enacted to change the marriage-based immigration process and to help foreign fiancées and their spouses. The term “international marriage broker” obscures the gender, race, and class disparities inducing men into mail-order marriage.

The International Marriage Broker Regulation Act of 2005

The regulation of International Marriage Brokers, or in other words the regulation of all matchmaking organizations, has been a response to widespread violence and homicides that have taken place in the U.S. since the 1990s. There have been many instances in which the IMBRA has been shown to be necessary. In one case, there was a very high profile story that involved a man who imprisoned his Chinese wife and kept her in the basement for two years. In another instance, a different man murdered his wife in front of his son and left her body in a dumpster⁵⁸. One of the primary incidents that triggered federal legislation on this issue was a situation in which an immigrant woman and her attorney were murdered in a Washington State courthouse. As a result of this, in 1996, Senator Herbert Kohl sponsored a bill, which became the first federal legislation regulation of international matchmaking organizations⁵⁹. The 1996 act was ultimately replaced by the modern statute, which was enacted in 2005.

The main purpose behind this act is to protect the immigrants from violence, and support them with necessary information and tools, as many of them are unfamiliar with the procedures available to them. The government is obliged to provide the immigrating spouse with a pamphlet of laws and services that can help in the event abuse occurs, which makes the procedure more official

⁵⁵ K. A. Lloyd, *Wives for Sale: The Modern International Mail-Order Industry*, 20 Nw. J. Int'l L. & Bus. 341 (2000).

⁵⁶ Id.

⁵⁷ *Supra* note 5.

⁵⁸ S. H. Jackson, *Marriage Of Convenience: International Marriage Brokers, “Mail-Order Brides,” and Domestic Servitude*, 38 U. Tol. L. Rev. 895, 904 (2007).

⁵⁹ Id.

and trustworthy. More importantly, the U.S. government restricts the granting of visas to U.S. citizens that have a criminal record, and history of violent crimes⁶⁰.

It should also be noted that the future spouse has access to the most crucial information about her future partner. Full disclosure is mandatory, and if an agency qualifies as an international marriage broker, it has to give away all the information about its client, including the Federal and State Sex offender public registries. Additionally, without written permission of the immigrating spouse, her data will not be presented to the U.S. client. The brides also cannot be under 18⁶¹. Notably, many services are available for free to victims of domestic violence or immigrant crime, with interpreters offering their assistance 24 hours a day. Victims can contact several hotlines such as the National Domestic Violence Hotline, National Sexual Assault Hotline for Rape, Abuse and Incest National Network, and can be provided with emergency housing, medical care, counseling, and legal advice⁶².

In the famous case of *Fox v. Encounters Int'l*⁶³, a federal jury concluded that Encounters International Inc. failed to tell the plaintiff Nataliya Fox about vital domestic abuse remedies available under the Mail Order Bride Act. After the jury held the organization liable for introducing the plaintiff to her allegedly abusive husband, the organization asked the federal judge to set aside the \$434,000 jury verdict. The plaintiff divorced her husband after he turned out to be physically abusive and moved to a shelter for battered women. The plaintiff accused Encounters International Inc. for negligence, as the organization failed to screen its male clients. Also, the plaintiff claimed that the company had in fact failed to inform her about her legal rights under the Violence Against Women Act and the Mail Order Bride Act. Furthermore, the company's owner, Natasha Spivack, suggested to the plaintiff to either live with the abuse, or return to Ukraine after Fox refused to seek professional help for her husband. The case of Natalia Fox shows that the IMBRA has proven to be a helpful tool in the fight against matchmaking organizations that attempt to exclude itself from any liability connected to the matchmaking process and the abuse and misdoings that stem from those engaging in the matchmaking service.

⁶⁰ *Information on the Legal Rights Available to Immigrant Victims of Domestic Violence in the United States and Facts about Immigrating on a Marriage-Based Visa*, U.S. Citizenship and Immigration Services (April 3, 2016), <https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Humanitarian/Battered%20Spouse,%20Children%20%26%20Parents/IMBRA%20Pamphlet%20Final%2001-07-2011%20for%20Web%20Posting.pdf>.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ 22 No. 16 Andrews Computer & Internet Litig. Rep. 7.

Challenges

Many of the marriage brokers actively resisted IMBRA as they claimed it would drive customers to other, non-U.S based agencies. They even speculated, that it will flare-up more violence⁶⁴. In 2006 one IMB challenged the constitutionality of IMBRA, claiming that IMBRA irrationally exempts not-for profit religious and cultural match making organizations, and those which were not focusing on dating only, violating the equal protection guarantees. Moreover, the constitutionality of background checks, and written consents to disclose personal information was being challenged on the basis of The Fifth Amendment violation⁶⁵. The federal government defended IMBRA and its purpose being the prevention of domestic violence and human trafficking against immigrant women. However, IMBRA is also a way to protect women against servile marriage and modern slavery, which hides in the shadows of marriage. It is clear, that the Thirteenth Amendment grants Congress the authority to combat instance of modern servitude by means of IMBRA⁶⁶.

Victims of Trafficking and Violence Prevention Act of 2000

Corresponding legislation introduced by Congress in the Victims of Trafficking and Violence Prevention Act of 2000 (“VTVPA”), which had been enacted in October 2000 after the “Deaf Mexican” case outraged the public. In 1997, eighteen individuals were found guilty of smuggling sixty deaf and mute Mexicans into the U.S., for the purpose of enslaving them and forcing them to work⁶⁷.

The Act introduced two types of visas: the T-visa, created for the victims of trafficking in persons, and the U-visa, for non-citizens who have been abused as a result of certain criminal activity, including trafficking⁶⁸. The T-visa, as well as the U-visa, primarily focused on the protection of victims by removing the threat of deportation, which is always a major concern for many of the victims. By removing this obstacle, the federal government has increased its effectiveness in combating crime, as the T-visa also grants social service benefits for victims who decide to cooperate, which works as an incentive to gather more information about their abusers and the procedures by which the victim was a part of⁶⁹.

Despite the good will efforts, both the T and U-visa are being challenged and criticized, as both may pose a real threat to the trafficked women. Due to the fact

⁶⁴ S. H. Jackson, *supra* note 58

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ A. Joshi, *The Face of Human Trafficking*, 13 *Hastings Women's L.J.* 31, 39 (2002).

⁶⁸ I. C. Lee, M. Lewis, *Human Trafficking From a Legal Advocate's Perspective: History, Legal Framework and Current Anti-Trafficking Efforts*, 10 *U. C Davis J. Int'l L. & Pol'y* 170, 179 (2003).

⁶⁹ *Id.*

that the applicant for either type of visa needs to expose his or her identity to a law enforcement official in order to participate in the investigation and prosecution of traffickers, it poses a “barrier between the bona fide victims of trafficking and immigration relief”⁷⁰. The high rate of corruption in many countries of origin discourages many women from cooperating with law enforcement in the U.S., as many of the officers in fact are collaborating with the traffickers.

Conclusion

Servile marriage, trafficking and slavery are still a very common occurrence in the modern world. The evolving phenomenon of the mail-order brides and marriage migration provides evidence, that history likes to repeat itself.

In the U.S under the Thirteenth Amendment, Congress has broad authority to eliminate any forms of slavery which include mail-order brides and forced marriage. Yet women are still suppressed by marriage, and in the silence of their homes they are subject to domestic violence and involuntary servitude. Even with examples of successful unions, the legitimacy behind the existence of IMBs seems rather controversial to say the least. The IMBRA has proven to be a semi effective tool in combating human trafficking, prostitution and violence. Regardless of the women’s background, the oppression within the boundaries of marriage, racism and discrimination are the thing that the women share together. The sad and disturbing stereotypes about women from Eastern Europe or Asia that are still cultivated among IMBs, and call for a greater scrutiny from the international community to take action. Organization such as LaStrada contribute to a large extent to raising awareness about the problem as well gathering necessary data. Also, the example of Great Britain and Ireland as countries from the realm of common law prove, that marriage migrants face parallel problems as mail-order brides. Similar provisions under immigration law in the U.S and the U.K., such as fiancé visas or special permits, seem like the easiest solution in facilitating the process of marriage in minority communities within the boundaries of the law. Still, the international society must embrace the fact that the mail-order bride and marriage migration is still a global problem that requires special scrutiny, and zero tolerance policy in relation to abuse and injustice.

Bibliography

Legal acts

The Constitution of the United States, U.S. Const. amend. XIII, § 1.

The International Marriage Broker Regulation Act of 2005, 8 U.S.C.A. § 1375a.

⁷⁰ Id. at 183.

Victims of Trafficking and Violence Prevention Act of 2000.
 Forced Marriage (Civil Protection) Act, 2007.

Articles

- 22 No. 16 Andrews Computer & Internet Litig. Rep. 7.
- Abrams K., *Immigration Law and the Regulation of Marriage*, 91 MINN. L. REV. 1625, 1650-51, (2007).
- Blair D. M., Weiner M. H., Stark B., Macdonaldo S., *Family Law in the World Community; Cases, Materials and Problems in Comparative and International Family Law* 144 (2d ed. 2009)
- Bowes C. M., Esq., "Male" Order Brides and International Marriage Brokers: The Costly Industry that Facilitates Sex Trafficking, Prostitution, and Involuntary Servitude, 18 CARDOZO J.L. & GENDER 1 (2011).
- Elson A. L., *The Mail-Order Bride Industry and Immigration: Combatting Immigrations Fraud*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 367 (1997).
- Eskind Moses M., Russ M. B., *Forced Marriage*, 50-SEP Tenn. B.J. 32, 35 (2014).
- Grolsh O., *Foreign Wives, Domestic Violence: U.S Law Stigmatizes And Fails to Protect "Mail-Order Brides,"* 22 Hastings Women's L.J. 81 (2011)
- Jackson S. H., *Marriage of Convenience: International Marriage Brokers, "Mail-Order Brides," and Domestic Servitude*, 38 U. TOL. L. REV. 920 (2006).
- Jackson S. H., *To Honor and Obey: Trafficking in "Mail-Order Brides,"* 70 Geo. Wash. L. Rev. 475 (2002).
- Joshi A., *The Face of Human Trafficking*, 13 Hastings Women's L.J. 31, 39 (2002).
- Laquer A., Stark B., *Global Issues In Family Law* 34, (1St Ed. 2007).
- Lee I. C., Lewis M., *Human Trafficking From a Legal Advocate's Perspective: History, Legal Framework and Current Anti-Trafficking Efforts*, 10 U. C Davis J. Int'l L. & Pol'y 170, 179 (2003).
- Lloyd K. A., *Wives for Sale: The Modern International Mail-Order Industry*, 20 NW. J. INT'L L. & BUS. 341 (2000).
- Meng E., *Mail-Order Brides" Gilded Prostitution And The Legal Response*, 28 U. Mich. J.L. Ref. 197 (1994).
- Mobydeen L., *Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Mail-Ordered? The Mail-Order Bride Industry And Immigration Law*, 49 WAYNE L. REV. 939, 942 (2004).
- Robinson B., *The Disruption of Marital E-Harmony: Distinguishing Mail-Order Brides From Online Dating in Evaluating, "Good Faith Marriage"*, 13 PUB. INT. L. REP. 252 (2008).
- Sims R., *A Comparison Of Laws In The Philippines, the U.S.A, Taiwan, and Belarus to Regulate the Mail-Order Bride Industry*, 42 AKRON L. REV. 607, 609 (2009).

- Stepnitz A., *The Mail-Order Bride Industry As A Form of Trafficking For Sexual and Labour Exploitation, Violence In The EU Examined – Policies On Violence Against Women, Children and Youth in 2004 EU Accession Countries*, p.155.
- Symington A., *Dual Citizenship and Forced Marriages*, 10 Dalhousie J. Legal Stud. 1, 35 (2001).
- Wei-Zhen Chong A., *Migrant Brides In Singapore: Women Strategizing Within Family, Market and State*, 37 Harv. J.L & Gender 331, 332 (2014).
- Zug M., *Lonely Colonist Seeks Wife: The Forgotten History of America's First Mail Order Brides*, 20 Duke J. Gender L. & Pol'y 85 (2012).

Internet sources

- Clark G., *An Introduction to the "Penpal Bride" or so-called "Mail Order Bride" Movement*, available online at: www.upbeat.com/wtwpubs/intro.htm.
- Garda Operation Vantage targeting sham marriages & illegal immigration, available at <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Pages/Garda%20Operation%20Vantage%20targeting%20sham%20marriages%20and%20illegal%20immigration>.
- Gulicova-Grethe M., Lorenz D., *Marriage Migration into the New Country if Immigration – Ireland. Country Study, Project: Protection and Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, available at ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=hToFQQy.
- Home Office, the Rt Hon Norman Baker and The Rt Hon Theresa May MP, *Forced Marriage Now a Crime*, GOVERNMENT UK (Apr. 20, 2016), <https://www.gov.uk/government/news/forced-marriage-now-a-crime>.
- Immigrant Council of Ireland, "Marriage Migration into Ireland", 2003.
- Information on the Legal Rights Available to Immigrant Victims of Domestic Violence in the United States and Facts about Immigrating on a Marriage-Based Visa, U.S. CITIZENSHIP AND IMMIGRATION SERVICES (April 3, 2016), <https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Humanitarian/Battered%20Spouse,%20Children%20%26%20Parents/IMBRA%20Pamphlet%20Final%2001-07-2011%20for%20Web%20Posting.pdf>.
- M. Gulicova-Grethe, D. Lorenz, *Marriage Migration into the New Country if Immigration – Ireland. Country Study, Project: Protection and Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, available at ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=hToFQQy.
- Male-Ordered: The Mail-Order Bride Industry and Trafficking In Women For Sexual and Labour Exploitation, POPPY PROJECT 3 (February 2009), <http://lastradainternational.org/lsidocs/Male-ordered.pdf>.
- Schengen Area and Cooperation, Belg.-Fr.-F.R.G.-Lux.-Neth, Jun. 14, 1985, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133020>

- Scholes R. J., *The "Mail-Order Bride" Industry and Its Impact on U.S Immigration*, App. A (1999), <https://www.christianfilipina.com/research/SCHOLES-MAIL-ORDER-BRIDE-REPORT.PDF>.
- Skalsbergs I., Gulicova-Grethe M., *Marriage Migration in the United Kingdom Country Study, Project: Protection And Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, available at ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=x5WhCGAy, p.4.
- Skalsbergs I., Gulicova-Grethe M., *Marriage Migration in the United Kingdom Country Study, Project: Protection And Aid Measures for Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States*, ec.europa.eu/justice/grants/results/.../download?token=x5WhCGAy, p.11.
- Storey L., *Mail Order Bride Research Guide* (Apr. 20, 2016), law1510.pbworks.com/f/Mail+Order+Bride+Pathfinder+5.docx.
- United Nations (2000) Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (Palermo Protocol). Palermo: United Nations and Council of Europe (2005). Convention on Action Against Trafficking in Human Beings. Warsaw: Council of Europe.
- Welstead M., *Forced Marriage: Bifurcated Values in the UK*, 21 Denning L.J. 49, 51 (2009), available at <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/view/341/371>.

Wiktoria Danilewicz-Prokorym

Uniwersytet w Białymstoku

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.22

Władza rodzicielska a kontakty z małoletnim dzieckiem. Instytucja pieczy naprzemiennej na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2015, poz. 1062)

SUMMARY

Parental authority and contacts with the child. Alternate care institution under the Act of 25 June 2015. "On Amendments to the Acts – Family and Guardianship Code and Code of Civil Procedure" (O.J. 2015, item 1062)

This Article is about the nature of contacts between the so-called "peripheral" parents and children. It discusses the issue of dependence of access rights on parental authority, over the subsequent amendments of the family law in Poland. The paper describes the basic forms of exercising contacts between parents and children. It also presents forms of regulating them in legal proceedings. The guiding principles which should guide the court in issuing decisions which determine the scope and method of contact of parents with children are pointed out in the article. It also shows the institution of "alternate care" introduced to the Family and Guardianship Code under the Act of 25 June 2015 amending the Act - Code of Family and Guardianship Code and the Law - Code of Civil Procedure, which entered into force on 29 August 2015.

Key words: contacts, parental authority, child, parents, child welfare, alternate care.

Słowa kluczowe: kontakty, władza rodzicielska, dziecko, rodzice, dobro dziecka, piecza naprzemienna.

Przed nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. nie było przepisów, które precyzowały pojęcie „kontaktów”. Nie było również regulacji, która jednoznacznie przyznawałaby prawo do kontaktów dziecka z rodzicem. Z biegiem lat ustawodawca wypracował własne znaczenie tego terminu. Zgodnie z art. 113 § 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej kro) „Kontakty z dzieckiem obejmują w szczególności przebywanie z dzieckiem (odwiedziny, spotkania,

zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu) i bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji, korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej”¹. Zakres powyższego pojęcia został opracowany na podstawie Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi podpisanej w Strasburgu dnia 15 maja 2003 r. Pomimo uchwalenia ustawy z dnia 23 kwietnia 2009 r. o ratyfikacji powyższej Konwencji, ostatecznie nie nastąpiło złożenie dokumentów ratyfikacyjnych przez państwo Polskie u depozytariusza Konwencji. Konwencja wprowadziła jednak szerokie pojęcie „kontaktów” do nomenklatury i nauki prawa rodzinnego w Polsce. Zgodnie bowiem z artykułem 2 Konwencji „kontakt” oznacza: „pobyt dziecka przez określony czas albo jego spotkanie z osobą (...) z którą dziecko stale nie mieszka; każdą formę komunikacji między dzieckiem i taką osobą; dostarczanie takiej osobie informacji o dziecku, albo dziecku o tej osobie”².

Władza rodzicielska a kontakty z dzieckiem

W stanie prawnym sprzed nowelizacji brakowało jednoznacznej podstawy do określenia stopnia zależności między władzą rodzicielską a kontaktami. Jedynie art. 113 kro przewidywał, że dopiero w razie pozbawienia władzy rodzicielskiej, sąd opiekuńczy może, ze względu na dobro dziecka, zakazać kontaktu z dzieckiem rodzicowi pozbawionemu władzy rodzicielskiej, a w przypadku ograniczenia władzy rodzicielskiej – kontakt ten w wyjątkowych przypadkach zawęzić³. Jednak stanowisko wyrażone w przepisie rodziło nieścisłości i było wielokrotnie precyzowane przez Sąd Najwyższy. Pojawiały się orzeczenia, z których treści wynikało, że prawo rodziców do osobistych kontaktów z dzieckiem winno być kwalifikowane jako ich prawo osobiste i niezależne od władzy rodzicielskiej. Ta koncepcja znalazła potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 26 września 1983 r. sygn. akt III CZP 46/83, gdzie przyjęto, że „nieprzyznanie w razie sądowego ustalenia ojcostwa ojcu dziecka władzy rodzicielskiej nad nim nie wyłącza prawa ojca dziecka do osobistej z nim styczności”⁴. Takie stanowisko Sąd Najwyższy wyraził również w wyroku z dnia 8 września 2004 r. sygn. akt IV CK 615/03 stwierdzając, że „Osobista styczność z dzieckiem nie jest atrybutem władzy rodzicielskiej i prawo do tego mają rodzice nawet wtedy, gdy władzy rodzicielskiej zostali

¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz. U. 2015 r., poz. 2082 ze zm.).

² Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi sporządzona w Strasbourgu dnia 15 maja 2003 r.

³ J. Ignaczewski, *Kontakty z dzieckiem [w:] Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. A. Bodnar, A. Gójska, J. Ignaczewski, L. Kuziak, A. Śledzińska-Simon, R. Zegadło, Warszawa 2012, str. 219.

⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 września 1983 r., sygn. akt III CZP 46/83, opubl. OSNC 1984/4/49.

pozbawieni”⁵. Z drugiej strony w uchwale z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt III CZP 98/05 Sąd Najwyższy przyjął, że w czasie trwania władzy rodzicielskiej występuje odrębnie od niej prawo do kontaktów osobistych, a zasada odrębności osobistej styczności od władzy rodzicielskiej dotyczy okresów przed jej powstaniem i po jej ustaniu⁶. Z tego powodu konieczne stało się wyraźne uregulowanie zależności między kontaktami a władzą rodzicielską. Obecnie art. 113 § 1 kro w sposób jednoznaczny wskazuje, że „niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów”. Oznacza to, że kontakty z dzieckiem nie stanowią elementu władzy rodzicielskiej i nawet rodzic pozbawiony władzy rodzicielskiej bądź posiadający ograniczoną władzę rodzicielską, ma prawo do nieskrępowanych kontaktów ze swoim dzieckiem. Niezależność prawa do kontaktów od władzy rodzicielskiej potwierdza umieszczenie regulacji dotyczącej kontaktów w odrębnym, od przepisów regulujących władzę rodzicielską, „oddziale” redakcyjnym Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Jedyny wyjątek stanowi tutaj art. 119¹ § 1 kro, który przewiduje utratę prawa do kontaktów przez rodziców, którzy wyrazili zgodę na przysposobienie swojego dziecka bez wskazania osoby przysposabiającego (tzw. zgoda blankietowa). Ponadto o formalnej rozdzielności kontaktów od władzy rodzicielskiej świadczy regulacja zawarta w art. 58 § 1 kro „w wyroku orzekającym rozwód sąd rozstrzyga o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i o kontaktach rodziców z dzieckiem oraz orzeka, w jakiej wysokości każdy z małżonków jest obowiązany do ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka”. Z powyższego wynika, że Sąd w wyroku rozwodowym jest zobligowany orzec oddzielnie o władzy rodzicielskiej i oddzielnie o kontaktach. Jedynie w sytuacji zgodnego wniosku stron, sąd zaniecha orzekania o kontaktach (art 107 § 3 kro). Jednak wówczas w treści wyroku będzie zawarte sformułowanie „odstępuje od uregulowania kontaktów (...) z małoletnim dzieckiem”. Dostrzegając jednak proceduralną zależność między regulacją dotyczącą władzy rodzicielskiej, a kontaktami ustawodawca wyszedł im naprzeciw poprzez zmianę art. 509 kpc wprowadzoną na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego. Ustawodawca przewiduje obecnie, że jedynie sprawy o przysposobienie w pierwszej instancji sąd rozpoznaje w składzie jednego sędziego i dwóch ławników⁷. Pozostałe sprawy przed sądem opiekuńczym winny być rozstrzygane w składzie jednoosobowym. Niniejsza zmiana doprowadziła do ujednoczenia składów sądu i pozwoliła na

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2004 r., sygn. akt IV CK 615/03, opubl. M.Prawn. 2004/19/872.

⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt III CZP 98/05, opubl. OSNC 2006/10/158.

⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. 2014 r., poz. 101 ze zm.), dalej: kpc.

połączenie sprawy rozpatrywanej na podstawie art. 107 kro ze sprawą o kontakty. Powyższą zmianę należy ocenić pozytywnie, bowiem zapobiegnie ona powtarzaniu się czynności procesowych przed sądem, skróci postępowanie i nie będzie prowadziła do nadmiernej eskalacji konfliktu między rodzicami, wynikającego z licznych spraw sądowych.

Zasady uregulowania władzy rodzicielskiej

Polski Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje sytuację, w której konieczne staje się uregulowanie zarówno sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, jak i wykonywania kontaktów z dzieckiem wówczas gdy rodzice małoletniego dziecka żyją w rozłączeniu, czy to po formalnym zakończeniu związku małżeńskiego czy też z uwagi na pozostawanie w związku nieformalnym. Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 107 § 1 kro „jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom żyjącym w rozłączeniu, sąd opiekuńczy może ze względu na dobro dziecka określić sposób jej wykonywania i utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Sąd pozostawia władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka pisemne porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem”. Natomiast w braku takiego porozumienia sąd, uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców, rozstrzyga o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. Zatem nawet w przypadku braku pisemnego porozumienia co do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, sąd może pozostawić jej wykonywanie obojgu rodzicom. Obecnie art. 107 kro dopuszcza ograniczenie władzy rodzicielskiej jedynie w przypadku, gdy dobro dziecka za tym przemawia. Dziecko nie powinno jednak zostać pozbawione osobistej styczności z rodzicem drugoplanowym.

Zasady uregulowania kontaktów z dzieckiem

W art. 113¹ § 1 kro zostały określone trzy zasady regulowania sposobu utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Pierwsza z nich to prymat zgodnej woli rodziców nad rozstrzygnięciem sądu opiekuńczego. Druga zasada to szeroko pojęte dobro dziecka, trzecia natomiast przewiduje uwzględnienie rozsądnych życzeń dziecka w zakresie kontaktów z rodzicami⁸. Przepis ten jest skorelowany z art. 95 § 4 kro nakładającym na rodziców obowiązek wysłuchania małoletniego w ważnych sprawach dotyczących jego osoby lub

⁸ J. Ignaczewski, op. cit., s. 223.

majątku⁹. Ustawodawca chciał w ten sposób wyeksponować rolę zgodnej woli rodziców, zarówno w stosunkach przedsądowych, jak i w toku postępowań sądowych, a także prymat dobra dziecka. Polskie prawo nie definiuje pojęcia dobra dziecka, jednak niejednokrotnie się nim posługuje. Próbę wyjaśnienia znaczenia tego terminu podjęła nauka prawa rodzinnego przyjmując, że dobro dziecka stanowi „zespół wartości, zarówno duchowych, jak i materialnych, jakie konieczne są do prawidłowego: rozwoju fizycznego dziecka, rozwoju duchowego dziecka, i to w jego aspekcie zarówno intelektualnym, jak i moralnym, należytego przygotowania go do pracy dla dobra społeczeństwa”¹⁰. Stanowisko doktryny jednogłośnie przemawia za tym, że „zgodna wola rodziców, będąca w zgodzie z dobrem dziecka, powinna zapobiegać interwencji władzy opiekuńczej”¹¹. Orzeczenie o zakazie osobistej styczności rodzica z dzieckiem może zapaść wyjątkowo, np. gdy utrzymywanie osobistych kontaktów rodziców z dzieckiem zagraża jego życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu bądź wpływa demoralizująco na dziecko. W praktyce zdarzyć się może, że dziecko nie wyraża chęci osobistej styczności z rodzicem. Należy jednak odróżnić sytuacje, w których niechęć dziecka do kontaktów z rodzicem wynika z jego dojrzałej decyzji i osobistych doświadczeń, od przypadków, w których dziecko odmawia kontaktów, utożsamiając się z niechętną czy wrogą postawą rodzica, pod którego bezpośrednią pieczę pozostaje. W tym celu w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym zostało zaakcentowane, że również dziecko ma prawo i obowiązek utrzymywania kontaktu z rodzicem. Taka regulacja bez wątplenia umacnia pozycję rodzica uprawnionego do kontaktów. Daje również sygnał dziecku, że kontakty powinny być realizowane nawet wówczas, gdy dziecko jest im niechętnie, a brak jest podstaw do przyjęcia, że naruszają one jego dobro¹². Należy jednak pamiętać, że kontakt z rodzicem nie może być dla dziecka przymusem. Jego celem nie jest bowiem formalistyczne podejście do przysługującego prawa, ale dążenie do wychowania dziecka w atmosferze miłości i poczuciu bezpieczeństwa¹³. W stosunku do rodziców sąd może, na podstawie przepisów np. art. 109 kro, 111 kro czy art. 113⁴ kro, zobowiązać ich do określonego postępowania, w szczególności do skorzystania z terapii rodzinnej lub poradnictwa rodzinnego¹⁴. Kodeks rodziny i opiekuńczy nie

⁹ H. Ciepla, *Komentarz do art. 113¹ KRO [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczyk, K. Piasecki, M. Sychowicz, Warszawa 2009, s. 834.

¹⁰ S. Kołodziejski, *Dobro wspólnych małoletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu*, „Palestra” 1965, nr 9, s. 30.

¹¹ J. Ignaczewski, *op. cit.*, s. 223.

¹² E. Trybulska-Skoczylas, *Komentarz do art. 113 KRO [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. W. Borysiak, M. Manowska, J. Sadowski, E. Skowrońska-Bocian, B. Trębska, J. Wierciński, R. Zegałdo, LexisNexis 2014, opublikowano w LEX, stan z dnia 28.06.2016 r.

¹³ J. Ignaczewski, *Kontakty z dzieckiem...*, s. 229.

¹⁴ Idem, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem i o ich wykonanie [w:] Komentarz do spraw rodzinnych*, red. H. Ciepla, J. Ignaczewski, J. Skibińska-Adamowicz, Warszawa 2014, s. 153; sąd opiekuńczy może również na wypadek niezrealizowania kontaktu przez jednego z rodziców zobowiązać drugiego

przewiduje przepisu będącego odpowiednikiem art. 113⁴ kro w stosunku do małoletniego¹⁵.

Formy kontaktów z dzieckiem

Forma kontaktu musi zostać określona w ten sposób, aby mogła być w przyszłości egzekwowana i wykonana przez każdą ze stron. Doktrynie znane są stanowiska opowiadające się za tym, że „rodzic sprawujący stałą pieczę nad dzieckiem nie ma obowiązku zapewnienia dziecku środków komunikacji elektronicznej czy założenia linii telefonicznej, aby prawo drugiego rodzica do kontaktów mogło być zabezpieczone”¹⁶. Dla najlepszego zabezpieczenia interesu obu stron, ważne jest możliwie najdokładniejsze określenie zakresu i formy kontaktów. Rodzic powinien dążyć do uregulowania kontaktów nie tylko w dni powszednie i weekendy, ale również w święta Bożego Narodzenia, święta Wielkanocne, wakacje, ferie, Dzień Dziecka, urodziny dziecka oraz długie weekendy. Zgodnie z art. 113 § 2 kro kontakty z dzieckiem mogą polegać na przebywaniu z nim, tj. odwiedzinach, spotkaniu, zabieraniu dziecka poza miejsce jego stałego pobytu, bezpośrednim porozumiewaniu się, utrzymywaniu korespondencji bądź też korzystaniu z innych środków porozumiewania się na odległość, a nawet komunikacji elektronicznej. Ustawowe wyliczenie ma charakter otwarty, co oznacza, że sąd może zastosować również inną formę kontaktu, jeżeli uzna ją za zgodną z dobrem dziecka i interesem rodzica¹⁷. W doktrynie funkcjonuje podział na kontakty bezpośrednie (odwiedziny, spotkania, możliwość zabierania małoletniego poza miejsce zamieszkania) i pośrednie (rozmowy telefoniczne, listy, smsy). Zakres kontaktu powinien być dostosowany przede wszystkim do wieku dziecka i jego potrzeb. Sąd każdorazowo, w treści postanowienia ustalającego kontakty, określa, w jaki sposób winny się one odbywać. Rodzic może mieć prawo do spotkań z dzieckiem przed i po zajęciach szkolnych bądź odbioru dziecka z zajęć szkolnych lub pozalekcyjnych i spędzenia z nim czasu do określonej godziny, po czym odwiezienia dziecka do miejsca stałego pobytu¹⁸. W postanowieniu ustalającym kontakty poza miejscem stałego zamieszkania dziecka, często zamieszczane jest stwierdzenie „z prawem zabierania dziecka poza miejsce zamieszkania”. Sąd w orzeczeniu niejednokrotnie jednoznacznie określa, do jakiego miejsca

rodzica do pokrycia kosztów podróży i pobytu dziecka, zobowiązując do złożenia na rachunek depozytowy sądu odpowiedniej kwoty na wypadek wykonania lub niewykonania kontaktu oraz zagrozić nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej.

¹⁵ W. Stojanowska, *Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz.*, LexisNexis 2011, opublikowano w LEX, stan z dnia 28.06.2016 r.

¹⁶ T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 150.

¹⁷ H. Ciepla, *Komentarz do art. 113 KRO* [w:] *Kodeks rodzinny...*, 2009, s. 832-833.

¹⁸ J. Ignaczewski, *Kontakty z dzieckiem...*, s. 229.

będzie zabierane dziecko (miejsce publiczne bądź konkretny adres). Kontakty ustalone poza miejscem zamieszkania mogą wiązać się również z nocowaniem dziecka u drugiego z rodziców. W przypadku młodszych dzieci kontakt polega często na prawie odwiedzania dziecka w miejscu jego stałego pobytu w określonych w sentencji dniach i godzinach. Z całą pewnością najbardziej pożądaną formą są spotkania oraz aktywność przewidująca zabranie dziecka poza miejsce jego zamieszkania. Takie kontakty pozwalają budować bezpośrednią więź między rodzicami a dziećmi. Należy jednak podkreślić, że wiążą się one również z czasowym przejęciem pieczy nad małoletnim oraz obowiązkiem nadzoru i kontrolowania jego potrzeb. Wskazać należy, że jeżeli sąd stwierdzi taką potrzebę, może ograniczyć prawo zabierania małoletniego np. wyłącznie na spacer. Wyznaczenie kontaktu z dzieckiem w jego stałym miejscu zamieszkania, „odwiedziny”, jest wskazane tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, np. z uwagi na niemowlęcy wiek dziecka, stan zdrowia czy uzasadnioną obawę o dobro dziecka. W tej sytuacji, sąd określając terminy kontaktów dodaje, iż będą odbywały się one „w miejscu zamieszkania dziecka”. Uzupełnieniem postanowienia będzie stwierdzenie, czy kontakt odbywać się będzie w obecności rodzica pierwszoplanowego czy bez jego obecności. W wyjątkowych przypadkach, np. z uwagi na pobyt dziecka bądź rodzica za granicą, sąd może orzec o kontaktach w formie pośredniej. Jednak i w takiej sytuacji pożądane jest uregulowanie kontaktów bezpośrednich w okresie wakacji lub ferii. Ustalając kontakty polegające na wymianie korespondencji czy korzystaniu z innych środków porozumiewania się na odległość, sąd opiekuńczy powinien mieć na uwadze wiek dziecka, a także jego umiejętności w zakresie samodzielnego wypowiedzania się¹⁹. W ostatnich latach istotnym środkiem komunikacji stało się porozumiewanie z użyciem kamery internetowej (tzw. skype). Pozwala to na bardziej bezpośredni, niż podczas zwykłej rozmowy telefonicznej, sposób kontaktu między rodzicem a dzieckiem²⁰. Jednak należy pamiętać, że doktrynie znane są stanowiska opowiadające się za tym, iż „rodzic sprawujący stałą pieczę nad dzieckiem nie ma obowiązku zapewnienia dziecku środków komunikacji elektronicznej czy założenia linii telefonicznej, aby prawo drugiego rodzica do kontaktów mogło być zabezpieczone”²¹.

¹⁹ E. Trybułska-Skoczylas, *Komentarz do art. 113 KRO* [w:] *Kodeks rodzinny...*, 2014.

²⁰ T. Sokołowski, *Komentarz do art. 113 KRO*, [w:] M. Andrzejewski, H. Dolecki, J. Haberko, A. Lutkiewicz-Rudzińska, A. Olejniczak, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, opublikowano w LEX, stan z dnia 28.06.2016 r.

²¹ T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 150.

Pieczą naprzemienna

Zupełnym *novum* w polskim Kodeksie Rodzinnym i Opiekuńczym jest regulacja przewidująca, że sąd w pierwszej kolejności winien uwzględnić prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców oraz rozstrzygać o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów. Natomiast ograniczenie władzy rodzicielskiej winno być stosowane jedynie w przypadku, gdy dobro dziecka za tym przemawia. Takie unormowanie zostało wprowadzone do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, która weszła w życie dnia 29 sierpnia 2015 r. W świetle powyższej nowelizacji ustawodawca dopuścił również możliwość orzekania o opiece naprzemienniej rodziców względem dzieci²². Wskazać należy, że ani Kodeks postępowania cywilnego ani Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie używają pojęcia „pieczy naprzemienniej” czy „opieki naprzemienniej”. W przepisach procedury cywilnej, a konkretnie w art. 598²² kpc i 756² kpc wprowadzono jednak wprost możliwość uregulowania sposobu roztoczenia pieczy nad małoletnim w ten sposób, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach. Mimo że wcześniej taka regulacja kontaktów nie była zabroniona, to stanowisko judykatury i doktryny oponowało takim rozstrzygnięciom z uwagi na przepis art. 28 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, zgodnie z którym można mieć tylko jedno miejsce zamieszkania²³. Powyższa zmiana jest różnie postrzegana zarówno przez środowisko sędziowskie, jak i teoretyków prawa. Z jednej strony podnosi się, że pozwala ona na zniwelowanie podziału na „pierwszoplanowego” i „drugoplanowego” rodzica, bowiem każde z rodziców w równym stopniu będzie uczestniczyć w życiu dziecka. Z drugiej strony podkreśla się jednak, że z pragmatycznego punktu widzenia w niewielu sprawach możliwe będzie orzeczenie „opieki naprzemienniej”. Wskazuje się, że o ile przy założeniu dobrej woli rodziców, ten model opieki ma szanse powodzenia w małym mieście, o tyle brak jest perspektywy jego prawidłowego funkcjonowania w przypadku, gdy rodzice mieszkają od siebie w znacznej odległości. Ponadto, trudno o stałą współpracę obojga rodziców w sytuacji, gdy są oni głęboko skonfliktowani. Dlatego instytucja pieczy naprzemienniej winna być stosowana ze szczególną rozważą, głównie w sytuacji, gdy rodzice prezentują jednolity i spójny system wychowawczy, są zdolni uzgadniać szczegóły dotyczące codziennych czynności, mają do siebie zaufanie i potrafią zadbać o stworzenie pozytywnej atmosfery przy przekazywaniu sobie dziecka²⁴.

²² Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2015, poz. 1062).

²³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. 2016, poz. 380 ze zm.).

