

KRZYSZTOF MOTYKA*

O AMERYKAŃSKIEJ KONCEPCJI PRAWA DO PRYWATNOŚCI I JEJ WPLYWIE NA PRAWO MIĘDZYNARODOWE (WOKÓŁ MONOGRAFII AGNIESZKI CZUBIK¹)

Currently, there is a vigorous overseas trade in the Bill of Rights, in international and constitutional litigation involving norms derived from American constitutional law. When life or liberty is at stake, the landmark judgments of the Supreme Court of the United States... are studied with as much attention in New Delhi or Strasbourg as they are in Washington, D.C., or the State of Washington, or Springfield, Illinois.

A. Lester (1988)²

Some 50 years ago, Dean Erwin Griswold had a message for the graduating foreign students at Harvard Law School. He urged us to put to good use what we had learned about federalism and the Bill of Rights. We muttered among ourselves about "American imperialism," but the dean was right. Some of us did put to good use American ideas about free speech, equality and due process of law. In the marketplace of ideas, the United States held sway. That's no longer the case. Today, the U.S. Supreme Court's influence abroad is weak.

A. Lester (2016)³

I

Jednym z najbardziej interesujących, a przy tym mających już długą tradycję, zagadnień naukowych z zakresu nauk prawnych jest zjawisko oddziaływania na siebie różnych systemów i kultur prawnych. Na jego temat wypowiadają się filozofowie i socjologowie prawa⁴, historycy pra-

* Dr hab., prof. Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; e-mail: kmotyka@kul.pl.

¹ A. Czubik, *Prawo do prywatności. Wpływ amerykańskich koncepcji i rozwiązań prawnych na prawo międzynarodowe*, Instytut Multimedialny, Kraków 2013, ss. 467.

² A. Lester, *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, „Columbia Law Review” 1988, t. 88, s. 541.

³ A. Lester (Lord Lester of Herne Hill), *Commentary: The U.S. Supreme Court Needs to Get its Stature Back*, Oct 5, 2016, www.reuters.com/article/lester-scotus-idUSL2N1CB170 [dostęp: 10.11.2016 r.].

⁴ W. Twining, *Diffusion of Law: A Global Perspective*, „Journal of Legal Pluralism” 2004, t. 49, s. 1-45; G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends*

wa i romaniści⁵, komparatyści i konstytucjonaliści⁶, przedstawiciele nauki prawa międzynarodowego i praw człowieka⁷, a z dyscyplin pozaprawnych – zwłaszcza politolodzy⁸. O wpływach w prawie wielokrotnie pisali uczeni polscy⁹, głównie romaniści, dla których zagadnienie recepcji prawa rzymskiego jest wręcz klasyczne¹⁰.

W ostatnim ćwierćwieczu w interesującym nas obszarze karierę zrobiły – obok wylansowanego w latach 1970. przez Alana Watsona „legal transplant”¹¹

Up in New Differences, „Modern Law Review” 1998, t. 61, s. 11-32; D. Nelken, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, [w:] D. Nelken, J. Feest (red.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland, Oregon 2001, s. 7-54.

⁵ Zob. np. P. Vinogradoff, *Roman Law in Mediaeval Europe*, London, New York 1909; P. Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, London 1988; M. Avenarius, *Rezeption des römischen Rechts un Rußland: Dimitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Josif Pokrovskij*, Göttingen 2004; G. Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts und die römischrechtliche Tradition in der österreichischen erbländern (erblanden) und in Österreich*, „Anuario de Facultade de Dereito da Universidad de Coruña” 2009, t. 13.

⁶ B.S. Markesinis (red.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford 1994; P. Lavah, *American Influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 1981, t. 9, s. 21-37.

⁷ Np. ostatnio R. Mcquordale & J.-P. Gauci (red.), *British Influences on International Law 1915-2015*, The Hague 2016, w tym m.in. M. Amos, *The Influence of British Courts on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, s. 213-235; G.L. Neuman, *The External Reception of Inter-American Human Rights Law*, „Quebec Journal of International Law” 2011 (Special Edition), s. 99-125.

⁸ Y. Lupu, E. Voeten, *The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citation*, 2010, Paper 12, http://opensiuc.lib.siu.edu/pnconfs_2010/12 [dostęp: 8.10.2016 r.].

⁹ Np. A. Redelbach, *Wpływ praw człowieka na wymiar sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej*, „Ruch Prawniczy, Socjologiczny i Ekonomiczny” 1999, t. 61, z. 2, s. 23-46; J. Reszczyński, *Utrum proprium an receptum an diffusionem acqisitivum. Uwagi o obcych wpływach normatywnych jako składniku kultury prawnej oraz sposobach ich badania*, [w:] M. Małecki (red.), *Świat, Europa, mała Ojczyzna. Studia ofiarowane Profesorowi Stanisławowi Grodzkiemu w 80-lecie urodzin*, Bielsko-Biała 2009, s. 1085-1117; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Wpływ orzecznictwa ET-PCz na zakres prawa do ochrony prywatności tzw. osób publicznych w prawie krajowym*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Obszary analizy skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Toruń 2012, s. 141-161.

¹⁰ Np. J. Sondel, *Ze studiów nad prawem rzymskim w Polsce piastowskiej*, Kraków 1978; J. Kodrębski, *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990; S. Godek, *Prawo rzymskie w dawnej Rzeczypospolitej. Przegląd stanu badań*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2001, t. 53, z. 2, s. 27-84; A. Dębiński, M. Jońca (red.), *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, Lublin 2008; M. Dyjakowska, *Crimen laesae maiestatis. Studium nad wpływami prawa rzymskiego w Polsce*, Lublin 2010.

¹¹ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edynburg 1974; P. Legrand, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 1997, t. 4, s. 111-124. W polskiej literaturze zob. M. Smółka-Day, *Alan Watson i jego koncepcja rozwoju prawa w oparciu o „przeszczepy prawne”*, [w:] H. Groszyk,

– terminy „legal/constitutional borrowings”¹², „migration of legal/constitutional ideas”¹³, „constitutional comparativism”¹⁴, „transjudicial communication”, „transjudicialism”¹⁵, „transnational judicial conversation”¹⁶, „transnational judicial dialogue”¹⁷ czy „transnational discourse”¹⁸ itp. Zjawiska określane tymi terminami postrzegane są jako przejaw globalizacji i jurydyzacji czy nawet prowadzącej do jurystokracji¹⁹ judycjalizacji²⁰ ży-

J. Kostrubiec, M. Grochowski (red.), *Pro Scientia et Disciplina. Księga jubileuszowa z okazji 50-lecia Studenckiego Koła Naukowego Prawników Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej*, Warszawa 2009, s. 263-268; J. Szpak, *Kontrowersje wokół zagadnienia „legal transplants”*, „Acta Erasmiana” 2011, t. 5, s. 53-71; J. Winczorek, *Systems Theory and Puzzles of Legal Culture*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2012, nr 1, s. 106-125; T. Stawewski, *Konwergencja i dywergencja porządków prawnych w sferze tworzenia prawa*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuła, J. Zajadło (red.), *Konwergencja i dywergencja porządków kultur i systemów prawnych*, Warszawa 2012, s. 24-73.