²⁴ M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemienniej w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2015, s. 18-19.

Bibliografia

- Ciepła H., *Komentarz do art. 113¹ KRO*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Ciepła, B. Czech, T. Domińczyk, K. Piasecki, M. Sychowicz, Warszawa 2009.
- Domański M., *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2015.
- Ignaczewski J., *Kontakty z dzieckiem*, [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. A. Bodnar, A. Gójska, J. Ignaczewski, L. Kuziak, A. Śledzińska-Simon, R. Zegadło, Warszawa 2012.
- Ignaczewski J., *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem i o ich wykonanie* [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. H. Ciepła, J. Ignaczewski, J. Skibińska-Adamowicz, Warszawa 2014.
- Justyński T., *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011.
- Kołodziejski S., *Dobro wspólnych małoletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu*, „Palestra” 1965, nr 9.
- Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi sporządzona w Strasbourgu dnia 15 maja 2003 r.
- Sokołowski T., *Komentarz do art. 113 KRO* [w:] M. Andrzejewski, H. Dolecki, J. Haberko, A. Lutkiewicz-Rudzińska, A. Olejniczak, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, opublikowano w LEX, stan z dnia 28.06.2016 r.
- Stojanowska W., *Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, LexisNexis 2011, opublikowano w LEX, stan z dnia 28.06.2016 r.
- Trybulska-Skoczylas E., *Komentarz do art. 113 KRO* [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. W. Borysiak, M. Manowska, J. Sadowski, E. Skowrońska-Bocian, B. Trębska, J. Wierciński, R. Zegadło, LexisNexis 2014, opublikowano w LEX, stan z dnia 28.06.2016 r.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 września 1983 r., sygn. akt III CZP 46/83, opubl. OSNC 1984/4/49.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt III CZP 98/05, opubl. OSNC 2006/10/158.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. 2014, poz. 101 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. 2016, poz. 380 ze zm.).
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2015, poz. 1062).

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz. U. 2015, poz. 2082 ze zm.).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2004 r., sygn. akt IV CK 615/03, opubl. M. Prawn. 2004/19/872.

Karolina KorolUniwersytet w Białymstoku
e-mail: karolina.korol@o2.pl

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.23

„Niebieski pokój” – czyli przyjazny dzieciom pokój przesłuchań w świetle obowiązujących przepisów

SUMMARY

“The Blue Room” – a child-friendly interrogation room under the relevant legislation

Before Polish legislation regulated this aspect, psychologists often criticised lack of separate regulations concerning the special treatment of minors. Psychologists claim that during conducting this legal action one needs to take into account many additional factors, such as the emotional development of a child and the child's emotional maturity and sense of security. The idea of friendly rooms for interrogation was a crowning achievement of appealing for a psychological and legal environment for many years. The aim of this article is to present the idea of friendly rooms of interrogation in light of current regulations, and also to present the origin of the idea up to its realisation and the change of legal regulations in this matter. It is also necessary to prove, basing on analysis of the origin of establishing these rooms and legal regulations, that the existence of blue rooms is essential and intentional in order to provide correctness of proceedings with the participation of children in an appropriately adjusted environment. The standards of interrogation of minors, witnesses and victims, and instructions in relation to the appearance and equipment of interrogation and technical rooms are described in the article. Also addressed is the procedure involved when interrogating minors in so-called “blue rooms”. The ultimate goal of the article is to find an answer to the question of whether the protection of a child in the light of the legal regulations in force is effective. .

Key words: friendly rooms, interrogation, minor child, blue rooms.

Słowa kluczowe: przyjazne pokoje, przesłuchanie, małoletni, niebieski pokój.

Geneza

Idea przyjaznego dzieciom pokoju przesłuchań powstała z inicjatywy Fundacji Dzieci Niczyje, która jest polską organizacją non-profit założoną w 1991 r. Zajmuje się ona problemem przemocy wobec dzieci i została powołana przez Alinę Margolis-Edelman.

Głównym jej celem jest dążenie do tego, by wszystkie dzieci miały bezpieczne dzieciństwo i były traktowane z poszanowaniem ich godności i podmiotowości, a misją jest m.in.: oferowanie krzywdzonym dzieciom i ich opiekunom pomoc psychologiczną i prawną oraz wpływanie na polskie prawo, by jak najlepiej chroniło interes dziecka. W 2016 r. fundacja zmieniła nazwę na Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę (FDDS)¹. Istotne również stało się uwrażliwianie społeczeństwa na krzywdę dzieci, a także podniesienie kompetencji osób, które na co dzień pracują z nimi w aspekcie diagnozy krzywdzenia i interwencji.

Pierwsze zmiany dotyczące okoliczności przesłuchań małoletnich miały miejsce w latach dziewięćdziesiątych XX w. Pod wpływem postulatów organizacji społecznych wprowadzono procedury wymagające respektowania przez policjantów potrzeb i postulatów ofiar zgwałceń. Zmiany te dotyczyły przede wszystkim płci osoby prowadzącej przesłuchanie oraz dokonywania czynności okazania osoby podejrzewanej przy użyciu tzw. lustra fenickiego². Także środowisko psychologów zgodnie twierdziło, iż małoletni świadkowie chętniej zeznają poza salą rozpraw. Wskazywali, iż właściwie dobrane kolory pomieszczenia oraz przyjazne dzieciom wyposażenie (kredki, gry, papier) wpływają na powstanie atmosfery poczucia bezpieczeństwa, wyciszenia i ogólnego zwiększenie komfortu zeznającym, co jednocześnie przekłada się bezwzględnie na zwiększenie jakości gromadzonego materiału dowodowego.

Osobą, która niezwykle aktywnie wspierała pomysł stworzenia specjalnego pokoju przesłuchań dla dzieci była sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi – Anna Maria Wesołowska (obecnie w stanie spoczynku). Z jej inicjatywy 4 czerwca 2004 r. w łódzkim Sądzie Okręgowym odbyło się pierwsze odtworzenie przesłuchania dziecka nagrane wcześniej.

W Dniu Ofiar Przestępstw 22 lutego 2007 r. z inspiracji Fundacji Dzieci Niczyje zawiązała się Koalicja na rzecz Przyjaznego Przesłuchiwanie Dzieci. Do udziału w niej zaproszono instytucje prowadzące przesłuchania małych świadków (prokuratury, sądy) oraz prowadzące pokoje przesłuchań dziecięcych (policja, placówki pomocowe, organizacje pozarządowe i inne), a także profesjonalści, uczestniczący w procedurach prawnych z udziałem dzieci³. W tym samym roku Ministerstwo Sprawiedliwości oraz Fundacja Dzieci Niczyje we współpracy z Koalicją na rzecz Przyjaznego Przesłuchiwanie Dzieci sformułowały standardy miejsca przesłuchiwanie dzieci, które powinien spełniać Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci. Określają one wymogi lokalowe i techniczne oraz uwzględniają psychologiczne potrzeby dziecka i wymogi wymiaru sprawiedliwości związane z procedurą prowadzenia przesłuchań. Pokoje, które spełnią te standardy otrzymują certyfikat Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Fundacji

¹ <http://fdds.pl/o-nas/misja/> (27.06.2016).

² <http://classic-web.archive.org/web/20051214222647/http://www.gazeta.policja.pl/archiwum/1404/s4a1.html> (27.06.2016).

³ <http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/koalicja-na-rzecz-przyjaznego-przesluchiwanie-dzieci> (27.06.2016).

Dzieci Niczyje⁴. Proces powstawania owych miejsc monitorowany jest przez Departament Współpracy Międzynarodowej i Praw Człowieka Ministerstwa Sprawiedliwości we współpracy z Fundacją Dzieci Niczyje.

Procedura certyfikowania pokoi przesłuchań została uruchomiona w kwietniu 2008 r.⁵ Miejsca spełniające standardy oraz warunki określone w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzonego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego (dalej: kpk) oraz wytycznych *Jak zorganizować i wyposażyć Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci?* otrzymując specjalny certyfikat Fundacji Dzieci Niczyje i Ministerstwa Sprawiedliwości oraz stosowną plaketkę⁶. Lista takich miejsc jest na bieżąco aktualizowana na stronie: <http://wymiarprawiedliwosci.fdn.pl/pokoje-ktore-uzyskaly-certyfikat>. Obecnie (czerwiec 2016 r.) fundacja wskazuje 111 takich miejsc⁷.

Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego wprowadziła art. 185d, tj. obowiązek przeprowadzania przesłuchań małoletnich w trybie art. 185a i 185b w specjalnych pomieszczeniach do tego przystosowanych (Dz. U. 2013, poz. 849). Ustawa weszła w życie w dniu 27 lipca 2015 r.⁸ Natomiast przepisy dotyczące warunków funkcjonowania owych specjalnych pomieszczeń przystosowanych do przeprowadzania przesłuchań małoletnich do lat 15 zostały uregulowane rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego (Dz. U. 2013, poz. 1642). Najistotniejsza zmiana dotyczyła możliwości przesłuchania pokrzywdzonych dzieci i młodzieży (do 15 roku życia) w przestępstwach klasyfikowanych jako ograniczenie wolności. W omawianych pomieszczeniach przesłuchiwane są dzieci, które składają zeznania na mocy art. 185a i 185b Kodeksu postępowania karnego, a zatem dzieci pokrzywdzone oraz świadkowie przestępstw popełnionych z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, przeciwko rodzinie i opiece, a także przeciwko wolności. Sąd Najwyższy niezwykle trafnie stwierdził, iż normy określone w art. 185a § 1 kpk. i art. 185b § 1 kpk. mają charakter gwarancyjny i zabezpieczają nie interesy procesowe oskarżonego, ale przede wszystkim małoletnich świadków⁹. Wprowadzenie do procedury karnej wskazanej regulacji argumentowano

⁴ Standardy miejsca przesłuchiwanie dzieci, które powinien spełniać Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci, stworzone przez Fundację Dzieci Niczyje i Ministerstwo Sprawiedliwości w 2007 r., <http://www.dzieckoswiadek.pl> (27.06.2016).

⁵ M. Horna, *Profesjonaliści o krzywdzonych dzieciach*, „Na Wokandzie” 2015, nr 1(23), s. 4.

⁶ <http://wymiarprawiedliwosci.fdn.pl/procedura> (27.06.2016).

⁷ <http://wymiarprawiedliwosci.fdn.pl/pokoje-ktore-uzyskaly-certyfikat> (27.06.2016).

⁸ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 849).

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2014 r., III KK 212/14.

dostrzeżeniem konieczności zapewnienia przyjaznych warunków przesłuchania pokrzywdzonych i świadków, zwłaszcza w sytuacji, gdy są nimi osoby małoletnie¹⁰. Należy tu wspomnieć, iż ustawodawca nie określił dolnej granicy wieku dla osób występujących w procesie w charakterze świadka, stąd każdorazowo granicę tę będzie wyznaczał organ podejmujący decyzję o powołaniu dziecka na świadka¹¹.

Na uwagę zasługuje także uchwała Rady Ministrów z dnia 29 kwietnia 2014 r. w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie na lata 2014-2020, ponieważ w ustępie 2.3.6. wskazuje na konieczność wzmocnienia ochrony osób dotkniętych przemocą w rodzinie w toku postępowania karnego przez przesłuchiwanie dzieci w przyjaznych pokojach przesłuchań oraz tworzenie odpowiednich warunków do przesłuchiwania dorosłych osób dotkniętych przemocą w rodzinie. Realizatorzy zadania to: minister sprawiedliwości, minister właściwy do spraw wewnętrznych, sądy powszechne, Komenda Główna Policji, jednostki samorządu terytorialnego – szczebel gminny i powiatowy we współpracy z organizacjami pozarządowymi¹². Uchwała weszła w życie 9 czerwca 2014 r.

W dniu 13 kwietnia 2016 r. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach świadka w postępowaniu karnym określiło wzór owego pouczenia wskazując w ust. 8, iż świadek, który nie ukończył 15 lat i zeznaje w sprawie o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby, przestępstwo na tle seksualnym lub przeciwko rodzinie lub jest pokrzywdzonym przestępstwem przeciwko wolności, jest przesłuchiwany tylko raz przez sąd, w odpowiednio przystosowanym, przyjaznym pokoju. Przesłuchanie jest nagrywane. Może być on również przesłuchany przy zastosowaniu wideokonferencji. Rozporządzenie weszło w życie 15 kwietnia 2016 r. Tylko wyjątkowo można go przesłuchać ponownie (art. 185a, art. 185b i art. 185d)¹³. Powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego należy wskazać, iż zasada przyjęta w art. 185a § 1 kpk nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Dopuszczalne jest bowiem powtórzenie przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w dwóch ściśle wskazanych wypadkach. Po pierwsze, jeżeli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania pokrzywdzonego. Po drugie wtedy, gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. W tej ostatniej sytuacji nie ma znaczenia, jaki jest

¹⁰ E. Pływaczewski, *Nowe rozwiązania w zakresie przesłuchania małoletnich ofiar przestępstw seksualnych z perspektywy teorii i praktyki w Polsce*, Białystok 2015, s. 4; oprac. niepubl.

¹¹ A. Antoniak-Drożdż, *Przesłuchiwanie dziecka w procesie karnym – uwagi praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” (PiP) 2006, nr 6, s. 46.

¹² Uchwała Rady Ministrów z dnia 29.04.2014 r. w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie na lata 2014-2020 (M.P.2014.445).

¹³ Określenie wzoru pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach świadka w postępowaniu karnym, Dz. U. 2016.515 z dnia 14.04.2016 r.

powód tego wniosku, ani też czy oskarżony w ogóle go podał. Wystarczający jest sam fakt zgłoszenia żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, by sąd był zobowiązany do ponownego przesłuchania pokrzywdzonego¹⁴. Zasadne jest tu także wskazanie uwagi T. Grzegorzcyka, który uznał, iż przesłuchanie dziecka przeprowadzone być powinno dopiero po uzyskaniu jak największej liczby informacji potrzebnych do przesłuchania małoletniego świadka. Wskazuje on nadto, iż organ ścigania powinien wtedy przesłuchać zawiadamiającego dorosłego oraz rozważyć możliwość przeprowadzenia innych dowodów, np. badań lekarskich¹⁵.

Wprowadzenie regulacji prawnych w zakresie odbierania zeznań od małoletnich świadków było ukoronowaniem działań profesjonalistów, którzy propagowali ideę przyjaznego przesłuchiwanie dzieci. Wieloletnia praktyka sądów, prokuratury czy policji pokazała, iż niezbędne było uregulowanie kwestii przesłuchiwanie małoletnich poza salą rozpraw w celu zapewnienia im większej swobody, komfortu, poczucia bezpieczeństwa i ograniczenia stresu i dodatkowych traum w związku z koniecznością wracania wspomnieniami do często bardzo trudnych wydarzeń z ich życia.

Warunki przyjaznego pokoju przesłuchań dzieci

Standardy dotyczące przesłuchiwanie małoletnich świadków w trybie art. 185 a i 185 b k.p.k., opracowane w 2010 r. przez Fundację Dzieci Niczyje w konsultacji z Radą Ekspertów do spraw Ochrony Dzieci – Ofiar Przestępstw oraz Koalicją na rzecz Przyjaznego Przesłuchiwanie Dzieci, wskazują, iż przesłuchiwanie małoletnich świadków i ofiar przestępstw powinno się odbywać w sposób zgodny z systemem prawnym oraz standardami europejskimi i międzynarodowymi, umożliwiającymi pozyskanie wartościowego materiału dowodowego; odpowiadający możliwościom rozwojowym przesłuchiwanego dziecka, gwarantujący ochronę praw dziecka, z nastawieniem na unikanie jego wtórnej traumatyzacji, wynikającej z udziału w procedurach prawnych, przy pełnym, właściwym wykorzystaniu możliwości lokalowych i technicznych przyjaznego pokoju przesłuchań dzieci, z dbałością o wyeliminowanie okoliczności, które mogą skutkować powtórными przesłuchaniami dziecka¹⁶. Chodzi tu zatem o ochronę psychiki tej osoby w sytuacji, gdy wkracza się w intymną, a jednocześnie brutalnie wykorzystaną wówczas przez sprawcę, sferę jej życia. Wiąże się to z wymogami zakazu ponownego dręczenia ofiary, wynikającego z tzw. Karty Praw Ofiary¹⁷. Na uwagę zasługuje w tym miejscu także art. 8 Konwencji

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., III KK 244/11.

¹⁵ T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, Lex Omega

¹⁶ <http://wymiar.sprawiedliwosci.fdn.pl/standardy-przesluchiwania> (27.06.2016).

¹⁷ P. Jarocki, *Prawa ofiar przestępstw*, PiP 2002, nr 10, s. 127.

o prawach dziecka, który stanowi, iż Państwa Strony podejmą odpowiednie kroki w celu ochrony praw i interesów dzieci-ofiar (...) na wszystkich etapach postępowania karnego, w szczególności poprzez uznanie szczególnej wrażliwości ofiar oraz dostosowanie procedur, aby uwzględnić ich szczególne potrzeby, w tym wynikające z roli świadków¹⁸.

Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci jest prowadzony przez podmiot posiadający osobowość prawną, w szczególności sąd, inną instytucję państwową lub samorządową, bądź organizację pozarządową zajmującą się pomocą małoletnim. Wytyczne opracowane zostały na podstawie Kodeksu Postępowania Karnego oraz Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego.

Rozporządzenie owe w § 5 ust. 1 wskazuje, iż na potrzeby prowadzenia przesłuchania wyodrębnia się pokój przesłuchań i pokój techniczny. Ustęp 2. stanowi, iż pokój przesłuchań służy do przeprowadzenia przesłuchania świadka przez sędziego w obecności i z udziałem biegłego psychologa oraz tłumacza, jeżeli został powołany.

Opracowane standardy przesłuchań wskazują, iż jeżeli pozwalają na to możliwości techniczne, przesłuchanie musi być bezwzględnie rejestrowane za pomocą stosownie przygotowanego sprzętu audiowizualnego¹⁹ (właściwie ustawionej kamery, umożliwiającej zapis gestykulacji i mimiki twarzy dziecka), co pozwala na ograniczenie protokołu do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących w nim udział²⁰. Przebieg przesłuchania powinien być utrwalony na dwóch niezależnych nośnikach, które bezpośrednio po czynności procesowej winny być zabezpieczone przez sąd²¹. W przypadku braku możliwości technicznych, przesłuchanie powinno być rejestrowane przynajmniej za pomocą urzędnika rejestrującego dźwięk²².

Podmiot prowadzący Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci ma zapewnić jego obsługę organizacyjną, tj. udzielać uczestnikom przesłuchania instrukcji dotyczących sposobu korzystania z Przyjaznego Pokoju Przesłuchań Dzieci, wyznaczyć osobę odpowiedzialną za obsługę techniczną przesłuchania oraz przekazywać opiekunom dziecka informacje o ofercie pomocy i wsparcia.

W publikacji *Psychologiczne kryteria wysłuchania dziecka w sprawach rodzinnych i opiekuńczych* wskazano, iż miejsce wysłuchania powinno zostać dokładnie przygotowane, najlepiej jeśli będzie to pomieszczenie przynajmniej w przybliżeniu

¹⁸ Biuro Rzecznika o Prawach Dziecka, *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Warszawa 2015, s. 216

¹⁹ Zgodnie z treścią art. 147 § 2 pkt 2 kpk.

²⁰ Zgodnie z treścią art. 147 § 3 kpk.

²¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie rodzaju i środków technicznych służących do utrwalania obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobów ich przechowywania, odtwarzania i kopiowania zapisów (Dz. U. z 2003 r. nr 107, poz.1005).

²² <http://wymiar.sprawiedliwosci.fdn.pl/standardy-przesluchiwania> (27.06.2016).

odpowiadające warunkom przyjaznego pokoju przesłuchań; warunki w nim panujące bliższe pokojowi mieszkalnemu niż pomieszczeniu służbowemu. Jeśli to możliwe, najlepiej zwrócić się o udostępnienie takiego specjalnie przystosowanego dla potrzeb procesu karnego. W praktyce w sprawach opiekuńczych najczęściej będzie to gabinet sędziego. Warto więc zadbać, by znalazło się tam miejsce do siedzenia dla dziecka oraz miejsce i materiały do rysowania w przypadku młodszego dziecka; wskazane byłoby, aby dziecko mogło zabrać ze sobą ulubioną zabawkę²³.

Pokój przesłuchań, pokój techniczny, poczekalnia

Zgodnie z przepisami rozporządzenia²⁴ oraz standardów przesłuchiwania²⁵ **niebieski pokój** ma zapewniać prowadzenie czynności przesłuchania dziecka przez sędziego z udziałem biegłego psychologa oraz tłumacza, jeżeli został powołany. Ponadto musi być utrzymany w stonowanej kolorystyce. Niewskazane są ostre i ciemne kolory. Pokój powinien być wyposażony w meble, które mają zapewnić komfortowe przebywanie w nim dziecku w każdym wieku (miękką wykładzina albo dywan, kanapa, fotele lub stoliki i krzesła w dwóch rozmiarach, wykorzystywane w zależności od wieku dziecka). Jeśli dziecko jest niepełnosprawne – drzwi muszą mieć odpowiedni wymiar, a meble możliwe do przesunięcia po to, by dostosować ten pokój do potrzeb dziecka. Głównym jednak zadaniem pokoju jest zapewnienie przebywającym w nim uczestnikom czynności przesłuchania poczucie bezpieczeństwa i możliwość koncentracji poprzez wyciszenie drzwi i okien, a okna nie powinny posiadać krat. Co do zasady w pokoju nie powinny znajdować się żadne zabawki, a jedynie materiały pomocne w uzyskiwaniu informacji od dziecka (kredki, papier, flamastry). W celu zapewnienia komfortu przesłuchania dziecku – w pokoju powinna znajdować się woda oraz chusteczki higieniczne. Pokój powinien być ulokowany tak, aby zapewnić brak styczności dziecka z oskarżonymi, zatrzymanymi lub pokrzywdzonymi innymi przestępcami, jeśli pokoje umiejscowione są w budynkach jednostek wymiaru sprawiedliwości lub organów ścigania. Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci powinien być wyposażony w odpowiedni sprzęt w celu utrwalenia przesłuchania, a zatem niezbędne są: kamera, mikrofon, sprzęt nagrywający dźwięk i obraz, słuchawki dla sędziego i biegłego psychologa.

²³ A. Czerdenecka, *Psychologiczne kryteria wysłuchania dziecka w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo” (RiP) 2010, nr 14-15, Instytut Badań DNA, s. 41.

²⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego (Dz. U. 2013, poz. 1642).

²⁵ <http://wymiar.sprawiedliwosci.fdn.pl/standardy-przesluchiwania> (27.06.2016).

Pokój techniczny z kolei powinien być takiej wielkości, aby umożliwiał uczestniczenie w czynności przesłuchania prokuratorowi, obrońcy podejrzanego/oskarżonego, pełnomocnikowi pokrzywdzonego, przedstawicielowi ustawowemu małoletniego, osobie pełnoletniej wskazanej przez małoletniego oraz protokolantowi. Aby wskazane osoby mogły uczestniczyć w przesłuchaniu – niezbędne jest oddzielenie pokoju przesłuchań od pokoju technicznego szybą wenecką. Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci ma za zadanie zapewnić zapis przesłuchania na dwóch niezależnych nośnikach, możliwość obserwowania i słuchania przebiegu przesłuchania przez uczestników czynności procesowej przebywających w pokoju technicznym oraz możliwość przekazywania przez nich sędziemu i biegłemu psychologowi pytań do dziecka; rejestrację w formie dźwięku pytań uczestników czynności przesłuchania przebywających w pokoju technicznym; dostęp uczestnikom czynności przesłuchania do aktów prawnych.

Jednostka prowadząca Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci powinna mieć **poczekalnię**. Osoby nieuprawnione do udziału w przesłuchaniu nie powinny mieć do niej dostępu. Powinna znajdować się jak najbliżej pokoju przesłuchań. W związku z faktem, iż czasami oczekiwanie na przesłuchanie może chwilę potrwać – należy zapewnić środki do aktywnego spędzenia czasu oczekiwania dziecku, tj. powinny się tam znajdować np. książki, kredki, papier, gry, a także woda i chusteczki higieniczne. W sąsiedztwie pokoju przesłuchań powinna się także znajdować **toaleta**.

Lokalizacja pokoju

Pokoje do przesłuchań dzieci są to najczęściej specjalne pomieszczenia znajdujące się poza budynkiem sądu czy prokuratury, ale także pomieszczenia w budynku sądu czy prokuratury albo w siedzibach różnych fundacji. Ma to na celu wpłynięcie na poczucie bezpieczeństwa przesłuchiwanego dziecka. Warunki panujące w takim pokoju mają się odbywać w przyjaznych warunkach. Według Fundacji Dajemy Dzieciom Siłę wzorcowe przyjazne pokoje znajdują się w Warszawie, w Centrum Pomocy Dzieciom *Mazowiecka*, w Zielonej Górze, w Zakładzie Poradnictwa Młodzieżowego i Edukacji Seksualnej Uniwersytetu Zielonogórskiego, także w Łodzi w Sądzie Rejonowym Łódź-Śródmieście, który powstał jako jeden z pierwszych w Polsce.

Na przykład Sąd Okręgowy w Opolu opisuje owe pomieszczenie w następujący sposób: „«przyjazny pokój» składa się z dwóch pomieszczeń podzielonych lustrem weneckim: pokoju przesłuchań przeznaczonego dla osoby przesłuchiwanej, przesłuchującej oraz w razie potrzeby psychologa oraz pokoju technicznego przeznaczonego dla stron, pełnomocników oraz innych uprawnionych osób. Pokój przesłuchań wyposażony jest w dwie kolorowe kamery, mikrofony oraz zestawy nauszne pozwalające na bezpośrednie porozumiewanie się między pokojem technicznym a osobą przesłuchującą. Pokój

umeblowany został w sposób zapewniający komfortowe przebywanie w nim młodszym i starszym dzieciom, utrzymany jest w stonowanej, pastelowej kolorystyce. Wyposażony jest w materiały i sprzęt pomocny w uzyskiwaniu informacji od dziecka (kredki, papier). Pokój może być wykorzystywany również do innych celów np. przesłuchanie dorosłych, badania psychologiczne, pedagogiczne, rozmowa z kuratorem, okazania. Pokój techniczny wyposażony jest w sprzęt audio-wideo pozwalający rejestrować przesłuchanie oraz sporządzić zapis na płycie DVD²⁶.

Procedura przesłuchania

Przesłuchanie dziecka ma charakter rozmowy z sędzią w obecności psychologa. W pokoju znajdującym się obok pokoju przesłuchań przebywa prokurator, ewentualnie obrońca oskarżonego, a także protokolant i osoba odpowiedzialna za wsparcie techniczne. Przesłuchanie nagrywane jest na płytę DVD lub taśmę VHS i jest dołączane do materiału dowodowego sprawy.

Metodyka przesłuchiwania małoletniego świadka została opracowana na podstawie Investigative Interview Protocol²⁷ amerykańskiego Narodowego Instytutu Zdrowia i Rozwoju Dziecka (NICHD) autorstwa zespołu prof. Michaela E. Lamba oraz Ten Step Investigative Interview prof. Thomasa D. Lyona²⁸. Rekomendacje dotyczące przesłuchiwania dziecka bazują na empirycznej wiedzy nt. możliwości rozwojowych dziecka – kompetencji poznawczych, pamięci, mowy, podatności na sugestię. Wyniki wieloletnich badań wykazały, że korzystanie z metodyki bazującej na protokole NICHD maksymalizuje ilość informacji uzyskanych od dziecka dzięki aktywizowaniu jego pamięci i narracji za pomocą formuły pytań otwartych. Stosowanie metodyki NICHD sprawia, że sytuacja przesłuchania jest mniej drażliwa dla dziecka, a tym samym jest ono chronione przed wtórną traumatyzacją²⁹.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. określa m.in. **sposób przesłuchania przeprowadzanego w trybie przepisów art. 185a-185c KPK**. § 2 wskazuje natomiast, iż jeżeli świadek jest małoletni czyli w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, planowana pora i czas przesłuchania powinny uwzględniać potrzeby wynikające z jego wieku, potrzebę nawiązania z nim kontaktu przez biegłego psychologa przed przystąpieniem do przesłuchania oraz potrzebę ewentualnych przerw w prowadzonej czynności. Z kolei § 3 stanowi, że przed rozpoczęciem przesłuchania małoletniego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, lub osoby cierpiącej na upośledzenie

²⁶ <http://www.opole.so.gov.pl/pl/dokumenty/przyjazny-pokoj> (27.06.2016).

²⁷ <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2180422/> (27.06.2016)

²⁸ T. D. Lyon, *Ten step investigative interview*, University of Southern California Law, styczeń 2005

²⁹ Publikacja *Jak prowadzić przesłuchanie dziecka. Metodyka przesłuchania małoletniego świadka*, <http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/przesluchanie-dziecka-sztuka> (27.06.2016)

umysłowe, a także w innych przypadkach uzasadnionych stanem emocjonalnym lub właściwościami osobistymi świadka, sędziego, prokuratora, obrońca i pełnomocnik pokrzywdzonego mogą uzgodnić z biegłym psychologiem sposób formułowania zadawanych świadkowi pytań, w szczególności dotyczących sfery intymnej. W § 4 ust. 1 rozporządzenia jest wskazane, iż przed rozpoczęciem przesłuchania biegły psycholog przeprowadza ze świadkiem wstępną rozmowę w celu obniżenia poziomu lęku i niepokoju świadka. Istotne jest, iż jeżeli świadek jest małoletni czyli w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, lub osobą cierpiącą na upośledzenie umysłowe, biegły psycholog w miarę potrzeby udziela sędziemu pomocy w wyjaśnieniu w sposób zrozumiały dla świadka zasad przesłuchania, w tym prawa odmowy składania zeznań, o ile prawo to świadkowi przysługuje, obowiązku mówienia prawdy i faktu utrwalania czynności w formie zapisu na nośnikach³⁰. Przepisy przytaczanego rozporządzenia weszły w życie 27 stycznia 2014 r.

Wskazana wyżej metodyka została skonsultowana z ekspertami z Ministerstwa Sprawiedliwości, Polskiego Towarzystwa Psychologicznego oraz Stowarzyszenia Sędziów „Iustitia”.

Wprowadzone przepisy regulujące przesłuchiwanie dzieci w postępowaniu karnym w specjalnych przyjaznych pokojach stały się wzorem dla postępowania cywilnego w zakresie wysłuchania małoletnich. To pokazuje więc jak istotne jest ich istnienie i obowiązek korzystania z nich w trakcie wysłuchiwanie małoletnich również w procesie cywilnym.

Analizując regulacje prawne dotyczące **wysłuchania dziecka w procesie cywilnym** należy zwrócić uwagę na następujące przepisy: art. 216 ze zn.1 Kodeksu postępowania cywilnego, który w §1 stanowi, iż Sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego dziecka wysłucha je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych. Natomiast art. 576 §2 Kodeksu postępowania cywilnego wskazuje, iż Sąd w sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka wysłucha je, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala, uwzględniając w miarę możliwości jego rozsądne życzenia. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych³¹.

Z przebiegu wysłuchania w trybie art. 157 § 3 kpc oraz § 154 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych sporządza się notatkę. Wysłuchanie powinno odbywać się poza salą rozpraw sądu. Wskazane jest wykorzystanie w tym celu Przyjaznych Pokoi Przesłuchań Dzieci, w szczególności pomieszczeń posiadających certyfikat Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Fundacji Dzieci Niczyje. Prowadzenie czynności w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań Dzieci odbywa się

³⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego, (Dz. U. 2013, poz. 1642).

³¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 1964 nr 43, poz. 296).

bez użycia sprzętu audiowizualnego. Wysłuchanie może być przeprowadzone w innym miejscu, w szczególności znajdującym się w budynku sądu lub organizacji pozarządowej zajmującej się ochroną praw dzieci. Miejsce to powinno zapewniać dziecku poczucie bezpieczeństwa, swobodę wypowiedzi oraz sprzyjać jego koncentracji³².

Skuteczność ochrony małoletniego

Jak wskazano na początku niniejszego artykułu – głównym jego celem jest m.in. znalezienie odpowiedzi na pytanie czy ochrona małoletniego w świetle obowiązujących przepisów jest skuteczna. Chcąc przekonać się czy wymogi opisane wyżej są spełniane przy wyposażaniu „niebieskich pokoi” – wybrałam do analizy losowy pokój. W Internecie znajduje się szereg zdjęć „niebieskich pokoi”, a także filmiki obrazujące ich wygląd. Pokój, któremu się dogłębnie przyjrzałam znajduje się w Łodzi przy ul. Krokusowej w Pogotowiu Opiekuńczym nr 1³³. Jego zdjęcia oraz film³⁴ znajdujące się w Internecie dokładnie wskazują, jak wygląda. Znajdują się w nim dwa fotele i kanapa. W środku są umiejscowione 2 mikrofony oraz kamera, które rejestrują dźwięk i obraz. Pokój przesłuchań jest w jasnych barwach. Znajdują się w nim pluszaki, kredki. Za lustrem weneckim jest pokój techniczny. Na podstawie zamieszczonych w Internecie zdjęć oraz filmu stwierdzam, iż pokój przy ul. Krokusowej w Łodzi spełnia wymagania co do wyglądu i wyposażenia opisane we wcześniejszej części niniejszego artykułu.

Zadając pytanie o zasadność istnienia „niebieskich pokoi” przywołać należy chociażby przykład głośnego procesu karnego z 2008 r. w Zabrzu (proces sióstr boromeuszek), gdzie świadkiem był chłopiec zeznający na sali rozpraw w obecności swoich oprawców, którzy go bili, wyzywali i gwałcili. Obecność oskarżonych na sali w trakcie przesłuchania chłopca spowodowała, iż nie chciał odpowiadać na pytania, płakał, czuł się zestresowany i ponownie przeżywał traumę. Innym przykładem są liczne sprawy o znęcanie czy molestowanie, gdzie dzieci są przesłuchiwane w celu ustalenia stanu faktycznego w sprawie. Mając na uwadze jedynie powyższe przykłady bezsprzecznie należy stwierdzić, iż istnienie „niebieskich pokoi” jest niezbędne do zapewnienia odpowiednich warunków małoletnim w procesie ich przesłuchiwania w charakterze świadków. Zapewniają one poczucie bezpieczeństwa, spokojną atmosferę oraz ograniczają stres związany z daną sprawą.

Zasadność istnienia „niebieskich pokoi” potwierdza także dwoje sędziów, z którymi miałam okazję na ten temat porozmawiać. Sędzia z Wydziału

³² <http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/informacje-ogolne-wysluchanie> (27.06.2016).

³³ <http://www.uml.lodz.pl/miasto/aktualnosci/?news=31344> (27.06.2016).

³⁴ <http://www.tvn24.pl/lodz,69/jak-wygladaja-przyjazne-pokoje-przesluchan,568625.html> (27.06.2016).

Rodzinnego Sądu Rejonowego w Białymstoku stwierdziła, iż dzięki ich istnieniu w budynku Sądu Rejonowego przy ul. Mickiewicza 103 oraz w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym przy ul. Waszyngtona w Białymstoku dzieci są spokojniejsze, czują się bezpieczniej, nie są narażone na dodatkowy stres. Fakt potwierdza również sędzia z Sądu Okręgowego I Wydziału Cywilnego w Białymstoku, która niejednokrotnie przesłuchiwała małoletnich w sprawach rozwodowych lub dotyczących rozdzielenia władzy rodzicielskiej.

Mając na uwadze powyższe bezwzględnie stwierdzam, iż istnienie „niebieskich pokoi” jest zasadne i konieczne. Dzięki nim zeznania małoletnich są bardziej obszerne i wiarygodne.

Wnioski końcowe

Bezsprzecznie istnieje konieczność zapewnienia małoletnim komfortowych warunków w trakcie przesłuchania. Regulacje prawne obowiązujące w Polsce, które zapewniają małoletniemu odbycie przesłuchania w warunkach opisanych w niniejszym artykule bezwzględnie należy uznać za słuszne. Środowisko psychologów, które wiele lat walczyło o zmianę przepisów prawnych w celu zapewnienia preferencyjnego miejsca przesłuchań miało rację wskazując, iż istotne jest szczególne potraktowanie i zadbanie o małoletniego. Praktyka polskich sądów i prokuratury pokazuje, iż przyjazne pokoje są niezwykle przydatne. Dane wskazują, iż rokrocznie w takich pokojach przesłuchuje się kilka tysięcy małoletnich. Materiał dowodowy zgromadzony w trakcie przesłuchania w przyjaznych pokojach jest pełnowartościowy. Istotne jest także, iż nagranie przesłuchania umożliwia później małoletniemu brak konieczności wielokrotnego powracania do często traumatycznych i trudnych przeżyć. Stefański niezwykle trafnie stwierdził, iż celem art. 185b § 1 kpk jest zaoszczędzenie małoletniemu kosztownych przeżyć związanych z popełnionym przestępstwem, a te mogą być szczególnie przykre w razie odtwarzania ich przebiegu popełnionych z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej³⁵. W tym miejscu należy przytoczyć wytyczne dotyczące wymiaru sprawiedliwości w sprawach, w których ofiarami lub świadkami przestępstw są dzieci, przyjęte przez Radę Gospodarczą i Społeczną ONZ. Są to: godność dziecka (każde dziecko jest unikalną i cenną istotą ludzką i jako takiej, jej godność, potrzeby, interesy i prywatność powinny być szanowane i chronione); niedyskryminacja; dobro dziecka (które obejmuje prawo do ochrony i prawo do harmonijnego rozwoju); ochrona (przed każdą formą cierpienia); harmonijny rozwój oraz wskazane już wyżej prawo do uczestnictwa³⁶.