¹² Zob. np. N. Tebbe, R.L. Tsai, *Constitutional Borrowing*, „Michigan Law Review” 2009, t. 108, s. 459-522, tamże definicja tego pojęcia oraz rodzaje zapożyczeń w prawie; S.F. Halabi, *Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri D.K. Basu v. State of West Bengal*, „Notre Dame Journal of International & Comparative Law” 2013, t. 3, s. 73-121.

¹³ Zob. zwłaszcza S. Choudhry, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, [w:] S. Choudhry (red.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2006, s. 1-35; V. Perju, *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajo (red.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, s. 1304-1327; R.L. Tsai, *Conclusion. The Migration of Legal Ideas: Legislative Design and the Lawmaking Process*, [w:] N. Lupo, L. Scaffardi (red.), *Comparative Law in Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, The Hague 2014, s. 297-307.

¹⁴ E. Özücü (red.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, UKNCCL 2003, t. 22; J.J. Zehnder, *Constitutional Comparativism: The Emerging Risk of Comparative Law as a Constitutional Tiebreaker*, „Valparaiso University Law Review” 2007, t. 41, s. 1739-1788.

¹⁵ R. Bahdi, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, „George Washington International Law Review” 2002, t. 34, s. 555-603.

¹⁶ C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2000, t. 20, nr 4, s. 499-532.

¹⁷ H. Lambert, *Transnational Judicial Dialogue, Harmonization and the Common European Asylum System*, „International and Comparative Law Quarterly” 2009, t. 58, s. 519-543; C.M. Zoethout, *The European Court of Human Rights and Transnational Judicial Dialogue. References to Foreign Law and the Quest for Justification*, „Vienna Journal on International Constitutional Law” 2015, t. 9, s. 398-416.

¹⁸ Terminy te „are not «only words» but signifiers of rather different theoretical approaches and interpretations, at times deployed casually, at others defended with religious zeal” – pisze Günter Frankenberg, *Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited*, „Journal of International Constitutional Law” 2010, t. 8, s. 566.

¹⁹ A. Barut, *Jurystokracja euroatlantycka*, [w:] W. Gizicki (red.), *Ład światowy w perspektywie relacji transatlantyckich*, Lublin 2014, s. 11-25.

²⁰ J. Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, „Law and Contemporary Problems” 2002, t. 65, nr 3, s. 41-68; R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, [w:] R.E. Goodin

cia społecznego i politycznego, a same te terminy są wyrazem przeniesienia punktu ciężkości w badaniach wpływu/recepcji na proces interpretacji i stosowania prawa, w tym zwłaszcza na rolę w tych procesach wzajemnych, a nie jedynie – jak wcześniej – jednostronnych²¹ odniesień do prawa obcego i do obcego orzecznictwa, a zatem – mówiąc bardziej ogólnie – wykładni prawno-porównawczej. Albo inaczej: to stosowanie prawa, a nie wpływy czy recepcja, są głównym kontekstem, w którym wspomniane terminy pełnią rolę ważnych kategorii analitycznych. Posługują się nimi lub do nich odnoszą także polscy badacze²², w tym również – choć w ograniczonym zakresie – autorka recenzowanej pracy.

II

Monografia Agnieszki Czubik stanowi wynik badań prowadzonych na Wydziale Studiów Międzynarodowych i Politycznych w Katedrze Amerykanistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jak dowiadujemy się od samej A. Czubik (s. 16), jej monografia oparta jest na rozprawie doktorskiej pod, moim zdaniem bardziej adekwatnym niż obecny, tytułem: *Amerykańska koncepcja right to privacy i jej wpływ na prawo do prywatności w prawie międzynarodowym*. Jej głównym problemem badawczym był wpływ zarówno wypracowanej w USA koncepcji, jak i rozwiązań prawnych odnoszących się do tytułowego uprawnienia, co uznać należy za zagadnienie bardzo interesujące i ambitne, a przy tym niepodejmowane w naszej literaturze naukowej. U podstaw pracy leżeć musiało przekonanie, że wpływ ten

(red.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford 2011, <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>. Autor stwierdza jednak, że „portraying courts and judges as the main source of judicialization is misguided”.

²¹ Jak pisała, w nawiązaniu do cytowanej wyżej publikacji Claire L’Heureux-Dube, ówczesnej sędzi Sądu Najwyższego Kanady, Anne-Marie Slaughter (*A Global Community of Courts*, „Harvard International Law Journal” 2003, t. 44, s. 193), „unlike past legal borrowings across borders, judges are now engaged not in passive reception of foreign decisions, but in active and ongoing dialogue. They cite each other not as precedent, but as persuasive authority. They may also distinguish their views from the views of other courts that have considered similar problems. The result, at least in some areas such as the death penalty and privacy rights, is an emerging global jurisprudence”.

²² Oprócz prac wymienionych w przyp. 8 zob. zwłaszcza A. Wyrozumńska (red.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014; L. Leszczyński, *Konwergencja w prawie a uniwersalizacja aksjologii prawnej. Przykład recepcji prawa*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuła, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja*, s. 103-115.

jest istotny, bo w przeciwnym wypadku nie zasługiwałby na uczynienie zeń przedmiotu pracy doktorskiej, nawet jeśli przy okazji jego badania miałaby zostać przedstawiona koncepcja i ochrona prawa do prywatności w jego ojczyźnie – USA oraz w wybranych przez autorkę międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka: ONZ-owskim, Rady Europy i Organizacji Państw Amerykańskich.

Niezależnie jednak, jak duży ten wpływ był i jest, jego gruntowne zbadanie stanowi ogromne przedsięwzięcie badawcze, niemożliwe do w pełni satysfakcjonującego zrealizowania w ramach rozprawy doktorskiej, zwłaszcza jeśli miałaby ona powstać w okresie zaledwie czterech lat, które mają do dyspozycji studenci studiów III stopnia, jako że wymagałoby ono m.in. znajomości nie tylko całego amerykańskiego *case-law* w zakresie *right to privacy*, ale i całego orzecznictwa organów kontrolnych omawianych w pracy konwencji, a nie tylko tych, w których znajdujemy bezpośrednie przywołanie – nazwijmy to jak najogólniej – prawa, orzecznictwa i doktryny Stanów Zjednoczonych.