³⁵ R. Stefański, *Szczególne tryby przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” (WPP) 2005, nr 4, s. 87.

³⁶ www.prokuratura.lgnica.pl/pliki/dziecko_swiaadek.pdf (27.06.2016).

Konwencja o prawach dziecka w art. 3 wskazuje, iż we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka³⁷. W Komentarzu Ogólnym nr 14 z 2013 r. Komitet Praw Dziecka wskazuje, iż w sprawach karnych zasada ta odnosi się zarówno do najlepszego zabezpieczenia interesów dzieci, będących domniemanymi lub rzeczywistymi sprawcami przestępstw, jak i do przypadków kontaktów z wymiarem sprawiedliwości pokrzywdzonych dzieci lub dzieci będących świadkami przestępstwa. W sprawach cywilnych zasada nadrzędności najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka rozciąga się na sytuacje, gdy postępowanie dotyczy bezpośrednio interesów małoletniego, a także wysłuchania dziecka w procesach, które mają istotny wpływ na życie i rozwój dziecka (jak np. rozwód jego rodziców)³⁸. Skuteczne wykorzystywanie przyjaznych pokoi przesłuchań oraz wykonywanie czynności w sposób niepowodujący wtórnej wiktyimizacji ofiar, pozwala na systemowe podejście do potrzeb i oczekiwań osób pokrzywdzonych przestępstwami oraz przyczynia się do wyeliminowania negatywnych konsekwencji związanych z prowadzeniem przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości czynności z osobami pokrzywdzonymi przestępstwem³⁹. Obecnie kwestia dziecka będącego świadkiem w toku postępowania budzi pewne kontrowersje i wątpliwości. Przeciwnicy uczestnictwa dziecka w czynności przesłuchania często argumentują, że wyjątkowo trudnym zadaniem jest wzbudzenie zaufania u dziecka, które jest obligatoryjnym elementem wiarygodnych zeznań⁴⁰.

Reasumując, zgodnie z raportem Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) nie wystarczy wysłuchanie stanowiska dziecka w sprawach jego dotyczących, ale ważne jest stworzenie przyjaznych i bezpiecznych warunków do kontaktu z nim oraz wypracowanie stosownych technik prowadzenia rozmowy, aby zidentyfikować faktyczne poglądy dziecka i należycie uwzględnić jego swoiste potrzeby (European Union Agency for Fundamental Rights, 2015)⁴¹.

Niniejszy artykuł bezspornie wskazuje, iż istnienie „niebieskich pokoi” jest niezbędne i konieczne w celu zapewnienia prawidłowości postępowania w zakresie przesłuchania dziecka zarówno w procesie cywilnym, jak i karnym. Pokoje te zapewniają dzieciom poczucie bezpieczeństwa poprzez odpowiednie warunki, w których małoletni są przesłuchiwani. Fakt ten potwierdzają

³⁷ Biuro Rzecznika o Prawach Dziecka, op. cit., s. 215.

³⁸ Komentarz ogólny nr 14 (2013) o prawie dziecka do najlepszego zabezpieczenia jego interesów (art. 3, ust. 1), przyjęty przez Komitet Praw Dziecka na 62 sesji (14 styczeń – 1 luty 2013 r.), CRC/C/GC/14, s. 8-9, źródło: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14_&Lang=en (27.06.2016).

³⁹ <http://www.sopot.policja.gov.pl/profilaktyka/117.pdf> (27.06.2016).

⁴⁰ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 270.

⁴¹ A. Budzyńska, *Wysłuchanie dziecka w postępowaniu cywilnym*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2015, t. 14, nr 4, s. 52.

zarówno psychologowie jak i sędziowie dokonujący czynności przesłuchania w owych pokojach. Istotną rolę w procesie tworzenia „niebieskich pokoi” w Polsce mają liczne organizacje pozarządowe, które poprzez kampanie społeczne budują świadomość w społeczeństwie. Bardzo ważne są także szkolenia prowadzone dla sądów i prokuratury w zakresie wymienionych regulacji. Najistotniejszym jednak jest bezwzględnie dobro dziecka i niedopuszczenie do tego, by ponownie wyrządzona mu została krzywda. I taką też rolę pełnią „niebieskie pokoje” przesłuchań.

Bibliografia

- Antoniak-Drożdż A., *Przesłuchanie dziecka w procesie karnym – uwagi praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6.
- Biuro Rzecznika o Prawach Dziecka, *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Warszawa 2015.
- Budzyńska A., *Wysłuchanie dziecka w postępowaniu cywilnym*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka”, 2015, t. 14, nr 4.
- Czerdenecka A., *Psychologiczne kryteria wysłuchania dziecka w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, Instytut Badań DNA, „Rodzina i Prawo” 2010, nr 14-15.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, Lex Omega.
- Horna M., *Profesjonaliści o krzywdzonych dzieciach*, „Na Wokandzie” 2015, nr 1(23).
- Jarocki P., *Prawa ofiar przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10.
- Lyon T. D., *Ten step investigative interview*, University of Southern California Law, b.m.w, styczeń 2005.
- Pływaczewski E., *Nowe rozwiązania w zakresie przesłuchania małoletnich ofiar przestępstw seksualnych z perspektywy teorii i praktyki w Polsce*, Białystok 2015, oprac. niepubl.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13.04.2016 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach świadka w postępowaniu karnym (Dz. U. 2016.515 z dnia 14.04.2016 r.).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu Postępowania Karnego (Dz. U. 2013, poz. 1642).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie rodzaju i środków technicznych służących do utrwalania obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobów ich przechowywania, odtwarzania i kopiowania zapisów (Dz. U. z 2003 r. nr 107, poz.1005).
- Stefański R., *Szczególne tryby przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 4.

Uchwała Rady Ministrów z dnia 29.04.2014 r. w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie na lata 2014-2020, M.P.2014.445.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 1964 nr 43, poz. 296).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 1997 nr 89, poz. 555).

Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 2013, poz. 849).

Waltoś S., *Proces karny. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.

Orzecznictwo

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2014 r., III KK 212/14.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., III KK 244/11.

Strony internetowe

<http://classic-web.archive.org/web/20051214222647/http://www.gazeta.policja.pl/archiwum/1404/s4a1.html>.

<http://www.dziekoswiadek.pl> Standardy miejsca przesłuchiwanie dzieci, które powinien spełniać Przyjazny Pokój Przesłuchań Dzieci, stworzone przez Fundację Dzieci Niczyje i Ministerstwo Sprawiedliwości w 2007 r.,

<http://fdds.pl/o-nas/misja/>.

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2180422/>.

<http://www.opole.so.gov.pl/pl/dokumenty/przyjazny-pokoj>.

<http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/informacje-ogolne-wysluchanie>.

<http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/koalicja-na-rzecz-przyjaznego-przesluchiwanie-dzieci>.

<http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/pokoje-ktore-uzyskaly-certyfikat>.

<http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/procedura>.

<http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/przesluchanie-dziecka-sztuka> – Publikacja „Jak prowadzić przesłuchanie dziecka. Metodyka przesłuchania małoletniego świadka”.

<http://wymiar sprawiedliwosci.fdn.pl/standardy-przesluchiwanie>.

<http://www.uml.lodz.pl/miasto/aktualnosci/?news=31344>.

<http://www.tvn24.pl/lodz,69/jak-wygladaja-przyjazne-pokoje-przesluchan,568625.html>.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14_&Lang=en.

<http://www.sopot.policja.gov.pl/profilaktyka/117.pdf>.

www.prokuratura.legnica.pl/pliki/dziecko_swiadek.pdf.

ARTYKUŁY RECENZYJNE

Piotr Fiedorczyk

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: fiedorczyk@uwb.edu.pl
telefon: +48 85 7457153

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.24

**O niektórych zasadach polskiego procesu
cywilnego w XX w. Uwagi w związku z pracą
Anny Stawarskiej-Rippel, *Elementy prywatne
i publiczne w procesie cywilnym w świetle prac
kodyfikacyjnych w Polsce (1918-1964). Studium
historycznoprawne,*
Wyd. UŚ, Katowice 2015, 429 stron**

SUMMARY

**On the Selected Rules of Polish Civil Proceedings in the 20th Century. Remarks
Concerning Monography *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym
w świetle prac kodyfikacyjnych w Polsce (1918-1964). Studium historycznoprawne,*
Wyd. UŚ, Katowice 2015, 429 stron**

The book written by Anna Stawarska-Rippel is dedicated to one of the most important problems concerning the evolution of Polish civil proceedings in the 20th century. She describes the basic rules of Polish civil proceedings, showing their evolution in comparative perspective. Austrian, Swiss, German, French regulations are shown to illustrate the motives of the Polish legislator before World War II. Soviet regulations were introduced into Polish law after the war. Not all of them should have been abolished after the fall of communism in 1989. The book written by A. Stawarska-Rippel is a valuable contribution into the research on the history of Polish civil proceedings. It is also important for those who work on recodification of Polish civil proceedings now.

Key words: civil proceedings, codification, public and private interest, Poland.

Słowa kluczowe: procedura cywilna, kodyfikacja, interes prywatny i publiczny, Polska.

Wybór tematu uważam za nadzwyczaj trafny, w pewnym sensie nowatorski i godny pochwały. Brakuje prac o historii polskiej procedury cywilnej, choć

odnotować należy najnowszy okolicznościowy artykuł Anny Machnikowskiej¹. Autorka recenzowanej książki nie miała możliwości opisanie całości prac kodyfikacyjnych nad procedurą cywilną w Polsce XX w., gdyż tak postawione zadanie zajęłoby Jej prawdopodobnie pół życia. Ponadto, pewnym ograniczeniem w wyborze tematu było istnienie niemieckojęzycznej pracy A. Polkowskiego z 2009 r., wybiórczo omawiającej przedwojenny Kodeks postępowania cywilnego (k.p.c.) z 1930/33 r.² Autorka wybrała w związku z tym zagadnienie najważniejsze, stanowiące jak gdyby kręgosłup istoty procedury cywilnej: przenikanie się elementów prywatnych i publicznych w postępowaniu procesowym cywilnym w Polsce XX w. Poza swymi rozważaniami pozostawiła więc postępowanie niesporne, zabezpieczające i egzekucyjne. Tak ujęty temat pracy oznaczał konieczność koncentracji rozważań na zasadach kontradyktoryjności, działania sądu *ex officio*, dyspozytywności, ustności i pisemności oraz – częściowo – swobodnej oceny dowodów. Dla przejrzystości pracy Autorka trafnie rozgraniczyła postępowanie przed sądem I instancji oraz postępowanie odwoławcze. Tematem swych rozważań uczyniła więc zagadnienia, które stanowią nie tylko esencję procedury cywilnej, ale również jej najbardziej ciekawe aspekty. W mojej ocenie jeden tylko mały podrozdział wykracza poza temat pracy. Jest to fragment oznaczony jako podrozdział 3.1.4. w pierwszej części, dotyczący języków prawnych. To skądinąd bardzo ciekawy temat: prawdopodobnie już nie da się ustalić, czy pod inicjałami W.M. autora, który o tym problemie zajmująco pisał, kryje się pochodzący z zaboru pruskiego Wiktoryn Mańkowski? Zagadnienie to nadaje się zresztą do szerszego omówienia w publikacji naukowej.

Zawarte w recenzowanej monografii ustalenia Autorki będą miały podstawowe znaczenie dla przyszłych, bardziej szczegółowych badań nad różnymi aspektami historii polskiej procedury cywilnej XX w. Zagadnień do opracowania pozostało dużo, a wśród nich można wymienić prace nad kodyfikacją postępowania cywilnego w Polsce Ludowej, np. w dziedzinie postępowania egzekucyjnego. Zachęcam Autorkę do kontynuowania badań, nikt bowiem tak jak Ona nie jest przygotowany merytorycznie do zajęcia się różnymi aspektami historii procedury cywilnej.

Praca składa się ze *Wstępu*, dwóch wyraźnie wyodrębnionych części oraz z *Zakończenia*. W pierwszej części omówiono elementy prywatne i publiczne w postępowaniu spornym przed sądem pierwszej instancji, w drugiej części natomiast postępowanie odwoławcze. W ramach części zastosowano podział na rozdziały w ujęciu chronologicznym. Autorka konsekwentnie stosuje w pracy metodę historycznoprawną, czemu zresztą dała wyraz już w tytule pracy. Stosując metodę historycznoprawną, A. Stawarska-Rippel zrezygnowała jednak z umieszczenia w pracy rozdziału, który ogólnie, w ujęciu chronologicznym,

¹ A. Machnikowska, *50-lecie kodeksu postępowania cywilnego z dalekiej i bliskiej perspektywy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” (KPP) 2015, t. XXIV, z. 3, s. 551-587.

² A. Polkowski, *Die polnische Zivilprozessordnung von 1930/33: unter Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, russischen und französischen Rechts*, Frankfurt a. M. 2009.

przedstawiałby przebieg prac nad polską procedurą cywilną w latach 1918-1964. W efekcie wątki dotyczące przebiegu prac zostały zawarte głównie w części pierwszej, przy omawianiu postępowania przed sądem pierwszej instancji. Wątki takie występują, oczywiście w znacznie mniejszym natężeniu, także w części drugiej, dotyczącej środków odwoławczych. Ostatecznie uznać należy, że przyjęte przez Autorkę rozwiązanie co do struktury pracy broni się w praktyce, z tym zastrzeżeniem, iż książka jest adresowana do mającego solidne przygotowanie naukowe czytelnika.

Wielką zasługą Autorki jest przedstawienie i wykorzystanie w pracy praktycznie wszystkich kodeksów procedury cywilnej, które obowiązywały w Europie. Zgromadzony przez Badaczkę materiał komparatystyczny budzi podziw i nie ma swojego odpowiednika w polskiej literaturze historycznoprawnej procesu cywilnego. Z wielkim zainteresowaniem czytałem o kantonalnych kodeksach szwajcarskich, o rosyjskiej procedurze cywilnej, wreszcie o kodeksie Kleinowskim z 1895 r. (z czasów premierostwa Kazimierza Badeniego). Uświadomiło mi to, jak bardzo pomijany był to temat. Tutaj drobna uwaga: myślę, że ogólnoniemiecka procedura cywilna (1877, ze zmianami związanymi z wejściem w życie BGB) mogłaby być nieco szerzej uwzględniona, tak jak na stronach 80 i 262. Warto odnotować uwagę Autorki o tym, że w pracach Komisji Kodyfikacyjnej rozważano możliwość unifikacji procesu cywilnego poprzez przyjęcie na terenie całego kraju procedury austriackiej z 1895 r. (s. 43), którą Autorka trafnie określa w *Zakończeniu* jako „złoty środek” między elementami prywatnymi i publicznymi w procesie cywilnym (s. 386). Ciekawe, że koncepcji tej przeciwstawił się skutecznie pochodzący z zaboru austriackiego Prezydent Komisji Kodyfikacyjnej F. K. Fierich.

Odrębnie należy się odnieść do zawartych w pracy ustaleń Autorki dotyczących dziejów radzieckiej procedury cywilnej. Uważam, że te fragmenty należą do najbardziej wartościowych. Autorce udało się opracować prawie nieznaną w Polsce fragment dziejów prawa radzieckiego. Przy okazji – muszę odnotować pewną nieścisłość w tym zakresie. Autorka pisze o „radzieckim kodeksie postępowania cywilnego” (strony 175, 182, 193), co nie wydaje się poprawne, skoro był to kodeks Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej. W ramach rzekomo federacyjnego charakteru ZSRR każda z republik miała własny kodeks procedury cywilnej, a wspólne były tylko podstawy ustawodawstwa. Radziecka nauka prawa wielce drobiazgowo analizowała różnice pomiędzy poszczególnymi kodeksami republik związkowych, co rzekomo miało świadczyć o odrębności republik w ramach ZSRR. Nie trzeba dodawać, że był to tylko propagandowy zabieg. Przyznaję, że w innych miejscach Autorka pisze o odrębnych kodeksach radzieckich republik związkowych (w praktyce i tak najważniejszy był każdy kodeks obowiązujący w RSFR), więc wspomniana nieścisłość nie ma znaczenia dla trafności wywodów. Jeszcze jedna uwaga – a propos prawa radzieckiego. Anna Stawarska-Rippel pisze na s. 186 o tym, że

„rozbieżności między brzmieniem kodeksu a aktami nowelizującymi pogłębiło wejście w życie konstytucji stalinowskiej z 1936 r.”. Szkoda, że tezy tej nie uzasadnia, a odsyła jedynie do mało dostępnej pozycji. Intryguje mnie zagadnienie wpływu konstytucji z 1936 r. na radziecką procedurę cywilną.

Z dużym zainteresowaniem czytałem fragment monografii o pracach nad kodyfikacją polskiej procedury cywilnej jeszcze przed powołaniem w 1919 r. Komisji Kodyfikacyjnej. Jest zastanawiające, jak wiele w ciągu krótkiego wojennego przecież czasu osiągnięto. Prowokuje to do postawienia pytania – czy wobec rezultatów prac z lat 1917-18 Komisja Kodyfikacyjna z 1919 r. z jej rozbudowaną strukturą i skomplikowaną regulaminami procedurą była najlepszym rozwiązaniem? W tym kontekście pojawia się kolejne pytanie: jak to możliwe, że w pracach (jak to rozumiem z wywodów Autorki) całkowicie abstrahowano od prawa cywilnego materialnego? Badaczka dostrzega wyjątkowość prac komisji warszawskiej i krakowskiej oraz ich wyników. Pisze o „gruntownym materiale przygotowawczym dla właściwych prac kodyfikacyjnych” (s. 83), „przynoszącym niezwykle obszerny materiał będący solidną podwaliną prac kodyfikacyjnych” (s. 276). To ważne konstatacje.

Kolejna moja uwaga dotyczy prac F. K. Fiericha. Zasługi Profesora jako pierwszego Prezydenta Komisji Kodyfikacyjnej są powszechnie znane. Wiemy, że swoje oddanie pracom Komisji przypłacił utratą życia, umierając nagle w siedzibie Komisji na ul. Mokotowskiej 14 w Warszawie na zawał serca. Mnie jednak zaintrygowała jego nowatorska koncepcja postępowania przygotowawczego, opisywana na stronach 124-126. Przypomina mi to trochę dzisiejsze próby odniesienia do anglosaskiej koncepcji *pre-trial* (reformacja lorda H. K. Woolfa z przełomu XX i XXI w.), która zdobywa coraz więcej zwolenników w kontynentalnej Europie. Czyżbyśmy mieli tutaj wybitnego polskiego prekursora? Trafnie zauważa A. Stawarska-Rippel (s. 134), że współcześni polscy procesualiści cywilni nie dostrzegli fenomenu prac F. K. Fiericha na tym polu. Miejmy nadzieję, że dzięki recenzowanej pracy zostanie on dostrzeżony. Byłby to ważny argument w twierdzeniach o znaczeniu badań historycznoprawnych dla prawa pozytywnego.