Praca została napisana nienaganną polszczyzną w interesujący sposób, nawet dla czytelnika w miarę dobrze zaznajomionego z problematyką prawa do prywatności. Struktura pracy również nie budzi specjalnych wątpliwości, choć zapewne niejeden z czytelników wołałby, żeby podstawowy problem badawczy omówiony został w „bardziej szkolny sposób”, to jest w osobnej, trzeciej części – po przedstawieniu koncepcji prawa do prywatności oraz jego ochrony w USA oraz w prawie międzynarodowym. Zaplecze źródłowo-bibliograficzne pracy, bardzo starannie zestawione w Bibliografii²³ – stanowią 88 pozycji książkowych, 213 artykułów, 34 strony internetowe, ponad 350 różnego rodzaju tekstów normatywnych, obejmujących ustawy przyjęte w Stanach Zjednoczonych, niemal wyłącznie federalne (21), akty prawa międzynarodowego (8), wyroki Sądu Najwyższego USA (66), decyzje i wyroki Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (166), Międzyamerykańskiej Komisji i Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka oraz ONZ-owskiego Komitetu Praw Człowieka, wreszcie 70 pozycji *travaux préparatoires*, a więc materiał bardzo obszerny, w ogromnej większości (a w zakresie materiału normatywnego – wyłącznie) anglojęzyczny. Rzecz jasna można by wskazać co najmniej kilkadziesiąt publikacji na temat statusu prawa do prywatności i jego ochrony, które zasługiwały na uwzględnienie w recenzowanej monografii, ale literatura przedmiotu, zwłaszcza dotycząca

²³ Pominęto w niej jednak cytowaną w pracy (przyp. 1677) publikację prof. Retta Ludwikowskiego.

koncepcji amerykańskiej, jest tak ogromna, że uchronienie się od zarzutu nieuwzględnienia tej czy innej pozycji jest wręcz niemożliwe. Żałować jednak należy, że autorka nie wykorzystwała co najmniej kilku publikacji analizujących kwestie ogólne związane z wpływem/recepcją w prawie, których uwzględnienie – z uwagi na ich walor metodologiczny – z pewnością uczyniłoby jej rozprawę lepszą²⁴. To samo odnosi się do bardzo przecież nielicznych, a więc tym bardziej ważnych, opracowań, których przedmiotem jest wpływ prawa Stanów Zjednoczonych na prawo międzynarodowe, nawet jeśli kwestii *right to privacy* nie poświęcono w nich specjalnej uwagi²⁵.

Natomiast zupełnie zaskakujące i niezrozumiałe jest to, że w pracy pominięto szereg opracowań polskich, w których niemało uwagi poświęcono koncepcji prawa do prywatności w USA i/lub w prawie międzynarodowym²⁶, w tym jedyną polską monografię amerykańskiej koncepcji prawa

²⁴ A-M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, „University of Richmond Law Review” 1994, t. 29, s. 99-137; Ch. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?*, s. 510 i n.; C. L’Heureux-Dube, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, „Tulsa Law Review” 1998, t. 34, s. 15-40; K.L. Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models*, „International Journal of Constitutional Law” 2003, t. 1, s. 299-300; E. Özücü (red.), *Judicial Comparativism*, zwłaszcza L. Heuschling, *Comparative Law and the European Convention on Human Rights in French Human Rights Cases*, s. 23-48; J.L. Larsen, *Importing Constitutional Norms from a “Wider Civilization”: Lawrence and the Rehnquist Court’s Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, „Ohio State Law Journal” 2004, t. 65, s. 1283-1327; A.H. de Wolf, D.H. Wallace, *The Overseas Exchange of Human Rights Jurisprudence: The U.S. Supreme Court in the European Court of Human Rights*, „International Criminal Justice Review” 2009, t. 19, nr 3, s. 287-307; G. Sitaraman, *The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 2009, t. 32, s. 653-693 (zwłaszcza jego typologia korzystania z prawa obcego, zasadniczo przez sądownictwo krajowe, w ramach której wyróżnia trzy grupy: nieproblemатyczne, potencjalnie problemатyczne i kłopotliwe); L.F. Peoples, *The Influence of Foreign Law Cited in the Opinions of Advocates General on Community Law*, „Yearbook of European Law” 2009, t. 28, s. 458-502; V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford 2010; E. Voeten, *Borrowing and Nonborrowing among International Courts*, „Journal of Legal Studies” 2010, t. 39, s. 547-576.

²⁵ Zwłaszcza H.T. Gomez-Arostegui, *Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations*, „California Western International Law Journal” 2004, t. 35, s. 1-50, odnoszący się dokładnie do jednej z ciekawszych kwestii omawianych przez A. Czubik; C.M. Zoethout, *The Dilemma of Constitutional Comparativism*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2011, t. 71, s. 787-806 (zwłaszcza dyskusja na temat roli prawa obcego, w tym amerykańskiego, w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, s. 796 i n.).

²⁶ W.J. Wagner, *Prawo do życia prywatnego w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej*, „Biuletyn Lubelskiego Towarzystwa Naukowego” 1981, t. 23, nr 2, s. 51-57; W. Szyszkowski, *Prywatność w Stanach Zjednoczonych – jej ochrona i realizacja*, [w:] W. Góralski (red.),

do prywatności²⁷. Trudno powiedzieć, czy, zwłaszcza w odniesieniu do tej ostatniej, jest to pominięcie niezamierzone – rezultat niedopatrzenia, czy też pominięcie zamierzone, wynikające np. z oceny przez autorkę jej jakości, albo z przekonania, że w jakiejś mierze delegitymizuje ona przyjętą przez nią koncepcję pracy, a w każdym razie jej pierwszą, poświęconą amerykańskiej koncepcji prywatności, część. Gdzież te czasy, gdy doktoranci rozpoczynali od przedstawienia stanu badań danego zagadnienia, w tym zwłaszcza w nauce rodzimej...

III

Podkreślić należy, że – niezależnie od powyższej i następnych uwag – pod względem merytorycznym ta bardzo obszerna praca (właściwie każda z części z osobna mogłaby być rozprawą doktorską!) jest solidna warsztatowo i po prostu ciekawa, a ponadto, obok pionierskiego, i to chyba w skali światowej, podjęcia sformułowanego w podtytule zagadnienia, zwraca uwagę na pominięte lub mniej dokładnie omówione przez polskich poprzedników A. Czubik kwestie i rozszerza naszą wiedzę na temat prawa do prywatności w będących przedmiotem analizy autorki systemach prawnych, zwłaszcza w ramach systemu Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, niemal zupełnie u nas w tym zakresie niedyskutowanej.

W ramach niniejszego opracowania chciałbym zwrócić uwagę na kilka kwestii bardziej lub mniej ogólnych. Po omówieniu filozoficznoprawnych źródeł ochrony prywatności we wczesnej Ameryce (rozdz. 1), w rozdzia-

Prawa i wolności obywatelskie w krajach kapitalistycznych, Warszawa 1979, s. 224-245; K. Motyka, *Spory wokół prawa do prywatności – na przykładzie Stanów Zjednoczonych*, [w:] K. Motyka (red.), *Prawo do prywatności. Aspekty prawne i psychologiczne*, Lublin 2001, s. 9-46; M. Wach, *Prawo do prywatności osób publicznych w Stanach Zjednoczonych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 8, s. 79-91; J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004; M. Puwalski, *Prawo do prywatności osób publicznych*, Toruń 2003; A. Sakowicz, *Prawonokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Kraków 2006; z późniejszych zwłaszcza C. Mik (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, w szczególności dotyczące prywatności opracowania D. Choraś, J. Czepka, M. Balcerzaka, K. Gałki i J. Kapelańskiej-Pręgowskiej.

²⁷ K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka. Na przykładzie Stanów Zjednoczonych*, Lublin 2006. Już na etapie korekty autorskiej autor niniejszych uwag uświadomił sobie, że to właśnie A. Czubik zrecenzowała tę monografię („Przegląd Sejmowy” 2006, nr 6, s. 322-328).

le 2 niemal 200-stronicowej części I rozprawy, bazując na amerykańskiej literaturze przedmiotu, A. Czubik umiejętnie systematyzuje, w oparciu o różne kryteria, koncepcje prywatności. W tym kontekście przeprowadza, moim zdaniem dyskusyjny, podział doktrynalnych koncepcji ochrony prywatności ze względu na podmiot tej ochrony czy też po prostu ze względu na podmiot tego prawa (s. 81-83), wynikający z faktu uznawania bądź nieuznawania za taki podmiot osób prawnych i grup jednostek. Ale, gdyby uznać ten podział za zasadny, warto podkreślić, że według niektórych ujęć podmiotem prawa do prywatności są nie tylko żywi, ale też osoby zmarłe, o których prawach za oceanem pisze się ostatnio coraz więcej²⁸, nie tylko ludzie, ale i zwierzęta, a w każdym razie te, określane mianem *pet*. W tej ostatniej kwestii można przywołać dość kuriozalne (ale nie jak na stosunki amerykańskie i nie w świetle radykalnych w stosunku do tradycji zmian prawa w ostatnich latach) powoływanie się lekarzy weterynarii stanu Floryda na prawo do prywatności zwierząt domowych i świętość relacji weterynarz-pacjent²⁹.

Dyskusyjne jest omawianie wyroku w sprawie *Griswold v. Connecticut* jako przykład ochrony prawa do prywatności w oparciu o XIV poprawkę do Konstytucji USA, skoro – co autorka wyraźnie stwierdza (s. 164) – opinia większości, autorstwa sędziego Douglasa, odkodowała to prawo z półcieni I, III, IV, V i IX poprawki. Ponadto, w ramach prezentacji ochrony prywatności w drodze wykładni I poprawki (s. 242-249), obok zagadnień: „prywatność a wolność słowa”, „prywatność a wolność prasy” i „prywatność a wolność zgromadzeń” można było przedstawić, i to na samym początku – zgodnie z jej strukturą, kwestię „prywatność a wolność religii”, w tym także tzw. „religious privacy” czy „privacy of religion”³⁰. W tym kontekście, ale równie dobrze w kontekście wolności słowa, można było wspomnieć o bardzo kontrowersyjnym wyroku w sprawie *Snyder*

²⁸ Zob. np. K.R. Smolensky, *Rights of the Dead*, „Hofstra Law Review” 2009, t. 37, s. 763-803; R.D. Madoff, *Immortality and the Law (The Rising Power of the American Dead)*, „Yale University Press” 2010 i cytowana tam literatura. W literaturze polskiej zob. zwłaszcza J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010.

²⁹ Ch. Conte, *The Privacy Panic*, „Governing Magazine” December 2000, s. 20: „A few years back, Florida’s veterinarians persuaded the legislature to remove pet vaccination records from public view. The veterinarians claimed their goal was to protect the privacy rights of pets and the sanctity of the doctor-patient relationship”, cyt. za: K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy*, s. 134.

³⁰ Zob. np. A. Phelps, *Picketing and Prayer: Restricting Freedom of Expression outside Churches*, „Cornell Law Review” 1999, t. 85, s. 271-312; M. Barkun, *Religion and Secrecy after September 11*, „Journal of the American Academy of Religion” 2006, t. 74, nr 2, s. 275-301.

v. *Phelps*³¹, w której wolność wypowiedzi zderzyła się z prywatnością pogrzebu czy prywatnością żałobników, będącą zazwyczaj formą *religious privacy*³².

Warto także zauważyć, że autorka recenzowanej pracy, wspominając, bardzo zresztą skrótowo (s. 103-104), feministyczną krytykę prawa do prywatności³³, zupełnie pomija znacznie istotniejszą z punktu widzenia praktyki prawa krytykę konserwatywną, jak również związany z tą krytyką spór między aktywizmem sędziowskim a doktryną wstrzemięźliwości sędziowskiej. Sednem tej krytyki, w tym zdania odrębnego sędziego Blacka w *Griswold*, jest nie tyle to, że pod pozorem wykładni Konstytucji sędziowie wpisali do niej (a nie odczytali z niej) prawo do prywatności, ile to, iż tak wykreowane uprawnienie jest bardzo ogólne, bez określonych granic, nie poddaje się operatywnej, przydatnej w praktyce i gwarantującej pewność prawa definicji³⁴, a w konsekwencji daje sędziom, zwłaszcza Sądu Najwyższego instrument umożliwiający *legislation from the bench*, a tym samym naruszanie zasady trójpodziału władzy³⁵. Właśnie z podobnych względów aktywizm sędziowski krytykowany jest przez amerykańskich konserwatywnych prawników, takich jak Robert H. Bork czy niedawno zmarły sędzia SN Antonin Scalia, piszących o oligarchii sędziowskiej, sędziowskim „coercing virtue” i o sędziach jako „mułkach Zachodu”³⁶. Zarzuty konserwatystów formułowane pod adresem liberalnych sędziów w znacznej mierze związane są z prawem do prywatności, które w ujęciu liberalnych teoretyków i sędziów stało się wręcz podstawą wszystkich praw i obowiązków³⁷, a nawet zyskało miano „przeciążonego wielbłąda”³⁸.

³¹ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

³² S.R. McAllister, *Funeral Picketing Laws and Free Speech*, „Kansas Law Review” 2007, t. 55, s. 575-625; N.M. Rutledge, *A Time to Mourn: Balancing the Right of Free Speech Against the Right of Privacy in Funeral Picketing*, „Maryland Law Review” 2008, t. 67, s. 295-311.

³³ Zob. K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy*, s. 170-203.

³⁴ Już w 1901 r. wyrażono pogląd, że fraza: prawo do prywatności „znaczy już tak wiele, że nie znaczy nic”. *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1901, t. 15, s. 228.

³⁵ Zob. K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy*, s. 90-91.

³⁶ Zob. R.H. Bork, *Our Judicial Oligarchy*, „First Things” 1996, t. 67, s. 21-24; tenże, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, D.C. 2003; A. Scalia, *Mułkowie Zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009.

³⁷ Zwracał na to uwagę zwłaszcza D. Novak, *Suicide Is Not a Private Choice*, „First Things” 1997, nr 75, s. 31.

³⁸ T. Gerety, *Redefining Privacy*, „Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review” 1977, t. 12, s. 296.