Kolejnym przykładem ścisłych związków historii procesu cywilnego ze współczesnością jest kwestia postępowania w sprawach drobnych roszczeń. Autorka na stronach 134-135 odnosi się krótko do postępowania w sprawach „drobiazgowych” (jak to wówczas określano). Myślę, że sprawa zasługuje na większą uwagę. Franz Klein słusznie zauważał, że postępowanie w sprawach drobnych roszczeń powinno być uproszczone, a elementy kontradiktoryjne zdecydowanie osłabione. Odwoływał się do pionierskiej regulacji *Bagatellverfahren* z 1873 r. Może warto byłoby ten wątek w przyszłości rozwinąć, wskazać na rolę sądu w tych sprawach? Piszę o tym dlatego, że w prawie UE uregulowano właśnie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń (od 2009 r.). Jak to się ma do zasad „normalnego” procesu cywilnego? Czy tędy wiedzie droga

do przekształceń procesu? Tak niektórzy twierdzą. Gdybyśmy na to popatrzyli przez owoc pracy naszych kodyfikatorów – mogłoby być ciekawie.

W mojej opinii jedną z najciekawszych emanacji przenikania interesu publicznego i prywatnego w procesie cywilnym jest możliwość i warunki zawarcia ugody sądowej. Autorka nie poświęca dużo miejsca temu zagadnieniu (zapewne dlatego, że możliwość zawarcia ugody sądowej uznawano w klasycznym procesie za oczywiste prawo stron), ale je dostrzega. Przykładowo, na s. 137 odwołuje się do propozycji F. K. Fiericha, z której wynikało, że ugoda sądowa miała być przykładem realizacji zasady dyspozycyjności stron, bez żadnych przejawów sądowej kontroli nad warunkami ugody. Zmiana nastąpiła w 1950 r. Zawarcie ugody zostało poddane kontroli sądu, gdyż – jak wyjaśniał S. Szer, sąd zobowiązany był sprawdzić, czy wspomniana dyspozycja stron, podobnie jak uznanie powództwa, zrzeczenie się roszczenia, przyznanie faktów – nie były sprzeczne z ustawą, czy nie stanowiły obejścia ustawy lub interesu państwa (strony 175-176). Trudno o lepszy przykład wzrostu znaczenia sądu i ograniczenia zasady dyspozycyjności, a Autorka trafnie go wyeksponowała.

W tym miejscu chciałbym się odnieść do niektórych szczegółowych kwestii związanych z pracami Komisji Kodyfikacyjnej II RP nad polską procedurą cywilną. W opisie tych prac nie zauważyłem próby powiązania ich z pracami nad prawem o ustroju sądów powszechnych oraz nad procedurą karną (poza wzmianką na stronach 105, 282). Problem wydaje się istotny szczególnie w odniesieniu do dyskusji o charakterze środków zaskarżenia. Trudno byłoby spodziewać się, by obie procedury przewidywały inne środki zaskarżenia. Prawo o ustroju sądów powszechnych z 1928 r. problemu nie rozstrzygało (mówiło generalnie o środkach odwoławczych), ale k.p.k. z 1928 r. regulował apelację i kasację. Wydaje mi się, że miało to wpływ na kierunek prac nad środkami odwoławczymi w procedurze cywilnej. Powstaje w tym kontekście pytanie, czy zaobserwowane przez Autorkę (strony 102-104) spowolnienie prac nie wiązało się oczekiwaniem na zakończenie prac nad k.p.k.? Rzecz ciekawa, związek pomiędzy nowelizacją k.p.c., k.p.k. i p.u.s.p. jest silnie podkreślany przez Autorkę w odniesieniu do roku 1950 r. (np. s. 177).

Na s. 94 Autorka zwróciła uwagę na fakt, iż Stanisław Car, członek Komisji, został ministrem sprawiedliwości. Wynika stąd, że przez pewien czas łączył obie funkcje. To ciekawe zjawisko, wobec podkreślanego ciągle w literaturze faktu autonomii Komisji wobec ministra sprawiedliwości. Oceniając je, M. Mohyluk zauważa, iż fakt uczestnictwa ministrów sprawiedliwości w pracach Komisji jako członków osłabiał niezależność Komisji³. Do tej opinii Autorka się nie odnosi.

Nie ulega wątpliwości, że szeroko omawiany problem środków odwoławczych (ok. 1/3 objętości pracy) ma wielkie znaczenie dla relacji pomiędzy

³ M. Mohyluk, *Porządkowanie prawa w II Rzeczypospolitej: Komisja Kodyfikacyjna i Rada Prawnicza*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1999 (CzP-H), t. LI, z. 1-2, s. 291.

elementami prywatnymi i publicznymi w procesie cywilnym. Moją nieco polemyczną uwagę zwróciły wywody na temat kasacji (od s. 255). Autorka cytuje znanego mi cywilistę Witolda Bendetsona (pracował przed wojną w Prokuraturii Generalnej, a po wojnie w Urzędzie Zastępstwa Prawnego, był delegatem ministra sprawiedliwości w Komisji Kodyfikacyjnej z 1956 r.), jakoby kasacja służy zwłaszcza interesowi publicznemu, m.in. przez zapewnienie jednolitości orzecznictwa sądowego. Niecałkowicie podzielam to zdanie: w procesie cywilnym każdy środek odwoławczy służy realizacji i ochronie praw jednostki. Pogląd W. Bendetsona byłby prawdziwy w razie tzw. kasacji w obronie przepisów ustawy. Przyznaję, że Autorka problem dostrzega i poświęca mu mały podrozdział w części drugiej – 1.2., zatytułowany *Środki odwoławcze w kontekście interesów państwa i jednostki* (strony 255-260), ale oczekiwałbym wniosków bardziej stanowczych dotyczących ochrony praw jednostki, np. na s. 294 i n.

W części dotyczącej prac nad procedurą cywilną w Polsce Ludowej moją uwagę zwrócił fragment o zmianach w procedurze cywilnej w związku z dekretemi unifikacyjnymi prawa cywilnego w latach 1945-46. Zagadnienie jest stosunkowo obszerne i wystarczyłoby do napisania studium, uwzględniającego także postępowanie nieprocesowe. Należy pochwalić Autorkę za celne uwagi w tym zakresie, zawarte na stronach 163-164. Przekształcenia procesu dotyczyły przede wszystkim spraw z zakresu prawa rodzinnego: dodano art. 457(1)-457(18) zawierające „postępowanie w sprawach małżeńskich”⁴ oraz art. 457(19)-457(26) „postępowanie ze stosunków rodziców i dzieci”⁵. Nowe przepisy umieszczono w tytule V księgi II części I k.p.c., zatytułowanym „postępowania odrębne”, w którym dotychczas regulowano jedynie postępowanie nakazowe i upominawcze. „Oba nowo wprowadzone postępowania przedstawiają typ określany w teorii mianem procesu inkwizycyjnego. Zasada inkwizycji w procesie jest przeciwstawieniem zasady dyspozycji stron, której to zasadzie w idealnej prawa postaci hołdował proces cywilny XIX stulecia. Dopiero w miarę rozszerzenia się ingerencji państwa przy równoczesnym zwięźnieniu praw podmiotowych jednostek w najrozmaitszych domenach prawnych, zaczęła ulegać zmianie fizjonomia procesu cywilnego przez coraz to dalsze ograniczenia zasięgu swobody stron w prawie dyspozycji procesem” – pisał o zmianach wybitny procesualista Marian Waligórski⁶. Jako skromny znawca dziejów powojennego prawa rodzinnego myślę, że można zaryzykować tezę o tym, iż regulacje proceduralne w sprawach rodzinnych wytyczyły kierunek zmian w postępowaniu cywilnym do dnia dzisiejszego (np. w sprawach małżeńskich). Odnotować także należy, że równie ważnym zmianom uległo z powodu unifikacji prawa

⁴ Dodane przez art. VIII p. 2 dekretu z dnia 25 września 1945 r. przepisy wprowadzające prawo małżeńskie, Dz. U. nr 48, poz. 271.

⁵ Dodane przez art. XII dekretu z 22 stycznia 1946 r. przepisy wprowadzające prawo rodzinne, Dz. U. nr 6, poz. 53.

⁶ M. Waligórski, *Zmiany proceduralne w związku z ostatnią unifikacją prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo” (PiP) 1946, nr 5-6, s. 82.

rzeczowego oraz spadkowego postępowanie niesporne oraz egzekucyjne, ale to zupełnie oddzielne zagadnienie.

Całkowicie zgadzam się z Autorką, iż zmiany wprowadzone w 1950 r. miały w istocie charakter dekodyfikacji (s. 181). Był to demontaż systemu kodeksu przedwojennego. Nie zgodzę się jednak z Autorką, jakoby „zasadnicze prace nad nowelą” były prowadzone w ramach Komisji Konsultacyjno-Naukowej, utworzonej w 1949 r. (strony 171, 329-330). W opublikowanym przeze mnie w 2016 r. artykule⁷ stoję na stanowisku, że ten stalinowski organ odgrywał raczej rolę inicjującą, teoretyczno-doradczą. Zasadnicze prace nad nowelą miały miejsce z Departamentem Ustawodawczym Ministerstwa Sprawiedliwości, tam tekst zmian powstał. Inną sprawą jest to, że często były to te same osoby, pracujące na co dzień w Ministerstwie oraz uczestniczące w pracach Komisji Konsultacyjno-Naukowej.

W kontekście zmian z 1950 r. mam jeszcze jedno spostrzeżenie. Autorka konsekwentnie nie omawia orzecznictwa sądowego na tle zmian w k.p.c. Takie podejście jest całkowicie usprawiedliwione, skoro tematem monografii są prace kodyfikacyjne. Wobec tego ja pozwolę sobie na małe uzupełnienie. Omówienie wytycznych Sądu Najwyższego w sprawie stosowania art. 236 k.p.c. (po nowelizacji z 1950 r.) umożliwiłoby zilustrowanie tezy, iż zasada działania sądu z urzędu w praktyce działała znacznie dalej niż wynikało to z przepisów znolizowanego k.p.c. Z innej publikacji Autorki wynika skądinąd, że zna Ona wspomniane wytyczne. Opisała je szeroko w swojej książce po doktoracie⁸. Przy okazji, na s. 359, Autorka o orzecznictwie SN (ale w innym kontekście) coś jednak wspomina.

Kilka uwag poświęcić trzeba skądinąd krótkiemu, niespełna 7-stronicowemu *Zakończeniu*. Zgadzam się z wnioskami tam zawartymi. W odniesieniu do II RP pisze Autorka: „charakterystycznym rysem prac nad pierwszym polskim kodeksem postępowania cywilnego w Drugiej Rzeczypospolitej była próba uwzględnienia w większej mierze elementów publicznych w procesie cywilnym, co zresztą cechowało ówczesną ewolucję procesu cywilnego i miało stanowić remedium na niedomagania wymiaru sprawiedliwości” (s. 385). Całkowicie zgadzam się z tym wnioskiem. Powstaje jednak pytanie: czy rzeczywiście wzmocnienie elementów publicznych służyło eliminacji niedomagań wymiaru sprawiedliwości? To jednak zagadnienie zbyt obszerne, by je tutaj rozwijać.

Zgadzam się również z tezą Badaczki, że zmiany dekodyfikacyjne z 1950 r. sięgały w procedurze cywilnej dalej niż w innych państwach bloku radzieckiego, z samym ZSRR włącznie (s. 387). Innymi słowy, Polska Ludowa była w tym

⁷ P. Fiedorczyk, *Z dziejów stalinizacji polskiej nauki prawa. Komisja Konsultacyjno-Naukowa przy Ministrze Sprawiedliwości (1949-1951)*, [w:] *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne: księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, red. R. Kłosowicz, B. Kosowska-Gąstoł, G.M. Kowalski, T. Wieciech, Ł. Jakubiak, Kraków 2016, s. 257-268.

⁸ A. Stawarska-Rippel, *Prawo sądowe Polski Ludowej 1944-1950 a prawo Drugiej Rzeczypospolitej*, Katowice 2006, s. 123 i n.

zakresie „bardziej papieska niż sam papież”. To bardzo ważna konstatacja. Trafnie też oceniła Autorka ewolucję prac nad k.p.c. z 1964 – od „dobrego projektu” z 1960 r. do kodeksu uwzględniającego radzieckie rozwiązania zawarte w podstawach ustawodawstwa ZSRR w zakresie postępowania w sprawach cywilnych z 1961 r. Słusznie także Autorka przytacza opinię znanego komparatysty z Uniwersytetu w Maastricht prof. Remco van Rhee o obserwowanym w państwach byłego bloku radzieckiego po upadku komunizmu wychyleniu się wahać w drugą stronę: powrocie do ścisłej realizacji zasady kontrydiktoryjności i podkreślania autonomii stron procesu, przy nieufności do aktywności sądu. Postulat nieodrzucaenia wszystkich rozwiązań z czasów komunistycznych także należy uznać za uzasadniony.

Rzetelność recenzenta wymaga wskazania kilku drobnych usterek, których naprawienie uznaję za konieczne w przypadku kolejnych (być może poszerzonych) wydań monografii. Na s. 236 pisze Autorka o posiedzeniu PAN w dniu 11 czerwca 1960 r. Podaje, że wziął w nim udział „ówczesny minister sprawiedliwości Henryk Świątkowski”. Nie ówczesny, tylko na szczęście były. W 1960 r. był już profesorem UW, a ministrem był Marian Rybicki (nie mylić z Zygmuntem).

Inny przykład: wielokrotnie używa Autorka paremii łacińskiej „ne eat ultra petita partium” (np. stronach 175, 191, 194). Ja ją znam w wersji „ne eat iudex ultra petita partium”, którą Autorka też w pracy stosuje (np. s. 193). Proponuję w przyszłości oprzeć się na drugiej wersji.

Na s. 225 pisze Autorka o prof. Janie Gwiazdomorskim jako o członku Polskiej Akademii Umiejętności. Problem w tym, że PAU już nie istniała, wchłonięta przez stalinowską Polską Akademię Nauk. Podjęte po Październiku 1956 r. próby wskrzeszenia PAU nie dały rezultatu.

Uważam, że Autorka zgromadziła bardzo kompletną literaturę, w dużej części zagraniczną. Nie byłem świadom istnienia tylu pozycji *comparative legal history* w odniesieniu do procesu cywilnego. To bardzo wzbogaca pracę.

Odnotować należy i pochwalić bardzo solidne oparcie tekstu na źródłach archiwalnych. Nie wszyscy historycy prawa tak czynią.

Mam tylko jedną, drobną uwagę. Wskazuję na opracowany i opublikowany przeze mnie dokument źródłowy *Dylematy socjalistycznego kodyfikatora*, opublikowany w „Miscellanea Historico-Iuridica” 2009, t. VIII, s. 259-267. Dokumentem tym jest list przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Jana Wasilkowskiego do wiceministra sprawiedliwości Stanisława Walczaka z 1958 r. Wynika z niego, że już wtedy, a nie w 1960 r. (jak pisze Autorka) znacznie skurczył się zakres samodzielności Komisji. W odniesieniu do prac nad procedurą cywilną ważne w liście jest zwrócenie uwagi, że zmiana w zakresie środków odwoławczych wymagałaby zmiany konstytucji PRL z 1952 r. co do pozycji ustrojowej Sądu Najwyższego. Na to nie było zgody politycznej, więc cała dyskusja

o reformie środków odwoławczych w Komisji Kodyfikacyjnej do niczego nie mogła doprowadzić.

Recenzowaną monografię uważam za bardzo dobrą, a zgłoszone przeze mnie uwagi i zastrzeżenia nie wpływają generalnie na wysoką ocenę pracy. Autorka udowodniła, że jest dojrzałym naukowcem. Warto w tym miejscu odnotować, że już Jej wcześniejsze publikacje o historii procedury cywilnej zyskały uznanie w środowisku procesualistów⁹. Recenzowana praca wypełnia istotną lukę w nauce historii prawa i ma związek z podejmowanymi dzisiaj próbami kodyfikacji, co czyni ją jeszcze bardziej wartościową.

Bibliografia

- Fiedorczyk P., *Z dziejów stalinizacji polskiej nauki prawa. Komisja Konsultacyjno-Naukowa przy Ministrze Sprawiedliwości (1949-1951)*, [w:] *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne : księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, red. R. Kłosowicz, B. Kosowska-Gąstoł, G.M. Kowalski, T. Wieciech, Ł. Jakubiak, Kraków 2016.
- Lubiński K., *Komparatystyka prawa a unifikacja i kodyfikacja polskiego prawa procesowego cywilnego w okresie międzywojennym*, [w:] *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, b.m.w. 2016.
- Machnikowska A., *50-lecie kodeksu postępowania cywilnego z dalekiej i bliskiej perspektywy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, t. XXIV, z. 3.
- Mohyluk M., *Porządkowanie prawa w II Rzeczypospolitej: Komisja Kodyfikacyjna i Rada Prawnicza*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1999, t. LI, z. 1-2.
- Polkowski A., *Die polnische Zivilprozessordnung von 1930/33: unter Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, russischen und französischen Rechts*, Frankfurt a. M. 2009.
- Waligórski M., *Zmiany proceduralne w związku z ostatnią unifikacją prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo” 1946, nr 5-6.

⁹ Wybitny procesualista cywilny prof. K. Lubiński pisze: „pojawily się w polskiej literaturze w ostatnich latach cenne studia prawnohistoryczne i porównawcze z dziedziny europejskiej procedury cywilnej z XIX i XX w. oraz przemian polskiego prawa procesowego cywilnego”, przywołując artykuły A. Stawarskiej-Rippel. Zob. K. Lubiński, *Komparatystyka prawa a unifikacja i kodyfikacja polskiego prawa procesowego cywilnego w okresie międzywojennym*, [w:] *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, b.m.w. 2016, s. 348.

Kronika Katedry Nauk Historyczno-Prawnych i Komparatystyki Prawniczej Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (rok 2015)

Awanse naukowe pracowników Katedry

Najważniejszymi wydarzeniami w życiu Katedry były uzyskane tytuły profesora przez Piotra Niczyporuka oraz stopnia naukowego doktora habilitowanego przez Piotra Fiedorczyka. Piotr Niczyporuk odebrał nominację profesorską z rąk Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego 18 marca 2015 r. Z początkiem września 2015 r. prof. dr hab. Piotr Niczyporuk objął funkcję kierownika Katedry Nauk Historyczno-Prawnych i Komparatystyki Prawniczej Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Kierujący dotychczas Katedrą prof. dr Adam Czarnota w roku akademickim 2015/2016 przebywał na urlopie bezpłatnym.

Piotr Fiedorczyk uzyskał stopień doktora habilitowanego na mocy uchwały Rady Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku z dnia 19 czerwca 2015 r. Wskazany przez habilitanta osiągnięciem naukowym była praca *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945-1964)*, Białystok 2014, 810 stron. Przewodniczącym komisji habilitacyjnej był prof. dr hab. Marian Mikołajczyk, a recenzentami byli profesorowie: Katarzyna Sójka Zielińska, Stanisława Kalus oraz Grzegorz Jędrejek. Sekretarzem komisji był prof. Piotr Niczyporuk, a pozostałymi członkami profesorowie Wanda Stojanowska i Mieczysław Goettel. Pozytywna uchwała komisji zapadła jednomyślnie. Habilitacja Piotra Fiedorczyka jest pierwszą habilitacją z historii prawa polskiego na Wydziale Prawa UwB.

Zjazd Katedr Historii Doktryn Politycznych i Prawnych

Kolejnym ważnym wydarzeniem w życiu Katedry był zorganizowany przez wszystkich jej pracowników XIV Ogólnopolski Zjazd Katedr Historii Doktryn Politycznych i Prawnych *Historia myśli politycznej i prawnej a prawo i kultura prawna*. Odbył się na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku 21-24 czerwca 2015 r. Funkcję przewodniczącego komitetu organizacyjnego pełnił prof. Adam

Czarnota. Uczestnicy zjazdu wygłosili referaty podczas dwóch sesji plenarnych oraz obrad toczących się w poszczególnych sekcjach. W jednej z sekcji obradom przewodniczył Piotr Fiedorczyk. Szczegółowe sprawozdanie oraz materiały pozjazdowe zostaną opublikowane w kolejnym zeszycie „Miscellanea Historico-Iuridica”.

Publikacje

Owoce aktywności naukowej pracowników Katedry w 2015 r. były publikacje na łamach krajowych periodyków naukowych oraz artykuły w pracach zbiorowych. W „Czasopiśmie Prawno-Historycznym” ukazał się artykuł Marcina Łysko *Udział przedstawicieli nauki w pracach nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej* (CPH, t. LXVII, 2015, z. 1). W periodyku „Krytyka Prawa” (rocznik 2015, t. VI) publikowali Mariusz Mohyluk (*Działalność literacka Wacława Makowskiego*) oraz Karol Kuźmicz (*Prawo i utopia w Kodeksie natury Étienne-Gabriela Morelly’ego*).

Ponadto, Karol Kuźmicz zamieścił w pracach o charakterze zbiorowym następujące artykuły:

- *Utopia jako metoda filozofowania o społeczeństwie, państwie, prawie*, [w:] *Myślenie o polityce i prawie. Przedmiot, metoda, praktyka*, red. I. Barwicka-Tylek, A. Czarnicka, M. Jaskólski, J. Malczewski, Warszawa 2015;
- *Bogactwo ideowe myślenia utopijnego*, [w:] *Dzisiejsze znaczenie ideałów*, red. A. Kryniecka, Warszawa 2015;
- *Transhumanizm*, [w:] *Edukacja na rozdrożu*, red. M. Szyszkowska, Warszawa 2015;
- *Główne założenia filozofii politycznej Immanuela Kanta i jej przesłanie dla współczesności*, [w:] *Rodzinna Europa. Europejska myśl polityczno-prawna u progu XXI wieku*, red. P. Fiktus, H. Malewski i M. Marszał, Wrocław 2015.

Artykuł Piotra Niczyporuka *Dokumenty sporządzane przez bankierów rzymskich (argentarii) jako dowód zawarcia operacji bankierskich* został opublikowany w pracy zbiorowej *Państwo, gospodarka, prawo. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu z okazji jubileuszu pracy naukowej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku*, red. A. Piszcz, M. Olszak, M. Etel, Białystok 2015. W wydawnictwie pokonferencyjnym *Role uczestników postępowań sądowych – wczoraj, dziś, jutro*, red. D. Gil, E. Kruk, Lublin 2015, Marcin Łysko zamieścił artykuł *Obwiniiony jako uczestnik postępowania w sprawach o wykroczenia*.

Pracownicy Katedry byli także współautorami monografii oraz współuczestniczyli w redagowaniu prac zbiorowych. Piotr Fiedorczyk (wraz z K. Bagan – Kurlutą) był współautorem krótkiej monografii *Evidence in civil law – Poland*, która została wydana w formie elektronicznej przez Institute for Local Self-Government and Public Procurement w Mariborze. Publikacja ta jest wynikiem udziału K. Bagan-Kurluty i P. Fiedorczyka w granicie UE. Piotr Niczyporuk

był autorem rozdziału *Rzymskie regulacje pierwowzorem współczesnych rozwiązań prawnych w zakresie pszczelarstwa i bartnictwa*, który została zamieszczony w monografii *Prawne aspekty prowadzenia działalności bartnej. Wybrane zagadnienia*, red. E. Czech, Białystok 2015. Współredagował także książkę pamiątkową dedykowaną prof. Janowi Zabłockiemu *Noctes iurisprudentiae: scritti in onore di Jan Zabłocki*, red. P. Niczyporuk, A. Tarwacka, Białystok 2015. Krzysztof Szczygielski pełnił funkcję redaktora pracy zbiorowej *Justynian i prawo rzymskie* (Białystok 2015), w której zamieścił artykuły *Justynian prawodawca w dekoracjach architektonicznych wybranych budynków Stanów Zjednoczonych Ameryki* oraz *Prawodawstwo Justyniana w dziełach Adama Mickiewicza*.

Konferencje naukowe

Kolejnym obszarem aktywności pracowników Katedry był udział w zagranicznych i krajowych konferencjach naukowych. Piotr Niczyporuk oraz Piotr Kołodko byli uczestnikami *Undicesimo Seminario Internazionale Diritto romano e attualità* na temat *Il sistema del diritto pubblico romano come fondamento del diritto pubblico europeo*, które odbyło się 15-17 listopada 2015 r. w Novedrate (Como) we Włoszech. Wystąpili z referatami *I banchieri romani come il prototipo dei banchieri contemporanei* (Piotr Niczyporuk) oraz *The Roman Origins of the Deposit in the Contemporary Polish Civil Code* (Piotr Kołodko). Podczas zorganizowanej w Skopje (Macedonia 30-31 października 2015 r.) konferencji *Days of Justinian I – Byzantium and the heritage of Europe: connecting the cultures*, Krzysztof Szczygielski wygłosił referat *Justinian and his codification of law in the European art*.

W krajowych konferencjach naukowych najczęściej brał udział Krzysztof Szczygielski. Uczestnicząc w konferencji *Sytuacja prawna dziecka w rodzinie* (Warszawa 16 kwietnia 2015 r.) wygłosił referat *Status małoletnich w prawie kanonicznym*. Podczas konferencji *Znaczenie ustawodawstwa Justyniana w kształtowaniu europejskiej kultury prawnej. Refleksje w 1450. rocznicę śmierci cesarza*, która odbyła się na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku 21-22 maja 2015 r., wystąpił z referatem *Prawo rzymskie w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej przygotowującej Kodeks zobowiązań*. Brał także udział w konferencji *Polscy historycy prawa okresu dwudziestolecia międzywojennego. W 70. rocznicę śmierci senatora Rzeczypospolitej Polskiej i profesora Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie Stefana Ehrenkreutza* (Olsztyn 28-29 maja 2015 r.), gdzie wygłosił referat *Franciszek Bossowski jako romanista*. W konferencji tej wziął udział dr Piotr Fiedorczyk, wygłaszając referat *Historia i współczesność prawa rodzinnego obowiązującego na ziemiach polskich w poglądach ks. Michała Sopočki*. Organizatorzy podjęli się zadania publikacji materiałów pokonferencyjnych. W czasie konferencji dr P. Fiedorczyk przewodniczył części obrad. Ponadto K. Szczygielski uczestniczył w:

- posiedzeniu Sekcji Praw Antycznych Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej Polskiej Akademii Nauk (Warszawa 10 czerwca 2015 r.), referat *Czy Adam Mickiewicz znał prawo rzymskie?*;
- I Szczecińskiej Konferencji Romanistycznej *Civis Romanus sum. Mistrzowie i dzieła polskiej romanistyki* (Szczecin 18-20 września 2015 r.), wystąpienie *Adolf Berger (1882-1962). Życiorys naukowy*;
- I Ogólnopolskim Forum Młodych Romanistów *Analogie, inspiracje, refleksje – czyli o rozterkach współczesnego badacza prawa rzymskiego* (Gdańsk 26 listopada 2015 r.), referat *O potrzebie badań nad romanistyką polską w XIX i w pierwszej połowie XX wieku*;
- V Seminarium Kazimierskim z Prawa Rzymskiego *Ars boni et aequi. Sztuka w prawie, prawo w sztuce* (Kazimierz Dolny 9-11 października 2015 r.), referat *Tradycje prawa rzymskiego w dekoracjach architektonicznych wybranych budynków Stanów Zjednoczonych Ameryki*.

Piotr Fiedorczyk, obok wymienionej wyżej, uczestniczył w następujących konferencjach naukowych:

- *25 years after the transformation. Law and Legal Issues. Central and Eastern Europe between Continuity nad Discontinuity*, Brno 16-17 kwietnia 2015 r.; wystąpił z referatem *Polish Family and Guardianship Code: Communist Roots, Astonishing Evolution*;
- *Child and Family in Challenging Situation. Legal Issues*, konferencja naukowa zorganizowana przez International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family, Kiryat Ono, Ono College of Law, Izrael 9-10 czerwca 2015 r.; wygłosił referat *The Best Interest of the Child in Polish Divorce Law and Proceedings* oraz przewodniczył obradom;
- studenckiej konferencji zorganizowanej przez działające na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku Studenckie Koło Filozofii Prawa *Komunizm – ocena historyczna, socjologiczna i polityczno-prawna*, Białystok, 5 maja 2015 r.; wystąpienie *Krytyka stalinizmu w poglądach Lwa Trockiego*;
- VIII Conference on Legal History in the Baltic Sea Area *Judiciary and Society between Privacy and Publicity*, Toruń, 3-6 września 2015 r.; wystąpił z referatem *Polish and Czechoslovak regulations on adoption law in the pre-war period*;
- konferencji naukowej *Pokój jako warunek globalizacji i zdrowia człowieka*, zorganizowanej przez Antropologiczną Szkołę Filozofii Prawa Marii Szyszkowskiej, Nałęczów 30 listopada – 2 grudnia 2015 r.; wystąpienie *II wojna światowa a polskie prawo rodzinne*.

Karol Kuźmicz brał udział w:

- konferencji naukowej *Stereotypy jako przeszkoda w kształtowaniu świadomości człowieka oraz ich oddziaływanie na społeczeństwo* (Nałęczów 8-10 czerwca 2015 r.); wystąpienie *Stereotyp „kibola” w Polsce i na świecie*;

- XIV Ogólnopolskim Zjeździe Katedr Historii Doktryn Politycznych i Prawnych *Historia myśli politycznej i prawnej a prawo i kultura prawna* (Białystok 21-24 czerwca 2015 r.); wystąpienie *Francuskie utopie oświeceniowe: Jeana Meslier'a, Gabriela Bonnot de Mably'ego, Etienna Gabriela Morelly'ego jako wyraz kultury politycznej i prawnej swoich czasów*;
- konferencji naukowej *Patriotyzm i inne odmiany miłości* (Kuźnica na Helu 25-28 października 2015 r.); wystąpienie *W poszukiwaniu miłości doskonałej, czyli o istocie miłosierdzia*;
- ogólnopolskiej konferencji naukowej *Pokój jako warunek globalizacji i zdrowia człowieka* (Nałęczów 30 listopada-2 grudnia 2015 r.); wystąpienie *Czy w XXI wieku można racjonalnie obronić koncepcję wojny sprawiedliwej?*.

Marcin Łysko uczestniczył w ogólnopolskiej konferencji naukowej *Role uczestników postępowań sądowych – wczoraj, dziś, jutro* (Sandomierz 13 kwietnia 2015 r.). Wystąpił z referatem *Obwiniony jako uczestnik postępowania w sprawach o wykroczenia – wczoraj i dziś*. Brał także udział w VI Międzynarodowym Sympozjum *Dziejów Biurokracji* (Kazimierz Dolny 26-27 września 2015 r.). Wygłosił referat *Wpływ czynnika biurokratycznego na orzecznictwo karno-administracyjne Polski Ludowej*. Piotr Niczyporuk był uczestnikiem *I Szczecińskiej Konferencji Romanistycznej Civis Romanus sum. Mistrzowie i dzieła polskiej romanistyki* (Szczecin 18-20 września 2015 r.). Wygłosił referat *Romaniści Akademii Wileńskiej*. Uczestnicząc w V Seminarium Kazimierskim z Prawa Rzymskiego *Ars boni et aequi. Sztuka w prawie, prawo w sztuce* (Kazimierz Dolny, 9-11 października 2015 r.), wystąpił z referatem *Justynian i jego juryści u Benjamina Constanta*.

Pozostałe wyjazdy zagraniczne

Oprócz udziału w konferencjach naukowych, pracownicy Katedry wyjeżdżali za granicę w celach kwerendalnych i szkoleniowych. Piotr Kołodko dwukrotnie przebywał w Rzymie na kwerendzie naukowej. 26-31 stycznia 2015 r. przeprowadził kwerendę na Università degli Studi di Roma „La Sapienza”. Z kolei 7-12 grudnia 2015 r. odbył wyjazd kwerendalny na Università degli Studi di Roma „La Sapienza” oraz Libera Università Maria SS. Assunta (LUMSA). W ramach programu Erasmus Plus Piotr Niczyporuk wraz z Piotrem Kołodko odbyli staż w kancelarii adwokackiej Paola Todini w Rzymie (5-12 września 2015 r.). Był on połączony z kwerendą naukową na Università degli Studi di Roma „Tor Vergata”.

Marcin Łysko

„MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA”

INSTRUKCJE DLA AUTORÓW

ZAKRES TEMATYCZNY CZASOPISMA

„Miscellanea Historico-Iuridica” (MHI) są publikowane przez historyków prawa z Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Publikowane teksty dotyczą historii prawa. Są wydawane jako półrocznik w wersji papierowej (wersja podstawowa) oraz elektronicznej pod adresem: <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea/index.php>

ZASADY WYDAWNICZE I INFORMACJE OGÓLNE

PRZYJMOWANIE PUBLIKACJI DO DRUKU

Kopia publikacji powinna być wysłana drogą e-mailową do sekretarza redakcji: miscellanea@uwb.edu.pl. Rękopis powinien zawierać dane autorów, w tym ich afiliację, oraz mieć dołączone pisemne oświadczenie autora/autorów o tym, że żadna podobna publikacja autora/autorów nie została i nie zostanie opublikowana w innym miejscu. Ponadto autorzy winni oświadczyć, iż zgadzają się na publikację tekstu w MHI. W razie przyjęcia publikacji do druku autor/autorzy zostanie/zostaną poproszeni o przekazanie praw autorskich do publikacji na rzecz wydawcy, tj. Wydawnictwa Uniwersytetu w Białymstoku.

PROCES RECENZYJNY

Wszystkie złożone publikacje zostaną poddane procesowi recenzyjnemu. Wszystkie teksty (tj. artykuły, artykuły recenzyjne oraz dokumenty archiwalne) będą recenzowane przez dwóch niezależnych ekspertów pochodzących z zewnętrznej placówki naukowej. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym, co najmniej jeden z recenzentów będzie afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy. Jako zasada wprowadzony zostanie model, w którym autor/autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. *double-blind review process*). Jednakże w niektórych przypadkach wydawcy mogą nie zastosować tej procedury. Wówczas recenzent zostanie poproszony o podpisanie oświadczenia o niewystępowaniu konfliktu interesów pomiędzy nim a autorem publikacji. Recenzja będzie miała formę pisemną i kończyła się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia. Gdy decyzja zostanie podjęta, autor publikacji zostanie zawiadomiony o niej listownie, włącznie z treścią uwag recenzentów (bez podania ich nazwisk). Wydawcy podejmą działania w celu ochrony MHI przed przypadkami „ghostwriting” i „guest authorship”. Wszystkie tego typu przypadki będą upubliczniane poprzez informowanie o nich odpowiednich placówek naukowych. Lista recenzentów będzie publikowana w każdym tomie.

KRYTERIA RECENZJI

Kryteria oceny artykułu złożonego do Redakcji „Miscellanea Historico-Iuridica” obejmują:

1. wstępną charakterystykę artykułu – czy ma on wymiar teoretycznoprawny, prawnoporównawczy, historycznoprawny
2. czy tytuł odpowiada treści artykułu
3. czy jasno i poprawnie określone zostały cel i założenia artykułu
4. czy cel artykułu został osiągnięty
5. ocenę wartości naukowej artykułu
6. ocenę zastosowanej metody badawczej
7. ocenę i celowość zastosowania metody statystycznej
8. ocenę wykorzystania literatury naukowej

9. ocenę poprawności wniosków końcowych
10. ocenę językową i stylistyczną

Każda recenzja powinna się kończyć jednoznaczną rekomendacją do druku lub innymi wnioskami.

ZGODA NA PUBLIKACJĘ

Materiały kopiowane z innych źródeł muszą być zaopatrzone w publiczne oświadczenie autora i wydawnictwa, zawierające zgodę na publikację przez Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku. Uzyskanie takiej zgody obciąża autora/autorów.

PRZYGOTOWANIE PUBLIKACJI DO DRUKU

Artykuły powinny być napisane w języku polskim lub angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim lub rosyjskim. Strona tytułowa powinna zawierać pełny tytuł, imiona i nazwiska autorów, ich afiliację, dane kontaktowe (adres, e-mail). Key words (od 3 do 6) oraz streszczenia w języku angielskim (nie więcej niż 250 słów) powinny być sporządzone na odrębnej stronie. Przypisy powinny być sporządzone według wzoru zastosowanego w poprzednich tomach MHI. Na końcu artykułu należy umieścić pełną bibliografię tekstu.