Amerykańska praktyka i doktryna prawnicza wprowadziły do obiegu grubo ponad setkę subkategorii prywatności, a w konsekwencji prawa do prywatności: każda litera alfabetu ma wśród nich swojego przedstawiciela – od a (*abortion privacy, accessibility privacy, adoption privacy, aerial privacy, aesthetic privacy, affective privacy, associational privacy, animal [sic!] privacy, athlete's privacy, attentional privacy, attorney-client privacy, autonomy privacy*) aż po y i z (*youths' privacy, zonal privacy*)³⁹. Terminy te wskazują nie tylko na ogromną pojemność tego pojęcia, ale i to, w jakich kontekstach czy wręcz w jakiego rodzaju sprawach Amerykanie powołują się na prywatność jako dobro prawnie chronione.

Na komentarz zasługuje także teza autorki, że w ramach prawa do prywatności w Stanach Zjednoczonych nie są rozpatrywane m.in. takie zagadnienia jak „władza rodzicielska, opieka nad dzieckiem i adopcja” (s. 413). Jest to opinia zbyt daleko idąca. Wprawdzie – istotnie – zagadnienia te wydają się w tamtejszym prawie i literaturze prawniczej na temat prywatności raczej peryferyjne, ale jednak – zwłaszcza w kontekście adopcji – prawo do prywatności czy anonimowości biologicznych rodziców matki uwzględniane jest jako uprawnienie konkurencyjne wobec uprawnień adoptowanego dziecka⁴⁰. Domagając się dostępu do swojego aktu urodzenia osoby adoptowane powołują się niekiedy także na własne prawo do prywatności, rozumiane jako obejmujące uprawnienie osoby do wiedzy na temat jej biologicznych rodziców⁴¹.

³⁹ Zob. K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy*, s. 122-130. Do przedstawionego tamże zestawienia można dodać – oprócz brakującego reprezentanta k – *kid's privacy – confessional privacy, funeral privacy i post-mortem privacy*.

⁴⁰ „Adoption as a privacy concern usually focuses on the right of adoptees to know their biological parents and on the concomitant right of those parents to remain unknown” – zauważa w przeglądzie starszej literatury S.S. Klein, *Your Right to Privacy and Children's Rights/Family Law: A Selective Bibliography*, „Legal Reference Services Quarterly” 1994, t. 13(4), s. 127. Obszerne hasło *Adoption* zawiera też *Encyclopedia of privacy*, Vol. I, A-M, red. W.G. Staples, Westport, Conn-London 2007, s. 8-12. Zob. na ten temat np. N. Cahn, J. Singer, *Adoption, Identity, and the Constitution: The Case for Opening Closed Records*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 1999, t. 2, s. 150-95; K. Caswell, *Opening The Door To The Past: Recognizing The Privacy Rights of Adult Adoptees and Birthparents in California's Sealed Adoption Records While Facilitating the Quest for Personal Origin and Belonging*, „Golden Gate University Law Review” 2002, t. 32, s. 271-310; W. Deloney, *Unsealing Adoption Records: the Right to Privacy versus the Right of Adult Adoptees to Find their Birthparents*, „Whittier Journal of Child and Family Advocacy” 2007, t. 7, s. 117-144; E. Samuels, *Surrender and Subordination: Birth Mothers and Adoption Law Reform*, „Michigan Journal of Gender & Law” 2013, t. 20, s. 33-81.

⁴¹ C.B. Fleming, *The Open-Records Debate: Balancing the Interests of Birth Parents and Adult Adoptees*, „William & Mary Journal of Women and the Law” 2005, t. 11, s. 470.

IV

Część II omawianej rozprawy w ogromnej mierze stanowi prezentację prawa do prywatności w najważniejszych dokumentach prawa międzynarodowego (każdemu z nich poświęcono osobny rozdział⁴²) oraz w orzecznictwie odpowiednich organów traktatowych. Szczególnie interesujące, i nowe, są uwagi na temat prac nad omawianymi dokumentami w odniesieniu do prawa do prywatności, jak również prezentacja orzecznictwa w tym zakresie Międzyamerykańskiej Komisji i Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, któremu nie poświęcono u nas dotąd większej uwagi. Wydaje się natomiast, że omawiając ochronę prywatności w tych dokumentach autorka nieco zbyt sumarycznie przedstawiła klauzule imitacyjne (podobnie zresztą jak i derogacyjne). Przy tej okazji warto zwrócić uwagę na niedostrzegane przez doktrynę różnice w redakcji tych – co do meritum bardzo podobnych – klauzul w ust. 2 art. 8-10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w świetle których właśnie prawo do wolności od ingerencji państwa w korzystanie z życia prywatnego i rodzinnego chronione jest w sposób szczególnie mocny. O ile bowiem art. 10 stanowi, że korzystanie z wolności składających się na wolność wyrażania opinii „pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność, może podlegać [...] wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom”, a art. 9, że wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań „może podlegać jedynie takim ograniczeniom [...]”, o tyle w wypadku art. 8 zasadą jest zakaz ingerencji w korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego: „Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem [...]”⁴³.

Ponieważ w pracy nie wyodrębniono osobnej części podejmującej podstawowy problem pracy, to znaczy wpływ amerykańskiej koncepcji prywatności na prawo międzynarodowe (ze spisu treści w żaden sposób nie można by domyślić się, że właśnie ten wpływ jest jej tematem, co zresztą nie musi być rozumiane jako zarzut), można było oczekiwać, że zagadnienie to będzie sukcesywnie omawiane w poszczególnych rozdziałach części II⁴⁴, a kwestie ogólne dotyczące pojęcia wpływu zo-

⁴² Niekonsekwencją jest, moim zdaniem, omówienie Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka w rozdziale poświęconym Konwencji Amerykańskiej, choć można znaleźć uzasadnienie dla tego rozwiązania.

⁴³ Podkr. K.M.

⁴⁴ Ale przedstawiając we Wstępie strukturę pracy w prezentacji części II autorka w ogóle nie wspomina o wpływie, a czyni to dopiero w odniesieniu do Podsumowania tej części, zapowiadając, że będzie ona zawierać ocenę tego wpływu (s. 25).

staną zanalizowane we Wstępie do pracy. Tak też uczyniła autorka. Nie przedstawiła ona jednak pojęcia wpływu *tout court* czy choćby wpływu w prawie, ale deklaruje we Wstępie, że przyjmuje definicję sformułowaną przez Andrzeja Rapaczyńskiego, dla którego wpływ to „nieformalne oddziaływanie na kształtowanie się instytucji, rozwój doktryny i teorii prawnej za granicą” (s. 19)⁴⁵. Jak czytamy, „dla potrzeb prowadzonych w tej pracy rozważań «wpływ» będzie rozumiany jako «nieformalne (! – K.M.⁴⁶) oddziaływanie» prawa do prywatności wykształconego w Stanach Zjednoczonych na rozwiązania odnoszące się do prawa do prywatności przyjęte w prawie międzynarodowym” (s. 19)⁴⁷.