WSKAZÓWKI DLA AUTORÓW TEKSTÓW

INFORMACJE OGÓLNE

1. Pierwsza strona powinna zawierać: imię (imiona) i nazwisko autora wraz z pełną nazwą reprezentowanej instytucji, adres e-mail, tytuł artykułu w języku polskim i angielskim, streszczenie (nie powinno przekraczać 20 linijek tekstu) i słowa kluczowe w języku angielskim.
2. Objętość tekstu nie powinna przekraczać 25 stron przygotowanych według wskazanych zasad. Tekst główny powinien być napisany czcionką Times New Roman 12 pkt, wyrównany do lewej i prawej (wyjustowany), interlinia 1,5 wiersza. Dopuszcza się stosowanie wyróżnień w tekście, np. pogrubienie tekstu (w nagłówkach) i kursywę (cytaty, terminy, zwroty i sentencje łacińskie). Cytaty należy umieszczać w cudzysłowie „...”. Redakcja nie weryfikuje stosowanych w tekstach cytatów ani ich tłumaczeń. Redakcja zastrzega sobie prawo do usuwania usterek stylistycznych i ujednolicania tekstu zgodnie z przyjętymi zasadami, bez porozumienia z Autorem.
3. Jeżeli zachodzi potrzeba, w tekście należy konsekwentnie stosować wyliczenia punktowe: 1), 2), 3) itd., lub a), b), c) itd. Nie należy stosować wyliczeń w innej postaci (np. • czy <).
4. Na końcu tekstu powinien być sporządzony wykaz bibliograficzny zawierający wszystkie wykorzystane w artykule źródła, literaturę w porządku alfabetycznym, orzecznictwo, strony internetowe itp.
5. Wszystkie strony powinny zawierać ciągłą numerację.
6. W tekście należy stosować następujące łacińskie skroty:
 - eadem – też, teźe
 - ibidem – tamże
 - idem – tenże
 - op. cit. – dzieło cytowane
 - passim – tu i owdzie, wszędzie.

ZASADY SPORZĄDZANIA PRZYPISÓW

1. Przypisy należy sporządzić czcionką Times New Roman 10 pkt, tekst powinien być wyrównany do lewej i prawej (wyjustowany), interlinia 1,0 z odnośnikami w indeksie górnym. Należy stosować ciągłą numerację przypisów.

2. W tekście numer przypisu należy umieszczać bez spacji po wyrazie, przed przecinkiem lub kropką kończącą zdanie, np. W dalszej części swojego wystąpienia nawiązał do tradycji nauczania prawa rzymskiego w Wilnie¹, przypominając postać hiszpańskiego humanisty i romanisty Petrusa Roysiusa² (Pedro Ruiz de Moroz 1505-1571), znanego w naszym kraju pod nazwiskiem Roizjusz³.
3. Przypis należy traktować jak zdanie, dlatego też powinien zaczynać się wielką literą, a kończyć kropką.
4. Dzieło autora, które jest powoływane po raz pierwszy, należy cytować w następujący sposób: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, po przecinku tytuł dzieła kursywą, miejsce wydania i rok, strony, np. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 174-178; kolejne wydanie należy zaznaczyć w następujący sposób: J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, wyd. 2, Kraków 2001, s. 266.
5. Dzieło cytowane po raz pierwszy z czasopisma naukowego należy cytować, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie „...” i jeśli dalej będzie przywoływane w tekście, to jego skrót w nawiasie, cyframi arabskimi rok wydania, numer (zeszyt), cytowane strony, np. I. Koschembahr-Lyskowski, *O pojęciu własności, zarazem jako przyczynek do nauki o źródłach prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” (dalej: PPIA) 1902, z. 6, s. 385-410. Publikację cytowaną po raz kolejny z tego samego czasopisma naukowego należy podawać w skrócie, np. I. Koschembahr-Lyskowski, *Dwa nowe opracowania rzymskiego prawa prywatnego*, PPIA 1908, z. 5, s. 329-353.
6. Tylko jedno dzieło (np. monografia, artykuł) tego samego autora przywoływane po raz kolejny należy cytować w następujący sposób: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, skrót op. cit., numer strony oraz ewentualnie przypis, np. J. Sondel, op. cit., s. 185.
7. Jeśli w tekście cytowanych jest kilka opracowań tego samego autora, to należy wówczas w przypisach (z wyjątkiem pierwszego przypisu do danego opracowania) wprowadzić jednoznaczny skrót tytułu, który pozwoli odróżnić te opracowania, następnie należy postawić po nim trzy kropki z przecinkiem ..., oraz podać numer strony, np. F. Bossowski, *Ze studiów nad rzeczami wyjętymi z obiegu wedle prawa rzymskiego*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1923, nr 30, s. 257-260; F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925, s. 38 – w dalszych przypisach należy cytować (jeśli opracowania tego samego autora znajdują się w tym samym przypisie): F. Bossowski, *Ze studiów nad rzeczami...*, s. 258; idem, *Znalezienie skarbu...*, s. 45.
8. Jeśli w tekście artykułu znajdują się obok siebie w kolejnych przypisach dwa odniesienia do tego samego opracowania autora, należy stosować skrót ibidem, np. R. Taubenschlag, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1929, nr 49, s. 115-128; kolejny przypis: Ibidem, s. 120.
9. Artykuł z publikacji zbiorowej cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, przecinek, następnie [w:] tytuł publikacji zbiorowej kursywą, inicjał imienia redaktora (redaktorów) z kropką, nazwisko, tom, miejsce wydania i rok, strony, np. F. Bossowski, *Nowela Justyniana 115-Statut Litewski I R. IV. Art. 13 (14), Statut Litewski II i III R. VIII. Art. 7.-T. X. cz. 1 Art. 167*, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu czterechsetnej rocznicy wydania Pierwszego Statutu Litewskiego*, red. S. Ehrenkreutz, Wilno 1935, s. 107-121; G. Bałtruszajtys, *History of the Roman Law Department at the Warsaw University*, [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, édités par M. Zabłocka et J. Krzynówek, J. Urbanik, Z. Służewska, t. 1, Varsovie 2000, s. 35-36.

10. Hasło encyklopedyczne cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł hasła kursywą, przecinek, następnie [w:] tytuł publikacji zbiorowej kursywą, inicjał imienia redaktora (redaktorów) z kropką, nazwisko, tom, miejsce wydania i strony (szpalty), np. R. Taubenschlag, *Münzverbrechen*, [w:] *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, eds. A. Pauly, G. Wissowa, t. XVI (1), Stuttgart 1933, szp. 455-457.
11. Artykuł z gazety codziennej cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, tytuł gazety w cudzysłowie „...”, dzienną datę wydania, np. Ł. Zalewski, *Brak zgody to równy podział na dziecko*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 4 listopada 2013 r., s. B3.
12. Recenzję należy cytować w następujący sposób: skrót rec., inicjał imienia autora recenzji z kropką, nazwisko, tytuł czasopisma w cudzysłowie „...”, cyframi arabskimi rok wydania, numer (zeszyt), cytowane strony, przecinek, następnie [z:] inicjał imienia autora recenzowanej pracy z kropką, nazwisko, tytuł pracy, miejsce i rok wydania, np. Zob. rec. A. Berger, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 1925, nr 21, s. 191–195, [z:] U. Willamowitz-Moellendorff, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer bis zum Ausgang des Mittelalters*, Leipzig – Berlin 1923.
13. Orzeczenia sądów lub trybunałów cytuje się, podając kolejno: nazwę orzeczenia, nazwę organu, który je wydał, datę wydania, sygnaturę akt oraz, jeśli orzeczenie było publikowane – miejsce publikacji i numery stron, np. Orzeczenie SN z 13 stycznia 1965 r., I CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, poz. 171.
14. Akty prawne cytuje się w następujący sposób: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.); Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2010 r. nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
15. Stronę internetową należy podawać w następujący sposób: <http://www.ms.gov.pl> (25.09.2013).

“MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA”

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCOPE

“The Miscellanea Historico-Iuridica” (MHI) is published by the historians of law from University of Białystok, Faculty of Law. It is issued twice a year in printed form (the basic form), and in the electronic format: <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea/index.php>.

EDITORIAL POLICY AND GENERAL INFORMATION

SUBMISSION OF MANUSCRIPTS

The copy of the manuscript should be sent by the e-mail to the Secretary of the Editorial Board: miscellanea@uwb.edu.pl. The manuscript must be accompanied by a written statement of corresponding author that no similar paper has been or will be submitted for publication elsewhere as well as all authors listed on a manuscript have agreed to its submission. Upon acceptance of the manuscript, the author(s) will be asked to transfer the copyright to the publisher (i.e. Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku).

REVIEW PROCESS

All submitted manuscripts (i.e. studies, archive documents, book reviews – articles) will be subject to review by two independent experts from the outside unit for the scientific evaluation. If the text is written in foreign language, at least one of the reviewers should be affiliated in the foreign institution other than the nationality of the author(s). The “double-blind review process” will be introduced as a rule. However, in some cases the editors may not introduce this procedure and they may ask the reviewer to sign a statement of no conflict of interest existing between the reviewer and the author. The review must contain clear declaration that the reviewed text should be published or withdrawn. When a decision is reached, a decision letter will be sent to the authors, including the comments of the referees (not showing his name). The editors will take the measures to protect the MHI from “ghostwriting” and “guest authorship” cases. All these kind of cases will be exposed, by informing relevant scientific units about such cases. The list of reviewers will be published in each volume.

REVIEW CRITERIA

Criteria of reviewing the article submitted for publishing in the “Miscellanea Historico-Iuridica” include:

1. the initial characteristics of the article – if it has theoretical, legal comparative, historical and legal dimension
2. does the title correspond with the content of the article
3. has the purpose and the concept of work been clearly and correctly defined
4. has the purpose of the article been achieved
5. the scientific value of the article
6. the correctness of the method of research
7. the necessity of using the statistical method
8. the value of bibliography used
9. the correctness of final conclusions
10. the style and linguistic value of the text

Every review should have clear recommendation for publishing the text or include other conclusions.

PERMISSIONS

Materials copied from other sources must be accompanied by a written statement from both the author and publisher giving permission to Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku for reproduction. It is the author's responsibility to ensure that such permissions are obtained.

PREPARATION OF MANUSCRIPTS

Articles should be written in Polish or English, French, German, Russian or Spanish. The title page should include the title, full names of authors and their affiliation, corresponding author(s) contact information (address, e-mail). Key words (3–6) and summaries (not more than 250 words) in English, should be provided on a separate page. The footnotes should follow the way they are published in the previous volumes of the MHI. Full bibliography should be added at the end of the text.

GUIDELINES FOR AUTHORS

GENERAL INFORMATION

1. Please include the following information as an opening part on the first page of your paper: name (names) and last name along with the full name of the institution you are affiliated with, e-mail address, title of the article in the original language and in English, short summary (max. 250 words) and key words in English.
2. The length of the text should not exceed 25 pages formatted according to the rules given below. The main text should be typed in 12-point Times New Roman, with full justification, 1.5 line spacing. Bolding is allowed in headlines, italics while using citations, terms, phrases and sentences in Latin. Quotation marks are requested for citations. Editorial Board of Miscellanea does not verify citations and their translations used in the submitted papers. The Board reserves the right to remove stylistic mistakes and to standardize the text according to the accepted rules, without consulting the Author.
3. When necessary, consistent enumeration should be used: 1), 2), 3) etc., or a), b), c) etc. No other types (such as • or <) should be used.
4. A list of references in alphabetical order should be attached at the end of the submitted paper including all the sources used throughout the text: publications, original sources, case law, internet sites, etc.
5. Consistent enumeration of all pages should be included at the bottom of each page.
6. The following Latin abbreviations should be used:
 - eadem, idem – the same (the former refers to a lady, the latter to a man)
 - ibidem – the same place
 - op. cit. – in the work cited
 - passim – here and there, everywhere.

CITATION GUIDE

1. Footnotes (in 10-point Times New Roman, with full justification, 1,0 line spacing with footnote symbols in the upper index) should be consistently enumerated.
2. In the main text the footnote symbol should be inserted after the word (no space) and before coma or period ending the sentence. For example: In the next part of his presentation, tradition of teaching Roman law in Vilnius was recalled¹, accompanied by the note of Spanish humanist Petrus Roysius² (Pedro Ruiz de Moroz 1505-1571), known as Roizjusz³.
3. A footnote should be formatted as a sentence, starting with capital letter and ending with period.

4. Publication used for the first time should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the work in italics, place and year of publication, pages. For example: J. Sondel, *Latin-Polish dictionary for Lawyers*, Kraków 1997, pp. 174-178; Later edition should be indicated as follows: J. Sondel, *Latin-Polish dictionary for Lawyers*, ed. 2, Kraków 2001, p. 266.
5. First citation of a paper published in a scientific periodical/journal should include: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the work in italics, title of the periodical/journal in quotation marks and, if it is to be cited again, its abbreviation in parenthesis, publication year, volume (issue), cited pages. For example: I. Koschembahr-Lyskowski, *On the history of property law*, "Journal of Law and Administration" (hereinafter: JoLA) 1902, vol. 6, pp. 385-410. A further publication from the same periodical should be cited with abbreviation. For example: I. Koschembahr-Lyskowski, *Two new reviews of the Roman law*, JoLA 1908, vol. 5, pp. 329-353.
6. Only one other work of the same author referred to again should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, op. cit., pages (or footnote number). For example: J. Sondel, op. cit., p. 185.
7. If several works of the same author are used, a clear abbreviation should be selected to identify each work followed by ellipsis, coma and page number. For example: F. Bossowski, *Roman law issues*, "Judicial Gazette of Warsaw" 1923, nr 30, pp. 257-260; F. Bossowski, *Property law problems*, Kraków 1925, p. 38 – should be further cited (in the same footnote) as: F. Bossowski, *Roman law...*, p. 258; idem, *Property law...*, p. 45.
8. If two references to the same work are made next to each other in the text, the Ibidem term should be used in footnotes. For example: R. Taubenschlag, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 1929, nr 49, pp. 115-128; followed by: Ibidem, p. 120.
9. Article from a group publication should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the article in italics, [in:], title of the group publication in italics, initial of the name of the editor/s followed by period, last name of the editor/s, volume, place and year of publication pages. For example: F. Bossowski, *Justynia's novels*, [in:] *Anniversary book for the First Lithuanian Statute*, ed. S. Ehrenkreutz, Vilnius 1935, pp. 107-121; G. Bałtruszajtys, *History of the Roman Law Department at the Warsaw University*, [in:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, édités par M. Zabłocka et J. Krzynówek, J. Urbanik, Z. Służewska, vol. 1, Varsovie 2000, pp. 35-36.
10. Encyclopedia entry reference should include the following: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the entry in italics, [in:] title of the publication in italics, initial of the name of the editor/s followed by period, last name of the editor/s, volume, place and date of publication, pages. For example: R. Taubenschlag, *Münzverbrechen*, [in:] *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, eds. A. Pauly, G. Wissowa, vol. XVI (1), Stuttgart 1933, pp. 455-457.
11. Article from a newspaper should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the article in italics, title of the newspaper in quotation marks, day date of the publication, page. For example: Ł. Zalewski, *Lack of consensus on custody*, „Legal Paper", 4 November 2013, p. B3.

12. Review should be cited as follows: abbreviation rev., initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the periodical in quotation marks, year of publication, volume (issue), cited pages, [from:] initial of the name of the reviewed author, last name of that author, title of work, place and date of publication. For example: See rev. A. Berger, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ 1925, nr 21, pp. 191–195, [from:] U. Willamowitz-Moellendorff, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer bis zum Ausgang des Mittelalters*, Leipzig – Berlin 1923.
13. Judgments of the courts and tribunals should be cited as follows: title of the case, name of the organ issuing the judgment, date of the judgment, reference symbols, and, if the judgment was published – indication of the place of publication and pages. For example: Judgment of the Supreme Court of Poland of 13 January 1965, CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, pos. 171.
14. Polish legal acts reference: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.); Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2010 r. nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
15. Website reference: <http://www.ms.gov.pl> (25.09.2013).

MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA

vol. 15, issue 1

Chief Editor: Piotr Fiedorczyk

Issue Editors: Katarzyna Bagan-Kurluta, Piotr Fiedorczyk

**University of Białystok
Faculty of Law**

Białystok 2016

Content

HISTORICAL ARTICLES

Ewa M. Vesper

The ancient inspirations for the German legal regulations on the incest 11

Adam Drozdek

Duty during the reign of the Piast..... 33

Tadeusz Branecki

The Federal Pact of 1 August 1291 – first regime act of the Old Swiss Confederation 49

Karol Łopatecki

Urban military articles in modern Europe. An outline of the issues..... 59

Oskar Kanecki

Regional councils summoned within provinces as a special form of state self-government in the Grand Duchy of Lithuania..... 85

Tomasz Ciesielski

Articles of war for the artillery of Augustus III from 1737..... 95

Krystian Źelazny

Legal status of National Minorities within the Czech in the Czechoslovak Republic in years 1918-1992..... 117

Łukasz Skarżyński

The Polish Committee of National Liberation's decree on the agricultural reform of the 1944 on the example of the northern Masovia – the district of Pultusk..... 129

Joanna Banasiuk

The scale and the causes of the orphan works issue in the historical context.... 155

Marcin Łysko	
The draft law on magistrate courts for petty offences of 1970 in the opinion of the participants of public discussion	181
Paweł Gotowiecki	
<i>Restitutio ad integrum</i> – legal and political doctrine of the legalistic centre of the Polish political emigration in the West (1945-1990)	205
Filip Cyuńczyk	
Law, history and collective memory. References to the past in the preambles to the Constitution of Latvia and Hungary in comparison with other post-communist countries	221
Katarzyna Bagan-Kurluta	
Freedom of expression and the lyrics of American beatniks. Obscenity and the limits of freedom?	235
MATERIALS FROM THE SCOPE OF THE EUROPEAN FAMILY LAW	
José Luis Iriarte Ángel	
The Spanish Intercountry Adoption: an Approach to the Law 54/2007	249
Katarzyna Bagan-Kurluta	
Whose child, whose? Some remarks on the origin of a child against surrogacy contracts	259
Elsa Sabater Bayle	
Open Adoption	273
Lynn D. Wardle	
Suffer the Little Children: Elective Abortion as a Sign of Diminished Societal Compassion	293
Urszula Drozdowska	
Interpretation of Art. 4a. 1 point 2 of the Act on family planning, human embryo protection and conditions of permissibility of abortion in light of the jurisprudence of the Supreme Court and the doctrine of law	301
Elżbieta Makarewicz, Agnieszka Hendo-Milewska	
Civil status of child as confirmation of belonging to the family	317
Renata Tanajewska	
The nasciturus legal position of the statutory inheritance in case of death of the deceased prior to recognition of paternity	339
Maria Cudowska	
Mail-Order Brides and Marriage Migration: A Comparative Study of the Problems in the U.S., Great Britain and Ireland	351

Wiktoria Danilewicz-Prokorym

Parental authority and contacts with the child. Alternate care institution under the Act of 25 June 2015. "On Amendments to the Acts – Family and Guardianship Code and Code of Civil Procedure" (O.J. 2015, item 1062) 371

Karolina Korol

"The Blue Room" – a child-friendly interrogation room under the relevant legislation 381

BOOK REVIEWS

Piotr Fiedorczyk

On the Selected Rules of Polish Civil Proceedings in the 20th Century. Remarks Concerning Monography *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym w świetle prac kodyfikacyjnych w Polsce (1918-1964)*. *Studium historycznoprawne*, Wyd. UŚ, Katowice 2015, ss. 429..... 399

CHRONICLE

Chronicle of the Department of Historical and Legal Sciences and Comparative Legal Studies of the Law Faculty, University of Białystok (2015) (**Marcin Łysko**) 409