Autorka stwierdza, że „ocenając wpływ prawa krajowego na międzynarodowe rozwiązania prawne mamy do czynienia z sytuacją odmienną niż w przypadku oceny wpływu prawa wewnętrznego jednego państwa na prawo wewnętrzne innego państwa” (s. 19). Warto jednak zauważyć, że w ramach pierwszego z wyżej wymienionych jest istotna różnica między oddziaływaniem amerykańskiego *right to privacy* na regulacje, koncepcję i praktykę w ramach systemu ONZ i OPA, których Stany Zjednoczone są członkiem (nawet jeśli aż do 1992 r. nie były stroną Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych) a oddziaływaniem tego prawa na regulacje, koncepcję i praktykę w ramach systemu Rady Euro-

⁴⁵ Jest to, oczywiście, definicja za wąska, jeśli wziąć ją literalnie, bo przecież mowa w niej o oddziaływaniu jedynie w pewnym obszarze i w pewnym kierunku („za granicą”). Rzecz jasna, chodzi tu o wpływ w kontekście pracy A. Rapaczyńskiego, poświęconej wpływowi amerykańskiego konstytucjonalizmu na zagranicę. Podobny, niefortunny, skrót myślowy zawarty jest np. w *Transfer myśli prawnej* autorstwa prof. Roberta Grzeszczaka, [w:] A. Gall i in. (red.), *Interakcje. Leksykon komunikowania polsko-niemieckiego*, Wrocław 2015, s. 444-460. Autor niniejszych uwag również uczynił przedmiotem swojego doktoratu zagadnienie wpływu, ale definicji czy określeniu znaczenia tego terminu, podobnie jak A. Czubik, poświęcił zaledwie kilka zdań. Zob. *Wpływ Leona Petrażyckiego na polską teorię i socjologię prawa*, Lublin 1993, s. 10.

⁴⁶ W przypisie (s. 19) autorka cytuje definicję wpływu A. Rapaczyńskiego: „causal impact”, co należy rozumieć raczej jako oddziaływanie przyczynowe, a nie nieformalne (tak ewentualnie można by tłumaczyć słowo *casual*).

⁴⁷ Nie wyjaśnia przy tym, co rozumie przez „nieformalne oddziaływanie” ani dlaczego z pojęcia wpływu wyłącza oddziaływanie formalne. Można w związku z tym mieć wątpliwości, czy w pojęciu tak rozumianego wpływu mieści się np. oddziaływanie propozycji redakcji określonego przepisu formalnie zgłoszonej podczas prac nad takim czy innym dokumentem międzynarodowym przez przedstawiciela USA. Z treści pracy wynika, że tak, stąd można domniemywać, iż przez wpływ nieformalny rozumie ona wpływ podmiotów niemających kompetencji władczych wobec podmiotów, na które wpływ ten jest wywierany, choć nie jest to jedyne znaczenie tego terminu dające się pogodzić z analizami przez nią przeprowadzanymi.

py, której Stany Zjednoczone członkiem nie są i nie będą. Wydaje się, że właśnie dlatego, iż państwo to nie jest członkiem Rady Europy ani stroną wypracowanych w jej ramach dokumentów międzynarodowych, jego wpływ na kształt ochrony prywatności na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest szczególnie interesujący, podobnie zresztą jak wpływ w odwrotnym kierunku, tj. koncepcji, regulacji i praktyki europejskiej na ich odpowiedniki w ojczyźnie Warrena i Brandeisa.

V

Wpływ amerykańskiego dorobku koncepcyjnego, normatywnego i orzeczniczego w zakresie prywatności A. Czubik przedstawiła zarówno w odniesieniu do płaszczyzny legislacyjnej, tj. tworzenia wymienionych wyżej dokumentów międzynarodowych, płaszczyzny doktrynalnej – wykładni odnoszących się do prywatności przepisów tych dokumentów dokonanej przez naukę prawa międzynarodowego, jak również w odniesieniu do praktyki, głównie orzeczniczej, funkcjonujących w oparciu o te dokumenty organów traktatowych.

W płaszczyźnie legislacyjnej wpływ będący przedmiotem badań A. Czubik wyraża się przede wszystkim w przyjęciu samego terminu „prawo do prywatności” czy – mówiąc precyzyjniej – uznaniu *privacy* za dobro jednostki podlegające ochronie prawnej. Warto podkreślić, że – jak odnotowano w recenzowanej pracy – delegacja USA na pierwszym spotkaniu w ramach prac nad międzynarodową kartą praw człowieka proponowała przepis, zredagowany od strony negatywnej, stanowiący m.in., że „no one shall be subjected to [...] unreasonable interference with his person, home, family, relation with others, reputation, privacy, activities and property”, a więc – jak się zdaje – ujmujący prywatność raczej wąsko, z pominięciem tego, co później zaczęto w USA określać jako *autonomy privacy*, *decisional privacy* czy *relational privacy*. Podobnie na podkreślenie zasługuje odnotowany w pracy, bazujący na przedstawionej przez Eleonorę Roosevelt modyfikacji projektu panamskiego, projekt René Cassina, który wprost operował terminem „prawo do prywatności”: „Everyone has the right to protection under law of the right to privacy, family, home and correspondence” (s. 238). Jednak fraza *right to privacy* nie znalazła się w późniejszych propozycjach, także USA, i odnoszący się do tego uprawnienia art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka stanowi: „No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or

correspondence [...]”⁴⁸. Podobne brzmienie znalazło się tekście Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, mimo prób Holandii i Danii postulujących, by termin *privacy* z uwagi na jego niejasność zastąpić przez *private and family life*, którą to propozycję przez pewien czas popierały także Stany Zjednoczone, a odrzucała Wielka Brytania (s. 262-263)⁴⁹. Należy przy tym podkreślić, na co zwraca uwagę także A. Czubik (s. 269), że odpowiednik tego ostatniego terminu (*la vie privée*), a nie prywatności, użyty został we francuskim, oficjalnym tekście Paktu, ale też – dodajmy – w jego oficjalnej wersji polskiej. Tę samą terminologię przyjęto wcześniej zarówno w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (za sprawą Francji i Belgii), jak i art. V Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka oraz art. 11 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, które nie operują terminem „prywatność”, lecz terminem „życie prywatne”⁵⁰. Z analiz A. Czubik wynika, że wpływy koncepcji prywatności wypracowanej w Stanach Zjednoczonych na te postanowienia były stosunkowo niewielkie.

Jednym z najciekawszych problemów badawczych omawianej pracy jest zagadnienie wpływu dorobku USA w zakresie ochrony prywatności na orzecznictwo Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ONZ-owskiego Komitetu Praw Człowieka oraz Międzyamerykańskiej Komisji i Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka. Szkoda, że A. Czubik pominęła wymiar ilościowy badanego przez nią problemu i nie podała, jak to uczynili niektórzy autorzy badający podobne kwestie, statystyk orzeczeń wspomnianych organów, w których przywołane zostały elementy tego dorobku⁵¹. Jednym z tych elementów jest

⁴⁸ Podkr. K.M. Dodajmy, że polskie przekłady termin „privacy” tłumaczą tu jako „życie prywatne”, tak jak to jest w wersji francuskiej Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka.

⁴⁹ Propozycja została odrzucona z uwagi na sprzeciw Cejlonu i Wielkiej Brytanii.

⁵⁰ Ale podkreślić należy, że art. 11 angielskiego tekstu Konwencji nosi tytuł *Right to Privacy*.

⁵¹ Nie jest to zadanie łatwe, na co wskazuje P.L. McKaskle, *The European Court of Human Rights: What It Is, How It Works, and Its Future*, „University of San Francisco Law Review” 2005, t. 40, s. 5: „It is hard to determine exactly how many American cases may be cited or referred to in decisions of the Strasbourg Court. A search of the Strasbourg Court database using «United States Supreme Court,» «U.S. Supreme Court,» «U.S.,» «LEd.,» and «S. Ct.» produces eight cases, with most of the citations in concurring or dissenting opinions”. Ale, zważywszy na coraz większą dostępność orzecznictwa w wersji elektronicznej, nie jest to zadanie szczególnie trudne, zwłaszcza dla autora obeznanego, a tak jest w przypadku A. Czubik (zob. jej artykuł „Cytatologia” – arytmetyczne metody oceny wpływu w nauce prawa, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2013, nr 11, s. 101-110), z problematyką cytowań w nauce prawa. Przydatne byłoby zestawienie takich orzeczeń, najlepiej przez wyodrębnienie ich z całości

koncepcja „uzasadnionego oczekiwania prywatności” (*reasonable expectation of privacy*), która została wykorzystana w orzecznictwie strasburskim, co A. Czubik kompetentnie, choć niekompletnie⁵², przedstawiła (ta część monografii jest najbardziej udana). Poza tym omówiła ona najważniejsze orzeczenia wspomnianych organów traktatowych w zakresie ochrony prywatności, w ogromnej większości niezawierające bezpośrednich odniesień do koncepcji wypracowanej w USA.

Mimo że autorka ocenia wpływ tej koncepcji jako znaczny, z jej analiz wynika, iż w zakresie wpływu na orzecznictwo organów międzynarodowych był on raczej skromny, a w przypadku organów ONZ i OPA, których członkiem są Stany Zjednoczone, więcej – bardzo skromny⁵³. Zatem, paradoksalnie, wyraźny, choć ograniczony, wpływ amerykańskiej koncepcji prywatności dostrzec można niemal wyłącznie w praktyce Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, mimo że USA nie podlegają ich jurysdykcji, a prawo tego państwa jest dla tych organów prawem obcym w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Uzupełniając wywody autorki warto podkreślić, że pewną rolę w oddziaływaniu/wpływie amerykańskiej koncepcji prawa do prywatności odgrywają także organizacje pozarządowe, m.in. składając w postępowaniach przed traktatowymi organami kontrolnymi, w tym zwłaszcza Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, *amici curiae briefs*, które niejednokrotnie przywołują przepisy obowiązujące w USA oraz tamtejsze orzecznictwo, głównie Sądu Najwyższego. Przykładem jest Helsińska Fundacja Praw Człowieka⁵⁴, będąca jedną z najczęściej występujących

powołanego orzecznictwa w Bibliografii. Zob. zestawienie 30 wyroków ETPCz cytujących orzecznictwo Sądu Najwyższego USA (do roku 2007) – A.H. de Wolf, D.H. Wallace, *The Overseas Exchange of Human Rights Jurisprudence*, s. 294-296. Autorzy omawiają najważniejsze z tych wyroków, podkreślając przy tym, że jedynie w niewielkiej ich części decyzje SN USA stanowiły dla ETPCz istotną wskazówkę w interpretacji Konwencji (s. 297).

⁵² Można by tu wskazać na kilka wyroków pominiętych przez autorkę, np. *Perry v. Wielka Brytania* (2003), *von Hannover v. Niemcy* (2004), *Steeg i Wenger v. Niemcy* (2008), *Friend i Countryside Alliance i inni v. Wielka Brytania* (2009). Z najnowszych wyroków z odniesieniami do „uzasadnionego oczekiwania prywatności” wymieńmy *Haldimann i inni v. Szwecja* (2015), *J.S. v. Wielka Brytania* (2015) i *Bărbulescu v. Rumunia* (2016) i *Vukota-Bojić v. Szwajcaria* (2016).

⁵³ Jak czytamy w pracy (s. 420), „w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka brak bezpośrednich nawiązań do amerykańskiej koncepcji prywatności, które pozwoliłyby na jednoznaczne ustalenie istnienia oddziaływania tej koncepcji”.

⁵⁴ Zob. np. opinię Fundacji złożoną w sprawach *Frasik przeciwko Polsce* (22933/02) i *Jaremovicz przeciwko Polsce* (24023/03), http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/file/amicus_curiae2112_pl.doc, s. 7-9, 11-12, gdzie powołano szereg wyroków SN USA, w tym dotyczących prawa do prywatności, oraz jego argumentację.

w postępowaniach strasburskich organizacji pozarządowych⁵⁵, czy mające siedzibę w Nowym Jorku Center for Reproductive Rights⁵⁶.

Warto tu postawić niezadane przez A. Czubik pytanie, dlaczego wpływ dorobku USA w zakresie prywatności na praktykę wyżej wymienionych organów traktatowych jest tak mały oraz czy w odniesieniu do innych uprawnień jednostki jest on większy. Odpowiedź na drugą część tego pytania wymagałaby systematycznych badań, przynajmniej zestawienia odpowiednich cytowań, ale zapewne brzmiałaby, że pod względem ilościowym oddziaływanie amerykańskiej koncepcji prywatności na badaną przez A. Czubik praktykę organów międzynarodowych w jedynie niewielkim stopniu różni się od oddziaływania amerykańskiego dorobku w zakresie zasady równego traktowania czy – prawdopodobnie najbardziej z nich wpływowej – wolności wypowiedzi. Odpowiedź na pierwszą część pytania mogłaby stanowić osobny artykuł i warto by ją ująć w kontekście, przywołanych na początku niniejszych uwag, międzynarodowego dialogu sędziowskiego czy sędziowskiego komparatywizmu. W tym miejscu jako jedną z przyczyn mniejszego niż dawniej oddziaływania dorobku amerykańskiego, nie tylko w zakresie *right to privacy*, na uniwersalny i regionalne, ale zapewne także krajowe, systemy ochrony praw człowieka⁵⁷, wymienimy coraz większe znaczenie strasburskiego dorobku orzeczniczego⁵⁸, do którego dość często odwołuje się np. Międziamerykański Trybunał Praw Człowieka, a z sądów konstytucyjnych zwłaszcza Sąd Najwyższy Kanady. Inną z przyczyn omawianego zjawiska jest brak otwarcia amerykańskiego Sądu Najwyższego na orzecznictwo obce, tak krajowe, jak i międzynarodowe. Wynika on z przekonania o wyjątkowości tamtejszego systemu prawnego, w tym jego ochrony praw jednostki, oraz przekonania, że to raczej świat powinien uczyć się od Ameryki i korzystać z jej dorobku, a nie odwrotnie. Gwoli ścisło-

⁵⁵ L. Van den Eynde, *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs before the European Court of Human Rights*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2013, t. 31, nr 3, s. 271-313.

⁵⁶ Zob. *Written Comments by Center for Reproductive Rights*, złożone w związku z *Vo v. France*, gdzie przywołano kilka wyroków SN USA: *Roe v. Wade*, *Stenberg v. Carhart* i *Ferguson v. City of Charleston*, <http://www.law.georgetown.edu/rossrights/docs/cases/vocomm.pdf%20%20> [dostęp: 17.10.2016 r.].

⁵⁷ Por. ciekawe uwagi, dotyczące także oddziaływania samej Konstytucji USA, D.S. Law, M. Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, „New York University Law Review” 2012, t. 87, s. 762-858 i Z. Elkins, T. Ginsburg i J. Melton, *Comments on Law and Versteeg’s The Declining Influence of the United States Constitution*, „New York University Law Review” 2012, t. 87, s. 2088-2101.

⁵⁸ Zwraca na ten wzrost uwagę A. Czubik, ale – jak się zdaje – w kontekście wpływu na doktrynę prawa (s. 420).

ści, niechęć do korzystania z prawa obcego w procesie wykładni wyrażają przede wszystkim przeciwni aktywizmowi sędziowskiemu konserwatyści, w szczególności zwolennicy teorii oryginalizmu, jak np. zmarły niedawno sędzia Sądu Najwyższego Antonin Scalia czy Steven G. Calabresi, profesor Northwestern University i współzałożyciel konserwatywnego *Federalist Society*⁵⁹. Ten drugi 18 września 2008 r. napisał w liście do „New York Times”: „Ci, którzy są zaniepokojeni cytowaniem [przez Sąd Najwyższy – K.M.] prawa obcego [...] wierzą w to, co nazywa się amerykańską wyjątkowością, w myśl której Stany Zjednoczone są dla reszty świata drogowskazem wolności, demokracji i równości szans. Uważamy, że jest dobrą rzeczą, że wolności konstytucyjne, takie jak wolność słowa i prasy są w Stanach Zjednoczonych chronione bardziej niż w jakimkolwiek innym kraju [...]. Kraj, który w XX w. uratował Europę przed tyranią i zniszczeniem, a w XXI wieku chroni ją ponownie przed zagrożeniem terrorystycznym ekstremizmem i rosyjską tyranią nie potrzebuje lekcji od europejskich socjalistycznych sądów konstytucyjnych na temat tego, co składa się na wolność”⁶⁰.

VI

Nie komentując zacytowanej wypowiedzi Calabresiego, która w Polsce *anno Domini* 2017 może mieć bardzo polityczny wydźwięk, na zakończenie tych uwag chciałbym sformułować uwagę metodologiczną, której adresem są autorzy prac takich, jak monografia A. Czubik, a więc z zakresu „wpływologii”. Do cytowań czy innych odniesień do prawa obcego (w naszym wypadku prawa Stanów Zjednoczonych) i do obcego orzecznictwa, podobnie jak do cytowania stanowiska doktryny, jako wskaźników wpływu należy podchodzić z dystansem. Są one zazwyczaj dziełem asystentów sędziowskich, którzy mając często akademicki *background*, skłonni są

⁵⁹ Zwolennicy większego otwarcia na prawo obce zarzucają temu sądowi zaściankowść, której przyczyn upatrują m.in. w zaściankowoci amerykańskiej edukacji prawniczej. Zob. D.S. Law, W.-Ch. Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, „Washington Law Review” 2011, t. 86, s. 523-577.

⁶⁰ *U.S. and Foreign Law: Oceans Apart*, „New York Times” Sept. 19, 2008, <http://www.nytimes.com/2008/09/20/opinion/l20scotus.html>. Tamże również głosy przeciwnie. Na temat miejsca prawa międzynarodowego i prawa obcego w systemie prawnym USA zob. S. Kubas, „Prawo międzynarodowe jest częścią naszego prawa” – zmienne koleje norm międzynarodowych w prawie konstytucyjnym Stanów Zjednoczonych Ameryki. Zarys problematyki, [w:] P. Tuleja (red.), *Prawo międzynarodowe i europejskie a sądownictwo konstytucyjne*, Kraków 2015, s. 19-47.

epatować swą prawniczą erudycją⁶¹, a odwołania do materiału komparatystycznego mają niekiedy w takich wypadkach jedynie ornamentacyjny charakter. Na tę ostatnią funkcję odwołań do materiału spoza rodzimej jurysdykcji zwracano uwagę w literaturze przedmiotu, także polskiej. Profesor Marek Safjan, mający jak wiadomo duże doświadczenie orzecznicze, pisał, że „niejednokrotnie zdarzają się w orzecznictwie konstytucyjnym, podobnie zresztą jak w orzecznictwie innych sądów [...], rozstrzygnięcia, które odwołanie się do standardów międzynarodowych czy wspólnotowych traktują w kategoriach swoistego ozdobnika, a jego rola sprowadza się do tego, że w istocie potwierdza on jedynie trafność przyjętego kierunku argumentacji. Jest on bowiem w swej warstwie merytorycznej wywieziony już wcześniej z prawa krajowego, zasad i aksjologii konstytucyjnej oraz ukształtowanego orzecznictwa konstytucyjnego [...]. Byłoby jednak przesadą stanowisko, że «taka technika ornamentacyjna» nie ma żadnego uzasadnienia i jest pozbawiona jakiejkolwiek wartości perswazyjnej. Sądzę bowiem, że takie odesłania mogą odgrywać rolę dwojakiego rodzaju. Po pierwsze – informacyjno-edukacyjną [...]. Po drugie – weryfikacyjną, ponieważ konfrontacja z rozstrzygnięciami innych, pozakrajowych sądów może stanowić w takich wypadkach swoisty sprawdzian poprawności argumentacyjnej”⁶². Uwagi te odnieść można także do sądów i innych organów międzynarodowych mających kompetencje w zakresie praw człowieka, których praktykę odnoszącą się do prywatności w aspekcie jej powiązania z dorobkiem amerykańskim przybliżyła nam niedoskonała, ale inspirująca i warta przeczytania, monografia Agnieszki Czubik.

⁶¹ Por. uwagi Cz. Znamierowskiego (*Podstawowe pojęcia teorii prawa*, Poznań 1934, s. 17) na temat „ekshibicjonizmu erudycyjnego” prawników.

⁶² M. Safjan, *Uniwersalizacja prawa*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga Jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 296-297. Z zacytowanego fragmentu wynika jednak, że w tych wypadkach przypisywanie omawianym odniesieniom roli ozdobnika jest nieuzasadnione, skoro pełnią one istotne funkcje: potwierdzającą, informacyjno-edukacyjną i weryfikacyjną. Na funkcję ornamentacyjną odniesień komparatystycznych wskazywał m.in. E. Özüdö, *The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Leiden 2004, s. 76, 81 („we do sometimes see a ‘functional use’ of comparative law, yet, as pointed out, usually the use is ‘ornamental’ or ‘decorative’”), s. 88, 89.